

**EL FISCAL “DE INSTRUCCIÓN”: EVENTUAL
PALIATIVO A LA LENTITUD DE LA JUSTICIA PENAL.
ANÁLISIS DESDE LA PRÁCTICA**

Tesis Doctoral

Doctoranda:

Lcda. María Inmaculada Garate Zubizarreta

Director:

Dr. Iñaki Esparza Leibar

Catedrático Derecho Procesal UPV/EHU

Donostia / San Sebastián 2021

“No es posible decir nada, por absurdo que sea, que no se encuentre ya dicho o escrito en alguna parte”. “De Divina”, II, 58. CICERON.

A Ofelia, deliciosa cómplice de tantas noches profanadas en pos de una dosis de ímpetu y frenesí para el proceso penal.

A Cordelia, su digna pero no tan sutil sucesora.

A los que estuvieron y ya no están.

A Álvaro, que, por su propio bien y gracias a la distancia y a la pandemia, no se ha enterado de, prácticamente, nada.

Por supuesto, al director del trabajo, Sr. Esparza Leibar, sin cuya seriedad y disciplina, me hubiera desviado del “camino”.

A Beatriz Casares, paciente lectora, correctora y, definitivamente, excelente compañía.

A Xabier Fernández de Galarreta. Sin él me hubiera perdido en los trámites administrativos.

A la FGE por la recopilación que realizó de todas sus Instrucciones, Circulares y otros documentos.

Al Excmo. Sr. Don Pedro Crespo Barquero, por su atención personal y dedicado envío de bibliografía.

Y a casi todos.

INDICE

ABREVIATURAS	21
SUMARIO	23
INTRODUCCIÓN	27
EN BUSCA DE LA EFICACIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL	27
1.- <i>Qué se entiende por eficacia en el proceso</i>	28
1.1.-La lentitud de la justicia penal	28
1.2.-El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.....	29
1.2.1 Reconocimiento constitucional e internacional a un proceso sin dilaciones indebidas... 29	
1.2.2 El derecho al proceso sin dilaciones indebidas como derecho fundamental.....	34
1.2.3 Concepto y concreción de proceso sin dilaciones indebidas.....	37
1.2.4.- Restablecimiento del derecho.....	42
2.- <i>Las dilaciones indebidas en el proceso penal</i>	45
3.- <i>Recapitulación.</i>	49
 PRIMERA PARTE	
 DIVERSAS HERRAMIENTAS DE AGILIZACIÓN DEL PROCESO PENAL Y SU UTILIZACIÓN EN EL PROCESO PENAL NACIONAL. CUESTIONES DE LEGE DATA.....	57
1.- <i>La importancia del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal a efectos de agilización del proceso penal</i>	59
1.1.- Generalidades	59
1.1.1.- Concepto y fundamentación	60
1.1.2.- Oportunidad versus garantías constitucionales	63
1.1.3.- El principio de oportunidad y la titularidad -exclusiva y compartida- en el ejercicio de la acción penal	66
1.1.4.- La discrecionalidad técnica.....	73
1.1.5.- La oportunidad pura	76
1.2.- Manifestaciones concretas del principio de oportunidad en el Código Penal español	78
1.2.1.- La cláusula de oportunidad en la persecución de los delitos contra la libertad sexual ex art. 191.1 del Código Penal	78
1.2.2.- El art. 171. 3 del Código Penal.....	81
2.- <i>La conformidad.....</i>	82
2.1.- Tipos de conformidad	84
2.2.- ¿Conformidad en los delitos leves?	89
2.3.- La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, en la propuesta de Código Procesal Penal de 2013 y en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020	92
3.- <i>La descriminalización de conductas</i>	97
4.- <i>Reducción de la fase de instrucción.....</i>	100
4.1.- Introducción.....	100
4.2.- Historia.....	102
4.2.1. Primer período. De la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 a la Ley de 8 de junio de 1957.	102
4.2.2.- Segundo período. De la Ley de 8 de junio de 1957 a la Ley de 8 de abril de 1967	104
4.2.3.- Tercer Período. De la Ley 3/1967, de 8 de abril, a la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre (y sus reformas por Ley 10/1992, de 30 de abril y Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio)	106

4.2.4.- Cuarto período. De la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre (y sus reformas), a la Ley 38/2002 y Ley Orgánica 9/2002, de 24 de octubre (y sus reformas).....	110
4.2.5.- Los intentos fallidos de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y la reforma de 2015 mediante Ley Orgánica 13/2015 y Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal y el fortalecimiento de las garantías procesales	113
5.- <i>Otros sistemas de agilización del proceso penal. ADR y Mediación Penal.</i>	114
5.1.- ADR. (Alternative Dispute Resolution).....	115
5.2. La Mediación Penal	117
5.2.1.- Un concepto aproximado	117
5.2.2.- Normativa estatal	119
5.2.3.- Aplicación concreta	125
6.- <i>Últimos patchworks de nuestro sistema para la solución de las dilaciones indebidas y agilización de la Justicia Penal</i>	127
6.1.- La solución a través de la atenuación de la pena.....	128
6.2.- La solución a través del establecimiento de plazos concretos en la fase de instrucción. El artículo 324 LECrim según redacción dada por Ley 41/2015, de 5 de octubre.	132
6.2.1.- En general	132
6.2.2.- Concreción del cómputo de plazos	139
6.2.3.- Efectos relacionados con el transcurso de los plazos.....	141
6.2.4.- La reforma del art. 324 LECrim. La Ley 2/2020, de 27 de julio.....	146
6.3.- El proceso por aceptación de decreto. El art. 803 Bis LECrim en su redacción dada por Ley 41/2015, de 5 de octubre	151
6.3.1.- En general.....	151
6.3.2.- Su ámbito de aplicación conforme al límite de punibilidad y legitimación establecidos	156
6.3.3.- Tramitación	161
6.3.3.1.- Contenido del decreto	161
6.3.3.2.- Autorización del decreto	163
6.3.3.3.- La comparecencia	164
6.4.- El procedimiento por delitos leves. Los artículos 963.1. 1ª, 964.2.a) y 965.1. 1ª. LECrim según redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo. El procedimiento por delitos leves en el ALECRim 2020.....	165
6.4.1.- En general.....	165
6.4.2.- En concreto	168
6.4.3.- El procedimiento por delitos leves en el ALECRim 2020	170
6.5.- La modificación de las reglas de conexión	171
7.- <i>Recapitulación</i>	176

SEGUNDA PARTE

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL COMO AGENTE ACTIVO PARA IMPULSAR EL PROCESO PENAL

1.- <i>La trascendencia de la modalidad de configuración del Ministerio Fiscal en la agilización de la justicia penal.</i>	183
1.1.- Como acusador público	184
1.2.- Como defensor de la legalidad	188
2.- <i>Distintas posibilidades de vinculación del Ministerio Fiscal a los poderes del Estado. Su importancia práctica respecto a la mejora de la eficacia en el proceso penal.</i>	190
2.1.- Al Poder Ejecutivo	190
2.2.- Al Poder Legislativo.....	197
2.3.- Al Poder Judicial	199
2.4.- Sin vinculación alguna: como poder autónomo e independiente	202
2.5.- La interpretación europea	204

2.5.1.-La Recomendación (2000)19 del Consejo de Europa, de 6 de octubre 2020, sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal.	204
2.5.2 Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea	205
3.- Marco constitucional y legal del Ministerio Fiscal en España	208
3.1 Historia	208
3.2 El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 y su reforma de 2007	212
3.3 La Fiscalía Europea. Desde el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada, para la creación de la Fiscalía Europea, hasta la LO 9/2021, de 1 de julio	215
4.- Principios que rigen el Ministerio Fiscal español.	220
4.1.- Principios orgánicos: unidad de actuación y dependencia jerárquica.	221
4.1.1.- La unidad de actuación.....	224
4.1.1.1 Como institución única para todo el Estado	224
4.1.1.2.- Como unidad de criterio de actuación	226
4.1.3.-La dependencia jerárquica	230
4.2.- El principio de legalidad	235
4.2.1.- En general.....	235
4.2.2.- Significación positiva	239
4.3.- El principio de imparcialidad: objetividad e independencia en la defensa del interés público	240
4.4.- Otros principios.....	248
5.- Una conjetura sobre la delimitación conceptual del Ministerio Público en la Constitución	250
6.- La configuración constitucional del Ministerio Fiscal en derredor: el modelo francés	253
7.- Recapitulación.	257

TERCERA PARTE

EL MINISTERIO FISCAL DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL PENAL VIGENTE EN NUESTRO PAÍS 265

1.- Generalidades.....	265
2.- Investigación preliminar e instrucción	270
2.1.- Delimitación conceptual	270
2.2.- Naturaleza	275
2.3.- La importancia de los actos que se realizan en la fase de instrucción y la necesidad de su agilización	278
2.4.- Problemas que se plantean en la fase de instrucción derivados del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015 y de las posteriores sentencias derivadas del mismo. Su impacto en los tiempos de la instrucción.	285
2.4.1.- Posturas doctrinales al respecto	288
2.4.2 Criterio de la Fiscalía General del Estado	289
2.4.3 En la práctica. La sumisión de los órganos judiciales.....	291
3.- La investigación preliminar del Ministerio Fiscal.....	292
3.1.- Consideraciones generales	292
3.2.- Antecedentes legislativos concretos.....	294
3.3.- Las diligencias de investigación del Fiscal a la luz de los vigentes artículos 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	301
3.3.1.- Pormenorizaciones preliminares.....	301
3.3.2.-Sus principios.....	306
3.3.3.- Sus límites.....	308
3.3.4.- Los trámites	314
3.3.5.- Su control	319
3.3.6.- La investigación del Fiscal en procedimientos provisionalmente sobreesididos ex art. 641 LECrim	320
3.3.7.- Especial mención a los peritos de la propia Fiscalía	322

4.- El modelo de investigación en el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre y LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del anterior (Reglamento)	324
5.- Recapitulación	328

CUARTA PARTE

DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DEL FISCAL AL “FISCAL DE INSTRUCCIÓN” 333

1.- La instrucción por el Ministerio Fiscal.....	333
1.1.- A modo de introducción	333
1.2.- La LO de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000, de 12 de enero, reformada por LO 15/2003, de 25 de noviembre y LO 8/2006, de 4 de diciembre	334
1.2.1.- Algunas cuestiones de interés sobre la investigación del Fiscal en este proceso	334
1.2.2.- Verificación judicial de la investigación del Fiscal de menores	340
1.2.3.- El Equipo Técnico.....	342
1.3.- Las hipotéticas virtudes que avalan la dirección de la instrucción penal por el Ministerio Fiscal. Sus eventuales inconveniencias	343
1.3.1.- Un apunte breve.....	343
1.3.2.- Las hipotéticas virtudes	345
1.3.3.- Sus eventuales inconveniencias	348
1.4.- Los auxiliares del Fiscal en la instrucción. Su trascendencia.....	352
1.4.1.- La Policía Judicial	353
1.4.2.- Una cuestión de lege ferenda: La creación de un cuerpo independiente de criminólogos como cuerpo auxiliar del Ministerio Fiscal	358
1.5.- La investigación por el Ministerio Público según el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre 2020	360
1.5.1.- Exordio	360
1.5.2.- Los atributos del Ministerio Público	365
1.5.2.1.- La exclusividad del Fiscal en el ejercicio del principio de oportunidad	367
1.5.3.- Los recursos contra las decisiones del Fiscal	370
1.5.4.- La primera comparecencia	371
1.5.5.- La intervención de las partes en la investigación	373
1.5.5.1.- Las acusaciones.....	373
1.5.5.2.- La defensa.....	378
1.5.6.- Conclusión de la fase de investigación	385
2.- En busca del Santo Grial. El caso francés y otras propuestas	386
3.- Recapitulación	401

CONCLUSIONES 403

BIBLIOGRAFÍA..... 415

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA, DOCUMENTOS INSTITUCIONALES Y NORMAS DE DERECHO COMPARADO CITADOS..... 437

ABREVIATURAS

ALECrIm: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2011
ALECrIm2020: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020
AAVV: Autores Varios
art/s.: artículo/s
ATC: Auto del Tribunal Constitucional
ATS: Auto del Tribunal Supremo
BCPP: Borrador de Código Procesal Penal de 2013
CE: Constitución española
CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEJ: Centro de Estudios Judiciales
CEPEJ: Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia
cit.: citado/a
Cfr.: Confróntese
coord/s.: coordinador/as
CP: Código Penal
CPPE: Consultative Council of European Prosecutors of de Council of Europe
CPPF: *Code de Procédure Pénale* francés
CPPI: *Codice di Procedura penale* italiano
dir/s: director/as
DIR: Directiva
doc.: documento
ed.: edición
EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FJ: Fundamento Jurídico
FGE. Fiscalía General del Estado
GRECO: Grupo de Estados contra la Corrupción
IAP: International Association of Prosecutors
LECrIm: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO: Ley Orgánica
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM: Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
LOTG: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
MF: Ministerio Fiscal
núm.: número
OEI: Orden Europea de Investigación en materia penal
OLAF: Oficina Europea de Lucha contra el Fraude
pág/s.: página/s
PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PLEVict: Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito
RD: Real Decreto
ss.: siguientes

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

T.: Tomo

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

Vid.: Véase

Vol.: Volumen

SUMARIO

El estudio que sigue a estas líneas trata de examinar las raíces de la lentitud de la justicia penal, de modo, que partiendo de su existencia tangible -y por tanto necesitada de solución- pueda llegarse a aquella solución que se presente como más satisfactoria para nuestro proceso penal, a la vista de los condicionantes de facto previos.

No se nos escapa el hecho de que la justicia penal será más sólida cuanto más próxima se encuentre la resolución definitiva del hecho delictivo que provocara el inicio del proceso. No obstante, a pesar de lo que pueda parecer, no es una mera cuestión de tiempo. El proceso penal no sólo ha de ser rápido -sería más sutil decir ágil- sino que además y sobre todo ha de revelarse respetuoso con todas las garantías que le son inherentes, puesto que se trata de un instrumento fundamental en toda organización social, mediante el que se exterioriza la expresión de una comunidad respecto de la tensión entre libertad y seguridad. De ahí la tenaz periodicidad con la que se produce la controversia sobre su renovación, por cuanto que, obviamente, también influye, al efecto, la evolución social. Y precisamente, nos encontramos ante un caldeado momento legislativo.

A las diversas interrupciones -debidas a circunstancias muy variadas- que ha sufrido la finalización de este trabajo, habremos de sumar, necesariamente, la pandemia, que ha puesto *upsidedown* toda nuestra existencia y en todos sus ámbitos, de modo que son muchas las bases tanto dogmáticas como prácticas que han sentido el temblor al efecto. De hecho, son numerosas las cuestiones -y de toda índole- que, no por haber dejado de ser importantes, se han empezado a contemplar y percibir de forma bien distinta; y, lo que es más, advirtiendo la relatividad de las mismas, llegando incluso a derivar, en la desagradable sensación de estar recurriendo -o de necesitar hacerlo- a lo que se ha dado en llamar “lugares comunes” con el consiguiente -y queremos creer únicamente hipotético- empobrecimiento de nuestra capacidad de pensar e investigar. No obstante, el universo persiste en avanzar, y nosotros también, aunque solo sea porque, simplemente, pertenecemos al mismo.

Parece que, cuando se comienza a escribir sobre cualquier asunto, se parte de una idea prefijada, a la que se pretende llegar como conclusión de lo que se va analizando por el camino. Se parte de una idea inicial, quizás de una mera intuición, pero con la finalidad de confirmar la misma una vez concluido el estudio. Es decir, partimos de un verdadero “prejuicio”. Se busca que ese prejuicio inicial se convierta o se transforme en convicción. Y desde luego, en lo que a nosotros concierne, sin pretensión alguna de convencer a nadie, si bien pudiera aprovechar a alguien. Y, en el mejor de los casos, con una hipotética aspiración de conseguir “entretener” a algún estudiante con miras superiores al aprobado de una asignatura.

No obstante, puede ocurrir que durante el trayecto se “malogre” la idea inicial, lo que no se nos antoja una simple veleidad, sino, al contrario, una apertura a otras posibilidades no previstas *ab initio* o, también, el reconocimiento de la debilidad de la misma (de la idea inicial). Puede que se trate, no más, de la opinión y sueño de una pretendidamente virtuosa -y mejor ecónoma aún- “practicante” jurídico procesal. De cualquier modo, el proceso penal está hecho un harapo, cual gualdrapa o arambel.

Es lo cierto que, partiendo de la base de una real tardanza en la tramitación de nuestro proceso penal, suponemos posible llegar a una solución en la que pueda darse presteza a la justicia penal sobre el fundamento de un Ministerio Público más activo y con auténticas facultades en la investigación. Habremos de llegar a las conclusiones -tratando el trayecto a ese fin, posicionados en una especie de tiempo o período de ad-

viento- para ver si, efectivamente, es una hipótesis que pueda merecer la pena, por considerar que, la hipotética solución mencionada, se encuentra suficientemente adecuada a las circunstancias necesarias para ello. Obviamente, será fundamental el “entorno” que del Ministerio Fiscal establezca el legislador para el advenimiento del “Fiscal de Instrucción”, como dinamizador del proceso penal.

Y así comenzamos, absolutamente conscientes de la relatividad y temporalidad de lo que se va a investigar y escribir.

INTRODUCCIÓN

EN BUSCA DE LA EFICACIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

1.- Qué se entiende por eficacia en el proceso

1.1.- La lentitud de la justicia penal

1.2.- El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

1.2.1.- Reconocimiento constitucional y del TEDH a un proceso sin dilaciones indebidas

1.2.2.- El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como derecho fundamental

1.2.3.- Concepto y concreción del proceso sin dilaciones indebidas

1.2.4.- Restablecimiento del derecho

2.- Las dilaciones indebidas en el proceso penal

3.- Recapitulación

INTRODUCCIÓN

EN BUSCA DE LA EFICACIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

La lentitud de la justicia española ha sido -o ha servido de- fundamento de las diferentes reformas llevadas a cabo, a la vez que justificación de las continuas modificaciones parciales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habiendo de destacarse las operadas por las Leyes 38/2002, 8/2002 y las más recientes, por Ley 41/2015 de 5 de octubre. Sin olvidar los Anteproyectos más recientes

Los sucesivos legisladores han venido a dedicarse a la reforma del proceso penal implantando una serie de “procedimientos de alta velocidad”, sobre todo en delitos de menor gravedad y en delitos leves, a fin de acallar el clamor de la ciudadanía, por las tardanzas en la consecución de la resolución de los conflictos planteados ante la Justicia y conseguir, de este modo, se confiara de nuevo en la justicia.

Hace ya más de cien años, el legislador impulsaba reformas con el mismo ánimo con el que se inspiran las actuales, lo que quiere decir que, las intermedias, tampoco han servido para mucho. El legislador sigue preocupado en encontrar fórmulas para dotar de “velocidad” al proceso, y, a su vez, para impulsar el mismo, a través del Ministerio Fiscal, como medio de satisfacción del interés social.

La doctrina ha venido -y viene- ocupándose en estudiar y en comparar diversas iniciativas reformadoras para dotar de la debida agilidad al proceso penal sirviéndose de diferentes instrumentos que consigan aunar la necesaria flexibilidad y capacidad de adaptación del sistema a la naturaleza, de mayor o menor complejidad, de las infracciones penales, en liza con el ineludible respeto a las garantías procesales del llamado proceso debido.

La proliferación de distintas tipologías delictivas -no necesariamente complejas- terminó, ya en su día, la necesidad de búsqueda de soluciones a fin de evitar el colapso del sistema judicial penal español.

Obviamente, la lentitud del proceso ha de relacionarse con su eficacia, de modo que el proceso no podrá ser eficaz si es lento y si la resolución que se dicta es extemporánea. Por lo tanto, se trata sencillamente de que el proceso tenga una duración razonable.

Resulta imprescindible al respecto, mencionar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante STEDH), en el asunto Serrano Contreras contra España, de 20 de marzo de 2012 en la que el Tribunal, de forma reiterada, censura la sobrecarga de trabajo de los Tribunales españoles utilizada por los mismos para justificar las dilaciones en la tramitación de las causas¹.

¹ En dicha Sentencia, se dice, entre otras cosas, que: “(...) por lo que se refiere a los argumentos formulados por la Audiencia Provincial para justificar el retraso en dictar sentencia, en concreto la sobrecarga de trabajo, el Tribunal recuerda que, según una reiterada jurisprudencia el atasco crónico en los asuntos atribuidos a un tribunal no es una explicación válida (Probstmeier contra Alemania, 1 de julio de 1997,). Por consiguiente, incumbe a los Estados parte organizar su sistema judicial de modo que sus órganos jurisdiccionales puedan garantizar a todos, el derecho a obtener una resolución definitiva en un plazo razonable”.

1.- Qué se entiende por eficacia en el proceso

1.1.-La lentitud de la justicia penal

El proceso está íntimamente conectado con la idea de tiempo², ya que el mismo consiste en una serie de actos³ impulsados por quienes intervienen en el mismo y que necesitan de un período de tiempo para darles respuesta⁴. El propio Tribunal Constitucional señalaba que el derecho a la jurisdicción “*no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*”⁵.

No se exagera cuando se dice que la tardanza es una característica de la justicia penal -incluso uno de sus principales atributos- pero no puede olvidarse que la justicia en democracia requiere de tiempo, exige su tiempo para un estudio del asunto con el adecuado y debido detenimiento, de modo que si bien el factor tiempo es fundamental, también lo son el modo en que se aborden los procesos, la organización y la gestión adecuada, y siempre con absoluta observancia de los derechos fundamentales. Es por ello que eficacia y rapidez no deben ser términos idénticos cuando se utilizan en el proceso penal, siendo que lo ideal sería, ambas fueran de la mano.

Indiscutiblemente, nuestro legislador se ha obstinado en identificar eficacia del proceso con rapidez. En su regulación, los procesos judiciales están repletos de cortos y repetitivos plazos para cada uno de sus múltiples trámites que, además, son sistemáticamente incumplidos por Jueces, Tribunales y Fiscales. Plazos, al parecer, establecidos por el legislador para atender y acallar clamores mediáticos que nada tienen que ver con el conciso, preciso y necesario conocimiento de la realidad del día a día en los juzgados.

Ya hemos dicho que el tiempo de duración de los distintos procedimientos penales se relaciona con la eficacia del proceso, puesto que si el mismo no se resuelve a tiempo, deja de ser eficaz⁶. Pero esa íntima relación puede resultar equivocada si se erige el interés público de la celeridad en la finalidad última e incondicional del proceso penal, ya

² RIBA TREPAT, C., *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, J. M., Bosch, Barcelona 1997, págs.14 y 15.

³ RIBA TREPAT, C., *Ibidem*, pág. 22.

⁴ Señala SAINZ ROBLES, F., que “(...) la esencia del proceso es la ordenación de su tiempo de duración”. *Vid.* “Sobre los plazos del proceso” en *Tapia* núm. 57, 1991, pág. 59.

⁵ STC 24/1981, de la Sala Primera, de 24 de julio, (Ponente: Díez de Velasco Vallejo, Manuel).

⁶ Indica GIMENO SENDRA, J. V., que “(...) la idea de la eficacia de la justicia se encuentra en la actualidad íntimamente ligada a la de un modelo de proceso que, sin olvidar sus principios consustanciales (contradicción, igualdad de armas, etc.) posibilite una rápida solución del conflicto”, *vid.* “Causas históricas de la ineficacia de la justicia” en *Justicia* núm. 3, 1987, pág. 580. A su vez, para GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., “(...) plantearse el problema de la eficacia del proceso penal es suscitar la cuestión de la idoneidad del proceso penal para satisfacer las finalidades que se le asignen, y que en el Estado social y democrático de Derecho han de ser posibilitar la aplicación del *ius puniendi* estatal, del cual es instrumento necesario, proteger el *ius libertatis*, y otorgar una adecuada tutela a la víctima, todo ello en un plazo razonable”. *Vid.* “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales” en *El proceso en el Siglo XXI y Soluciones Alternativas*, (AAVV), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 73.

que entraría en conflicto con los derechos fundamentales. No vale todo a la hora de conseguir agilidad y rapidez en el proceso y así lo señaló el Tribunal Constitucional en su Sentencia 32/1999, de la Sala Segunda, de 8 de marzo, Ponente: González Campos, Julio Diego) cuando declaró que “(...) *la Constitución no impone un principio de celeridad y urgencia en las actuaciones judiciales, al precio de ignorar los derechos de las partes. Por el contrario, pretende asegurar en este punto un equilibrio entre la duración temporal del proceso y las garantías de las partes, pues tan perjudicial es que un proceso experimente retrasos injustificados como que se desarrolle precipitadamente con menoscabo de las garantías individuales. Por ello, el derecho del justiciable a un proceso sin dilaciones indebidas supone correlativamente para los órganos judiciales, no la sumisión al principio de celeridad, sino la exigencia de practicar los trámites del proceso en el más breve tiempo posible en atención a todas las circunstancias del caso que ciertamente pueden ser muy variadas*”.

Es bien cierto que, últimamente, el debate y estudio del problema derivado de la duración excesiva del proceso penal, se ha extendido y profundizado ya que afecta, en una u otra medida, no sólo al sistema español sino también -y prácticamente- a todos los Estados que nos rodean, siendo además que ello, viene ahora a relacionarse con la necesaria búsqueda de soluciones, en línea con las expectativas de los usuarios del sistema judicial, quienes, bajo la consideración de la Justicia como servicio público, entienden que ésta no puede ser ajena a las exigencias de calidad, eficacia y eficiencia en la gestión.

Y efectivamente, ha de darse un equilibrio entre rapidez y garantías, lo que, entendemos puede conseguirse -sin llegar a situaciones traumáticas- a través de normas elaboradas a partir de un conocimiento real de lo que ocurre en los Juzgados.

Resulta inadmisibles que la lentitud de la Justicia penal de nuestro país haya llegado a configurarse como una característica inherente a la misma. Para que la Justicia sea efectiva y el proceso eficaz, habrá de concederse a tiempo. Sin embargo, consideramos peligroso, el establecimiento de períodos máximos de duración, ya que el logro de la Justicia a través del proceso debido no puede -no debe- sujetarse a tiempos máximos de investigación⁷ sino más bien, al tiempo necesario, siendo éste el contenido que se constitucionaliza en el artículo 24.2 CE como el derecho de los ciudadanos a un proceso sin dilaciones indebidas.

Es nuestro parecer, que en el concreto ámbito de la Justicia Penal de nuestro país, una de las causas fundamentales de las tardanzas se encuentra en la configuración que se mantiene de la instrucción, lo que nos sirve de base para este estudio.

1.2.-El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

1.2.1 Reconocimiento constitucional e internacional a un proceso sin dilaciones indebidas

El derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas ya había sido reconocido y proclamado como tal en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante,

⁷ No obstante, veremos más adelante una de las soluciones por las que ha optado nuestro legislador.

CEDH)⁸ y en los artículos 9.3 y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (en adelante, PIDCP)⁹, antes de que lo hiciera el apartado segundo del artículo 24 CE, con la redacción que ya conocemos.

El artículo 6.1 del CEDH dispone que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) dentro de un plazo razonable”¹⁰ y a diferencia del PIDCP¹¹ -que establece el derecho a un proceso penal sin dilaciones indebidas- en él, se reconoce el derecho para todo tipo de procesos.

El artículo 24.2 CE también reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas para todo tipo de procesos, y en este sentido se manifestó el TC en su Sentencia 18/1983, de 14 de marzo¹², cuando señaló que “*el proceso público sin dilaciones indebidas a que se refiere el artículo 24.2 no es sólo (como pudiera pensarse por el contexto general en que se utiliza esta expresión) el proceso penal, sino que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial debe plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso*”. En la misma línea se pronuncia GIMENO SENDRA¹³.

Como ya hemos indicado con anterioridad, la primera ocasión en la que el TC abordó el problema de las dilaciones indebidas fue en la STC 24/1981, de la Sala Primera, de 24 de julio, (Ponente: Díez de Velasco Vallejo, Manuel), aclarando que el derecho a la jurisdicción reconocido en el art. 24 “*no puede entenderse como algo desligado del tiempo*” y lo cierto es que, ya en esta primera sentencia se constataba la dificultad de nuestro TC a la hora de definir, en abstracto, el derecho a no padecer dilaciones indebidas. Así las cosas, el concepto habría de delimitarse caso por caso y teniendo en cuenta las circunstancias singulares del supuesto a analizar.

No obstante lo anterior, es lo cierto que el TC hubo de ir integrando el concepto de proceso sin dilaciones indebidas. Así, también en otro de sus primeros pronunciamien-

⁸ Firmado en Roma el día 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE núm.243, de 10 de octubre de 1979) *Vid.* un completo estudio al efecto, “ARTÍCULO 6. Derecho a un proceso equitativo” en *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRIA GURIDI, J. F., (AAVV, dir. LASAGABASTER HERRARTE, I.), 3ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, págs. 203 a 297.

⁹ Suscrito en Nueva York el 16 de diciembre de de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

¹⁰ Más tarde, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, adaptada el 12 de diciembre de 2012 en Estrasburgo recogerá en el mismo sentido, en su artículo 47, párrafo segundo: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable...”. *Vid. La carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el Ordenamiento Jurídico español* (AAVV, dir. ORDEÑANA GEZURAGA IXUSKO), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

¹¹ Su artículo 9.3 señala “toda persona detenida o presa... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable” mientras que en el artículo 9.3: durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad... a ser juzgado sin dilaciones indebidas”.

¹² STC 18/1983, de la Sala Segunda, de 14 de marzo, (Ponente: Truyol Serra, Antonio).

¹³ Considera el autor que “El término proceso del artículo 24.2 debiera, pues, entenderse como sinónimo de procedimiento judicial y, por tanto, las dilaciones indebidas han de prevenirse de cualquier género de procedimiento, incluidos los actos de jurisdicción voluntaria”, *vid.* “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” en *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 139.

tos¹⁴ señalaría que es “*manifiestamente un concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico*”.

En un intento de avanzar en la definición del repetido derecho, el TC en la Sentencia 42/1985, del Pleno, de 22 de marzo, (Ponente: Rubio Llorente, Francisco), establecería que “*(...) cualquiera que sea la tesis que se mantenga en punto al concepto de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, hay que entender por tal el proceso que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción*”.

En esa línea de establecimiento de la definición del derecho a no sufrir dilaciones indebidas, el TC en la STC 185/1990, del Pleno, de 15 de noviembre, (Ponente: Gabaldón López, José) insistió en que el mismo “*(...) requiere una concreción y circunstancias del caso para poder deducir de ellas la irrazonabilidad y el carácter excesivo del retraso*”.

Ya en fechas más recientes, en la STC 38/2008, de la Sala Segunda, de 25 de febrero, (Ponente: Gay Montalvo, Eugeni) se afirmó por el TC que “*(...) en cada caso, debe examinarse a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación, y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la causa, ni aun siquiera con el cumplimiento de los plazos procesales, ya que este derecho no se puede identificar con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales*”.

Como se señala en la Circular 1/2021, de 8 de abril, de la FGE, *sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, el legislador patrio “*(...) no ha ofrecido una definición normativa del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que permita delimitar con una mínima precisión su contenido. De ahí que, sin perjuicio de su configuración como derecho fundamental y como garantía procesal a través del que tutelar la duración de las actuaciones procesales, la referencia a un proceso sin dilaciones indebidas aparezca, ante todo, como un concepto jurídico indeterminado*”.¹⁵

Añade la Circular 1/2021, de lo anterior “*(...) se infiere que el art. 324 LECrim aparece como un criterio orientativo, pues la apreciación de una dilación como indebida no resulta del mero transcurso de los plazos procesales, sino de las razones que subyacen a la duración misma del procedimiento y, más en concreto, a la falta de diligencia en su tramitación*”¹⁶.

¹⁴ STC 36/1984, de la Sala Segunda, de 14 de marzo, (Ponente: Rubio Llorente, Francisco).

¹⁵ En este sentido la STC 103/2016, de 6 de junio (Ponente: Asua Batarrita, Adela) afirma que: “*(...) este derecho es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando (...) sin que, por otra parte, el derecho fundamental referido pueda identificarse con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad*”.

¹⁶ Así, el ATS 151/2020, de 30 de enero dispondrá que: “*(...) la respuesta dada es*

Ciertamente, en este epígrafe, no podemos dejar de realizar una referencia a la Comisión para la Eficacia de la Justicia (en adelante, CEPEJ)¹⁷, órgano del Consejo de Europa, consustancial al asunto que nos ocupa: la duración de los procedimientos judiciales y las causas de las dilaciones indebidas, lo que refleja la voluntad europea de consolidar la protección de los derechos fundamentales, indisolublemente unida a sistemas judiciales justos, eficaces y accesibles¹⁸. Entre sus tareas se incluyen la de examinar los resultados obtenidos por los sistemas judiciales de los estados miembros, a través de la utilización de medios estadísticos y de evaluación comunes, además de identificar los problemas a los que se enfrentan y explorar formas concretas para su mejora¹⁹. Es un ór-

conforme con la jurisprudencia de esta Sala, que a propósito del nuevo artículo 324 LECrim ha declarado en la STS 455/2017, de 21 de junio -con cita en la STS 400/2017, de 1 de junio- que éste puede servir como pauta interpretativa a la hora de determinar cuándo una dilación del procedimiento es extraordinaria, pero ello es siempre relativo teniendo en cuenta los distintos factores que convergen, lo que exige un cuidadoso análisis de los distintos casos. Además, la dilación debe ser indebida, con independencia del tiempo transcurrido entre uno y otro trámite y las circunstancias de cada uno de aquéllos. Por ello la mera relación de los períodos de paralización no es suficiente si no se explica el por qué de cada uno. La irregularidad concretada en omitir una resolución para ampliar el plazo de instrucción no aboca a la atenuante del art. 21. 6ª CP. Si el plazo global de duración del proceso no sobrepasa lo razonable, de ninguna manera puede hablarse de dilaciones indebidas (...)

También resulta de interés al efecto la STS 66/2021, de 28 de enero (Ponente: Hernández García. Javier) que señala: “(...) Como este tribunal ha mantenido de forma reiterada, el simple incumplimiento de los plazos procesales no justifica la solución atenuatoria propugnada (...) El transcurso del tiempo en el proceso penal por incumplimiento de plazos procesales puede comportar diferentes consecuencias que, en atención al contexto en el que la disfunción temporal se produce, no pasan de forma necesaria por la atenuación de la responsabilidad (...) Transcurso del tiempo que, también, desde luego, puede fundar la atenuación de la responsabilidad penal declarada. Pero para ello, debe justificarse, primero, el carácter indebido y extraordinario del tiempo transcurrido y, segundo, una tasa significativa de afflictividad para la persona afectada que supere la que puede esperarse del propio desarrollo de todo proceso en el que está en juego la libertad personal. Es precisamente dicho plus afflictivo por el excesivo transcurso del tiempo, al comportar una suerte de pena natural, el que justifica su compensación mediante la atenuación específica”.

¹⁷ Fue creada por el Comité de Ministros de 18 de septiembre de 2002, mediante la Resolución (2002)12 con la finalidad específica de mejorar la eficacia y el funcionamiento de los sistemas judiciales de los estados miembros, para generar una mayor confianza de los ciudadanos en la justicia.

¹⁸ GARCIA-MALTRAS de BLAS, E., “Dilaciones indebidas y duración de los procesos en el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: del tiempo razonable al tiempo óptimo y previsible” en *Revista para el análisis del Derecho* núm. 2, 2007, Barcelona, pág. 8.

¹⁹ En comunicado de prensa, la Comisión Europea publicó el día 26 de abril de 2019, el cuadro de indicadores de la justicia en la UE correspondiente a 2019, ofreciendo un análisis comparativo de la calidad, independencia y la eficiencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros, siendo su objetivo el de ayudar a las autoridades nacionales a mejorar la eficacia de sus sistemas judiciales. Entre las principales conclusiones del cuadro de 2019 pueden señalarse las siguientes: a) tendencias positivas en materia de eficiencia de los sistemas judiciales, observándose una evolución positiva en casi todos los Estados miembros, siendo que desde 2010, en casi todos esos Estados miembros, la duración de los procedimientos judiciales en primera instancia ha disminuido o, al menos, se ha mantenido estable, a lo que es necesario añadir que los procedimientos de primera instancia en asuntos de blanqueo de capitales duran una media de hasta un año, no obstante en algunos Estados miembros con dificultades en este ámbito, los procedimientos pueden durar todavía dos o más años; b) un aumento de los retos en lo que se

gano compuesto por representantes de todos los estados miembros del Consejo de Europa, algunos observadores -como la Comisión Europea- y por organizaciones profesionales de la justicia. Sin embargo, la CEPEJ no está configurada ni como un órgano de seguimiento, ni tampoco de supervisión.

Las violaciones de derechos fundamentales que derivan de la duración de los procesos aparecen vinculadas a conceptos indeterminados como el de dilaciones indebidas que utiliza nuestra Constitución o el de plazo razonable del artículo 6.1 CEDH²⁰.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además de valorar las circunstancias del caso concreto, utiliza varios criterios para determinar si la duración del proceso ha sido o no razonable, siendo éstos la complejidad del caso, el comportamiento procesal de las partes y del órgano jurisdiccional, sin perder de vista los intereses en juego para el litigante. Pero la cuestión es si es posible extraer de la jurisprudencia del TEDH unos requisitos generales para considerar duraciones máximas o mínimas de los procesos, partiendo de la base de que siempre ha evitado dictar reglas generales sobre lo que deba entenderse por duración normal de los procesos o de tipos concretos de proceso²¹.

La CEPEJ ha resumido, a efectos indicativos, las principales tendencias y márgenes máximos, estableciendo como regla general -señalada por el TEDH- que, se considera razonable una duración total del proceso de dos años, de modo que por encima de ese tiempo el Tribunal examinaría con más detalle la conducta del órgano y de los litigantes a la luz de la complejidad del caso; y a su vez, entiende que ese tiempo es excesivo en casos prioritarios, de modo que resulta imposible extraer conclusiones concretas al efecto, ya que el pragmatismo del Tribunal lleva a la necesaria consideración individual de cada caso.

Sin embargo, y aunque se establecieran duraciones explícitas, habría que avanzar más, no bastando con impartir justicia en un tiempo razonable para evitar lesiones en derechos fundamentales y, habiendo que impartir justicia en un tiempo óptimo, como enfatizara la CEPEJ al introducir en su Programa Marco: “Parece necesario que los sistemas judiciales se doten de un nuevo objetivo: la tramitación de cada procedimiento en un tiempo óptimo y previsible. Nos hemos acostumbrado a referirnos al concepto de “tiempo razonable” previsto en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Sin embargo este indicador es un “límite mínimo” que traza la frontera entre la vulneración y la no vulneración del convenio y por tanto no debería considerarse como un resultado adecuado cuando se produce”²².

refiere a la percepción de la independencia judicial, siendo que dicha percepción no haya mejorado y se siga desconfiando de dicha independencia por la posible injerencia o presión política sobre jueces y tribunales, siendo que, en cuanto a las fiscalías nacionales, el cuadro de indicadores muestra que, en algunos Estados miembros, se tienden a concentrar en manos de una única autoridad las competencias de gestión, tales como la evaluación, la promoción y el traslado de fiscales; c) mantenimiento del gasto público respecto de los órganos jurisdiccionales, con mejora de la calidad de las sentencias y posibilidad de acceso *on line* de las sentencias dictas por los altos tribunales.

²⁰ Vid. al efecto, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *La atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación. El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas* en Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2007, págs. 97 a 154.

²¹ GARCIA-MALTRAS de BLAS, E., “Dilaciones y duración...”, cit., pág. 13.

²² CEPEJ (2004) 19 rev2, párrafos 2 y 3.

Complementando lo razonable y lo óptimo, se busca el equilibrio entre la celeridad y la justicia del proceso, de modo que, sin ser conceptos equivalentes, la celeridad no puede ir en detrimento del respeto de las garantías de los justiciables ni tampoco afectar a la calidad de las resoluciones judiciales. Como señala GARCIA-MALTRAS de BLAS²³ “Más que un proceso rápido, el concepto de tiempo óptimo entraña el de un proceso en el que el tiempo se ha gestionado de forma eficaz. El objetivo de lograr una justicia de calidad no debe confundirse con el de lograr una justicia rápida. El aumento de la productividad del sistema no debe ponerse por encima del correcto desempeño de la función judicial ya que no se trata de transformar los Juzgados en máquinas de juzgar”²⁴; de modo que tiempo óptimo será el que tenga en cuenta estas consideraciones, pero añadiendo también la previsibilidad, característica fundamental para los usuarios de la justicia. Así las cosas, y conforme a los parámetros indicados, los procesos habrían de tramitarse en un tiempo óptimo y previsible.

1.2.2 El derecho al proceso sin dilaciones indebidas como derecho fundamental

Desde la ya mencionada STC 24/1981, de 14 de julio, el derecho a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, no puede entenderse como algo desconectado con el tiempo en el que debe concederse la tutela judicial por los órganos del poder judicial, de forma que se juzgue y se haga ejecutar lo juzgado dentro de unos “*términos temporales razonables*”; de modo que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque perfectamente autónomo, se encuentra íntimamente relacionado con dicha tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, ya que el párrafo primero reconoce el derecho a la misma sin

²³ GARCIA MALTRAS de BLAS, E., “Dilaciones y duración...” cit., pág. 14.

²⁴ BARONA VILAR, S., señala que “(...) la globalización, el pensamiento económico neoliberal (...) nos adentra en el mundo del 4.0 *industrial* (...) algo así como la posible Industria Inteligente de la Justicia o la Ciberindustria de la Justicia del futuro, dado el implacable y penetrante mundo de las TICs en la Justicia que nos lleva a plantearnos más allá de su uso instrumental, la posibilidad de la Cuarta Revolución Industrial (4.0.) -nueva manera de organizar los medios de producción- llegue también a la toma de decisiones judiciales y se alcance la ‘Justicia robot’ (...) lo realmente preocupante, y ya no es una cuestión de ficción o elucubración mental, es el grado de incorporación de la revolución tecnológica en la toma de decisiones judiciales o, si se quiere, en la sustitución del razonamiento lógico-deductivo que lleva a dictar las sentencias penales. Repárese que el deber de dictar sentencias comporta igualmente la responsabilidad por la actuación realizada. Asumir responsabilidades en materia de Justicia es absolutamente esencial para cubrir el derecho constitucional de tutela judicial efectiva” Y continúa la autora refiriéndose a los *sentencing guidelines* americanas destinadas a lograr cierta uniformidad de las condenas que “alteraron la determinación ‘humana’ discrecional de la pena”, y a las *mandatory penalties* que venían a imponer en relación con determinados delitos (drogodependencia, delitos sexuales, etc.) unas penas mínimas de prisión muy altas (obligatorias). Pero, además, continúa: “(...) Por un lado, se ha venido haciendo referencia, como un gran ‘invento tecnológico’, a la incorporación de sistemas computacionales que permiten trabajar para la consecución de la predecibilidad de las sentencias. (...) Es la aplicación de la informática y las tecnologías a la búsqueda de una homogeneidad y previsión de los resultados que pueden obtenerse en el marco de un litigio. (...) La traslación de estos métodos a sede procesal penal plantea otros interrogantes, bastante más peligrosos. (...) Hablar de predecibilidad criminal alimenta un discurso peligroso en el que se prefijan criterios de predisposición de actuación criminal (...) que motiva la adopción de una tutela preventiva, actuar *ex ante* una previsible conducta que previsiblemente se cometerá por determinadas personas que reúnen condiciones para cometer hechos delictivos”. *Vid. Proceso Penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 596 a 602. Y también el texto dirigido por la misma autora, *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (AAVV, dir. BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

que en ningún caso pueda producirse indefensión; siendo que el párrafo segundo recoge una serie de garantías procesales, instrumentales al derecho a la tutela judicial efectiva, entre las que se encuentra el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas²⁵.

La consideración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como derecho fundamental es, incuestionablemente, de gran trascendencia, por cuanto que su ejercicio habrá de ser regulado en forma de ley y, además, gozará de amparo constitucional, cuestiones ambas que, no obstante, escapan al objeto del presente estudio y no nos permite entrar a desarrollar.

Abundando en lo que se acaba de indicar, consideramos, es procedente destacar que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se encuentra íntimamente relacionado con la obligación de los poderes del Estado de dotar a la Administración de Justicia de los medios materiales y personales necesarios con el fin de evitar dichas dilaciones. Hablamos de las llamadas dilaciones estructurales²⁶, y la cuestión radica en considerar o no como dilaciones indebidas y constitucionalmente relevantes, aquéllas que derivan de la sobrecarga de trabajo o de la escasez y/o carencia de medios de los órganos judiciales. Como señalara GIMENO SENDRA²⁷ “el derecho previsto en el artículo 24.2 CE, se proyecta creando las obligaciones del Poder Ejecutivo y del Legislativo de incrementar notablemente el número de plantillas orgánicas, de dotar a la justicia de los necesarios medios materiales y de realizar en nuestros Códigos procesales las reformas oportunas, tendentes a la consagración del principio de aceleración del procedimiento”. Y

²⁵ El TC, en su Sentencia 46/1982, de la Sala Segunda, de 12 de julio, (Ponente: Fernández Viagas, Plácido), estableció la diferencia entre ambos párrafos cuando señaló que “*el artículo 24 de la Constitución en sus dos epígrafes, previene dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado, ya que el segundo de ellos apunta preferentemente a las llamadas “garantías procesales” -así el juez ordinario predeterminado por la ley, asistencia letrada, información de la acusación, proceso público, utilización de los medios de prueba pertinentes y presunción de inocencia-*, mientras que el primero, al proclamar el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca pueda producirse indefensión, establece una garantía, previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto. Dicho de otro modo, el artículo 24.2 también asegura la “tutela efectiva”, pero lo hace a través del concreto juego de los instrumentos procesales, mientras que el 24.1 asegura la tutela efectiva mediante el acceso mismo al proceso”.

²⁶ En diciembre 2020, fue aprobado por el Gobierno el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, cuyo espíritu y objetivos se recogen en su Exposición de Motivos y se señalan en los siguientes términos: “El sistema de Justicia de nuestro país padece desde hace décadas de insuficiencias estructurales, algunas de las cuales sin justificación, que han dificultado que ocupe plenamente el lugar que merece en una sociedad avanzada. No hay duda de que en algunos puntos del sistema puede haber déficit de recursos que haya que corregir, pero no parece que esta sea la causa principal de nuestros problemas crónicos, derivados más bien de la escasa eficiencia de las soluciones que sucesivamente se han implantado para reforzar la Administración de Justicia como servicio público. (...) Se trata, por tanto, de afianzar que el acceso a la justicia suponga la consolidación de derechos y garantías de los ciudadanos y ciudadanas; que su funcionamiento como servicio público se produzca en condiciones de eficiencia operativa; y que la transformación digital de nuestra sociedad reciba traslado correlativo en la Administración de Justicia”. El subrayado es nuestro.

También en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia (texto aprobado el día 20 de abril de 2021 por el Gobierno) se recoge el mismo espíritu.

²⁷ GIMENO SENDRA, J. V., “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” en *Revista Poder Judicial* núm. 1, 1988, pág. 142.

ello por cuanto que, en su calidad de derecho fundamental, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, vincula a todos los poderes públicos ex art. 53.1 CE, los que, consecuentemente, han de promover las condiciones necesarias para su ejercicio pleno. De este modo, lo constitucionalmente “lógico” habría de ser que el Poder judicial estuviera -como lo está- obligado a impulsar el proceso sin retrasos; el Ejecutivo a dotar de los medios necesarios para que en el Poder Judicial concurrieran las condiciones necesarias a fin de evitar los retrasos; y el Legislativo a establecer procedimientos ágiles al efecto.

Ciertamente, lo hasta ahora dicho, no es sino una derivación del carácter doble de los derechos fundamentales: de un lado, objetivo, como informadores del ordenamiento jurídico, lo que crea la exigencia en los poderes públicos de promover todas las circunstancias que hagan posible su efectividad; y de otro, subjetivo, en cuanto referidos al ejercicio y reclamación de esos derechos por los particulares²⁸. Y así lo entendía el TEDH cuando establecía que *“el artículo 6.1 del CEDH obliga a los Estados Contratantes a organizar su sistema judicial de manera que les permita garantizar las exigencias de esta disposición. Reafirma la importancia de que la justicia sea administrada sin retrasos propios que puedan comprometer su eficacia y su credibilidad”*. Añadiendo que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Resolución DH (97) 336 de 11 de julio de 1997 (*Duración de los procesos civiles en Italia: medidas suplementarias de carácter general*) consideró que *“la excesiva lentitud de la justicia representa un peligro importante, especialmente para el Estado de derecho”*²⁹.

A esa doble faceta, ya se refería la STC 35/1994, de la Sala Segunda, de 31 de enero, (Ponente: Viver Pi-Sunyer, Carlos) en la que, -además de considerar que el derecho al proceso sin dilaciones indebidas comprendía no sólo la tramitación del proceso, sino también la ejecución de las resoluciones judiciales-, diferenciaba entre la faceta “prestacional” y la faceta “reaccional”.

De la faceta prestacional ya se había encargado el TC en su Sentencia 223/1988, del Pleno, de 24 de noviembre, (Ponente: Díaz Eimil, Eugenio) en la que señalaba que *“el derecho invocado en este recurso es de naturaleza prestacional y ello supone que los Jueces y Tribunales deban cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de su tutela, pero este deber judicial, impuesto por la Constitución no puede ser cumplido, cualquiera sea el esfuerzo y dedicación de los Jueces y tribunales, si los órganos judiciales no disponen de los medios materiales y personales que sean necesarios para satisfacer el derecho de los litigantes a una pronta respuesta de la jurisdicción a sus pretensiones procesales”*.

Además, la ya mencionada STC 35/1994, declaraba respecto a la faceta reaccional que *“A su vez, la reaccional actúa en el marco estricto del proceso y se traduce en el*

²⁸ Según PICÓ i JUNOY, J., “el carácter normativo de la Constitución, unánimemente admitido en nuestros días, comporta que los derechos fundamentales vinculen a todos los poderes públicos; requiriendo una un adecuado sistema de garantías constitucionales dentro de la cuales se halla la exigencia dirigida a los jueces de aplicar, de modo directo e inmediato, las normas constitucionales. Por este motivo (...) tales garantías se sustraen de la libre disposición de los particulares, esto es, son irrenunciables”. *Vid. Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosch, Barcelona, 2011, págs. 22 a 24.

²⁹ STEDH caso Bottazzi contra Italia, de 28 de julio de 1999.

derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas”.

Hasta aquí nos hemos dedicado a analizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como derecho fundamental, y, si bien es cierto que, efectivamente, se han puesto algunos medios -y/o remedios-, habiéndose modificado incluso la LECrim *ex* Ley 41/2015, de 15 de octubre, es lo cierto que la Justicia Penal sigue siendo lenta, sobre todo teniendo en cuenta los intereses en juego.

Y precisamente, en referencia al proceso penal, consideramos de especial interés didáctico lo que la Instrucción 3/1993 de la FGE, de 16 de marzo, referida concretamente a las dilaciones indebidas -hace ya casi tres décadas- indicaba: *“Muchas y variadas son las formas que, a lo largo de un proceso, ese derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva puede ser menoscabado (...) De todos aquellos motivos que pueden erosionar de forma especial la vigencia de ese derecho constitucional, destaca, sin duda, la falta de celeridad en la tramitación de causas penales que, en sí mismo, constituye un mal llamado a frustrar las ansias de justicia de quien demanda aquella tutela. La ausencia de celeridad en la tramitación de aquellas causas penales no sólo incide en la falta de efectividad en la respuesta judicial de tutela, sino que, además, integra violación de otro derecho fundamental de protección privilegiada, a saber, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas que consagra el apartado 2 del mismo artículo 24 del texto constitucional”*³⁰.

1.2.3 Concepto y concreción de proceso sin dilaciones indebidas

Ciertamente, en lo dicho hasta ahora, hemos ido dibujando el concepto de dilaciones indebidas y consecuentemente también -de alguna manera- nos hemos acercado al concepto de proceso sin dilaciones indebidas. Pero hemos de adelantar que no existe una fórmula que lo sintetice abarcándolo, a menos que partamos de una elasticidad apriorística que intente ser válida para todos los procesos. No obstante, intentaremos analizar y concretar el concepto de este derecho fundamental.

Sentado lo anterior y, de cualquier modo, hemos de reiterar y de recalcar que el proceso supone la realización de actos sucesivos, lo que, necesariamente, requiere de un período de tiempo, incompatible en demasiadas ocasiones, con una respuesta judicial rápida y tempestiva³¹.

El concepto de dilaciones indebidas ha ido perfilándose a través de la interpretación realizada por el TC, de modo que desde la ya mencionada STC 43/1985, de la Sala Se-

³⁰ Añadía la mencionada Instrucción 3/1993 de la FGE: *“La condición de garante de los derechos fundamentales, que constitucionalmente asigna el artículo 124 al Ministerio Fiscal, le obliga a desplegar la actividad procesal necesaria a fin de hacer desaparecer las razones de esta tardanza. El alcance y contenido de su obligación institucional puede inferirse, no sólo de lo prevenido en el artículo 124 de nuestro Texto fundamental, sino de lo establecido en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, y del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966. Ese conjunto normativo del más alto rango jerárquico es olvidado, sin embargo, con una frecuencia mucho mayor a la deseable”.*

³¹ PERELLÓ DOMÉNECH, I., “Sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” en *Jueces para la Democracia* núm. 39, 2000, pág. 16.

gunda, de 22 de marzo, (Ponente: Díez-Picazo y Ponce de León, L.) -que lo define como “aquél que se realiza en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido”- hasta otra más reciente del Tribunal Supremo³², ha habido tiempo de completarlo. Esta resolución a la que nos acabamos de referir, STS 400/2016, de 11 de mayo, sostiene que “En la STS 446/2015, de 6 de julio, con cita de la STC 54/2014, de 10 de abril, decíamos que para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), hemos de acudir a las pautas que nos ofrece nuestra doctrina, conforme a la cual este derecho está configurado como un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, por cuanto “no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando” (STC 153/2005, de 6 de junio, FJ 2). En la STC 178/2007, de 23 de julio, FJ 2, recogiendo jurisprudencia anterior, subrayábamos que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en “tiempo razonable”), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2 CE, afirmábamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (en los mismos términos, las SSTC 38/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 93/2008, FJ 2; 94/2008, FJ 2 y 142/2010, FJ 3, entre otras)”.

Se observará que en esta resolución -al igual que en otras-, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no se identifica con el derecho al cumplimiento de plazos legalmente establecidos, considerándose éstos como simplemente orientadores³³. Y a la misma conclusión ha llegado también la mayoría de la doctrina³⁴, de modo que la solu-

³² STS 400/2016, de la Sala Segunda, de 11 de mayo, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel) en la que la defensa alegaba, entre varios de los motivos de casación, la indebida inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas *ex art.* 21.6 del Código Penal.

³³ De este modo, la STS, de la Sala Segunda, 29/2021, de 20 de enero, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón), establece que “(...) el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes”.

³⁴ Si bien PEDRAZ PENALVA, E., sostiene que “sí que es el período temporal normativamente plasmado en la ley procesal el criterio objetivo que se ha de considerar en primer término para poder llegar a declarar el desconocimiento del tiempo razonable. Es el legislador

ción a la lentitud de los procesos y a la vulneración del repetido derecho no habría de encontrarse en el establecimiento de plazos concretos de duración del proceso penal. Sin embargo, la redacción dada al art. 324 tras la reforma de la LECrim por la Ley 41/2015, de 15 de octubre -y la posterior por Ley 2/2020, de 27 de julio- se basa en el señalamiento de tiempos muy concretos en la fase sumarial, -¿siguiendo el sistema italiano?- donde, principalmente, esos plazos funcionan como sistema de control a la actuación del Ministerio Público, en tanto que es quien dirige dicha fase, a diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho. Pero es necesario señalar que, tras la reforma, carecemos de los criterios que se establecían en la redacción de 2015, al efecto de la consideración -y concreción- de los caracteres de complejidad.

Indudablemente, sería demasiado frívolo pensar que el incumplimiento de un plazo resultara del todo indiferente referido al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Así las cosas, habría de considerarse, al menos, como un indicio de dilación, salvo que se admitiera que los plazos carecen de toda relevancia para la configuración de este derecho fundamental, punto de vista, a nuestro entender, absolutamente irresponsable.

Estando -como estamos- reflexionando sobre el valor de los plazos, habría que recordar el Voto Particular del Magistrado Tomás y Valiente en la STC 5/1985, de la Sala Segunda, de 23 de enero, (Ponente: Arozamena Sierra, Jerónimo) en el que, partiendo de la inexistencia de un derecho fundamental al cumplimiento de los plazos, sostenía que “(...)incumplido un plazo, y denunciada por la parte una dilación que dure más allá de un tiempo razonable, debe de ser el propio órgano judicial quien aporte la justificación que permita apreciar su dilación como no indebida (...) la carga de la justificación corresponde al órgano...”. Continuaba señalando que “...a falta de justificación ‘ad casum’ tampoco vale la estimación de los estándares de actuación y rendimientos normales en el servicio de la justicia (...) porque la frecuente tardanza no puede reputarse como ‘normal’, pues lo normal es lo más ajustado a la norma y no lo contrario a ella aunque sea lo más frecuente y (...) porque si continuase ‘in crescendo’ el tiempo y la generalización de incumplimiento (...) y hubiese que tomar como regla ese mismo hecho anormal, pero general, ello equivaldría a dejar vacío de su contenido esencial de derecho fundamental”.

A nuestro entender, estas afirmaciones del profesor Tomás y Valiente son fundamentales, pues suponen el rechazo a una doctrina que califica, de indebidas o no las dilaciones, contrastándolas con el tiempo que se invierte en procesos similares, de forma que lo que exceda del tiempo normal podrá constituir dilación indebida. Pero precisamente, el problema radica en que el tiempo normal, no siempre lo es, si por tal se entiende el que es conforme a la norma; de modo que el tiempo normal es el habitual o corriente, pero excesivo, y a mayor retraso en la tramitación de los asuntos, mayor será ese tiempo normal que se tome como referencia. Y así, nos encontramos ante un sistema judicial donde lo frecuente -lo normal- es el retraso y de ahí inferimos directamente el tiempo medio de duración de un procedimiento de la misma naturaleza, y el retraso sólo será indebido cuando lo sea “tremendamente” indebido. Además, la solución no debería suponer que a una dilación se sume otra, es decir, no puede para declararse que se ha

ordinario el que ha de tomar las decisiones acerca de dónde ha de situarse el punto de equilibrio en la relación de tensión que forman la necesidad de acelerar el proceso y la de ser minucioso y riguroso en el conocimiento del asunto”. Vid. “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” en *Poder Judicial* núms. 43-44, 1996, pág. 238.

vulnerado el derecho, darle a la víctima más dilación, y esto es precisamente, lo que sucede en nuestro país³⁵.

A favor del establecimiento y consideración real de plazos máximos, en lo que hace a la conceptualización de un proceso sin dilaciones indebidas, se encuentra PASTOR³⁶ quien ya refutaba la que denominada “teoría del no plazo” en la que ha venido asentándose la doctrina del TEDH y de nuestros Tribunales Constitucional y nuestro Tribunal Supremo. Sostiene este autor la irracionalidad de realizar la construcción intelectual sobre algo inconcebible como lo es un “no plazo”; siendo así, imposible crear una teoría sobre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, ya que este plazo razonable, en realidad no es un plazo, entendiéndose por tal un espacio de tiempo delimitado entre dos puntos de los que se tiene un conocimiento previo. Así, el “no plazo” es un plazo que no puede establecerse *a priori* en unidades de tiempo determinadas, sino que se establecerá caso por caso, y una vez haya finalizado. Y señala, a su vez, que esa doctrina desatiende el sentido del derecho fundamental del imputado a ser juzgado dentro de un tiempo razonable en dos aspectos: en el primero, en cuanto no ofrece un concepto de plazo del proceso penal que supere lo que en derecho procesal penal se considera un plazo; en el segundo, por cuanto que se afirma que aun habiendo sido sobrepasado el plazo, no aplica la única consecuencia posible y lógica para tal comprobación: el archivo del procedimiento puesto que más allá de ese punto temporal, toda continuación habría de ser nula.

Insiste, a su vez, el autor en que los derechos establecidos en tratados internacionales son normas generales, abiertas, cuyo sentido y cuyo alcance deberá estar delimitado por las normas procesales de los estados parte. De este modo, el derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable “exige la fijación de plazos legales, que realmente sean tales, dentro de los que, exclusivamente, podrá llevarse a cabo una persecución penal legítima” y añade que “al ser el proceso un conjunto de actos sometidos a plazo, resultaría irracional que el proceso mismo no estuviera sometido, en su totalidad, también a plazos”. Además, es obligación del legislador y no de los tribunales, tanto establecer la duración del proceso penal como las consecuencias de su infracción y sólo en caso de ausencia de normativa al respecto podrían tener aquéllos, un papel más activo.

En definitiva, construye su propuesta en base a una premisa general y única, basada en que el plazo razonable ha de ser entendido como un plazo procesal, establecido *a priori* por la ley, dentro del cual se debe realizar el proceso, limitando así su duración, de modo que ser juzgado en un plazo razonable implica que más allá del plazo legalmente establecido, el proceso penal no podrá seguir siendo llevado a cabo³⁷. Construc-

³⁵ Así lo explicaba NIETO GARCIA, A., cuando decía que “(...) primero está el pleito originario retrasado; luego viene el recurso de amparo (...) que también se resuelve con enorme retraso (y si el reclamante quiere ahorrarse este trámite tiene que hacer el cálculo (...) a “ojo de buen cubero” (...) con riesgo de equivocarse (...) con el riesgo de que le digan que la dilación no ha sido indebida. Después de esto el *vía crucis* continúa, puesto que hay que dirigir la reclamación al Ministerio de Justicia que, de no ser estimatoria, exige una nueva reclamación judicial (...). Y así hasta llegar al Tribunal Europeo”, en la Conferencia pronunciada bajo el título de “Ejecución e inexecución de Sentencias”, en enero de 2005.

³⁶ PASTOR, D. R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. (Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones), Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, págs. 350 y 450 y ss.

³⁷ PASTOR, D. R., *El plazo razonable...*, cit., pág. 438.

ción que compartimos, ya que esta concepción de plazo sí que es contundentemente aplicada a las acusaciones particulares y a la defensa.

En este aspecto, indica la Circular 1/2021, de 8 de abril que *“Los plazos procesales se distinguen de los plazos sustantivos porque su nacimiento siempre se ubica en el seno de un procedimiento fruto de una actuación procesal anterior, como es el auto de incoación de diligencias previas. Como señala la STS 751/2019, de 5 de noviembre, la naturaleza de las normas no depende de su ubicación en un determinado texto. El criterio que se aplica para determinar la naturaleza procesal de una norma es el ámbito en el que incide la consecuencia jurídica prevista en la misma, si tiene reflejo en el proceso, atiende a la conducta de las partes, de los intervinientes en el proceso, del juez, o se refiere a actos procesales, tanto a la forma como a sus presupuestos, requisitos y efectos, la norma será procesal”*. De ahí que aquellos plazos cuya génesis se asocie a una actuación procesal previa goce siempre de naturaleza procesal, mientras que aquellos otros cuyo nacimiento tenga lugar extramuros del procedimiento sean considerados sustantivos o materiales. En este sentido, el ATS (Civil), Sec. 1ª, de 23 de mayo de 2018, dispone que *“esta Sala ha reiterado la diferencia existente entre plazos procesales y sustantivos al señalar que únicamente ofrecen carácter procesal los que tienen su origen o punto de partida de una actuación de igual clase (notificación, citación, emplazamiento o requerimiento), entre los que no están aquellos a los que se asigna un determinado plazo para el ejercicio de una acción”*³⁸.

Como ya indicábamos más arriba, tanto el TEDH como nuestro TC han señalado los criterios a tener en cuenta a los efectos de determinar si se ha producido o no una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, basándose en la jurisprudencia del TEDH³⁹, y son los siguientes: a) la complejidad del asunto; b) el comportamiento de los litigantes en el proceso; c) el comportamiento de la autoridad judicial; y d) la importancia del interés protegido, es decir, lo que arriesga el interesado.

La STC 133/1988, de la Sala Primera, de 4 de julio, (Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo, Miguel), se refiere a los criterios señalados cuando manifiesta que *“el Tribunal de Estrasburgo ha venido afirmando que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y considerando una serie de criterios como son los de la complejidad del asunto, la conducta de los reclamantes, la conducta de las autoridades implicadas y las consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes”*. A su vez, la ya reseñada STC 223/1988, de 24 de noviembre, puntualiza cuáles son dichos criterios: *“la frase ‘sin dilaciones indebidas’ empleada por el art. 24.2 de la Constitución expresa un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar, como tales, la complejidad del litigio, los máx-*

³⁸ Continúa la Circular 1/2021 de la FGE: *“Las audiencias provinciales han atribuido de forma mayoritaria naturaleza procesal a los plazos de investigación judicial, al considerar inadecuado relacionar el art. 324 LECrim con la prescripción o el ejercicio de la acción penal, pues el mero transcurso de los plazos no genera consecuencias sustantivas sino meramente procesales”*.

³⁹ Entre otras, SSTEDH de 23 de abril 1997, caso Doustaly contra Francia; de 21 de abril de 1998, caso Estima Jorge contra Portugal; de 7 de diciembre de 1999, caso Bouilly contra Francia; de 26 de octubre de 2000, caso Kudla contra Polonia; de 25 de noviembre de 2003, caso Soto Sánchez contra España.

genes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades. De acuerdo con esta doctrina, la solución del supuesto debatido depende del resultado que se obtenga de la aplicación de esos criterios a las circunstancias en él concurrentes”.

A este respecto, habremos de mencionar la ya señalada -y reciente- STS, de la Sala Segunda, 66/2021, de 28 de enero, (Ponente: Hernández García, Javier) en la que expresamente se establece que: *“El incumplimiento de los plazos procesales puede generar, también, consecuencias preclusivas y no preclusivas que afecten a la propia regularidad del proceso, a la validez de determinadas actuaciones y a la obtención y aprovechamiento de fuentes probatorias. Así, a título meramente descriptivo, el incumplimiento de los plazos procesales puede provocar la clausura de la fase de investigación -vid. Art. 324 LECrim-. Lo que no hace sino reafirmar la naturaleza procesal de los mismos, pero sin que ello suponga modificación alguna sobre el tratamiento jurisprudencial -no fundamental- de sus incumplimientos⁴⁰.*

Igualmente, entendemos importante en relación a esta cuestión, la STS 559/2020, de 29 de octubre, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón) que indica: *“(…) también es cierto que en cuanto al inicio del cómputo del tiempo de las posibles dilaciones, no debe tomarse en cuenta la fecha de los hechos (...) Así la jurisprudencia, por ejemplo STS 841/2015, de 30 de diciembre, ha declarado que el derecho se refiere al proceso sin dilaciones, no a un hipotético y exótico derecho del autor de un delito a un descubrimiento rápido tanto de la infracción penal como de su implicación en ella (STS 250/2014, de 14 de marzo). Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación apud acta, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de dilaciones indebidas”.*

1.2.4.- Restablecimiento del derecho

Obviamente, si a pesar del reconocimiento “teórico” del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, o si se prefiere, del derecho a una tramitación ágil⁴¹, se vulnera -en

⁴⁰ Establece al efecto la Instrucción 1/2021, de 8 de abril, de la FGE que: *“El vigente art. 324.1 LECrim señala que ‘la investigación judicial se desarrollará en un plazo máximo de doce meses desde la incoación de la causa’. Puede afirmarse, por tanto, que el inicio del plazo tendrá lugar desde el momento de incoación del procedimiento judicial, quedando excluidas del cómputo cualesquiera diligencias que la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal hubiesen desarrollado con anterioridad a aquel momento. (...) De ahí que resulte difícil conectar el contenido del art. 324 LECrim con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas o con el derecho a un proceso equitativo en un plazo razonable, pues por lo que al sujeto pasivo del procedimiento se refiere, parece evidente que nos encontramos ante derechos cuyo nacimiento deberá vincularse a la efectiva atribución de la condición de investigado a su titular”.*

⁴¹ En estos términos se recogía en la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, el 16 de abril de 2002, sobre la llamada Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia.

la práctica- el mismo, habrá que articular los mecanismos necesarios de reparación, o, en su caso, restablecimiento.

Partiendo de la base de su incuestionable consideración de derecho fundamental, la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, hace posible la interposición del recurso de amparo ante el TC, a cuyo efecto es necesario conocer los requisitos o condicionantes procesales exigidos, siendo los siguientes:

- 1) Invocación de la lesión y agotamiento de la vía judicial previa, es decir, denunciar la dilación ante el propio órgano jurisdiccional en el que se está produciendo a fin de que repare la lesión, lo que es necesario acreditar en la demanda de amparo. Esta denuncia previa no hace sino salvaguardar el carácter subsidiario del recurso de amparo, permitiendo a los órganos judiciales remediar las dilaciones en un plazo prudencial⁴². Sólo cuando tras la denuncia del interesado, el órgano judicial no haya adoptado las medidas necesarias para poner fin a la dilación en un plazo prudencial, se entenderá que la vulneración del derecho fundamental no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo acceder entonces al Tribunal Constitucional.
- 2) Intimación al Juez y plazo razonable, o lo que es lo mismo, el transcurso de un plazo prudencial que permita al órgano reaccionar ante la queja por el retraso. Según la jurisprudencia del TC, es necesario que tras la denuncia del retraso, se conceda al órgano judicial un plazo razonable para reparar la lesión⁴³.
- 3) Vigencia de la dilación al tiempo de la interposición del recurso de amparo, o deber de denunciar las dilaciones antes de la conclusión del pleito. De este modo, la STC 146/2000, de la Sala Primera, de 29 de mayo, (Ponente: García Manzano, Pablo), recordaba que *“la alegación de vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas carece de sentido cuando el pronunciamiento ya ha finalizado”*. Por ello, *“no cabe denunciar ante este Tribu-*

⁴² Así, la STC 38/2000, de la Sala Segunda, de 14 de febrero (Ponente: de Mendizábal Allende, Rafael), explica que *“en efecto, sin perjuicio de que el proceso haya experimentado manifiestos retrasos y aun no siendo ello imputable a la parte recurrente, la subsidiaridad característica de esta jurisdicción de amparo empuja un pronunciamiento acerca de la incidencia constitucional de tales dilaciones si con anterioridad no ha posibilitado el recurrente, mediante una actuación diligente, que el órgano judicial se pronuncie, ya sea para ponerles remedio, ya sea para lo contrario, porque desestimase la pretensión o no llegase a pronunciarse en modo alguno sobre la misma. Es reiterada doctrina de este Tribunal, en efecto, que la necesidad de salvaguardar el carácter subsidiario del amparo constitucional, exige la oportuna denuncia formal por parte del recurrente del retraso en el proceso a quo normalmente a través de un escrito con los datos necesarios para que la denuncia llegue a conocimiento del órgano judicial (...) dando incluso la oportunidad al tribunal a quo de que la reconozca con el objeto de reclamar ante las instancias oportunas”*.

⁴³ La STC 231/1999, de la Sala Segunda, de 13 de diciembre, (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente), establece que *“si una vez denunciada la dilación y transcurrido un plazo prudencial, continuase la pasividad procesal, podrá entonces el recurrente franquear las puertas de este Tribunal y pedir amparo. Ese plazo prudencial o razonable, indeterminable ‘a priori’, ha de ser aquél que permita al Juez o Tribunal poner remedio al retraso haciendo cesar la paralización. No cabe, pues, denunciar la demora y acto seguido, sin solución de continuidad, presentar la demanda de amparo y, al contrario, es obligado por el sentido común guardar un tiempo para conseguir la reanudación del tracto procesal”*. Vid. también la STC, 103/2000, de la Sala Segunda, de 10 de abril, (Ponente: Viver Pi-Sunyer, Carles).

nal las dilaciones indebidas una vez que ha concluido el proceso (...), pues la apreciación en esta sede de las pretendidas dilaciones no podría conducir a que este Tribunal adoptase medida alguna para hacerlas cesar (STC 83/1989)”.

A su vez, la STC 57/2007, de la Sala Primera, de 12 de marzo, (Ponente: Casas Baamonde, María Emilia), además de reiterar la carencia de sentido de la reclamación tras la conclusión del proceso, añadía que *“Así, no siendo posible la ‘restitutio in integrum’ del derecho fundamental, dado que el proceso ha fenecido, el restablecimiento solicitado por la recurrente, en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación (art. 55.1 c) LOTC) sólo podrá venir por la vía indemnizatoria”*.⁴⁴

Pero este tercer requisito no exige que en el momento en que el TC está conociendo del recurso de amparo siga vigente la dilación, ya que cabe la posibilidad de que en el momento en que el TC tenga que resolver sobre la vulneración del derecho, el retraso haya cesado, o el proceso, concluido. Es lo que se reconoce en la reseñada STC 231/1999, de la Sala Segunda, de 13 de diciembre, (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente), cuando establece que *“este tipo de amparos basados en la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) no pierden su objeto por el hecho de dictarse una sentencia tardía pues tal vulneración, de existir en el momento de la interposición de la demanda de amparo, no puede considerarse reparada mediante una resolución tardía del pleito. La consecuencia que sí cabe extraer de esta resolución tardía afecta, como se dirá más adelante, a la eficacia de la eventual sentencia estimatoria del amparo”*. De esta forma, si cuando resuelve el TC las dilaciones se mantienen y estima el recurso de amparo, ordenará que cesen y se dé curso al procedimiento. Por el contrario, si cuando al resolver el TC, las dilaciones hubieran cesado, la única posible reparación del derecho será vía indemnizatoria.

También distingue el TC, dos formas de lesión del derecho fundamental que conducirán a una forma u otra de resarcimiento, como se colige en la STC 32/1999, de la Sala Segunda, de 8 de marzo (Ponente: González Campos, Julio Diego): *“la vulneración del referido derecho puede producirse tanto por omisión, que consiste en la mera inactividad judicial y que normalmente ocurrirá con mayor frecuencia; como por acción, mediante resoluciones que acuerdan la práctica de trámites que ocasionan un alargamiento innecesario del proceso”*.

No consideramos necesario extendernos más en esta cuestión, si bien resulta obligado concretar las consecuencias derivadas del reconocimiento de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas según nuestro TC. A saber, acordar el dictado de una resolución coherente con el momento procesal en el que se encuentren las actuaciones que suponga el impulso necesario al efecto; anular la resolución causante de la dilación⁴⁵; conceder el derecho a una indemnización por responsabilidad patrimonial del

⁴⁴ Si bien la doctrina del TC en este sentido puede considerarse uniforme, existe alguna excepción correspondiente a la época más temprana. En concreto la STC 36/1984, de 14 de marzo, ya mencionada, admitió y estimó un recurso de amparo en el que, además de reconocer la vulneración del derecho -aun cuando se impugnaba la resolución judicial que había puesto fin al proceso- apuntaba una posible compensación por la dilación sufrida.

⁴⁵ Así lo hacen las SSTC 7/1995, de la Sala Primera, de 10 de enero, (Ponente: Gimeno Sendra, Vicente) y 39/1995, de la Sala Segunda, de 13 de febrero, (Ponente: Díaz Eimil, Eugenio).

Estado conforme al art. 121 CE, por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 292 a 297 LOPJ), siendo que, en este caso, la sentencia del TC será meramente declarativa.

2.- Las dilaciones indebidas en el proceso penal

En consecuencia con el objeto de este estudio, el tratamiento de las dilaciones en el proceso penal habremos de realizarlo de forma separada.

Doctrina y Jurisprudencia vienen sosteniendo que es en la Jurisdicción Penal donde pueden causarse los mayores perjuicios como consecuencia de las dilaciones indebidas. El propio TC considera que, si bien el derecho es invocable en todas las jurisdicciones, es en la jurisdicción penal, donde pueden constituir una suerte de *poena naturalis*, por lo que debe incrementarse el celo del juzgador a la hora de evitar su consumación⁴⁶; de modo que *“en materia penal la dimensión temporal del proceso tiene mayor incidencia que en otros órdenes jurisdiccionales, pues están en entredicho valores o derechos que reclaman tratamientos preferentes singularmente en los supuestos de medidas privativas de libertad”*⁴⁷. Igualmente, la STC 133/1994, de la Sala Segunda, de 31 de enero, (Ponente: Rodríguez Bereijo, Álvaro), señalaba que *“por la innecesaria prolongación de la detención, de la prisión provisional o de la necesaria ejecución del ius puniendi, la legitimidad de la pena pudiera quedar en entredicho”*⁴⁸.

Sin negar -ni obviar- la importancia de lo mantenido por el TC respecto a la Jurisdicción Penal, consideramos necesario realizar algunas matizaciones al respecto.

No pueden minusvalorarse los perjuicios de un retraso indebido en otras jurisdicciones puesto que pueden resultar tan dramáticos -o más, dependiendo de las circunstancias concretas- que las ocasionadas en el orden penal.

Además, en la Jurisdicción Penal, ni todas las dilaciones operan de forma igual, ni son siempre perjudiciales para el investigado -ya que con las mismas incluso puede llegar a alcanzar la prescripción-, a lo que es necesario añadir que también la víctima puede sufrir las consecuencias de las dilaciones indebidas, y no ya sólo por el daño moral que pueda suponerle la dilatación, sino porque también puede acarrearle otro tipo de perjuicios, como pueden ser los referidos a la restauración o resarcimiento.

No toda tardanza perjudica a los responsables penales, pues como ya hemos señalado, éstos a veces se beneficiarán de la demora en ser condenados, pudiendo llegar a alcanzar prescripción de los delitos por ellos cometidos.

⁴⁶ STC 124/1999, de la Sala Segunda, de 28 de junio, (Ponente: González Campos, Julio Diego).

⁴⁷ SSTC 381/1993, de la Sala Segunda, de 20 de diciembre, (Ponente: Viver Pi-Sunyer, Carlos) y 35/1994, de la Sala Segunda, de 31 de enero, (Ponente: Viver Pi-Sunyer, Carlos).

⁴⁸ En este sentido, la Instrucción 3/1993 de la FGE señalaba que *“La distorsión en el devenir del proceso penal se produce cuando alguna o algunas de las partes personadas en aquellas causas penales, despliega una contumaz acción procesal tendente a alargar al máximo la duda social que se cierne sobre la persona del imputado. Y es entonces cuando la genuina posición procesal del Fiscal ha de cobrar pleno significado (...) Es necesario, pues, que quien por mandato legislativo asume tal cometido, supere la paciente resignación corporativa que, en ocasiones, ha llevado al Fiscal a adoptar el papel de pasivo espectador en una instrucción que, en algún momento, puede no ser todo lo diligente que debiera”*.

Es de general conocimiento que la sanción penal no va sólo destinada a la reparación de un bien jurídico lesionado, sino que también tiene una función de “ejemplaridad social”, y así ocurre en los delitos que, por razón de la materia o de la persona, o por ambas -casos de malversación de fondos públicos con fines ya personales, ya partidistas- que conllevan la degradación pública y política, y que conocemos bajo el término genérico de “corrupción”⁴⁹.

La más arriba mencionada Instrucción 3/1993 de la FGE ya indicaba que *“No se pretende, ni mucho menos, propugnar una instrucción precipitada e incompleta. Sólo se persigue que la paralización de un sumario únicamente lo sea por causas explicables y que éstas se hallen debidamente documentadas”*⁵⁰. Y añadía *“Todo ello conduce a exigir del Fiscal una misma labor estimuladora de celeridad para situaciones bien distintas, en referencia, por un lado, a las propias diligencias de investigación realizadas por el Fiscal y, por otro, a las diligencias previas incoadas en los órganos de instrucción”*. La misma Instrucción, exigía a los fiscales *“un análisis, casi diario, del estado en que se hallen las actuaciones”*. Algo, efectivamente, impensable a día de hoy.

A pesar de todas las reformas realizadas con la finalidad de agilizar la Justicia Penal, conforme a los datos publicados en la Memoria de la FGE de 2019, correspondiente al ejercicio 2018, y a pesar también del pretendido rigor contenido en la nueva redacción del art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los tiempos medios de instrucción hasta calificación siguen siendo muy similares a los de años anteriores⁵¹.

Señala también la Memoria que las dilaciones se siguen produciendo, prácticamente en los mismos términos que en los años precedentes⁵².

⁴⁹ Nos referimos a los macroprocesos de corrupción Gürtel (2009) con sentencia de mayo de 2018, Palau (2009) todavía sin sentencia definitiva, al estar en revisión en el Tribunal Supremo, ERE-Andalucía (2011) con sentencia de noviembre de 2019, Noós (2011) con sentencia definitiva de junio de 2019, Pokémon (2012), todavía en instrucción, Pujol-ITV (2013) con sentencia de julio de 2018, Bankia-tarjetas B (2014), con sentencia de octubre de 2018, Pujol y Cía. (2014), con la instrucción prorrogada hasta 2021 y Operación Púnica (2014), con sentencia del TS de marzo de 2019, en los que los implicados “viven” y/o “vivían” de la actividad política y han utilizado fondos públicos para su propio beneficio y para el de su partido. De algunos de estos procesos se sigue conociendo únicamente la fecha de inicio, pero su finalización, es más que probable, la conozcan nuestros descendientes; lo que evidentemente, beneficia a los investigados (o acusados, o condenados en primera instancia, dependiendo del momento procesal).

⁵⁰ Ya la Orden de 23 de marzo de 1932, en su art. 3 establecía que *“todo sumario que lleve más de seis meses de tramitación deberá ser inspeccionado personalmente por el Fiscal de la Audiencia o por sus auxiliares, cuando de los partes de adelanto no se deduzca claramente la justificación de la demora. Los Fiscales darán cuenta a la Fiscalía General de la República del resultado de estas inspecciones (...)”*.

⁵¹ Y ello a pesar de que ya en la Memoria FGE de 2017 -referida al ejercicio 2016- se decía que habrá que esperar a la evolución de ese año 2017 para valorar adecuadamente el impacto de la reforma, tras la estabilización de los flujos de trabajo.

⁵² No obstante, la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, lo que ha supuesto un nuevo descenso en 2018 -al igual que en 2017- en la incoación de diligencias previas, ya que, en referencia a los delitos patrimoniales, la norma señalada hace que no accedan a los Juzgados aquéllos atestados por hechos delictivos sin autor conocido. Además, la pendencia de asuntos aumentó ligeramente en 2018, ya que los 566.530 procedimientos que se encontraban en tramitación a 1 de enero, se convirtieron en 568.437, a 31 de diciembre. Y, no obstante, igualmente, el hecho de que exista un alto índice de

Curiosamente, y además, las dilaciones se incrementan en dos momentos posteriores a la instrucción: durante el tiempo que permanece un procedimiento en el Juzgado de Instrucción una vez calificado y hasta su remisión al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia Provincial; y también desde la recepción del procedimiento por los órganos encargados de su enjuiciamiento y hasta el señalamiento y celebración de la vista. Lo que viene originado por circunstancias tales como son la necesidad de dar traslado a las partes de todo lo actuado para la formulación de los escritos de defensa, y la necesidad de hallar a los investigados. En concreto, en el año 2018, los tiempos de respuesta entre la incoación y la remisión para la acusación (218 días en un procedimiento abreviado), o entre la acusación y el primer señalamiento para juicio oral (469 días en el mismo tipo de procedimiento) no han mejorado sustancialmente con respecto a los años anteriores como señala la referida Memoria de la FGE de 2019.

A nuestro entender, son varios los motivos que influyen fundamentalmente en el hecho de que se ocasionen dilaciones en el proceso penal: de un lado, el sistema de recursos contra las decisiones del Juez de Instrucción; y de otro lado -además de otros motivos- nuestro modelo de instrucción penal, circunstancia que se trata en este estudio.

Incuestionablemente, los recursos en la fase de instrucción son una frecuente fuente de tardanzas⁵³, pero no podemos dejar de lado que el derecho al recurso aparece integrado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la CE, como afirma expresamente el TC en varias de sus sentencias⁵⁴, pero sin que el mismo sea ilimitado, sino que se concreta sólo en aquellos en los que la ley los haya establecido. Sin embargo, en el proceso penal, hay que tener en cuenta lo previsto en el art. 2.1 del Protocolo adicional núm. 7 del CEDH⁵⁵, ratificado por España el 28 de septiembre de 2009 y que entrara en vigor el 1 de diciembre del mismo año; y también el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York⁵⁶.

procedimientos “ficticios”, en el sentido de la realidad de las multiplicidades que se producen provocadas por la necesidad de determinar el órgano competente mediante la aplicación de prolijas normas de reparto, y que distorsionan el auténtico panorama de la litigiosidad. De este modo, la Memoria FGE 2019 señala que en 2018 se acordó la acumulación o inhibición en 332.985 diligencias previas, el 21% del volumen global incoado.

⁵³ Siendo además que, tras las reformas de la LECrim vigentes desde el 4 de mayo de 2010, también existen recursos -de reposición y revisión- frente a los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia, aparte, obviamente de los evidentes de reforma y reposición -y en su caso de queja- frente a las resoluciones judiciales.

⁵⁴ Entre otras, la STC 12/2002, de la Sala Primera, de 28 de enero, (Ponente: García-Calvo y Montiel, Roberto) cuando señala que “*Nuestra doctrina ha declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo el acceso a los Tribunales, sino también el derecho a los recursos que para cada género de procesos estén establecidos en el ordenamiento*”. Pero (...) *el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diversos orígenes jurisdiccionales. El legislador es, en principio, libre para disponer cuál sea el régimen de recursos dentro de cada proceso (...)*”.

⁵⁵ Que establece: “Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por ley”.

⁵⁶ Que reza: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”. En este sentido, hace ya bastantes años que la STC 42/1982, de la Sala

Aun reconociendo el imprescindible derecho al recurso, entendemos que los medios de impugnación disponibles en la actualidad frente a las resoluciones del Juez de Instrucción no son demasiado eficaces en la mayoría de los casos. Piénsese sobre todo en los recursos de reforma que, difícilmente, habrán de tener éxito, siendo que es el propio autor de la resolución recurrida quien ha de resolver sobre el mismo.

En este sentido, no les falta razón a LÓPEZ ORTEGA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁵⁷ cuando señalan que “(...) la forma procesal que caracteriza a la actividad instructora judicial genera una dinámica secuenciada y acumulativa de trámites, en la que los interesados utilizan, constantemente, los recursos devolutivos, que permiten discutir ante un tribunal superior (la Audiencia Provincial) hasta la más nimia de las cuestiones”. Y es que en el sistema español, y debido a las extensas posibilidades de impugnación que establece la LECrim frente a las decisiones del Juez de Instrucción, las partes pueden refutar, además de la propia legalidad, la pertinencia, lo que puede derivar incluso en la creación de una línea de investigación completamente distinta a la inicial, alegando simplemente que las diligencias acordadas -o denegadas- dependiendo de los intereses que defiendan.

Indudablemente, de lo anterior, surge la necesidad de buscar otras alternativas que compensen el respeto del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con otro de sus parientes más próximos, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Y de ahí que la regulación que a los recursos en fase de instrucción, le fuera dada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, optara en sus artículos 494 y 495 por un modelo de concentración⁵⁸.

Y efectivamente, en cuanto a la otra de las razones fundamentales, causante de dilaciones en el proceso penal, y -a nuestro entender, la puede que derivada, entre otras causas, de la instrucción judicial en los términos actuales- habremos de dedicarnos desde sus diversas consideraciones durante la redacción del presente trabajo.

Segunda, de 5 de julio, (Ponente: Rubio Llorente, Francisco), señalara: “*el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) consagra (art. 14.5) el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley. Este mandato (...) no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante u Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento*”.

⁵⁷ LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “El proceso penal como sistema de garantías (II). La dirección de la investigación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código Procesal Penal” en *Diario La Ley* núm. 8091, 2013, pág. 4.

⁵⁸ FUENTES SORIANO, O., sostiene que en un sistema de investigación fiscal sería conveniente regular la limitación temporal de la presentación de los recursos a un solo momento procesal, habiendo de situar el mismo al final de la fase investigatoria, puesto que “razones de economía procesal aconsejan unificar las distintas solicitudes de la defensa al órgano judicial en un único y concreto momento procesal”, y es que de lo contrario podría suceder que “(...) la tramitación del procedimiento podría verse sometida a continuas interrupciones”, *vid.* “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal” en *Nuevos retos de la Justicia penal*, (AAVV, dir. ASENSIO MELLADO, J. M., coord. FUENTES SORIANO, O.), Madrid, 2008, pág. 183.

Obviamente -antes de dar por terminado este apartado- señalaremos que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre 2020 nos ha cogido por sorpresa en la elaboración del presente trabajo. Pero no por ello, será abandonado ni tampoco, dejado de ser puesto absolutamente al día.

En este sentido, y a pesar de todo lo que se vaya a decir más tarde de la “mutilación” del contenido del art. 324 LECrim y teniendo en cuenta no sólo que la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020, dedica dos apartados a las dilaciones indebidas, denominándolas así expresamente, sino que, además el texto se ocupa concretamente de ellas, en los artículos 574 a 577 del ALECRim 2020, hemos considerado acertado hacer al menos una mención en este epígrafe.

En realidad, se recoge un sistema similar al que se estableciera en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, de modo que, partiendo de la imprescindible llamada primera comparecencia de la persona investigada (o traslado provisional de cargos) ante la presencia de indicios de criminalidad -antigua imputación- se establece un “(...) severo régimen de sanción procesal de su retraso indebido, añadiéndose más tarde que “(...) Es este el acto de garantía que debe anticiparse lo más posible, pues hace surgir el haz de facultades y de derechos defensivos de la persona investigada y las garantías objetivas que le vienen asociadas, como el comienzo del cómputo del plazo de investigación⁵⁹”.

A su vez, y al igual que en el Anteproyecto de 2011, se potencia un sistema de sanción judicial del retraso injustificado de la primera comparecencia, que puede incluso conllevar el sobreseimiento de la causa, ya que la información tardía puede generar una situación de indefensión.

De este modo, se establece un sistema tutelar frente a la dilación indebida de la investigación, concibiendo ésta “(...) como una fase breve y puramente preparatoria” y orientando su duración como garantía de la protección de los intereses de la persona concreta investigada.

3.- Recapitulación.

La STC 58/1999, de la Sala Segunda, de 12 de abril, (Ponente: Jiménez Sánchez, Guillermo), sintetiza a la perfección la Doctrina Jurisprudencial sobre el derecho al proceso sin dilaciones indebidas: *“Sabido es que el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), no puede identificarse con un pretendido derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales (SSTC 5/1985 y 324/1994), configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad. La prohibición de retrasos injustificados en la marcha de cualesquiera de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita ‘la duración normal o acostumbrada de litigios, de la misma naturaleza’; deber cuya observancia ha de ser examinada por este Tribunal con mayor rigor cuando se trate de retrasos en los procesos, habida cuenta de su eventual incidencia sobre la libertad personal de los inculcados en ellos”.*

⁵⁹ Vid. los Apartados LVI y LVIII de la Exposición de Motivos del ALECRim 2020.

Se trata pues de equilibrar la realización de toda la actividad judicial indispensable, necesaria para la correcta resolución del caso concreto con el tiempo necesario al efecto, que, en cualquier caso, habrá de ser el más breve posible. Y el estudio de la búsqueda de tal equilibrio nos conduce a un concepto jurídico indeterminado o abierto que, a su vez, nos dirige a otros criterios -poco concretos- como son la complejidad del litigio concreto, los márgenes ordinarios de duración de procesos similares, el interés concreto que arriesga el recurrente, así como la conducta del mismo y de las autoridades judiciales. Siendo que, tras la reforma del art. 324 LECrim han desaparecido las premisas que se establecían para la consideración de complejidad de una causa.

Si bien rapidez y eficacia no pueden equipararse, es lo cierto que la situación de nuestro proceso penal no es ejemplar. Obviamente, no puede -ni debe- prevalecer la rapidez frente a las garantías procesales, pero algo hay que hacer para conseguir, la justicia penal sea eficaz.

El reconocimiento constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas obliga a los poderes públicos a poner a disposición de la Justicia todos los medios necesarios para que dicho derecho sea efectivo, para que todos los ciudadanos implicados en un proceso penal, puedan ver concluido el mismo en un plazo razonable.

Ciertamente, en el concreto ámbito del proceso penal, las dilaciones referidas a la fase de instrucción, las entendemos derivadas, por un lado, de nuestro sistema de investigación, y por otro, de la configuración de los recursos establecidos al efecto. Pero sin olvidar los “tiempos muertos” que se producen desde la práctica de las acusaciones hasta el señalamiento del Juicio Oral que, a nuestro entender, se ocasionan fundamentalmente por la falta de medios personales suficientes.

E indiscutiblemente, constatada la realidad de las dilaciones, habremos de buscar las soluciones adecuadas para su necesaria y obligada erradicación puesto que ha quedado evidenciado, las reformas realizadas hasta la fecha no hacen sino mostrar “(...) una incapacidad de la estructura organizativa para gestionar un volumen de asuntos que, en términos absolutos, es menor como consecuencia de la reforma del art. 284 LECrim. Sin embargo, esta modificación normativa no ha supuesto una descarga real del trabajo asumido por los órganos judiciales de instrucción (...) lo que obliga a insistir en la necesidad de una profunda transformación del modelo procesal vigente, abordando la elaboración de una nueva Ley procesal que conjugue la eficacia en la aplicación de la Ley penal con la salvaguarda de los derechos de los justiciables; articule un sistema de investigación moderno, ágil y equilibrado; sitúe a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal en el papel que constitucionalmente les corresponde en este proceso; supere las contradicciones del papel que actualmente desempeña el Juez de Instrucción; y que nos equipare al modelo que, de forma generalizada, ya existe en los países de nuestro entorno cultural, jurídico y europeo. Ello parece que habría de conducir a instaurar un modelo procesal que atribuyera la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal (...)” como se dice en la Introducción de la Memoria de la FGE 2019 (Ejercicio 2018).

La propia FGE, como ya se ha indicado, ha vuelto sobre el tema y publicado/dictado recientemente la Circular 1/2021, de 8 de abril, *sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, señalando al efecto que: “(...) el legislador se halla facultado para fijar plazos máximos para el ejercicio de las acciones procesales. Sin embargo, ello no permite entender que las actuaciones desa-

rrolladas en plazo se muestren respetuosas con el derecho al proceso sin dilaciones indebidas. Claro ejemplo de cuanto se afirma resulta de la circunstancia de que en caso de derogarse el sistema de plazos del art. 324 LECrim, en nada afectaría a la calificación como debidas o indebidas de las dilaciones que pudieran producirse durante la fase de investigación judicial (...)”.

En cualquier caso, dada la incontinencia legislativa a la que retornamos, -lo que al parecer se pretende a través tanto del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (de diciembre 2020) como del Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia (de abril 2021), amén del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020 (noviembre 2020)-, puede las dilaciones indebidas en el proceso penal pasen a mejor vida.

PRIMERA PARTE

DIVERSAS HERRAMIENTAS DE AGILIZACIÓN DEL PROCESO PENAL Y SU UTILIZACIÓN EN EL PROCESO PENAL NACIONAL. CUESTIONES DE *LEGE DATA*

1.- La importancia del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal a efectos de agilización del proceso penal

1.1.- Generalidades

1.1.1.- Concepto y fundamentación

1.1.2.- Oportunidad *versus* garantías constitucionales

1.1.3.- El principio de oportunidad y la titularidad -exclusiva o compartida- en el ejercicio de la acción penal

1.1.4.- La discrecionalidad técnica

1.1.5.- La oportunidad pura

1.2.- Manifestaciones concretas del principio de oportunidad en el Código Penal español

1.2.1.- El artículo 191.1 del Código Penal

1.2.2.- El artículo 171.3 del Código Penal

2.- La conformidad

2.1.- Tipos de conformidad

2.2.- ¿Conformidad en los delitos leves?

2.3.- La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, en el Borrador de Código Procesal de 2013 y en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

3.- La descriminalización de conductas

4.- Reducción de la fase de instrucción

4.1.- Introducción

4.2.- Historia

4.2.1.- Primer período. De la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 a la Ley de 8 de junio de 1957

4.2.2.-Segundo período. De la Ley de 8 de junio de 1957 a la Ley 3/1967, de 8 de abril

4.2.3.- Tercer período. De la Ley 3/1967, de 8 de abril a la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre (y sus reformas por Ley 10/1992, de 30 de abril y Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio)

4.2.4.- Cuarto período. De la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre (y sus reformas) a la Ley 38/2002 y Ley Orgánica 9/2002, de 24 de octubre (y sus reformas)

4.2.5.- Los intentos fallidos de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y la reforma de 2015 mediante Ley Orgánica 13/2015 y Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal y el fortalecimiento de las garantías procesales

5.- Otros sistemas de agilización del proceso penal. ADR y Mediación Penal

5.1.- ADR (Alternative Dispute Resolution)

5.2.- La Mediación Penal

5.2.1.- Un concepto aproximado

5.2.2.- Normativa estatal

5.2.3.- Aplicación concreta

6.- Últimos *patchworks* patrios para una solución de las dilaciones indebidas y la activación de la justicia penal

6.1.- La solución a través de la atenuación de la pena

6.2.- La solución a través del establecimiento de plazos concretos en la fase de instrucción. El art. 324 LECrim según redacción dada por Ley 41/2015, de 5 de octubre

6.2.1.- En general

6.2.2.- Concreción del cómputo de plazos

6.2.3.- Efectos relacionados con el transcurso de los plazos

6.2.4.- La reforma del art. 324 LECrim. La Ley 2/2020, de 27 de julio

6.3.- El proceso por aceptación de decreto. El art. 803 bis LECrim

6.3.1.- En general

6.3.2.- Su ámbito de aplicación conforme al límite de punibilidad y legitimación establecidos

6.3.3.- Tramitación.

6.3.3.1.- Contenido del decreto

6.3.3.2.- Autorización del decreto

6.3.3.3.- La comparecencia

6.4.- El procedimiento por delitos leves. Los arts. 963. 1. 1ª, 964. 2. A) y 965. 1. 1ª LECrim según redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo. El procedimiento por delitos leves en el ALECRim de noviembre 2020

6.4.1.- En general

6.4.2.- En concreto

6.4.3.- El procedimiento por delitos leves en el ALECRim2020

6.5.- La modificación de las reglas de conexión

7.- Recapitulación

PRIMERA PARTE

DIVERSAS HERRAMIENTAS DE AGILIZACIÓN DEL PROCESO PENAL Y SU UTILIZACIÓN EN EL PROCESO PENAL NACIONAL. CUESTIONES DE LEGE DATA.

Como se podrá ver a continuación, el problema de la lentitud de la Justicia Penal, ha venido resolviéndose en nuestro país -y en otros próximos- mediante el establecimiento de procesos simplificados para delitos de menor gravedad, siendo su característica fundamental, la reducción -e incluso supresión- de la fase de investigación⁶⁰ y ello a fin de aproximar el tiempo de la comisión del hecho delictivo al momento de su enjuiciamiento.

También se ha acudido al efecto, a la despenalización de conductas, que han pasado a considerarse bien ilícitos civiles, bien administrativos, de modo que la vía penal queda limitada a los ilícitos más graves conforme al principio de intervención mínima del derecho penal.

Igualmente, y, con el mismo propósito, se potencian las conformidades, a fin de poder dictarse cuanto antes una resolución consensuada, estableciéndose, además, beneficios de reducción de la pena.

Se están introduciendo, incluso, mecanismos como la mediación, figura *a priori* discutida por su confrontación con principios procesales -legalidad y jurisdiccionalidad de la sanción, entre otros- pero que está siendo potenciada e impulsada por la propia Unión Europea.

Hace ya casi dos décadas que GÓMEZ COLOMER⁶¹ propusiera -y concretara- una serie de soluciones alternativas al proceso penal ante el fracaso de la Justicia.

Partía el autor, indicando que eran dos los temas que consideraba importantes -aunque no únicos- para la constatación de la crisis de la Justicia Penal y de la búsqueda de soluciones reales al efecto. Y señalando como primero de los temas “el fracaso de los actuales Códigos para hacer frente a los nuevos retos de la delincuencia y a los nuevos delitos, o a sus nuevas formas de comisión”, y manifestando que “el derecho va siempre por detrás de la realidad”, apuntaba como propuestas: a) la articulación de un proceso penal ordinario para enjuiciar los delitos más graves, incluso capaz de soportar los que constituyen el objeto de macroprocesos, donde se regularan detalladamente las fases de investigación, intermedia y enjuiciamiento; b) un proceso rápido (abreviado) para los demás hechos punibles y ello, partiendo de la base de que, por un lado, todo intento hasta la fecha había sido un fracaso y, por otro, los juicios son rápidos en principio a costa de suprimir trámites y de acortar plazos y además, afectan al derecho de defensa, siendo que ésta no puede ser cuestionada bajo el pretexto de aligerar la sobrecarga judicial penal; y c) un procedimiento de decisión sin juicio previo, en el que se recogeran los supuesto de alternativa al juicio, tales como principio de oportunidad, medi-

⁶⁰ Por ejemplo, en los juicios rápidos introducidos por las LO 38/2002 y 8/2002.

⁶¹ GÓMEZ COLOMER, J. L., “Soluciones alternativas al proceso penal: reforma ante el fracaso de la Justicia” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, 2002, págs. 119 a 140.

das alternativas a la persecución, negociación de impunidad o de atenuación de la pena y conformidad del acusado.

Como segundo de los temas, el mismo autor apuntaba que “la solución parece ser que no es conseguir una mejor Justicia penal, sino buscar alternativas al enjuiciamiento criminal”. Resumía las acciones a efectos de conseguir una Justicia más rápida, más efectiva y más barata en reformas orgánicas (aumento de plantillas); reformas procedimentales (de eliminación de procesos inútiles y trámites innecesarios y acortamiento de plazos); y reformas institucionales, referidas básicamente al Ministerio Fiscal, por las que se le reconociera en exclusiva el ejercicio de la acción penal, o bien se le atribuyera la competencia para la investigación, o bien se le otorgaran facultades derivadas del principio de oportunidad o, finalmente se le convirtiera en autoridad principal de la ejecución. Y para dar forma a estas alternativas establecía dos posibilidades: “desjudicializar parte del proceso, otorgando la instrucción al Ministerio Fiscal” e “introducir excepciones fortísimas a principios sólidos del Derecho Penal (legalidad) y del Derecho Procesal Penal (necesidad), cambiando el órgano decisor natural contra sistema”, siendo que en ésta última posibilidad supondría el desplazamiento del principio de legalidad y con instauración del de oportunidad “el Ministerio Fiscal quedaría autorizado para decidir sobre el ejercicio de la acción penal, o para ofrecer medidas distintas a la acusación (persecución) a cambio de contraprestaciones (trabajos, reparaciones, conciliaciones, etc.), normalmente sujetas a condición o, para negociar la pena (conformidad) o incluso la impunidad del acusado”.

Fundamental resulta también indicar que la Recomendación (1987) 18, de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre simplificación de la Justicia penal, ya sugería a los Estados miembros la adopción de una serie de medidas tendentes a reducir la duración del proceso penal, entre ellas, la aplicación del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal u otros instrumentos distintos como la descriminalización de conductas, la transacción o el establecimiento de procedimientos sumarios o simplificados.

Llegados a este punto, hemos de decir, no sabemos, si por haberlo querido así el destino -mediante el Covid 19- o bien por otras causas diversas, que es lo cierto que la FGE vino a presentar el día 24 de abril de 2020, una propuesta de 60 medidas -que se decía, serían de carácter temporal- para el plan de desescalada en la Administración de Justicia tras la pandemia⁶², entre las que se recogían las que seguidamente vamos a mencionar, por considerarlas directamente relacionadas con este trabajo.

⁶² Se decía en su Introducción que “La Administración de Justicia se halla en condiciones de dar una respuesta ágil y eficaz para toda la ciudadanía. En este contexto, el Ministerio Fiscal ostenta un papel de enorme relevancia, pues su misión constitucional es, precisamente, la defensa de la legalidad y del interés público y social, así como la protección de los derechos de las y los ciudadanos. A estos fines, básicos en un Estado social y democrático de derecho, guiamos nuestros esfuerzos y nuestra vocación de servicio público... La Fiscalía General del Estado ha sido pionera en el sector al abordar la respuesta a la emergencia sanitaria, incluso con antelación a la declaración de pandemia que la OMS realizó el día 11 de marzo de 2020. Así, por Decreto de la Fiscalía General de fecha 10 de marzo se acordó la generalización del teletrabajo y del uso de videoconferencias para evitar desplazamientos y posibles contagios. La activa y eficaz colaboración institucional desplegada durante estas semanas entre el Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado ha puesto de relieve la necesidad de potenciar un instrumento de coordinación institucional para el progreso y mejora de la justicia española. Con el fin de proporcionar a la ciudadanía una justicia ágil y dinámica, pero

Entre las medidas de carácter organizativo recordaremos la Medida 28ª (Fomento de la justicia restaurativa. Mediación intraprocesal), señalaba que “En los términos del art. 15 del Estatuto de la Víctima, y a los efectos de descongestionar la administración de justicia, el fomento de la mediación resulta muy interesante en los delitos leves, donde puede ser un cauce más operativo que el represivo para la resolución de determinados tipos de conflicto, a los efectos de valorar la aplicación del principio de oportunidad. Dado que, además, no existe limitación para que se pueda acordar la derivación cuando la víctima es una persona jurídica, siendo esta propuesta también aplicable a los hurtos en establecimientos comerciales, o a los delitos leves de ocupación”.

A su vez, la Medida 29ª (Moderación de la intervención del Ministerio Fiscal en los delitos patrimoniales en que no haya un interés público digno de protección) establecía que “La propuesta pasa por configurar la posibilidad de que el Ministerio Fiscal no intervenga en los procedimientos por delitos que precisen de denuncia para su incoación (salvo en aquellos en que haya bienes jurídicos personales en juego), siempre y cuando, finalizada la investigación, no se aprecie la existencia de un interés público en la persecución de esos hechos, previo informe del fiscal y con el visto bueno del fiscal jefe”.

Por su parte, las Medidas de Reforma Legislativa propuestas por la FGE también en abril 2020, las incluiremos más adelante, cuando vayamos a tratar pormenorizadamente de cada una de ellas.

1.-La importancia del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal a efectos de agilización del proceso penal

1.1.- Generalidades

El encorsetamiento que supone la vigencia estricta del principio de legalidad necesita de correctores para su aplicación práctica. A tal efecto, se venía ya hablando de la necesidad de su flexibilización desde la discrecionalidad o la oportunidad.

En esta dirección, el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su -ya mencionada- Recomendación (1987) 18, de 17 de septiembre de 1987, sobre la simplificación de la Justicia Penal ya había aprobado una serie de medidas destinadas a la implantación del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal con el fin de simplificar, acortar la duración del proceso y poder transigir en asuntos penales, especialmente en las infracciones menores⁶³.

al tiempo eficaz y escrupulosa con los derechos de los justificables, la Fiscalía General del Estado ha recapitulado una serie de medidas de carácter organizativo y procesal... En el ámbito penal, destacan los siguientes objetivos: i) *Apuesta decidida por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación*; ii) *Agilización de la instrucción, evitando la duplicación de actuaciones o la victimización secundaria*; iii) *Garantía de los derechos fundamentales, del derecho defensa y de los derechos de las víctimas*; iv) *Fomento de las conformidades en los distintos estadios procesales*; v) *Justicia restaurativa y mediación intraprocesal*”.

⁶³ En ella, se recomendaba a los Estados miembros, en relación con la oportunidad del ejercicio penal: 1.- El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal debiera ser adoptado o, extenderse su aplicación, en los casos en que lo permitan el contexto histórico y la Constitución de los Estados miembros. 2.- La facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecido por Ley. 3.- La decisión de renunciar al ejercicio de la acción penal, en virtud de este

1.1.1.- Concepto y fundamentación

Con anterioridad a la presencia, en el panorama político-normativo, de la Recomendación señalada, la doctrina ya venía preocupándose del estudio del principio de oportunidad y así, señalaba GIMENO SENDRA⁶⁴ que “como es sabido, por principio de oportunidad cabe entender la facultad, que al titular de la acción penal le asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”. Destacando como ventajas: a) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; b) obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación; c) estimular la pronta reparación del daño; y d) evitar juicios orales innecesarios por razones de economía procesal, con efectos muy positivos para la disminución de la sobrecarga de trabajo de los juzgados. Y condicionando la implantación de esta institución a los siguientes requisitos: a) que los hechos punibles no lleven aparejadas penas excesivamente graves de privación de libertad y situando en tres años o menos el límite cuantitativo; b) el sobreseimiento por razones de oportunidad ha de estar sometido a criterios preestablecidos que impidan el principio de igualdad resulte infringido; c) excluyendo, en principio, el sobreseimiento a los reincidentes; d) la víctima ha de ser previamente reparada; y e) en cualquier caso, ha de garantizarse la libertad en la declaración de voluntad del inculpaado.

El principio de oportunidad consiste, de este modo, en la decisión de no ejercitar la acción penal por parte del órgano acusador -normalmente el Ministerio Fiscal- ante la concurrencia de determinadas circunstancias relacionadas con la naturaleza del hecho, con el autor y con la víctima y basadas en el interés general⁶⁵, o, en su caso, de abandonarla una vez ejercitada, estableciéndose una serie de contraprestaciones -

principio, solamente debe adoptarse cuando la autoridad a la que compete ese ejercicio disponga de indicios suficientes de culpabilidad. 4.- Este principio deberá ser aplicado partiendo de bases generales como el interés público. 5.- Al ejercer esta facultad, la autoridad competente debe inspirarse en el principio de igualdad de todos ante la ley y en el de la individualización de la justicia penal, y concretamente teniendo en cuenta: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; la personalidad del denunciado; la condena que pudiera imponerse; los efectos de esa condena sobre el denunciado; y la situación de la víctima. 6.- El archivo de las actuaciones por oportunidad podrá ser puro o simple -acompañado de una advertencia, reprensión o amonestación- o sometido a determinadas condiciones que han de ser cumplidas por el denunciado, como las de someterse a reglas de conducta, el pago de una suma de dinero, la indemnización a la víctima o su puesta a “probation”. 7.- El consentimiento del denunciado será necesario en todos los casos en que se prevea un archivo bajo condición. 8.- Por regla general, la suspensión del procedimiento podrá ser temporal, hasta la prescripción de la acción penal, o definitiva. 9.- Cuando se trate de archivo bajo condición, la suspensión del procedimiento será definitiva desde que conste el cumplimiento de las obligaciones impuestas. 10.- En la medida de lo posible, deberá notificarse al denunciante la decisión de archivo de las actuaciones. 11.- La víctima deberá tener acción para obtener la reparación de los daños causados por la infracción, ante un Tribunal civil o penal. 12.- No será necesaria la notificación al denunciado del archivo de las actuaciones cuando éste revista la forma de una renuncia pura y simple al ejercicio de la acción penal”.

⁶⁴ GIMENO SENDRA, J. V., “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)” en *Revista Poder Judicial*, núm. especial 2, 1988, págs.34 y ss.

⁶⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal” (Ejemplar especial dedicado a la Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas) en *Poder Judicial* núm. especial 6, 1989, págs. 26 y 27.

condiciones- a realizar por el investigado, tales como la realización de ciertos trabajos sociales, de manera que su incumplimiento hace que el Fiscal recupere la facultad de ejercicio de la acción penal, siendo su máximo exponente el derecho norteamericano⁶⁶.

De lo anterior puede parecer que se desprende, la contraposición que se dice existe entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad. Sin embargo, compartimos que, autores como CONDE-PUMPIDO FERREIRO afirmen, “esa contraposición no es correcta, pues el uso de la discrecionalidad no rompe la legalidad cuando es la propia Ley quien autoriza y más aún si al autorizarla le fija sus límites”⁶⁷. Y en consecuencia, cabe distinguir entre principio de oportunidad pura -o libre- y principio de oportunidad reglada, en la que es la propia ley la que concreta y limita los criterios y condiciones bajo los que el Fiscal puede acceder a su utilización, de modo que, partiendo de esa distinción, la doctrina es unánime a la hora de señalar el tipo que -de entre ellas- es necesario introducir en nuestro sistema a efectos de flexibilizar la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, inclinándose por la reglada⁶⁸.

Si bien la doctrina discrepa a la hora de establecer los fines que han de primar para la implantación, y/o ampliación⁶⁹ del principio de oportunidad, con carácter general, pueden señalarse los siguientes: procurar la satisfacción de la víctima, mejorar la eficacia económica, reducir el tiempo de instrucción de los procedimientos, evitar los efectos perniciosos de la pena y facilitar así la socialización del reo primario o no peligroso⁷⁰,

⁶⁶ En nuestro ordenamiento dicha posibilidad se contiene en el art. 18 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor.

⁶⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal” en *Poder Judicial* núm. especial 6, 1989, págs. 20 y 21. Y propone la utilización de la oportunidad reglada como método para descongestionar la justicia penal con concreción legal de los supuestos en que proceda de forma que “(...) el principio de oportunidad puede y debe mantener conexión con el de legalidad a través de la previsión de los supuestos en que se autoriza la aplicación de aquél, esto es, aquellos en que el Fiscal está legalmente autorizado para dejar de ejercitar la acción (...) rechazando la utilización del principio de oportunidad como expresión de un mecanismo de influjo del Ejecutivo sobre la justicia penal, que es totalmente incompatible con nuestro sistema constitucional y el principio de independencia judicial, sí cabe una articulación de tal principio que sirva como instrumento para el logro de dos valores constitucionales esenciales: *el de la justicia material (art. 1 CE)* y *el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24 CE)*”.

⁶⁸ FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005 pág. 260. En el mismo sentido, PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad” en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 375.

⁶⁹ Así, GÓMEZ COLOMER, J. L., “El sistema procesal alemán: su historia y principios más relevantes”, (Ejemplar dedicado a sistemas penales europeos) en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 4, 2002, pág. 254 señala que la oportunidad en el Derecho alemán responde sobre todo a razones de eficacia económica cuando dice: “la celeridad es una meta relativamente alcanzada en Alemania, ya que en 1994 se demostró estadísticamente que los procesos penales alemanes eran los que menos duraban en comparación con los países de nuestro entorno cultural, de ahí que fuera el aspecto menos relevante. Sin embargo, la eficacia es otro cantar, pues existe desde hace mucho tiempo una gran preocupación en Alemania por esta cuestión, en primer lugar, por los altos costos de la Justicia penal (existen 20.000 jueces y 5.000 fiscales), lo que lleva a plantearse la ampliación del principio de oportunidad”.

A su vez, en el derecho de menores, el fin se encuentra en el superior interés del menor, como la propia Exposición de Motivos, apartado II.1 de la LO 5/2000, de 2 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores señala.

⁷⁰ GUIBERT, OVEJERO-BECERRA, *El Ministerio Fiscal en el Siglo XXI*, Tirant lo Blanch,

siendo además que la justificación de la introducción del meritado principio habremos de encontrarla en la propia incapacidad de la Administración de Justicia en el cumplimiento de sus objetivos. De este modo, “la aplicación selectiva del Derecho penal, o, en otras palabras, las facultades de no-ejercicio de la acción penal permiten no sólo la consecución de mayor eficacia procesal, en el sentido de un mejor reparto de los recursos de la Administración de Justicia hacia aquellos sectores donde la delincuencia sea más problemática, sino que además posibilitan una utilización racional y justa del *ius punendi* estatal”⁷¹.

A pesar de las comprobadas bondades de fundamentación referidas, en la Doctrina, alguna voz como CABEZUDO RODRÍGUEZ⁷², niega la operatividad del principio de oportunidad. Así, al interés público en una persecución selectiva de los ilícitos como manifestación de las facultades directivas de la Política Criminal del Ejecutivo, opone el autor que ello supone la negación de un elemento fundamental de la norma como es el de la previsibilidad y, citando a HASSEMER⁷³ señala que el principio de oportunidad no sería el instrumento idóneo para la descriminalización de conductas, ya que dicha tarea pertenece al ámbito del Derecho Penal material y, por ende al Legislativo. A la necesidad de acomodar el rigor formal y la generalidad en que se expresa la Ley a las circunstancias particulares del caso concreto y, en especial, al objeto de canalizar el arrepentimiento del acusado (“un recurso para humanizar la Ley Penal”) opone que no puede tratarse como arrepentido a quien acepta las consecuencias de su conducta a sabiendas de que ello le reportará un beneficio concreto producto de la negociación. A su vez, respecto de la evitación de efectos criminógenos de las penas privativas de libertad de corta duración, considera que las mismas, son absolutamente compatibles con el principio de legalidad. Finalmente, en lo que hace a la conveniencia de otorgar mayor protagonismo a la víctima, a fin de que se tengan en cuenta sus intereses particulares, en el sentido de que agiliza la reparación económica, se pregunta si estando ya contemplado en el Código Penal como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal *ex* artículo 21-5ª, es necesario investir a las partes de tanto poder para llegar al mismo resultado⁷⁴.

Valencia, 2017, pág. 56.

⁷¹ RODRÍGUEZ GARCIA, N. y CONTRERAS ALFARO, L. H., “Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal. (Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal)” en *Diario La Ley* núm. 6255, 2005, pág. 8.

⁷² CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y Justicia negociada. Las claves del nuevo modelo procesal español” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, (AAVV, dir. MORENO CATENA, V., coords. RUIZ LÓPEZ, C., y LÓPEZ JIMÉNEZ, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 832 a 835.

⁷³ HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad” en *Jueces para la Democracia* núm. 4, 1988.

⁷⁴ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Hegemonía del Ministerio Fiscal...”, cit., pág. 835. Añade el autor que son obvios los atractivos que presentan para todos los intervinientes en el proceso penal. A saber: para Juzgados y Tribunales colapsados será una “válvula de escape” con coste y esfuerzo mínimos, bien a través del sobreseimiento, bien de la conformidad, bien de la mediación; para el investigado, el acuerdo con la acusación le permitirá, además de eliminar o aminorar la incertidumbre y publicidad del enjuiciamiento, reducir las consecuencia penales de su conducta e incluso ocultar la realidad del ilícito cometido; al Fiscal, con la carga de trabajo que soporta en la actualidad, le permitirá dedicar menor tiempo a la preparación de los asuntos; también habrá ventajas para el Letrado, si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos, los investigados son beneficiarios de justicia gratuita. Y termina preguntándose si la supuesta evidente eficiencia del principio de oportunidad en la tramitación de asuntos responde en realidad

Por su parte, PEDRAZ PENALVA⁷⁵ mantiene una postura más moderada sosteniendo que “*a priori* no es totalmente negativo ni rechazable el principio de oportunidad reglada teniendo en cuenta que, como tal, aparece legalmente acogido (...) de este modo asumo, aunque con ciertas reservas, la Recomendación (87) 18 del Comité de Ministros sobre la simplificación de la Justicia penal según la cual la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecida por la ley”. Admite así, con precauciones y reservas, la oportunidad reglada en el proceso penal por varias razones: el proceso penal no se encamina a la búsqueda de la verdad a toda costa (“no admito que sea de recibo defender la exigencia de un ilimitado deber de esclarecimiento”); en Europa continental, “es constatable la falta de una plena vigencia del principio de legalidad”, siendo que la atenuación de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal se establece sólo para ciertos ilícitos penales como “delitos contra la familia, pequeños hurtos en grandes almacenes, algunas apropiaciones indebidas”; y, por ello, considera que, con una previsión taxativa, sería viable la oportunidad “en atención a la clase e intensidad de la lesión y del bien jurídico colectivo afectado, no perseguir determinadas conductas (...)”.

En el convencimiento de poder dar por establecidos, el concepto y la fundamentación del principio de oportunidad, habremos de pasar a los problemas que puede plantear la instauración del mismo, desde el punto de vista del respeto a las garantías fundamentales.

1.1.2.- Oportunidad versus garantías constitucionales

Se han venido manifestando ciertos reparos a la instauración del principio de oportunidad basándose en que dicha incorporación a nuestro sistema penal podría conllevar quebranto de garantías fundamentales⁷⁶.

a los fines que han de regir en la Justicia Penal.

⁷⁵ PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal. Principios de Derecho Procesal Penal*, T. I, Colex, Madrid, 2000, págs. 171, 172 y 173. En sentido similar, CASTILLEJO MANZANARES, R., quien sostiene que “el que se abogue por la introducción de la oportunidad no supone contraponerlo necesariamente al principio de legalidad, como criterio de actuación del Ministerio Público, pues el uso de la discrecionalidad no rompe la legalidad cuando es la propia Ley quien la autoriza y más aún si al autorizarla le fija sus límites. Este tipo de oportunidad es la existente en legislaciones como la alemana, belga, noruega, portuguesa, irlandesa, danesa, luxemburguesa, polaca, la de algunos cantones suizos y la francesa, las que prevén, ya en supuestos concretos, ya para ciertos delitos, o ciertos delincuentes, ya para los delitos menores in genere, la aplicación del principio de oportunidad por el Ministerio Público, sea absteniéndose sin más de la acusación, sea suspendiendo ésta bajo ciertas condiciones o medidas, cuyo cumplimiento se impone al acusado, en una anticipación de lo que sería la condena condicional o el régimen de *probation*”. Vid. “Hacia un nuevo proceso penal (investigación y juicio de acusación)” en *Estudios Penales y Criminológicos*. núm. 29, 2009, págs. 207 a 269.

⁷⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., (con CONTRERAS ALFARO, L. H.), “Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal. Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal” en *Diario La Ley* núm. 6255, 2005, pág. 3, señala que: “(...) no está claro que la oportunidad respete las garantías fundamentales: lo conveniente puede no ser necesariamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia, el principio de igualdad de las partes y, sobre todo con el principio de seguridad jurídica”.

Desde nuestro punto de vista, la introducción del principio de oportunidad plantea como problema primordial su confrontación con el principio de igualdad por cuanto que la decisión del Ministerio Fiscal sobre el ejercicio de la acción penal pudiera comportar un tratamiento diferenciado sobre ilícitos idénticos, tratándose de manera diversa a sujetos que han cometido la misma conducta típica. Y, realmente, este problema no se resuelve admitiendo exclusivamente la instauración de la oportunidad reglada -en la que es la ley la que establece los requisitos al efecto- puesto que sometiendo su aplicación a términos como la “escasa relevancia social” pudiera ocurrir que fueran interpretaciones subjetivas de cada Fiscal particular las que determinasen el no-ejercicio de la acción penal. Ello nos obliga a acudir a las líneas doctrinales que el Tribunal Constitucional establece sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

El Tribunal Constitucional entiende el principio de igualdad como *“un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas”*⁷⁷.

Además, y refiriéndose al alcance del principio de igualdad en la aplicación de la ley, señala el Tribunal Constitucional que *“cuando se trata de la aplicación de la Ley por un mismo órgano judicial, dicho principio es el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que obliga a que las soluciones ofrecidas a los casos individualizados obedezcan a un criterio general de interpretación y aplicación de la legalidad (...) lo que implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considera que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. No existe, por tanto, un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de los supuestos iguales pues ello sería contrario a la propia dinámica jurídica que se manifiesta no sólo en una modificación normativa, sino también en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad concretada en un cambio de criterio que legitima las diferencias de tratamiento”* y añade que dicho principio *“constituye la garantía tanto de la evitación de la arbitrariedad como de la promoción de la seguridad jurídica que reclama que los ciudadanos posean una razonable convicción acerca de la correcta interpretación y aplicación de la legalidad y puedan ajustar a ella su comportamiento sin verse obligados a deducirla de una siempre difícil y a veces infructuosa reinterpretación de una línea jurisprudencial mudable”*⁷⁸.

También destaca la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, el principio, así entendido, garantiza la confianza de los ciudadanos en la impartición de justicia cuando señala que *“sobre los órganos del Poder Judicial -sujetos sólo a la ley e independientes en el ejercicio de su función (art. 117.1 de la Constitución)- no pesa la exigencia de re-*

⁷⁷ Por todas, STC 200/2001, del Pleno, de 4 de octubre, (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente).

⁷⁸ STC 63/1984, de la Sala Primera, de 21 de mayo, (Ponente: Díez de Velasco Vallejo, Manuel).

solverse siempre en los mismos términos sobre supuestos que se pretendan iguales, pues cada caso, para el mismo juzgador, puede merecer una consideración diversa, ya por las peculiaridades que a su juicio muestre, ya porque el entendimiento judicial de la norma aplicable varíe a lo largo del tiempo, ya, incluso, porque parezca necesario corregir errores anteriores en su aplicación (...) lo garantizado en mérito del principio de igualdad a quienes demanden justicia ante los Tribunales no es la obtención de una resolución igual a las que se hayan adoptado o puedan adoptarse en el futuro por el mismo órgano judicial sino, más estrictamente, la razonable confianza -enlazada con la seguridad jurídica que la Constitución consagra (art. 9.3)- de que la propia pretensión merecerá del juzgador, a salvo que por éste se fundamente la imposibilidad de atender tal expectativa, la misma respuesta obtenida por otros en casos iguales”⁷⁹.

En línea con lo anterior, la STC 11/2001, de la Sala Primera, de 7 de mayo, (Ponente: Cruz Villalón, Pedro), fundamenta que *“un mismo órgano jurisdiccional no puede cambiar arbitrariamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en supuestos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación, que permita deducir que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no a una respuesta “ad personam”, singularizada que pudiera constituir un ejemplo de arbitrariedad (...) lo prohibido por este Tribunal es el cambio irreflexivo o arbitrario, pero no los cambios legítimos y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam”*.

Entendemos que, en base a todo lo hasta ahora expuesto, podemos afirmar que el TC interpretando el principio de igualdad en la aplicación de la ley no exige un mismo resultado en situaciones idénticas, pero sí una motivación adecuada respecto del cambio de criterio; sin embargo ha de especificarse que el TC se está refiriendo exclusivamente a la aplicación de la ley por parte de los órganos jurisdiccionales, imparciales e independientes -con función constitucionalmente establecida, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado- imparcialidad e independencia de las que no goza el Ministerio Público. Y es precisamente en este punto donde surge el problema para su aplicación al Fiscal, problema que entendemos, puede paliarse con un posterior control judicial al efecto.

Además, cabría considerar que también podría resultar amenazado -con la introducción del principio de oportunidad- el principio de seguridad jurídica⁸⁰ -íntimamente ligado al de igualdad en la aplicación de la ley, y así PEDRAZ PENALVA⁸¹ admitiendo

⁷⁹ STC 30/1987, de la Sala Primera, de 11 de marzo, (Ponente: Rubio Llorente, Francisco).

⁸⁰ El TC en Sentencia del Pleno, de 30 de noviembre de 2000 (Ponente: González Campos, Julio Diego) concibe la seguridad jurídica como *“una certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho, añadiendo que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica”*.

⁸¹ PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal. Principios de Derecho Procesal Penal*, T. I., Colex, Madrid, 2000, págs. 180 y 181.

la oportunidad reglada con matices -como ya hemos indicado más arriba- puntualiza que “el principio de oportunidad supone, aún desde su no torpe aplicación, una indudable erosión de la seguridad jurídica, aunque no sea más que por las implícitas, a la vez que consustanciales, carencias en él de previsibilidad y generalidad (...) la seguridad jurídica exige, entre otros extremos, la confianza del ciudadano que percibe la igualdad en la aplicación del Derecho penal, y en tal confianza se erige la supervivencia de la Justicia y la exclusión de la autodefensa”.

A pesar de estos supuestos inconvenientes, consideramos que la introducción del principio de oportunidad es adecuada a la consecución de los ya señalados fines que se pretenden, tales como la evitación de efectos criminógenos de las penas de corta duración, la rehabilitación del delincuente además de su reeducación, así como la pronta reparación de la víctima. Pero también entendemos que, ciertamente, la introducción ha de realizarse “en condiciones” y con las reformas materiales, procesales, institucionales y orgánicas necesarias.

1.1.3.- El principio de oportunidad y la titularidad -exclusiva y compartida- en el ejercicio de la acción penal

El principio de contradicción -entre las partes- en el proceso penal constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, siendo, además, una exigencia constitucional⁸² impuesta a los órganos judiciales.

Indefectiblemente, la acción penal consiste en acusar a alguien de la comisión de un hecho supuestamente constitutivo de ilícito penal, lo que deriva en la puesta en marcha del *ius puniendi* estatal, por lo que cabe afirmar que la acción penal supone el inicio del proceso penal, y el despliegue de una actividad en la que se ven implicados derechos fundamentales de la persona. De ahí, la importancia de la regulación tanto de su titularidad como de su modelo de ejercicio.

Ciertamente, en el ordenamiento patrio, ni el derecho a la pena corresponde a los ciudadanos⁸³, ni el derecho a la acción en el proceso penal forma parte de ningún derecho sustantivo⁸⁴, tratándose -como se trata- de una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sentado lo anterior, entendemos coherente continuar con el estudio sobre la titularidad de la acusación y lo haremos partiendo del Derecho comparado. Así, las funciones encomendadas al Fiscal, y las potestades conferidas al efecto, son notablemente distintas: frente a los sistemas que le conceden la investigación e instrucción de forma exclu-

⁸² Vid. entre otras, las SSTC 162/1997, de la Sala Primera, de 3 de octubre, (Ponente: García Manzano, Pablo); 56/1999, de la Sala Primera, de 12 de abril, (Ponente: Cachón Villar, Pablo); 79/2000, de la Sala Segunda, de 27 de marzo, (Ponente: Jiménez Sánchez, Guillermo); 178/2001, de la Sala Segunda, de 17 de septiembre, (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente); y 62/2001, de la Sala Primera, de 11 de marzo, (Ponente: García Manzano, Pablo).

⁸³ Así lo señalan entre otras, las SSTC 116/1997, de la Sala Segunda, de 23 de junio, (Ponente: de Mendizábal Allende, Rafael); 67/1998, del Pleno, de 18 de marzo, (Ponente: García Manzano, Pablo); y 215/1999, de la Sala Segunda, de 29 de noviembre, (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente).

⁸⁴ Conforme establece, además de otras, la SSTC 16/2001, de la Sala Segunda, de 29 de enero, (Ponente: Jiménez Sánchez, Guillermo).

siva -Alemania e Italia-, hay otros que mantienen la figura del Juez de Instrucción, como es el caso de España, Bélgica y Francia⁸⁵.

Le Code de Procédure Penal francés atribuye el monopolio de la acción penal al Fiscal, los llamados *magistrats du parquet*, de modo que los ciudadanos, víctimas del delito, pueden ejercitar la acción civil -nunca la penal- bien interviniendo en un proceso ya iniciado, bien compareciendo ante el Juez de Instrucción o mediante la citación directa del autor de la infracción ante el Tribunal *correctionnel* o de *police* -con consignación previa de las costas en este caso- ante la inactividad del Fiscal⁸⁶.

De este modo, el sistema galo representa la exclusividad en el ejercicio de la acción penal, atribuido al Fiscal como representante del Estado, siendo que toda presencia de personas privadas en el proceso en ejercicio de la acción penal, queda excluida.

⁸⁵ Si bien en Francia, la actuación en la investigación de los Jueces de Instrucción se encuentra muy silenciada ya que los mismos no pueden iniciar en ningún caso actuaciones de oficio, de modo que, únicamente pueden incoar unas diligencias judiciales cuando así lo pida el Fiscal, quien cuando recibe una denuncia o un atestado policial, está facultado para incoar un procedimiento penal o no. Además, en el procedimiento penal francés, el art. 41 del CPPF permite al Fiscal, en una serie de delitos de menor gravedad recogidos taxativamente en el apartado 2º del precepto, la aplicación del principio de oportunidad con el no ejercicio de la acción penal y el archivo de oficio de las diligencias de investigación que hubiere iniciado (*classement sans suite*), la posibilidad de instar la suspensión condicional del procedimiento hasta la prescripción del delito cometido, e incluso la derivación de la solución del conflicto entre el autor de la infracción penal y la víctima a la mediación de un tercero cuando exista acuerdo entre aquéllos sobre el reconocimiento de los hechos, la aceptación de la culpa y el propósito de reparación de los daños causados.

Únicamente cuando el Fiscal incoe el procedimiento penal por la presunta infracción penal, será cuando el Juez de Instrucción pueda proceder a la misma en los términos señalados por el Fiscal, es decir, con delimitación de los hechos a investigar y por los delitos que se indiquen. No obstante, el sistema francés permite que, en aras de garantizar los derechos de la víctima, ésta pueda -en los supuestos en los que el Fiscal acuerde el archivo por razones de oportunidad- denunciar los hechos ante el Juez de Instrucción en el marco de una acusación particular o lo que ellos denominan "*plainte avec constitution de partie civile*" y que el Juez de Instrucción tiene obligación de investigar (art. 85 CPPF.)

Si el Fiscal decidiera no archivar las investigaciones previas (*enquête préliminaire*) y resolviera la persecución penal del delito, dispone de varias posibilidades: o citar directamente al investigado ante un Tribunal Penal, recurriendo a las modalidades del juicio rápido; o remitir el caso, con su dictamen (*réquisitoire introductif*) al Juez de Instrucción. Esta remisión al órgano judicial será en todo caso obligatoria cuando se trate de un delito de extraordinaria gravedad y cuyo enjuiciamiento corresponde al Tribunal de Escabinos compuesto por tres Magistrados profesionales y nueve Ciudadanos jurados, e integrado en la *Cour d'Assises* dentro de los Tribunales de Apelación. En los demás casos, como ya hemos dicho, es facultativa, dependiendo de la complejidad del caso y de las diligencias que haya que practicar. Ahora bien, una vez que el Juez de Instrucción se haga cargo del caso y se atribuya las diligencias previamente realizadas por el Fiscal, será aquél quien tome las riendas de la investigación, si bien pondrá en conocimiento del Fiscal todo lo que se vaya practicando, quien podrá recurrir en apelación todas las resoluciones que se dicten, sin que tampoco- el Juez de Instrucción- pueda ampliar el marco de investigación que, con delimitación de los hechos, le fue enviado por el Fiscal. Al final de la instrucción, el Fiscal francés habrá de redactar un escrito de acusación o "*Réquisitoire définitif*", en el que propondrá al Juez las soluciones jurídicas pertinentes.

⁸⁶ La víctima puede pedir ser reparada del perjuicio material y moral causado por una infracción penal, tanto ante la jurisdicción civil como la penal.

Igualmente, el *Codice di Procedura Penale* italiano, atribuye el monopolio del ejercicio de la acción penal al *Pubblico Ministero*, de manera que queda vetada a los ciudadanos particulares. Así, la persona física o jurídica que haya sufrido un daño como consecuencia de una infracción penal puede unirse a la acción penal entablada por el Fiscal, constituyéndose en parte civil, con el fin de obtener la reparación. A su vez, puede también, presentar escritos de alegaciones y proponer medios de prueba⁸⁷, pero nunca podrá constituirse en parte procesal interesando la condena penal del investigado.

A diferencia de lo que ocurre en Francia y en Italia -y en otros países, como Alemania- el Fiscal español no ostenta el monopolio de la acción penal, sino que lo comparte con la acusación particular y popular, la primera a cargo de los ofendidos o perjudicados, y, la segunda, a ejercitar por cualquier ciudadano que acredite un interés legítimo, el interés común de la persecución de los hechos delictivos⁸⁸.

Y acertadamente -como no podía ser de otra manera en este punto-, la doctrina ha subrayado la conexión existente entre la presencia de una pluralidad de partes acusadoras y la ralentización del proceso. Para BACIGALUPO⁸⁹ “probablemente la instrucción

⁸⁷ Antes de la finalización de la investigación preliminar que realiza el Fiscal, pueden instar de éste la promoción del llamado incidente probatorio que, sustanciado ante el Juez de garantías (*giudice della indagini preliminari*) tiene por objeto la práctica de prueba anticipada ante el riesgo de su desaparición o deterioro, si se pospusiera hasta el juicio oral. En la vista oral del incidente puede participar el asesor de la víctima, si se tratara de una testifical (*ex art. 401. 5 CPPI*)

⁸⁸ En cualquier caso, hemos de señalar que el TC, aun reiterando que tanto la acusación particular como la popular integran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, su fundamento constitucional es diferente, encontrándose el de la víctima o perjudicado directo en el art. 24. 1 de la CE, y el del acusador popular en el art. 125 de la CE, con las consecuencias que de ello se derivan. Así, el TC viene a declarar que el art. 125 de la CE no concibe la acción popular en términos absolutos e incondicionales, sino en la forma y con respeto a aquellos procesos penales que la ley determine, destacando, del mismo modo, la amplia disponibilidad del legislador para regular el ejercicio de la acción popular, en el establecimiento de sus límites, hasta el punto de que pueda incluso prescindir de ella en algunos ámbitos, Vid. SSTC 34/1994, de la Sala Segunda, de 31 de enero, (Ponente: Díaz Eimil, Eugenio); y 50/1998, de la Sala Segunda, de 2 de marzo, (Ponente: Gabaldón López, José). No obstante, entendemos fundamental reseñar el contenido de la STC 64/1999, de la Sala Segunda, de 26 de abril, (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente), cuando diferencia, a nuestro entender muy juiciosamente: “una cosa es que una concreta ley procesal dé entrada a la acción popular, y que una vez consagrada por la ley la existencia de tal acción, ésta pueda relacionarse con el derecho a la tutela judicial efectiva, integrarse en su contenido, y beneficiarse de sus medios constitucionales de garantía; y otra diferente, que exista un imperativo constitucional en virtud del cual toda ley procesal penal deba dar entrada a dicha acción, como exigencia del contenido esencial del derecho fundamental de tutela judicial efectiva”. Vid. igualmente, Auto 186/2009, del Pleno, de 16 de junio. Y no obstante a lo que se acaba de decir y en desarrollo de su teoría interpretativa del art. 24.1 CE *pro actione*, ha otorgado el amparo a asociaciones privadas; Vid. al respecto, Auto TC 34/1994, de 31 de enero; y SSTC 311/2006, de la Sala Primera, de 19 de octubre, (Ponente: Casas Baamonde, Maria Emilia); 8/2008, de la Sala Segunda, de 21 de enero (Ponente: Gay Montalvo, Eugeni); 67/2011, de la Sala Segunda, de 16 de mayo, (Ponente: Ortega Álvarez, Luis Ignacio).

Sin que podamos olvidarnos de mencionar las importantes -¿por políticas y mediáticas?- SSTS 1045/2007, de la Sala Segunda, de 17 de diciembre, (Ponente: Bacigalupo Zapater, Enrique); 54/2008, de la Sala Segunda, de 8 de abril, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel); y la 8/2010, de la Sala Segunda, de 20 de enero, (Ponente: Martínez Arrieta, Andrés).

⁸⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E., “La posición del fiscal en la investigación penal”,

por el Ministerio Fiscal no favorecerá la celeridad del proceso”, puesto que, para este autor, la causa de las demoras en el proceso penal no guarda relación con el sujeto investigador sino que se encuentra en: a) la pluralidad de las partes acusadoras; b) el sistema de recurso previstos para la fase de instrucción; y c) la extensión del objeto penal a las consecuencias civiles derivadas del delito. Pensamiento al que también se suma CASTILLEJO MANZANARES⁹⁰ cuando manifiesta que “lo relevante quizá no sea quien instruye sino cómo se realiza la instrucción”, ya que “el problema está en la dilación de la administración de Justicia y ello no depende exclusivamente del sujeto que la lleve a cabo”, puesto que “el fiscal tampoco podrá acelerar el proceso penal si las verdaderas causas de dilación siguen estando presentes, así la pluralidad de partes acusadoras, el sistema de recursos durante la instrucción, y el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal”.

Otros autores, como CABEZUDO RODRÍGUEZ⁹¹, se detienen en las peculiaridades del sistema español en comparación a los Ordenamientos Jurídicos extranjeros. Y, efectivamente, dentro de esas peculiaridades se encuentra la acusación popular, auténtica *rara avis* en el derecho comparado, lo que no impide su profunda apreciación doctrinal y ciudadana y a la que ALMAGRO NOSETE⁹² intitulara como “escuela de ciudadanía y signo inequívoco de democracia”, citando la expresión de CALAMANDREI. Lo que no impide que reconozcamos, dicha figura dificulta el ágil suceder del proceso penal en perjuicio del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas. Y ello obliga a la necesaria búsqueda -en continua actualización- de las adecuadas reglas de juego que permitan compensar esas dos consideraciones respecto a la acusación popular.

Parece obvio que “uno de los fundamentos del ejercicio de la acción popular -tal vez el principal- es la desconfianza hacia la actuación del Ministerio Fiscal por su cercanía al Poder Ejecutivo”, como señalaba GIMÉNEZ GARCÍA⁹³. De hecho, la doctrina viene

(AAVV), *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Aranzadi, 2005, pág. 22.

⁹⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías en la investigación de los hechos delictivos” en *Revista de Derecho y Proceso Penal* núm. 32, 2013, pág. 54.

⁹¹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., indica que: “(...) sin perjuicio de la necesidad de incrementar los medios humanos y los recursos económicos destinados a la Justicia, sobre todo a la penal, dada la inflacionaria actuación legislativa en la penalización de conductas, hemos de valorar la incidencia de factores estructurales, derivados de las peculiaridades del modelo procesal vigente en España, en la probada dilatación que sufre habitualmente la instrucción de las causas. El potencial retardador de instituciones procesales tales como la intervención de una pluralidad de partes en el proceso con intereses muy diversos, ya antes aludida, quienes lejos de permanecer inactivos confiados del criterio del instructor son una fuente continua de peticiones atinentes tanto a la práctica de diligencias como también a la adopción o revocación de cautelas; un sistema de recursos profundamente garantista, del que se hace un uso abusivo; o la eventual acumulación de acciones civiles y penales en la misma causa”, *Vid.* “Sobre la conveniencia de atribuir la dirección penal al Ministerio Fiscal en *Sobre la reforma de la Justicia penal*, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008, pág. 201.

⁹² ALMAGRO NOSETE, J., “La investigación del Ministerio Fiscal y la acción popular” en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 226.

⁹³ GIMÉNEZ GARCÍA, J., “Reflexiones sobre la acusación popular a la vista de la última jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo” en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 7, 2010, pág. 231. El autor nos recuerda al efecto, el discurso leído por Don Francisco SILVELA ante la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, el 31 de octubre de 1988,

poniendo de relieve la necesidad de mantener la institución para los delitos concernientes a la corrupción con el objeto de evitar que la posible anuencia con los cuerpos políticos llegue a provocar impunidad⁹⁴.

No obstante, existe un sector doctrinal absolutamente contrario a la continuidad de la institución de la acción popular, entre ellos, PEDRAZ PENALVA⁹⁵. La correcta

quien se postulaba a favor de una tesis amplia y autónoma del ejercicio de la acción penal por los ciudadanos con total independencia del ministerio fiscal cuando decía: “(...) En mi sentir responde a la naturaleza y condición de la acción popular, cuyo principio no es otro que el derecho del ciudadano a perseguir el fin social de la justicia independientemente de la reparación que para ello tiene el Estado (...) Y manifestaba que su fundamento no es una concreción de la soberanía ejercitada por el pueblo, ni un derecho material o individual sino que “(...) es una función que se le confía al ciudadano al igual que el derecho de sufragio o legibilidad de cargos públicos (...) Añadiendo que “(...) No cabe duda que la acción pública en el terreno de la pura ciencia, debiera ser una sola, que los fines del Ministerio Fiscal al ejercitarla se confunden en un todo con los de la acción popular, y que ésta representa un principio de desconfianza de aquélla (...)”.

⁹⁴ De este modo, ASECIO MELLADO, J. M., afirma que la acción popular “es una garantía frente la inactividad del Ministerio Fiscal en aquellos casos en que el mismo muestre pasividad ante los delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con el Poder Ejecutivo” en *Derecho procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, lección 3. En sentido similar, OCHOA MONZÓ, V., señala que “la presencia de la acusación popular sería de especial relevancia en supuestos de delitos que pertenecen a la esfera o patrimonio social y en otros de riesgo abstracto o en aquellos en donde el perjuicio es generalizado y puede afectar a toda la sociedad, tales como el tráfico de influencias, medio ambiente, corrupción”, puesto que “el posible escaso celo del Ministerio Fiscal puede ser suplido por el ejercicio de la acusación popular”, *Vid.* “La acción popular”, en *La reforma del Código penal*, (AAVV, dirs. ASECIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O., coord. CUADRADO SALINAS, C.), Madrid, 2011, pág. 121. En términos similares, FUENTES SORIANO, O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*. Fundación Alternativas, Madrid, 2003, pág. 34.

⁹⁵ PEDRAZ PENALVA, E., quien sostenía que “(...) no cabe pretexto, ya de la insuficiencia de la Justicia o de alguno de sus decisivos operadores como el Ministerio Fiscal, ya de la necesidad ideológica y utópicamente defendida de su popularización/democratización, y aún de su españolidad, para mantener ‘a contrapelo’ institutos como el de la acusación popular”. Y añade: “La presencia de una pluralidad de sujetos acusadores ocupando exactamente la misma posición y defendiendo teóricamente el mismo y único interés no es imprescindible, ni resulta siempre beneficiosa para los fines del proceso. Si la fiscalía, órgano vinculado constitucionalmente al imperativo de la legalidad, pudiere hacerse acreedora de desconfianza, un acusador popular habrá de merecerla con mayor razón, precisamente por la indeterminación y subjetividad de sus móviles y fines. Y la suma de dos arbitrariedades difícilmente conduciría al objetivo de la plena vigencia de la legalidad. Aún más, con la acusación popular cabría facilitar la entrada en el proceso penal de un verdadero caballo de Troya que, mediante la introducción de intereses extravagantes, pudiera contribuir al socavamiento de los principios esenciales de los que históricamente se ha dotado. No ha de ignorarse que, amén de generarse mayores costes en tiempo y dinero, de ella podrían ser derivables desproporcionados perjuicios para el imputado, ni sería posible desdeñar el peligro cierto de su utilización fraudulenta (cauce de extorsión, de lucha política, de venganza personal), frente al que las garantías normativas no pueden considerarse suficientes. Su vigencia es, pues, una cuestión de técnica procesal, prescindible, mudable, contingente y de difícil encaje conceptual en el Estado Social y Democrático de Derecho. Su necesidad podrá ser el resultado histórico de un balance entre sus aportaciones y los costes y disfuncionalidades que acarrea, de una ponderación entre los diversos intereses que hace aparecer en juego y de la posibilidad de contrarrestar sus efectos nocivos, pero más allá de su residual valor, nunca podrá ser considerada inequívoco signo de democracia ni indicativo de un más alto grado de desarrollo de ésta. Con la acusación popular, se corre además el riesgo de sancionar en significativa medida el reconocimiento explícito de la ineficacia o negligencia estatales, y el

moralidad de sus ideas, no se corresponde con las de quienes a día de hoy ostentan el poder.

Tanto el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 como el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, regulaban la acusación popular. Aquélla ampliaba la legitimación activa a todas las personas físicas y jurídicas de la Unión Europea que se encontraran en pleno ejercicio de sus derechos civiles, pero la limitaba en su art. 82 a Jueces, Fiscales, Administraciones Públicas, Partidos Políticos y Sindicatos. Por su parte, el Borrador de 2013, tras repetir prácticamente los elementos subjetivos del Anteproyecto, reducía objetivamente los delitos.

En cualquier caso, ambos textos pertenecen ya al pasado -cada vez más lejano, por cierto- y en cuanto al instrumento que queda a nuestro alcance, nuestra posición se encuentra próxima a un trastorno bipolar. Por un lado, y si el sistema del ejercicio de la acción penal funcionara en condiciones, ninguna necesidad tendríamos de la acción popular; pero, por otro, y tras los ejemplos de nuestra reciente crónica judicial, ¿qué sería de la Justicia sin ella! Sea como fuere, su regulación habrá de ser exquisita al efecto de evitar desmanes políticos e interesados, en ambos sentidos, por exceso y por defecto.

Dicho lo anterior, remarcaremos que el Anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, mantiene su existencia, si bien queda en términos más reducidos en lo que hace a la legitimación de su ejercicio.

También hemos de referirnos a otra posible participación en el ejercicio de nuestra acción penal, la de la acusación particular⁹⁶, el otro partícipe; figura que tampoco se prodiga en los ordenamientos de nuestros países vecinos⁹⁷.

alejamiento del Estado de las necesidades sociales que, por definición, deben ser acogidas y fielmente representadas en el proceso penal. Servirse de la insuficiencia, en algún modo provocada, de las Instituciones Públicas para permitir particulares persecuciones penales en pro del interés general, podría entenderse así contrario a los propios imperativos definidores del Estado de Derecho”, en Prólogo a PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998.

⁹⁶ Su regulación no es constitucional, sino legal. Al efecto, la STC 190/2011, de la Sala Primera, de 2 de diciembre, (Ponente: Pérez Tremps, Pablo), sostiene que “*el derecho de acceso a la jurisdicción penal que ostenta la víctima para el ejercicio de la acusación particular no supone un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, a la condena penal de otra persona, sino que se concreta esencialmente en un ius ut procedatur, lo que implica el derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que también queda satisfecho con una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley*”.

⁹⁷ En este punto, señala GÓMEZ COLOMER, J. L., -para quien la situación de la víctima del delito en el proceso penal patrio es “(...) paradójicamente ‘ideal’ si la comparamos con los países que mayor influencia jurídica tienen en mi país, como Alemania, Italia y Estados Unidos (...)”- que “La verdad es que si atendiéramos exclusivamente a la situación jurídico-procesal de la víctima del delito, la regulación actual no debería ser modificada demasiado profundamente (...), o, al menos tan drásticamente como un cambio de sistema supondría. Más bien deberían modificarse algunas actitudes prácticas de los poderes públicos en la investigación de ciertos delitos con víctimas vulnerables, una reconsideración del valor probatorio de la víctima cuando es testigo, y una mayor efectividad de las medidas de protección cuando la víctima está realmente en peligro. Con ello sería prácticamente suficiente”, *Vid.* “Los (futuros) nuevos derechos de la víctima en el proceso penal español”, en *El proceso penal en la encrucijada* (Homenaje al Dr.

La acusación particular, es la señalada para el ejercicio de la acción penal por el ofendido o perjudicado. Y aquí nuestra posición es más que concreta, práctica. Entendemos que la acusación particular provoca no pocos retrasos en la instrucción; la mera intervención de la acusación particular es ya una fuente de dilaciones, a lo que es necesario añadir que su entrada en el proceso penal, en la inmensa mayoría de los casos, está motivada por razones exclusivamente económicas. Por lo que podría considerarse innecesaria esa duplicidad de partes para la consecución de un mismo fin⁹⁸, y su hipotética supresión, conllevaría por ende, una notable presteza del proceso⁹⁹. Pero no es sólo una cuestión de agilización, sino también de igualdad por cuanto que en muchas ocasiones el acusado -con una defensa de oficio al abrigo de la Justicia gratuita- habrá de enfrentarse -además de al Fiscal- a toda una batería de acusaciones particulares, y dependiendo de la capacidad económica de los perjudicados, el nivel de los asesores puede que -al menos en teoría- sea superior. Y ello, provoca un desequilibrio demasiado importante para ser admitido en un sistema en el que supuestamente rige el principio de igualdad en todas sus posibles acepciones.

A pesar de lo conjeturado, y al hilo de lo manifestado, se han de resaltar dos aspectos utilitarios del proceso penal: por un lado, en no pocas ocasiones, se acude a la Jurisdicción Penal como único medio para la consecución de la necesaria documentación que pueda servir a una posterior demanda civil; y, por otro, la Jurisdicción Penal es más económica que la civil; y pudiendo matar dos pájaros de un tiro, la elección resulta más que obvia.

Nos resistimos a finalizar este epígrafe -o no podemos hacerlo- sin hacer mención al vigente Estatuto de la Víctima del Delito¹⁰⁰, y ello sencillamente, por la identidad conceptual existente, en lo que se refiere a la legitimación para el ejercicio de la acusación particular. Y en este punto volvemos a una de las reflexiones que al efecto realiza GÓMEZ COLOMER¹⁰¹ cuando sostiene, refiriéndose a los derechos procesales de aquella, que: “El PLEVct es en tema de derechos procesales penales, más prolífico, pues establece hasta siete derechos procesales, algunos de ellos a su vez con derechos específicos de concreción y desarrollo, prácticamente todos ellos regulados por la LECRIM, con lo cual existe en muchos aspectos una duplicación normativa clara que en la práctica puede conllevar problemas importantes de interpretación”. Obviamente, la duplicidad pervivirá en tanto que también lo haga el actual sistema procesal penal concretado en la LECrim española.

En cualquier caso y tal como hemos indicado para la acusación popular, también con la particular es necesario establecer límites adecuados¹⁰², que bien pudieran ser “a la francesa” o “a la italiana”, en los términos en los que han sido señalados.

César Crisóstomo Barrientos Pellicer), (AAVV, coord. GÓMEZ COLOMER, J. L.), Vol. I, Universitat Jaume I, Col·lectió “Estudis jurídics”, núm. 22, Castelló de la Plana, 2015, págs. 592 y 593.

⁹⁸ Por considerar que el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva se encuentra garantizada con la salvaguarda que le concede el Fiscal.

⁹⁹ No por ello abogamos por su abolición.

¹⁰⁰ A la que nos dedicaremos también más adelante cuando nos refiramos a los ADR.

¹⁰¹ GÓMEZ COLOMER J. L., “Los (futuros) nuevos derechos de la víctima...”, cit., pág.

601.

¹⁰² En este sentido, bien pudiera servir la propuesta de reforma legislativa de los artículos 19

1.1.4.- La discrecionalidad técnica

Si bien, en general y mayoritariamente, se han venido estudiando y analizando los supuestos concretos de discrecionalidad en manos del Ministerio Público, una vez iniciado ya el proceso penal -teniendo en cuenta el sistema español en lo referente a la dirección de la investigación es lo cierto que, en su comienzo, también pudieran apreciarse indicios al efecto. Y ello, por supuesto, sin perder de vista el sistema español de dirección de la investigación penal. No obstante, ya adelantamos que, a nuestro entender, no son derivaciones del principio de oportunidad.

En el momento de dar inicio a una investigación, hay una valoración a realizar sobre la existencia de datos que sean tanto suficientes como objetivos al efecto y, sea cual fuere el sistema penal, en todos ellos existe cierto grado de discrecionalidad¹⁰³. Y aun dando por sentado que la propia Policía aplica las disposiciones legales con rigor y sin excepciones, no puede negarse cierto grado de discrecionalidad a la hora de decidir si se inicia o no la investigación, lo que supone la práctica de una valoración subjetiva de los hechos, facultad para la que no están legitimados. No obstante, la decisión principal de inicio -aunque posterior a la mencionada- corresponderá, dependiendo del sistema penal, al Juez de Instrucción o al Fiscal.

La forma habitual de iniciar una investigación criminal es a través de la Policía -bien se derive de la denuncia de particulares, bien del ejercicio de su propia actividad de prevención- por lo que será la misma la que habrá de llevar a cabo las primeras diligencias, y, en caso de deducirse la comisión de algún ilícito, habrán de realizar el atestado para

y 27.4 de la Ley Orgánica de Responsabilidad del Menor que realizara la FGE y se recogiera en la Memoria de 2014, en la que se destaca la necesidad de diferenciar los supuestos de sobreseimiento a instancia del Fiscal por la aplicación del principio de oportunidad, de aquellos en los que se basa en el principio de legalidad, *ex art. 30.4 de la referida LO*. De este modo, se decía textualmente: *En la segunda de las hipótesis, el motivo del sobreseimiento solicitado por el Fiscal se apoya en lo previsto en los arts. 641.1 y 641.2 de la LECrim, esto es, por no reputar debidamente acreditados los hechos o la participación en los mismos de quienes hubiesen sido imputados. En esta clase de supuestos no se suscitan dudas sobre la legitimidad de la acusación particular para sostener por sí misma la acción penal en la jurisdicción de menores. Distintos son los casos en que el Fiscal solicita el sobreseimiento del expediente por razones de oportunidad. Puede ser con base en el art. 19 de la LORPM, por haberse realizado satisfactoriamente por el menor expedientado la conciliación, la reparación o actividad educativa extrajudicial; o puede ser apoyado en lo dispuesto en el art. 27.4, esto es, a instancia del equipo técnico por entender suficiente el reproche transmitido al menor con los trámites del procedimiento, o por estimarse inadecuada la intervención debido al tiempo transcurrido. En los casos referidos en último lugar, esto es, el sobreseimiento interesado por el Fiscal al amparo de lo dispuesto en los arts. 19 o 27.4 LORPM, no puede reconocerse que la acusación particular tenga idénticas facultades para sostener por sí sola la acusación y, desde luego, una interpretación sistemática de los preceptos que la regulan conduce a diferente conclusión*". Vid. Memoria FGE 2014, págs. 252 a 756. Interesante resulta también la solución que referida al proceso penal de adultos ofrece NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., quien fuera Fiscal ante el TC. Vid., "La acusación y la apertura del juicio oral; las cuestiones previas" en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, T. 1, 2002, págs. 215 a 264.

¹⁰³ BUJOSA VADELL, L. M., "Oficialidad o discrecionalidad en el inicio de la investigación penal" en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, (AAVV, dir. MORENO CATENA, V., coords. RUIZ LÓPEZ, C. y LÓPEZ JIMÉNEZ, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 34 y 35.

su remisión al Juez competente. Por lo que, en puridad, nos hallamos ante una decisión valorada a los efectos de iniciar o no una investigación. Obviamente, este primer filtro, en el que se valora la existencia de indicios de comisión de un ilícito penal – como el siguiente por el Órgano Jurisdiccional- habrá de basarse en la norma penal por lo que, al menos en teoría, se descarta la discrecionalidad.

En nuestro país, también puede iniciarse la investigación mediante denuncia o querrela de particulares, iniciativa que también ha de ajustarse a la legalidad y será el Juez quien decida -al igual que en el resto de casos- si existe fundamento suficiente al efecto.

Lo dicho hasta ahora supone, a nuestro entender, que la discrecionalidad -a pesar de las valoraciones mencionadas- no rige en el comienzo de la investigación en el sistema constitucional vigente. Sin embargo, contamos en él con un ejemplo paradigmático en el que el director de la investigación puede decidir el inicio de la investigación haciendo uso de un alto grado de discrecionalidad: el Proceso Penal de Menores¹⁰⁴.

En el Proceso Penal de Menores, teniendo en cuenta que el director de la investigación es el Ministerio Fiscal, la decisión de su inicio, coherentemente, también le corresponde. Partimos del hecho de que quien tenga conocimiento de la comisión de un hecho ilícito -y como tal tipificado- por un menor de edad, habrá de ponerlo en conocimiento del Fiscal quien, a la vista de los indicios decidirá la apertura de la investigación, tras la observancia de su encaje en algún ilícito de los recogidos en el Código Penal, de modo que si dichos indicios no son suficientes o si no existe un menor sobre el que recaigan las sospechas, podrá no iniciar el procedimiento. Hasta aquí, consideramos, nos encontramos dentro del ámbito del principio de legalidad. No obstante, aunque cuando los hechos que se pongan en conocimiento del Fiscal estén tipificados en el Código Penal, podrá el Fiscal desistir de la apertura del procedimiento cuando los hechos denunciados no sean delitos graves, siempre que hayan sido cometidos sin violencia o intimidación en las personas o cuando se trate de delitos leves, lo que convierte en discrecional la decisión del Fiscal, quien ha de considerar al efecto tanto las circunstancias del delito como las del menor sospechoso¹⁰⁵.

Igualmente, hemos de mencionar que, conforme a la regulación que se recogía en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, cuando la *notitia criminis* llegaba al Fiscal, éste había de realizar una primera valoración sobre las circunstancias que tuvieran que concurrir en los hechos que habían sido denunciados. En primer lugar, habían de presentar caracteres de delito; además, tenía que ser creíble; y, finalmente, perseguible. Sin embargo, aun concurriendo las mismas, la Fiscalía podía no iniciar la investigación si se verificaba que el hecho constituía un delito contra la propiedad cometido sin violencia o intimidación contra las personas y no fuera razonablemente previsible la identi-

¹⁰⁴ Si bien ocurre lo mismo en el inicio de la investigación en el proceso penal internacional ante la Corte Penal Internacional, en el que el Fiscal ha de evaluar en primer lugar, la información recibida sobre la comisión de crímenes internacionales dentro de su jurisdicción (arts. 5 a 8bis del Estatuto de Roma), tras lo que decidirá si inicia o no la investigación, por lo que se trata de una decisión discrecional sobre la iniciación de un procedimiento penal. Además, los criterios a valorar al efecto por el Fiscal *ex art. 58*, son tan abiertos que las decisiones del Fiscal se han de considerar como netamente discrecionales.

¹⁰⁵ Sin embargo, esas facultades discrecionales del Ministerio Fiscal se desvanecen en caso de que el menor sea reincidente, en cuyo caso habrá de iniciarse el proceso.

cación de los responsables¹⁰⁶. En cualquier caso, en el texto, el grado de discrecionalidad quedaba disminuido en el supuesto de haberse iniciado el proceso por querrela, siendo que el Fiscal disponía aquí de diez días para decidir sobre la apertura de la investigación, si bien se mantenía también cierta flexibilidad, referida a la credibilidad de los hechos.

De todos modos, las decisiones del Fiscal relativas al ejercicio de la acción penal que encuentran su causa en consideraciones técnicas, no constituyen manifestaciones del ejercicio del principio de oportunidad¹⁰⁷. En palabras de MORENO CATENA¹⁰⁸, conforme al art. 105 LECrim el Ministerio Fiscal “tiene la obligación de ejercitar las acciones penales que considere procedentes” y “de esta forma se deduce que el Fiscal no ejercita propiamente un derecho cuando acusa, sino un poder-deber que es tanto como decir una función, que es estatal. El Estado acusa a través del Ministerio Fiscal. Esta función está sometida al principio de legalidad y no de oportunidad, lo que no impide que, dado el principio de imparcialidad, que caracteriza la actuación del Ministerio Fiscal, pueda éste no solo no acusar y, por tanto, no interponer querrela, aunque así se le solicite, sino no mantener la acusación y pedir el sobreseimiento o, incluso, pedir la absolución en el juicio oral”. Estas decisiones -necesariamente basadas en criterios técnico jurídicos- que el Fiscal toma, tras una valoración personal previa, son inherentes al principio de imparcialidad y conforman lo que viene a llamarse discrecionalidad técnica en el ejercicio de sus funciones¹⁰⁹.

De este modo, teniendo en cuenta el análisis a realizar por el Fiscal sobre los elementos que configuran la acusación, nos encontramos con valoraciones que ha de realizar a tal efecto y que –no solo superficialmente- pudieran parecer el ejercicio de una potestad discrecional. Ejemplos de ello pueden ser la valoración de la constatación de los hechos delictivos; el pronóstico de la prueba referido a la probabilidad de éxito de la acusación; o la interpretación en caso de normas penales integradas por conceptos jurídicos indeterminados en los que, dentro de la zona de duda del concepto, la actuación no habría de considerarse contraria al ordenamiento¹¹⁰.

Podríamos hablar también de la discrecionalidad derivada del funcionamiento de los controles internos del Ministerio Fiscal, o mejor, de los defectos en el funcionamiento

¹⁰⁶ Nos preguntábamos ¿sin intentar siquiera poner en marcha los medios a disposición de la Fiscalía para encontrar a los responsables?

¹⁰⁷ GUIBERT, OVEJERO-BECERRA, S., “*El Ministerio Fiscal en el...*” cit., pág. 102.

¹⁰⁸ MORENO CATENA, V., (con GIMENO SENDRA, J. V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 2003, pág. 136.

¹⁰⁹ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., “*El poder de acusar...*”, cit., págs. 11 a 33, al estudiar el binomio compuesto por la obligatoriedad y la discrecionalidad, sugiere separar la discrecionalidad técnica de la discrecionalidad política, de modo que la discrecionalidad técnica no puede incluirse en el contenido del principio de oportunidad, ya que el mero ejercicio de la acción penal “presupone una valoración de los hechos e interpretación de normas en virtud de la cual se decide si se está técnicamente en condiciones de ejercer la acción penal y cuál es el modo más adecuado de hacerlo. A este respecto puede hablarse de una discrecionalidad técnica o imperativa como elemento inherente al ejercicio de la acción penal”.

¹¹⁰ En estos casos, conforme al art. 653 LECrim que establece “Las partes podrán presentar sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación dos o más conclusiones en forma alternativa, para que, si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia”, se realizan calificaciones alternativas al objeto de agotar todas las posibilidades jurídicas.

de dichos controles -por inexistentes-, si bien hemos de aclarar que se trata de supuestos que no implican siempre una decisión discrecional del Fiscal, puesto que, se da la solución más adecuada al caso, conforme a la norma aplicable. Nos estamos refiriendo en concreto a los siguientes supuestos: aquellos en los que solicita el sobreseimiento en el juicio rápido *ex art. 800.1 LECrim*; a la acusación sin conformidad en el juicio rápido *ex art. 800.2 LECrim*; y a la acusación con conformidad en el juicio rápido *ex art. 801 LECrim*.¹¹¹.

Lo mismo puede predicarse -a efectos de la supuesta discrecionalidad en las actuaciones del Ministerio Público- de la petición de sobreseimiento en fase de Diligencias Previas y de la petición de diligencias innecesarias, no indispensables, en el trámite de calificación, dentro de los trámites del Procedimiento Abreviado¹¹².

1.1.5.- La oportunidad pura

Como ya se ha indicado, la oportunidad pura en el ejercicio de la acción penal, es decir, aquella no sometida a condición alguna, no tiene cabida en nuestro proceso penal, por cuanto que su ejercicio quedaría en manos del titular de esa facultad y el Fiscal podría disponer libremente de su capacidad de acusar o no, sin sometimiento alguno a regla escrita.

¹¹¹ La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2003, de 7 de abril, en su apartado VI, ya preveía dificultades para el visado de las calificaciones en este procedimiento, afirmando que el control a través del visado no era posible, confiando en que el Fiscal de guardia se ajustara -como así se ha hecho- en las calificaciones a los criterios fijados en las instrucciones internas y prácticas habituales en las Fiscalías, debiéndose dar cuenta con posterioridad, de los escritos presentados ante el órgano judicial.

¹¹² A pesar de que el apartado VII de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2003, de 7 de abril, indicaba la necesidad de motivación y visado de la petición de sobreseimiento por el Fiscal. En la práctica, y dependiendo de cada Jefatura concreta, el informe de sobreseimiento se motiva, pero no se visa. Insistiendo en la necesidad de motivación y la evitación de formulismos, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2005, de 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal ya decía: “(...) *la exigencia de motivación en los informes del Ministerio Fiscal es una consecuencia indeclinable del principio de interdicción de la arbitrariedad que vincula a todos los poderes públicos (art. 9.3 CE). Esta exigencia deriva directamente de imperativos constitucionales, vinculados al estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). La adecuada motivación de los informes del Ministerio Fiscal redundará sin duda en el incremento del prestigio y de la credibilidad de la institución, actuando preventivamente para que nunca la discrecionalidad que se le reconoce en el ejercicio de sus funciones pueda trastocarse en arbitrariedad. La mayor o menor extensión, exhaustividad o detalle dependerá lógicamente de la entidad de la materia sobre la que verse el dictamen. En todo caso habrá de ser acorde con los parámetros de la suficiencia y la razonabilidad, huyendo de fórmulas estereotipadas. Esta necesidad de cumplir con la exigencia de la motivación viene por lo demás siendo puesta de manifiesto en los últimos pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado (v. gr. Instrucciones 3/1993, 2/2000 y 1/2003 o Circulares 1/2000, 1/2004 y 2/2004)*”. La misma Circular 1/2003 en el apartado VI, indicaba la necesidad de que, en aras de evitar dilaciones indebidas, se controlara por las Jefaturas la conveniencia de cuidar y controlar -incluso a través del visado- la petición de diligencias por el trámite del art. 780.2 LECrim, de forma que únicamente se permitiera en los supuestos de ausencia de datos que permitieran fijar o asegurar alguno de los elementos integrantes del tipo penal objeto de acusación, haciéndolo extensivo al juicio rápido.

Lo cierto es que ni el principio de obligatoriedad ni el de discrecionalidad pueden darse de forma absoluta, de modo que, en realidad, predominará uno sobre otro en cada modelo de justicia penal¹¹³. De hecho, es lo que viene sucediendo en los ordenamientos jurídicos continentales, tales como el alemán o el francés. No obstante, en los ordenamientos de la *Common Law* se suceden márgenes de discrecionalidad no sometidos a condición legal alguna.

Así, en el sistema procesal estadounidense, el ejercicio de la acción penal queda confiada a la discrecionalidad del *prosecutor*, sin apenas limitaciones, sin embargo, es el propio principio de separación de poderes el que ofrece a la Jurisdicción una especie de pasividad frente al *prosecutor*, ya que éste se encuentra integrado en el Poder Ejecutivo, y sólo responde frente a quienes le han elegido -en el caso de los Estados federales- o frente al Jefe del Ejecutivo, en el ordenamiento del Estado. En este sistema, el Fiscal no sólo posee el monopolio de la acción penal y la decisión sobre su ejercicio, sino que, además, puede ejercitarla sin acomodarse a los presupuestos legales exigidos, lo que da lugar a la institución del *plea bargaining*, en el que el acusador, el acusado y su defensor discuten los términos de la acusación analizando las posibilidades de acuerdo, aunque ello suponga acusar por un delito distinto y de menor gravedad, del que el acusado se confesará culpable. Una vez obtenido el acuerdo, el Juez lo aprueba, dictando sentencia de conformidad, evitando así, tener que acudir al juicio oral con Jurado.

En nuestro sistema, la llamada discrecionalidad pura sólo cabría entenderse desde planteamientos de Política Criminal puesto que, en la práctica, resulta difícil compatibilizar el estricto cumplimiento del principio de legalidad con aspectos de naturaleza político-criminal, ya que obliga a que el legislador se vea impelido a atender prioridades y directrices elaborados por el Poder Ejecutivo¹¹⁴.

En este sentido, y relacionado con los objetivos que puede perseguir cualquier política criminal, un sector doctrinal ha denominado “discrecionalidad política” o también de oportunidad¹¹⁵ a aquella consistente en la posibilidad de ejercer la acción penal con-

¹¹³ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991, pág. 43, cuando pone el ejemplo de Alemania en la persecución de las pequeñas y medianas infracciones, donde a pesar de regir el principio de legalidad, son tantas las excepciones a este principio en tales infracciones, que más bien la regla general parece ser la oportunidad.

¹¹⁴ DIEZ PICAZO, L. M^a., *El poder de acusar...*cit., pág. 27, incide en el debate axiológico entre el principio de legalidad y la política criminal seguida según los casos, afirmando que los valores derivados de los mismos son incompatibles sin que desde el punto de vista filosófico-jurídico se haya producido una respuesta definitiva. Añade la necesidad de dar una solución desde posturas intermedias que combinen ambos aspectos y habrían de ser tenidas en cuenta por el legislador cuestiones tan básicas como las necesidades económicas y sociales concretas en el momento del dictado de la norma penal, evitando así el exceso de criminalización que, en parte, se justifica por motivos de opinión pública con intereses electoralistas del poder político.

¹¹⁵ DIEZ PICAZO, L. M^a., *El poder de acusar...* cit., pág. 15, la denomina así, lo que puede conducir a confusión ya que la oportunidad también puede ser jurídica -en tanto que reglada- como ya se ha visto, dentro de lo marcado por la propia norma y, por ende, ajena a la oportunidad política. Añadir que el mismo autor califica este tipo de oportunidad como “un juicio de pura conveniencia por el cual se decide si el ejercicio de la acción es apropiado respecto ciertos objetivos políticos”. En el mismo sentido, GIMENO SENDRA, J. V., describe la oportunidad pura como aquella que se basa en “criterios discriminatorios de índole económica, sociológica o política cuya invocación pondría en entredicho los principios constitucionales de igualdad de los ciudadanos ante la Ley y de seguridad jurídica” en *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas,

forme a criterios extrajurídicos, de modo que su ejercicio se hace depender de la oportunidad referida a objetivos políticos. Y en el caso del Ministerio Fiscal, esos objetivos podrían venir marcados por la orientación política de la autoridad que dirigiera la institución¹¹⁶.

Pero entendemos que, en el Ordenamiento Jurídico español, a la vista de las normas constitucionales vigentes, resulta poco probable que el legislador, atendiendo a intereses partidistas, otorgara al Ministerio Fiscal facultades discrecionales amplias con la finalidad de favorecer dichos intereses, ya que se encuentra obligado a respetar la principal función del Ministerio Público, la defensa de la legalidad. Pero ello no obsta a que una aplicación imparcial y rigurosa de la ley sea incompatible con planteamientos de política criminal que atiendan a estrategias globales en materia de investigación, persecución o represión de la criminalidad.

1.2.- Manifestaciones concretas del principio de oportunidad en el Código Penal español

Hemos de iniciar este apartado señalando que los supuestos de aplicación del principio de oportunidad no se encuentran exclusivamente recogidos en la LECrim, puesto que también hay regulaciones al efecto en el Código Penal e, incluso, en la Ley Orgánica del Poder Judicial¹¹⁷, en cuyo art. 23.2 se posibilita que, en los delitos cometidos fuera del territorio nacional, se pueda valorar la conveniencia u oportunidad de su persecución en España.

La doctrina¹¹⁸ viene a entender que la doble regulación formal y material del principio de oportunidad no es sino una tendencia del Derecho europeo moderno, de la que no escapa el nuestro sistema. No obstante, consideramos que su naturaleza procesal es indiscutible en cuanto enlaza con la flexibilización del principio de legalidad -en su vertiente formal- y ello con independencia del tipo de texto -sustantivo o formal- en el que se halle regulado.

1.2.1.- La cláusula de oportunidad en la persecución de los delitos contra la libertad sexual ex art. 191.1 del Código Penal

A pesar de lo ya indicado respecto de los requisitos de procedibilidad y aunque pareciera que nos encontramos ante uno de esos supuestos, es lo cierto que el artículo 191.1

Madrid, 1981, pág. 1981.

¹¹⁶ SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 127 configura la discrecionalidad política *stricto sensu*, como aquella en que la norma puede otorgar, expresa o implícitamente, márgenes de libertad a determinados órganos gubernativos a fin de valorar aspectos y consecuencias políticas de sus decisiones, lo que, en buena lógica, está previsto para la Administración Pública.

¹¹⁷ En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 44.

¹¹⁸ En concreto, BACIGALUPO ZAPATER, E., *El debido proceso*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 212, quien manifiesta al respecto que “por un lado, el Derecho material prevé un sistema de circunstancias que reducen o excluyen la pena bajo ciertas condiciones, permitiendo al mismo tiempo la imposición de ciertas reglas de conducta y reparación, por otro lado, en el Derecho procesal se prevén ciertas posibilidades de sobreseimiento de la causa”.

del Código Penal, siendo una cláusula de difícil interpretación, contiene, en referencia al Fiscal, una cláusula de oportunidad.

Establece el artículo 191.1 CP que “Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal”.

Obviamente, nos encontramos ante uno de los llamados delitos semipúblicos en los que es necesaria la denuncia de la víctima capaz y no desvalida, mayor de edad para iniciar el proceso penal. No obstante, el propio artículo permite que el Fiscal a la vista de los intereses legítimos a valorar en el caso concreto, inicie -mediante querrela- el proceso penal, cuando la víctima no lo hiciera. Y con ello -ciertamente- se está restringiendo el ámbito privado de disponibilidad, si bien el Fiscal habrá de tener en cuenta tanto la voluntad de la víctima como -y sobre todo- su derecho a la intimidad¹¹⁹.

Algún sector de la doctrina señala que, para que por parte del Fiscal se adopte la decisión de iniciar el proceso -y respecto a la ponderación señalada en el precepto-, es necesaria la audiencia previa de la víctima¹²⁰. A nuestro entender, sería lógica la audiencia previa de la víctima en Fiscalía en los casos en los que terceras personas hubieren puesto los hechos en conocimiento en esa sede y ello, por cuanto que supondría ac-

¹¹⁹ FUENTES SORIANO, O., “La iniciación cuasi pública de los procesos por delitos sexuales”, (AAVV), *Anuario de Derecho penal 1999-2000*, pág. 273, afirmaba que hasta fechas recientes “los delitos sexuales eran considerados como delitos contra el honor, lo cual supone, en realidad, mucho más que una mera clasificación de los mismos; supone entender que el bien jurídico protegido en estos casos no era la libertad sexual de la víctima sino, por contra, su derecho al honor (...) cuando una persona ve atacado su honor, su primera reacción es aquella que tiende a ocultar el motivo de su deshonra y si a ello añadimos que, normalmente, estos delitos eran considerados como delitos de carácter privado, el resultado no era sino avanzar en la impunidad del delincuente; la persona -normalmente mujer- “deshonrada” no denunciaba tratando con ello de evitar su público conocimiento y en ausencia de denuncia, el delito -privado- no se podía perseguir. El delincuente quedaba libre de toda posible sanción, en la absoluta impunidad y dispuesto, por tanto, a reiterar su acción delictiva sin temor alguno a posibles represalias (...) poner de manifiesto la posibilidad de que los delitos sexuales pierdan su carácter privado, e incluso semipúblico y se tramiten a través de un proceso con “todas” las garantías -tanto para la víctima cuanto para el acusado- sin que ello no sólo no suponga incremento alguno de esta victimización secundaria que inevitablemente existe en la tramitación de todo proceso -independientemente del delito por el que éste se siga-, sino que, en la medida de lo posible, suponga incluso su posible disminución adoptando al efecto todas las medidas que se estime oportuno”.

¹²⁰ MONTALBÁN HUERTAS, M^a. I., “Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)” en *Jueces para la Democracia* núm. 32, 1998, pág. 65, explicita que se está evidenciando una nueva inclinación hacia el carácter público de estas infracciones, y habría de tener buen resultado en caso de la adecuada utilización de la ponderación de los intereses legítimos que se recoge en la norma penal, lo que implica una necesaria audiencia de la víctima, para conocer sus circunstancias personales y motivaciones subyacentes en su decisión de no denunciar. En el mismo sentido, MORALES PRATS, F., y GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al nuevo Código Penal*, (AAVV, dir. QUINTERO OLIVARES, G, coord. MORALES PRATS, F.), Thomson Reuters Aranzadi, 4^a ed., Cizur Menor, 2005, pág. 106, quienes señalan que se trata de una expresión del principio de oportunidad, en cuyo seno cabe exigir la consulta al agraviado para constatar si se opone o no a la persecución del delito sexual.

ceder a más datos y circunstancias con los que poder equilibrar los intereses legítimos que concurren en el caso concreto¹²¹.

De cualquier modo, entendemos con la mayoría de la doctrina, que el legislador ha pretendido “compensar” -a la hora de establecer los criterios para la ponderación requerida en el artículo 191.1 CP- de un lado, el interés público en su persecución y, de otro, la garantía de la preservación de la intimidad de la víctima, como interés de carácter más privado o personal¹²².

Hemos de considerar, de cualquier modo, que el interés que ha de legitimar la interposición de la correspondiente querrela por parte del Ministerio Fiscal, incluso en contra de la voluntad de la ofendida, sólo puede estar basado en el interés público en la prevención de la libertad sexual como bien jurídico a proteger socialmente¹²³.

¹²¹ Es mucho más común de lo que se piensa que tras la llegada del correspondiente atestado al Juzgado de Instrucción y la posterior citación de la víctima, la misma se niegue a denunciar y tenga que ser el Ministerio Público quien se responsabilice de la continuación -o mantenimiento- del procedimiento mediante la presentación de la correspondiente querrela. A nuestro entender, se trata tanto de proteger adecuadamente a la víctima, como de perseguir al autor de los hechos pese a la actitud de la perjudicada.

¹²² Así, LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad” en *Derecho Penal. Parte especial*, (AAVV) Colex, Madrid, 2011, pág. 188. Igualmente, MORALES PRATS, F., y GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios...* cit., pág. 1026, señalan que la cláusula de oportunidad que señala el precepto ha sido un acierto por cuanto la privatización o semiprivatización de la persecución de los delitos es una técnica peligrosa, constituyendo un factor criminógeno al fomentar las extorsiones sobre la víctima o bien el mercadeo por parte de ésta al objeto de vender la no interposición de la denuncia. Continúan manifestando que este tipo de cláusulas debían haber sido el patrón legal para otro tipo de delitos como los societarios, contra la intimidad o contra los derechos de los consumidores. En la misma dirección, FUENTES SORIANO, O., “La iniciación cuasi pública de los procesos por delitos sexuales”, (AAVV), *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1999-2000, pág. 274, indica que la libertad sexual ha de ser protegida por el Estado como un bien primordial frente a cualquier posible injerencia no consentida de un tercero por cuanto tales ataques se dirigen contra la esfera más íntima de la persona, condicionando el desarrollo normal de su sexualidad y, por tanto, de su personalidad y actitud vital. Además, la persecución de estos delitos deberá configurarlos como *res extra commercium* evitando que, como consecuencia de posibles presiones o transacciones del agresor para con la víctima, el delito quede sin ser perseguido.

¹²³ En este punto, FUENTES SORIANO, O., justifica la iniciación de oficio de los delitos sexuales en el argumento principal de no dejar impune al delincuente y añade cuatro datos relevantes: 1º) La evolución social hace que el antiguo fundamento de la necesaria denuncia por parte del ofendido para preservar su honor pierda sentido actualmente; 2º) La supresión de la denuncia como requisito preceptivo para la iniciación del procedimiento en modo alguno supone que no puedan y deban adoptarse todo tipo de medidas tendentes a la protección de la víctima; 3º) desde un punto de vista psicológico está absolutamente demostrado que el violador tiende a repetir su acción y, sin duda, dicha reiteración vendrá alentada ante la impunidad con la que puede llegar a cometerla; y 4º) La denuncia previa en estos delitos supone ciertos problemas de incongruencia con otros preceptos legales en relación con los cuales la paz social se ve igualmente amenazada y para cuya protección basta tan sólo con la persecución de oficio, al margen de cuál sea la voluntad de la víctima al respecto, en “La iniciación cuasi pública...”, cit., pág. 278.

Estimamos que lo fundamental estriba en que el Ministerio Fiscal compruebe que la voluntad de la víctima -del titular del bien jurídico lesionado- no se encuentra ni mermada ni disminuida¹²⁴.

1.2.2.- *El art. 171.3 del Código Penal*

Establece el art. 171.3 del Código Penal: “Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que este estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados”.

Reparamos en que este es el único supuesto de oportunidad reglada del sistema patrio, en el que se otorga al Ministerio Fiscal la facultad de no formular acusación por la comisión de un delito. Hemos de señalar que el comúnmente denominado chantaje no se encuentra legalmente definido, pero la doctrina¹²⁵ se refiere al mismo como al comportamiento consistente en el anuncio de un mal -generalmente de revelación de un secreto- condicionado al pago de una suma de dinero. Es la propia ley la que otorga al Fiscal la posibilidad de no acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, siempre que la pena prevista para dicho delito sea inferior a los dos años de prisión, lo que implica que, superándose este límite de punibilidad, el Fiscal se encuentra obligado a acusar.

Habríamos de entender que la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, conforme al principio de oportunidad, se basa en la necesidad de tener en cuenta el principio de proporcionalidad, ponderando y sopesando medios y fines, intentando conseguir la solución más correcta en cada caso concreto.

Hemos de insistir en que el mencionado precepto señala que el Fiscal “podrá (...) abstenerse”, lo que ha de interpretarse en el sentido de que se le concede una facultad de disposición, bajo ciertas condiciones, del ejercicio de la acción penal¹²⁶.

Por su parte, y para concluir, indicar que un sector doctrinal¹²⁷ entiende que, teniendo en cuenta la facultad que se le concede al Fiscal que no le obliga a abstenerse de acusar, la víctima puede, por su parte, iniciar el correspondiente procedimiento penal.

¹²⁴ En cualquier caso, el problema real se ubicará en la actitud de la víctima, dependiendo de si además de no denunciar, tampoco quiere colaborar en la investigación, o, lo que puede ser peor, obstaculiza la misma, planteando una lucha activa contra la persecución del delito.

¹²⁵ DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *El delito de amenazas (en el nuevo Código Penal)*, Editora General de Derecho S. L., Valencia, 1997, pág. 67.

¹²⁶ Es necesario señalar que este artículo está íntimamente relacionado con las amenazas en el ámbito de delitos contra el orden público, el tráfico de drogas y el terrorismo, sobre todo, en caso de bandas o grupos organizados.

¹²⁷ LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad”, cit., págs. 113 a 146. Por su parte, QUINTERO OLIVARES, G., sostiene que “la renuncia a acusar del MF, no presupone la renuncia de la acción penal por parte de la acusación particular, al encontrarse con intereses legítimos de terceros amparados por la legislación procesal”. *Vid. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (AAVV, dir. QUINTERO OLIVARES, G., coord., MORALES PRATS, F), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

2.- La conformidad

Discute la doctrina¹²⁸ sobre si institutos como la conformidad o los mismos requisitos de procedibilidad -éstos, en la medida en que suponen una restricción al ejercicio de la acción penal- son o no, manifestaciones del principio de oportunidad. Así, ARMENTA DEU reconoce que la conformidad, implica tal manifestación “en tanto en cuanto supone una forma de dar fin al proceso, sin que se hayan desarrollado todas aquellas fases que, conforme al principio de legalidad, hubiera cabido esperar”¹²⁹. Por el contrario, la misma autora se expresa en contra de considerar la exigencia de denuncia previa como manifestación del principio de oportunidad cuando señala “los casos de delitos privados o semiprivados deben considerarse como consecuencias derivadas pura y simplemente de una concepción del legislador tal, que somete la persecución del delito al principio dispositivo, quedando, por tanto, el ejercicio de la acción penal a la libre voluntad de los particulares y sin que en ello intervenga ningún tipo de facultad decisoria atribuida al fiscal (...) son manifestaciones de la renuncia por parte del Estado a ejercitar el “ius puniendi”, si el perjudicado por el delito (u otras personas expresamente determinadas por la Ley) no incoan el correspondiente proceso penal”¹³⁰. Y en el mismo sentido se manifiesta, VILLAMARÍN LÓPEZ¹³¹.

Y a pesar de lo que un sector doctrinal -como el señalado- pueda entender, de la práctica forense se colige realmente algo bien distinto, que la conformidad en nuestra regulación, no es, -sea cual fuere su modalidad- una derivación del principio de oportunidad, sino, más bien, una posibilidad que asiste a la defensa¹³² dirigida a la mejora

¹²⁸ Así, GIMENO SENDRA, J. V., *La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)*, La Ley, Madrid, 1990, págs. 977 y 978, sostenía que “(...) la conformidad era una manifestación del principio de oportunidad en forma pura, pues ni precisaba de autorización u homologación judicial ni jurídicamente quedaba condicionada al cumplimiento de futuro por el acusado de prestación o condición alguna, sino tan sólo al efectivo cumplimiento de la pena que en el acto se imponga”; Añadía ARMENTA DEU, T., en su trabajo “El juicio de faltas y los principios de oportunidad y acusatorio” en *El juicio oral*, Colección Studia Iurídica, Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, 1994, pág. 85 citando como significativa la doctrina seguida por GARCIA de ENTERRIA y otros, relativa a los conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa: “(...) la previa opción sobre la conformidad que efectúa el legislador cuando decide concebir una determinada acción por parte del Ministerio Fiscal en los supuestos donde debe seguir la persecución -delitos públicos y semipúblicos-, implica que se encuentre en una situación habitualmente sujeta al principio de legalidad, pero, sin embargo y al mismo tiempo, en un determinado ámbito con márgenes de discrecionalidad, donde podría actuar libremente”.

¹²⁹ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 214.

¹³⁰ ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela...*, cit., pág. 204.

¹³¹ VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, págs. 176 y 177.

¹³² Afirma DOIG DÍAZ, Y., que “en la LECrim. no se contempla expresamente la posibilidad de que el fiscal y la defensa puedan celebrar un acuerdo que pueda ser, posteriormente, homologado por el juez” ya que, “la figura de la conformidad, prevista en la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, fue concebida como una expresión del derecho de defensa del imputado, mediante la aceptación de la imposición de la sanción más grave solicitada por la acusación, con el objeto de despejar la incertidumbre que supone la realización del juicio oral”, *Vid.* “Reflexiones acerca de la justicia negociada en el futuro proceso penal español”, *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid, 2008, pág. 408.

de la penalidad del investigado/acusado, dependiendo del momento procesal en el que nos encontremos.

Sin embargo, la conformidad, en el modo que se encuentra regulada en Francia, sí habría de considerarse como tal derivación, o si se prefiere, como una de las formas de exteriorización del principio de oportunidad. Y ello, debido a que, en la llamamos conformidad “a la francesa”, denominada en el país vecino *Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)*¹³³ la propuesta, al efecto, la realiza el Fiscal, una vez realizada la investigación preliminar, si bien cabe también la posibilidad de que sea solicitada por el investigado; acuerdo que adopta, bajo la consideración de que es preferible recurrir a este método de finalización del proceso, antes que acudir al proceso clásico, de enjuiciamiento judicial; siendo además, que, es el propio Fiscal quien establece los requisitos y condiciones al respecto, ante las que, y ante el propio Fiscal, el investigado, asistido de su abogado, puede optar por aceptarla, no aceptarla, o, solicitar un plazo de reflexión de diez días. En cualquier caso, e insistimos en este punto, la propuesta o, si se quiere la iniciativa y la facultad están básicamente en manos del Fiscal. Sin embargo, en la conformidad “a la española”, es siempre la defensa la que solicita la conformidad al Fiscal y éste, lejos de encontrarse ante un supuesto de aplicación del principio de oportunidad, lo único que hace es poner en práctica lo que se ha venido en llamar discrecionalidad técnica.

No podemos dejar de referirnos a lo que -entendemos que con bastante pasión- señala DEL MORAL GARCÍA¹³⁴ respecto de la conformidad -vertiendo sospechas sobre el Ministerio Fiscal- cuando se refiere a ella señalando que se ha convertido en uno de los objetivos del proceso penal, donde la práctica forense potencia la solución negociada del conflicto, y ha terminado por vertebrar un sistema opaco, negativo e ineficaz, que resiente la credibilidad y la confianza de los ciudadanos en la justicia, en el que pueden detectarse disfunciones, como el hecho de admitir una modificación de la acusación para la cual no se exige ningún presupuesto y que, sin referirse a hecho distinto, pueda disminuir la pena de la primera acusación con la duda sobre si la intención del Fiscal no era inducir a la negociación con la primera acusación¹³⁵. A lo que añade GÓMEZ COLOMER¹³⁶ “(...) salvo la forma solapada de regular la negociación (...) también nos obliga a pensar si en realidad lo que sale reforzada es la posición del MF, porque, de no obtener la conformidad, ¿no puede amenazar a la defensa con pedir una pena mayor en

¹³³ A nuestro entender, es la figura más parecida a “nuestra” conformidad.

¹³⁴ DEL MORAL GARCÍA, A., “La mediación en el proceso penal: fundamentos, problemas y experiencias” en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, (AAVV, coords. RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, X., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., CARBANTE MUNTADA, J. M.), Netbiblo, Madrid, 2010, pág. 153.

¹³⁵ O como indica DOIG DÍAZ, Y., pueda suceder que en una segunda acusación se revele la benévola actitud del Fiscal cuando, al formular una acusación menos grave de los hechos o suprimir del escrito algunos cargos por algún delito, aproveche la amplitud del marco penal de ciertas figuras penales, como la referida al blanqueo de capitales del art. 301.1 CP, o apele a la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21. 6ª CP o de reparación del daño del art. 21. 5ª CP-. *Vid.* “Reflexiones acerca de la justicia negociada...”, cit., pág. 409. En cualquier caso, no podemos olvidar que quien pide la conformidad no es el Ministerio Público sino la defensa.

¹³⁶ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, (AAVV, coords. GÓMEZ COLOMER, J. L. y BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 414.

la calificación?”. A lo que nosotros no podemos sino objetar preguntando ¿qué le va al Ministerio Fiscal en la negociación?; ¿a quién beneficia la conformidad?

De cualquier modo, y con independencia de que podamos considerar o no que todas las formas la conformidad son una derivación del principio de oportunidad, es lo cierto que es un acto de disposición que realiza la defensa en su propio beneficio¹³⁷ y que, desde luego, nos estamos refiriendo a un concepto amplio de conformidad.

2.1.- Tipos de conformidad

Hemos de indicar que con gran precisión, ASECIO MELLADO¹³⁸ define la conformidad como “una manifestación del principio de oportunidad, por la que el acusado y su defensor muestran su aceptación a la pena más grave de las solicitadas, bien sea asumiendo la pena sin más, bien sea asumiendo la autoría de los hechos imputados, que tiene como efecto inmediato la emisión de una sentencia sin necesidad de celebrar juicio oral y, por tanto, sin que se practique prueba alguna”.

Y no menos encomiable es la definición de GÓMEZ COLOMER¹³⁹ quien la conceptúa como “(...) una institución de naturaleza compleja, en virtud de la cual, en esencia, la parte pasiva, es decir, tanto el acusado como su defensor técnico, aceptan con ciertos límites la pena solicitada por la acusación, o la más grave de las solicitadas si hubiera varios acusadores, procediéndose a dictar sentencia inmediatamente, al hacerse innecesaria la vista”. Y añade que “en cuanto a la *naturaleza jurídica* (...) estamos tanto ante un acto dispositivo material y procesal, consecuencia del principio de oportunidad, porque se fija el límite máximo de la pena a imponer, como ante un procedimiento especial que acelera trámites, dado que producida, se pasa directamente a dictar sentencia”.

Por su parte, ARMENTA DEU¹⁴⁰ se refiere a la conformidad como “(...) una modalidad de consenso en virtud de la cual se pone fin anticipadamente al proceso mediante el acuerdo de acusadores y acusado, con la anuencia del abogado y la garantía de la intervención judicial implicando o no una negociación previa”.

Hay alguna corriente doctrinal que oponiéndose a la introducción del principio de oportunidad, considera inconstitucional el instituto de la conformidad¹⁴¹. No obstante, y

¹³⁷ Resaltar que nos hemos referido en este estudio, a la conformidad como *quasi* derivada del principio de oportunidad en sentido amplio, es decir desde la perspectiva tanto de la defensa como de la acusación.

¹³⁸ ASECIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal penal...* cit., lección 18.

¹³⁹ GÓMEZ COLOMER, J., L., *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, cit., pág.405.

¹⁴⁰ ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales*, cit. pág., pág. 190.

¹⁴¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Descriminalización y prevención”, *Poder Judicial* núm. especial 2, 1987, págs. 14 y ss. En el mismo sentido, MARTÍN PALLÍN, J. A., “¿Es constitucional la conformidad?” en *Poder Judicial*, núm. especial 19, 2006, pág. 236, quien sostiene que “la conformidad es radicalmente incompatible con el derecho constitucional al debido proceso, por lo que debe ser rigurosamente revisada”. Fundamenta tal razonamiento considerando que la conformidad es contraria al aforismo *nulla pena sine previo indicio* y señala que “el valor Justicia, el derecho a un juicio justo y con todas las garantías conocido como el debido proceso, el principio de proporcionalidad y el principio de libre determinación o

en contra de dicha argumentación, entendemos que nadie obliga al acusado a conformarse con el escrito de acusación, siendo exclusivamente una opción, por lo que conserva en su totalidad el derecho a celebrar un juicio con todas las garantías. A lo que tenemos que añadir que es la propia defensa la que la solicita. Y todo ello sin obviar el efecto que en la Administración de Justicia pudiera causarse con su proscripción¹⁴².

Es lo cierto que la naturaleza jurídica de la conformidad, es una cuestión controvertida, discutiéndose sobre si su configuración es equiparable al allanamiento civil o, si en cambio, se trata de una institución de carácter transaccional.

GIMENO SENDRA¹⁴³, arranca de la base de distinguir la conformidad plena - aquella que recae sobre los hechos punibles y la petición de penas de las acusaciones- de la conformidad limitada, limitada exclusivamente a la pena. Y mientras la primera parte de la naturaleza jurídica de la confesión, la segunda es una especie de allanamiento unilateral del acusado sobre la pena, puesto que su éxito, dependerá solo de la voluntad del acusado. No obstante, añade el autor que, tras la introducción en la conformidad, de nuevas características a través del procedimiento abreviado -en concreto, la posibilidad de presentación de un escrito conjunto ratificado por las partes intervinientes- se añade una nota negocial, que dista, evidentemente, de la figura del allanamiento.

A su vez, DE DIEGO DÍEZ¹⁴⁴, sostiene que la naturaleza jurídica de la conformidad viene dada por la forma en que se manifiesta, de modo que si la misma se realiza después de formulados los escritos de acusación, participa de la naturaleza del allanamiento, al no existir negociación alguna, sino simplemente un acto meramente voluntario y unilateral. Mientras que, si la conformidad se presta tanto en un escrito conjunto de acusación y defensa, como al inicio del acto del juicio oral, nos encontramos ante un acto transaccional en cuanto que su adopción se deriva de una negociación previa entre las partes.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en las Sentencias 778/2006, de 12 de julio y 971/2010, de 12 de noviembre, (Ponente en ambas: Berdugo López de la Torre, Juan Ramón) establece que *“La conformidad representa un allanamiento a las pretensiones de la acusación sin llegar a su equiparación total y a sus estrictas consecuencias, por cuanto hay que reconocer que en el proceso civil rige el principio dispositivo y la verdad formal, mientras que en el proceso penal prepondera el de legalidad y el de in-*

autodeterminación de la voluntad se resienten seriamente ante la aplicación drástica de la institución de la conformidad a las que equipara a “ (...) una confesión que en nuestro sistema no es prueba plena, ni siquiera prueba válida”. Un poco más moderado se postula CHOZAS ALONSO, J. M., “La conformidad penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de derecho comparado” en *Revista La Ley*, núm. 114, 2013, pág. 22.

¹⁴² GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., se refiere a la consecuencia que se derivaría al efecto y se plasmaría en las dilaciones indebidas y señala “En este sentido, deviene preciso plantearse si tal retraso pudiera llegar a constituir un elemento de colisión con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, en general, con el derecho al debido proceso”, *El Ministerio Fiscal en el...* cit., pág. 100.

¹⁴³ GIMENO SENDRA, J. V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2010, págs. 395 y ss.

¹⁴⁴ DE DIEGO DÍEZ, L. A., “Transacción penal: la conformidad negociada en el procedimiento abreviado” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1992, pág. 10.

disponibilidad del objeto del proceso, siendo la búsqueda de la verdad material a la que se orienta este proceso”¹⁴⁵.

¹⁴⁵ En concreto, la STS 971/2010, de 12 de noviembre, señalaba que: “Pues bien como decíamos en la STS. 778/2006 de 12.7, con independencia de las distintas posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la conformidad, en este sentido recordar que la STS. 17.6.91, consideró la conformidad una institución que pone fin al proceso basándose en razones utilitarias o de economía procesal. La conformidad significaría un allanamiento a las pretensiones de la acusación pero sin llegar a su equiparación total y a sus estrictas consecuencias, por cuanto que hay que reconocer que en el proceso civil rige el principio dispositivo y la verdad formal, mientras que en el proceso penal prepondera el de legalidad y el de indisponibilidad del objeto del proceso, siendo la búsqueda de la verdad material a la que se orienta este proceso, otras opiniones entienden que la debatida figura pugna con el principio conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y defendido, aunque lo cierto es que sí pudo defenderse y ser oído, renunciando a ello porque quiso, admitiendo y confesando su culpabilidad; si bien la conformidad supone que el hecho sea “aceptado” como existente, ello no implica que se trate de una verdadera confesión y por tanto, de una actividad probatoria como sería el interrogatorio del acusado. También se ha dicho que la conformidad no es un acto de prueba, sino un medio para poner fin al proceso, es decir, una situación de crisis del mismo, mediante la cual se llega a la sentencia, sin previo juicio oral y público, y de modo acelerado, consecuente a la escasa gravedad de la pena solicitada por las acusaciones y el convenio o acuerdo habido entre acusadores y acusados, en el que han participado los defensores de éstos últimos y finalmente se ha sostenido que la conformidad es una declaración de voluntad de la defensa, que no constituye confesión, porque lo contrario pugnaría con el art. 24.2 CE, que recoge el derecho a no confesarse culpable, y se considera que la conformidad constituye una clara consecuencia de la admisión del principio de oportunidad que podrá reportar al acusado substanciales ventajas materiales derivadas de una transacción penal. Entendiéndose por ello que no debe hablarse de la existencia de un pacto subyacente entre las partes -dada la indisponibilidad del objeto del proceso penal- y lo que hay es una concurrencia de voluntades coincidentes. En definitiva, la conformidad no sería una institución que operase sobre el objeto del proceso, sino sobre el desarrollo del procedimiento, posibilitando obviar el trámite del juicio oral.” Y añade: “En cuanto a las razones de la existencia de esta institución - que no es nueva en nuestro proceso penal, pues su regulación básica se recoge en los arts. 655 y 688 LECrim., en el sumario ordinario y a esa inicial normativa se han ido superponiendo otros preceptos que disciplinan la conformidad en modo no exactamente coincidente y que han ido introduciéndose sucesivamente por Leyes modificativas, como la LO. 7/1988, creadora del procedimiento abreviado, o complementarias como la LO. 5/1995 del Tribunal del Jurado, proceso que culmina, al menos de momento, con la Ley 38/2002 y la LO. 8/2002, ambas de 24.10, introducen una nueva modalidad de conformidad para los juicios rápidos por delito- que ha supuesto una auténtica modificación por vía indirecta del Código Penal, al permitir a modo de atenuante privilegiada con una eficacia especial, la reducción de un tercio de la pena a la fijada por la acusación, lo que determinó la necesidad de conferir al art. 801 el rango de Ley Orgánica del que carecía el inicial Proyecto de Ley, en cuanto además confiere, la competencia al Juez de Instrucción de guardia-, se ha dicho que además de asegurar la celeridad procesal a niveles mínimos para la sociedad, la búsqueda del consenso es un imperativo ético-jurídico que puede venir apoyado por dos parámetros constitucionales: 1º. Que la obtención del consentimiento del acusado a someterse a una sanción implica una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad proclamada en la Constitución, art. 10.1. 2º. Que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud resocializadora que facilita la reinserción social, proclamada como fin de la pena, art. 25. 2 CE., y que en lo posible no debe ser perturbada por la continuación del proceso y el estigma del juicio oral. Por ello la doctrina de esta Sala, como regla general, considera que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra sentencias de conformidad (SSTS 9.5.91, 19.7.96, 17.11.2000, 6.11.2003) por carecer manifiestamente de fundamento. Este criterio se apoya en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación, garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el tribunal casacional, las

En cualquier caso, estimamos con la mayoría de la Doctrina¹⁴⁶ que podemos diferenciar los distintos modos de manifestación de la conformidad en nuestro sistema penal, por un lado, en conformidad exclusivamente con los hechos y en conformidad con los hechos, su calificación jurídica y la pena; y además, y por otro, en conformidad que implica una previa negociación (supuestos de las reformas de 1988, 1992 y 2002) y en la que no concurre tal implicación (supuestos de los arts. 655 y 688 a 700 de la LECrim de 1882)¹⁴⁷.

En cuanto a la conformidad con los hechos es lo cierto que el art. 779.1. 5ª de la LECrim, recoge una modalidad que -tratando exclusivamente el reconocimiento de hechos-

cuestiones fácticas y jurídicas lue ya se han aceptado, libremente y sin oposición. Las razones de fondo que subyacen en esta consideración pueden concretarse en tres (SSTS 2.1.2001 y 6.4.2001): 1) el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente sin oposición y con el asesoramiento jurídico necesario. 2) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla "pacta sum servanda"; que se conculcaría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado. 3) las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad. Ahora bien, esta regla general de inadmisibilidad del recurso de casación frente a las sentencias dictadas de conformidad está condicionada a una doble exigencia: que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad y que se hayan respetado en la sentencia los términos del acuerdo entre las partes. Así, por ejemplo, desde la primera de dichas perspectivas resulta admisible un recurso interpuesto frente a una sentencia de conformidad, cuando se alegue que se ha dictado en un supuesto no admitido por la ley (pena superior al límite del art. 787.1), cuando se alegue que no se han respetado las exigencias procesales establecidas (por ejemplo la "doble garantía" o inexcusable anuencia tanto del acusado como de su letrado), cuando se alegue un vicio de consentimiento (error, por ejemplo) que haga ineficaz la conformidad, o, en fin, cuando, excepcionalmente, la pena impuesta no sea legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, sino otra inferior, vulnerándose el principio de legalidad (sentencia 17 de abril de 1993), que debe imperar como garantía constitucional que impide imponer sanciones que (no) se ajusten a las previsiones del hecho sancionado (STS. 754/2009 de 13.7). Desde la segunda de dichas perspectivas, resulta admisible el recurso interpuesto contra sentencias que no respeten los términos de la conformidad de las partes, bien en relato fáctico, bien en la calificación jurídica, o bien en la penalidad impuesta, debiendo recordarse que la admisibilidad del recurso no determina la decisión que en su momento haya de adoptarse sobre su estimación, pues el Tribunal sentenciador, por ejemplo, no pierde sus facultades de individualizar la pena en cuantía inferior a la solicitada (sentencias 4 de diciembre 1990, 17 de junio y 30 de septiembre de 1991, 17 de julio de 1992, 11, 23 y 24 de marzo de 1993), teniendo como límite en cuanto a la penalidad no poder imponer pena más grave que la pedida y conformada (STS 27-4-1999, 6-3-2000)".

¹⁴⁶ Así, ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales*, cit., págs. 190 y 191; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad...", cit., págs. 836 y 837; GÓMEZ COLOMER, J., L., *Procesal Penal. Derecho Procesal III*, cit., págs. 406 y ss; GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en...*, cit. págs. 93 a 98.

¹⁴⁷ En cualquier caso, la conformidad con la acusación formulada puede realizarse siempre que la pena conformada no exceda de los seis años de prisión, tanto en el seno del procedimiento de juicio con jurado (art. 50 Ley Orgánica del Tribunal del Jurado), en el procedimiento ordinario (ex artículos 655 y 688 LECrim), en el procedimiento abreviado (art. 787.1 LECrim) y en las diligencias urgentes teniendo en cuenta el límite penológico del art. 801 de la LECrim, cuando se llegue a la conformidad en el Juzgado de Guardia.

apunta a un acto de mera liberalidad del investigado con trascendencia exclusiva sobre el relato fáctico y no sobre la calificación jurídica; siendo además que ese acto de reconocimiento de los hechos, si bien supone en sí mismo un asentimiento, no es más que una forma de acceso al enjuiciamiento rápido y posterior -y eventual- conformidad consensuada.

En lo que hace a la conformidad en el juicio rápido, *ex* artículos 779.1.5ª y 800 de la LECrim, algún sector doctrinal apunta a que esta conformidad -también llamada premiada- encubre la institución procesal conocida en derecho comparado como *probation*, en virtud de la cual el cumplimiento efectivo de la pena, en especial la privativa de libertad, se suplirá por la observancia de cierta clase de obligaciones¹⁴⁸. E Sin embargo, entendemos que, ni de lejos es el caso, en lo que hace a la práctica forense. En los juicios rápidos el Fiscal formula acusación y el Juez dicta Sentencia de conformidad recogiendo la calificación y la conformidad, e, imperativamente, la pena de la calificación ha de ser reducida en un tercio, de modo que la recompensa para el acusado deriva directamente de la ley, sin que dependa del Fiscal¹⁴⁹. Y no hay duda de que este tipo de conformidad es el que más está sirviendo a la descongestión de los Juzgados de Instrucción¹⁵⁰, a lo que, sin embargo, es necesario oponer la absoluta obstrucción que se ha producido -y continúa produciéndose- en la ejecución de las sentencias tan aceleradamente dictadas y ello a pesar de la reforma de la Oficina Judicial. Estamos en condiciones de decir que la dilación se ha trasladado de una fase a otra, por lo que los retrasos en la efectividad de la Justicia continúan, si bien en otra sede.

Refiriéndonos ahora a la denominada “conformidad tardía” y partiendo de la base que a día de hoy, razones de Política Criminal hacen inclinarse al Fiscal hacia una actitud cercana a dicho instituto, la propia FGE manifiesta encontrarse interesada en “favorecer los trámites que puedan propiciar la conformidad del acusado ante la apertura del juicio oral” puesto que “supone el reconocimiento de los hechos, la aceptación del reproche que la pena solicitada implica, facilita la satisfacción de los intereses morales y

¹⁴⁸ CABEZUDO RODRIGUEZ, N., “Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad...”, cit., pág. 837.

¹⁴⁹ Obviamente, una vez se reúnan los requisitos establecidos en los arts. 800 y 801 LECrim, a saber: que la pena privativa de libertad solicitada o la suma de las penas solicitadas una vez reducida en un tercio no supere los dos años de prisión; en caso de multa, sea cual fuere su cuantía; y en penas distintas a las anteriores no excedan de diez años. Además, no debe concurrir acusación particular alguna y el Fiscal ha tenido que solicitar la apertura del juicio oral y haber presentado escrito de calificación.

¹⁵⁰ De hecho, la Memoria de la FGE de 2019, refiere que las conformidades como medio de evitación de los juicios suponen una medida efectiva para procurar la respuesta más inmediata y que, en cierta medida, la cuestión no es ajena a la implantación de unas prácticas de mediación en el ámbito penal. Y recuerda que el régimen de la conformidad prevista en el art. 801 de la LECrim para las diligencias urgentes es un instrumento eficaz de agilización de la justicia y de simplificación del proceso. Y añade: “(...) *Del total de acusaciones presentadas, 130.782 se corresponden con procedimientos de juicios rápidos, lo que supone el 48,79% del total de las acusaciones, cifras más elevadas que las registradas en el año 2017 en relación con estos mismos indicadores. Sin embargo, lo más relevante -desde el punto de vista de la gestión- es que ese número supone el 66,88% sobre el volumen total de diligencias urgentes incoadas. Con ello se evidencia de nuevo que estamos en presencia de un tipo de procedimiento que ofrece unos elevados niveles de eficiencia ya que, además de lo expuesto, hay que señalar que se obtiene un 79% de sentencias de conformidad en el mismo Juzgado de guardia*”.

materiales de la víctima y, también, agiliza la tramitación de las causas y la ejecución de las sentencias”¹⁵¹.

En la conformidad tardía, el acusado busca una pena inferior a la originariamente solicitada a los solos efectos de la suspensión y de evitar el ingreso en prisión. Y efectivamente, sí existe una negociación entre las partes, dentro de los márgenes legalmente establecidos. Esta conformidad posterior a la acusación puede realizarse en el propio escrito de defensa ex artículos 655 y 784.3 de la LECrim, sin embargo, en el día a día, la conformidad se alcanza cinco minutos antes del inicio del juicio oral (arts. 688, 787 LECrim, y art. 50 LOPJ), lo que, únicamente beneficia a los Magistrados de los Juzgados de lo Penal y de las Audiencias Provinciales.

Conforme indica GUIBERT OVEJERO-BECERRA¹⁵², esta modalidad de conformidad tardía es un caso paradigmático de existencia del principio de oportunidad reglada en nuestra legislación procesal. Y destacamos con el profesor GÓMEZ COLOMER¹⁵³ que “Hacemos notar también que la conformidad fue originariamente un instituto pensado para facilitar el enjuiciamiento de la criminalidad mediana y menos grave. Era, por tanto, una forma antigua y propia de entender el principio de oportunidad en el proceso penal, contemplado no desde el punto de vista de la acusación, sino del de la defensa, tendente a favorecer una solución autocompositiva y también a ayudar a aliviar el exceso de trabajo de los órganos jurisdiccionales penales, causa de ineficacia y retraso de la justicia penal”.

2.2.- ¿Conformidad en los delitos leves?

La regulación de la conformidad, tanto en las Diligencias Urgentes como en el Procedimiento Abreviado, parte de la existencia de una fase de instrucción, en la que se

¹⁵¹ Memoria de la FGE, Madrid, 2013, pág. 587, (que parece fuera una copia de lo que se decía en la Circular 1/1989).

¹⁵² GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., quien indica: “El principio de oportunidad en la conformidad tardía opera -sin hallarse expresamente reconocido- concediendo al fiscal -con el fin de premiar el reconocimiento de los hechos como símbolo de arrepentimiento, la resocialización del acusado y la eficacia judicial-, la potestad de hacer uso de la discrecionalidad en cuanto a la determinación de la pena, cuando así lo permita el tipo penal aplicable por contar con penas alternativas y, en todo caso, en cuanto a la extensión de la pena dentro de los límites legales establecidos. Esta disminución en la extensión, duración o cuantía de la pena encuentra su encaje legal en el principio de oportunidad, fundamentándose en factores de interés público en la persecución del delito y, concretamente, en función de criterios de pura política criminal, a saber, evitar la carga de la celebración del juicio y recursos, favoreciendo la agilización temporal de la administración de Justicia y la pretendida reinserción del reo, como consecuencia del reconocimiento del acto antisocial” en *El Ministerio Fiscal en el...* cit., pág. 97. En el mismo sentido, si bien refiriéndose a la conformidad en general, BARONA VILAR, S., sostiene que: “Desde siempre la conformidad se ha venido encuadrando como una manifestación del principio dispositivo en el proceso penal y, en consecuencia, como una clara excepción al principio de oficialidad que informa al mismo. De ahí que cuando las diversas manifestaciones de la conformidad no tengan una unidad de conjunto, por su diversa naturaleza, sus efectos, su vinculación subjetiva..., hay que arrancar en todo caso, de los principios dispositivo y de oportunidad” en *La conformidad en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 222.

¹⁵³ GÓMEZ COLOMER, J. L., “Soluciones alternativas al proceso penal: reforma ante el fracaso de la justicia” en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Madrid, 2002, pág. 138.

produce esa conformidad que, a su vez, conlleva el fin de las diligencias y el inmediato dictado de la sentencia.

Pero a diferencia de lo que ocurre en los dos procedimientos señalados, en los delitos leves, o se sobreesee, o se celebra inmediatamente el juicio, sin instrucción. Al igual que ocurría con las faltas, en los delitos leves no existe trámite de instrucción y así lo establecía -y establece- el art. 798 de la LECrim, cuando dice que si el Juez considera que los hechos son constitutivos de delito leve habrá de declararlo así con la consiguiente transformación de procedimiento. Si bien, como señala SANTOS MARTÍNEZ¹⁵⁴ “(...) el propio TC afirma que no toda intervención del Juez antes del juicio oral tiene carácter instructor y aun en el caso de que formalmente pudiera tener dicha consideración, ello no implica *per se* que se comprometa su imparcialidad objetiva. (...) es posible determinar algunos supuestos en los que la actividad desarrollada por el Juez no afecta a su imparcialidad. Así, los actos meramente preparatorios no tienen virtualidad suficiente para comprometer la toma de decisiones del Juez. (...) como establece el ATC 137/1996, de 28 de mayo, además de los preparatorios, no comprometen su imparcialidad la aportación de certificaciones penales, la acreditación de la sanidad del lesionado mediante la valoración del parte médico forense, la tasación de los daños, ni tampoco el interrogatorio de testigos cuando estuviera dirigido a la determinación de las circunstancias relacionadas con el hecho investigado”.

El problema de la conformidad en los delitos leves se ha planteado con las nuevas penas establecidas tras la reforma por LO 1/2015, en algunos supuestos muy similares a las de los delitos menos graves y no llegamos a comprender por qué antes sí cabía la conformidad privilegiada para dichas penas y ahora no. Además, la cuestión es fundamental por cuanto que entendemos, puede provocar la vulneración del principio de igualdad¹⁵⁵

Tampoco consideramos razonable que no se haya aprovechado la reforma procesal penal para introducir el instituto de la conformidad en los juicios por delitos leves, lo que, en la práctica, obliga a celebrar dichos juicios aun en supuestos en los que el denunciado y su Letrado manifiestan su intención de reconocer los hechos y obtener así una mejora, viendo su pena rebajada. Y también obliga -sobre todo en hurtos y defraudaciones, por su frecuencia- y deriva a/en conformidades encubiertas, pero sin la ventaja de omitir el juicio, ya que necesariamente ha de oírse al denunciante, antes de que el denunciado pueda reconocer los hechos, habiendo, además, de dictarse sentencia analizando la prueba practicada, sentencia que, a su vez, conlleva la posibilidad de recurso. Obviamente, entendemos sería mucho más fácil, además de eficaz, regular al efecto una conformidad simple que, partiendo del reconocimiento de los hechos por el denunciado, permitiera al Fiscal solicitar oralmente, sin más condiciones, la pena pactada, dictándose inmediatamente una sentencia de conformidad *in voce*, pudiendo declararse su firmeza en el momento, a la vez que iniciar también su ejecución.

¹⁵⁴ SANTOS MARTÍNEZ, A. M., “La instrucción de los delitos leves” en *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales*, (AAVV, coord. FUENTES SORIANO, O.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 566 y 567.

¹⁵⁵ Así lo señalaba la Fiscalía Provincial de Albacete y quedaba recogido en la Memoria de la FGE 2016, pág. 807.

Precisamente, la Fiscalía General del Estado, con fecha 28 de octubre de 2019, publicó una Comunicación¹⁵⁶ en la que, tras señalar los antecedentes, destacar algunas notas y estudiar la posibilidad de la aplicación analógica de la conformidad premial de los artículos 801 y 787 LECrim, concluye que no es posible su aplicación a los delitos leves al considerar que no cabe su extensión analógica¹⁵⁷ por tener su propia regulación legal en la que no se incluye el beneficio y por no existir en este tipo de delitos una fase de instrucción.

Otra oportunidad perdida o, en realidad, nunca pretendida. Y así debe ser, cuando la propia ALECRim 2020, tampoco introduce en el texto la conformidad en los delitos leves¹⁵⁸.

¹⁵⁶ En aplicación del art. 25 del EOMF y dirigida a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

¹⁵⁷ Se señala al respecto que (...) *siendo cierto que en las últimas décadas se ha potenciado el instituto de la conformidad, no lo es menos que no se introdujo como principio general, sino en atención a las características de cada proceso (...) Ello tiene importantes consecuencias, puesto que para las infracciones más graves (procedimiento ordinario) y para las leves (actual procedimiento para delitos leves) la regulación ha permanecido inalterada en la LECrim en lo que concierne a este punto. (...) Los principios generales siguen siendo los de legalidad, búsqueda de la verdad material e indisponibilidad del objeto del proceso y no cabe convertir en regla lo que se ha establecido como excepción (...)* Y recordando que el art. 4 CP consagra el principio de legalidad y excluye tanto la analogía *in mala partem* como *in bona partem*, continúa que *“otro tanto podemos señalar de la denominada conformidad encubierta, que se define como *el caso en que las partes estén conformes con los hechos y con la pena de determinados supuestos en los que, in embargo, no es posible la conformidad por no darse los presupuestos que constituyen el ámbito de la misma* (STS nº 1328/2011, de 12 de diciembre). El acuerdo entre las partes se traduce en la práctica en la celebración del juicio, que se reduce exclusivamente a una única pregunta al acusado, en que se reconoce autor de los hechos, a la ratificación del testigo más importante y consiguiente renuncia al resto de las pruebas y a la sustitución de las conclusiones provisionales para fijar unas definitivas según lo previamente acordado entre las partes. Como afirma el TS *no es técnicamente un supuesto de conformidad sino un juicio oral común con la prueba exclusiva de la confesión del imputado y una mera ratificación de algún testigo* (...) Afirma el TS: *En cualquier caso, el principio de legalidad procesal no puede ser soslayado, máxime en una materia que puede fácilmente generar indefensión. La conformidad no puede ser clandestina o fraudulenta, encubierta tras un supuesto juicio, puramente ficticio, vacío de contenido y que solo pretende eludir las limitaciones legales. Ha de ser transparente y legal, porque con independencia del criterio más o menos favorable que se sostenga respecto de los beneficios que puede portar el principio de consenso aplicado al proceso penal, este objetivo no puede obtenerse a través de procedimientos imaginativos o voluntaristas, sino que exige en todo caso el estricto respeto de los cauces y limitaciones legales (STS nº 2917/2016, de 7 de abril). (...) En el caso de los delitos leves, además, ya está previsto por el legislador una tramitación especial del procedimiento para los casos en los que concurren presupuestos análogos a los que dan lugar a los juicios rápidos, sin que se haya previsto para la misma una consecuencia premial privilegiada (arts. 962 y 963 LECrim). En consecuencia, la aplicación a los delitos leves de la tramitación procesal de la conformidad que establece el art. 801 LECrim, supondría, no una aplicación analógica de la norma -prevista para los supuestos de ausencia de regulación de un caso concreto- sino su aplicación extensiva, vedada por el ordenamiento jurídico”*.

¹⁵⁸ Dice así el Informe del Consejo Fiscal de 7 de julio 2021 al texto del ALECRim 2020 que: *“(...) merece una valoración negativa al no resultar lógico ni razonable que el prelegislador no haya aprovechado la reforma para introducir otras vías alternativas, tales como la conformidad en los juicios por delitos leves, en los supuestos de reconocimiento de los hechos por parte del sujeto pasivo. (...) Dado el modelo procesal proyectado en el que el/la fiscal tiene el dominio de la investigación y conocimiento exacto de los hechos sobre los que versa, resultaría*

2.3.- La conformidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, en la propuesta de Código Procesal Penal de 2013 y en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

Como ya venimos apuntando, la conformidad del acusado constituye la expresión máxima de las políticas legislativas dirigidas a simplificar el proceso, acelerando sus trámites y favoreciendo los acuerdos entre la acusación y la defensa y evitando el coste del enjuiciamiento oral y público, lo que ha derivado en el nacimiento de una importante cultura negocial en el proceso penal que se completa, además, con el ejercicio encubierto de la oportunidad¹⁵⁹.

En la práctica forense actual, la sentencia de conformidad es el resultado de una negociación en la que la igualdad entre las partes no se encuentra realmente garantizada, por lo que en un modelo reformado habría de darse a esta institución una carta de naturaleza en la que se definieran sus funciones y se asegurara su legitimidad, lo que implicaría salvaguardar tanto los derechos de la defensa como el de la víctima a la reparación del daño. Y ello a fin de que el proceso penal cumpla su función como instrumento de pacificación social, a lo que ambos textos legislativos dirigen sus correspondientes versiones.

Consideramos que la mayor innovación respecto a la conformidad se encontraba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (ALECrim 2011), cuando la conectaba con el principio de oportunidad, imponiendo, además, un estricto control judicial a cargo de un Juez diferente, quien también ostenta la atribución de homologar el acuerdo alcanzado entre las partes.

Dicha homologación, dejaba de ser un mero trámite formal como viene a ser en la actualidad, ya que establecía un control férreo que obligaba al Juez a comprobar la existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales a la mera confesión (art. 145.3 ALECrim 2011), asegurándose de que el acusado prestaba la conformidad después de haber recibido un adecuado asesoramiento técnico que, en caso de penas graves, obligaba al defensor a facilitarle por escrito información detallada del acuerdo (art. 139.2 ALECrim 2011).

Por otro lado, y desde la perspectiva de la protección de los derechos de la víctima, se autorizaba al Juez de la conformidad a rechazarla si su derecho a obtener una adecuada reparación del daño, no estaba suficientemente garantizada (art. 145.2 ALECrim 2011).

Además, la conformidad quedaba excluida en los supuestos de inimputabilidad y, en ningún caso, la misma podía equivaler al reconocimiento de los hechos ni tampoco su

relativamente fácil que formulase un decreto de propuesta de pena atenuada, que el juez posteriormente homologue y recabe la conformidad en comparecencia. Por otra parte, supondría un importante estímulo a la conformidad, en la medida en que se establecería una rebaja de la pena si el sujeto pasivo aceptara el decreto del fiscal”.

¹⁵⁹ LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “El proceso penal como sistema de garantías (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso” en *Diario La Ley*, núm. 8121, 8 de julio de 2013, pág. 7.

contenido, llegar a acceder al juicio oral en caso de que el acuerdo no fuera finalmente homologado (arts. 138.3 y 145.2 ALECRim 2011).

El posterior Borrador de Código Procesal Penal¹⁶⁰, podría decirse que regulaba la conformidad de forma más procedimental, si bien, contenía también un buen elenco de novedades. Así, el Juez se encontraba obligado a rechazar el acuerdo cuando albergara dudas sobre la voluntariedad del consentimiento prestado por el acusado (art. 108 BCPP); no cabía conformidad cuando por razón de enfermedad, coacción o amenaza, el acusado no se encontrara en condiciones de prestar consentimiento válido (art. 105.2 BCPP); el Juez se encontraba facultado para imponer pena inferior si así fuera la que correspondía o dictar sentencia absolutoria si considerara que el hecho no era típico (art. 108.3 BCPP).

Por su parte, AGUILERA MORALES¹⁶¹ -quien realizara un exhaustivo estudio del instituto- señalaba que, en el Borrador de Código Procesal Penal una primera novedad estribaba en dar cobertura legal a una práctica que, aunque habitual entre los operadores jurídicos en el ámbito penal, no tenía más respaldo formal que algunos instrumentos sin valor normativo alguno¹⁶².

Además, la misma autora, indicaba la incorrección de establecer -por lo peligroso que habría de resultar- un *quasi* ilimitado ámbito de penalidad. Sin embargo, y en contra de lo que dicha autora sostiene, habría de entenderse que para el acceso a la conformidad no han de establecerse necesariamente límites concretos de penalidad -¿qué diferencia existe entre una conformidad en seis años o en una conformidad en nueve, en términos de estricta técnica?- sino unas condiciones objetivas concretas de su aplicación al efecto de evitar, no ya su generalización, sino su abuso¹⁶³.

¹⁶⁰ Que fue publicado, en el sentido literal del término, en 2013, pero no llegó ni siquiera al punto de partida del proceso prelegislativo, ya que el mismo Ministerio de Justicia que había encargado su redacción no lo asumió como Anteproyecto.

¹⁶¹ AGUILERA MORALES, M., “La conformidad en la propuesta de Código procesal penal” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, (AAVV, dir. MORENO CATENA, V. coords. RUIZ LÓPEZ C. y LÓPEZ JIMÉNEZ, R.), págs. 849 a 870. Siendo también excelente el estudio realizado por FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., sobre la conformidad en “La conformidad en el borrador del Código Procesal Penal” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, (AAVV, dir. MORENO CATENA, V., coords. RUIZ LÓPEZ, C. y LÓPEZ JIMÉNEZ, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 871 a 889.

¹⁶² Refiriéndose tanto a las Circulares 1/1989 tras la reforma de la LECrim por LO 7/1988; 1/2003, tras la reforma de la LECrim por Ley 38/2002 y LO 8/2002, e Instrucción 1/2003 de la FGE, como al “Protocolo de actuación para juicios de conformidad”, suscrito el 1 de abril de 2009 entre la FGE y el Consejo General de la Abogacía Española, y que se realizó con la finalidad de agilizar la finalización del proceso penal por vía de fomentar los pactos entre Fiscales y Letrados de las partes personadas y para potenciar la eficacia de la conformidad procurando que los acuerdos se alcancen antes del juicio oral. Se contempla en dicho Protocolo la necesidad de que, tras el acuerdo, la Fiscalía ponga en conocimiento la existencia de dicho acuerdo al juez o tribunal sentenciador, a fin de que se señale el juicio sin citación de testigos y peritos y sin llevar a cabo cualquier otra actividad que suponga preparación de la prueba. La propia FGE en la Instrucción 2/2009, sobre aplicación del referido Protocolo señala que se trata de reducir la carga de trabajo de los órganos de enjuiciamiento y de evitar molestias y pérdidas de tiempo a los ciudadanos que se ven involuntariamente implicados en el proceso penal.

¹⁶³ En cualquier caso, habrá de evitarse el desconcierto -o falta de criterio unitario- que en la

Por su parte, en el reciente Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020¹⁶⁴, la conformidad viene a regularse en el título IV de su Libro I como una de *las formas especiales de terminación del proceso penal*, -en concreto en los artículos 164 a 173 y además en las remisiones que realiza entre otros, en los artículos 23.2, 72.3, 80, 85, 183 y 132- y lo hace, junto a la finalización por razones de oportunidad y la justicia restaurativa.

Como señala ORTEGA CALDERÓN¹⁶⁵, la especialidad debe predicarse del hecho de que,“(...) siendo una sentencia de condena, la misma no deriva de un juicio contradictorio sino de una renuncia consensuada por las partes y homologada por un juez distinto al del enjuiciamiento”¹⁶⁶. Si bien también cabría interpretar que se trata de una

actualidad se produce con el límite objetivo de penalidad, siendo que el mismo depende de la concreta conjunción entre Fiscalía y Tribunal concretos. No se nos escapa que dicho desconcierto deriva del hecho de que, en la LECrim, la conformidad aparece limitada a delitos con pena inferior a los seis años y de que, sin embargo, en la LO 7/1998 no hace referencia alguna al límite y naturaleza de la pena de conformada. De ahí que un sector doctrinal entre los que se encuentra ORTELLS RAMOS, M., escribiera que consideraba “la desaparición del límite de pena de prisión menor como condicionante del trámite de conformidad. Una lectura sin prejuicios de los nuevos arts. 791.3 y 793 LECrim (actuales art. 784.3 y 787) revela claramente que ese requisito de admisibilidad no existe y que, por tanto, el trámite de conformidad debe realizarse en todo el proceso abreviado, cualquiera que se la pena pedida” en *El proceso penal abreviado. Nueve estudios*, Granada, 1997, pág. 13. En el mismo sentido, la FGE en la Circular 1/1989 señalaba que “en este procedimiento abreviado no se dan *los límites que para la conformidad establece el artículo 655. Aunque el hecho de una conformidad con penas que excedan de los límites de la regla general del artículo 655 puede resultar chocante, es evidente que debe prevalecer la especialidad del procedimiento (...) y se infiere claramente que también ante el Tribunal de la Audiencia Provincial y en el caso que la acusación se produzca por delitos de su competencia, castigados con penas que sobrepasen los seis años, se puede producir la conformidad (...)”*. En **contra** y señalando el límite de punibilidad en el establecido en el art. 655 LECrim, BARONA VILAR, S., quien, además, se apoya al efecto en el derecho comparado, en *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 299 y 300. Pero a lo hasta ahora dicho, hemos de añadir que la entrada en vigor de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, supuso complicar aún más la situación, ya que en el art. 33 se establecía un nuevo catálogo de penas: graves, menos graves y leves, lo que volvió a crear nuevas dudas y opiniones sobre los límites de penalidad, siendo que, por ejemplo, AGUILERA MORALES, E., mantenga que “la expresión pena correccional equivale, a tenor de lo establecido en la Disposición transitoria undécima del nuevo Código Penal, a pena no más grave que la pena de tres años. Por consiguiente, quedan excluidas del ámbito objetivo de la conformidad las penas que, comportando privación de libertad, suponen aquél límite” en *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedesc, Barcelona, 1998, pág. 95.

¹⁶⁴ El fundamento de la nueva regulación de la conformidad se relata en el punto XXV de la Exposición de Motivos, asociándola al principio de oportunidad, pero con incorporación de límites legales y lejos de considerarla como una especie de discrecionalidad técnica en la interpretación -y cuantificación penológica- de la aplicación de la norma penal involucrada. Y se regula de este modo, para satisfacer fines de política criminal entre los que se encuentran motivos procesales y de pendencia.

¹⁶⁵ Vid. ORTEGA CALDERÓN, J. I., “La conformidad en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (I), *elderecho.com*, 19-01 (2021).

¹⁶⁶ Parece como si la STS 327/2020, de 18 de junio, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel) se anticipara -¿doliéndose?- a lo que pudiera estar por venir cuando señalaba que “(...) *es lógico pues el recelo hacia una forma de administrar justicia que se rinde ante exigencias pragmáticas y que entroniza el principio de consenso, desplazando otras ideas clave como el principio de contradicción, con la consiguiente estructura dialogal del proceso penal, y la necesidad de que*

terminación normal del procedimiento por cuanto que se hace por sentencia firme de condena. No obstante, la especialidad hay que buscarla en otros aspectos.

Los indicados aspectos son varios. Por un lado, nos encontramos con el hecho de que operaría como una especie de incidente procesal, separándose en su sustanciación del desarrollo normal del proceso, pero sin suspender los autos principales. Pero, además, la conformidad se plasmaría en un escrito similar al de acusación *ex art.* 605 del Anteproyecto 2020, pero que se realizaría de forma conjunta y firmaría por todas las partes, siendo que el mismo estaría sujeto a un control tanto de subsunción jurídica como de pena y habría de ser resuelto por el Juez de conformidad, que se integraría en la Sección de Enjuiciamiento pero que sería distinto a éste.

Finalmente, conforme a la reforma, encontraríamos otra especialidad en el hecho de que esta especie de incidente concluiría mediante una sentencia de condena firme que, en principio, no admitiría recurso; siendo que dicha condena -previamente consensuada- podría conllevar -y llegar- hasta la pena inferior en un grado de la legalmente prevista posibilita y supondría, obviamente, la homologación judicial de la solución consensuada propuesta.

Habremos de ir concluyendo concretando las novedades que, a nuestro entender, se producirían en la conformidad, una vez entrara en vigor el repetido Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020. A saber: a) la desaparición de límites penológicos, con exclusión, en cualquier caso de los delitos objeto del Tribunal del Jurado; b) la ampliación de la reducción de la pena, aunque se suprima su obligatoriedad como incentivo de la conformidad; c) de alguna manera, la preclusión del momento procesal en el sentido de excluir, en todo caso, soluciones consensuadas en el acto del juicio oral; d) la separación competencial respecto del Juez de enjuiciamiento, ya que la homologación se realizaría por el Juez de conformidad¹⁶⁷; e) el robustecimiento del control judicial de la conformidad, tanto en cuanto al consentimiento como en relación a los requisitos procesales y legales; f) la ruptura, de algún modo, con los que el Anteproyecto denomina “procedimientos urgentes”; y g) la ruptura con el inicio de la fase de ejecución.

Mientras tanto, y conforme se dice en el Apartado III de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del servicio público de Justicia de diciembre 2020, -teniendo en cuenta la *vacatio legis* establecida en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020- “(...) la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se modifica solo en cuestiones puntuales que permitan ordenar los procedimientos existentes para fomentar su agilización, hasta tanto se elabore y entre en vigor una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que diseñe un procedimiento penal del siglo XXI. (...) Se modifica también lo dispuesto en los artículos 785, 786, 787 y 802, regulándose una audiencia a la que se citará únicamente al Ministerio Fiscal y a las partes,

el reproche penal sea el resultado de una aplicación probatoria verificada por un órgano que ha de valorar los elementos de cargo y descargo ofrecidos por las partes”.

¹⁶⁷ En el Anteproyecto, se distingue entre *Jueces de Garantía*, que se ocuparían en esencia a tutelar los derechos de los investigados; *Jueces de la Audiencia Preliminar* que decidirían sobre la apertura o no del juicio oral, la licitud o no de las pruebas y la admisión de la prueba; *Juez o Tribunal de Enjuiciamiento* dedicado a juzgar y a dictar sentencia, incluyéndose en este rango, pero con absoluta diferenciación entre ellos, el *Juez de conformidad*; y, finalmente, el *Juez de Ejecución*.

así como a los acusados.¹⁶⁸ Esta audiencia tendrá por finalidad no sólo la admisión de pruebas, sino también una posible conformidad (...) así como la depuración de aquellas cuestiones que pudieran suponer la suspensión de la celebración del juicio oral y un nuevo señalamiento o la posible nulidad de pruebas por vulneración de derechos fundamentales, sin necesidad de esperar a su resolución en sentencia tras la celebración del juicio oral (...) Para facilitar la conformidad en el procedimiento abreviado cuyo enjuiciamiento corresponde a la Audiencia Provincial como en el procedimiento ordinario, se suprime el límite penológico de seis años, sin necesidad de celebrar el juicio oral, por lo que se modifica lo dispuesto en los artículos 655, 688 y 787¹⁶⁹.

De este modo, se apuesta por una especie de conformidad anticipada, basada en la preceptiva celebración de una audiencia preliminar -o comparecencia- de carácter obligatorio antes de la Plenaria, medida que, en concreto en la Audiencia Provincial de Gipuzkoa y en varios de los Juzgados de lo Penal de San Sebastián viene llevándose a cabo hace ya varios años.

Se trata, sencillamente, de evitar toda la pérdida de tiempo y esfuerzo que conlleva el llegar a un acuerdo o conformidad en los minutos anteriores a la celebración del Juicio Oral.

Señalaremos igualmente que el Juez fiscalizará la conformidad en lo referido tanto a la calificación de los hechos como a la propia pena conformada, siendo también que el mismo -el Juez- no queda vinculado con las conformidades sobre adopción de medidas de seguridad de los arts. 101 a 104 CP.

Realmente novedosa resulta la regulación de la posibilidad de conformidad parcial en juicios con más de un acusado¹⁷⁰. Y en este sentido, señala al respecto MAGRO SERVET¹⁷¹ que “No tenía sentido que si algunos letrados habían llegado a un pacto de con-

¹⁶⁸ ¿Desde cuándo los acusados no son parte en el proceso penal?

¹⁶⁹ El subrayado es nuestro.

¹⁷⁰ Si bien la Sala Segunda del Tribunal Supremo ya se ha venido pronunciando a favor de la conformidad parcial en las SSTs 280/2020, de 4 de junio, (Ponente: del Moral García, Antonio) y 287/2020, de 4 de junio, (Ponente: Martínez Arrieta, Andrés), en las que se viene a concluir, siguiendo a MAGRO SERVET que: **a)** En el caso de que intentada la conformidad anticipada antes del día del juicio unos acusados se conformen y otros no, no será posible excluir del juicio a los que se conformen, ya que éstos deberán acudir al juicio y conformarse en sede de juicio oral, no siendo válido una conformidad anticipada en la oficina judicial, sino que en este caso deberá producirse el día del Juicio Oral; **b)** La conformidad debe prestarse en juicio oral en juicios con varios acusados cuando no todos deseen conformarse con la más grave de las acusaciones; **c)** En estos casos el Tribunal no puede dictar sentencia de conformidad respecto a los que se conforman en ese acto, sino que el juicio debe seguir adelante y celebrarse. Si bien en la sentencia se reflejaran los hechos y la pena aceptada por los que han optado por conformarse; **d)** En estos casos se ordenará la continuación del juicio, no pudiendo marcharse los acusados que se han conformado ya que el Juez o el Presidente del Tribunal deberán dar opción a las defensas de los acusados que no se hayan conformado; **e)** Los acusados que se han conformado podrán, obviamente, negarse a las preguntas que se les formulen; y **f)** Una vez realizado el trámite anterior, podrán interesar las defensas de los conformados abandonar la Sala, pudiendo concederse este derecho por el Tribunal, aunque debiendo comparecer el último día para el ejercicio del derecho de última palabra, por cuanto que el juicio había continuado hasta su finalización por todos y cada uno de los trámites pendientes.

¹⁷¹ MAGRO SERVET, V., “Ante la nueva conformidad penal en el texto de la Ley de medidas de eficiencia procesal” en *Diario La Ley* núm. 9799, Sección Plan de Choque de la

formidad con la fiscalía no pudieran conformarse por la circunstancia de que otros letrados de coimputados en el proceso penal no quisieron aceptar esa conformidad respecto de ellos y quisieran someterse al juicio oral. Esta imposibilidad que hasta ahora se estaba llevando a cabo en algunos procedimientos judiciales era absolutamente injusta y perjudicial del derecho de defensa, ya que este derecho no puede estar hipotecado por la forma en que el mismo puede ejercerse por aquellos que no quieren conformarse”. Postura que, respetuosamente, no compartimos, por cuanto el mismo derecho a la defensa tienen todos, los que quieren conformarse y los que no, sin que, de ninguna manera -y menos *prima facie*- pueda tildarse la negativa a la conformidad de forma frívola del ejercicio de sus derechos.

Finalizaremos este apartado señalando que, en el mencionado texto, se permite la conformidad parcial en la propia comparecencia o audiencia previa, siendo que los que se hayan conformados no habrán de volver a comparecer a juicio, continuándose exclusivamente para -y con- aquéllos que no hubieran llegado a un acuerdo con el Fiscal. Sin embargo, nada se dice sobre si los conformados podrán ser llamados a Juicio para ser interrogados en calidad de testigos, lo que nos hace pensar que, con toda probabilidad, habremos de remitirnos a los casos en los que se juzga a rebeldes tras haberse enjuiciado -y sentenciado- al resto de acusados. Y ello, con los “peligros” que se derivan para los mismos ya que no concurre en los acusados la obligación de declarar y sí en los testigos que, además están obligados a decir la verdad.

3.-La descriminalización de conductas

Además de la instauración del principio de oportunidad y de otros mecanismos, cabe acudir -como ya se ha hecho en nuestro sistema- a la despenalización de conductas, previamente consideradas como merecedoras de sanción, redirigiéndolas a los ilícitos civiles o administrativos.

La derogación de algunas conductas tipificadas como faltas hasta la entrada en vigor de la reforma del CP de 2015 y su conversión en infracciones administrativas, cambiando, por tanto, su naturaleza jurídica, nos dirige a la controvertida cuestión sobre la existencia -o inexistencia- de diferencias tanto materiales como formales entre las sanciones administrativas y las penales. Y siendo que las posiciones doctrinales son muchas y muy dispares, pero escapan del objeto de este trabajo, indicaremos exclusivamente una idea general al respecto.

Consideramos incontestable la existencia de diferencias formales entre los dos tipos de sanciones, en función de quien ostenta la potestad sancionadora -tribunales penales o Administración Pública- por lo que la doctrina ha venido a concretar su disparidad de criterios en las cuestiones de carácter material, distinguiendo a su vez -y además- la existencia de cuestiones cuantitativas y/o cualitativas¹⁷².

Justicia / Tribuna, 25 febrero, 2021.

¹⁷² Al respecto, *vid.* GARCÍA ALBERO, R., “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos” en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, (AAVV, coords. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2001, págs. 295 a 400. También, y entre otros, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador” en *Revista de Administración Pública*, núm. 195, 2004, págs. 135 a 137; QUINTERO OLIVARES,

Al hilo de lo anterior, el propio Consejo de Estado ha puesto de manifiesto que la despenalización de las faltas y su transformación en infracciones administrativas afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, al sustituirse la intervención de un juez imparcial por la potestad sancionadora de la administración, regida por el principio de autotutela; y en caso de recurso, por el no menos importante de *solve e repete*, lo que, indefectiblemente empeora aún más la situación del ciudadano implicado.

La transformación de las faltas penales en infracciones administrativas también ha de considerarse desde la perspectiva de su relación con el principio de proporcionalidad de las sanciones, ya que las multas en sede administrativa no están sometidas al criterio de la capacidad económica del infractor¹⁷³. A lo que hemos de añadir que la derogación de las faltas y su mutación en infracciones administrativas provoca que la cuantía de la multa sea superior a la que tenía prevista como falta. Y no menos importante, resulta el hecho de que, en vía administrativa, no existen alternativas al cumplimiento del pago de la multa, lo que genera una tremenda sensación de impunidad¹⁷⁴.

Sentado lo anterior, regresamos al propósito de nuestro estudio. Y así, la anteriormente mencionada Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa núm. (87) 18 de 17 de septiembre, ya proponía como medida de simplificación del proceso penal, la descriminalización de conductas, fundamentalmente, en casos de concurrencia sobre todo cuando concurren sobre un mismo hecho, sanciones penales y administrativas, fundamentalmente en infracciones de tráfico, derecho fiscal o derecho aduanero¹⁷⁵.

En nuestro ordenamiento, se produjo una importante despenalización de conductas en la reforma del Código Penal introducida por LO 3/1989, de 21 de junio, en materia de faltas contra el orden público, contra la propiedad o contra los intereses generales¹⁷⁶.

G, “La autotutela. Los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del derecho penal” en *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 1991, pág. 258; CID MOLINÉ, J., “Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas” en *Revista de Administración Pública* núm. 140, 1996, págs. 131 a 172; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *La expansión del Derecho Penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF, Montevideo, 2006, págs. 137 y ss.

¹⁷³ Aunque el mencionado principio sí se aplica en el sentido de agravar o atenuar la sanción en atención a las circunstancias concretas del hecho.

¹⁷⁴ Vid. FARALDO CABANA, P., “La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa” en *Indret* núm. 3, 2014, págs. 15 y 22.

¹⁷⁵ Así, la citada Recomendación decía que “conferir la represión de estos asuntos a la Administración presenta ventajas evidentes, tanto para el sistema judicial -que descargado de ellos puede dedicarse al tratamiento de las infracciones graves- como para los justiciables, ya que los procedimientos administrativos son frecuentemente más rápidos, poco formales y menos estigmatizantes que los procedimientos penales”.

¹⁷⁶ PEDRAZ PENALVA, E., sostiene con gran precisión que es necesario distinguir entre despenalización y desjudicialización y entiende, en sentido estricto como despenalización “el traslado, en general, del ámbito penal al administrativo sancionador de determinadas conductas” o también “la prescripción normativa penal material previsor de ‘despenalización’ sin más, de singulares conductas cuando concurren específicas circunstancias”. Por desjudicialización, se comprendería a “determinadas conductas incluidas en los códigos penales, aunque sean calificadas como de bagatela o de mínima importancia” que “no llegan a ser enjuiciadas”, lo que incluye la hipótesis de la aplicación del principio de oportunidad reglada en relación a determinados delitos. “Gráficamente podría concretarse lo dicho en que la despenalización ha de

Y en la misma dirección, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, ha procedido a la supresión de varias faltas, entendiendo el legislador que su escasa gravedad las hacía innecesarias de la intervención del Derecho Penal. De este modo, desde el Preámbulo se señala que su supresión, y la regulación de los nuevos delitos leves, persiguen, respetando el principio de intervención mínima, aliviar la sobrecarga de trabajo de los juzgados¹⁷⁷; siendo que como líneas maestras de la reforma, además de la despenalización de algunas infracciones, hay que destacar el incremento de delito leves -antes faltas- cuya perseguibilidad se somete a denuncia previa del perjudicado.

Ciertamente, nos parece importante recordar que las faltas datan de 1848, y que, su desaparición podría suponer una auténtica dificultad – a la vez que desorientación- para el ciudadano medio, que tradicionalmente acudía a la Justicia Penal a través del juicio de faltas- para solucionar un buen número de conflictos de escasa entidad social y de relaciones -sobre todo de vecindad- incómodas. Y como otro -¿inconveniente?- de su supresión podría añadirse la desaparición de la necesidad de los Juzgados de Paz que, por su verdadera cercanía con el ciudadano, constituyen un elemento importante para el respeto a la Justicia.

De las cuarenta faltas que tipificaba el Código Penal de 1995 en su Libro Tercero, doce han sido despenalizadas. De esas doce, cuatro se han incorporado a la Ley de Ordenación de Seguridad Ciudadana¹⁷⁸ y, por tanto, han sido ocho las que han quedado

producirse normativamente en tanto que la desjudicialización tiene lugar simplemente por mor de su no acceso a la Justicia”, *vid. Derecho Procesal penal. Principios de Derecho Procesal*, T. I., Cóllex, Madrid, 2000 págs. 175 y 176. A su vez, RUIZ VADILLO, E., distinguía de la siguiente manera: “el movimiento descriminalizador (esto es, destipificar o privar de carácter delictivo a ciertos hechos) o despenalizar (reducir la extensión de las penas o degradarlas), e incluso con la llamada desjudicialización o desjurisdiccionalización, esto es, sustituir los Tribunales de Justicia, clásicos y tradicionales, en cuanto únicos competentes para conocer a través de un proceso en relación a un hecho presuntivamente constitutivo de infracción penal por otro u otros sistemas de enjuiciamiento y sanción”, *Vid. “El futuro inmediato del Derecho Penal. Las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración” en Poder Judicial*, núm. 7, 1987, págs. 27 y 31.

¹⁷⁷ Ya en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal presentado por el Fiscal General del Estado el 29 de enero de 2014, el apartado referido a los juicios de faltas lo encabezaba el epígrafe “los juicios de faltas ¿gestión eficiente de recursos?”. En ese apartado se dejaba constancia de que el número de señalamientos por faltas a los que asistía el Fiscal casi duplicaba el número de señalamientos a los que asistía por delito y se consideraba que se estaban empleando demasiados recursos en infracciones de escasa trascendencia. Y también el informe del Consejo Fiscal de 8 de marzo de 2013, sobre el Anteproyecto de reforma del Código Penal propugnaba la supresión de las infracciones penales leves recogidas en el Libro III del Código Penal, postulándose la transformación de algunas de ellas en delitos menos graves, en concreto, aquellas que afectaran a bienes jurídicos primarios como la integridad física, o tuvieran una incidencia directa en el concepto de seguridad ciudadana, como son las infracciones patrimoniales. Se consideró que estas infracciones podían ser enjuiciadas a través del juicio rápido, y el resto de infracciones -una vez despenalizadas- podrían tener respuesta adecuada en los ámbitos civil o administrativo.

¹⁷⁸ En esta Ley se contempla que la policía sólo tiene atribuciones de denuncia, siendo los Delegados y Subdelegados de Gobierno las autoridades con capacidad sancionadora administrativa. En los procedimientos hay un instructor, además de una fase de alegaciones, un recurso de alzada con posterior apertura de la vía de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y un recurso de protección de Derechos Fundamentales. También señalar que las sanciones – pecuniarias- son muy superiores a las que se establecían en el Código Penal por las mismas

extramuros del Código Penal, siendo éstas -básicamente- las lesiones, el homicidio por imprudencia leve, los incumplimientos de obligaciones familiares y las injurias de carácter leve. Estas conductas son ahora objeto de enjuiciamiento en sede civil, a través de la responsabilidad extracontractual recogida en el artículo 1902 del Código Civil, salvo en el caso de incumplimiento de obligaciones familiares que -también en vía civil- se ventilará en la correspondiente ejecución de sentencia.

A la vista de los resultados que se han derivado de las reformas mencionadas, entendemos que la despenalización sigue sin suponer una verdadera descarga de los Juzgados, como se desprende de las Memorias de la FGE de 2016 a 2019, en las que se recogen valoraciones muy variadas de las distintas Fiscalías Provinciales¹⁷⁹. Y, por lo que fuere, la situación sigue pareciéndose a épocas anteriores.

4.- Reducción de la fase de instrucción

4.1.- Introducción

La misma Recomendación (1987) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la simplificación de la justicia penal se refería a la reducción de la fase instructora como mecanismo de agilización señalando que “la instrucción realizada por una autoridad judicial con carácter previo al enjuiciamiento de la causa constituye, cuando existe, una garantía para los justiciables, pero no debiera tener carácter general u obligatorio. La instrucción previa debiera limitarse a los casos en que parezca útil para el conocimiento del caso y para el subsiguiente establecimiento de la culpabilidad o de la inocencia de los sospechosos. La conveniencia de la instrucción previa debiera ser apreciada por la autoridad judicial, teniendo en cuenta los resultados de la investigación policial, la gravedad y complejidad del asunto y el reconocimiento o el no reconocimiento de los hechos por el inculpado”, añadiendo que “(...) al prescindirse en todo o en parte de la instrucción, se permite un despacho más rápido de las causas, aunque han de asegurarse en todos los niveles las garantías adecuadas con el fin de cumplir las condiciones im-

conductas.

¹⁷⁹ En la Memoria de la FGE de 2016, algunas Fiscalías Provinciales se señalaba que los datos estadísticos extraídos hasta la fecha, les hacía concluir que la reforma en este punto había sido mucho menos ambiciosa de lo deseable (Las Palmas). Otras, consideraban que la despenalización había ido demasiado lejos y, refiriéndose a las conductas derivadas de incumplimientos de resoluciones judiciales de separación o divorcio, manifestaban que se había creado un espacio de impunidad en situaciones de gran tensión social, difícilmente justificable (Cádiz). Otras apuntaban a una disminución tangible de asuntos, destacando la supresión de las faltas relativas al incumplimiento de régimen de visitas y de ofensas leves o desobediencia leve a agentes de la autoridad (Albacete y Cantabria). La Fiscalía de Gipuzkoa, exponía que se había dado una disminución práctica en cuanto a señalamientos debido, sobre todo, a la despenalización de los artículos al incumplimiento de los deberes familiares (antiguos artículos 618 y 622). A su vez, en la Memoria de 2017, se destacaba el descenso de las incoaciones de los delitos leves en relación con las faltas, como consecuencia de las reformas habidas en 2015. No obstante, la consecuente reducción de asistencias de los Fiscales a los Juicios por delitos leves no ha incidido positivamente en una mejor gestión de los limitados recursos humanos y materiales de las Fiscalías, ya que los señalamientos por delitos leves a los que asistió el Fiscal ante los Juzgados de Instrucción seguía representando un volumen mayor que la totalidad de los juicios a los que asistió ante los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales.

puestas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y alcanzar una buena administración de justicia”¹⁸⁰.

A pesar de la “limpieza general” que en los Juzgados de Instrucción ha supuesto la entrada en vigor -en su nueva redacción- del ya analizado art. 324 de la LECrim, es lo cierto que, a través del sistema previsto de declaración de complejidad, como de sus prórrogas y del establecimiento de plazos máximos, no se ha conseguido atajar el problema de las dilaciones en su totalidad.

Consideramos que la práctica judicial de la fase de instrucción se encuentra ciertamente lejos de parecerse a lo que la propia LECrim buscaba al efecto, siendo que los comportamientos judiciales que precisamente se pretendían erradicar de la instrucción, continúan fuertemente enraizados¹⁸¹. No podemos olvidar las recurrentes dilaciones que se originan en la fase de instrucción por ese mantenimiento invencible de la idea de que el enjuiciamiento resulte “prejuizado” por lo practicado en la misma. Por lo que, obviamente, no se trata sino de eliminar al máximo el estadio de la investigación en sede judicial, resaltando el verdadero valor e importancia del juicio oral¹⁸².

Como acabamos de apuntar, la causa principal por la que se alarga tanto la fase de instrucción es la trascendencia que se concede a la misma y que, a su vez, “conduce a una práctica procesal viciada, en la que se trivializa y adultera el concepto de prueba y su proceso de valoración, que es la esencia de la decisión jurisdiccional (...) La acumulación en el Juez de Instrucción de funciones diversas ha llevado a que se otorgue auténtico valor probatorio a lo practicado con apariencia de contradicción en la fase investigadora. El juicio oral posterior se ha convertido en un mero escenario en el que se ratifica ritualmente lo realizado en la instrucción, puesto que es, en realidad, en esta fase previa, nominalmente preparatoria, donde se ha resuelto anticipadamente la contienda”¹⁸³.

¹⁸⁰ *RECOMMENDATION No. R (87) 18 OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES CONCERNING THE SIMPLIFICATION OF CRIMINAL JUSTICE (Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers’ Deputies).*

¹⁸¹ Refiriéndose a ello, manifestaba MORENO CATENA, V., que “(...) la LECrim. parece no haber entrado totalmente en vigor, pues los hábitos judiciales de hoy son muchos de los vicios que aquélla quiso desterrar”. Y añadía: “Se ha dicho y no sin razón, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal será derogada y sustituida sin haber entrado totalmente en vigor. En efecto, la práctica de los Tribunales parece no haber profundizado suficientemente en el espíritu de esta Ley, que no ha permeabilizado como debiera el diario quehacer de la Administración de Justicia en lo penal. Gran número de los vicios, defectos y desviaciones del proceso penal anterior a 1882, que se denuncian en la exposición de motivos y se pretendía haberles puesto remedio con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siguen aflorando en el enjuiciamiento penal de hoy; multitud de párrafos de esa modélica exposición de motivos son perfectamente suscribibles en el momento presente”, en *Prólogo a la primera edición de la LECrim.*, Tecnos, 1984. Y a pesar del tiempo transcurrido, el problema puede considerarse vigente.

¹⁸² En este punto, hemos de recordar que la STC 186/1990, del Pleno, de 15 de noviembre, (Ponente: Gimeno Sendra, Vicente), obliga, como mínimo, a tomar declaración al investigado en sede judicial, antes de poder dar por finalizada la instrucción.

¹⁸³ LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “El proceso penal como sistema de garantías (I): la imparcialidad del juez en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código Procesal Penal” en *Diario La Ley* núm. 8086, 2521/2013, de 20 de mayo de 2013. A su vez, RUIZ VADILLO, E., ya señalaba “si esta fase preparatoria recupera su sentido y su finalidad, se podrá conseguir una mayor rapidez en los procesos y una reconstrucción de sus perdidas líneas básicas, cuya silueta se dibujó tan nítida y acertadamente en

4.2.- Historia

En este punto, hemos de tomar como fecha de partida¹⁸⁴ aquella en la que se aprobó la Constitución de Cádiz, 19 de marzo de 1812, ya que en su Discurso Preliminar se decía textualmente (núm. XXXV): “La reforma de las leyes criminales es, sobre todo, muy urgente y no admite dilación en su mejora, necesitándose leyes que castiguen los delitos y protejan la inocencia con prontitud e imparcialidad”. Exponiendo (en el núm. XLVIII-48-) las razones fundamentales al efecto, que no fueron otras que “La celeridad en la formación de los procesos y terminación de ellos en todas sus instancias”, de modo que en su art. 286 rezaba: “El proceso será formado con brevedad y sin vicios a fin de que los delitos sean prontamente castigados”; y, a su vez, en los arts. 301 y 302, se distinguía, con claridad, la existencia de dos etapas distintas en el proceso penal.

Conscientes de la posibilidad de establecer etapas temporalmente distintas, entendemos adecuadas las que hemos considerado, teniendo en cuenta la fecha del presente trabajo¹⁸⁵.

4.2.1. Primer período. De la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 a la Ley de 8 de junio de 1957.

La preocupación por conseguir un proceso penal ágil y la propia realidad de dilaciones en el mismo ya se recogía en la Exposición de Motivos de la Ley de 1882¹⁸⁶. Así, la

la ya centenaria LECr.” en “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal” en *Poder Judicial* núm. especial 2, 1987, págs. 53 a 89. En sentido similar, VIVES ANTÓN, T. S., diría que “se erige así el sumario, como a menudo se ha destacado, en el juicio real, del que la vista pública no constituye, las más de las veces, sino una oscura sombra chinesca. El imputado es, pues, juzgado a lo largo de la investigación por un juez que, al tener encomendada la pesquisa, no reúne las debidas garantías de imparcialidad”, en “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal” en *Poder Judicial* núm. especial 2, 1987, pág. 99.

¹⁸⁴ Si bien con anterioridad, ya se había intentado agilizar el proceso penal en el Proyecto de Reglamento de causas criminales de 19 de abril de 1811, establecimiento un plazo para su tramitación. Lo mismo se pretendería más tarde con el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835; la Ley de Bases de 1868 de 11 de abril -el Proyecto Roncali-; el Decreto de Unificación de Fueros de 1868; la Constitución de 6 de junio de 1869; la Ley Provisional de 18 de junio de 1870 sobre reforma del proceso penal; la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870; la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 22 de diciembre de 1872, que tuvo un efímero desarrollo, -si bien muchos de sus principios pasaron a la ahora vigente LECrim de 1882- que luego se convertiría en la Compilación del enjuiciamiento criminal de 1879; y finalmente, la Ley de Bases para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 11 de febrero de 1881, en cuya Base cuarta se recogían el juicio oral, la instancia única y la separación de la labor de instrucción de la de sentenciar. A su vez, en la Base quinta se proponía por primera vez “un procedimiento extraordinario y breve a la vez para los responsables de los delitos que merezcan penas correccionales, aprehendidos in fraganti”, constituyendo, a nuestro entender, el primer antecedente del procedimiento abreviado.

¹⁸⁵ Vid. para este apartado la Tesis Doctoral de la profesora MELERO BOSCH, L. V., titulada *La agilización del proceso penal y las garantías de defensa del imputado en la instrucción de los juicios rápidos*, defendida en 2007 en la Universidad de La Laguna, págs. 171 a 215. Vid. de la misma autora “La restricción de garantías procesales como denominador común de los procesos penales simplificados españoles” en *Anales de la Facultad de Derecho* núm. 25, Universidad de La Laguna, 2008, págs. 77 a 96.

¹⁸⁶ La Exposición de Motivos señalaba textualmente: “sería necesario negar que aún bajo la

Ley de Enjuiciamiento Criminal incluía en el Título III del Libro IV el llamado “procedimiento para casos de flagrante delito”, supuestamente más ágil que el sumario ordinario¹⁸⁷. Además, también se exigía que la pena a imponer no fuera superior a pena correccional, es decir, el presidio y la prisión correccional de hasta seis años de privación de libertad, el destierro, la reprensión pública, la suspensión de cargo público, de derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio, y el arresto mayor. Siendo además que la instrucción había de realizarse en el tiempo de ocho días.

Con la misma finalidad se promulgarían más tarde, el Real Decreto-Ley de 13 de junio de 1927 a efectos de impedir que los ofendidos o perjudicados por el delito, dificultaran la investigación y entorpecieran el procedimiento.

Igualmente, la Orden de 21 de marzo de 1932 pretendía impulsar la aplicación de los primitivos artículos 323 y 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuya aplicación estaba siendo inadecuada o, simplemente no eran utilizados. En la Exposición de Motivos se decía: “la paralización de los sumarios y la lenta tramitación de los asuntos judiciales en materia penal causan grandes trastornos a la Administración de Justicia y ocasionan perjuicios a veces irreparables, tanto a quienes acuden a los Tribunales para obtener la reparación de un daño, como a quienes se encuentran bajo el peso de una acusación (...) No ignora este Ministerio la competencia de los Jueces y Magistrados, que tropiezan en su labor diaria con la resistencia de una organización incompatible con las necesidades actuales”, siendo por tanto necesario “acelerar la rápida instrucción, aproximando todo lo posible los dos actos extremos del proceso: el de la iniciación y el de la sentencia”.

En concreto, entre las medidas señaladas para conseguir dar celeridad del sumario podrían citarse, la de evitar la unión a autos de diligencias inútiles para el esclarecimiento de los hechos, así como evitar la práctica de las que no sean útiles al efecto; evitar en lo posible la realización de diligencias fuera del Partido Judicial a fin de no tener que remitir exhortos; la aplicación rigurosa del artículo 324 de la LECrim; e impulsar el procedimiento para delitos flagrantes.

Posteriormente, se promulgaría la Ley de 28 de julio de 1933, de Orden Público, cuyo texto, además de establecer qué actos afectaban al orden público y determinar los

legislación vigente no es raro que un sumario dure más de ocho años, y es frecuente que no dure menos de dos”, añadiendo que “es preciso en primer término sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cual más importantes: uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente; y otro, que la pena siga de cerca a la culpa, para su debida eficacia y ejemplaridad”.

¹⁸⁷ En la primaria redacción del artículo 779 LECrim se decía: “Se considerará flagrante delito el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer, cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos. Se entenderá sorprendido en el acto, no sólo el criminal que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan. También se considerará delincuente in fraganti aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito, con efectos o instrumentos que infundan la presunción vehemente de su participación en él”.

órganos que debían preservarlo, regulaba el procedimiento a seguir en el enjuiciamiento de este tipo de hechos delictivos.

Los sumarios y las causas que se incoaran por la comisión de este tipo de delitos, tendrían siempre carácter urgente, aplicándose el procedimiento previsto para los delitos flagrantes, siendo que la competencia para su enjuiciamiento era atribuida a los Tribunales de Urgencia, pero correspondiendo la fase sumarial a los Juzgados de Instrucción, habiendo de realizarse la investigación de forma “ininterrumpida, rápida y preferente”, de hecho, tras una vertiginosa instrucción y remisión de las actuaciones a la Audiencia, las actuaciones ante ésta antes de la vista oral no podían superar los diecisiete días, incluyendo el traslado al Fiscal para acusación y a la defensa para formular el escrito correspondiente.

Pero la Ley de Orden Público prevía además, una modalidad aún más célere a tramitar dentro del período de una guardia en las poblaciones donde estuviera la sede de la Audiencia Provincial o estuviera circunstancialmente presente algún miembro del Ministerio Fiscal adscrito al territorio. En este supuesto, el Fiscal habría de estar presente en todas las diligencias de investigación que se practicaren conforme a la mencionada Ley y si consideraba, eran suficientes, habría de solicitar al instructor dictara auto de procesamiento, en su caso la prisión, además de la conclusión de las actuaciones e inmediata remisión a la Sala de urgencia de la Audiencia Provincial. Inmediatamente, el Fiscal había de formular el escrito de acusación y el Tribunal, señalar el juicio en los cinco días siguientes, dentro de los que se daba traslado a la defensa para realizar su escrito de calificación provisional. Si el Fiscal no presentaba su escrito de acusación de forma inmediata, se declararía el sobreseimiento de la causa¹⁸⁸.

Con posterioridad se promulgarían los llamados procedimientos de urgencia, siendo la primera de ellas la Ley de 8 de junio de 1957, de creación del procedimiento de urgencia, modificada más tarde por la Ley 45/1959, de Orden Público.

4.2.2.- Segundo período. De la Ley de 8 de junio de 1957 a la Ley de 8 de abril de 1967

La Ley de 8 de junio de 1957 supuso la derogación del procedimiento para delitos flagrantes contenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁸⁹, implantando otro más ágil que el sumario ordinario para los llamados delitos menores, posibilitando la adscripción de fiscales a cada uno de los juzgados de las capitales de provincia, entre otras medidas.

¹⁸⁸ Ciertamente, este esquema recuerda al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos de la Ley 38/2002.

¹⁸⁹ Se decía en la Exposición de Motivos que: “(...) desde hace algún tiempo otros delitos vienen reclamando del legislador la organización de un proceso dotado de los dispositivos de aceleración adecuados para hacerlo eficaz. Nos referimos a las infracciones de poca entidad y trascendencia, delineadas como delictivas en el Código Penal ordinario y Leyes especiales, y que algunos denominan delitos menores, y a los delitos cometidos con ocasión de la circulación por las vías públicas. Los primeros, porque no se compadece su escasa entidad con la dilatada espera en su corrección. Los segundos, porque su frecuencia y las dolorosas y muchas veces irreparables consecuencias producidas por los accidentes de tráfico —que ya obligó a publicar la Ley penal de 9 de mayo de 1950, sobre uso y circulación de vehículos a motor—vienen causando verdadera alarma en la opinión pública, que demanda, con toda razón, el establecimiento de un sistema de represión más a tono con el ritmo de los tiempos que nos ha tocado vivir”.

Por su parte la reforma posterior, a través de la Ley de 1959, conllevaba que los Juzgados de las capitales de provincia, confirieran los asuntos no penales a otros Juzgados para descargarlos de trabajo, descarga que no llegó a producirse.

Entre las innovaciones introducidas por las Leyes de 1957 y 1959 habrían de señalarse la ampliación de su ámbito de aplicación¹⁹⁰; la atribución de la investigación a los Juzgados de Instrucción y el conocimiento del juicio oral a las Audiencias Provinciales; la previsión de concluir la investigación en ocho días¹⁹¹; y la previsión de formación de un turno especial de abogados de oficio para los delitos comprendidos en este procedimiento¹⁹². En cualquier caso, ambas leyes respetaban el principio acusatorio en lo que hace a la no confusión entre órgano instructor y decidor, al igual que más tarde lo hiciera la Ley de 122/1962 de 24 de diciembre.

La Ley 122/1962, de 24 de diciembre, penal y procesal de uso y circulación de vehículos a motor, según recoge su propia Exposición de Motivos, se promulga como “(...) una ley especial dedicada al empeño de configurar un elenco de tipos penales con sus ramificaciones civil y procesal civil de aseguramiento”, buscando, “de un lado, la ejemplaridad y rapidez en la sanción penal, así como un pronto y eficaz auxilio a la víctima, y de otro, una completa garantía y seguridad jurídica para el infractor”¹⁹³.

Esta Ley de 122/1962 -llamada Ley del Automóvil- dedicaba su Título II, denominado “ordenamiento procesal penal” al procedimiento penal para conocer los delitos a los que se refería; y en la Exposición de Motivos señalaba “(...) ha preocupado esencialmente la ejemplaridad y la rapidez, dando de lado a cuanto fuera obstáculo para la justa y eficaz represión y prevención del aparato aplicativo sin que con ello sufran merma alguna las garantías deparadas a la persona, sino que por el contrario, tales garantías y seguridades se aumentan mediante el proceder contradictorio y abierto desde el primer momento de la tramitación judicial”. En la misma, se creaba un procedimiento especial con tres fases: las diligencias preparatorias, el juicio oral y la ejecución de sentencia, siendo que las diligencias preparatorias habían de practicarse en un período de cinco días.

Conforme a dicha Ley del Automóvil, el Juzgado de Instrucción era el órgano competente para instruir las diligencias preparatorias, debiendo la Policía Judicial practicar

¹⁹⁰ A delitos flagrantes perseguibles de oficio castigados con pena no superior a las de presidio o prisión mayor; a delitos perseguibles de oficio castigados con pena privativa de libertad no superior a las de presidio o prisión menor, o con multa, cualquiera que fuera su cuantía; a delitos de imprudencia cometidos con ocasión de la circulación; y a delitos comprendidos en la Ley de 9 de mayo de 1950, sobre uso y circulación de vehículos a motor. Anteriormente, su ámbito se refería exclusivamente a delitos flagrantes.

¹⁹¹ Así, el artículo 787 LECrim establecía que “cuando a los ocho días de su incoación no se hubiere terminado el sumario, el Juez dará cumplimiento a lo prevenido en el artículo 324” que a su vez se refería a la obligación del Juez de informar a la Audiencia Provincial de las causas que hubieran impedido la conclusión del sumario en el plazo de un mes.

¹⁹² Este procedimiento de urgencia sería reformado en 1967, ampliándose el ámbito de aplicación y refundiendo en él el contenido de la Ley 24 de diciembre de 1962 que introducía un procedimiento penal especial para el enjuiciamiento de los delitos cometidos con ocasión del uso y circulación de vehículos a motor.

¹⁹³ Esta Ley derogaría la de 1950 y, por ende, la aplicación del procedimiento de urgencia de la LECrim a los delitos cometidos con ocasión de la circulación.

todas las averiguaciones y diligencias procedentes de las que daría inmediata cuenta a la autoridad judicial. A su vez, el conocimiento del Juicio Oral se atribuía bien a un único Magistrado de la Audiencia Provincial si la pena solicitada por el Fiscal no era superior a arresto mayor o cuando los daños no superaban las 500.000 pesetas, en cuyo caso la competencia era del Tribunal colegiado.

Las diligencias preparatorias habían de practicarse en cinco días, transcurridos los cuales, se remitirían a la Audiencia indicando, si excepcionalmente quedaba alguna por practicar. Todo en aras de una mayor agilidad. Y, en definitiva, se instituyó un procedimiento especial -con términos muy breves- para enjuiciar los delitos cometidos con ocasión del uso y circulación de vehículos a motor, con supletoriedad de las normas del procedimiento de urgencia.

4.2.3. Tercer Período. De la Ley 3/1967, de 8 de abril, a la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre (y sus reformas por Ley 10/1992, de 30 de abril y Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio)

Más tarde, la Ley 3/1967, de 8 de abril, modificaría sustancialmente el Procedimiento de Urgencia introducido en 1957, refundiéndolo con lo establecido en la Ley de 1962¹⁹⁴. De este modo, el ámbito de aplicación del Procedimiento de Urgencia se redujo a delitos flagrantes castigados con pena no superior a las de presidio o prisión mayores, con independencia de la que correspondiere por los antecedentes penales, así como los delitos castigados con pena no superior a los presidio o prisión menores, privación de permiso de conducir o multa, con independencia de su cuantía, o con todas o algunas de ellas, siempre que no fuera necesaria querrela para su persecución¹⁹⁵.

El Juez de Instrucción venía a practicar, como diligencias previas, aquéllas esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que hubieran participado y el procedimiento aplicable, de forma que si el hecho era competencia de la Audiencia Provincial ordenaba formar Sumario, mientras que, si el conocimiento correspondía al propio juzgado, incoaba diligencias preparatorias.

¹⁹⁴ La Circular 5/1967, de 1 de diciembre, de la Fiscalía del Tribunal Supremo señalaba que dicha Ley “*Persigue la finalidad de conseguir un rápido enjuiciamiento de los delitos de menor entidad, mediante el reforzamiento del principio de inmediación que produce como consecuencia la irrepitibilidad de la prueba contradictoria y proporciona mayor seguridad jurídica, por la índole del material probatorio aportado, por la dualidad de instancias y por buscar la ejemplaridad, mediante una sanción rápida y eficaz, sin merma de las garantías del encartado*”. Y añadía que “*(...) el análisis jurídico de la institución pone de manifiesto que el nuevo procedimiento ha sido estructurado tomando la ordenación abreviada y acelerada del procedimiento de urgencia y la instrucción formal del procedimiento de la Ley del Automóvil*”. Estableciendo como caracteres propios del mismo los de ser: a) *Proceso común*. (...); b) *Procedimiento abreviado y acelerado* (...); c) *Procedimiento semejante al correccional* (...); d) *Procedimiento en el que ha sido robustecido el principio acusatorio formal* (...); e) *La acentuación de la simplificación del procedimiento* (...); y f) *Robustecimiento de la misión del Ministerio Fiscal*”.

¹⁹⁵ La Fiscalía del Tribunal Supremo interpretó en la Circular 5/1967 de 1 de diciembre, que quedaban también exceptuados los denominados delitos semipúblicos que exigen para proceder a su persecución denuncia de la persona agraviada o de las personas autorizadas por la Ley para formularla y en los que la responsabilidad penal y la pena se extinguen por el perdón, cuando la competencia venga atribuida a los Juzgados de Instrucción, de acuerdo con la reforma que se hace del artículo 14 LECrim. Sí podría conocer de ellos, en cambio, la Audiencia Provincial.

En el procedimiento para delitos cuyo fallo correspondía a los Juzgados de Instrucción, -denominado procedimiento sumarísimo de urgencia- una vez practicadas las diligencias de investigación necesarias, incoaba las llamadas diligencias preparatorias, dando traslado a las partes y al Fiscal, de modo que las diligencias solicitadas -las útiles y pertinentes únicamente- por las partes¹⁹⁶ habían de practicarse en un plazo de diez días. Las partes acusadoras, incluido el Fiscal, tenían tres días para formular acusación, proponer prueba y solicitar la apertura de juicio oral, y, en su caso interesar las medidas cautelares necesarias. Evacuado el trámite de designación de letrado y presentación del escrito de defensa, el Juez había de señalar día para el comienzo de las sesiones de juicio oral dentro de los quince días siguientes. Juicio que no se suspendía por ausencia del acusado, si había sido citado personalmente y el Juez entendía, había elementos suficientes para juzgarle, siendo que cabía la posibilidad de inasistencia del letrado de la defensa, designado de oficio, presentando al efecto un escrito de defensa que se leía en la vista oral.

En cuanto al procedimiento de urgencia, cuyo fallo correspondía a las Audiencias Provinciales -el denominado procedimiento sumario de urgencia- cuando el Juez de Instrucción así lo apreciara, incoaba el sumario correspondiente, practicando las diligencias de investigación necesarias para preparar el juicio, dictando después auto de procesamiento y recibiendo inmediatamente declaración indagatoria al procesado, para, seguidamente, remitir las actuaciones a la Audiencia Provincial, tras el dictado del auto de conclusión de sumario, y sólo el Fiscal podía solicitar la revocación del mismo para poder practicar nuevas diligencias. El plazo de calificación de las partes acusadoras era de entre cinco y diez días. Posteriormente, se trasladaban los autos a la defensa y tras el dictado de la resolución de admisión de prueba, se acordaba el inicio de las sesiones, dentro de los quince días siguientes a dicha resolución.

Pero la novedad más importante, como ya se ha anticipado, estaba en la diferenciación entre dos modalidades procedimentales, dependiendo de la gravedad del delito enjuiciado, de modo que en los delitos de menor entidad sería el Juez de Instrucción el que aglutinara las funciones de instrucción, enjuiciamiento y fallo, mientras que de los más graves conocería la Audiencia Provincial. Y la peor novedad, que se llevara el principio acusatorio por delante.

Las nuevas funciones atribuidas al Juez de Instrucción obligaron a reformar el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para incluir la competencia de los Jueces del lugar de comisión del delito para la instrucción, conocimiento y fallo de las causas por delitos perseguibles de oficio, castigados con pena no superior a arresto mayor, privación del permiso de conducir, multa que no excediera de 50.000 pesetas¹⁹⁷ o cual-

¹⁹⁶ La Fiscalía del Tribunal Supremo en la ya mencionada Circular 5/1967 entendía que “(...) se plasma con esta previsión el robustecimiento del principio acusatorio formal, limitando la investigación de oficio”, señalando además que “la instrucción de las diligencias preparatorias se inspira en un cierto sentido en el principio de justicia rogada que grava a las partes con la carga de aportación de material probatorio, y en los de contradicción y publicidad, dado que en la práctica de las diligencias probatorias intervienen todas las partes personadas”.

¹⁹⁷ Por Decreto-ley de 21 de diciembre de 1974 se aumentaría la competencia de los Juzgados de Instrucción para delitos castigados hasta con multa de 100.000 pesetas y por Ley de 8 de mayo de 1978, el límite de la multa se estableció en 200.000 pesetas -para poder ser

quiera de éstas conjuntamente con las demás o con una de ellas, salvo cuando por razón de los antecedentes penales del presunto reo o por cualquier otra circunstancia debiera o pudiera imponerse pena superior, en cuyo caso sería competente la audiencia provincial. Obviamente, no constituiría causa de recusación del Juez de Instrucción el haber sido el instructor de la causa.

La competencia de los Juzgados de Instrucción se interpretó de forma restrictiva, entendiéndose que el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecía un *numerus clausus* de modo que las penas no expresamente contempladas en el mismo, no podrían ser impuestas por los aquéllos¹⁹⁸.

Habiendo señalado las líneas generales de la Ley 3/1967, de 8 de abril, pasamos a realizar un somero estudio de la que le siguió en el tiempo: la Ley Orgánica 10/1980.

Esta Ley de 1980 se estableció sobre la base de que los hechos delictivos objeto del procedimiento que instauraba -delitos dolosos, menos graves y flagrantes- permitía por un lado reducir drásticamente la instrucción previa y, por otro, centrar la actividad judicial en el acto del Juicio Oral, siendo que, además, los actos de investigación pasaban a ser competencia de la Policía y, como ya se ha señalado, saltaba por los aires la imparcialidad del Juez, al permitirle dirigir la etapa previa al juicio, la dirección del mismo y el dictado de la sentencia correspondiente. Y como indica ORTELLS RAMOS¹⁹⁹ “En realidad, ni los delitos eran necesariamente de investigación simple, porque habían sido seleccionados sólo en atención a la gravedad de la pena, ni el juez quedaba al margen de la instrucción previa, sino que impartía órdenes de investigación a la policía, realizaba imputaciones y adoptaba medidas cautelares contra el imputado”.

Este procedimiento incrementó las facultades de la Policía Judicial de tal modo que no sólo se recogían en el atestado las diligencias a prevención, sino que la propia Policía practicaba los actos de investigación que fueran necesarios²⁰⁰. Además, el Fiscal tenía que presentar escrito de acusación a los tres días de la incoación y sin necesidad de hacer referencia a los hechos que se imputaban, realizándose en el Juicio la calificación de forma oral²⁰¹. E inmediatamente después, en un plazo de quince días habría de celebrar-

conocido por los Juzgados de Instrucción-.

¹⁹⁸ De este modo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de noviembre de 1970, especificaba que el apartado 3º del artículo 14 de la LECrim, excluía “(...) de forma cuando menos implícita del conocimiento y fallo de los Instructores otros tipos delictivos sancionables con mayor pena privativa de libertad, con multa superior a las 50.000 pesetas o simplemente con otro tipo de pena, bien aislada o conjunta (...) lo que veda el legislador es que estos jueces impongan penas distintas de las taxativamente previstas en régimen de “numerus clausus”, en la norma en cuestión”.

¹⁹⁹ ORTELLS RAMOS, M., “Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015)” en *Nuevos horizontes del Derecho procesal. Libro-Homenaje al Prof. Pedraz Penalva*, (AAVV, coords. JIMENO BULNES, M., y PÉREZ GIL, J.), Bosch, Barcelona, 2016, pág. 824.

²⁰⁰ La Circular 4/1980 de la FGE incluía entre las diligencias a practicar por la Policía Judicial, las declaraciones de los presuntos responsables, las de los testigos, las inspecciones oculares, los informes periciales sobre autenticidad de documentos, la descripción, naturaleza y gravedad de las heridas, la valoración provisional de los sustraído en los delitos contra la propiedad, entre otras.

²⁰¹ Quienes suscribimos, recordamos que se llegó a más de una vista oral sin escrito de acusación alguno por cuanto que hubo quien interpretaba su innecesariedad a la vista de la

se el Juicio. En este estado de cosas, la brevedad de los plazos conllevó la suspensión de innumerables juicios por la necesidad de practicar pruebas absolutamente necesarias e hizo que algún autor²⁰² calificara este procedimiento como “engendro o bodrio procesal”.

La situación procesal penal de la época -de la que fuimos partícipes en calidad de operadores jurídicos- era caótica, debido a la verdadera dificultad en la que nos encontrábamos a la hora de “decidir”²⁰³ el procedimiento a incoar -o aplicar-: junto al sumario ordinario, se encontraba el procedimiento de urgencia con una variante doble, un procedimiento ultrasónico para delitos dolosos y flagrantes, un procedimiento que remitía al de urgencia con algunas especialidades -el de protección de derechos fundamentales de la persona en su vertiente penal- y, finalmente, el juicio de faltas.

Lo sorprendente de aquél escenario era que el procedimiento ordinario se había convertido en el más excepcional de todos ya que prácticamente no se utilizaba. Pero, sin embargo, en los procedimientos de urgencia y en los demás procedimientos -que sólo regulaban sus propias particularidades- se hacía una remisión al procedimiento ordinario, por lo que el panorama era realmente desalentador.

A pesar de que esta LO 10/1980, de 11 de noviembre, fuera promulgada con posterioridad a la vigencia de la Constitución, fue la STC 145/1988, del Pleno, de 12 de julio, (Ponente: Latorre Segura, Ángel), la que declaró la inconstitucionalidad del artículo 2 de la misma, al entender contrario a la CE el principio de que el Juez que instruye también falla. Sentencia que, a su vez, obligaría al legislador a la acelerada promulgación de la LO 7/1988, de 28 de diciembre, reguladora del procedimiento abreviado, que contribuyera a una mayor promoción de los procedimientos simplificados.

obligatoriedad de la acusación verbal en el juicio.

²⁰² VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Comentarios sobre la reforma procesal (Ley 10/92 de 30 de abril)*, Forum, Oviedo, 1992, pág. 268.

²⁰³ Bajo la vigencia de esta LO 10/1980 se planteó el problema de la elección del procedimiento a incoar por el órgano judicial una vez tuviera conocimiento de la comisión del hecho delictivo correspondiente. La cuestión era si el Juez, desde que conociera la existencia del hecho, debía incoar directamente este procedimiento, o las peligrosísimas diligencias indeterminadas -inexistentes por cierto en cualquier texto procesal penal español- y a las que la FGE en la Circular de 2 de mayo de 1969, les daba la consideración de mera denuncia o de unas diligencias previas. La FGE, en la Circular 4/1980, optaba por incoar este procedimiento desde el principio siempre que no existiera duda alguna de que el hecho delictivo se encontraba dentro de su ámbito; de modo que, si existieran dudas al efecto, se incoarían las diligencias previas del procedimiento de urgencia. Lo cierto es que, en la práctica, los Juzgados optaron por incoar siempre diligencias previas y con posterioridad, a la vista de las diligencias practicadas, reconducir las actuaciones al procedimiento que correspondiera. Práctica que perdura a fecha de hoy. En sentido similar, BONET NAVARRO, E., manifestaba que: “Bajo pretexto de introducir un proceso jurisdiccional satisfactivo se ha empeñado una labor legislativa que no ha hecho más que complicar el panorama ya existente en la actividad jurisdiccional, ofreciendo una posibilidad más para perder el tiempo buscando qué proceso debe aplicarse a un determinado hecho que se reputa delictivo y generando un innegable nudo de problemas ante las deficiencias textuales y las continuas remisiones a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...) ni en la letra, ni en la práctica, este nuevo proceso es útil para resolver los problemas que, en tema de celeridad y eficacia punitiva, tiene planteados la jurisdicción penal”, en “El enjuiciamiento oral penal. (Estudio sistemático)” en *La Ley* núm. 1981-3, págs. 787 y 788.

Con la entrada en vigor de la LO 7/1988, de 28 de diciembre, no sólo se instauró un nuevo procedimiento, el abreviado, sino que también fue creado el Juzgado de lo Penal²⁰⁴. Y según se expresaba en la Circular 1/1989, de la FGE, no se acabó definitivamente con sus precedentes legales -la Ley 3/1967 y el de la LO 10/1980- ya que “del primero mantiene la mayor parte de las normas y especificidades referentes a los delitos de tráfico y del segundo toma aspectos importantes como la posibilidad de dictar la sentencia *in voce* o diferir a otro momento la determinación de las indemnizaciones (...)”.

Su ámbito de aplicación se circunscribía al conocimiento y fallo por delitos castigados con penas en abstracto²⁰⁵ de hasta seis años de privación de libertad -de competencia de los Juzgados de lo Penal- , si bien fue modificada por la Ley 36/1998, de 10 de noviembre, dejando el techo de la pena en cinco años. Siendo competente para delitos con pena privativa de libertad de hasta nueve años, la Audiencia Provincial.

Finalmente, hemos de señalar que fue precisamente la LO 7/1988, la que, además de realizar cambios fundamentales en el instituto de la conformidad, inició el camino hacia las posteriores reformas de 2002 que analizaremos a continuación. Sin embargo, la aplicación del procedimiento abreviado de forma generalizada, tampoco supuso la pretendida y ansiada agilidad y, consecuentemente, tampoco la adecuada protección del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a pesar de lo que la Exposición de Motivos de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal -que la modificara cuatro años después- explicitara que: “parece posible, al menos en determinados casos, que la Justicia penal se imparta de forma aún más próxima al hecho enjuiciado que en la actualidad. No hace falta destacar que ello resultaría beneficioso para todos; para los enjuiciados que tienen derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, para las víctimas, para la Administración de Justicia en general y, singularmente, para la sociedad en su conjunto, que vería así notablemente robustecida la ejemplaridad de la Justicia penal y considerablemente incrementadas sus defensas sociales frente al delito (...) A posibilitar, por ende, la inmediata celebración del juicio se dirige, por lo tanto, esta reforma, en la dirección de ir consiguiendo una regulación que permita introducir en nuestro ordenamiento inmediato en materia penal, carentes de instrucción propiamente dicha, por recaer sobre hechos que por su fácil constatación no requieren ulteriores averiguaciones. Se trata de evitar dilaciones indebidas”.

4.2.4.- Cuarto período. De la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre (y sus reformas), a la Ley 38/2002 y Ley Orgánica 9/2002, de 24 de octubre (y sus reformas)

Como señala ARMENTA DEU,²⁰⁶ a la limitación de la fase investigadora puede lle-

²⁰⁴ Escribía en aquella época GÓMEZ COLOMER, J. L., “Es legítimo dudar si la atribución de esta competencia funcional es la mejor solución de las posibles, pues la idea del legislador de 1882, el que redactó la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue que, al considerar el juicio oral la parte más importante proceso, conociera de él un órgano judicial mejor formado jurídicamente, más preparado y con mayor experiencia (nada menos que la Audiencia Provincial), y con el sistema adoptado por la Ley Orgánica 7/1988 esto no queda totalmente asegurado, aunque el Juez de lo Penal posea la categoría de magistrado”. *Vid.* “El nuevo proceso penal abreviado” en *Poder Judicial* núm. 26, 1992, pág. 4.

²⁰⁵ Conforme, entre otras, a la STS, de la Sala Segunda, 1044/1997, de 10 de julio, (Ponente: Granados Pérez, Carlos).

²⁰⁶ ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La Justicia procesal en Europa y*

garse con motivo de la flagrancia, por disposición inmediata sobre el sujeto o por la previsible eficacia de las fuentes de prueba.

La Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, supuso -además de la limitación e incluso desaparición de la fase instructora- que el procedimiento abreviado dejara de ser -como hasta entonces desde la LO 7/1988 de 28 de diciembre y posteriores reformas- el único previsto para los delitos de “mediana” gravedad, volviendo a coexistir cuatro procedimientos penales: el sumario ordinario, el abreviado y el juicio rápido, además del juicio de faltas.

La reforma operada suponía para el legislativo y para el ejecutivo de la época, la culminación de su propósito de agilizar definitivamente el proceso penal²⁰⁷, siendo que su eficacia en la práctica se afirmaba en las sucesivas Memorias de la FGE. Por ejemplo, en la de 2005 se decía que “la valoración que se hace por las Fiscalías con carácter general, es la de que el año 2005 permite hablar de una consolidación del nuevo sistema instaurado, y, por tanto, del cumplimiento del objetivo pretendido con su aplicación, que es la agilización de la administración de justicia en relación con determinadas infracciones penales de menor entidad”.

La nota que, por encima de todo, caracteriza al juicio rápido instaurado en 2002, es la reducción de la fase de instrucción al período del servicio de guardia²⁰⁸ del Juzgado ante el que se presente el atestado policial, lo que, ya en la época, fue señalado como un peligro para las garantías procesales del imputado²⁰⁹, hoy investigado.

A la anterior nota es necesario añadir, el verdadero impulso del instituto de la conformidad que supuso esta reforma, bien a través del art. 801 LECrim, bien *ex art.* 779.1.5ª del mismo cuerpo legal²¹⁰; y ello, sin que, en ninguno de ambos casos, se con-

América, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 143.

²⁰⁷ “El Pacto de Estado para la reforma de la Justicia”, de 28 de mayo de 2001, incluía entre sus objetivos, la promulgación de una futura LECrim que consiguiera “la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas”. Sin embargo, como bien sabemos, no contamos con una nueva LECrim.

²⁰⁸ El requisito de la concentración de la investigación a la duración del servicio de guardia ha quedado modificado con la instauración de los juzgados de violencia sobre la mujer, competentes también para incoar diligencias urgentes en delitos de su competencia, sin que, sin embargo, tengan asignados servicios de guardia, lo que implica que el límite temporal queda establecido -y reducido en la práctica- a las “horas de audiencia” del día concreto en el que se recibe el atestado.

²⁰⁹ BARONA VILAR, S., decía que “ (...) preocupante resulta, por tanto, en ciertos aspectos la reforma introducida, que aboga claramente por una visión economicista del sistema, provocando límites innegables a las garantías y, a la postre, favoreciendo una política de eficacia por encima del valor justicia”, *vid.* “Régimen jurídico de la conformidad en el proceso penal tras la Ley 38/2002, de 24 de octubre y la LO 8/2002, de 24 de octubre” en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* núm. 6, 2006, pág. 36.

²¹⁰ Sorprendente nos resulta la situación -restrictiva- que se produce en la conformidad de los juicios rápidos. Uno de los requisitos para la incoación de un juicio rápido es que el límite punitivo en abstracto de los hechos delictivos no puede ser superior los cinco años de privación de libertad y, sin embargo, sólo puede utilizarse la conformidad privilegiada para delitos

sidere existiera lesión del derecho a un Juez imparcial, al entenderse que el Juez que dicta la sentencia, en realidad, no ha intervenido en la instrucción, al no haberse realizado la misma ²¹¹. En la práctica forense, y en caso de conformidad, el Juez de Instrucción de Guardia es un mero expectador de las actuaciones que se realizan.

En añadidura, entendemos existen dos aspectos un tanto incongruentes en la conformidad de los juicios rápidos. Por un lado, el hecho de que -a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento abreviado- el límite punitivo se establezca en cinco años para la conformidad normal, cuando en el procedimiento abreviado el techo se encuentra en seis años de privación de libertad -o en nueve, o incluso en tres años, dependiendo de la interpretación-. Y por otro, la limitación de la conformidad premiada -lo que supone una absoluta infrutilización del instituto- a límites punitivos en abstracto de tres años de prisión. Teniendo en cuenta que uno de los requisitos objetivos que posibilita la incoación del juicio rápido es precisamente su límite punitivo -pena en abstracto de hasta cinco años de prisión- ¿qué motivos han llevado al legislador a establecer el límite punitivo en abstracto para la conformidad premiada en tres años de prisión?, ¿la consideración de que en el Juicio Oral ante el Juzgado de Penal las garantías del derecho de defensa se encuentran más fortalecidas?

En este punto, la propia FGE en la Memoria de 2019, entre las Propuestas de Reformas Legislativas, realiza, precisamente, la propuesta de modificar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, introducido por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado²¹²; y como consecuencia de la pandemia, la misma FGE²¹³ efec-

castigados como máximo con tres años de privación de libertad. Desconocemos la motivación del legislador y subrayamos nuestra extrañeza, habiendo de hacerse constar, además, que el límite punitivo para la conformidad en el procedimiento abreviado está establecido en seis años de privación de libertad, o en nueve años, dependiendo de la interpretación,

²¹¹ ORTELLS RAMOS, M., “Legisladores, Jueces y renovación del proceso penal en...” cit., pág. 825.

²¹² Señalando que “*La práctica acumulada durante todos estos años ha venido a conformar el acierto de la medida, cumpliendo las finalidades que el legislador en su día se propuso, al dar respuesta, a través de lo que se vinieron en denominar ‘juicios rápidos’, a una demanda social que veía con preocupación cómo la tediosa tramitación de algunos procedimientos penales no se correspondía con la aparente simplicidad de los mismos, generando en muchos casos una apariencia de impunidad de determinados delitos, especialmente, los delitos flagrantes. El procedimiento instaurado, sin embargo, es susceptible de mejora (...) así lo ha venido a poner de relieve la práctica cotidiana de muchas Fiscalías (...) La Fiscalía Provincial de Madrid considera necesaria la ampliación del ámbito de aplicación de este procedimiento que el art. 795.1 LECrim limita a los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a cinco años. Se pone de manifiesto cómo las últimas reformas del Código Penal, en algunos casos han determinado que muchos de los delitos que era posible tramitar a través de este procedimiento hayan quedado ahora excluidos del mismo, al preverse ciertos tipos agravados cuya pena excede de esos cinco años de privación de libertad (...) Los encorsetados límites de aplicación que se prevén para este procedimiento vienen, en consecuencia, a excluir la conformidad privilegiada que para el mismo establece la ley, cuando en realidad se sigue tratando, en muchos casos, de delitos flagrantes o de sencilla tramitación. (...) Desde otra perspectiva, pero con el mismo fundamento, la Fiscalía Superior de La Rioja considera que la interpretación de la norma que establece el ámbito de aplicación de este procedimiento al tener en consideración la pena en abstracto que se prevé para el delito cometido, está frustrando también acuerdos de conformidad en supuestos de delitos flagrante o de fácil instrucción. De esta manera señala que, en la*

tuaba en la Propuesta 44^a la ampliación del ámbito de la conformidad del art. 801 LECrim a penas privativas de libertad -consideradas en abstracto- de hasta 5 años; y en la 45^a, exhorta a la ampliación de la conformidad en el procedimiento abreviado, mediante la modificación del art. 784 LECrim, con introducción de la modalidad privilegiada del art. 801 (reducción de la pena en un tercio) a este procedimiento, para el supuesto de que los hechos objeto de acusación hubieran sido calificados con pena de hasta cinco años de prisión, siempre que la conformidad por el acusado se preste con anterioridad al acto del juicio oral²¹⁴

Sentado lo anterior y a los efectos del presente trabajo -convencernos de que la agilización de la justicia pasa supuestamente por poner la fase de instrucción en manos del Ministerio Fiscal- pasaremos, seguidamente, a analizar los fallidos intentos de modificación de nuestra vetusta LECrim.

4.2.5.- Los intentos fallidos de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y la reforma de 2015 mediante Ley Orgánica 13/2015 y Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal y el fortalecimiento de las garantías procesales

Los intentos de nueva regulación legal han sido tres²¹⁵, si bien es cierto que los realmente conocidos han sido el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011

práctica se observan multitud de infracciones que están claras desde el primer momento, son de sencilla instrucción o no necesitan de complemento alguno, existiendo, además, una intención de las partes de llegar a un acuerdo de conformidad pero que, al interpretar la norma que delimita el ámbito de aplicación como referida a la pena en abstracto, no se permite su tramitación como juicio rápido, frustrando con ello esa posible conformidad; (...) se propone por esta Fiscalía, no la modificación del ámbito competencial que fija el art. 795.1 LECrim, sino, simplemente, la previsión de que la pena sea considerada en concreto y no en abstracto. Ello provocaría una elevación del número de juicios rápidos con lo que ello conlleva de agilización de trámites, ahorro de tiempo y seguridad jurídica. (...) Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones es posible concluir que la ampliación del ámbito de aplicación de los juicios rápidos contribuiría, no sólo a extender a otros muchos procedimientos las ventajas de celeridad y eficacia de la justicia que se ha conseguido a través de este medio de enjuiciamiento, sino también a ampliar a éstos las bondades de la conformidad privilegiada que para este tipo de procedimientos se establece”.

²¹³ Propuesta de 60 medidas para el plan de desescalada en la Administración de Justicia tras la pandemia de Coronavirus de 24 de abril de 2020.

²¹⁴ Se nos planteaba aquí la duda de si la pena considerada en abstracto o en concreto.

²¹⁵ Entre las actuaciones realizadas por la Comisión General de Codificación durante el año 2005, en su Memoria se concreta que “A lo largo de 2005 los trabajos realizados en las diversas Secciones así como el resto de actividades desarrolladas en la Comisión General de Codificación han sido: D) Sección Especial para la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al amparo del artículo 22 de sus Estatutos, se constituyó, por Orden de 30 de marzo de 2005 en el seno de la Comisión General de Codificación, una Sección Especial para la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.” Y tras indicar en el párrafo siguiente la composición de la Sección, continúa: “La Sección Especial estudiará la reforma del vigente proceso penal y elaborará una propuesta de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que, junto con su Exposición de motivos y memoria justificativa, elevará al Ministro de Justicia. (...) En el desarrollo de sus trabajos se atenderá a las directrices generales de política legislativa que indique el Ministro de Justicia. (...) dispondrá del plazo de un año para la realización de su cometido, a cuyo término, o al de prórroga si ésta fuera acordada por el Ministro de Justicia, quedará automáticamente disuelta. En la Sección, para la realización de sus trabajos, se han constituido tres Subcomisiones,

y el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, técnicamente, Propuesta de Texto Articulado de LECrim de 2013, que finalmente -tras los correspondientes fracasos- derivaran en lo que -pudiera denominarse- frenopatía legislativa de 2015²¹⁶. Siendo que, en la actualidad, nos encontramos en -o, ante- una situación bastante similar.

Y en lo que hace a la supresión o limitación de la fase de instrucción como forma de agilización de la justicia penal, regulada en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, consideramos, ya hemos realizado referencia suficiente al respecto al tratar del proceso por aceptación de decreto y el juicio sobre delitos leves.

5.- Otros sistemas de agilización del proceso penal. ADR y Mediación Penal.

También la Recomendación (1987)18 de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la simplificación de la justicia penal, recomendaba a los gobiernos evitar la intervención judicial -en los asuntos menores- siempre que fuera posible-, aconsejando llegar a acuerdos de compensación entre el autor y la víctima, evitando así la sanción penal, si el infractor cumpliera las condiciones acordadas.

En el mismo sentido que ya venimos señalando, la excesiva carga de trabajo de los Juzgados y Tribunales y la insatisfacción de la ciudadanía al respecto, conducen a la búsqueda de nuevas formas de administrar justicia, susceptibles de dar respuesta a las necesidades reales de agilidad y eficacia, a la vez que a dotar al sistema de la fiabilidad y credibilidad necesarias para con el ciudadano²¹⁷.

denominadas: Intervención del Juez en la fase investigación, De la investigación y del Juicio oral”. De hecho, el borrador diferenciaba dos etapas dentro de la fase de instrucción, una primera o “preliminar” a efectos de valorar la realidad de los hechos denunciados; y otra, de “investigación principal”, siendo que la primera de las fases pudiera no ser necesaria, existiendo la posibilidad de abrir directamente la investigación principal cuando la *notitia criminis* fuera “creíble”. Se establecía un plazo de treinta días como regla general, para la fase preliminar. No exigía que se recibiera declaración al investigado antes de finalizar la fase preliminar, declaración que, sí habría que realizar, en cualquier caso, en la investigación principal. Se establecía también en el Borrador, la obligación del Fiscal de poner en conocimiento del Juez de garantías la iniciación de la fase preliminar a fin de poder controlar el momento inicial, de modo que, siendo esa fase previa no existía realmente una imputación, sino que, en la misma sólo se pretendía concretar la verosimilitud de los hechos para pasar a la siguiente, de modo que en el Borrador se optaba por una fase preliminar no contradictoria, pero permitiendo la asistencia letrada en todas sus declaraciones y en las diligencias que no fueran secretas y pudieran afectar a sus intereses. Así para garantizar la igualdad de armas, la defensa podía interesar al Fiscal la práctica de diligencias de investigación, de modo que, si lo denegaba, el Juez de Garantías podía acceder a su realización obligando al efecto al Fiscal. Se pasaba después a la fase intermedia, en la que se establecía una comparecencia ante el Juez de Garantías a fin de decidir sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. Igualmente, en dicha comparecencia podrían practicarse pruebas anticipadas o preconstituidas y aquellas otras diligencias denegadas por el Fiscal, pero admitidas por el juez, conformando, todo ello, el llamado expediente probatorio que habría de pasar al órgano sentenciador. El contenido del expediente probatorio podría servir para fundamentar una sentencia, siempre que se introdujeran en el plenario mediante su lectura y con sometimiento a contradicción, siendo que el resto del material probatorio -el no incluido en el expediente- podría ser leído, en su caso, a los efectos de valorar contradicciones.

²¹⁶ En concreto, LO 5/2015 y Ley 41/2015, de 5 de octubre, LO 5/2015 y Ley 4/2015, de 27 de abril y LO 1/2015 de 30 de marzo.

²¹⁷ FÁBREGA RUIZ, C. sostiene al respecto que “Un derecho penal que se ocupe sólo de

5.1.- ADR. (Alternative Dispute Resolution)

El acrónimo ADR viene siendo utilizado en referencia a los “alternative dispute resolution”²¹⁸, y constituyen métodos de resolución de conflictos de naturaleza contractual, mediante los que uno o varios terceros, ayudan a las partes a solucionar el conflicto surgido entre ellos.

La doctrina discute sobre el término “alternative”²¹⁹ por aquello de preguntarse a qué son alternativos, siendo que, genéricamente, la respuesta se encuentra en el hecho de ser métodos distintos -ajenos- al proceso judicial. Pero dado que, en la década de los 80, los ADR comenzaron a generalizarse, integrándose en la práctica de los órganos jurisdiccionales, se han ido, paulatinamente, transformando en complementarios de la jurisdicción²²⁰.

En consecuencia, y como especifica CUADRA RAMÍREZ²²¹, los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR) pueden ser definidos desde dos ópticas, bien

la represalia por el hecho y de la resocialización del delincuente, sin tomar en cuenta a la víctima, será un derecho penal inútil, injusto e ilógico”, *vid.* “La víctima y la mediación penal” en *Documento ideológico sobre mediación penal*, (AAVV, coord. SÁEZ VALCARCEL, R.), Cuadernos Digitales de Formación, Vol. 60., CGPJ, 2010, pág. 64.

²¹⁸ Señalar, como especifica ARMENTA DEU, T., que las siglas ADR se utilizan para designar un movimiento surgido formalmente en Estados Unidos a partir de la *Pound Conference* en 1906, en concreto a la conferencia pronunciada por Roscoe POUND, ante la *American Bar Association* sobre “*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*”, movimiento no sólo de carácter jurídico en *Sistemas procesales penales...* cit., pág. 152 y *Justicia de proximidad*, Barcelona, 2006, pág. 42.

²¹⁹ Por ello, se opta por identificar la “A” con otros vocablos como “apropiado”, “adecuado”, “adicional” o “amigable”, *vid.* *Guía del ADR de la Cámara de Comercio Internacional CCI*, París, 2001, pág. 1, así como BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. “Alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 69.

²²⁰ ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales...*, cit., pág. 153. Señala también la autora que, precisamente, “el incremento de ADR preceptivos ha comportado la aparición de voces discordantes, denunciando el afán de impulsar por todos los medios estos instrumentos complementarios de la jurisdicción ordinaria y que giran básicamente en torno a la relajación de las garantías en estos procedimientos, las consideraciones sobre las diferencias económicas entre las partes que adquiere una especial importancia (negativa) en estos procesos y la idea de que la adopción entusiasta de ADR minimiza la importancia que tiene el proceso en la defensa del interés público, máxime cuando algunas de las ventajas que se le atribuyen, como resultar más económicos, no ha sido demostrado empíricamente”. En sentido similar, GONZÁLEZ CANO, M^a. I., expresa que “la alternatividad ya no se concibe frente al juez y al proceso. De las ADR (*Alternative Dispute Resolution*) se evoluciona hacia las ADR integradas en el proceso (*Adequated Dispute Resolution*), facilitadas del proceso, y con efectos en el proceso”, *Vid.* “La integración de la mediación en el sistema procesal penal a través de medidas de diversión” en *Nuevos horizontes del Derecho Procesal Penal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, (AAVV, coords. JIMENO BULNES, M., y PÉREZ GIL, J.) Bosch, Barcelona, 2016, pág. 675.

²²¹ CUADRA RAMÍREZ, J. G, *Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de administración de justicia*, p. 10. Disponible en www.scjn.Gob.mx/Transparencia/lists/Becarios/Attachments/134/Becarios-134.pdf. (fecha de consulta: 18 de enero de 2018).

desde un punto de vista amplio, en el que se comprenderían las alternativas paralelas al sistema de administración de justicia, o bien, desde un punto de vista restringido, que comprendería aquellos mecanismos encaminados a solucionar las controversias entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas, o bien, a través del nombramiento de mediadores, conciliadores o árbitros que coadyuven en una solución a los conflictos.

Con independencia de las definiciones que puedan darse y ante la demostrada incapacidad del sistema penológico en la resocialización y rehabilitación del delincuente y el absoluto olvido de los derechos y garantías de las víctimas, es lo cierto que surgieron nuevas orientaciones dirigidas a dar solución a ambos inconvenientes mediante la adopción de nuevas formas de resolución de conflictos. Y así, comenzaron a ensayarse procedimientos de mediación y conciliación, propugnando la prevalencia de los principios de intervención mínima y de oportunidad, que posibiliten la exclusión de la pena cuando la satisfacción del daño se considere suficiente para el caso concreto; sugiriéndose, también, configurar la reparación como sanción penal²²².

Estas nuevas orientaciones han sido -y son- dirigidas hacia dos aspectos: por un lado hacia la mediación y por otro, hacia la justicia restaurativa (tercera vía, en el aspecto de considerar la reparación a la víctima de forma independiente -obviamente- a la responsabilidad civil y a la indemnización civil, es decir, desde el punto de vista de la respuesta penal, como vía distinta a la pena y a la medida de seguridad) en el ámbito penal²²³. Y de este modo, hemos de aproximarnos necesariamente al concepto de la llamada Justicia Restaurativa y diferenciarla de los ADR en general, si bien, anticipando que los principales medios alternativos para la solución de conflictos son la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Partiendo de un sentido amplio, RIOS MARTÍN²²⁴ define la Justicia Restaurativa como “la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”.

A su vez, la Directiva 2012/29/UE²²⁵ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, se refiere a esta corriente en su art. 2-1d cuando determina que es

²²² Vid. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso* -Chile- XXVI, 2005, Semestre I, pág. 31.

²²³ Concepción que fue plasmada por ROXIN en el llamado *Proyecto Alternativo sobre Reparación penal*, Munich, 1992, elaborado junto a otros penalistas de diversos países, principalmente Austria y Suiza.

²²⁴ RIOS MARTÍN, J. C., *Justicia Restaurativa y Mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*. CGPJ, 2010. Disponible en www.poderjudicial.es-Mediación (fecha de consulta: 18 de enero de 2018).

²²⁵ Precedentes normativos anteriores los encontramos en la Resolución (1977) 27, de 28 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre indemnización de las víctimas del delito; la Recomendación R (1987) 18, de 17 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, referida tanto a la asistencia de las víctimas y la prevención de la victimización como a la simplificación de la Justicia penal; la Recomendación R (1999) 19, del

“justicia reparadora: cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”. De donde se infiere su consideración -en el texto normativo concreto- de forma o medio de resolución de conflictos, a diferencia de los seguidores de la corriente que lo consideran como una forma de entender la Justicia, distinta de la actual Justicia Retributiva, es decir, como una filosofía de cómo enfocar la justicia de forma más humana y responsable²²⁶.

Llegados a este punto, entendemos necesario distinguir entre los ADR y la Justicia Reparadora, finalidad que puede conseguirse en razón del objetivo perseguido, de modo que si los ADR persiguen llegar a una solución pactada, la justicia restaurativa se interesa en conseguir una solución justa, que restaure a la víctima y a la comunidad del daño producido por el delito²²⁷.

Concretando más el objetivo de la Justicia Restaurativa, SUBIJANA ZUNZUNEGUI²²⁸ viene a decir que “el paradigma de la humanidad exige que la justicia trate de satisfacer hasta el máximo posible las necesidades de los seres humanos que, bien como víctimas o como infractores, participan en el proceso que se mueve ante jueces o tribunales. Su presencia es independiente de la forma en que se plasme la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la Constitución). Por lo tanto, el paradigma de humanidad debe impregnar la justicia tanto cuando responde a una estructura heterocompositiva -en la que el juez resuelve una contienda entre partes confrontadas- como cuando descansa en un modelo autocompositivo -en el que el juez homologa la solución conferida al conflicto por las partes originariamente en disputa-.

De este modo, cabe afirmar que la Justicia Restaurativa pertenece al ámbito más amplio de los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR), siendo la relación de género a especie, ya que bajo la denominación ADR se comprenden otros mecanismos o procesos que carecen de carácter restaurativo, si bien tienen en común aspectos como la informalidad y el carácter preferentemente extrajudicial²²⁹.

5.2. La Mediación Penal

5.2.1.- Un concepto aproximado

Comité de Ministros sobre la mediación en materia penal; la Resolución (2000) 14, de 27 de julio del Consejo Económico y Social de la ONU sobre principios básicos de utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal; y Resolución (2000) de 18 abril con el mismo título que la anterior, en reunión celebrada en Bangkok los días 18-25 de abril.

²²⁶ CANO SOLER, M^a. Á., *La mediación penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 40.

²²⁷ CID MOLINÉ, J., “Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho Penal” en *Revista de Estudios de la Justicia* núm. 11, 2009, pág. 123.

²²⁸ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., “El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa” en *Revista Eguzkilore* núm. 26, 2012, pág. 144.

²²⁹ *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M^a., “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico” en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicación*, (AAVV, coord. TAMARIT SUMALLA, J. M^a.), Comarés, Granada, 2012, pág. 17.

La mediación viene siendo considerada como una herramienta más de la Justicia Restaurativa. No obstante, cabría destacar que, si bien la mediación, en general, se centra en el resultado, la justicia restaurativa lo hace en la relación y en el proceso en sí, por lo que es conveniente no confundirlos²³⁰.

TARDÓN OLMOS conceptúa la mediación como “un mecanismo de participación voluntaria del imputado y la víctima del delito o falta cometidos, en un proceso de diálogo y comunicación conducido por un mediador imparcial, con el objetivo fundamental de conseguir la reparación adecuada del daño causado y la solución del conflicto desde una perspectiva justa y equilibrada para los intereses de ambas partes, que situaría el énfasis en los derechos de las víctimas, en una concepción del proceso penal que se ha dado en llamar justicia reparadora o restauradora, desde la cual, ésta no sería sino una alternativa al propio proceso”²³¹.

Por su parte, BARONA VILAR²³², subrayando la finalidad a la que se dirige, considera el procedimiento de mediación “como un cauce en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de un conflicto penal, con intervención del mediador, restableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima, y el reconocimiento de tal actividad por el victimario. Se trata de un medio de gestión del conflicto que fomenta el diálogo y la reconstrucción de la paz social quebrada por el hecho delictivo y que favorece la minimización de la violencia estatal”. Enfatiza, además, la autora²³³ el carácter de procedimiento y no de proceso, al no existir función jurisdiccional. Postura que compartimos.

A su vez, en el I Congreso Internacional sobre la Justicia Restaurativa y Mediación Penal de 2010, se había definido la mediación penal como “un proceso de diálogo y comunicación gratuito y voluntario entre víctima e infractor conducido por un mediador imparcial con el objetivo de llegar a acuerdos reparadores satisfactorios y libremente aceptados por las partes”.

Con anterioridad a las definiciones reseñadas, la Decisión Marco del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2001, (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, establecía en su art. 1e) que “se entenderá por mediación en causas pena-

²³⁰ Según CANO SOLER, M^a. Á., “la Justicia Restaurativa no es un proceso específico sino más bien un conjunto de principios rectores y valores que ayudan a asumir responsabilidades y a reparar los daños, y ello valiéndose de los diferentes modelos de encuentros específicos, entre los que destaca la mediación”, *La mediación penal*, cit., pág. 62.

²³¹ TARDÓN OLMOS, M., “El estatuto jurídico de la víctima” en *Revista Cuadernos de Pensamiento Político* núm. 19, 2008, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES), pág. 24.

²³² BARONA VILAR, S., “Mediación penal: un instrumento para la tutela penal” en *Poder Judicial* núm. 94, 2012, pág. 24.

²³³ BARONA VILAR, S., “El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España”, (Ponencia del *III Congreso español de Victimología* celebrado en Madrid los días 12 y 13 de noviembre de 2013. La corrección de la diferencia que se realiza se plasma en el hecho de que el procedimiento, como tal, se da en toda actividad jurídica, mientras que el proceso solo puede referirse a la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es decir a la función de juzgar de forma irrevocable.

les: la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”²³⁴.

También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la conveniencia e idoneidad de la mediación, concluyendo en sus sentencias que cada país puede decidir la casuística concreta de los asuntos derivables a la mediación penal²³⁵.

Ciertamente, y ya finalizando este apartado, expresamos nuestra convicción respecto a que la mediación no puede ser un medio para soslayar y evitar la aplicación del Derecho penal, sino que, al contrario, ha de ser un recurso que colabore y participe en su cumplimiento fundamentándose en una perspectiva social de nuevo contenido en el que se crean espacios de comunicación entre los implicados.

5.2.2.- Normativa estatal

Refiriéndonos ya a la normativa de la mediación penal en el sistema español, obligado es señalar que, hasta las reformas introducidas en 2015, a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley 4/2015, de 30 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, su aplicación en el mismo se encontraba prácticamente vetado, si bien había conseguido introducirse con la ayuda del Consejo General del Poder Judicial²³⁶, la Fiscalía y algunos organismos de las Comunidades Autónomas²³⁷.

²³⁴ Como antecedente fundamental -con independencia de la existencia de otros- hemos de señalar la Recomendación R (1999) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la mediación en asuntos penales, fundamental para impulsar los programas al efecto. Definía la mediación penal como todo proceso que permita a la víctima y al delincuente participar voluntaria y activamente, en la solución de las consecuencias derivadas de un hecho delictivo, con la ayuda de un tercero imparcial, el mediador. Además, establecía los principios a tener en cuenta por los Estados miembros para el desarrollo normativo de la mediación en materia penal: voluntariedad, confidencialidad, prohibición de su uso como prueba en procedimientos penales, etc.

²³⁵ De este modo, la STJUE de 21 de octubre de 2010, caso Eredics contra España, establece que: “El artículo 10 de la Decisión marco 2001/220 debe interpretarse en el sentido de que no obliga a los Estados miembros a permitir la mediación para todas las infracciones cuya conducta típica, definida por la normativa nacional, coincida en lo esencial con la de las infracciones para las que esta normativa sí prevé expresamente la mediación”. A su vez en la STJUE de 15 de septiembre de 2011, caso Gueye contra España, se dice: *El artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco 2001/220 debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones*, lo que supone que en los países en que se permite la mediación penal en este tipo de delitos tampoco incumplen, a priori, dicha Decisión.

²³⁶ En la práctica, había conseguido introducirse con la ayuda del CGPJ, la Fiscalía y otros órganos de las Comunidades Autónomas. El CGPJ, en 2009, creó la Vocalía Delegada para impulso y coordinación de la mediación, si bien, ya desde el año 2005 venía patrocinando un programa piloto de mediación penal. También el “Libro Blanco de la Justicia” del Pleno del CGPJ, de 8 de septiembre de 1997 enfatizaba la necesidad de potenciar los mecanismos de mediación dentro y fuera del proceso, aunque ello lo hiciera exclusivamente a los efectos de descargar de asuntos a los juzgados. Más tarde, el “Plan de Modernización de la Justicia”, aprobado por el Pleno el 12 de noviembre de 2008, entre los medios de impulso, señalaba el establecimiento de la mediación. En sentido similar, la “Hoja de Ruta para la modernización de la

En cuanto a la participación -al efecto- de la Fiscalía, señalar que han sido las Fiscaías Superiores de las Comunidades Autónomas las que, a través de la suscripción de Protocolos con los órganos correspondientes de las autonomías, colaboran en el fomento de la mediación penal mediante su participación en los programas experimentales instaurados²³⁸.

En la práctica, la utilización de la mediación en las experiencias piloto realizadas, implica la reconducción de su resultado a la aplicación -en cualquier momento del procedimiento anterior al juicio oral- de la atenuante del art. 21.5 del Código penal, de reparación del daño -o disminución de sus efectos- causado a la víctima por parte del infractor; de modo que en el juicio oral, el Tribunal sentenciador, apreciando dicha circunstancia modificativa, señala la pena al efecto²³⁹.

Sin embargo y aun reconociendo todo el camino ya andado, VARONA MARTÍNEZ²⁴⁰ manifiesta que la sostenibilidad de los Servicios de Mediación depende de cua-

Justicia” de noviembre de 2009, el informe sobre “Propuestas para la reducción de litigiosidad “, de junio de 2012 y en prácticamente todas sus Memorias.

²³⁷ La doctrina entiende que estas experiencias piloto están fuera de la legalidad. Así, MARTÍN DIZ, F., expresa que “hasta la fecha, la mediación penal en España (...) impulsada por experiencias piloto patrocinadas por el Consejo general del Poder Judicial, se ha movido en un escabroso terreno de alegaldad, sin ninguna norma legal de cobertura para su utilización, ni para establecer sus condiciones, requisitos y efectos”, *Vid.* “Mediación y Justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal...* cit., págs. 762 y 763. A su vez, CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., considera también que “En el marco de la Justicia penal para adultos se han desarrollado algunas experiencias piloto de carácter para-judicial, caracterizadas por la mencionada carencia de sustento legal. *A priori*, esa laguna sitúa semejantes prácticas en el plano de la ilegalidad al infringir los principios de ilegalidad y oficialidad de la acción penal”, *Vid.* “Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y Justicia...” cit., pág. 839.

²³⁸ En concreto, en el País Vasco, la experiencia se inició en 2007, cuando se creara, en Barakaldo, el primer Servicio de Mediación Penal, dependiente del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco. Le seguiría Vitoria-Gasteiz, más tarde, en octubre de 2008, Bilbao y finalmente Donostia. El primer Protocolo para su implantación se firmó en 2008 y posteriormente, otro, en junio de 2012, estableciéndose en aquél las normas de funcionamiento del servicio, sus relaciones con los órganos judiciales y la eficacia de los acuerdos que se alcanzaran; y en éste, la celebración de reuniones anuales con los diferentes operadores jurídicos para analizar su recorrido, solventar dudas y buscar mejoras en su aplicación. En la redacción del Protocolo de 2012 surgieron diferencias entre la Fiscalía y el Departamento de Justicia. La Fiscalía entendía que había que terminar con la “mala” práctica -por abuso de funciones- que venían realizando los servicios de mediación, con pretensión de conformar cuestiones jurídicas y no ya sólo fácticas; y por su parte, el Departamento de Justicia se negaba a incluir en el texto una cláusula que -expresamente- obligara a los integrantes del servicio a actuar, en todo caso, con sujeción a las directrices impartidas por los Fiscales. La cláusula terminó siendo introducida.

²³⁹ Aun apreciando la labor de mediación así realizada, es lo cierto que ni remotamente cumple con la función y naturaleza de instrumento de la justicia restaurativa, ya que, ni evita el proceso, ni le pone fin, hay proceso y hay vista oral con independencia del resultado, y, además, en su utilización, necesariamente se alarga el procedimiento, al tenerse que suspender el mismo a tal efecto.

²⁴⁰ VARONA MARTÍNEZ, G., *La evaluación externa de la actividad del servicio de mediación penal de Barakaldo (Julio-Diciembre de 2007)*, disponible en www.justizia.net. (fecha de consulta: 21 de enero de 2018).

tro factores: el marco legislativo, el compromiso continuado de los impulsores y operadores jurídicos, una planificación y apoyo financiero razonables y el respaldo social.

Una vez realizado el anterior inciso, hemos de continuar con la normativa legal española respecto a la mediación penal, donde -necesariamente- habremos de distinguir entre el ámbito de menores y el de adultos, si bien nos referiremos exclusivamente a la esfera de los mayores de edad, en consonancia con el objeto del presente estudio²⁴¹.

Con anterioridad a la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificara la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, la mediación en el ámbito penal y referida a adultos, solo era mencionada en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y precisamente para prohibirla expresamente en ese ámbito. Sin embargo, en los dos intentos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y 2013, se recogía una regulación específica de la mediación penal, como igualmente se hace en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, y a ello nos vamos a referir a continuación. Y si bien, se ha planteado en la doctrina²⁴² la necesidad de estudiar y concretar la correcta -y más apropiada- ubicación legal de su regulación, es lo cierto que las tres -más recientes- tentativas de reforma de las normas procesales penales, las han incluido en sus textos.

²⁴¹ A pesar de lo que -obviamente- no podemos sino señalar que LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, fue la única muestra normativa española tras la aceptación del compromiso establecido desde la Decisión Marco de 2001, hasta 2005; y que la concepción que de la mediación se hace en la misma, ha de ser considerada como una auténtica mediación penal en tanto que el acuerdo entre víctima y agresor nace de un procedimiento desarrollado por un organismo técnico independiente y no jurisdiccional, acuerdo que una vez alcanzado y adoptado sustituye a la sanción penal.

²⁴² MARTÍN DIZ, F., quien se inclina por una regulación independiente y separada de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de una norma específica al efecto y considera como momento más idóneo para su realización y promulgación, “el coetáneo a la norma procesal penal general”. Y lo fundamenta en base a que “proceso y mediación comparten el ser mecanismos de resolución de conflictos. (...) No son equiparables, el proceso es heterocompositivo. La mediación autocompositiva. Juez y mediador son terceros ajenos al proceso con estatuto, atribuciones y funciones que no son comparables ni equiparables”. *Vid.* “Mediación y Justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal” en *Reflexiones sobre el nuevo...*, cit., pág. 767. En el mismo sentido, PLANCHADELL GARGALLO, A., cuando manifiesta que refiriéndose a la regulación de la mediación penal en el Borrador de Código Procesal penal: “Quiero pensar que tan reducida atención no responde a razones de desidia o a la desconfianza del legislador hacia esta institución, sino que tal proceder obedece a que estima preferible su regulación en una norma independiente, como se ha hecho con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Vid.* “La mediación ante las recientes reformas procesales penales” en *El Proceso Penal. Cuestiones...* (AAVV, coord. FUENTES SORIANO, O.), págs. 838 y 839. **En contra**, GONZÁLEZ CANO, M^a. I., señalando que “(...) entendemos que la mediación penal debe entenderse como una modalidad autocompositiva de resolución del conflicto penal que, en los casos y con los presupuestos precisos, debe preverse en la ley procesal penal (...) la naturaleza complementaria, integrada y proporcional de la mediación penal impone que su regulación esté contenida en la ley procesal penal, al ser igualmente una institución que va a incidir de forma capital tanto en la consecuencia jurídica del delito como en el inicio, el desarrollo y la terminación del proceso penal (...) la ley procesal penal debería ser el lugar adecuado para establecer los caracteres esenciales de la mediación penal, las reglas de derivación, las garantías aplicables en el procedimiento, la terminación del mismo y sus efectos”, *Vid.*, “La integración de la mediación en el sistema procesal penal a través...”, cit. págs. 678 y 670.

En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, se regulaba de forma específica la mediación penal como medio de resolución de conflictos. En su Exposición de Motivos se decía que “la mediación no puede consistir en una especie de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*. No se trata de otorgar a los particulares un poder omnímodo de disposición como el que les está atribuido en los estrictos supuestos de delito privado. Al contrario, la mediación ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima. Aparece así, la mediación como un mecanismo al servicio del principio de oportunidad. Podrá el fiscal (...) de esta forma, como director de la investigación, impulsar, a través de la mediación y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego”²⁴³. Y tras la declaración de intenciones, se regulaba la mediación en los artículos 157 a 160 del Anteproyecto, estableciendo sus principios, procedimiento y consecuencias²⁴⁴.

Entendemos que, en dicho texto, se adoptaba un modelo de mediación coherente con su naturaleza, como complemento al proceso judicial -y vinculado al principio de oportunidad- que, llegando al consenso, evitaba el proceso o lo finalizaba²⁴⁵. Y ello con

²⁴³ Para BARONA VILAR, S., la mediación no afecta ni al principio de exclusividad de la jurisdicción, ni al monopolio estatal del *ius puniendi*, ya que han de ser los Tribunales los que controlen los resultados de la mediación y los que, en su caso, atribuyan o no relevancia jurídica a lo acordado, y la denomina modalidad autocompositiva intraprocesal, bien para poner fin al proceso de forma anticipada -sobresimiento por razones de oportunidad reglada- o ya para poner fin al proceso a través de la sentencia, *Vid.* “Mediación penal: un instrumento...”, cit., pág. 24. En el mismo sentido, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., para quien la mediación penal únicamente puede ser concebida como una fórmula compositiva integrada en la justicia penal, por cuanto que la reacción al hecho criminal debe ser homologada por el Estado, a través del sistema institucional de Justicia, *vid.* “El paradigma de humanidad en ...”, cit., págs. 150 y 151. Igualmente, CASTILLEJO MANZANARES, R., quien manifiesta que “la incorporación de la mediación al proceso penal no debe suponer una alteración del *ius puniendi* del Estado, y en ningún caso, supone la aparición por sustitución de éste, el *ius puniendi* de las víctimas (...) Son y seguirán siendo los tribunales los que controlen el buen desarrollo del procedimiento mediador, porque existirán prevenciones procesales para garantizar la presunción de inocencia y los derechos procesales de las víctimas (...)”. *Vid.* “El procedimiento de Mediación en el marco del proceso penal” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, cit. pág. 740. También, GONZÁLEZ CANO, M^a. I., quien señala que “partimos de un modelo de justicia restaurativa a través de la mediación, pero en cualquier caso encuadrando ésta, funcional y orgánicamente, en la justicia penal. No hablamos tanto de una justicia penal alternativa, sino de una alternativa a la forma de terminación normal y contradictoria del proceso penal, a través del consenso entre las partes (...) el procedimiento de mediación debe ajustarse a los principios y garantías básicas del proceso penal”. *Vid.* “La mediación en el Proceso Penal. Perspectiva de futuro de la justicia restaurativa en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso...*” cit., págs. 694 y 703.

²⁴⁴ Se establecían como principios la voluntariedad, la gratuidad, la oficialidad y la confidencialidad. Y en cuanto a las consecuencias, se posibilita al Fiscal para, valorando los acuerdos alcanzados, o bien decretar el archivo en aplicación del principio de oportunidad con imposición del contenido del pacto como regla de conducta; o bien proceder por las reglas del procedimiento de conformidad. En cuanto a los principios, critica MARTÍN DIZ, el olvido del legislador del “imprescindible principio de igualdad entre los intervinientes y alguna referencia más explícita a la buena fe”, *vid.*, “Mediación y Justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso...*, cit., pág. 765.

²⁴⁵ De este modo, respecto a los llamados “procedimientos urgentes” -próximos al actual

absoluto respeto del derecho a la tutela judicial efectiva, al quedar libre a la víctima el acceso al proceso²⁴⁶.

A su vez, el Anteproyecto posibilitaba la mediación penal en dos momentos del proceso penal, ya fuera en la instrucción (arts. 158, 159); ya en el juicio oral y ante el órgano sentenciador (art. 160), a solicitud expresa de todas las partes supuesto éste que conllevaba como efecto la aplicación del acuerdo alcanzado como circunstancia atenuante, bien distinto a los derivados de la mediación en la fase de instrucción: evitar el propio proceso (sobreseimiento con imposición de reglas de conducta) o poner fin al juicio oral (por remisión al instituto de la conformidad).

En cuanto a la regulación que el Borrador de Código de Proceso Penal de 2013 recogía para la mediación penal, hemos de comenzar refiriéndonos a su Exposición de Motivos en la que se concretaba que “la mediación se concibe como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador), con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a las personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y sus consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación, tanto material como simbólica”. Y continuar con la definición que, de la mediación penal, se realizaba en su art.143, según el cual “Se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este Título, al procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima, libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo”.

Criticaba la doctrina²⁴⁷ la deficiente e incompleta regulación de la mediación en el texto, ante la inexistencia de referencias concretas a los principios, -que han de extraerse entre líneas- condiciones objetivas y subjetivas de aplicación y procedimiento. En cuanto a los principios, quedaba en el olvido la confidencialidad, sustituyéndolo por la obligación en exclusiva del mediador de secreto profesional, lo que consideramos incorrecto porque el mismo -y sobre todo en mediación- ha de afectar a todos los intervinientes. Tampoco contenía el texto los momentos procesales de acceso, ni su forma, ni un procedimiento específico, ni el plazo máximo de duración, lo que agravaba la cuestión, teniendo en cuenta la remisión que realizaba a la Ley 5/2012, ya que, en ella, tampoco se regula dicho límite temporal.

Más grave resulta aún, la inconveniente -a nuestro entender- remisión general apuntada que realiza el art. 144.1 del Borrador a la Ley 5/2012, de mediación de asuntos civiles y mercantiles, utilizada -como no podía ser de otra manera- para la resolución

procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos- el art. 673 ALECRim 2011, posibilitaba la conclusión de los mismos por remisión a la mediación. A su vez, el art. 701 y en relación con los procedimientos por delito privado, establecía la posibilidad de solicitar la suspensión al Juez de Garantías para acudir a la mediación; y en caso de avenencia, la misma se consideraba causa de extinción de la responsabilidad pudiendo el Juez archivar el procedimiento sin más trámite.

²⁴⁶ Así, el art. 460 del ALECRim de 2011 establecía que el fiscal “como alternativa a la investigación”, podría decretar la remisión al sistema de mediación penal cuando apreciase inicialmente la concurrencia de sus presupuestos.

²⁴⁷ Entre otros, MARTIN DIZ, F., “Mediación y Justicia Penal...” cit., págs. 768 y 769; y PLACHADELL GARGALLO, A., “La mediación ante las recientes reformas...” cit., págs. 613 y 614.

extrajudicial autocompositiva de litigios de naturaleza absolutamente distinta y con derechos en juego -tanto materiales como formales- completamente dispares a los que atañen al conflicto penal. Al mismo tiempo, realizaba un tratamiento de la mediación penal vinculada -y en paralelo- al proceso judicial, lo que implicaba no dar un completo cumplimiento a la previsión de la Directiva comunitaria de 2012²⁴⁸.

Ciertamente, tampoco podemos dejar de referirnos a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, con el que se daría cumplimiento a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se imponen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas. Y hemos de referirnos necesariamente a ella por cuanto que marca un hito²⁴⁹ al introducir la mediación como solución complementaria al proceso penal, señalando en el apartado VI de la Exposición de Motivos que: “Se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa (...) por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento²⁵⁰ de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio”. Y consecuentemente, se desarrollan en el texto los derechos que le asisten, entre los que cabe mencionar los referidos a los servicios de justicia restaurativa, concretamente en los arts. 3, 5.k) y sobre todo en el art. 15 -bajo la denominación de Servicios de justicia restaurativa- en cuyos numerales 1 apartado d), 2 y 3 se menciona expresamente la mediación, si bien parece que confunda los términos.

²⁴⁸ Queremos pensar que, en la norma que definitivamente se dicte, bien dentro de una reformada Ley de Enjuiciamiento Criminal, bien en norma específica aparte, se resuelvan y complementen los problemas y carencias que la doctrina ha destacado.

²⁴⁹ Como indica LLORENTE SALINAS, M^a. A., “La mediación como medio complementario de resolución de conflictos” en *El Proceso Penal. Cuestiones fundamentales...* cit. pág. 619.

²⁵⁰ Un amplio sector doctrinal alerta respecto del requisito referido al reconocimiento por el infractor de los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad, por cuanto supone de anulación del principio de presunción de inocencia. Por todos CASTILLEJO MANZANARES, R., se pregunta “Dónde queda la presunción de inocencia con esta previsión” y ello a pesar de que la Directiva 2012/29, exija como condición mínima el reconocimiento por el infractor de ‘los elementos fácticos básicos del hecho’, Vid., “El fomento del principio de oportunidad” en *El Proceso Penal...*, cit., pág. 596. Otros autores abogan por la eliminación de tal condición como ALONSO SALGADO, C., “Una dificultad más en el camino: la eventual afectación de derechos fundamentales en la mediación celebrada en el seno del proceso penal”. Vid., “Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido” en *Revista Criminología y Justicia*, núm. 4, 2012, págs. 65 y 69. También ORDEÑANA GEZURAGA, I., para quien el recurso a la mediación nunca puede significar el reconocimiento de la comisión de los hechos o la culpabilidad por una de las partes, porque ello supondría la infracción más grave de la presunción de inocencia, Vid. “Mediación Penal: una alternativa que funciona” XVII *Congreso de Estudios Vascos: Innovación para el progreso social sostenible*, (AAVV, coord. BORJA ÁLVAREZ, J. A.), Eusko Ikaskuntza, Donostia, 2012, pág. 1945. Además, otro sector, se inclina por el establecimiento de límites para la admisión o derivación del caso a mediación con el fin de preservar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Por todos, SÁEZ VALCÁRCEL, R., “La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización” en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2062-1, 2008, pág. 1765.

También en el texto han de resaltarse otras notas²⁵¹. Así, se establece como finalidad de los servicios restaurativos la obtención por la víctima de una adecuada reparación moral y material, partiendo de la base de la desigualdad existente entre víctima e infractor; se señalaba expresamente los requisitos para el acceso a la mediación; se determina que la ley permita la mediación para infracción concreta cometida; concreta la limitación del procedimiento de mediación en supuestos que supongan un riesgo de seguridad para la víctima; y, en fin, se obliga a la confidencialidad de los debates.

Finalmente, habremos de referirnos al modelo que se establece en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020.

La Justicia Restaurativa viene regulada en el Anteproyecto como una forma especial de terminación del procedimiento penal, dedicándole cinco artículos en los que se establecen los principios, el procedimiento, las consecuencias, así como su posibilidad de utilización en el juicio oral y su repercusión sobre el instituto de la prescripción (artículos 181 a 185).

Los principios sobre los que se fundamenta son los de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad, siendo que el Fiscal podrá de oficio o a instancia de parte remitir a las partes al servicio de justicia restaurativa, estableciéndose un plazo de tres meses para su desarrollo.

También -y ya en la ejecución- el Juez, previa audiencia del Fiscal, podrá acordar que las partes acudan al procedimiento de Justicia Restaurativa.

En cuanto a las consecuencias, según el mencionado Anteproyecto, el Fiscal a la vista de los resultados podrá: a) decretar el archivo por oportunidad imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados por las partes; b) proceder conforme a las reglas de la conformidad.

A la espera de la futura aprobación de la nueva norma ritual, a la vista de la *vacatio legis* establecida y creyendo innecesario mayor profundización a efectos de nuestro -tantas veces anticipado afán- pasamos a rastrear la aplicación práctica de la mediación en su ilación con la reparación en el Código Penal español.

5.2.3.- Aplicación concreta

Partiendo de un modelo de mediación complementario e incluido en el proceso penal, participando por tanto, de sus presupuestos, condiciones, garantías y efectos, derivamos necesariamente en el principio de proporcionalidad procesal o posibilidad en manos del ordenamiento procesal al efecto de establecer distintas -y diversas- vías de resolución del conflicto, tomando en consideración, tanto el hecho, los partícipes en el mismo y los fines pretendidos²⁵². Y de este modo, la reparación -en cuanto finalidad de la mediación- viene reclamándose como un ejemplo más de dicho mecanismo complementario del proceso penal; siendo que, así entendida -la reparación- puede abarcar

²⁵¹ CANO SOLER, M^a. Á., *La mediación penal*, cit., págs. 166 a 168.

²⁵² BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 272 y ss., donde la misma autora recoge también las principales referencias doctrinales sobre la integración legal de la mediación penal.

múltiples posibilidades: desde su apreciación como atenuante, hasta el sobreseimiento por razones de oportunidad²⁵³.

Consideramos que la reparación en el Derecho penal cumple un doble cometido: respecto del infractor, disminuye los efectos derivados de la comisión del hecho delictivo, bien aminorando la pena, bien concediéndole beneficios para su suspensión y/o sustitución, pudiendo en ocasiones concienciarle del daño ocasionado y hacer que se responsabilice íntegramente del mismo; y respecto de la víctima, reduce las consecuencias del delito, al considerar sus necesidades de resarcimiento de forma rápida y efectiva.

En el sentido que venimos indicando, el Código penal español, regula la reparación del daño desde distintos puntos de vista, estableciendo diferentes métodos de resarcimiento a las que nos referiremos seguidamente. Y si bien el texto no define su concepto, es lo cierto que la reparación tiene un contenido más amplio y disímil del que allí se recoge²⁵⁴.

La reparación puede ser regulada en su consideración de responsabilidad civil derivada del delito y es desde esta perspectiva, como viene establecida en los arts. 109 y siguientes del Código penal. De esta suerte, a diferencia del ámbito civil -en el que la responsabilidad civil es consecuencia directa de la concurrencia de un daño material o moral para una persona individualizable y se agota en la compensación de ese daño- en la reparación penal, el daño ostenta una trascendencia social que requiere, sobre todo, -y con independencia del resarcimiento del perjuicio ocasionado- la imposición de una respuesta determinada y concreta que se hace depender de las necesidades de prevención respecto de la gravedad de la conducta y de la relevancia del bien jurídico afectado²⁵⁵.

También puede actuar la reparación como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, *ex art. 21.5ª del CP*, que -incidiendo sobre la pena, concierne a su intensidad y la concreta, graduándola²⁵⁶. Y es precisamente esta modalidad, la que -como consecuencia de la laguna legal al efecto- se adopta en los procedimientos de mediación penal en la actualidad, siendo su condición temporal, la de llevarse a efecto antes de la celebración del juicio oral.

²⁵³ Como ya hemos indicado en el momento de tratar del procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves tras la reforma introducida por LO 1/2015, de 30 de marzo, a través de la misma se introduce el principio de oportunidad en fase anterior al juicio, al preverse la posibilidad de acordar el sobreseimiento ante la concurrencia de algunas circunstancias entre las que se encuentran la escasa gravedad del hecho y la inexistencia de interés público relevante en su persecución, de modo que, en los delitos leves de carácter patrimonial, directamente ha de entenderse que no existe interés público relevante cuando se hubiere procedido a la reparación del daño.

²⁵⁴ Para distintos conceptos de “reparación”, consúltese entre otros, GARCÍA PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 91 y ss.

²⁵⁵ GARRO CARRERA, E., y ASUA BATARRITA, A., “La atenuante de reparación del daño” en *Atenuantes de reparación del daño y de confesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 15 y 16.

²⁵⁶ Recordamos aquí la existencia de algunos delitos en los que la reparación es parte integrante del tipo y señalamos modo de ejemplo, delitos contra el patrimonio público, contra los recursos naturales y el medio ambiente, a los que obviamente, no podrá serles aplicada la atenuante.

Desde esta segunda consideración, -reparación como atenuante- aquella que provenga de un acuerdo conseguido en mediación penal, alcanza una singularidad propia respecto al acto unilateral de la reparación del daño, y ello, por la participación de la víctima en un acuerdo bilateral, voluntario y consensuado, que la convierte en la protagonista de la forma de alcanzar acuerdo²⁵⁷.

Igualmente, hemos de contemplar la reparación desde su utilidad y eficacia a la hora de la obtención de beneficios en la ejecución de la pena, bien en la fase posterior a la sentencia y previa a la ejecución, bien en la ejecución ya iniciada.

Respecto de esta tercera forma de instrumentalización de la reparación, la misma tiene una incidencia fundamental en la suspensión de la ejecución de la pena cuando concurren también el resto de requisitos conforme al art. 80 CP; y en la sustitución de la misma, que -si bien la figura fue suprimida en la reforma de 2015 -ahora viene regulada en el art. 84 CP como una modalidad de suspensión de la ejecución, a través de la que el Juez está facultado a condicionar la misma al cumplimiento por el condenado de lo acordado en un proceso de mediación²⁵⁸.

Finalmente, una vez iniciada la ejecución, la mediación puede ser valorada al efecto de conceder al penado la libertad condicional, para obtener el tercer grado penitenciario, así como otros tipos de ventajas penitenciarias (arts. 90 y 91 CP). Véase que, en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, se admite expresamente el recurso a la justicia restaurativa en ejecución.

6.-Últimos patchworks de nuestro sistema para la solución de las dilaciones indebidas y agilización de la Justicia Penal

Y si bien nuestro ordenamiento jurídico consagra la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, es lo cierto que se han hecho concesiones al principio de oportunidad, en la modalidad de oportunidad reglada, no puramente discrecional, probablemente gracias tanto a la tendencia europea como a las necesidades concretas de nuestro sobrecargado sistema judicial, amén de la necesidad de rehabilitación del delincuente y su reinserción social, así como a la necesidad de liberar a los Juzgados de Instrucción de la tramitación y enjuiciamiento de los considerados ilícitos de poca entidad y llamados delitos “bagatela”.

Convenientemente, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989, de 8 de marzo, tratando de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento abreviado, dedicaba un apartado a la introducción del principio del “consenso”²⁵⁹.

²⁵⁷ Vid. ALCÁCER GUIRAO, R., “La mediación penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación” en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011, págs. 119 y ss.

²⁵⁸ Para SUBIJANA ZUNZUNEGI, la reparación tras la sentencia constituye “un factor de neutralización del riesgo de recidiva” que, en determinados casos, legitima la inejecución condicionada de la pena, y, en otros, que se proceda a su sustitución, mientras que la reparación durante la ejecución penitenciaria constituye “un factor de inserción social constructiva” que permite, según los casos, la aplicación de medidas penitenciarias, como la clasificación en segundo o tercer grado, o la concesión de la libertad condicional. Vid. “El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa”, cit., págs. 151 y 152.

²⁵⁹ En este sentido, se señalaba que “(...) la reforma se hace eco de las más recientes

También, como veremos seguidamente, la solución al retardo en la Justicia Penal venía siendo dada a través de la Jurisprudencia del TS.

6.1.- La solución a través de la atenuación de la pena

La evolución jurisprudencial del TS en el tratamiento del resarcimiento por dilaciones indebidas en el proceso penal se contenía ya en la STS, Sala Segunda, de 8 de junio de 1999 en la que se decía *“El Pleno de la Sala de lo Penal había establecido en su sesión del 2-10-92 que tal reparación no era posible en el marco del Poder Judicial y que la comprobación de dilaciones indebidas sólo debía servir de fundamento para solicitar el indulto y, eventualmente, una indemnización a favor del acusado. En el reciente Pleno del 21-5-99, la Sala de lo Penal ha considerado necesario modificar este punto de vista. Al menos tres razones sugieren una nueva orientación en esta materia: a) En primer lugar, es preciso reconocer que desde un punto de vista institucional los Tribunales del Poder Judicial deben tener la capacidad de reparar la lesión de un derecho fundamental, pues precisamente cuando un Tribunal juzga que se han producido lesiones de derechos, debe hacer ejecutar lo juzgado y ello implica necesariamente que debe establecer cuál es la reparación de la lesión jurídica constatada. Desplazar esta facultad al Ejecutivo, por lo tanto, resulta difícilmente compatible con el art. 117 CE y podría vulnerar el principio de división de poderes en el que se asienta la Constitución; b) Asimismo, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se comprueba que el derecho a acceder a un Tribunal se vería prácticamente anulado, si ese Tribunal carece de la facultad de reparar la lesión jurídica; c) Después de la primera decisión del Pleno de la Sala se produjo la reforma de la ley penal en la que el legislador no ha dado una solución expresa a esta cuestión”*²⁶⁰.

*corrientes procesales del entorno europeo, según las que, en el proceso penal, frente a las zonas de conflicto, propias de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso, que eliminen conflictos innecesarios a los fines del proceso y de la función resocializadora de la pena. Mientras las primeras deben reservarse para la persecución de la criminalidad grave, que es reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que fijen y esclarezcan el conflicto, la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva, e integrada por hechos que son incidentales en la vida de su autor, debe conducir a soluciones consensuadas que contribuyan a la no estigmatización de quien por la ocasionalidad de su delito y la propia aceptación de su responsabilidad, está revelando ya una actitud socializadora. Se ha dicho que la búsqueda del consenso en tales casos es un imperativo ético-jurídico, que entre nosotros vendría apoyado en dos parámetros constitucionales: 1º, que la obtención del consentimiento del acusado de someterse a una sanción constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad, proclamada en la Constitución (art. 10.1); 2º, que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción, implican una actitud socializadora que facilita la reinserción social, reclamada como fin de la pena en el artículo 25.2 de la Constitución Española y que en lo posible no debe ser perturbada ni por la continuación del proceso, ni por la sumisión a la ‘estigmatización’ del juicio oral. Cuestión ésta sobre la que es preciso llamar la atención de los señores Fiscales, pues implica un notable cambio en los modos de actuación del Ministerio Público, que por imperativo de la obligación impuesta en el artículo 781 de procurar la simplificación del procedimiento, **deberá promover esas soluciones facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa, especialmente en los delitos menos graves y de menor trascendencia social, esto es, en el de las infracciones penales conocidas como “bagatelas”.***

²⁶⁰ Más tarde, la STS 77/2006, de la Sala Segunda, de 1 de febrero (Ponente Giménez García, Joaquín) rechazaría la alegación de tardanza irrazonable y, con ello, la aplicación de la

Como consecuencia de esta evolución jurisprudencial, la reforma del Código Penal, realizada por LO 5/2010, de 22 de junio, consagró legalmente la atenuante de dilaciones indebidas en el apartado sexto del art. 21 de dicho texto legal en los siguientes términos: “La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”.

Si bien consideramos que los requisitos para la aplicación práctica de esta atenuante siguen todavía perfilándose, pueden señalarse los parámetros básicos al efecto y que se recogían en la STS 526/2013, de 25 de junio, no siendo otros que la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos judiciales en relación con los medios disponibles²⁶¹. Es decir, nada nuevo, en cuanto que recoge los criterios tanto del TEDH como de nuestro TC.

No obstante lo anterior, y a diferencia de los requisitos procesales que se exigen para la interposición del recurso de amparo, no lo son para presentar queja previa ante el Juzgado o Tribunal que está conociendo del caso²⁶². En concreto, la STS 505/2009, de

atenuante analógica de dilaciones indebidas, por ser cuestión nueva planteada por primera vez en casación y por no poderse apreciar una tardanza excesiva imputable al Juzgado. Los hechos habían ocurrido en 1991, siendo denunciados en el año 2000, a punto de cumplirse los 10 años de prescripción. Se trataba de un individuo que había cometido abusos sexuales contra su hija de cuatro años. La niña, tras varios cuadros de anorexia, relató los hechos cuando tenía 14 años, faltando unos meses para que se diera la prescripción (pena de 7 a 10 años de prisión por los abusos sexuales del art. 181.1 y 2, en relación con el art. 182. 1 y 2 y 10 años de prescripción conforme al art. 131 del Código penal. El TS consideró que concurrían circunstancias que exigían disminuir el mínimo legal de 7 años, pues *“sabido es que el fundamento de la prescripción del delito es el olvido social del mismo. En el presente caso, en la medida que el delito tuvo lugar en la intimidad de la familia, su resonancia fue menor y por tanto el olvido social del mismo más intenso (...) podemos y debemos rebajar la punibilidad del hecho, pues el tiempo transcurrido desde su comisión sin investigación, atenúa la culpabilidad por ese casi olvido social del delito, y si la culpabilidad es el presupuesto y la medida de la punibilidad, la disminución de aquélla debe de tener incidencia en la determinación de ésta (...) también llegaríamos a la misma conclusión de la disminución punitiva por la vía de las exigencias del principio de proporcionalidad (...) que aunque no expresamente reconocido en la CE, no puede dudarse de su existencia y vigencia (...) desde las exigencias del principio de proporcionalidad no sería admisible que la individualización no tuviera en cuenta que los hechos se denunciaron cuando faltaba un año para los 10 de la prescripción del delito. En consecuencia, estimamos concurre la atenuante analógica citada (art. 21. 6ª), en relación con la prescripción del art. 131 CP de manera muy cualificada y por tanto con los efectos punitivos previstos en el art. 66. 2ª en su actual redacción equivalente al pár.4º del mismo art. en la redacción anterior a la LO 11/2003, dada la proximidad temporal para la estimación de la prescripción del delito. Por ello procede por esta vía y en aplicación de la doctrina de la voluntad impugnativa -SSTS 1252/1998, 306/2000, 1812/2002, etc.- la estimación parcial del recurso...”* Ello no implica que quienes suscribimos este trabajo estemos de acuerdo.

²⁶¹ Vid. la ya mencionada STS 66/2021, de 28 de enero, (Ponente: Hernández García, Javier).

²⁶² SSTS 505/2009, de la Sala Segunda, de 14 de mayo, (Ponente: Sánchez Melgar Artemio); 1497/2002, de la Sala Segunda, de 23 de septiembre, (Ponente: Bacigalupo Zapater, Enrique); 739/2011, de la Sala Segunda, de 14 de julio (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón); 526/2013, de la Sala Segunda, de 25 de junio, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón), entre otras.

la Sala Segunda, de 14 de mayo, (Ponente: Sánchez Melgar, Julián Artemio), señala que *“En el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24.2 CE, sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza. La obligación de colaborar con el órgano judicial, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (art. 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye”*.

También es fundamental, la ponderación del tiempo transcurrido y, sobre todo, el inicio del cómputo, bien sea la fecha de comisión de los hechos, bien la incoación del procedimiento, bien la de imputación. Y en este punto, hay resoluciones para todos los gustos.

Sobre el inicio del término a contar, una mayoría -no absoluta- de sentencias se inclina a que el tiempo debe de empezar a contar desde que se empieza a instruir la causa en fase de instrucción, ya que según este criterio *“(…) no existe el derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud. No existe, en definitiva, el derecho a ser imputado sin dilaciones. Baste ahora con precisar que la referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla, sin más, la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado”*²⁶³.

No obstante, también podemos encontrar sentencias en las que, sin desarrollar doctrina alguna en sentido contrario, se valora expresamente la fecha en que acontecieron los hechos, o la fecha en la que comenzaron las investigaciones policiales, e incluso, la fecha en que se presentó la querrela.

Llegados a este punto no podemos sino manifestar la falta de seguridad que producen estas inconcreciones a quienes nos encontramos en “primera línea” de la práctica penal. En cualquier caso, el abanico -del supuesto criterio- se amplía hasta límites insospechados a la hora de llegar a conformidades ante los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales.

En lo que hace al plazo final en el que se da por terminado el proceso y consecuentemente del período que permite medir o cuantificar el plazo del mismo, el criterio mayoritario es el de establecerlo en la celebración del juicio. Sin embargo, también encon-

²⁶³ La STS 375/2017, de la Sala Segunda, de 24 de mayo, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel) reitera este criterio. *Vid.* en el mismo sentido, las más recientes aún SSTs, de la Sala Segunda, 559/2020, de 29 de octubre (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón); STS 528/2020, de 21 de octubre (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón); STS 457/2020, de 17 de septiembre, (Ponente: Llarena Conde, Pablo); STS 366/2020, de 2 de julio, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Manuel); y STS273/2020, de 3 de junio, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel).

tramos Sentencias en las que se toma como base el tiempo que se tardó en dictar Sentencia en primera instancia, el de notificación a las partes, e incluso el tiempo de dictado de Sentencia en la segunda instancia²⁶⁴.

Si bien en los últimos años se ha ido elaborando abundante Jurisprudencia al respecto -aparte de las sentencias ya mencionadas-, es lo cierto que la misma no permite establecer una “regla matemática”, bien porque se acude al criterio imponderable de la complejidad de la causa, bien porque se refiere únicamente a ciertos tipos de delitos como son los referidos a la salud pública, estafa, lesiones y abusos sexuales y, sobre todo, por cuanto que no se mantiene un criterio unificado para medir la lentitud o no de la Justicia²⁶⁵.

A modo de ejemplo, en la STS 360/2014, de la Sala Segunda, de 21 de abril, (Ponente: Jorge Barreiro, Alberto Gumersindo) se explica que la atenuante por retraso en la tramitación de una causa penal (dilaciones indebidas) “(...) *ha de acogerse unas veces en la condición de simple y otras, en la de especialmente cualificada, atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del art. 21.6ª del C. Penal. Y así se consideraron plazos irrazonables: nueve años de duración del proceso penal (SSTS 655/2003, de 8 de mayo; y 506/2002, de 21 de marzo; ocho años (STS 291/2003, de 3 de marzo); 7 años (SSTS 91/2010, de 15 de febrero; 338/2010, de 16 de abril; y 590/2010, de 2 de junio); 5 años y medio (STS 551/2008, de 29 de septiembre); y 5 años (SSTS 271/2010, de 30 de marzo; y 470/2010, de 20 de mayo). De otra parte, en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un período que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero, (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre, (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero, (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (diez años); 805/2012, de 9 de octubre (10 años); y 37/2013, de 30 de enero (ocho años)”*.”

A la vista de la Jurisprudencia examinada es evidente que carecemos de doctrina uniforme y que habremos de estar a la casuística concreta²⁶⁶.

²⁶⁴ SSTS, de la Sala Segunda, 988/2011, de 30 de septiembre, (Ponente: Sánchez Melgar, Julián Artemio); y 271/2010, de 30 de marzo, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón), entre otras.

²⁶⁵ Sirvan como ejemplo las SSTS de la Sala Segunda, 949/2013, de 19 de diciembre, (Ponente: Conde-Pumpido Touron, Candido); 890/2013, de 4 de diciembre, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón); 907/2013, de 18 de noviembre, (Ponente: del Moral García, Antonio).

²⁶⁶ No podemos resistirnos a la tentación de mencionar el uso que de las dilaciones indebidas realizó el Tribunal en el caso Fabra, en el que la sentencia de instancia no recayó hasta casi una década después del inicio de las diligencias, -sentencia 354/2013, de 25 de noviembre, de la sección primera de la Audiencia Provincial de Castellón-, por lo que se aplicó la atenuante simple de dilaciones indebidas y no la muy cualificada que pedía la defensa. Con fecha 10 de septiembre de 2014, la Audiencia acordó la suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramitaba el indulto que el condenado solicitó, fundamentando tal decisión en los párrafos 1º y 2º del art. 4.4. CP que reza así: “*Si mediara petición de indulto, y el juez o tribunal hubiere*

6.2.- La solución a través del establecimiento de plazos concretos en la fase de instrucción. El artículo 324 LECrim según redacción dada por Ley 41/2015, de 5 de octubre.

6.2.1.- En general

Hace ya mucho tiempo que viene argumentándose la necesidad de poner plazos perentorios y preclusivos en el proceso penal, sobre todo en la fase de instrucción, habiendo de añadirse que incluso se había llegado a plantear la posibilidad de castigar con el archivo de la causa el incumplimiento de dichos plazos.

La FGE, en su Instrucción 3/1993, afrontaba esta cuestión cuando señalaba: “*Se olvida en ocasiones, que el mandato constitucional del art. 120.2, referido al carácter predominantemente oral del proceso, sobre todo en materia criminal, suele ser desplazado por un concepto burocratizado de la fase preparatoria del juicio oral. Bien explícita es la filosofía del legislador ordinario cuando, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/88, creadora del Procedimiento Abreviado, señala entre los objetivos de la reforma el ‘lograr en el seno del proceso penal una mayor simplicidad’ anunciando que ‘se aligera el proceso penal de actuaciones inútiles’, esperando con ello una mayor celeridad en la fase de juicio oral*”. Y añadía: “*Mal se concilia tal propósito legislativo con una instrucción exageradamente prolongada en el tiempo y sin que la naturaleza del hecho denunciado ni la adecuada tipificación del mismo así lo imponga*”²⁶⁷.

Y a la vista de la reforma operada *ex* Ley 41/2015, de 5 de octubre, juzgamos importante cuestionarnos -como mínimo- si realmente, la reforma viene teniendo entidad suficiente para cambiar el rumbo de nuestro -deficitario- proceso penal o, si, por el contra-

apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resulta sobre la petición formulada”. Esta interpretación del Tribunal hace que, una vez pedido el indulto, la concesión de la suspensión sea automática. Entendemos que esta deducción es absolutamente contraria a una interpretación sistemática del ordenamiento penal y completamente opuesta a las finalidades que se persiguen con la suspensión. Consideramos que no es la ejecución de la pena lo que puede conllevar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sino que la vulneración ya se ha producido con anterioridad y precisamente, en atención a ello, ya se le ha rebajado la pena mediante la correspondiente aplicación de la circunstancia atenuante en la modalidad que fuere.

²⁶⁷ Y añadía: “*La aspiración de celeridad, el deseo de aliviar la instrucción sumarial de las diligencias sobrantes, no son irreconciliables con el escrupuloso respeto de las garantías del justiciable. Baste recordar cómo el artículo 314 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal apunta que las diligencias pedidas y denegadas en el sumario podrán ser propuestas de nuevo en el juicio oral (...) De ahí que toda desviación respecto de la búsqueda de la esencia del hecho denunciado, toda divagación en torno a aspectos no nucleares e indispensables para la calificación del factum, puede considerarse una desviación heterodoxa de los fines de la instrucción y, por tanto, inútil. La fase instructora sólo se justifica por la necesidad de indagación y calificación del hecho delictivo (...) Se pide a los Fiscales, en consecuencia, que se constituyan en órganos genuinamente activadores del proceso penal, que impulsen la labor judicial instructora, impidiendo así anómalas interrupciones en la tarea investigadora y que tampoco favorecen al esclarecimiento de la verdad, tanto cuando esa verdad exija la apertura del juicio oral, como cuando imponga el rápido archivo de las diligencias*”.

rio, se trata una reforma, sin más, que vuelve a posponer el necesario cambio de modelo procesal, acorde con el resto de legislaciones europeas.

Ya se sabe que toda Ley es lo que la Jurisprudencia hace -y dice- de ella, por lo que era lógico estar a la espera de las correspondientes interpretaciones sobre el contenido del actual art. 324 LECrim. Y a ello nos habremos de dedicar, sobre todo, en el apartado referido a los efectos relacionados con el transcurso de los plazos, punto del que, como no podía ser de otra manera, se han derivado la mayoría de las cuestiones.

En efecto, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y fortalecimiento de las garantías procesales, en vigor desde el 6 de diciembre de 2015, estableció en su art. 324 un sistema de plazos para la instrucción de las causas penales, lo que generó, además de controversia, bastantes interrogantes²⁶⁸.

Sea como fuere, consideramos necesario -con independencia de su obiedad- recalcar unas cuentas ideas sobre el modelo procesal en el que se ha realizado la reforma.

Ciertamente, es indiscutible una posición de intolerancia ante una instrucción judicial que se perpetúe, algo que ocurre a día de hoy, de ahí que el establecimiento de plazos sea *-prima facie* – correcto, por cuanto que ningún ciudadano puede estar sometido a una investigación judicial indefinida y por cuanto que la víctima ha de obtener respuesta en un tiempo determinado.

Tampoco realizamos descubrimiento alguno si señalamos que lo que realmente importa es el Juicio Oral, donde se practican las pruebas con mayúscula. Consecuentemente, la instrucción ha de servir exclusivamente para decidir a quién y por qué le sentamos en el banquillo. De ahí que los procedimientos por hechos no complejos precisen de una investigación mucho más simple de la que se viene realizando. De nada sirve repetir en la instrucción lo ya realizado en el Atestado y tomar declaraciones que, necesariamente, se repetirán en el plenario.

Nos temíamos, y así ha sido que, con el sistema de plazos y a su pesar, se finalizaría manteniendo la instrucción en el concepto de siempre. Sencillamente, no se trata de hacer lo mismo en menos tiempo, sino de realizar en la fase sumarial, lo que realmente ha de realizarse, teniendo en cuenta la validez procesal -probatoria- de lo actuado en esta fase. De modo que es necesario insistir en qué consiste y para qué sirve la fase sumarial.

Dejar en manos del Fiscal la iniciativa -en exclusiva- del control de los plazos de la fase de investigación podría tener su sentido si fuera el Ministerio Público el que tuviera ese cometido, además de contar físicamente con las actuaciones. La situación actual en nuestro país no deja de ser sorprendente: investiga el Juez de Instrucción, la custodia de las causas corresponde al Letrado/a de la Administración de Justicia del Juzgado²⁶⁹ y

²⁶⁸ Ya sólo como inicio, el título de la ley se refiere a dos objetivos: la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, a nuestro entender, difíciles de compatibilizar.

²⁶⁹ El art. 214 LECrim., no ha sido modificado ni derogado y en él se establece que “los secretarios tendrán la obligación de poner, sin la menor demora y bajo su responsabilidad, en conocimiento del juez o tribunal el vencimiento de los términos judiciales, consignándolo así por medio de diligencia”.

es el Fiscal, ajeno a ellos, quien debía controlar los plazos antes que se reformara el art. 324 LECrim en julio de 2020. Se obligaba al Fiscal a revisar la instrucción de causas que no instruía y se tramitaban en las oficinas de los Juzgados, pero no en la Fiscalía.

Probablemente, y a falta de una reforma integral del proceso penal, habría de ahondarse en lo ya iniciado con los juicios rápidos. Y fundamentalmente, habría que modificar el modelo de instrucción, ya que de nada sirve señalar exclusivamente el tiempo de su duración, dejando el resto sin alteración alguna²⁷⁰.

El -supuestamente novedoso- sistema de plazos ya venía establecido con anterioridad en el propio art. 324 LECrim²⁷¹. Y señalaba que “Cuando al mes de haberse incoado un sumario no se hubiere terminado, el Secretario Judicial dará parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principiarse aquél, de las causas que hubiesen impedido su conclusión. Con vista en cada uno de estos partes, los Presidentes a quienes se hubiesen remitido y el Tribunal competente acordarán, según sus respectivas atribuciones, lo que consideren oportuno para la más pronta terminación del sumario. Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, los Jueces de Instrucción están obligados a dar a los Fiscales de las Audiencias cuantas noticias les pidieran, fuera de estos términos, sobre el estado y adelantos de los sumarios”. Ni qué decir tiene que el precepto carecía de efectividad práctica alguna y así lo “recuerda” el Preámbulo de la Ley 41/2015 cuando señala “(...) se sustituye el exiguo e inoperante plazo de un mes del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por plazos máximos más realistas (...)”²⁷².

No puede dejar de mencionarse el antecedente próximo recogido en el art. 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ya que la investigación por el Fiscal en las Diligencias Preprocesales cuenta con la limitación temporal de seis meses²⁷³.

²⁷⁰ Así lo reitera la Memoria de la FGE de 2019 cuando señala que “*En el año 2018 se incoaron 14906 diligencias de investigación, lo que supone un ligero aumento del 3,24% frente al descenso del 1,84 registrado en el año 2017 en comparación con el año 2016. Este aumento no ha impedido que el tiempo de tramitación se sitúe en los 35 días. Se trata, a nuestro juicio, de un lapso temporal razonable durante el que se recopila el material necesario para valorar si procede o no el ejercicio de una acción penal. De esta forma se simplifica la ulterior tramitación judicial, es una muestra especialmente significativa de las ventajas que ofrece la investigación por el Ministerio Fiscal*”.

²⁷¹ Las Partidas establecían un plazo de instrucción para las causas criminales de dos años “y si en ese tiempo no se averigüe la verdad, será el reo absoluto y libre de la prisión y el acusador de la pena dada en el título I” (Ley 7, Tit. 29, Partida VII). Algún que otro siglo después, en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 1988, en su pág. 42, se afirmaba que: “Con razón quiere la Ley de enjuiciamiento criminal acortar la duración de los sumarios, porque la Justicia es más temida por su rapidez que por su severidad; y sin embargo, pocos son los que terminan dentro del plazo del mes que fija el art. 324, ni aún antes de los tres, plazo mayor a que se refiere el art. 302 y esto sin culpa de los jueces instructores ni de los fiscales, cuyo celo suele estrellarse contra obstáculos insuperables”.

²⁷² Señala GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., que una disposición que establece un plazo eximio, imposible de satisfacer, como el art. 324 en su redacción originaria, está destinado a ser siempre incumplido. La previsión de plazos razonables es condición necesaria para que los tiempos de las actuaciones que conforman el proceso sean tomados seriamente en consideración y respetados. Sólo por ello la modificación del citado artículo es positiva. *Vid. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pág. 44.

²⁷³ Necesariamente, hemos de traer a colación que, conforme al art. 3 del EOMF, una de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal es la de “Velar por que la función jurisdiccional se ejerza

En el Anteproyecto de Ley de 2011 para un nuevo Proceso Penal (Anteproyecto Caamaño), que atribuía la instrucción al Ministerio Fiscal -y en sus arts. 481 a 484 y 494 a 497- se señalaba un plazo de 12 meses para el procedimiento de investigación del Fiscal y de 18 meses para las investigaciones de las Fiscalías de la Audiencia Nacional o Especiales; prorrogables a petición del Fiscal, por el Juez de Garantías, por iguales plazos. Dicho plazo se iniciaba con la primera comparecencia del investigado. Y consideramos de suma importancia destacar que su art. 481 establecía, “Carecerán de validez las diligencias ordenadas o realizadas por el fiscal más allá del plazo máximo de duración de la investigación”. Extremo que, se verá después, dio lugar a interpretaciones diversas.

Más tarde, en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, también se hacía referencia a los temas concernientes a la duración máxima de las investigaciones del Ministerio Fiscal además de a los referidos a los términos de ejercicio de la acción popular, el ámbito decisorio del Jurado, los efectos de la prueba ilícita y otros (arts. 16 y 127).

Si bien el Ministerio de Justicia no presentó para su tramitación legislativa el Borrador de Código Procesal Penal, algunos de sus contenidos fueron utilizados para la elaboración de las últimas reformas de la LECrim operadas por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, en la que se regulan dichas diligencias de investigación (intercepción de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y

eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados...”. A su vez, el art. 4.1 del mismo texto establece la posibilidad de “Interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos, pudiendo pedir que se le dé vista de estos cualquiera que sea su estado o que se le remita copia de cualquier actuación para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos promoviendo en su caso las correcciones oportunas”. Además, y en relación con lo anterior, el art. 63.8 del EOMF sanciona como falta grave “El retraso injustificado en el despacho de los asuntos de que conozca el Fiscal en el ejercicio de su función si no constituye falta muy grave” y como falta leve, el art. 64.3 prevé la coerción de “El incumplimiento injustificado o inmotivado de los plazos legalmente establecidos en el despacho de los asuntos que tenga encomendados”. No obstante, el propio Tribunal Supremo “sacó de apuros” al Ministerio Público cuando -basándose en su endémica escasez de medios materiales y personales- justificara de algún modo el incumplimiento de los plazos procesales fijados. Y de este modo, el Auto del Tribunal Supremo 3701/1996, de 25 de junio, de la Sala Segunda señalaba que “(...) en relación con la exigencia estricta de los plazos al Ministerio Fiscal se debe advertir que la organización de la oficina de la Fiscalía es necesariamente compleja y exige una serie de trámites burocráticos que ineludiblemente dilatan los plazos marcados para la sustanciación de los recursos de casación (...) En segundo lugar, se debe admitir que, una mínima racionalización del servicio, exige que el envío de asuntos se realice periódicamente, cuando exista un número suficiente de causas que se encuentren en análogas condiciones de tramitación. A su vez, la entrada y registro en la Fiscalía, así como la distribución y reparto a los diferentes Fiscales ocupa necesariamente un espacio de tiempo que absorbe, con creces, el plazo marcado por la ley. (...) Todas estas consideraciones responden a una realidad incontestable por lo que no nos encontramos ante un supuesto de desigualdad ante la ley sino ante una situación perfectamente justificada y justificable por razones puramente estructurales y funcionales que, por otro lado, no excluyen la posibilidad de prorrogar el plazo a la representación de las partes, cuando existan razones y causas que lo justifiquen” (FJ 1º).

los registros remotos sobre equipos informáticos, entradas y registros en lugar cerrado, etc.) así como de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y fortalecimiento de las garantías procesales que ha recogido el sistema de plazos en el art. 324 inspirándose en el art. 127 del Código Procesal Penal (además de variar las reglas de conexidad, el régimen de remisión a los Juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin autor conocido, la regulación del proceso por aceptación de Decreto, etc.).

La Fiscalía General del Estado, en la Circular 5/2015, de 13 de noviembre, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción, ya advertía de que su puesta en marcha iba a suponer un importante esfuerzo para las Fiscalías, esfuerzo que habría de revestir especial intensidad en relación a las causas incoadas con anterioridad a la vigencia de la Ley²⁷⁴.

Abundando en lo anterior, y en su informe al Anteproyecto, el Consejo Fiscal había solicitado la supresión del art. 324 por cuanto consideraba que “hasta tanto no se produzca la necesaria reforma del proceso penal español, tal medida de limitación temporal sujeta a control carece de sentido, de utilidad y resulta de difícil aplicación práctica”.²⁷⁵

²⁷⁴ Y añadía que, “*en realidad, la novedad de la intervención del Fiscal en la agilización del procedimiento era relativa*”, puesto que en la Instrucción 2/2008, de 11 de marzo, sobre las funciones del Fiscal en la fase de instrucción, de la FGE, ya se señalaba que “*una vez incoado en un Juzgado de Instrucción un procedimiento penal, cualquiera que éste sea, los Sres. Fiscales tienen la obligación de hacer un seguimiento del mismo, de promover las diligencias y medidas cautelares procedentes, de interponer los correspondientes recursos contra las resoluciones que estime contrarias a Derecho y de instar su rápida conclusión, se le dé traslado o no de la causa. Podría decirse que una vez iniciado, nada de lo relativo al proceso penal en curso le puede ser ajeno al Fiscal. El hecho de que no se le dé traslado de las actuaciones no puede esgrimirse como excusa para justificar la inactividad del Fiscal, una vez remitido el correspondiente parte de incoación, o una vez conozca por cualquier medio la existencia del procedimiento*”. Con anterioridad, la Circular 1/1989 de la FGE y desengranando el art. 781 LECrim, señalaba que el Fiscal deberá de manera *especial impulsar y simplificar* la tramitación del procedimiento. Y ya se planteaba, ya entonces, el “*interrogante de cómo es posible, toda vez que la tramitación del proceso abreviado viene regulada en la ley, que pueda el Fiscal simplificar sus trámites*”. Se indicaban después, obviamente, los medios para dicha impulsión: la eliminación de trámites y diligencias innecesarias a los fines del proceso y la utilización, sin vacilaciones ni desidias, de los mecanismos de aceleración del proceso y de consenso.

²⁷⁵ Lo que se reitera en la Memoria de la FGE de 2019, donde se añade que “A tal efecto, se ha remitido informe al Ministerio de Justicia en el que se hace un análisis de la situación real generada por esa reforma y se formulan una serie de propuestas en diversos ámbitos. En ese informe se constata que el nuevo sistema de control de plazos no se corresponde con el modelo vigente de instrucción en el marco del proceso penal; que ha generado una notable inseguridad jurídica provocando resoluciones judiciales muy dispares; que no ha sido eficaz ni eficiente desde la perspectiva de la finalidad pretendida, sino que ha incrementado la carga burocrática del trabajo en las Fiscalías; y que, finalmente, ha transmitido una apariencia de impunidad en cierto asuntos que ha contribuido a una merma de la imagen institucional del Ministerio Fiscal”. En este informe se formula una propuesta de reforma legislativa del art. 324 LECrim en los siguientes términos: “...1.1 Se propone la derogación del art. 324 LECrim, en su redacción vigente, por cuanto la respuesta a la situación actual exige algo más que una mera reforma de la reforma, sino el diseño de un nuevo sistema, asentado sobre bases diferentes que, apegado a la realidad del modelo vigente de proceso penal, permita conjugar adecuadamente la necesaria eficacia de la investigación criminal con las garantías de todas las partes implicadas. 1.2. No obstante, la Fiscalía General del Estado es consciente de la necesidad de agilizar las investigaciones penales, sin merma alguna de su utilidad ni de los derechos de las partes. Para ello se debe partir de un

A su vez, MUÑOZ CUESTA señalaba que la norma daba lugar a la intervención necesaria del Fiscal en los procedimientos penales en su fase de instrucción, ya que no podría permanecer pasivo hasta la finalización de las diligencias previas o del sumario por el Juez de Instrucción²⁷⁶, debiendo siempre conocer el contenido de la instrucción e instar las diligencias necesarias para poder formular el escrito de acusación o, en su caso, solicitar la ampliación del período de instrucción.

Los Vocales del Consejo Fiscal se mostraron críticos con la reforma, siendo que en el comunicado de 17 de marzo de 2016, los integrantes electos de dicho Consejo señalaran que “la reforma no encaja en absoluto en el diseño de proceso penal que hoy rige en España; que resulta extraño que el vigía del cumplimiento de los plazos de la instrucción de las causas penales sea el Ministerio Fiscal a quien nuestro sistema procesal actual no le confiere la investigación por lo que carece del dominio de la instrucción de la causa y tampoco la posee físicamente”.

En cualquier caso, y a tenor de lo que se disponía en el art. 324, apartados 1 y 6 LECrim, que se referían al Sumario o al Procedimiento Abreviado, sin hacer mención a otros procedimientos, la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2015 concluía que el sistema sólo afectaba a las Diligencias Previas o al Sumario Ordinario, y no al resto (Diligencias Urgentes del Procedimiento Rápido, Procedimiento por Aceptación de Decreto del Ministerio Fiscal, Juicio por Delitos Leves, Proceso Penal de Menores y Procedimiento del Tribunal del Jurado)²⁷⁷.

conocimiento del actual modelo de instrucción penal, así como del funcionamiento oral de los órganos jurisdiccionales y de las Fiscalías. Y sobre esta base, establecer un sistema que permita, mediante plazos y mecanismos razonables, alcanzar los objetivos compartidos. En tal sentido, se propone un nuevo modelo de control de plazos que contenga los siguientes elementos estructurales esenciales: a) Fijación de un plazo inicial para la instrucción ya que se considera que el plazo de seis meses no es realista, conforme se acredita con los datos que se acompañan al informe; b) posibilidad de prórroga del plazo de instrucción, de modo que el Letrado de la Administración de Justicia de cuenta al Juez de Instrucción, con antelación suficiente, sobre la próxima expiración del plazo de tramitación de la causa, el Juez de Instrucción conceda audiencia a las partes sobre su pertinencia y/o necesidad de practicar o no diligencias de investigación, y resuelva finalmente mediante auto motivado sobre si procede o no la prórroga de la instrucción; pudiéndose incluso establecer que el Juez de Instrucción sólo pudiera acordar las prórroga cuando así lo solicitara alguna de las partes perdonadas, reforzándose así el necesario compromiso de las partes con la eficacia de la investigación y con la protección de los derechos de todos los implicados; c) Cómputo de plazos, debiendo la LECrim establecer con claridad los criterios para el cómputo de los plazos de instrucción y sus interrupciones, teniendo en cuenta situaciones tales como las acumulaciones, las inhibiciones, sobreseimientos provisionales, tramitación de recursos, etc.; d) Fijación de un límite máximo para la instrucción, pudiéndose establecer un número limitado de prórrogas o fijarse un plazo máximo para la tramitación de la causa, una vez prorrogadas las diligencias y con fijación reglas claras sobre la validez o nulidad de los actos acordados y/o practicados tras la expiración de los plazos máximos de instrucción”.

²⁷⁶ MUÑOZ CUESTA, J., “Plazo máximo de instrucción en las causas penales” en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 914, 2015.

²⁷⁷ La Circular concluía que “*Los motivos parecen claros. En el caso de las diligencias urgentes la instrucción tendrá como límite duración el propio servicio de guardia, de manera que, si la misma no pudiera concluirse y hubiera que practicar diligencias, resultaría obligado transformar el procedimiento en unas diligencias previas a las que sí les sería de aplicación el art. 324 LECrim.*”

En el nuevo proceso de aceptación de decreto, la instrucción se paraliza y se abre un proceso tendente a obtener una aprobación judicial del decreto del Ministerio Fiscal y la

El art. 324 establecía un plazo general de 6 meses para las causas ordinarias que sería de 18 meses cuando se considerare que la instrucción es compleja, plazo a computar desde la incoación de la causa. La prórroga sólo estaba prevista para las instrucciones complejas por un tiempo máximo de 18 meses (lo que conllevaba un máximo de 3 años de instrucción), siempre a instancia del Ministerio Fiscal y no a solicitud de otra parte, siendo que no se establecía prórroga para las causas ordinarias o de tramitación simple, pero que podría serle aplicada tras su posible transformación en causa compleja.

No obstante, tanto en las causas complejas como en las ordinarias podía fijarse un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción, cuya duración no se concretaba en la norma y que habría de ser fijada por el Juez de Instrucción, a solicitud del Fiscal o de alguna otra parte.

Consideramos importante destacar que el art. 324 LECrim, como se señalara expresamente en la Exposición de Motivos²⁷⁸, atribuyera al Juez de Instrucción la función de calificación inicial, a los efectos de determinar los plazos de instrucción; y así se admitía en la Circular 5/2015 de la Fiscalía General del Estado. Pero una vez realizada dicha calificación, la conversión de una causa sencilla en compleja, la prórroga del plazo de la investigación compleja y la ampliación excepcional de los plazos, no podía hacerse de oficio²⁷⁹.

En cuanto a la restricción de la legitimación para las solicitudes se mostraba crítico GONZÁLEZ MONTES²⁸⁰ en cuya opinión, resultaba inadecuada la no extensión de la legitimación a las partes, lo que, de facto, podría conllevar la conculcación de los principios de audiencia e igualdad de armas procesales.

Seguimos pensando, resultaba absurdo el hecho de que -sin modificar el modelo de instrucción que continúa en manos del Juez- no se recogiera en el repetido art. 324 la

aceptación por el encausado. Si se acepta por el encausado habrá concluido la causa mediante sentencia condenatoria en la que se transforma el decreto. Si se rechaza, proseguirá la causa por el cauce que corresponda (art. 803bis j), es decir, se volverá a la fase de instrucción -previas o sumario en su caso- si fuera necesario, iniciándose entonces el cómputo del resto del plazo. En el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves, no existiendo una auténtica instrucción, carece de sentido limitarlo en el tiempo. En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, su peculiaridad y el hecho de que el Ministerio Fiscal asuma un papel instructor más definido, parece justificar que el legislador lo haya dejado al margen de los controles del art. 324, al tratarse de un procedimiento en el que la duración de la fase de investigación ya se encuentra limitada por su propia regulación. Tampoco será aplicable el art. 324 LECrim a las diligencias de investigación del Fiscal incoadas conforme a los arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim, al contar con previsiones específicas sobre plazos, prórrogas y sistema de autorización de las mismas como ya se puso de manifiesto en la Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006. Tampoco será aplicable el art. 324 LECrim a los expedientes de menores, estructuralmente incompatibles con la distribución de funciones que el mismo dibuja”.

²⁷⁸ Disponía, tras el paso del Proyecto de Ley por el Senado que “Se distinguen los asuntos sencillos de los complejos, correspondiendo su calificación al órgano instructor”.

²⁷⁹ MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: necesidad.”, cit., pág. 52.

²⁸⁰ GONZÁLEZ MONTES, J. L., “Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales” en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6, 2015.

posibilidad de que el propio Juez, de oficio, pudiera acordar la transformación de una causa en compleja, prorrogar dichas causas y establecer el plazo final excepcional. O mejor aún, que el control de los plazos quedara bajo la responsabilidad del verdadero custodio de los procedimientos, el ahora llamado Letrado de la Administración de Justicia. Sobre ello, al haber sido reformado, habremos de volver al final de este epígrafe referido al artículo 324 LECrim.

Surgieron dudas sobre el plazo final excepcional en el sentido de que si acordado el mismo por un tiempo concreto, y llegado el mismo cabría la posibilidad de su ampliación. Si bien en el preámbulo de la Ley 41/2015 se aludía a un “límite temporal infranqueable”, consideramos que no existía impedimento alguno para determinar dicho plazo excepcional en un momento o en varios, ya que, resultaría ilógico permitir que el Juez de Instrucción acordase un plazo excepcional amplio de 2 o 3 años -curándose así en salud- y no admitir que, fijado un plazo más realista, de 6 meses, pudiera ampliarse.

El apartado 6º del art. 324 LECrim establecía que “El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad” lo que implicaba que era el Juez quien tenía en sus manos la conclusión de la fase sumarial. Y, curiosamente, el legislador no arbitraba nada para el caso de que el Juez no dictara el auto de conclusión o cualquiera de aquéllos a los que se refiere el art. 779 LECrim.

Respecto al régimen impugnatorio, el legislador, expresamente, sólo establecía que contra el auto desestimatorio de la petición de prórroga no cabía recurso, sin perjuicio de su repetición en momento procesal oportuno, lo que, en buena lógica nos llevaba a pensar que serían de aplicación los recursos ordinarios señalados en la LECrim.

Obviamente, tras la reforma del repetido artículo por Ley 2/2020, de 27 de julio, se ha modificado el anterior estado de cosas.

6.2.2.-Concreción del cómputo de plazos

El *dies a quo* para computar los plazos se fijaba -y se fija ahora también- en la fecha de incoación del sumario o de las diligencias previas²⁸¹. Así, en los casos en los que inicialmente se incoen unas diligencias previas que posteriormente sean transformadas en sumario, o a la inversa, habrá de tenerse en cuenta para el inicio del cómputo el primer auto de incoación, ya que la transformación no supone concesión de nuevo plazo.

Como acertadamente señalara la Circular 5/2015 FGE, la determinación del *dies a quo*, plantea problemas en los supuestos de acumulaciones e inhibiciones, en los que concurren autos de incoación de diversas fechas y ello es fundamental puesto que es frecuente que la determinación del órgano instructor competente se dilate durante algunos meses.

La solución al problema planteado en el párrafo anterior lleva direcciones diversas según nos encontremos ante una acumulación, en la que será predominante el auto de incoación de las últimas diligencias que se hayan iniciado, o ante una inhibición por

²⁸¹ Art. 324.1 LECrim: “desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas”.

cuestiones de competencia, en la que la fecha inicial a tener en cuenta será la del primer auto de incoación que se dicte²⁸².

La solución acogida del *dies a quo* puede parecernos falta de lógica, ya que si el plazo tiene como finalidad la de impedir que quien es investigado se vea sometido durante un tiempo excesivo a la actividad investigadora de los poderes del Estado, en los supuestos en los que se ignore la identidad del autor, una vez judicializada la investigación, podría carecer de sentido acordar el sobreseimiento provisional y la reapertura cada vez que se inicie una nueva línea de investigación. Nos parece mucho más lógica, en este punto la previsión del Anteproyecto LECrim de 2011 que señalaba, el plazo de investigación se iniciaba con la primera comparecencia del investigado.

En cuanto a la interrupción del plazo, el art. 324.3 contemplaba como causas al efecto los supuestos de declaración del secreto de las actuaciones, el período de tiempo necesario para su traducción²⁸³ y el tiempo en que la causa se encontrare provisionalmente sobreseída. Y nos parece que tendría que haberse pormenorizado de forma más precisa. No obstante, y en cuanto al sobreseimiento provisional, podía resultar operativo -y de hecho así se está realizando en la práctica forense- dictar una resolución en tal sentido para evitar agotar el plazo a la espera de los resultados, de modo que, además puedan practicarse diligencias futuras derivadas de las primeras.

La reforma operada ha suprimido la previsión anterior, de modo que el vigente art. 324 LECrim no regula supuesto alguno de interrupción, siendo que, al efecto, la FGE interpreta que “(...) *la suspensión del cómputo de los plazos de la investigación judicial únicamente tendrá lugar mientras el procedimiento se encuentre en estado de sobreseimiento provisional (...)*”.

A pesar de lo que sostiene alguna doctrina²⁸⁴, insistimos en que, a nuestro entender, resulta operativo el dictado de auto de sobreseimiento provisional para evitar agotar el plazo en la espera de la llegada de los resultados de las diligencias acordadas. Y aunque se piense que tal sobreseimiento pueda resultar sencillo exclusivamente en las diligencias previas -al acordarlo el propio instructor- y no en el procedimiento sumario ordinario que, al ser competencia de la Audiencia Provincial, exige al instructor dictar auto de conclusión de sumario y remitirlo a la Audiencia para formar rollo y dar traslado a

²⁸² En este punto, la Circular 5/2015, establecía como medida precautoria que “*cuando los Sres. Fiscales informen las cuestiones de competencia interesarán simultáneamente la declaración de complejidad, teniendo en cuenta que la tramitación de estos incidentes suele consumir prolongados lapsos temporales. Deberán igualmente los Sres. Fiscales mantener que el planteamiento, tramitación y resolución de la cuestión de competencia no puede paralizar la instrucción de la causa. En efecto, conforme al art. 25, párrafo tercero LECrim, ‘el Juez de Instrucción que acuerde la inhibición a favor de otro de la misma clase seguirá practicando todas las diligencias necesarias para comprobar el delito, averiguar e identificar a los posibles culpables y proteger a los ofendidos o perjudicados en el mismo’*”. En la misma dirección continúa la FGE conforme se recoge en la Instrucción 1/2021, de 8 de abril.

²⁸³ El art. 123 LECrim, en su redacción dada tras la reforma operada por LO 5/2015, en su apartado cuarto prevé la suspensión de los plazos procesales mientras se llevan a cabo labores de traducción de actuaciones, habiendo de entenderse que tal previsión operará igualmente respecto de los plazos previstos en el art. 324 LECrim.

²⁸⁴ AÑÓN CALVETE, J., “Plazo máximo para la instrucción. Comentario a la nueva redacción del art. 324 de la LECrim sobre el plazo para la instrucción de asuntos penales” en *Revista de Derecho Alex* núm. 237, 2015.

las partes, es lo cierto que, en la práctica, no hay Juez de Instrucción que dicte tal auto de conclusión hasta que no considera finalizada la investigación, por lo que tal inconveniente, puede resultar no serlo.

6.2.3.- Efectos relacionados con el transcurso de los plazos

Nos parece de gran trascendencia determinar el alcance del transcurso de los plazos. Y, en principio, el único efecto es que el Juez habrá de dictar, o el Fiscal interesar se dicte, bien el auto de conclusión del sumario, bien el del art. 779 LECrim, en el procedimiento abreviado.

Sin embargo, hay que distinguir algunos supuestos. Así, el apartado quinto del art. 324 impedía al Fiscal y a las partes, solicitar diligencias complementarias de investigación²⁸⁵, en los casos en los que no hubieran hecho uso de la petición de plazo máximo y, en este sentido, la Circular 5/2015 FGE establecía que mientras no hubieran transcurrido los plazos -ordinario y extraordinario- y sus prórrogas, el Fiscal conservaba incólumes todas las posibilidades de solicitud de nuevas diligencias.

Además, en los supuestos de conclusión prematura de la instrucción cabría, en el procedimiento abreviado, recurrir el auto del art. 779.1. 4ª LECrim, a fin de dejarlo sin efecto y poder así solicitar la declaración de complejidad, prórroga o plazo máximo, y en el caso del sumario, la revocación del auto de conclusión del mismo. Y como señalaba la repetida Circular *“Debe entenderse que cuando se acuerden diligencias complementarias, éstas no tendrán la consideración de diligencias de instrucción a los efectos de los límites temporales del art. 324 y, por tanto, una vez solicitadas por el Fiscal y acordadas por el Juez tendrán plena validez y surtirán sus efectos, pues por su propia naturaleza son diligencias que se solicitan y acuerdan una vez finalizada la instrucción. Además, en tanto el art. 324 LECrim nada establece al respecto, queda indemne la previsión del art. 780.2 que obliga al instructor a practicar estas diligencias cuando quien las solicita es el Fiscal, previsión cuya constitucionalidad ha sido avalada por el ATC n.º 32/2009, de 27 de enero”*²⁸⁶.

A pesar de lo hasta ahora señalado, es lo cierto que el Fiscal disponía -y dispone- de otros medios, ajenos a la instrucción, como el solicitar distintos medios de prueba a través de su introducción como cuestión previa, o, en su caso, como cuestión de previo pronunciamiento, cuya asimilación ya nadie discute²⁸⁷.

Decía el apartado séptimo del art. 324 LECrim que serían válidas las diligencias de instrucción acordadas en plazo que se recibieran transcurrido éste (“sin perjuicio de su recepción tras la expiración”). La lógica nos llevaba a una interpretación amplia del precepto, en el sentido de que las diligencias acordadas dentro de plazo podrían ser perfectamente incorporadas al procedimiento, aunque hubiera concluido aquél.

²⁸⁵ Ex arts. 780.2 y 627 LECrim, respectivamente.

²⁸⁶ La Circular continuaba: *“No obstante y dado el control de la instrucción y de sus plazos que el nuevo art. 324 LECrim impone al Fiscal y el reforzamiento de su papel en el impulso del procedimiento, el recurso a la petición de diligencias complementarias tendrá carácter excepcional”*.

²⁸⁷ Además, en la práctica forense, las propias Audiencias Provinciales, están señalando al efecto una especie de audiencias previas saneadoras antes de la vista principal.

Cuestión distinta es la referente al valor de las diligencias acordadas fuera de plazo, a las que necesariamente habríamos de considerar inaplicable el tratamiento de la prueba ilícita, en tanto no hayan sido obtenidas violentando derechos y libertades fundamentales, como bien indicaba la Circular 5/2015. Pero a ello, podríamos contraponer el hecho de que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas también es un derecho fundamental²⁸⁸. Como señala BUJOSA VADELL²⁸⁹, el precepto no dice expresamente que sean nulas, como sí lo hacía el art. 481.3 del Anteproyecto de 2011. Añade que, por su drástica consecuencia procesal, las causas de nulidad habrían de ser expresas y no indirectas o implícitas y que se mantiene la vigencia del art. 242 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que las disposiciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo.

Transcurrido ya algún tiempo desde la entrada en vigor, obviamente, contamos con múltiples -y variadas- resoluciones dictadas respecto del valor a otorgar a las diligencias acordadas fuera de plazo. En este sentido, y básicamente, nos encontramos con dos posturas diferenciadas en lo que hace al valor del plazo en sí mismo considerado: aquéllas que niegan eficacia al vencimiento del plazo, otorgando pleno valor a las diligencias acordadas fuera de él²⁹⁰; y aquéllas otras que, limitando de un modo efectivo el plazo de instrucción, llevan a una aplicación rigurosa del mencionado artículo, considerando el plazo como preclusivo²⁹¹.

²⁸⁸ Pero la Circular, como lo evidencia la Jurisprudencia que cita SSTS 53/2011, de 10 de febrero, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón); 969/2013, de 18 de diciembre, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón) se está refiriendo a la diferencia entre derechos fundamentales de naturaleza procesal derivados del art. 24 CE y los derechos fundamentales de naturaleza sustantiva, relativos a la obtención de la diligencia.

²⁸⁹ BUJOSA VADELL, L., Encuesta Jurídica de la *Revista de Derecho Penal SEPIN*, enero de 2016.

²⁹⁰ Basadas en justificaciones diversas, desde el derecho a la tutela judicial efectiva hasta las circunstancias concurrentes. *Vid.* al efecto las resoluciones AAP de Barcelona, Sección 8ª, 282/2017, de 5 de junio; AAP de Valencia, Sección 5ª, 219/2017, de 9 de febrero; AAP de La Rioja, Sección 1ª, 435/2018, de 29 de junio, AAP de Valencia, Sección 5ª, 845/2018, de 5 de febrero; AAP de Murcia, Sección 3ª, 665/2017, de 25 de julio.

²⁹¹ Entre los que cabe destacar el Auto 820/2018 de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 2ª, del 17 de diciembre (Ponente: González Niño, Aurora) que sintetiza esta postura: “(...)ya decíamos al inicio de esta exposición que el plazo de la instrucción tiene carácter claramente preclusivo en cuanto no es posible aplicar más allá de su vencimiento diligencias que no hayan sido ordenadas antes de expirar, sin perjuicio de que las ordenadas y pendientes de recibo o de práctica al concluir el tiempo límite puedan obtenerse con posterioridad sin perder por ello su validez. Así lo declara expresamente el apartado 7 del art. 324, lo cual, a sensu contrario significa sin temor a la equivocación y en una interpretación razonable de la norma, que, las acaso ordenadas después de expirado el plazo, carecen de validez, lo que a su vez implica la prohibición legal de proseguir la instrucción más allá del plazo fijado por la ley o de las prórrogas o el plazo máximo acordados por el Juez instructor cumplidos los presupuestos para ello. La norma es tan exigente y minuciosa sobre el procedimiento y requisitos para ampliar el plazo ordinario legalmente fijado, tan taxativa sobre las consecuencias procesales del vencimiento del plazo final, que no cabe duda de que se trata de un plazo propio o preclusivo, a lo que no se opone, sino que refuerza el apartado 6 del precepto. Esta norma comienza por decir que el Juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad, como no podría ser de otra forma, pero matiza a continuación que, transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o en el procedimiento abreviado la resolución que proceda conforme al art. 779. Es decir, que nada

De lo expuesto en el párrafo anterior, y si partiéramos de la postura que considera como “plazo propio” el establecido en el art. 324 LECrim, habríamos de concretar también las consecuencias de su incumplimiento, donde, igualmente, nos encontramos con algunas corrientes diferenciadas: aquélla que defiende la nulidad absoluta de lo practicado fuera de tiempo²⁹², o bien -dentro de la misma línea- considera la existencia de una nulidad implícita²⁹³, siendo dentro de esta línea, bastante notable la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3ª, 520/2018, de 20 de diciembre²⁹⁴; y otra que matiza y limita los efectos de la nulidad de esas actuaciones, negando su validez, como tales, pero pudiendo utilizarse en el plenario la información conseguida a su través²⁹⁵.

Entendemos que, conforme establecía el apartado octavo del repetido art. 324 LECrim, el transcurso del plazo, por sí sólo, no podría ser causa de archivo, sino que habrían de concurrir las circunstancias previstas en los art. 637 o 641 para el sobreseimiento libre o provisional, respectivamente, entre las que no se encuentra el transcurso de los plazos de instrucción²⁹⁶. Sin embargo, el Fiscal habrá de valorar si con las diligencias practicadas tenía material suficiente para sustentar en condiciones un escrito de acusación, habiendo de ponderar también aquellas diligencias que puedan solicitarse bien en el escrito de acusación, bien como cuestión previa antes del plenario.

obsta a que el Juez no agote el plazo fijado para la instrucción o su prórroga(s) para dejarla terminada antes si entiende que está completa y no hay ninguna otra diligencia que practicar; pero transcurrido el tiempo máximo, no tiene la opción de prórroga porque debe dictar el auto de conclusión o, si se trata de un procedimiento abreviado, optar por alguna de las resoluciones que contempla el artículo 779 de la LECrim (sobreseimiento VS prosecución del proceso hacia la fase intermedia, como casos más frecuentes). Nos reafirmamos en el criterio más arriba expuesto, consolidado ya en ese Tribunal y seguido por una mayoría de Audiencias Provinciales, con alguna excepción que no compartimos, rechazando que se trate de plazos “impropios” cuyo incumplimiento carezca de efectos procesales, porque el tenor de su regulación en el art. 324 no puede ser más tajante y así lo refuerza la interpretación auténtica del propio legislador en el Preámbulo de la Ley reformadora que lo introdujo en la LECrim.”

²⁹² Así, el Auto de la AP de Ciudad Real, Sección 2ª, 244/2017 de 10 de julio, tras declarar la nulidad de ciertas diligencias, acuerda el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

²⁹³ Por ejemplo, el Auto de la AP de León, Sección 3ª, 676/2018, de 15 de junio.

²⁹⁴ Este Tribunal declara la nulidad del auto de complejidad al haberse dictado el mismo fuera de plazo, considera nulo todo lo practicado tras la conclusión del plazo y finaliza dictando una Sentencia absolutoria.

²⁹⁵ Así, los Autos de la AP de Barcelona, Sección 8ª, 457/2018, de 1 de octubre, AP de Huelva, Sección 3ª, 397/2018 de 5 de septiembre, AP de Las Palmas, Sección 6ª, 107/2018, de 9 de febrero.

²⁹⁶ En este sentido, el AAP de Sevilla, Sección 3ª, 1140/2019, de 5 de diciembre, que señala: “Desde luego, la consecuencia del mero transcurso de los plazos máximos de instrucción nunca podría ser el archivo de las actuaciones como sugiere el apelante, puesto que se declara expresamente en el apartado 8 del artículo en cuestión que no procederá el archivo si no concurren las circunstancias de los artículos 637 o 641 de la LECrim... Y continúa: “Tampoco podría el mero transcurso procesal de esos plazos puede erigirse en una causa de extinción de la responsabilidad criminal, pues solamente son causas de extinción las establecidas en el artículo 130 del Código Penal, entre las que no figura la simple extinción de un plazo para realizar diligencias de investigación”.

De cualquier modo, y, como ya hemos anticipado, habremos de indicar que la Propuesta n.º 40 de la FGE dentro de las Medidas de Reforma Legislativa, de 24 de abril de 2020, postulaba directamente la derogación del art. 324 LECrim.²⁹⁷

No obstante, y mientras tanto no llegaba la ansiada derogación, se fue yendo a la búsqueda de interpretaciones sustanciosas, que, si bien, en su día fueron aplaudidas, una vez reanudado el cómputo de los plazos tras la suspensión motivada por la pandemia, la FGE hubo de dictar un Decreto con fecha 3 de junio 2020 en la que se decía -a pesar de que la Secretaría Técnica de dicha Fiscalía General del Estado y con fecha 29

²⁹⁷ Textualmente se recogía que: “El citado precepto, previsto en los ordenamientos que asumen un sistema acusatorio puro en la lógica razonable de que el Estado no puede someter a una persona a una investigación *sine die*, supone una distorsión en el sistema procesal español en el que permanece vigente la figura inquisitorial del juez instructor. Esta distorsión derivada de la atribución legislativa el control y prórroga de los plazos de investigación a quien no asume el protagonismo de la investigación penal y que, además, carece de herramientas para desempeñar eficazmente esa labor (el Ministerio Fiscal), ha generado un alarmante espacio de impunidad que un Estado de derecho no puede ni debe tolerar. Varias han sido las iniciativas legislativas -dos en tramitación parlamentaria en la actualidad- para poner fin a los plazos tasados de instrucción introducidos por el legislador en el año 2015. El escenario de impunidad derivado del art. 324 LECrim puede agravarse sobremanera como consecuencia de la situación generada por la pandemia. La D.A.2ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, acordó la suspensión e interrupción de los plazos procesales previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. Asimismo, después de concretar las actuaciones penales cuyos plazos y términos no quedaban suspendidos por el estado de alarma, la D.A.2ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, disponía en su punto 2º que en fase de instrucción el juez o tribunal competente podía acordar la práctica de aquellas actuaciones que, por su carácter urgente, fueran inaplazables. No obstante, la Comisión Permanente del CGPJ, en su acuerdo adoptado en la sesión extraordinaria celebrada el día 13 de abril de 2020 estableció lo siguiente *“En relación con las actuaciones y servicios no esenciales, podrán realizarse todas aquellas actuaciones procesales que no estén vinculadas a un término o plazo procesal, sujetos a las reglas de la interrupción o suspensión establecida en la disposición adicional....y que puedan ser llevadas a cabo con los medios personales que, de forma consensuada... se fijen...”*. El citado acuerdo avalaba la tramitación por los Juzgados y Tribunales de actuaciones procesales no urgentes. Ello suponía la reactivación de los Juzgados de Instrucción y la consiguiente apertura de nuevos procedimientos penales derivados de atestados, denuncias y querellas pendientes de presentación y/o tramitación desde la declaración del estado de alarma. Una vez perdiera vigencia el Real Decreto de estado de alarma y los posteriores Decretos de prórroga, se reanudaría el cómputo de los plazos previstos en las leyes procesales.... “La norma anterior supone que en cuanto finalice la vigencia del estado de alarma comenzarán a correr de nuevo los plazos que para la investigación judicial determina el art. 324 LECrim: los plazos de los procedimientos en tramitación interrumpidos el 14 de marzo de 2020 y los plazos de los nuevos procedimientos incoados durante su vigencia. El encargo de impunidad generado como consecuencia del art. 324 LECrim no es exiguo ni una ficción. La presencia de los/las integrantes del Ministerio Fiscal en sus respectivas sedes tras el cese del estado de alarma será previsiblemente paulatina (...) Mientras, los plazos de instrucción seguirán avanzando, y ello en idénticas condiciones previas al estado de alarma, de ausencia de medios o herramientas informáticas para el debido examen y comprobación de la duración de una actividad básicamente jurisdiccional. La solución al agravamiento de la impunidad generada por el actual sistema de plazos de instrucción debe pasar por la total derogación del art. 324 LECrim, en tanto en cuanto otras alternativas puedan valorarse -como entregar el control de los plazos a los propios órganos instructores- lo que se encontraría en este momento con similares dificultades, además de las añadidas de instaurar un nuevo sistema en medio de un escenario extraordinario como el actual. La urgente y extraordinaria necesidad derivada de la actual crisis sanitaria habilita al Gobierno para la derogación del precepto por el cauce previsto en el art. 86 CE (...)”

de abril 2020, sostuviera que ante la reanudación de la actividad judicial el próximo 4 de junio, “con carácter general, las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses (prorrogables) a contar desde el día siguiente hábil al cese del Estado de alarma”- “Los plazos de instrucción previstos en el artículo 324 de la LECrim son auténticos plazos procesales y, como tales, su cómputo debe *reiniciarse* a partir del día 5 de junio, de conformidad con la taxativa y expresa previsión del legislador recogida en el artículo 2.1 RDL 16/2020. No obstante, en tanto en cuanto la norma precitada está siendo objeto de tramitación parlamentaria como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia -lo que puede dar lugar a una posible modificación de su redacción actual-, y a fin de evitar también cualesquiera perjuicios a la tutela judicial efectiva de las partes o la posible frustración de investigaciones judiciales en curso, las/los fiscales solicitarán la declaración de complejidad de los procedimientos, su prórroga o la fijación de un plazo máximo de conformidad con las previsiones de la Circular 5/2015 FGE, debiendo optarse *cautelamente* por el criterio de la *reanudación* del cómputo de los plazos, los cuales fueron suspendidos entre las fechas 14 de marzo y 4 de junio de 2020”. En cualquier caso, la propia Secretaría Técnica de la FGE y también con fecha 3 de junio de 2020 redactó un Informe sobre “Criterios orientativos sobre los plazos de instrucción del art. 324 LECrim como consecuencia del estado de alarma” que pudieran interpretarse en sentido bien contrario a lo que acabamos de señalar.

Obviamente, con lo dicho en el párrafo anterior, nos estamos refiriendo a la controversia que se suscitara entre los contenidos de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por la que los términos y los plazos se suspendían e interrumpían, reanudándose el cómputo una vez se alzara el estado de alarma y el art. 2 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril en el que parecía decirse -o afirmarse- que los plazos volverían a computarse desde su inicio y el art. 8 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo que establecía que con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alzaría la suspensión de los plazos procesales²⁹⁸. Mucho fue lo que se escribió y hubimos de leer al respecto aunque las interpretaciones no tardaron en llegar, y entre ellas, mencionaremos la realizada por la Junta Sectorial de Magistrados de lo Penal de la Audiencia Provincial de las Palmas que entendía que el cómputo de la duración de la instrucción tras la suspensión de los plazos por el Covid, debía “reanudarse” dando por válido lo ya investigado y no “reiniciarse desde cero”, como defendía la FGE, ya que, insistían, “(...) la lectura del Ministerio Público sobre el cómputo ‘va en perjuicio directo contra el reo’”.

Y siendo que, a veces, la vida hace que en cuestión de segundos cambien las tornas, indicaremos que así ha sucedido en este punto -y con respecto a este trabajo- ya que el día 28 de julio de 2020, se vino a publicar en el BOE la Ley 2/2020, de 27 de julio, con entrada en vigor el día 28, que modificaba el repetido artículo 324 LECrim²⁹⁹ con-

²⁹⁸ Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, A., “Plazos procesales ¿se reanuda el cómputo o se reinicia desde cero?” en *diariolaley* núm. 9644, 2 de junio 2020.

²⁹⁹ La vigente redacción es la que sigue: “1. La investigación judicial se desarrollará en un plazo máximo de doce meses desde la incoación de la causa. Si, con anterioridad a la finalización del plazo, se constatare que no será posible finalizar la investigación, el juez, de oficio o a instancia de parte, oídas las partes podrá acordar prórrogas sucesivas por períodos iguales o inferiores a seis meses. Las prórrogas se adoptarán mediante auto donde se expondrán razonadamente las causas que han impedido finalizar la investigación en plazo, así como las concretas diligencias que es necesario realizar y su relevancia para la investigación. En su caso, la denegación de la prórroga también se acordará mediante resolución motivada. 2. las diligencias

cretando y resolviendo de alguna manera las dudas e inconvenientes de los que nos hemos venido ocupando hasta ahora en el presente epígrafe. No obstante la reforma, consideramos que lo hasta ahora estudiado sobre este punto y en este trabajo, no queda, en absoluto, vacío de contenido, por cuanto que -se insiste- la repetida reforma vino a hacerse eco de los múltiples problemas planteados -y ocasionados- por la redacción anterior. Es por ello que, a continuación, y de forma obligada, habremos de realizar una pormenorización de las novedades de la literalidad del vigente art. 324 LECrim.

6.2.4.- La reforma del art. 324 LECrim. La Ley 2/2020, de 27 de julio

Lo primero que habría de ser destacado de la modificación es la simplificación del precepto y la sencillez de su redacción, si bien no abandona el sistema de plazos, siendo uno de sus aspectos más sustanciales la ampliación del plazo ordinario de instrucción de seis a doce meses.

Igualmente, tras la reforma operada, desaparece la distinción entre causas ordinarias y complejas, y se ha pasado de cuatro tipos de plazos -el ordinario de seis meses, el previsto para las causas complejas de hasta dieciocho meses, el prorrogado de hasta treinta y seis meses y el prorrogado por motivos excepcionales y extraordinarios, sin límite temporal alguno- a un único plazo ordinario de doce meses que pueden ser prorrogados por sucesivos e ilimitados plazos de hasta seis meses.

También habremos de mencionar la ausencia de referencias a los procedimientos Sumario Ordinario y Diligencias Previas que sí se contenía en la redacción previa, ya que exclusivamente se señala de forma genérica “incoación de la causa”, por lo que entendemos, se excluyen los procedimientos de Tribunal del Jurado, el de los juicios rápidos y el de los delitos leves, como ya se interpretara y recogiera en la Circular 5/2015 por la Fiscalía General del Estado en referencia a la anterior redacción.

No menos importante nos parece la innovación referida a la legitimación, de modo que, ahora, cualquiera de las partes del procedimiento -y no solo el Ministerio Fiscal- puede solicitar las prórrogas, siendo, además, que las mismas pueden ser acordadas de oficio por el Juez, lo que desde luego, consideramos, supone además de una notable flexibilización al efecto, un gran alivio para los representantes del Ministerio Público; y ello, en razón a los motivos que sobradamente han sido explicitados y reiterados a lo largo de este epígrafe.

Igualmente, novedosa es la obligación que asume el Juez de Instrucción de fundamentar las prórrogas, concretando tanto las razones que impiden finalizar la instrucción en plazo como las diligencias necesarias a realizar, especificando su trascendencia al efecto. Y en este punto, habrá de estarse a la interpretación que vengan a realizar las Audiencias Provinciales respecto a la severidad o condescendencia de esta exigencia y, creemos poder anticipar que, dicha interpretación será más que dispar.

de investigación acordadas con anterioridad al transcurso del plazo o de sus prórrogas serán válidas, aunque se reciban tras la expiración del mismo. 3. Si, antes de la finalización del plazo o de alguna de sus prórrogas, el instructor no hubiere dictado la resolución a la que hace referencia el apartado 1, o bien esta fuera revocada por vía de recurso, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de esa fecha. 4. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad...”.

En lo que hace al sistema establecido de prórrogas ilimitadas de hasta seis meses, consideramos que, lejos de agilizar la instrucción, puede retardarla escandalosamente, teniendo en cuenta que, si así lo quieren las partes, se podrán pedir todas las prórrogas que estimen necesarias con los sucesivos- y probablemente interminables- trámites incidentales, con los correspondientes traslados y con sus ulteriores recursos. Será la práctica forense la que nos ofrezca múltiples ejemplos en este aspecto.

Por otro lado -y en un intento de solucionar la cuestión de las distintas interpretaciones a que daba lugar la regulación anterior en cuanto a los efectos ocasionados por no haberse dictado la resolución correspondiente en plazo- en el apartado tercero de la nueva redacción del art. 324 LECrim, de forma terminante y expresa, se establece la invalidez de las diligencias practicadas si no se hubiere dictado la resolución de prórroga -en plazo- o, si tras plantearse el oportuno recurso, éste fuera estimado, y se revocara la resolución, por la que se acordaba la prórroga.

Es también de reseñar, la supresión de todas las causas tasadas que se recogían en el apartado segundo y que justificaban, sin más aditamentos, la complejidad o prórroga de la causa, siendo que consideramos suficiente al efecto, la actual redacción la mención genérica a la constatación de que no será factible finalizar la investigación en plazo. Sin embargo, como ya ha quedado dicho, a otros efectos, como la concreción de los supuestos de las propias dilaciones indebidas, es lo cierto que nos hemos quedado sin las especificaciones que se contenían en la redacción anterior de 2015.

Igualmente, y a la vista de los problemas que venía originando la redacción anterior, si bien se mantiene la validez de las diligencias que se hubieran acordado con anterioridad al transcurso del plazo y que se practicaran -o recibieran tras la posterior interpretación que realizaran las Audiencias Provinciales- una vez expirado el mismo, se establece expresamente la invalidez de las que se practiquen fuera de plazo o las que, habiéndose acordado la prórroga, ésta fuera revocada como consecuencia de un recurso, lo que, a nuestro entender, podría llegar a conculcar o, al menos mermar, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La nueva redacción suprime, a su vez, el apartado tercero del art. 324 LECrim, referido a los dos supuestos de interrupción de los plazos: el sobreseimiento provisional y el secreto de las actuaciones, si bien, como ya se dijo más arriba, la Jurisprudencia había ampliado el abanico de posibilidades, incluyendo entre ellas, la necesidad de traducciones y la mala fe en el planteamiento.

En consonancia con la supresión mencionada en el párrafo anterior, también se elimina la previsión del artículo 324.8 LECrim, lo que, como ya se ha indicado, podría suponer, a nuestro entender una merma de derechos fundamentales. También aquí, a pesar de lo tajante de la actual redacción, la Jurisprudencia habrá de terminar por decir algo al respecto, como ya ha comenzado a través de la STS 455/2021, de 27 de mayo, (Ponente: Magro Servet, Vicente), a la que aludiremos al final del epígrafe, a modo de colofón.

Con independencia de la interpretación restrictiva que realizara la Fiscalía General del Estado a través de la Circular 5/2015, el legislador ha suprimido, del mismo modo, el apartado quinto que limitaba la posibilidad de plantear en fase posterior diligencias complementarias tanto por las acusaciones como por el Ministerio Público en los trámi-

tes de las cuestiones de previo pronunciamiento y en las cuestiones previas, *ex* artículos 627 y 780.2 LECrim, respectivamente.

Igualmente, habremos de señalar que la redacción actual permite la posibilidad de recurrir las resoluciones de denegación de prórroga.

Para ir finalizando, realizaremos una breve inmersión en lo que, al efecto, se determina en el ALECrím 2020. Se señala en su Exposición de Motivos -Apartado LVIII- que *“En la articulación de un sistema de tutela judicial efectiva frente a la dilación indebida del procedimiento investigador se ha descartado seguir un modelo regulatorio que sujete apriorísticamente todas las investigaciones a límites máximos de duración establecidos en abstracto”*.

De modo que, consecuentemente con lo anterior, una vez transcurridos los tiempos fijados como estándares de duración normal de los procedimientos -doce o dieciocho meses desde la primera comparecencia, dependiendo de si se trata o no de investigaciones de la Fiscalía de la Audiencia Nacional o de las Fiscalías Especiales, *ex* art. 574 ALECrím 2020- la defensa podrá denunciar ante el Juez de Garantías que la investigación se está prolongando más allá de lo que exigen las circunstancias del caso concreto y, abriéndose el incidente establecido al efecto (arts. 575 y 756), el Fiscal habrá de justificar los motivos de la tardanza en la conclusión de la investigación, en su caso el Juez podrá fijar un plazo máximo -que carece de limitación temporal- para la finalización de las investigaciones, en base a las razones concretas que concurran³⁰⁰. En cualquier caso, la resolución que acuerde el plazo máximo de investigación, carece de recurso.

Por último y como literalmente señala la repetida Exposición de Motivos del ALECrím 2020 *“La exigencia de un debate sustanciado ante un tercero imparcial, que puede apreciar las características de cada procedimiento investigador, permite clarificar, asimismo, las consecuencias procesales de la expiración del plazo máximo (...) que (...) lleva consigo, inequívocamente, la nulidad de todas las diligencias que se practiquen con posterioridad”*, conforme establece el artículo 577.

No podríamos concluir el presente apartado, sin recordar las Conclusiones que establece la ya mencionada Circular 1/2021, de 8 de abril, de la FGE, *sobre los plazos de investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*³⁰¹.

³⁰⁰ *Vid.* al respecto las sugerencias de modificación al texto que se realizan en el punto 6.6 del Informe preceptivo del Consejo Fiscal de fecha 7 de julio 2021, intitulado *“Sistema de plazos procesales en el procedimiento de investigación del Ministerio Fiscal”*. Entre otras cosas, se dice en el mismo que: *“(…) debe precisarse que la redacción ofrecida a los arts. 574 y ss. ALECrím corre el riesgo de producir una indeseable confusión entre los conceptos de ‘dilación’ y ‘dilación indebida’. Por ello, para conjurar este peligro, parece conveniente explicitar en el tenor literal de los arts. 574 y 576 ALECrím que la posibilidad de fijar un plazo máximo debe reservarse a los supuestos en que se aprecie la lesión de aquel derecho fundamental. Lesión que únicamente podrá entenderse producida cuando la actividad del director de la investigación se repunte poco diligente y no, en cambio, cuando la duración del procedimiento resulte de su complejidad, de la actitud de la persona investigada o, en definitiva, de cualesquiera otras causas ajenas al comportamiento procesal del director de la investigación”*.

³⁰¹ A saber: *“1ª. El art. 324 LECrim no desarrolla el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas proclamado en el art. 24.2 CE; de ahí que el incumplimiento de los plazos de la investigación judicial no comporte automáticamente lesión de aquel derecho fundamental. La calificación como indebida de una dilación aparece condicionada a la diligencia en la*

tramitación de las actuaciones y no al mero transcurso de los plazos legales. 2ª. Los plazos del art. 324 LECrim aparecen configurados como plazos procesales cuyo vencimiento no provoca la caducidad de la instancia o de la acción penal ni produce efecto material alguno. 3ª. Los plazos regulados por el nuevo art. 324 LECrim son plazos judiciales en tanto en cuanto su ampliación no aparece condicionada a la actuación de las partes en el procedimiento. 4ª. La nueva redacción del art. 324 LECrim establece un único plazo de doce meses de duración para la investigación judicial, prorrogable por sucesivos e ilimitados plazos de hasta seis meses, sin otro límite que el necesario para la consecución de los fines de la instrucción. 5ª. El único presupuesto exigido para prorrogar la investigación es que por el órgano judicial se constate motivadamente la imposibilidad de su finalización como consecuencia de la necesidad de practicar nuevas diligencias. 6ª. La regulación actual atribuye al órgano instructor el control de los plazos de la investigación en el seno del proceso penal. El órgano judicial ostenta la facultad de decretar de oficio mediante auto la prórroga de los plazos de la investigación. 7ª. Los plazos del art. 324 LECrim son de exclusiva aplicación a las causas tramitadas como procedimiento ordinario y diligencias previas del procedimiento abreviado. Por consiguiente, quedan excluidos del ámbito objetivo de aplicación del precepto los procedimientos ante el Tribunal del Jurado, para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, por aceptación de decreto y para el juicio sobre delitos leves. 8ª. El art. 324 LECrim establece la fecha de incoación de las actuaciones como 'dies a quo' para el cómputo de los plazos. En caso de conversión de un procedimiento ante el Tribunal del Jurado en procedimiento ordinario o de diligencias previas, el 'dies a quo' deberá computarse desde la fecha de incoación de estos últimos. En caso de inhibiciones, el 'dies a quo' vendrá determinado por la fecha del primer auto de incoación que se dicte. En caso de acumulaciones, el auto de incoación de las últimas diligencias marcará el inicio del cómputo de los plazos del art. 324 LECrim. Las/os Sras./es. Fiscales procurarán que la actuación judicial instructora no quede suspendida de modo indefinido a la espera de que se resuelvan los posibles conflictos de competencia que puedan suscitarse, promoviendo ante el órgano judicial que hubiera planteado la inhibición el diligente desarrollo de la investigación con arreglo al art. 25 LECrim e incluso, para el caso de estimarse oportuno, la prórroga de la fase de investigación. 9ª. Las/os Sras./es. Fiscales velarán por que la resolución motivada que decreta la ampliación de la investigación judicial sea dictada antes de la expiración del plazo legal previsto por el art. 324 LECrim, previa audiencia a las distintas partes personadas en el procedimiento. 10ª. Las/os Sras./es. Fiscales interpondrán aquellos recursos que estimen procedentes frente a las resoluciones por las que se acuerde o deniegue la ampliación de la fase de investigación judicial de conformidad con el régimen general en materia de recursos (arts. 262 y ss. y 766 LECrim). 11ª. El nuevo art. 324 LECrim no prevé supuesto alguno de interrupción de los plazos. No obstante, la suspensión de su cómputo tendrá lugar durante el período en que el procedimiento se encuentre sobreseido provisionalmente. En caso de reapertura de un procedimiento provisionalmente sobreseido se reanudará el plazo que reste de la investigación judicial, debiendo computarse a efectos del art. 324.1 LECrim el tiempo transcurrido entre el auto de incoación y el de sobreseimiento provisional. 12ª. El periodo de tiempo durante el que las actuaciones se encuentren declaradas secretas será computado con arreglo al nuevo art. 324 LECrim. En caso de encontrarse secretas las actuaciones al momento de expirar los plazos, las/os Sras./es. Fiscales velarán por que el órgano judicial conceda audiencia únicamente al Ministerio Fiscal. 13ª. Serán válidas todas las diligencias acordadas antes del vencimiento del plazo de investigación judicial, sin perjuicio de que se practiquen o reciban una vez agotado el mismo, bien se trate de una declaración testifical, un informe pericial o un documento con valor probatorio. 14ª. Carecerán de validez las diligencias cuya práctica hubiera sido acordada por la autoridad judicial de modo extemporáneo, aunque hubiesen sido solicitadas en plazo por cualquiera de las partes. Igualmente, carecerán de validez aquellas diligencias que hubieran sido acordadas tras resultar prorrogados los plazos de investigación, cuando la resolución por la que se acordó la prórroga resultare revocada. Las diligencias practicadas de aquel modo en ningún caso merecerán ser consideradas ilícitas sino irregulares, pues el mero incumplimiento del plazo procesal regulado por el art. 324 LECrim no permite apreciar vulneración alguna de derechos y libertades fundamentales. Tales diligencias no podrán valorarse al objeto de resolver la transición a la fase intermedia del procedimiento ni introducirse en el acto del juicio oral por la vía de los arts. 714 y 730 LECrim. Sin embargo, nada impedirá que las/os Sras./es. Fiscales

Ni tampoco podríamos finalizar el apartado sin señalar la STS 455/2021, de 27 de mayo (Ponente: Magro Servet, Vicente) en la que, entre otras consideraciones, se viene a establecer que: “(...) 4.- No cabe que fuera del plazo legal que se pueda acordar en virtud de un recurso de apelación frente a un auto de archivo una vía para declarar la causa compleja, hurtando y menoscabando los derechos del investigado frente a investigaciones prolongadas fuera de plazo y con diligencias traídas de forma extemporánea e improcedente. 5.- Lo que no se ha hecho en los plazos legales es nulo por causar evidente indefensión material y con clara, evidente y palpable infracción del derecho de defensa por permitir a la acusación aportar diligencias de investigación que no podía haber aportado... 12.- Los plazos acordados en el art. 324 LECRIM no son flexibles, sino imperativos o taxativos. 13.- Los plazos del art. 324 LECRIM no son improprios, sino de obligado cumplimiento y solo prorrogables a instancia del Fiscal en su momento, y con la reforma de la LECRIM también de oficio por el juez, pero posterior a esta causa. 14.- las consecuencias procesales del incumplimiento de los plazos no puede llevar aparejado únicamente el beneficio de la atenuante de dilaciones indebidas. Se trataría de diligencias y actuaciones nulas. 15.- El transcurso del plazo de los seis meses al momento de los hechos y de doce en la actualidad sí que provoca consecuencias procesales. No puede quedar sin consecuencias negativas para la acusación obligada a actuar ex art. 324 LECRIM que se deje transcurrir el plazo. Además, como se ha expuesto, se excluye cualquier riesgo de impunidad por el transcurso de los plazos al excluirse que su agotamiento dé lugar al archivo automático de las actuaciones fuera de los supuestos en que proceda el sobreseimiento libre o provisional de la causa. 16.- (...) las diligencias rezagadas, que son aquellas en las que están pendientes que se ‘reciban’ las acordadas, aunque, también, que se practiquen las acordadas antes del vencimiento del plazo, ya que esta interpretación de este apartado 7º (que ahora se ubica en el 2º en la Ley 2/2020 de 27 de julio) debe ser flexible al entenderse que hubo actividad en el acuerdo de las diligencias dentro de plazo. 17.- Una prueba evidente de que el legislador quiso aclarar qué pasaría con las diligencias llevadas a cabo fuera del plazo está

puedan proponer que en el acto del juicio oral sean practicadas aquellas pruebas que se estimen pertinentes y útiles, aun cuando las mismas guarden conexión con las diligencias reputadas no válidas por haber sido practicadas con infracción de los plazos del art. 324 LECrim. **15ª.** Las/os Sras./es. Fiscales velarán por que la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración de investigado/a o, en su caso, la declaración indagatoria con anterioridad a la expiración de los plazos de la investigación. En aquellos casos en que hubiere expirado el plazo, las/os Sras./es. Fiscales deberán sostener que la declaración de la persona investigada resulta admisible y plenamente válida, atendida su condición de garantía procesal. **16ª.** El nuevo art. 324 LECrim permite practicar las diligencias complementarias del art. 780.2 LECrim en aquellos casos en que el plazo de la investigación ya se hubiere agotado al momento de concluir la instrucción. **17ª.** Los plazos del art. 324 LECrim no resultan de aplicación a las diligencias cuya práctica haya sido decretada por el órgano de enjuiciamiento durante la fase de juicio oral con arreglo al art. 746.6º LECrim, al objeto de desarrollar una sumaria instrucción complementaria. **19ª.** Conforme a la disposición transitoria de la Ley 2/2020, de 27 de julio, el cómputo de los plazos regulados por el art. 324 LECrim debe entenderse reiniciado respecto de todas las causas en tramitación, configurándose la fecha de entrada en vigor de la Ley -29 de julio de 2020- como nuevo ‘dies a quo’ de la totalidad de los procedimientos en curso, y como nuevo plazo a computar el de doce meses previsto con carácter general por el citado precepto. La expresión ‘procesos en tramitación’ permite extender la aplicación del nuevo precepto, además de a los procedimientos que se encuentren en fase de instrucción, a los supuestos en que tenga lugar la revocación del auto de procedimiento abreviado o del auto de conclusión de sumario, así como a la posibilidad de practicar diligencias complementarias en aquellos procedimientos que se encuentren en fase intermedia.” A la conclusión 18ª nos referiremos más adelante, profundizando en su estudio.

en que en la redacción del nuevo art. 324 LECRIM ex Ley 2/2020 de 27 de julio, se recoge en el apartado 3º que: ‘Si, antes de la finalización del plazo o de alguna de sus prórrogas, el instructor no hubiere dictado la resolución a la que hace referencia el apartado 1, o bien esta fuera revocada, por vía de recurso, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de esa fecha` (...) el legislador, con la Ley 2/2020, de 27 de julio, ha resuelto las dudas interpretativas que existían en torno a las consecuencias de la práctica de las diligencias fuera del plazo marcado por la Ley, que ahora ubica en doce meses y en seis en el momento de los hechos, cual es la nulidad. Se alinea, pues el legislador con la no validez de estas diligencias (...). 19.- De admitirse las diligencias fuera de plazo, y una prórroga de las mismas instada fuera del plazo legal, se produce una clara lesión del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva por contravención de las estipulaciones del art. 324 LECRIM. 20.- El art. 324 LECRIM no crea una nueva causa de extinción de la responsabilidad penal. Su infracción solo delimita que se remite al art. 324.6 LECRIM que señala que ‘Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda conforme al art. 779`.

6.3.- El proceso por aceptación de decreto. El art. 803 Bis LECrim en su redacción dada por Ley 41/2015, de 5 de octubre

6.3.1.- En general

La ya mencionada Recomendación (1987) 18 también se refería a la instauración de procedimientos simplificados o abreviados restringidos en su aplicación a delitos de menor gravedad, como mecanismo de agilización de la Justicia penal, cuando señalaba como medida específica para la simplificación de los procesos penales en Europa el establecimiento de procedimientos simplificados para “los asuntos menores por razón de las circunstancias”, así como la instauración, en concreto, del llamado procedimiento penal monitorio o por orden penal.

Entre las novedades introducidas en la LECrim por las reformas aprobadas a lo largo del año 2015, se encuentra una nueva “modalidad” procesal, el proceso por aceptación de decreto, que *ab initio* ya suscita incógnitas relativas a su naturaleza, puesto que resulta dudoso, se trate de un verdadero proceso³⁰², y desde luego, no es, a pesar de lo que indica la propia Exposición de Motivos de la ley, un procedimiento monitorio.

³⁰² Ya que en el Derecho Procesal moderno se tiende a singularizar el concepto de “proceso” para distinguirlo de otros “metodos” en atención a la especial relación jurídica que se establece entre las partes y el Juez, de la que derivan un conjunto de derechos y deberes formalizados a través de una serie de trámites que, en orden a garantizar ciertos derechos de las partes, se rigen por unos principios concretos, entre los que, necesariamente hay que señalar el de contradicción e igualdad de armas, resulta demasiado forzado, incluir en esta categoría, un procedimiento en el que la intervención judicial consiste exclusivamente en homologar y dotar de firmeza a una decisión - decreto del Fiscal, obviamente no judicial- con la aquiescencia explícita del sujeto pasivo, se presenta ante el Juez como una actuación absoluta y plenamente concluida, lo cual se viene a parecer, de alguna manera a las actuaciones de jurisdicción voluntaria, salvando las distancias, pero jurisdicción a la que la doctrina siempre negó la condición y naturaleza de *proceso*.

Afirmaba CALAMANDREI³⁰³, que las notas que cualifican a un procedimiento como monitorio son: la actuación unilateral de la jurisdicción, que pone en marcha el proceso y emite la orden penal sin sujetarse o vincularse a petición alguna del investigado, la supresión de la audiencia preceptiva de éste, que se traduce en un desplazamiento de la iniciativa de la contradicción a su voluntad y, por último, la creación de un título de condena ejecutivo, equiparado a una Sentencia condenatoria en su plenitud.

Señala ARMENTA DEU³⁰⁴ que “Opción diferente, y más comprometida desde el momento en que supone de hecho la renuncia al juicio, son aquellos procesos especiales que cercenan la oralidad del proceso (una de las claves de la contradicción, por cierto), finalidad que deriva de adoptar una tramitación escrita de significado análogo al monitorio civil”.

En este estado de cosas, podríamos afirmar que el procedimiento monitorio, en definitiva, no es más que una manifestación de los necesarios cambios que acarrearán tanto el aumento de la litigiosidad en asuntos de menor trascendencia, como la escasez de medios materiales y personales en la Administración de Justicia que hace imprescindible la simplificación de los procesos³⁰⁵.

Entendemos importante destacar las características del monitorio penal, a los efectos de su comprensión y concreción. Y siguiendo a GIMENO SENDRA³⁰⁶, habríamos de señalar las siguientes:

a) Se trata de un procedimiento especial, singularmente diseñado para evitar una extensión dilatada en el tiempo del mismo, pero sin que pueda considerarse sumario, es decir, de reducido conocimiento, ya que, al contrario, es de pleno conocimiento.

b) Persigue ilícitos que no contemplan penas privativas de libertad. El objeto del monitorio penal lo constituyen esencialmente, ilícitos con penas de multa, o bien, sustituidos por multa.

c) El procedimiento monitorio es esencialmente escrito.

d) Permite al imputado -ahora investigado- obtener una condena menor al eludir el juicio, siendo éste el elemento principal tendente a asegurar un mayor grado de celeridad. El silencio o falta de oposición determina la ejecutividad de la sanción penal propuesta por la acusación³⁰⁷. Siendo además que la pena será más beneficiosa para el investigado que la que pudiera obtener en el Juicio Oral. En general, se acude al brocardo “el que calla otorga”, es decir, la falta de oposición se equipara a la aceptación del decreto u orden. La no oposición expresa es equivalente a la admisión del decreto u orden

³⁰³ CALAMANDREI, P., *El procedimiento monitorio*, Buenos Aires, 1953, pág. 25.

³⁰⁴ ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La Justicia procesal en Europa y América*, cit., pág. 149.

³⁰⁵ HINOJOSA SEGOVIA, R., “Un siglo de Derecho Procesal” en *Revista ICADE* núm. 46, 1999, pág. 147.

³⁰⁶ GIMENO SENDRA, J. V., “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)” en *Poder Judicial* núm. especial 2, 1988, págs. 31 a 52.

³⁰⁷ Elemento éste que no concurre en el proceso por aceptación de decreto patrio, por lo que consideramos, no nos encontramos ante un monitorio al uso.

penal y consecuentemente, a la imposición de la condena solicitada por el Ministerio Público.

Sentado lo anterior, estamos en condiciones de señalar que si el legislador hubiera decidido introducir un verdadero proceso monitorio en el ámbito penal, hubiera sido una auténtica novedad en nuestro panorama procesal pero, al concebir un procedimiento que, bajo esa denominación, se configura en realidad como un trámite en el que una propuesta de sentencia elaborada por el Fiscal, primero ha de recibir el *placet* del propio acusado y luego, la aprobación del Juez, en realidad, lo único que se está haciendo es implantar un nuevo modelo de conformidad, pero eso sí con un ámbito de aplicación distinto y tratándose de una *conformidad no negociada*³⁰⁸.

Tampoco lo considera un verdadero proceso monitorio DOIG DÍAZ³⁰⁹ quien lo concibe como “una propuesta sancionadora del Fiscal en el seno de las Diligencias de Investigación y dirigida al Tribunal de Garantías, a quien corresponde autorizar el Decreto, y remitirlo al encausado a la espera de su aceptación o rechazo”.

Sin embargo, ASECIO MELLADO³¹⁰ sostiene que “el proceso por aceptación de decreto reúne todas y cada una de las notas que caracterizan a los procesos monitorios; sus especialidades no afectan o anulan los principios que informan aquellos. En el mismo se aprecian los elementos que cualifican a estos procesos especiales como monitorios, respondiendo a sus fines e idénticos rasgos esenciales”.

En cualquier caso, es lo cierto que la dificultad -o imposibilidad, en realidad- de encajar este “proceso” en nuestro modelo procesal vigente, se repitió hasta la saciedad en los necesarios informes emitidos al efecto para la reforma “parcial” de la LECrim en 2015. Y en este sentido, resulta importante señalar el voto particular emitido por la Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Concepción Sáez Rodríguez quien decía que se estaba tratando de introducir en nuestro ordenamiento procesal penal “una institución sin raíces ni presencia en su evolución histórica”, sin que los redactores de la norma se hubieran detenido a valorar, entre otros datos, “la estructura judicial imperante todavía en nuestro país, con un Ministerio Público carente de competencias instructo-

³⁰⁸ En este sentido, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...” cit., pág. 76, donde lo define como “un proceso especial de imposición de una pena por la aceptación de una sanción de escasa gravedad, incoado a instancia del Ministerio Fiscal mediante la emisión de una propuesta punitiva premiada dirigida al sospechoso y cuya tramitación se circunscribe a la constatación del cumplimiento de los presupuestos procesales que lo condicionan y a la emisión de un consentimiento válido otorgado por el sujeto pasivo”.

³⁰⁹ DOIG DÍAZ, Y., quien obviamente escribía en la esperanza de una verdadera reforma procesal penal e indicaba que “aun y cuando se asimile al monitorio penal, lo cierto es que puede afirmarse que se inspira en dicho proceso, pero en lo sustancial no comparte su naturaleza, puesto que no basta para la condena la pasividad del encausado y su no oposición, sino que exige una aceptación expresa de la pena, efectuada con asistencia letrada”, *Vid.* “El proceso por aceptación de decreto” en

El proceso penal. Cuestiones fundamentales, cit., pág. 526.

³¹⁰ ASECIO MELLADO, J. M^a., *El proceso por aceptación de decreto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 26. Quien además señala que “(...) la forma de aceptación del decreto, expresa, tácita, con o sin asistencia letrada y escrita u oral, no inciden en la caracterización de un proceso como monitorio siempre que se respete, como así sucede, el rasgo de mantener en el investigado la facultad de pedir y obtener la apertura de una fase contradictoria”.

ras, ni la vigencia indiscriminada y sin matices del principio de legalidad, del que aquél es su principal valedor, ni la ausencia de monopolio en el ejercicio de la acción penal, rasgos que siguen caracterizando nuestro sistema de justicia, añadiendo que “quizá por ello no quepa establecer sin riesgos de error un paralelismo entre este proceso por aceptación de decreto y el previsto en el Borrador de Código Procesal Penal, en el que se partía de una realidad procedimental bien distinta, un Ministerio Fiscal investigador que somete su actuación al principio de oportunidad reglada y un Tribunal de Garantías que vela por el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso”³¹¹.

Se observará que los informes citados coincidían en que el prelegislador se había limitado a transcribir prácticamente al pie de la letra un procedimiento concebido como modalidad de terminación anticipada de la investigación del Fiscal, transplantándolo a un escenario en el que el Fiscal es un mero colaborador de la actividad directora del Juez, aunque *de facto*, hace ya un tiempo que la iniciativa, la gestión y el trabajo de investigación previa a la acusación pesa sobre el Ministerio Fiscal³¹².

El legislador, para justificar las ventajas del -erróneamente llamado- proceso, remarcaba en la Exposición de Motivos que se trataba de un modelo de comprobado éxito en el Derecho comparado, olvidando -o ignorando- que nada tiene que ver con los procedimientos monitorios de otros ordenamientos. Y nos remitimos aquí a la clasificación que al efecto realiza ARMENTA DEU³¹³.

³¹¹ El Consejo Fiscal proponía la retirada de esta parte de la reforma, entre otros motivos por cuanto que “(...) *este procedimiento especial que crea el prelegislador no es más que una copia literal del mismo procedimiento previsto en el Proyecto de Código Procesal Penal encomendado por el Ministro Gallardón a una serie de expertos y en el que se atribuía, aparentemente, la investigación al Fiscal, teniendo lógica que se dotara al Fiscal que investiga de un mecanismo rápido para lograr la conformidad sin necesidad de prolongar de formas innecesaria la investigación; sin embargo, introducido este procedimiento por copia literal de aquél y sin adaptación alguna en la vigente LECrim, está abocado a su absoluto fracaso*”. El propio Consejo de Estado informó que “(...) *este procedimiento se encontraba ya contemplado en el proyecto de Código Procesal Penal presentado en el año 2013 (artículos 485 a 494), en el marco de un nuevo modelo de justicia penal en el que se atribuía al Ministerio Fiscal la instrucción de las causas penales y al Tribunal de Garantías el enjuiciamiento de las mismas*”, observando que “(...) *el Anteproyecto sometido a consulta pretende incorporar este proceso a la vigente LECrim, que, como es bien conocido, responde a una concepción del proceso penal radicalmente distinta, en la que la instrucción de las causas penales está en manos del Juez y no del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la posibilidad que éste tiene en el marco del procedimiento abreviado- de incoar diligencias de investigación cuando tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo (...). Al margen de estas diligencias de investigación, que en la práctica únicamente se incoan cuando se trata de delitos de una cierta relevancia -distintos, por tanto, de los incluidos en el ámbito de aplicación del ‘proceso por aceptación de decreto’- (...). El Ministerio Fiscal no dirige la instrucción del proceso penal ni, en particular, participa en las diligencias previas realizadas por el Juez instructor, por lo que no suele tomar conocimiento del estado de las actuaciones hasta la notificación del auto de incoación del procedimiento abreviado, de ahí que como señala el Consejo Fiscal en su informe ‘(...) difícilmente podrá presentar el Fiscal decretos de conformidad en causas cuyo estado procesal, personas imputadas, hechos investigados y diligencias practicadas desconoce’*”.

³¹² Baste señalar la frecuencia con la que los Jueces de Instrucción dictan providencia con el contenido de “pase al Fiscal para informe”.

³¹³ ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa...*, cit., págs. 149, 150 y 151, quien señala como ejemplos el *proceso por mandato alemán* “cuya esencia consiste en obviar la celebración de la fase del juicio oral, de manera que las consecuencias

Consideramos de interés -como ya hemos apuntado más arriba- la divergente postura -respecto de la naturaleza jurídica y por tanto sus no despreciables consecuencias- de ASECIO MELLADO³¹⁴ quien sostiene que este nuevo proceso tiene una fuerte influencia de los modelos alemán e italiano, partiendo de la posibilidad -o imposibilidad- de su incardinación -o implicación- dentro del proceso monitorio. Manifiesta el autor al respecto que “negar la naturaleza monitoria podría llevar, entre otras consecuencias, a considerar aplicable a este procedimiento la regulación de la conformidad, lo que directamente entraría en colisión con las reglas que se establecen en orden a la vinculación del tribunal respecto del decreto de condena propuesto por el Ministerio Fiscal,

jurídicas del delito se determinen en un escrito librado por el Tribunal a instancia del Fiscal, al que se denomina mandato penal. El Fiscal formula su solicitud en este sentido, siempre que a la luz de sus investigaciones considere, que no resulta necesaria la celebración del juicio oral, y cuando además no quepa imponer pena que tenga carácter privativo de libertad, aunque excepcionalmente, y cuando el imputado disponga de defensor, se podrá acordar una privación de libertad que no exceda de un año, siempre que se acuerde simultáneamente su suspensión. El Juez rechazará el libramiento de mandato penal si considera que el imputado no es lo suficientemente sospechoso de haber cometido el delito, por decisión equiparable a aquélla por la que se rechaza la apertura del juicio oral”.

A su vez, refiriéndose al procedimiento por decreto italiano, señala la autora que “La técnica aceleradora (...) se repite en el *procedimiento por decreto* italiano y en el *proceso sumarísimo* portugués. En el modelo italiano se requiere que no hayan transcurrido más de seis meses desde la identificación del imputado y que la pena reclamada por el fiscal sea de naturaleza pecuniaria. A requerimiento del Fiscal, el Juez de Instrucción emitirá un decreto de condena en el que se identificará al imputado y a la persona civilmente obligada por la pena pecuniaria, enunciando el hecho punible, sus circunstancias y los preceptos infringidos y exponiendo de forma concisa los fundamentos de hecho y de Derecho en que se sustenta la decisión...” pudiendo el imputado y el obligado civil oponer oposición en los quince días de su notificación, y el imputado, oponerse solicitando un juicio inmediato o abreviado; o bien un *patteggiamento* (...)”, siempre con advertencia en la notificación de que la falta de oposición atribuye fuerza ejecutiva al decreto. Sin embargo, el decreto ha de ser notificado personalmente puesto que, de lo contrario, el Juez debe revocar el decreto y remitir las actuaciones al Fiscal.

En cuanto al *proceso sumarísimo* portugués, el ámbito objetivo alcanza a delitos con pena de prisión que no exceda de tres años, o sólo con pena de multa, pero siempre que el Fiscal entienda no es de aplicación en el caso concreto pena alguna privativa de libertad. El Fiscal formulará el requerimiento al Juez especificando imputado, describiendo hechos, señalando las disposiciones contravenidas, aportando la prueba existente y razonando la improcedencia de la pena privativa de libertad. Si el Juez considera, hay que acceder a la petición del Fiscal, se notificará el requerimiento al acusado y a su defensor, y salvo oposición se dictará resolución aplicando la sanción y condenando en costas, que tendrá valor de sentencia de condena y será irrecurrible.

³¹⁴ ASECIO MELLADO, J. M^a, quien además concluye, a diferencia de lo que nosotros predicamos, que se trata de un auténtico proceso monitorio por cuanto que concurren las notas cualificadoras al efecto: la actuación unilateral de la jurisdicción (con independencia de que la iniciativa lo sea del Ministerio Fiscal) poniendo en marcha el proceso en marcha y emitiendo la orden penal sin sujeción o vinculación a petición alguna del imputado; la supresión de la audiencia preceptiva de éste que se traduce en un desplazamiento de la iniciativa de la contradicción a su voluntad; y, la creación de un título de condena ejecutivo, equiparado a una sentencia condenatoria”, *Vid. El proceso por aceptación de decreto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 18 a 26. En el mismo sentido, RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “El procedimiento monitorio penal y su eventual adopción en el ordenamiento jurídico español” en *La reforma del proceso penal*, (con LÓPEZ YAGÜESA, V., OCHOA MONZÓ, V., RIZO GÓMEZ, B., FUENTES SORIANO, O., DURAN SILVA, C., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., ASECIO MELLADO, J. M^a, CUADRADO SALINAS, C., DOIG DÍAZ, Y.), La Ley, Madrid, 2011, pág. 432.

que no coinciden con las establecidas en el ámbito de la conformidad. Negar que se esté ante un procedimiento monitorio implicaría asemejar este procedimiento a la conformidad, cuando, como se dirá, ambas instituciones son muy diferentes, responden a principios no totalmente coincidentes, tienen un régimen jurídico distinto y producen efectos no identificables”. Igualmente, BARONA VILAR considera, nos encontramos ante un procedimiento monitorio³¹⁵.

En cualquier caso, tampoco nos parece que para la implantación de este procedimiento se haya ponderado la estructura judicial de nuestro país, con un Ministerio Fiscal sin competencias instructoras, ni tampoco la predominante vigencia del principio de legalidad, ni tan siquiera la ausencia de monopolio en el ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal, extremos que dificultan su uso y aplicación.

Igualmente explica el legislador la finalidad de la reforma presentándola como una herramienta que puede dotar de una salida procesal específica a la tramitación previa de las diligencias de investigación de la Fiscalía señalando que “(...) también responde a la posibilidad de culminar la fase de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal con una elevación de las actuaciones al Juzgado de Instrucción que implique, no ya la puesta en conocimiento del hecho sino, de facto, la solicitud de la sentencia y pena correspondiente”³¹⁶.

6.3.2.- Su ámbito de aplicación conforme al límite de punibilidad y legitimación establecidos

Es lo cierto que resulta extraño encontrarnos con una herramienta procesal -supuestamente novedosa- ya en vigor con anterioridad y con objetivo similar. La cuestión es saber cuál es, en realidad, la novedad. De hecho, y como ya hemos anticipado, el propio Consejo de Estado interesaba del Ministerio de Justicia “un nuevo análisis (...) de las relaciones entre el nuevo proceso que quiere introducirse y los actuales juicios rápidos, introduciendo las modificaciones que resulten oportunas en orden a deslindar los ámbitos de aplicación propios de cada uno de ellos y estimular la conformidad del encausado”. Igualmente, el CGPJ, en su informe, señalaba el “*contraste*” -o mejor, *la ausencia del mismo- de la nueva normativa con “la eficacia aplicativa de los juicios*

³¹⁵ BARONA VILAR, S., señala que “es un verdadero proceso monitorio penal, en línea con numerosos países de Europa. Ofrece elementos para ser considerado como una vía especial, dado su ámbito restrictivo de aplicación y dada su finalidad amén de su fundamento -economía procesal-, presentándose como un modelo de aceleración de la justicia penal para delitos de escasa gravedad, con máxima concentración a favor de la obtención del título ejecutivo. Este título se genera a propuesta inicial del Ministerio Fiscal a través del decreto dictado por él, posterior autorización del Juez de Instrucción, posterior aceptación por el encausado y su conversión en título, esto es, en sentencia condenatoria”. Vid. “El proceso por aceptación de decreto” en *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, cit., pág. 648.

³¹⁶ Desde luego, esta finalidad es difícilmente justificable, si se tiene en cuenta la considerable falta de correspondencia entre los delitos que la LECrim señala como posibles a aplicar en este procedimiento y los delitos que ordinariamente son objeto de las diligencias de investigación de la Fiscalía. El informe previo del Consejo Fiscal ya exponía respecto de su posible aplicación a partir de dichas diligencias de investigación que “(...) la experiencia demuestra que los delitos que el Fiscal investiga antes de judicializarlos (prevaricaciones administrativas, delitos fiscales...) suelen estar castigados con penas superiores a los dos años de prisión o bien con pena de inhabilitación especial quedando fuera, por lo tanto, del objeto de este proceso”.

rápidos introducidos por la reforma de 2002”; y más contundente era el Consejo Fiscal cuando decía que “(...) *este procedimiento estaría limitado a un número muy reducido de tipos penales y que además se solaparía con el modelo ya inserto en la LECrim de conformidad premiada (art. 801 LECrim) susceptible de ser aplicada a los mismos delitos resultando de escaso valor añadido, por lo que podemos afirmar que resulta innecesaria la oportunidad de instaurar un procedimiento especial de nuevo cuño para cumplir una función que ya desempeña de modo satisfactorio el sistema de conformidad del procedimiento para enjuiciamiento rápido de determinados delitos*”³¹⁷

Sin embargo, el Gobierno hizo caso omiso del informe del Consejo de Estado, aunque, finalmente, en la Exposición de Motivos se añadiera un párrafo que decía: “Este procedimiento tiene un ámbito de aplicación diferente al de los procedimientos de juicio rápido y compatible con ellos. Está especialmente pensado para aquéllos supuestos en los que el procedimiento no puede incardinarse en estos últimos por no concurrir alguno de los presupuestos del artículo 795, y para todos aquellos casos en que un procedimiento incoado como rápido se haya transformado en abreviado. También responde a la posibilidad de culminar la fase de diligencias de investigación del Ministerio Fiscal con una elevación de las actuaciones al Juzgado de Instrucción que implique no ya la denuncia del hecho sino, de facto, la solicitud de la sentencia y pena correspondiente. Su efectiva aplicación significará una reducción significativa de las instrucciones y ulteriores juicios orales, lo que redundará también en beneficio del acortamiento de la denominada “fase intermedia” de los procedimientos”.³¹⁸

En este sentido, tras una pormenorizada lectura de los artículos 795 y 803 bis a) LECrim, y después de examinar el contenido material reseñado (delitos a los que resultan aplicables), parece que la única conclusión lógica habría de ser la exclusión del procedimiento de juicio rápido y aplicación del proceso por aceptación de decreto en los supuestos de no concurrencia de los requisitos formales exigidos para aquéllos, por ejemplo, iniciación por atestado policial. Sin embargo, lo dicho tampoco parece tener demasiado sentido si tenemos en cuenta lo establecido en el art. 779.1.5ª. LECrim que permite la reconducción a juicio rápido ante el reconocimiento de los hechos por el investigado antes de la finalización de la instrucción, lo que vuelve a vaciar de contenido práctico al repetido proceso por aceptación de decreto.

De parecer similar al que acabamos de señalar es MAGRO SERVET³¹⁹ quien indica que los delitos no flagrantes, los que no se incardinan en el listado del art. 795 LECrim, o no se incoaron por atestado podrán hoy encauzarse a través de esta vía, siempre y

³¹⁷ En sentido similar se expresa CASTILLEJO MANZANARES, R., cuando señala que “la posible reducción de la pena en un tercio, contemplada en los juicios rápidos, los convierte en una opción más ventajosa para el imputado” en “Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto” en *Diario La Ley* núm. 8544, 2015.

³¹⁸ De hecho, en el Senado, no viendo clara la diferenciación entre procedimientos, se procedió a modificar la Exposición de Motivos sustituyendo *el diferente ámbito de aplicación* del juicio rápido y señalando que “El objetivo de esta reforma es el establecimiento de un cauce de resolución anticipada de las causas penales para delitos de menor entidad, aplicable con independencia del procedimiento que les corresponda. Resulta, pues, aplicable tanto a los delitos leves como a los delitos menos graves que se encuentran dentro del ámbito material de aplicación, a instancia del Ministerio Fiscal y antes de la conclusión de la fase de instrucción”.

³¹⁹ MAGRO SERVET, V., “El nuevo proceso de aceptación por decreto en la reforma de la LECrim.” en *Diario La Ley* núm. 8584, 2015.

cuando la pena prevista no sea superior a un año de pena privativa de libertad o sea de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad.

En cualquier caso, los requisitos para la aplicación del proceso por aceptación de decreto y su regulación se recogen en el art. 803 bis LECrim que pasamos a estudiar.

En primer lugar, el repetido precepto señala qué delito ha de estar castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el art. 80 del Código penal, y, en cualquier caso, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Así, han de entenderse excluidos los delitos objeto de tramitación por el procedimiento ordinario sumario, pero incluidos, los delitos leves y muchos de los incardinados en el procedimiento abreviado o en los llamados juicios rápidos³²⁰. Y habrá de hacerse lo propio excluyendo los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los Juzgados Centrales de Instrucción.

Como ya indicaba el informe previo del Consejo Fiscal anteriormente mencionado, para una recta -y correcta- interpretación de la referencia a “delitos castigados con”, ha de estarse al criterio seguido por la Circular 1/2003 de la FGE referida al procedimiento para enjuiciamiento rápido de determinados delitos, en la que se concluía que las referencias realizadas en los artículos 795 y 801 LECrim a “delitos castigados con penas ...” debían serlo a la pena en abstracto, es decir la señalada por la ley al delito de que se trate, con independencia de la que pudiera ser solicitada por la acusación en atención a las circunstancias concurrentes (pena en concreto)³²¹.

También entendemos que el procedimiento es aplicable siempre que la pena sea de multa, trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores -además de la de prisión inferior a un año posible de ser suspendida conforme al art. 80 CP.³²²- y ello con independencia del número de penas de una y otra clase, y de la eventual suma de las mismas, si nos encontramos ante varios delitos. Llegamos a esta conclusión porque la ley no señala un límite concreto y explícito al efecto, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la conformidad con pena de prisión del art. 801 LECrim.

³²⁰ Y aunque hayan surgido dudas sobre la posibilidad de aplicación de este sistema a los delitos objeto del Tribunal del Jurado, es lo cierto que su especial regulación, parece excluirlo. No obstante, la aplicación de la regla penológica, conlleva una posibilidad “colateral” para su aplicación lo que tampoco estaría mal en los casos de importante desproporción entre el propio ilícito y el despliegue de medios que supone su enjuiciamiento, como es el caso del allanamiento de morada.

³²¹ De forma similar se había pronunciado la Circular de la FGE 1/1989 respecto del procedimiento abreviado y así se ha expresado el Tribunal Supremo, creando un cuerpo de doctrina pacífico al respecto en numerosas sentencias que han seguido el acuerdo plasmado en Junta General de 2 de octubre de 1992 (SSTS 1044/1997, de la Sala Segunda, de 10 de julio, (Ponente: Granados Pérez, Carlos) y 1616/1998, de la Sala Segunda, de 21 de diciembre, (Ponente: Martínez Arrieta, Andrés).

³²² Asoma un importante problema de interpretación respecto de la mención legal de la pena de prisión inferior a un año suspendible conforme al art. 80 CP, sobre todo porque la LO 1/2015 derogó el art. 88 CP que arbitraba la sustitución de las penas, reconduciéndola a la suspensión, pero entendemos, habría de ser objeto de otro estudio.

En lo que hace a la legitimación, el art. 803 bis a) 3° establece como requisito de aplicación del proceso por aceptación de decreto que “no esté personada acusación popular o particular en la causa”, siendo, además, que el propio artículo estructura una posición de monopolio para la acusación en el Ministerio Fiscal.

En principio, esta restricción en la legitimación ha de considerarse lógica, a la vista de que nos encontramos ante un supuesto procedimiento que agiliza el proceso penal, agilización que habría de perderse, a todas luces, con la concurrencia de otras partes con intereses enfrentados. Desde luego, las consecuencias habrán de ser muy distintas según exista o no procedimiento judicial en curso, ya que, si lo hay, se parte de la base de que quien pudo personarse declinó su derecho al efecto. Pero, sin embargo, si nos encontramos ante unas diligencias de investigación del Fiscal, puede que se cercene la posibilidad de personación. De ahí que, como con absoluta claridad señala CRESPO BARQUERO³²³ “(...) antes de redactar un decreto al amparo del art. 803 bis a) y ss. de la LECrim. En el curso de las diligencias de investigación del art. 5 EOMF, todo Fiscal haría bien en comprobar que en el asunto no hay personas que pudieran sustentar una posición discrepante sobre el contenido de la acusación y estar dispuestas a defenderla personándose en el proceso. De ser así, la complicación procesal que puede sobrevenir es razón bastante para huir -una vez más- de este *útil* mecanismo de agilización”.

En este punto, indica DOIG DÍAZ³²⁴ que la decisión de excluir del proceso a una acusación distinta a la del Ministerio Fiscal ya se contempló en el Proyecto de Ley 38/2002, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, en el que no procedía instar la conformidad premiada si hubiere acusación particular³²⁵.

Como señala AGUILERA MORALES³²⁶ -refiriéndose al requisito de que no se encuentren personadas en la causa ni acusación particular ni popular- “el inconveniente que surge en este punto, tiene lugar cuando el decreto de propuesta de imposición de pena se postula en el marco de unas diligencias de investigación, en las que, no está prevista la personación de quienes están legitimados para actuar en el proceso con la condición de acusador particular o popular”.

Al hilo de esta situación, y curiosamente, también es el Fiscal quien asume unilateralmente el ejercicio de la acción civil³²⁷, y decimos curiosamente por cuanto que, nor-

³²³ CRESPO BARQUERO, P. J., “El proceso por aceptación de decreto: requisitos, objeto y contenido del decreto. Análisis de la reforma legal” en *Formación continua CEJ*, 2016, págs. 23 a 26.

³²⁴ DOIG DÍAZ, Y., “El proceso por aceptación de decreto”, cit. pág. 532.

³²⁵ No obstante, una enmienda del Senado introdujo de forma apresurada la posibilidad de acceder también a dicha conformidad cuando se hubiese constituido la acusación particular, al considerar que impedir a los ofendidos personarse en la causa, constituía un atentado al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE.

³²⁶ AGUILERA MORALES. M., “La agilización de la justicia penal en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal O ‘de cuando el oro parece...’” en *Diario La Ley* núm. 8551, 2015.

³²⁷ El art. 803 bis b) 2 LECrim dice expresamente que el procedimiento “además puede tener por objeto la acción civil dirigida a la obtención de la restitución de la cosa y la indemnización del perjuicio” por lo que, en buena lógica, el Fiscal habrá de incluir en el decreto -

mal y lógicamente, el Fiscal ha venido concretando dicho ejercicio tras haber informado a la víctima o perjudicado que “de no personarse en la causa y no hacer ni renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si correspondiere” conforme establece el artículo 771.1ª de la LECrim. Lo que puede implicar, por un lado, que el perjudicado carezca de conocimiento alguno de su situación -si estamos en sede de diligencias de investigación del Fiscal-, y por otro, que ni siquiera pueda decidir por no haberse personado en el procedimiento penal, caso de haberse judicializado la causa. Ello implica, por supuesto, una especial diligencia del Fiscal a la hora de recabar la información referente a la concreta determinación de la responsabilidad civil, lo que conllevará, necesariamente a oír al perjudicado³²⁸.

El hecho de que -aparentemente- se proscriba la participación de víctimas o perjudicados como acusación, no implica que se les pueda preterir ni por el Fiscal ni por el Juez de Instrucción teniendo en cuenta el contenido de los artículos 773.2 de la LECrim y 5 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima³²⁹.

De todos modos, con lo dicho hasta ahora nos preguntamos qué Fiscal habría de molestarse en dictar un decreto de este tipo, teniendo a mano la conformidad negociada que resuelve todos los problemas planteados de forma mucho más flexible y con absoluto respeto de todos los derechos constitucionales. Pero sigamos analizando el “proceso”.

En lo que hace a la legitimación pasiva y teniendo en cuenta que su única opción es aceptar o no en su totalidad la propuesta del Fiscal, es obvia la necesidad de que el encausado venga asistido de letrado. Por lo que el art. 803 bis f) *in fine* establece que al notificar al encausado el decreto del Fiscal, entre otros extremos es necesario informarle de la asistencia preceptiva con letrado a la comparecencia, siendo que habrá de llevar uno de su confianza o, de lo contrario, se le designará de oficio. Y, además, la designación habrá de hacerse cinco días hábiles antes de la fecha de la mencionada comparecencia, señalándose en el art. 803 bis h) 2, que la comparecencia sin letrado tiene el efecto de suspender la misma habiendo de señalarse nueva fecha.

Esta norma, como muchas otras, ha sido “transportada” del Anteproyecto de 2011 con modificaciones, a nuestro entender, no demasiado adecuadas a los efectos perseguidos por este proceso de aceptación de decreto: celeridad y simplificación del proceso penal. En el Anteproyecto, tanto la incomparecencia del letrado -a la comparecencia señalada- como la falta de su designación previa a la misma, tenían el efecto equivalente al rechazo de la propuesta del Fiscal. Sin embargo, en la regulación vigente, la incomparecencia del letrado no hace sino suspender la comparecencia.

art. 803 bis c)- “6º Peticiones de restitución e indemnización, en su caso”.

³²⁸ O, en su caso, que sea el Juez de Instrucción quien, tras la recepción del decreto, proceda a realizar el ofrecimiento de acciones a fin de comprobar si la víctima tiene interés o no en constituirse en parte.

³²⁹ Conforme al art. 773.2 LECrim: “Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente”. Por su parte, el art. 5 del Estatuto de la Víctima dispone que “Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos (...) b) Derecho a denunciar y, en su caso, el procedimiento para interponer la denuncia (...)”.

Concluye bien CRESPO BARQUERO cuando dice: “Todo parece indicar, por tanto, que la falta de designación de letrado dará lugar *en todo caso* al nombramiento de uno de oficio, que no podrá convocarse (y/o celebrarse) la comparecencia si el acusado no tiene abogado designado por él o de oficio, que si aun teniéndolo, el encausado comparece sin abogado habrá que suspender *en todo caso* la comparecencia y proveerle de uno antes de volver a convocarla... y que no se sabe cuántas veces puede pasar esto antes de que el acusado pueda llegar a la comparecencia con su abogado y, por fin, decir que no está de acuerdo con el decreto del Fiscal. A lo mejor no es el modo más idóneo para *evitar dilaciones innecesarias, sin merma alguna de los derechos de las partes*”³³⁰.

También es de señalar que este proceso no exige la asistencia del Fiscal a la comparecencia, de lo contrario, entenderíamos, carecería de ventaja operativa para el Ministerio Público, en el sentido de que no se ahorrarían trámites procedimentales efectivos. Así, en los delitos leves, no extraería beneficio alguno respecto a la asistencia a la celebración del juicio. Y en los procedimientos relativos a delitos penológicamente comprendidos en el art. 801 LECrim, la posibilidad de llegar a una conformidad, supera con creces los estrechos cauces del nuevo procedimiento.

6.3.3.- Tramitación

La nueva regulación supone -entre otras- la posibilidad de pasar de unas diligencias de investigación en Fiscalía a la condena del encausado tras la mera autorización judicial del decreto del Fiscal, sin que ninguna autoridad judicial le haya tomado siquiera declaración y ello, formalizando el decreto como sentencia, tras una comparecencia oral ante el Juez grabada en soporte audiovisual³³¹.

Y como indica CASTILLEJO MANZANARES³³² “la incoación del procedimiento por aceptación de decreto constituye una potestad discrecional, facultativa y exclusiva del Ministerio Fiscal, quien tendrá que acreditar en el decreto que concurren los presupuestos del art. 803 bis de la LECrim”.

La regulación legal de la tramitación se contiene en los artículos 803 bis c y d de la LECrim, siendo que el apartado c) establezca el contenido concreto que ha de tener el decreto, y el apartado d) señale que dicho decreto ha de ser remitido al Juzgado de Instrucción para su autorización y notificación al investigado.

6.3.3.1.- Contenido del decreto

En lo que hace al contenido del decreto -salvo alguna deficiencia de técnica legal³³³ que haya podido observarse y el estrambote referido a la mención sucinta de la prueba

³³⁰ CRESPO BARQUERO, P. J., “El proceso por aceptación ...”, cit., pág. 30.

³³¹ VARELA CASTEJON, P., “El proceso por aceptación de decreto en la LECrim” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm.2, 2016, pág. 102.

³³² CASTILLEJO MANZANARES, R., “Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto”, cit., pág. 5.

³³³ Como la referida a “la indicación del delito” en lugar de haber señalado calificación legal de los hechos. O como la expresión referida a la proposición de la pena reducida “hasta en un tercio”, que resulta absurda al tratarse este proceso de una propuesta del Fiscal no negociada y,

existente- es lo cierto que sigue siendo el mismo que el establecido en los artículos 650 y 781.1 de la LECrim: Identificación del investigado; descripción del hecho punible - que no es otra cosa que el relato fáctico que ha de contenerse en la conclusión primera de los escritos de acusación-; indicación del delito y mención sucinta de la prueba existente; mención de los motivos por los que se entiende ha de sustituirse la pena de prisión; las penas propuestas, con reducción de hasta un tercio; y, en su caso la petición correspondiente en concepto de responsabilidad civil³³⁴.

Como ya hemos adelantado, el Fiscal se ve obligado a realizar una mención sucinta de la prueba existente cuando, ni de lejos, nos encontramos en el Juicio Oral, ni tenemos garantía alguna de poder evitar su celebración. CRESPO BARQUERO³³⁵ ve en ello una especie de *discovery* más allá incluso de su versión anglosajona: se pide al Fiscal no ya que proponga prueba -puesto que no estamos en el plenario- sino que exponga cuál es aquella en la que se basa para fundar su solicitud de condena. Este autor, parte de la base de la ausencia de cualquier intervención judicial referida a la valoración de la prueba, a la enervación de la presunción de inocencia o de la calificación jurídica para concluir que este proceso por aceptación de decreto "(...) únicamente parece tener la finalidad de que el acusado pueda valorar lo que el Fiscal tiene *contra él*, y en función de ese conocimiento decidir si se conforma, obteniendo en su caso una ventaja en la pena, o no lo hace, por entender que con la prueba existente la Fiscalía no va a conseguir su condena", (...) ya que, ni el art. 803 bis e) que regula el auto de autorización del decreto, ni el art. 803 bis h), que contiene los parámetros de control judicial de la aceptación de la propuesta por el acusado se proyectan sobre la *prueba objetiva* del hecho. El objeto del control asignado al Juez se delimita exclusivamente, en el primer caso, por el cumplimiento de los requisitos formales y materiales del procedimiento -los del art. 803 bis a)- y en el segundo, por el aseguramiento de que el encausado asistido de letrado "*comprende el significado del decreto (...) y los efectos de su aceptación*". Por tanto, el Juez no tiene margen ni para valorar la *verosimilitud del hecho* ni de la participación del acusado, ni para poner en cuestión su aceptación por razones ajenas a la expuesta de no haber comprendido su significado y consecuencias".

Sin embargo, otros autores³³⁶ sostienen que la única intención del legislador es aplicar este proceso a supuestos delictivos en los que la tipicidad de los hechos depende de la concurrencia de elementos fácticos fácilmente visibles, ya que la necesidad de una investigación más complicada implicaría la imposibilidad de aplicación de este procedimiento, y mantienen una postura contraria a la señalada en el párrafo anterior al considerar que sí existe labor de valoración por parte del Juez de Instrucción, aunque la ciñan exclusivamente en lo referido a la concreción de la pena (circunstancias personales, antecedentes penales, conducta posterior al hecho, etc.) y sobre todo a su suspensión, donde sí se da un margen a la discrecionalidad judicial.

además, si tenemos en cuenta la imperativa reducción de la pena en un tercio en toda conformidad que se lleve a través de un juicio rápido, poco éxito ha de tener este modelo, si el Fiscal no agota las posibilidades de reducción, es decir si no rebaja directamente ese tercio.

³³⁴ En palabras de ASENSIO MELLADO, J. M^a., "la propuesta de decreto de condena se equipara, pues, a un escrito de acusación, dejando para un momento posterior aquellos aspectos que sólo se deben comunicar al investigado una vez el decreto alcanza eficacia en orden a su tramitación efectiva". *Vid. El proceso por aceptación...* cit., pág. 136.

³³⁵ CRESPO BARQUERO, P. J., "El proceso por aceptación..." cit., pág. 32.

³³⁶ VARELA CASTEJÓN, P., "El proceso por aceptación de decreto..." cit., págs. 103 y 105.

Creemos que con un intachable sentido lógico -y práctico- BARONA VILAR³³⁷ establece la cuestión en su justo término cuando manifiesta que “al hablar de prueba ha de entenderse en estos casos y teniendo en cuenta el momento procesal en el que el decreto se va a emitir, que fundamentalmente, se centrará en los medios de prueba preconstituidos y en cuantos elementos formen parte del atestado que se generó como consecuencia de la comisión de los hechos delictivos”.

Por su parte, manifiesta ASENCIO MELLADO³³⁸ que “se puede concluir, por tanto, que, aunque la norma ordene la cita de los medios de prueba, este requisito no es esencial y que el Juez no puede denegar la autorización ante su ausencia. Y lo mismo debe decirse de la inclusión o narración de elementos que carezcan de valor probatorio, que no tendrán eficacia alguna si se presta la debida aceptación”.

6.3.3.2.- Autorización del decreto

Una vez recibido el decreto, el Juez de Instrucción habrá de comprobar, se cumplen “*los requisitos establecidos en el art. 803 bis a)*” que ya han sido analizados.

Sin embargo, el Juez no tiene más que dos alternativas: autorizar o no, sin posibilidad de corrección³³⁹.

La literalidad de la norma -“*autorizará*”-, obliga a interpretar que nos encontramos ante un control de legalidad y no ante una prerrogativa discrecional del Juez de Instrucción, cuya consecuencia no puede ser otra que la imposibilidad de modificar el contenido del decreto y, a su vez, la imposibilidad de no autorizar el mismo por causas distintas a las concretamente establecidas, dejando a salvo la valoración sobre la suspensión de la pena privativa de libertad. Lo que, a su vez, nos lleva a concluir que la motivación del auto que deniegue la autorización habrá de referirse concretamente a qué requisito/s del art. 803 bis a) no concurre/n a su entender y, en el caso de la suspensión de la pena de prisión solicitada en el decreto, habrá de explicitar los motivos por los que rechaza aquéllos del Fiscal en los que éste ha fundamentado tal petición.

De cualquier modo, conforme al apartado 2 del art. 803 bis d) “*si el Juzgado de Instrucción no autoriza el decreto, éste quedará sin efecto*” lo que consideramos, implica que la comparecencia ni siquiera será convocada, ya que la misma sólo se produce una vez “*dictado auto de autorización del decreto*”.

En cuanto a la recurribilidad del auto de autorización del decreto parece ilógico incluso su planteamiento por la defensa, teniendo en cuenta que es suficiente su no asunción para dejarlo sin efecto.

Respecto a la posibilidad de recurso frente al auto que deniega la autorización del decreto y a pesar del silencio de la norma al efecto, señala -creemos que con buen criterio- GONZALEZ-CUELLAR que su interpretación en sentido positivo sería incompati-

³³⁷ BARONA VILAR, S., “El proceso por aceptación de decreto”, en *Proceso Penal. Derecho Procesal III* cit., pág.650.

³³⁸ ASENCIO MELLADO, J. M^a., *El proceso por aceptación...* cit., pág. 143.

³³⁹ Posibilidad que sí se recoge en el art. 787.3 de la LECrim.

ble con la agilización pretendida por la ley y razona el autor que: “el proceso por aceptación de decreto se basa en el consenso y no en la convicción. Se asienta en los indicios y en la voluntad, al margen de la prueba y el conocimiento del hecho. El proceso prescinde así de la investigación y el enjuiciamiento y sitúa la solución del conflicto creado por el delito en el campo de la autonomía personal”³⁴⁰.

6.3.3.3.- La comparecencia

Los dos requisitos legalmente establecidos para su validez son que el encausado comparezca junto a su letrado y que comprenda -se entere- de lo que el Fiscal está pidiendo para él. A partir de estas dos premisas las posibilidades son múltiples, como ya se ha apuntado, dependiendo de si comparece, no comparece, comparece sin letrado, comparece con letrado pero no acepta....

De cualquier modo, habremos de remitirnos a la terminación consensuada del procedimiento en cualquiera de sus modalidades, tanto la premiada de los juicios rápidos como la clásica de cinco minutos antes de la vista oral.

No obstante, no puede obviarse -partiendo de la diferencia entre nuestro “solapado” sistema inquisitivo y el acusatorio formal y adversarial- la dificultad de encajar un procedimiento de uno de los sistemas, en el otro. Más fácil sería una pequeña revolución -vía renovación- al efecto, pero continuamos con nuestros pavores atávicos -e incomprensibles- al efecto.

Realmente, en nuestro sistema procesal penal -marcado en sangre después de tantas generaciones- es difícil de asimilar que el Juez no pueda valorar la licitud o el contenido de la prueba, y que lo único que se le esté pidiendo en la comparecencia es que el encausado “se entere” de dónde está, de lo que le está pasando y de lo que el Fiscal le está pidiendo. Como sintetiza CRESPO BARQUERO³⁴¹ “que un juez de instrucción español adquiriera conciencia de esa limitación de su función es probablemente contrario, siguiendo la imagen, al *código genético* de nuestro modelo procesal y de su propia ‘cultura’ profesional, a la que es inherente la confusión de las funciones de investigador y árbitro. Pero la ley, en su honda contradicción sistémica, dice lo que dice, y por tanto cuando se le *exige* comprobar que el encausado comprende el sentido y las consecuencias de su decisión, debe -o debería- quedar claro que eso es en realidad lo *único que se le autoriza* a comprobar. Constatada la *conformidad consciente* del acusado con el decreto “*en todos sus términos*” -art. 803 bis i)- es decir, con todo “*lo relativo a las penas o a la restitución o indemnización*” -art. 803 bis h) 2- el juez *está obligado a atribuir* a dicho decreto “*el carácter de resolución judicial firme, que en el plazo de tres días documentará en la forma y con todos los efectos de sentencia condenatoria*” -art. 803 bis i). Y esa sentencia “*no será susceptible de recurso alguno*”.³⁴²

³⁴⁰ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., “La reforma de la Ley de...”, cit., pág.84

³⁴¹ CRESPO BARQUERO, P. J., “El proceso por aceptación...” cit. pág., 40.

³⁴² Como ya hemos indicado más arriba y contrariamente a nuestro “proceso”, en países de nuestro entorno como Alemania o Italia, se otorgan al Juez competente amplias facultades decisorias, pudiendo aceptar la propuesta emitida por el Ministerio Fiscal y dictar resolución en ese sentido, discrepar de la calificación jurídica de los hechos efectuada en la petición de monitorio, entendiendo así que procede enjuiciarlos a través de otro procedimiento; aceptar la calificación jurídica de los hechos pero entender que los indicios incriminatorios aportados

Para ir ultimando, y en cuanto a las consecuencias de la aceptación o no aceptación del decreto -además de lo ya adelantado- se pueden concretar, por un lado, en la no aprobación judicial del decreto antes de la comparecencia, en el rechazo total o parcial del encausado del citado decreto, en la incomparecencia del encausado y en la no aprobación judicial, conllevando todas estas situaciones “*la ineficacia del decreto de propuesta de pena*” ex art. 7803 bis j). Y, por otro lado, en buena lógica, la aceptación judicialmente homologada del decreto deriva en una sentencia firme, a documentarse en tres días.

Antes de concluir, hemos de indicar que, desde que entrara en vigor la reforma de 2015, los firmantes de este trabajo no hemos visto tramitar ni siquiera uno de este tipo de -mal nominado- proceso, lo que no puede suponer, sino que los operadores jurídicos, no han encontrado practicidad -o ventaja- alguna al mismo. A pesar de ello -o con la pretensión de generalizar su utilización- a FGE en su Propuesta 52^a, postula por la ampliación de su ámbito de aplicación³⁴³.

Finalizaremos señalando que el ALECrím 2020 no recoge este tipo de procedimiento o “proceso”, siendo que, además, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de julio de 2021, en el que aprobara el informe a la Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, se decía que habría resultado adecuado aprovechar la ocasión para eliminar el procedimiento monitorio penal, de escasa aceptación, uso e impacto.

6.4.- El procedimiento por delitos leves. Los artículos 963.1. 1^a, 964.2.a) y 965.1. 1^a. LECrím según redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo. El procedimiento por delitos leves en el ALECrím 2020.

6.4.1.- En general

Las conductas anteriormente constitutivas de faltas y las que hoy son consideradas delitos leves son hechos que, de alguna manera, no son acreedores de una gran repulsa social, pero no por eso dejan de necesitar un cauce jurídico idóneo por las que discurrir, con un grado de tutela conforme con la preocupación de los ciudadanos cuando se encuentran ante este tipo de infracciones, lo que supone decir que debe quedar garantizada la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE). Por ello, entendemos que las modificaciones que al respecto introduzca el legislador, afectarán de forma muy directa a gran parte de

resultan insuficientes para dirimir el ilícito a través de este procedimiento; o bien entender que procede el sobreseimiento, como señala CASTILLEJO MANZANARES, R., “El fomento del principio de oportunidad”, en *El Proceso Penal. Cuestiones fundamentales*, (AAVV, coord. FUENTES SORIANO, O.), cit., pág. 602. Añade además la autora que “(...) tiene más ventajas en el derecho comparado. Así, en el Código Procesal Penal italiano, la finalización por decreto penal aceptado por el acusado permite disminuir la pena hasta la mitad del tipo del mínimo penal, no se aplican las penas accesorias, se privilegia la cancelación del antecedente penal y no hay condena en costas (art. 460 del Código Procesal Penal italiano, redactado por Lege de 16 de diciembre de 1999)”.

³⁴³ Recoge textualmente: “Actualmente se trata de un procedimiento de aplicación muy limitada debido al estrecho ámbito objetivo por la gravedad y extensión de la pena. La propuesta pasa por extender su aplicación a los mismos supuestos que el procedimiento para el enjuiciamiento rápido, con la ventaja de que no requiere comparecencia judicial, evitando así trámites innecesarios y adelantado aún más la conformidad”.

la sociedad. A lo que es necesario añadir que en un buen número de este tipo de infracciones los ciudadanos no buscan sino un “amparo” judicial que resuelva el conflicto entre particulares.

En este contexto, conforme al Preámbulo de la LO 1/2015 “en el caso de las infracciones de menor gravedad (los delitos leves) existen habitualmente conductas que resultan típicas pero que no tienen una gravedad que justifique la apertura de un proceso y la imposición de una sanción de naturaleza penal, y en cuya sanción penal tampoco existe un verdadero interés público. Para estos casos se introduce, con una orientación que es habitual en el Derecho comparado, un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos. Con esta modificación se introduce un instrumento que permite a los jueces y tribunales prescindir de la sanción penal de las conductas de escasísima gravedad, con lo que se consigue una realización efectiva del principio de intervención mínima, que orienta la reforma del Código Penal en este punto; y, al tiempo, se consigue descargar a los tribunales de la tramitación de asuntos menores carentes de verdadera relevancia que congestionan su actividad y reducen los recursos disponibles para el esclarecimiento, persecución y sanción de las conductas realmente graves”.

Como se acaba de anticipar, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015, la innovación de fondo ha radicado en la introducción en el procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves, del principio de oportunidad reglada con el fin de evitar en lo posible el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes³⁴⁴, y de este modo, lo ha consagrado en el artículo 963.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁴⁵ y lo digno de mención estriba en que el juicio entre en crisis anticipada en el mismo momento de su nacimiento si el Fiscal, hace uso de su potestad de solicitud de archivo. Siendo, además, que el principio de oportunidad se establece para las tres modalidades procedimentales del enjuiciamiento de delitos leves (arts. 963.1. 1º, 964.2 y 965.1.1ª. De la LECrim).

La lectura de los arts. 962 y siguientes de la LECrim, hace que podamos colegir y considerar que el juicio por delitos leves- al igual que con anterioridad el juicio de faltas- está estructurado como un procedimiento acelerado, sencillo, concebido para el rá-

³⁴⁴ En palabras del propio Preámbulo de la LO 1/2015 (I): “La reducción del número de faltas- delitos leves en la nueva regulación- viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles”. A la vez que señala como objetivo de la reforma “la racionalización del uso del servicio público de Justicia, para reducir la elevada litigiosidad que recae sobre Juzgados y Tribunales, con medidas dirigidas a favorecer una respuesta judicial eficaz y ágil a los conflictos que puedan plantearse. Al tiempo, el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad”.

³⁴⁵ Que dispone: “Recibido el atestado (...) si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1ª. Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias y las personales del autor, y b) no existe un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.”

pido enjuiciamiento de aquellos actos antijurídicos caracterizados por su escasa lesión social y mitigada entidad de la pena³⁴⁶.

Señala BARONA VILAR³⁴⁷, el procedimiento “(...) es heredero del juicio de faltas (...), de modo que suprimidas las faltas, se mantiene solo la consideración de delito respecto de las conductas reprochables penalmente: delitos graves, menos graves y leves, atendiendo a la naturaleza de sus respectivas penas (art. 13 CP)”.

La LO 1/2015 atribuye al Fiscal la potestad de instar la terminación anticipada del procedimiento por razones de estricta oportunidad, implantando tal principio mediante el establecimiento, al efecto, de la concurrencia cumulativa de dos elementos:

1º. La escasa gravedad del delito, optando por los llamados “delitos bagatela”, en los que el interés público se valora en función del coste en recursos materiales y personales que representa su persecución, lo que implica una reducción a mínimos del principio de oportunidad, sobre todo si se tiene en cuenta el tenor literal de la norma “de muy escasa gravedad” que, a su vez, implica lo excepcional que sigue siendo en nuestro ordenamiento la renuncia al *ius puniendi*.

Ante el mantenimiento por la Ley de conceptos jurídicos indeterminados para el ejercicio del principio de oportunidad, la Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 1/2015, *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma operada por la LO 1/2015*, establece dos parámetros, por un lado, el valor relativo del bien jurídico tutelado por la norma y, por otro, la intensidad del daño o riesgo efectivamente ocasionados, de modo que habrá de actuarse de forma más restrictiva si el bien jurídico protegido es la integridad física, la dignidad o la libertad y cuando se lesiona de forma efectiva el bien jurídico protegido en la norma, por haberse consumado el mismo, sobre todo si se ha derivado perjuicio a indemnizar que no se ha realizado por el autor³⁴⁸.

2º.- Ausencia de interés público en la persecución del hecho, lo que está íntimamente relacionado con la antijuridicidad material de la conducta, aunque sea necesario considerar factores externos al propio hecho cometido para analizar la necesidad de imposición de la pena como la finalidad de afirmar el ordenamiento conculcado, o la exigencia de protección efectiva de la víctima respetando su voluntad en consonancia con el Derecho de la Unión Europea y con la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito, que en su artículo 3.1 le reconoce un extenso derecho de participación activa en el proceso penal, que podría quedar frustrado por una crisis anticipada del procedimiento por solicitud de archivo del Ministerio Fiscal. Así las cosas y conforme señala la citada Circular 1/2015 de la FGE “*la valoración del interés público, en definitiva, no puede hacerse al margen o en contra de la voluntad manifestada por la víctima de denunciar y perseguir los hechos, salvo, en aquellos casos en que ésta resulte infundada,*

³⁴⁶ SANTOS MARTÍNEZ, A. M., “La instrucción de los delitos leves” en *El proceso penal, cuestiones fundamentales*, (AAVV, coord. FUENTES SORIANO, O.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 564.

³⁴⁷ BARONA VILAR, S., “Los procesos ordinarios. Procedimiento por delitos leves” en *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, cit., págs. 637 y 638.

³⁴⁸ La misma Circular de la FGE 1/2015, señala la necesidad de valorar circunstancias personales del autor, tales como su edad, carencia de antecedentes penales por hechos similares, ocasionalidad de la conducta infractora, arrepentimiento activo, etc.

irracional o arbitraria, constituya un ejercicio abusivo de su derecho, o se aparte claramente del interés general, pues una cosa es que exista un interés público en dignificar y realzar la posición jurídica de la víctima en el proceso, y otra muy distinta que la voluntad del particular tenga la facultad inapelable de definir en cada caso el sentido definitivo que hay que dar a ese interés público”.

En cuanto a la naturaleza de este procedimiento y siguiendo a la profesora BARONA VILAR³⁴⁹ señalar, se trata de un procedimiento de doble instancia, sencillo y muy abreviado, en el que se respetan los principios de oralidad, concentración, inmediación y publicidad, además de la contradicción, aun cuando se permite la celebración del juicio con ausencia de las partes, sin que ello impida la notificación posterior de la sentencia.

6.4.2.- *En concreto*

Respecto al ámbito de aplicación, el procedimiento por delitos leves se concreta en el enjuiciamiento de las conductas tipificadas como tales y conforme al art. 13.3 del CP lo son “las infracciones que la ley castiga con pena leve” lo que nos remite al art. 33.4 del mismo cuerpo legal. Y así, conforme a la repetida Circular 1/2015 de la FGE, “*en el nuevo ordenamiento lo que acredita la levedad de la infracción es el umbral de la cuantía o duración de la pena que tiene asignada, no su techo, de tal manera que si el límite mínimo se sitúa en la cuantía o tiempo previstos en el art. 33.4 CP, el delito es leve, aunque el límite máximo de la pena asignada se prolongue hasta el tramo reservado en el art. 33.3 CP a su modalidad menos grave*”. De modo que “*sólo podrá considerarse leve un delito cuando todas las penas que tenga asignadas incluyan o estén íntegramente comprendidas en los tramos leves definidos en el art. 33.4 CP; por el contrario, si alguna o algunas de ellas tienen prevista una extensión comprendida íntegramente en los tramos menos graves del art. 33.3 CP, prevalecerá el art. 13.2 CP y el delito habrá de ser considerado menos grave*”.

En cuanto a la competencia, al igual que ocurría en el Juicio de Faltas, es competente, con carácter general el Juez de Instrucción³⁵⁰, y dependiendo de los sujetos, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Como ya lo fuera en el juicio de faltas, la citación es una pieza clave del procedimiento³⁵¹ que garantiza todos los derechos en juego, ya que además del día, hora y lugar, se informa del contenido de la causa, se advierte de las consecuencias de la incomparecencia, se informa igualmente de que se ha de comparecer con los medios de prueba de los que intente hacerse valer, siendo que ha de acompañarse una copia de la denuncia.

En lo que respecta a las modalidades procedimentales del nuevo juicio sobre delitos leves, y conforme al art. 963.1.1^a. De la LECrim, habría de entenderse que la potestad

³⁴⁹ BARONA VILAR, S., “Procedimiento por Delitos Leves” en *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, cit., pág. 639.

³⁵⁰ En algunos casos de guardia, pero siempre el Juez de Instrucción. Y en asuntos de su competencia, también el Juzgado Central de Instrucción. Desaparece meridianamente la competencia de los Juzgados de Paz.

³⁵¹ BARONA VILAR, S., “Procedimiento por Delitos Leves” en *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, cit., pág. 640.

del Ministerio Fiscal de solicitar la terminación anticipada aparece sólo al regular los actos del Juez de Instrucción subsiguientes al acuerdo de incoación del procedimiento en el trámite de enjuiciamiento inmediato. No obstante, entendemos con MARTIN PASTOR³⁵² que “el sobreseimiento por razones de oportunidad no se limita a la modalidad procedimental de enjuiciamiento rápido o inmediato, sino que se contempla con los mismos requisitos en el enjuiciamiento rápido por citación del Juez de guardia (art. 964.2.a) LECrim) y en el enjuiciamiento ordinario fuera del servicio de guardia (art. 965.1.1ª LECrim)”.

A su vez, consideramos de interés, señalar que conforme se advierte en la Circular 1/2015 de la FGE “(...) en los delitos semipúblicos, por lo tanto, el Fiscal no emitirá informe sobre la concurrencia de posibles motivos de oportunidad en los casos en los que, conforme a los criterios de la presente Circular, esté dispensado de acudir a juicio oral”.

Entendemos que, a nivel teórico, quedan justificados los muchos artículos escritos por la doctrina respecto al aparentemente nuevo procedimiento sobre delitos leves, pero en la práctica, a pesar de la introducción del principio de oportunidad, es lo cierto que no se ha detectado resultado novedoso alguno. Y en este sentido acudimos a la Memoria de la FGE de 2019, en la que se señala “(...) las cifras vuelven a confirmar que la supresión formal del Libro III del Código Penal, dedicado a las faltas, no ha supuesto una disminución relevante de la litigiosidad y de la carga de trabajo derivada de este tipo de infracciones penales, ya que las modalidades de mayor incidencia práctica no se derogaron en el año 2015, sino que se transformaron en delitos leves”.

También en este punto y debido a la pandemia, la FGE vino a realizar dos Propuestas de agilización referidas al procedimiento por delitos leves: una de ellas respecto a la asistencia del Fiscal a las vistas de los mismos, interesando la modificación del art. 969.2 de la LECrim³⁵³; y la otra, referida al desarrollo del principio de oportunidad, con modificación del art. 963 LECrim e incorporando un nuevo art. 774 bis LECrim³⁵⁴.

³⁵² MARTÍN PASTOR, J., “La tímida introducción de la potestad discrecional de acusar en el proceso penal español” en *El Proceso Penal. Cuestiones fundamentales*, (AAVV, coord. FUENTES SORIANO, O.) cit., págs. 72 y 73.

³⁵³ La Propuesta 42ª interesaba textualmente que: “A fin de potenciar la intervención del Ministerio Fiscal en otros procedimientos de mayor complejidad técnico-jurídica y aprovechar sus limitados medios personales, así como de introducir en toda su extensión el principio de oportunidad, se considera de importancia capital la modificación del art. 962.2 LECrim en el siguiente sentido: “*El fiscal asistirá a los juicios por delito leve siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los fiscales podrían dejar de asistir al juicio y de emitir los informes a que se refieren los artículos 963.1 y 964.2 En estos casos, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena*”.

³⁵⁴ Así, la Propuesta 48ª, solicitaba, en atención a que la actual regulación del principio de oportunidad en los delitos leves resultaba poco operativa, pues se ciñe a muy escasos supuestos que conforme a “*La recomendación NR (87) del Comité de Ministros a los estados miembros sobre la simplificación de la justicia penal adoptada por el Comité de Ministros que propone para remediar la lentitud de la justicia, entre otras medidas, recurrir al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, debe destacarse el punto quinto que señala que debe inspirarse de igualdad y en la individualización de la justicia penal y concretamente teniendo en cuenta: a) gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; b) la personalidad del denunciado; c) la condena que pudiera imponerse; d) los efectos de esta condena sobre el denunciado; y e) la situación de la*

6.4.3.- El procedimiento por delitos leves en el ALECRim 2020

El ALECRim 2020 viene a regular el enjuiciamiento de los delitos leves en los artículos 836 a 848 del texto, además de incluirlo dentro de las posibilidades de enjuiciamiento inmediato en el art. 792.2., y, señalando las especialidades a este respecto en el art. 796.

La Exposición de Motivos del ALECRim 2020 indica que: (...) en el nuevo modelo de proceso penal, el juicio por delito leve tiene una dimensión forzosamente más limitada. La adecuada utilización del instrumento de la oportunidad debe aligerar considerablemente la carga ante los tribunales penales de estos asuntos de naturaleza menor. Un número no despreciable de las infracciones que se enjuician como posibles delitos leves se caracteriza por su manifiesta carencia de relevancia. Esta circunstancia ha de llevar al fiscal al inmediato archivo por razones de oportunidad de la denuncia formulada, sin perjuicio de las acciones civiles o administrativas que puedan alcanzar a los interesados. En los casos en los que el fiscal no acuda al instrumento de la oportunidad, se celebrará el juicio por delito leve, cuyos cánones generales son los mismos que ya se contienen en la regulación vigente, aunque son debidamente sistematizados y actualizados, incorporando, por ejemplo, una regulación completa de las medidas cautelares en caso de delito leve y garantías específicas para asegurar el juego del principio acusatorio”³⁵⁵.

En concreto, el art. 839 ALECRim2020 remite al art. 553, en el que se faculta al Fiscal a dictar el correspondiente decreto acordando, bien la remisión al proceso de justicia restaurativa, bien el archivo por cuestiones de oportunidad, o bien, la iniciación del procedimiento por delito leve, cuando reciba denuncia o atestado por hechos que tengan dicha naturaleza o tan pronto compruebe que los hechos objetos de un procedimiento de investigación son exclusivamente constitutivos de dicha clase de delito.

Señala el mencionado Informe del Consejo Fiscal de 7 de julio de 2021 al ALECRim 2020 que: *“Ha de valorarse positivamente que, una mayor eficacia protectora de los derechos de las víctimas para lograr una pronta y justa reparación de sus perjuicios puede lograr un mejor resultado acudiendo a estas vías alternativas (...)”*.

Concretando más, habremos de indicar que es en el art. 840 del repetido texto donde se establece el contenido que ha de tener necesariamente el decreto. A saber:) La identificación de la persona que ha formulado la denuncia, de la posible víctima del delito leve y de la persona que ha sido denunciada como posible autor; b) La exposición sucinta de los hechos denunciados; c) La calificación provisional de esos hechos, así como, en su caso, la proposición de prueba para el acto del Juicio Oral, con indicación particular de los peritos y testigos que han de ser citados de oficio, y si fuere el caso, la solicitud de adopción o de mantenimiento de medidas cautelares, con una duración máxima de tres meses.

víctima`; y el punto sexto establece que el principio de oportunidad puede ser puro o simple -acompañado de advertencia o amonestación- o sometido a determinadas condiciones que han de ser cumplidas por el denunciado....” Propiciándose así *“La introducción del principio de oportunidad reglada simple o a condición, siempre bajo la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, en supuestos tasados de escasa entidad jurídica, pero más allá de lo previsto actualmente, flexibilizando los requisitos legales de posible aplicación del principio”*.

³⁵⁵ Vid. el Apartado XXXVII de la Exposición de Motivos ALECRim2020.

El decreto que acabamos de mencionar, con el que se inicia el procedimiento por delito leve, está sometido a control judicial como se desprende del art. 842 ALECRim2020, ya que faculta al Juez a convocar a las partes al Juicio Oral dentro de los diez días siguientes, si considera que el hecho es constitutivo de delito leve, salvo que entienda la necesidad de continuar por los trámites del procedimiento ordinario de investigación, en cuyo caso, revocará el decreto. Contra esta resolución cabe recurso de reforma.

A su vez, y una vez convocado el Juicio Oral, conforme al art. 843 ALECRim2020, será el Letrado de la Administración de Justicia el que señale la fecha para su celebración, habiendo de practicarse las citaciones que haya pedido el Fiscal.

Para ir finalizando este somero análisis, habríamos de indicar que el Fiscal intervendrá obligatoriamente en los delitos leves de carácter público o cuando hubiera solicitado alguna medida cautelar, y ello con independencia de que siempre será citado al efecto³⁵⁶.

Concluiremos señalando que conforme a los arts. 486 y siguientes ALECRim2020: a) El Juicio se inicia con la lectura del decreto del Fiscal; b) Las partes propondrán las pruebas de las que intenten hacerse valer y se procederá a su práctica; c) Una vez practicada la prueba, el Juez abrirá nuevo turno para calificación jurídica; d) Se dará después la última palabra al denunciado; e) Tras el dictado de Sentencia cabe recurso de apelación en el plazo de cinco días, si bien nada se dice al respecto de la preceptividad de la firma de letrado.

6.5.- La modificación de las reglas de conexión

Como señala CALDERÓN CUADRADO³⁵⁷, “La institución de la conexidad es de difícil contorno y máxima complicación” de modo que considera conveniente recordar definiciones conocidas, lo que hará con citas a DE LA OLIVA, MARCHENA GÓMEZ y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO y a GUTIÉRREZ ZARZA, concretando: “a) que ‘el término conexión significa relación, nexo o enlace entre dos o más elementos, b) que la conexión homogénea se aplica en relación con ciertos vínculos que se presentan entre dos o más hechos que revisten caracteres de delito y que determinan ‘que en virtud de circunstancias objetivas o subjetivas previstas en la ley, puedan juzgarse en una misma causa, siempre que resulte conveniente por razones materiales y procesales’, c) y que la conexión heterogénea apunta en el proceso penal a un ‘fenómeno de plurali-

³⁵⁶ Se establece también en el art. 845.1 ALECRim que el FGE podrá impartir instrucciones sobre los supuestos en los que, atendiendo el interés público y teniendo en cuenta la trascendencia social del asunto, los Fiscales habrán de asistir al Juicio, aunque el delito leve no tenga carácter público. *Vid.* en este punto, la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal; la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/1992, de 22 de septiembre, *sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*; la Circular de la FGE 1/2003, de 7 de abril, *sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado*; la Circular de la FGE 1/2015, de 19 de junio, *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*.

³⁵⁷ CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., “Los procesos de especial envergadura: sobre la conexión y ‘desconexión’ procesal” en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, (AAVV, coord. FUENTES SORIANO, O.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 52.

dad de pretensiones´ donde la punitiva se interpone junto a la civil *ex delicto* y ello por traer causa ambas de un mismo complejo histórico”.

La STS 34/2019, de 30 de enero, (Ponente: De Porres Ortíz de Urbina, Eduardo) nos dirá exactamente lo mismo: “*La conexidad es una herramienta procesal que puede definirse como (...) el vínculo que presentan dos o más delitos que determina que, en virtud de las circunstancias subjetivas u objetivas previstas por la Ley, pueden ser juzgados en la misma causa, siempre que resulte conveniente por razones materiales y procesales (...)*” (STS 265/2018, de 31 de mayo”. Obviamente, se está refiriendo en exclusiva a la conexidad homogénea.

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LECrim, ya señalaba en su Preámbulo que: “La reforma de las reglas de conexidad supone una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación. Con ello se pretende evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elefantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macroprocesos. La acumulación por conexión solo tiene sentido si concurren ciertas circunstancias tasadas que se expresan en el artículo 17.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable. Esta valoración de la concurrencia de las reglas y condiciones de conexidad corresponde en exclusiva al juez instructor”. Con ello, se establece una regla general en pro de la separación y una excepción doble que permite la acumulación -la presencia de delitos conexos y de delitos cometidos por la misma persona con analogía o relación entre sí- por lo que, además de que cada hecho o conjunto de hechos haya de ser objeto de un solo proceso cuando fueran susceptibles de calificación con individualidad delictiva, se admite la acumulación conforme a las reglas del artículo 17 LECrim, también reformado en 2015.

Por añadidura, la reforma de 2015 ha venido a establecer un requisito más, puesto que se recoge la necesidad de que el órgano judicial valore -y aprecie- que “la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes”, siendo que acordará la acumulación de objetos procesales conexos “salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso”, lo que hace que nos encontremos ante dos valoraciones de distinto carácter, una positiva y otra negativa y se colija que es el Juez de Instrucción quien establecerá la conveniencia de la aplicación de la regla³⁵⁸.

No obstante lo anterior, no sería sino un espejismo, considerar que nos encontramos ante una posible situación de aplicación del principio de oportunidad por parte del Juez, ya que, lejos de ello, los presupuestos y requisitos vienen tratados con meridiana objetividad, siendo reglados; y de este modo, el Juez de Instrucción no tiene que valorar la conveniencia o no de la tramitación conjunta, sino simplemente, analizar la concurrencia de los mismos.

³⁵⁸ En este punto, AGUILERA MORALES, M., señala que “la acumulación de procesos ya no se concibe como algo automático, sino como una posibilidad en principio condicionada a la apreciación de una circunstancia positiva (que el enjuiciamiento conjunto de los hechos resulte conveniente para su esclarecimiento y la determinación de las responsabilidades procedentes) y a otra negativa (que el enjuiciamiento conjunto no suponga una excesiva complejidad o dilación para el proceso). La acumulación pasa, pues, a dibujarse en términos de conveniencia, de libre apreciación subjetiva”. *Vid.* “La agilización de la justicia penal...”, cit., pág. 5.

Hace casi ya medio siglo que De la Oliva Santos³⁵⁹ señalaba que los motivos para justificar la acumulación de objetos penales son básicamente dos: por un lado, razones de seguridad jurídica, para evitar sentencias contradictorias; y, por otro, de economía procesal, sin que, por ello, sean los únicos; siendo además, que el autor interpretaba el derogado art. 300 LECrim, de forma bien similar al contenido del actual 17.1 del texto ritual, en el sentido de no considerar imperativa su aplicación, de modo que el órgano judicial podía valorar la conveniencia o no de la separación de los procedimientos.

También la Jurisprudencia -en la época- hubo de ir moldeando una doctrina cada vez más tendente a cuestionar el supuesto carácter imperativo de la mencionada norma. Se hablaba así del “principio de indivisibilidad”, siendo la acumulación de delitos conexos una manifestación de dicha indivisibilidad. De este modo, como indica CUBILLO LÓPEZ³⁶⁰, se distinguía entre indivisibilidad necesaria -cuando sólo había un hecho punible aunque diversos elementos- e indivisibilidad conveniente, en los casos de diversos hechos punibles. Y esta conexión de conveniencia se reflejó ya en la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que incorporó las normas referidas al procedimiento abreviado, disponiendo su art. 784.7^a que “Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los imputados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento”. Y así, también la Jurisprudencia fue generando una doctrina cada vez más favorable a cuestionar la repetida imperatividad³⁶¹. Hasta llegar a la situación actual,

³⁵⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal*, EUNSA, Pamplona, 1972, págs. 74 a 84. Trabajo de absoluta referencia en el tema incluso a día de hoy.

³⁶⁰ CUBILLO LÓPEZ, I. J., “Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la Ley 41/2015” en *Estudios de Deusto*, Vol. 65, núm. 2, Bilbao, 2017.

³⁶¹ En este sentido, la STS 1272/1993, de la Sala Segunda, de 5 de marzo (Ponente: Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido) dirá que: “*La conexión es prima facie, una aplicación del principio de indivisibilidad de los procedimientos, pero no implica (a diferencia de cuando se trata de un hecho único) la necesidad de esa indivisibilidad. La indivisibilidad obliga a reunir en el enjuiciamiento todos los elementos de un mismo hecho de forma que responda aquélla a la existencia de una única pretensión punitiva cuya resolución no puede fraccionarse. La conexidad, por el contrario, agrupa hechos distintos (al menos desde el punto de vista normativo, al ser susceptibles de calificación separada) que, por tener entre sí un nexo común, es aconsejable se persigan en un proceso único por razones de eficacia del enjuiciamiento y de economía procesal. Ese nexo puede resultar de la unidad de responsables, de una relación de temporalidad (simultaneidad en la conexión) o de un enlace objetivo de los hechos. Pero la fuerza unificadora del nexo, no es la misma en todos los casos, especialmente en el de coetaneidad de la ejecución, en el que la simple coincidencia temporal de delitos individualizados y diferentes, puede permitir su enjuiciamiento en causas separadas, mientras no lo permite, en cambio, la comisión conjunta por varios partícipes, obrando de acuerdo, de unos mismos hechos simultáneos. Esta distinción entre conexidad necesaria y conexidad por razones de conveniencia o economía procesal, aparece reconocida en la actual regla 7^a del art. 784 LECrim. (...) con lo que viene a reconocer que hay casos en los que la regla del enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos no es una regla imperativa y de orden público y hasta debe ceder ante razones de simplificación o rapidez del proceso*”.

También, la importante STS 578/2012, de 26 de junio, (Ponente: Del Moral García, Antonio) señalaría que “*Procesalmente el efecto primordial de la conexidad es la necesidad de enjuiciamiento conjunto en una sola causa que impone el art. 300 LECriminal ¿Es una necesidad legal? Los términos del art. 300 parecen imponer esa interpretación: siempre que haya delitos conexos es obligado no concurran las razones de fondo que sirven de base al art. 300. Pese a ello resulta de enorme interés la propuesta interpretativa de algunos comentaristas*

tras la derogación del art. 300 LECrim y la modificación del art. 17 del mismo cuerpo legal, siendo que los cuatro enunciados primeros no han sufrido variación sustancial³⁶², habiéndose añadido dos nexos más que ya se habían previsto en el Borrador de Código Procesal Penal elaborado en 2013 y que se recogían en su art. 24, ya que la redacción y número de estos dos nuevos nexos eran exactamente los mismos que definitivamente han quedado en el repetido y reformado art. 17 LECrim, en cuyo cardinal segundo, ordinales quinto y sexto se consideran conexos los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente y los delitos de lesiones o daños recíprocos, nexo, éste último, que se recogía, también, en el Anteproyecto de Ley Procesal Penal de 2011³⁶³, y que, consideramos lógico y razonable que así se haya finalizado por establecer, por cuanto provienen de un mismo conjunto fáctico³⁶⁴.

Importante, nos parece así mismo, la nueva regulación referida a los supuestos de conexidad procesal, en concreto, la analogía o relación, como forma de tramitación de distintos delitos en una sola causa, recogida en el cardinal tercero del art. 17 LECrim, que viene a solucionar la caótica situación previa, que tan rentable resultaba a los “clientes habituales” -presuntos autores de delitos menos graves- de los Juzgados de Instrucción. De este modo, si el delincuente era lo suficientemente conocido por su *modus operandi* y actuaba con un conocimiento básico del funcionamiento de los Juzgados, le sacaría partido a seguir cometiendo delitos, puesto que, cada una de las causas que se incoaran engrosaría -y retardaría- la tramitación del procedimiento inicial, impidiendo, a la postre, finalizar la fase de instrucción³⁶⁵, y obstaculizando la necesaria eficacia del proceso penal.

que, apoyándose en razones prácticas y acudiendo a ejemplos de derecho comparado, entienden que la acumulación y tramitación conjunta podrá rechazarse cuando no concurren las razones de fondo que sirven de base al art. 300. Si la necesidad de acumulación va a suponer un retraso injustificado e inútil en la tramitación y no existe peligro de sentencias contradictorias, no será obligada la acumulación al no concurrir las causas teleológicas que fundamentan la institución, pese a existir conexidad. Esta solo operará a efectos de acumulación cuando se cumplan las finalidades de la institución. La acumulación y enjuiciamiento conjunto sí serán obligados cuando tengan repercusiones en la penalidad (piénsese especialmente en los casos de concurso ideal medial o en los delitos continuados). Por eso se ha llegado a hablar de una conexidad necesaria y una conexidad por razones de conveniencia (vid. STS de 5 de marzo de 19193, y en la misma línea de relativización de la necesidad de enjuiciamiento conjunto, STS 471/1995, de 30 de marzo). Si los arts. 17 y 300 LECriminal responden a razones de agilización de trámites y celeridad, no debe procederse a esa acumulación cuando de la misma solo se van a derivar dilaciones (...).”

³⁶² Siendo, así, conexos, a) los delitos cometidos por dos o más personas reunidas; b) los delitos cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello; c) los delitos cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución, d) los delitos cometidos como medio para procurar la impunidad de otros delitos; e) los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales; y f) los delitos cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

³⁶³ La doctrina, ya de antiguo, venía reclamando su inclusión. En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T.1, Bosch, Barcelona, 1947, pág. 442; y DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión...* cit., pág. 48.

³⁶⁴ En este punto de lesiones o daños recíprocos, durante cierto tiempo, la interpretación jurisprudencial distaba de ser uniforme, de modo que la situación hubo de resolverse por Acuerdo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1998 que, obviamente, fue asumido en sentencias posteriores.

³⁶⁵ Vid. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “La conexidad por analogía o relación en el nuevo art. 17.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” en *diariolaley.laleynext.es*.

Al hilo de lo mencionado en el párrafo anterior, consideramos acertado que el legislador haya desgranado la verdadera naturaleza de la conexidad por analogía o relación, equiparándola a la auténtica conexidad, pero sin que, en puridad, lo sea, puesto que responde a criterios de simple economía procesal.

No puede dejar de señalarse que este tipo de conexidad se encuentra estrechamente relacionado con las reglas de determinación de las penas y con la conformación de tipos penales complejos³⁶⁶. Y un ejemplo contundente al efecto, lo habremos de encontrar en los delitos continuados que, el art. 74.1 CP los define como una pluralidad de acciones u omisiones que ofenden a uno o a varios sujetos pasivos, infringiendo el mismo precepto penal u otros de igual o semejante naturaleza, siempre que las mismas estén unidas por el nexo que supone la ejecución de un plan preconcebido o el aprovechamiento de ocasión idéntica. Pero a pesar de su parecido estructural, el tratamiento de la penalidad es bien distinto³⁶⁷.

Habremos de ir finalizando este epígrafe, retornando a CALDERÓN CUADRADO³⁶⁸, adhiriéndonos a la crítica que realiza respecto al vacío del tratamiento procesal de la conexión y señalando que, a la luz de la naturaleza de la institución, su utilización, en ningún caso, afectará a derechos fundamentales, ya que sólo se trata de racionalizar la actividad judicial, en la que no se encuentra implicada garantía constitucional procesal alguna; siendo, además, que tampoco se encuentra regulada la legitimación -si ha de ser de oficio o puede serlo a instancia de parte-; sin que conste mención alguna sobre si ha de abrirse o no incidente contradictorio; ni tampoco si tienen un *dies a quo* y *ad quem*, o si la cosa juzgada formal será o no efecto de la decisión.

Y concluiremos con la regulación de la conexidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, que dedica al efecto los artículos 39, 40 y 41, incidiendo en “(...) *la necesidad de restringir la conexidad cuando la acumulación de objetos procesales fuera contra la racionalización de las actuaciones jurisdiccionales, de su rapidez y economía procesal y no se derivaran claras ventajas*”³⁶⁹

En lo que hace a la enumeración de los criterios de conexión, habría de decirse que son prácticamente los mismos que los establecidos tras la reforma por Ley 41/2015, de 5 de octubre. De este modo, en el art. 39.1 ALECrím 2020, en su apartado a), y refiriéndose a la comisión simultánea, tras señalar que son delitos conexos “Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas” añade que “*cuando una regla especial determine la competencia de diferentes tribunales*”. Añadido que nos parece correcto, además de necesario.

³⁶⁶ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “La conexidad por analogía...” cit.

³⁶⁷ Otro ejemplo habría de ser el caso de los delitos conformados en base al criterio de habitualidad como puede ser el recogido en el artículo 173.2 CP en el que el concepto de “permanencia en la situación” es fundamental y, a su vez, impide la acumulación de los distintos hechos, lo que impide saber o concretar cuándo termina la habitualidad y cuándo nos encontramos ante una nueva infracción que, en su caso, pudiera ser objeto de acumulación conforme a los criterios de analogía o relación. El mismo problema se plantea en el delito de acoso del artículo 172.ter CP.

³⁶⁸ CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., “Los procesos de especial envergadura...” cit., págs. 63 y 64.

³⁶⁹ Vid. Informe del Consejo Fiscal de 7 de julio 2021 al texto ALECrím2020.

A su vez, se mantienen inalteradas las reglas referidas a la comisión bajo acuerdo, a la comisión mediata, a la comisión para impunidad y a la comisión de daños recíprocos (arts. 39.1. b), c), d) y f) ALECrím 2020 respectivamente).

Pero, además, se añade, con expresa denominación y como criterio de conexión, la continuidad delictual cuando se establece que: “e) Los diversos delitos que se atribuyan a una persona cometidos mediante un solo acto u omisión, o aprovechando idéntica ocasión o lugar o que constituyan delito continuado y no hayan sido hasta entonces sentenciados”. en el numeral 2 del art. 39 del texto: “A los solos efectos de determinar la existencia de conexión, si concurren los requisitos del apartado 1 del artículo 74 del Código Penal, el delito se considerará continuado, aunque los bienes afectados sean eminentemente personales conforme al apartado 3 del mismo precepto”, lo que permite la acumulación ante situaciones propias del delito continuado pero que no podría calificarse así por la exclusión que realiza el párrafo tercero del mencionado art. 74 CP.

Pondremos término a este apartado señalando que el art. 40.1 del ALECrím 2020, -entendemos que con mejora de la redacción vigente- establece separadamente y como excepciones, alguna de las condiciones que a día de hoy se recogen en el art. 17.3 LE-Crím, y que, teniendo en cuenta su ubicación, parece que se refiere únicamente a la conexión por analogía o relación; y añadiendo otras circunstancias. De este modo se seguirán procedimientos distintos: “a) Si la unidad del procedimiento retrasa excesivamente³⁷⁰ el enjuiciamiento de alguna de las personas encausadas; b) Si ha de acordarse la suspensión del procedimiento por causa referida a uno de los hechos o a una de las personas investigadas; y c) si culmina la investigación respecto de uno de los hechos justiciables y es necesario continuarla respecto de otros.

7.- Recapitulación

Hemos tratado de exponer los distintos instrumentos que vienen utilizándose con la finalidad de paliar la lentitud del proceso penal y, por ende, agilizar el mismo. Y lo hemos hecho analizando desde la posible -y necesaria- introducción del principio de oportunidad, hasta los ADR y sus manifestaciones, pasando por la conformidad, la descriminalización de conductas y la reducción de la fase de instrucción, partiendo de la Recomendación (1987) 18, de 17 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa que contempla, especialmente para los asuntos con respuesta penal leve, con el objetivo de lograr la aceleración y simplificación de la justicia, el recurso al principio de oportunidad, transacción y a otras medidas.

En lo que hace a la introducción del principio de oportunidad, ya hemos indicado que los fines que conducen al legislador a introducir el mismo son procurar la satisfacción de la víctima, mejorar la eficacia económica, reducir el tiempo de instrucción, evitar los efectos perniciosos de la pena, facilitando la socialización del infractor primario y no peligroso, siendo además, que la justificación de la introducción del meritado principio habremos de encontrarla en la propia incapacidad de la Administración de Justicia y en la imposibilidad de persecución de todos y cada uno de los hechos delictivos cometidos. Además, se ha optado por la vertiente reglada, aquella cuyos contenidos y criterios de aplicación están previamente concretados y limitados por la ley, evitando

³⁷⁰ El subrayado es nuestro.

así, sospechas de influencias externas en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. De cualquier modo, parece que la introducción del repetido principio - considerado en su faceta agilizadora del proceso penal- y su desarrollo y expansión, pasan necesariamente por la puesta de la fase de instrucción en manos del Ministerio Fiscal.

Conforme sabemos, nuestro legislador todavía no ha tenido a bien dar el paso definitivo y ha recurrido de nuevo a la práctica del recurso de lo que hemos llamado *patchwork* español con la encomiable pretensión de acabar con el endémico retraso de la justicia penal. Y dentro de esta *mêlée* nos hemos visto requeridos a introducir todos los mecanismos que vienen utilizándose o, en su caso, se han instaurado al efecto: la solución a través de la atenuación de la pena (de desarrollo jurisprudencial); el establecimiento de plazos concretos en la fase de instrucción; la creación del proceso por aceptación de decreto; el procedimiento por delitos leves y la conexidad delictual.

Como antecedente fundamental a la última reforma operada por Ley 41/2015, resulta obligado mencionar la del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, Ley 38/2002, en cuya Exposición de Motivos ya se decía que “la pieza clave del nuevo procedimiento consiste en una instrucción concentrada ante el Juzgado de guardia”, introduciéndose así un pretendido mecanismo de aceleración de la justicia penal.

A su vez, la Exposición de Motivos Ley 41/2015 señalaba que “Existen ciertas medidas, de sencilla implantación, que permiten evitar dilaciones innecesarias, sin merma alguna de los derechos de las partes: a) la modificación de las reglas de conexidad y su aplicación al determinar la competencia de los tribunales; b) la reforma del régimen de remisión por la Policía Judicial a los juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin autor conocido; c) la fijación de plazos máximos para la instrucción; y d) la regulación de un procedimiento monitorio penal”.

Es lo cierto que, en el tiempo de andadura del sistema de plazos en la instrucción, el mismo ha supuesto un factor estresante en las Fiscalías, obligadas a “ponerse las pilas”, sobre todo por el vértigo producido en el modo de su integración al sistema. Nos referimos al hecho de que la aplicación inicial del nuevo sistema exigía revisar el estado de tramitación de todos los procesos penales “vivos”, lo que hubo de hacerse sin articulación alguna de medidas transitorias que facilitarían el inicio de semejante andadura. Todo un inmenso trabajo que tuvo por final la derogación y reducción a un contenido mínimo.

En cuanto al “proceso” por aceptación de decreto, no podemos por menos que señalar que, en sus años de vigencia, quienes suscribimos el presente trabajo estamos aún por ver sólo una tramitación del mismo, lo que no es de extrañar, tras lo que ya hemos venido apuntando. El procedimiento resulta muchos menos flexible -y por ende más encorsetado- que el que se deriva de la conformidad negociada, cuya eficacia viene ya comprobándose desde su entrada en vigor, hace ya tiempo.

El propio Consejo Fiscal, en su informe sobre la reforma, ya había expuesto que hubiera sido mucho más simple y eficaz para lograr soluciones consensuadas -agilizando así el proceso penal- acortar la vida de los procedimientos mediante la ampliación del ámbito de aplicación de las modalidades de conformidad vigentes, tanto la ordinaria, como la privilegiada premiada, pero sigue resultando incomprensible el “terror” que es-

ta extensión produce al legislador, cuando, en la práctica, sería una vía absolutamente sencilla, procesalmente correcta y con absoluto respeto de los derechos constitucionales, de agilización de la justicia penal y ello, referido tanto al Procedimiento Abreviado, como al Sumario Ordinario y al Tribunal del Jurado. Con independencia de lo que supone de desaparición del Proceso Penal “auténtico”.

En lo que hace a la conformidad, -a la que nos hemos referido en sentido amplio, es decir, como opción de la defensa y como manifestación del principio de oportunidad- ya hemos expresado se trata del mecanismo más eficaz de finalización del proceso, acortándolo de cierta manera. Y decimos intencionadamente “mecanismo de finalización del proceso” por cuanto entendemos que teniendo en cuenta el momento procesal en el que -en la práctica forense- se produce en la mayoría de los casos, su efectividad real se reduce a mínimos, ya que únicamente influye -y favorece- a los Jueces y Tribunales sentenciadores, para nada, a los Juzgados de Instrucción -sede en la que mayoritariamente se producen las dilaciones- y en menor medida, a los encargados de ejecutar las sentencias. Consideramos verdaderamente necesaria una nueva y decidida regulación -como se hiciera en el Anteproyecto de 2011-, con ampliación de su ámbito de aplicación, pues no alcanzamos a entender los motivos -con independencia del tipo que pudieran ser- de las restricciones vigentes para su utilización. Nos referimos tanto al límite punitivo, como a su posibilidad de empleo en procedimientos distintos al sumario ordinario y al abreviado. Extremos que, aparentemente, ya son corregidos en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre 2020.

La citada Recomendación (1987) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, también incluía, entre los mecanismos de agilización de la justicia penal, el recurso a la descriminalización de conductas, mecanismo al que nuestro legislador ya había acudido, en la reforma que del Código Penal realizara en 1995, para repetirlo, años después, en 2015, a través de la LO 1/2015, mediante la que se han despenalizado doce, con incorporación de ocho de ellas a la Ley de Ordenación de Seguridad Ciudadana. Mecanismo que, a la vista de las Memorias de la FGE de 2016 a 2020, aparte de no haber surtido el efecto esperado, indicaremos que no es para nada despreciable, la diferencia de los principios a aplicar en sede administrativa en su comparación con aquellos que rigen en el proceso penal; amén de la diferencia existente entre los titulares de las correspondientes facultades sancionadoras.

El examen que hemos realizado de la reducción de la fase de instrucción, además de corroborar que se trata de una especie de reconstituyente al que nuestro legislador ha recurrido de forma reiterada y casi obsesiva, ha verificado también, cuanto menos, su insuficiencia para resolver el problema de la falta de agilidad del proceso penal. Pero, no por ello, hemos de dejar de reconocer el alivio que supusiera en su momento, la implantación de los llamados juicios rápidos, si bien, a decir de la mayoría, a costa de derechos y garantías fundamentales.

En referencia a la instauración de la mediación, en su consideración de instrumento de la justicia restaurativa -en atención al propósito de reparación de la víctima- y método complementario -a la vez que integrante del proceso penal-, hemos de constatar que su regulación nos resulta de una “levedad insoportable” y lo que consideramos aún peor, su presentación en sociedad se ha venido realizando “por la puerta de atrás”, sin arrojo ni gallardía, como se hiciera en el Anteproyecto de 2011, quedando práctica-

mente reducida a la fase de ejecución de la pena; lo que viene a evitarse en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020³⁷¹.

La conexidad ya fue mejorada con la reforma de 2015, siendo practicamente similares los términos en los que se recoge la misma en el texto ALECRim2020.

Pero, para ponernos al día, subrayaremos que la tendencia a la evitación del proceso va en aumento, a través de la propia mediación y de lo que ahora va a venir a llamarse “Medios Adecuados de Solución de Controversias, MASC, en lugar de ADR, conforme se recoge en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia³⁷², si bien -y por ahora- la *quasi* obligatoriedad que se recoge en sus términos literales lo es para los ámbitos civil y mercantil, con exclusión de la materia concursal.

Recapitemos: los mecanismos reseñados, sin dejar de ser válidos, no son suficientes para el propósito pretendido. Y siendo que hemos de continuar en la búsqueda, procederemos a analizar la configuración del Ministerio Público a efectos de conocer las posibilidades que nos pueda ofrecer en la consecución de un renovado brío en nuestro sistema procesal penal.

Y concluyamos con las propuestas de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la Fiscal General del Estado realiza en la Memoria 2021 -presentada el día 6 de septiembre 2021 con ocasión de la apertura del año judicial- relacionadas con aspectos estudiados en esta segunda parte del trabajo. De este modo: a) Se interesa una nueva redacción para el art. 962.2 LECrim (intervención del Fiscal en juicios por delitos leves) en el sentido de incluir artículos determinados -en su acepción gramatical-, los necesarios para eliminar cualquier discriminación de género. b) Se solicita la modificación del art. 963 LECrim e incorporación de un nuevo art. 774 bis para desarrollar el principio de oportunidad, señalándose al efecto que “(...) *La práctica ha demostrado que dicha regulación ha resultado poco operativa al quedar circunscrita a muy escasos supuestos*”, y se propugna la ampliación de esos supuestos para su aplicación. c) Se aboga por modificar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos mediante una nueva redacción del art. 795 LECrim por la que se establezca un ámbito objetivo de aplicación más amplio, suprimiendo el límite penológico de 5 años de privación de libertad por el límite propio de las diligencias previas del procedimiento abreviado *ex* art. 757 LECrim, que viene a fijarlo en penas de hasta 9 años de privación de libertad.

³⁷¹ Señalar que, en la Comisión de Expertos para esta nueva redacción de la LECrim, cuya constitución se aprobara mediante Orden del Ministerio de Justicia de 8 de mayo de 2020, han participado algunos de los miembros que ya lo hicieron en el Anteproyecto de 2011. A saber, el Magistrado Don Juan José López Ortega, coordinador de los trabajos, apoyado, entre otros por el Fiscal de Sala del Tribunal Supremo Don Pedro Crespo Barquero.

³⁷² El informe del CGPJ de 22 de julio de 2021 a este texto señala que el mismo parece confundir los conceptos de eficiencia, eficacia y efectividad, “(...) *pues si bien determinadas disposiciones se muestran nítidamente eficaces y es fácil adivinar su efectividad, en otras es dudosa la concurrencia de tales cualidades*”.

SEGUNDA PARTE

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL COMO AGENTE ACTIVO PARA IMPULSAR EL PROCESO PENAL

1.- La trascendencia de la modalidad de configuración del Ministerio Fiscal en la agilización de la justicia penal

1.1.- Como acusador público

1.2.- Como defensor de la legalidad

2.- Distintas posibilidades de vinculación del Ministerio Fiscal a los poderes del Estado. Su importancia práctica respecto a la mejora de la eficacia en el proceso penal

2.1.- Al poder ejecutivo

2.2.- Al poder legislativo

2.3.- Al poder judicial

2.4.- Sin vinculación alguna: autónomo e independiente

2.5.- La interpretación europea

2.5.1.- La Recomendación (2000)19 del Consejo de Europa, de 6 de octubre 2000, sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal

2.5.2.- El Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea

3.- Marco constitucional y legal del Ministerio Fiscal en España

3.1.- Historia

3.2.- El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 y su reforma de 2007

3.3.- La Fiscalía Europea. Desde el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, para la creación de la Fiscalía Europea, hasta la LO 9/2021, de 1 de julio

4.- Principios que rigen el Ministerio Fiscal español

4.1.- Principios orgánicos: unidad de actuación y dependencia jerárquica

4.1.1.- La unidad de actuación

4.1.1.2.- Como institución única para todo el Estado

4.1.1.3.- Como unidad de criterio de actuación

4.1.2.- La dependencia jerárquica

4.2.- El principio de legalidad

4.2.1.- En general

4.2.2.- Significación positiva

4.3.- El principio de imparcialidad: objetividad e independencia en defensa del interés público

4.4.- Otros principios

5.- Una conjetura sobre la delimitación conceptual del Ministerio Público en la Constitución

6.- La configuración constitucional del Ministerio Fiscal en derredor: Francia

7.- Recapitulación

SEGUNDA PARTE

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL COMO AGENTE ACTIVO PARA IMPULSAR EL PROCESO PENAL

1.- La trascendencia de la modalidad de configuración del Ministerio Fiscal en la agilización de la justicia penal.

En palabras de PERRODET, “según que el interés general vinculado al ejercicio de la acusación pública y la voluntad general expresada por la ley sean dissociables o, por el contrario, se confundan, el Ministerio Público dispone de un margen de apreciación en cuanto a la puesta en marcha de la acusación pública o bien estará sometido a la obligación de perseguir”³⁷³.

Dentro de nuestra doctrina, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ afirma que en los sistemas criminales con modelos de oportunidad pura o discrecionalidad política, se percibe la “acción penal como un instrumento al servicio de la dirección y actuación políticas” y que, por el contrario, en los sistemas criminales con sometimiento al principio de legalidad se conserva una visión *quasi* judicialista de la “acción penal como aplicación de la legalidad penal desapasionada e imparcial, distanciada y tendencialmente supra partes”³⁷⁴.

Se diferencia así entre ordenamientos que establecen la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal frente a aquéllos que reconocen al Ministerio Público un margen de actuación más o menos amplio al respecto. En este segundo caso, se habla de discrecionalidad o de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y, cuando es la propia ley la que regula la forma en que esta discrecionalidad se ejerce, nos encontraríamos ante los supuestos de oportunidad reglada o de legalidad diferenciada.

Efectivamente, a pesar de los muchos y diversos remedios que han venido aplicándose sobre nuestra LECrim, como bien señala FUENTES SORIANO³⁷⁵ “en realidad, consciente o inconscientemente, nos encontramos inmersos en una evolución jurídica que lenta e inevitablemente se encamina a la finalidad última de configurar un sistema de enjuiciamiento criminal para nuestro país en el que la dirección de la investigación penal se otorgue, definitivamente, al Ministerio Fiscal”, y, ello, bien a través del sistema adversarial, bien mediante el sistema acusatorio formal o mixto, que pasamos a analizar³⁷⁶.

³⁷³ PERRODET, A., *Étude pour un Ministère Public européen*, L.G.D.J. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 2001.

³⁷⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000, pág. 30.

³⁷⁵ FUENTES SORIANO, O., “Sobre El Fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso” en *La reforma del Código Penal*, (AAVV, dirs. ASENSIO MELLADO J. M^a. y FUENTES SORIANO, O., coord. CUADRADO SALINAS, C.), Madrid, 2011, pág. 196.

³⁷⁶ Si bien es fundamental indicar que, dentro del sistema acusatorio formal, existe un abanico de posibilidades importante, desde la instrucción por parte de un Juez a la instrucción por un Fiscal investigador y todo ello, a su vez, con distintas regulaciones internas.

1.1.-Como acusador público

La función acusadora del Ministerio Fiscal es su característica esencial, siendo además su contenido específico en todos los Estados con independencia tanto de la denominación que se le dé como del resto de funciones que se le atribuyan³⁷⁷.

Esta concepción del Ministerio Fiscal como acusador público, dejando aparte otras funciones adicionales y accesorias, implica asumir que es su función la ejecución de la política criminal de un país, de modo que no actuaría en este sentido como defensor de la legalidad, aunque la ley sería su límite³⁷⁸.

El establecimiento de la política criminal es función que compete al Ejecutivo, lo que implica -al menos en el plano teórico- que si el Ministerio Fiscal es quien la ejecuta, habrá de estar indefectiblemente ligado al mismo, dependiendo de él y respondiendo ante él de su actuación.

En el ámbito del proceso penal, y en el contexto teórico planteado, el Ministerio Público sería parte en sentido estricto, por lo que la imparcialidad no se comprendería entre sus principios de actuación.

Este tipo de Ministerio Fiscal sólo cabe en Estados puramente democráticos e inspirados en principios de legitimidad política y responsabilidad política de sus instituciones. No obstante, esta forma de estructuración del Ministerio Fiscal, en su estado puro, permitiría que la razón de Estado -aun jurídicamente reprochable- legitimara cualquier actuación. Esta modalidad se encuentra íntimamente relacionada con la forma de ejercicio de la acción penal desde la discrecionalidad. En este punto y siguiendo a DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, los argumentos esgrimidos a su favor son, por un lado el de “las implicaciones políticas” y, por otro, el “argumento económico”³⁷⁹.

El argumento de las implicaciones políticas se asienta en la idea de que el ejercicio de la acción penal ha de ser discrecional al efecto de poder servir a intereses distintos a la legalidad o ha de ser utilizado para conseguir resultados más allá de la aplicación de la Ley. Lo importante es que la acción penal no es ajena a la acción política y por tanto el ejercicio de la acción penal ha de realizarse por órganos vinculados al poder político. Este argumento en su máxima expresión, supone una absoluta instrumentalización del Derecho, haciendo depender su aplicación de razones políticas múltiples.

³⁷⁷ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *El poder de acusar...cit.*, págs. 12 y 13. El autor sostiene que “(...) el rasgo definitorio de la idea de Ministerio Fiscal radica precisamente en el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado. A este respecto, no cabe ignorar que, en bastantes ordenamientos se encomiendan al Ministerio Fiscal cometidos de otra índole (tutela de los intereses de los menores, participación en los litigios relativos al estado civil, etc.). Ahora bien, cualquiera que sea la valoración que ello pueda merecer, se trata de atribuciones accidentales en el sentido de que varían notablemente de un ordenamiento a otro. Desde el punto de vista de la comparación, el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado es la única característica común a todas estas estructuras de agentes públicos y, por consiguiente, constituye el único dato sobre el que construir un concepto de Ministerio Fiscal de alcance general; es decir, la única posible definición de Ministerio Fiscal válida para más de un ordenamiento ha de partir de la idea de ejercicio de la acción penal como función pública”.

³⁷⁸ FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 276 y 277.

³⁷⁹ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *El poder de acusar...cit.*, págs.17 y ss.

A su vez, el argumento económico se fundamenta en que, partiendo de la necesidad de represión de la criminalidad, los medios necesarios al efecto no pueden sufragarse, de modo que habría que establecer prioridades entre los bienes jurídicos a proteger, a la vista de la imposibilidad de perseguir todos los delitos.

Este sistema, denominado adversarial -y propio de los países de influencia anglosajona- se caracteriza, en general, por su naturaleza más afín al proceso civil, por estructurarse como un proceso de partes enfrentadas tanto en la fase de investigación -preprocesal o jurisdiccional, dependiendo de las posturas doctrinales- como en la de juicio oral que habrá de finalizar -o no- con la decisión de un Jurado, de modo que el Juez no hace sino limitarse a interpretar y a aplicar el derecho -excluyendo los hechos-, a admitir las pruebas y a ser árbitro entre acusación y defensa.

Ciertamente, no podemos afirmar -como no podía ser de otra manera- la existencia de un tipo genérico -y general- de sistema adversarial, no obstante, sí es posible establecer elementos comunes entre los diversos concurrentes, que a continuación, pasamos a reseñar brevemente.

La primera característica a señalar es la inexistencia de fase de instrucción judicial, partiendo de la base de que la misma no es sino “una fase compleja caracterizada por la realización de todas aquellas actividades investigadoras encaminadas a la determinación de los hechos y su autoría -a fin de poder sostener la acusación que abrirá posteriormente la fase de juicio oral- y a la adopción de todas aquellas medidas que garantizan la eficacia del juicio y de su posterior ejecución”³⁸⁰ y, por supuesto, sin perjuicio de que la función básica de la fase de investigación, no sea la de preparar el juicio, sino servir de base a la acusación. De modo que cuando el Tribunal Supremo norteamericano recalca que el proceso adversarial no puede iniciarse hasta que no se presenten cargos por la acusación, pretende provocar que el Fiscal actúe como un investigador que busca la realidad de los hechos investigados de forma honesta e imparcial, hasta el momento en que, al adquirir conocimiento indiciario suficiente de la existencia de los mismos y de la culpabilidad del autor que le permita formular cargos contra él, se produzca la apertura del procedimiento, momento en el que el Fiscal se transforma en acusador parcial y ciego a la verdad, que actúa inspirado en la consecución de su veredicto de culpabilidad; siendo que esta distinción respecto del momento de inicio del proceso adversarial, también ha sido utilizada por el Tribunal Federal norteamericano para distinguir dos niveles de protección de los derechos y garantías constitucionales del investigado, especialmente, del derecho de defensa reconocido en la Enmienda VI y, también respecto de la legalidad de la confesión otorgada ante agentes de policía³⁸¹. Y así, el Tribunal declaró en 1964 que “cuando el proceso cambia de modo investigación a modo acusación, (...) nuestro sistema adversarial comienza a operar y bajo estas circunstancias, debe permitirse que el acusado sea asistido de abogado”³⁸². A su vez, el mismo Tribunal señaló en

³⁸⁰ FUENTES SORIANO, O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*, Fundación Alternativas, Madrid, 2003, pág. 23.

³⁸¹ Vid. GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en...cit.*, págs. 211 y 212.

³⁸² Sentencia del Tribunal Supremo Federal, Escobedo contra Illinois, 378 US 1964: “*When the process shifts from investigatory to accusatory -when its focus is son the accused and its purpose is to elicit a confesión- our adversary system begins to operate and under the circumstances here the accused must be permitted to consult with his lawyer*”.

1972 que “el inicio del proceso judicial criminal es mucho más que un mero formalismo. Es el punto de partida de todo el sistema de Justicia criminal adversarial. Ya que es sólo desde entonces cuando el Estado se compromete a perseguir y sólo entonces las posiciones adversas entre Estado y defensor se consolidan”³⁸³.

La segunda característica reside en la discrecionalidad política en el ejercicio público de la acción penal, lo que implica su falta de sumisión al principio de legalidad, en el sentido de que no es obligatorio el ejercicio de la acción penal, por lo que se faculta al Fiscal a no continuar con la investigación o a no ejercitar la acción penal, teniendo en cuenta el interés público³⁸⁴.

Otra de las características del sistema adversarial es la falta de intervención del Juez en la fase de investigación, siendo que actúa exclusivamente como árbitro de la confrontación entre partes y, de este modo, debe ser ajeno a la búsqueda, recolección y presentación de pruebas y ha de mantenerse al margen de cualquier acto de investigación como cautela necesaria para asegurar su imparcialidad³⁸⁵. Además, ya en la fase de enjuiciamiento, ha de limitar su actividad a la admisión o denegación de las pruebas propuestas por las partes, a preservar la imparcialidad del Jurado y a instruirle en sus obligaciones legales³⁸⁶.

Fundamental es, también, señalar como elemento característico del sistema, la ausencia de búsqueda de la verdad material como finalidad del proceso, siendo la misma “...la consecución de un equilibrio o Justicia ponderada entre el opuesto y enfrentado interés de las partes”.³⁸⁷ Característica de “efecto combate” que es criticada por el riesgo que conlleva de que el Fiscal prefiera obtener la victoria en juicio antes que satisfacer a la justicia.

Igualmente, encontramos una particularidad más del sistema adversarial, en el carácter privado de la obtención, selección y presentación de las fuentes de prueba, de la

³⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo Federal, Kirby contra Illinois, 906 US 1972: “*The initiation of judicial criminal proceedings is far from a mere formalism. It is the starting point of our whole system of adversary criminal justice. For it is only then that the adverse positions of the government and defendant have solidified*”. Vid. al efecto, GÓMEZ COLOMER, J. L., “El sistema: ‘Adversarial System’” en *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, (AAVV, coord. GÓMEZ COLOMER, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Del mismo autor vid. igualmente, “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica” en *Revista del Poder Judicial* núm. especial 19, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016.

³⁸⁴ En su decisión de formular o no acusación, el Fiscal debe completar el *Full Test Code*, que le exige afirmar la existencia de suficientes elementos o fuentes de prueba que justifique el ejercicio de la acción penal y además si el interés público está involucrado en la persecución.

³⁸⁵ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en...* cit., pág. 215.

³⁸⁶ Al contrario de lo ocurre en nuestro proceso penal en el que a pesar de lo que establece el art. 728 LECrim -cuando dice que no podrán practicarse otras pruebas que las propuestas por las partes, ni examinarse otros testigos de los que aparezcan en las listas - el art. 729.2 admite la legalidad de las diligencias de prueba no propuestas por las partes, siempre que el Tribunal las considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos objeto de los escritos de calificación.

³⁸⁷ CUADRADO SALINAS, C., *La investigación en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 153.

ausencia de investigación judicial ya señalada y de la prohibición de Juez y Jurado de proponer fuentes probatorias, lo que puede conllevar una utilización interesada de las mismas; no obstante, existe un deber de naturaleza constitucional por el que el Fiscal debe revelar a la defensa las pruebas descubiertas favorables al acusado. Y al efecto, el Tribunal Supremo Federal declaró en 1963, la existencia de tal deber constitucional del Fiscal que le obliga a poner en conocimiento de la defensa todas las fuentes de prueba que tenga y puedan favorecer o incidir directamente en la exculpación del acusado, deber que se conoce como *disclosure obligation* o como *Brady rule*³⁸⁸, y cuyo incumplimiento por el fiscal conlleva una sanción disciplinaria.

También es característica de este sistema el establecimiento del Jurado como órgano de decisión conforme a la V y VI Enmiendas que disponen “*nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o de otro delito infame a menos que un gran jurado así lo acuse*” y “*en toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial...*”³⁸⁹. Y aunque la VI Enmienda no establece límites al ejercicio del derecho a ser juzgado por un Jurado, la sentencia de 1968, resolviendo el caso *Duncan* contra *Louisiana* el Tribunal Supremo Federal declaró que el derecho al Jurado sólo es exigible siempre que la pena solicitada por la acusación sea superior a 6 meses de prisión, consagrándose así la universalidad de este órgano decisor.

Igualmente, como peculiaridad, habremos de señalar finalmente, la prohibición de la apelación en las sentencias absolutorias, comprensivamente lógico si se tiene en cuenta el carácter lego de los ciudadanos que componen el Jurado, siendo que también lo exige así la V Enmienda.

No podemos finalizar este epígrafe sin mencionar la aclaratoria síntesis que realiza GÓMEZ COLOMER³⁹⁰ enumerando como característica propias del sistema adversarial norteamericano las que siguen: “1º. El Jurado es quien delibera y pronuncia el veredicto en todos los delitos castigados con penas superiores a 6 meses de prisión, a la vista de las pruebas practicadas ante él en el acto del juicio, veredicto que salvo excepciones muy raras no tiene que motivar. Es la institución clave del proceso penal norteamericano, aquélla sobre la que descansa verdaderamente el sistema de enjuiciamiento criminal USA, tanto el federal como el de los Estados. 2º El Juez no instruye el proceso, limitándose a dirigir de manera absolutamente neutral el debate entre las partes frente al Jurado. 3ª El Fiscal es el representante del Gobierno en el proceso penal. Goza del monopolio de la acción penal y dirige formalmente la investigación del delito. 4ª El aboga-

³⁸⁸ Nombre que se refiere a la primera sentencia en la que se recogió la obligación, *Brady* contra *Mariland*, 376 US, 1963, declarando en su fundamento 87 que la revelación se refiere a la prueba claramente beneficiosa “*favorable on its face*” o “*directly exculpatory or mitigating evidence*”.

³⁸⁹ No obstante, el propio Tribunal Supremo Federal admite la legalidad del juicio ejecutado por un Juez profesional como órgano decisor en sustitución del habitual Jurado lego, sobre la base de la voluntariedad de la renuncia al derecho, siendo que la renuncia habrán de hacerla ambas partes.

³⁹⁰ GÓMEZ COLOMER, J. L., “*Adversarial System*, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica” en *Revista Poder Judicial* núm. especial 19, 2006, págs. 52, 53, 54, 55 y 62. *Vid.* también, GÓMEZ COLOMER, J. L., “El sistema: ‘*Adversarial System*’... cit., en *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., págs. 86 a 89.

do defensor defiende al acusado en un papel muy activo desde que sea legalmente posible, bien con cargo al Estado o a la Federación (defensor público), bien designado privadamente por el acusado y pagado por él, rol que caracteriza de manera muy clara el proceso penal norteamericano como proceso penal de partes, con claras diferencias en este punto respecto a los procesos penales de la Europa continental”. Habiendo de añadirse lo que el propio autor señala del sistema adversarial en cuanto que representa un valor superior a cualquier otro por su consideración de la dignidad de las personas, “lo que conlleva que atacante y atacado, Ministerio Público y acusado, sean tratados en el proceso como iguales. Por eso el papel del abogado en la defensa de su cliente acusado, puede ser y de hecho es mucho más activo en este sistema que en cualquier otro, y por eso el acusado puede defenderse a sí mismo sin que se le pueda imponer un abogado”. Y añade “las partes están en mejores condiciones en un sistema adversarial de aportar hechos e información que un investigador oficial en un sistema inquisitivo y, por tanto, con toda seguridad, dado su propio interés, aportarán todas las pruebas relevantes en las que funden su acusación o defensa y sirvan para determinar la condena o absolución, es decir, para convencer al Jurado de la culpabilidad o inocencia del acusado” y “que al no estar el juzgador involucrado ni en los hechos ni en su desarrollo, el sistema adversarial favorece una aproximación a la prueba bastante objetiva, no contaminada, porque carece de prejuicios antes de la decisión, lo que no ocurre en el sistema inquisitivo”.

1.2.- Como defensor de la legalidad

La concepción del Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad, supone su conceptualización como “un auténtico abogado, no del Estado, de la Sociedad”³⁹¹, en una etapa histórica en la que el sistema inquisitivo puro ya se ha abandonado³⁹².

Conforme a este modelo, el Ministerio Fiscal obtiene su legitimación a través del estricto sometimiento a la legalidad, su cumplimiento y su defensa, de modo que, necesariamente, ha de ser imparcial, siendo, además, parte en el proceso penal, pero con cierta superioridad de tratamiento. En este modelo podría hablarse de una posible “judicialización” de la carrera fiscal³⁹³ y, teóricamente, se desarrolla en los Estados de Derecho de corte clásico, con prevalencia absoluta de la seguridad jurídica.

El principio de legalidad, en su máxima expresión, llevaría a ignorar los prejuicios de hacer justicia a toda costa, lo que, en la práctica, resultaría imposible ya que ningún Estado se encuentra capacitado para perseguir todos los delitos que se cometan en su territorio, ante la insuficiencia de medios materiales y personales para investigar, enjuiciar y

³⁹¹ DEL MORAL GARCIA, A., “Ministerio Fiscal y reforma de la Justicia” en *Jueces para la Democracia* núm. 43, 2002, págs. 20 y 21. En este sentido sostiene (que) “...esta visión integrada e integradora de las funciones del Fiscal excluye esa imagen deformada del Ministerio Público como órgano exclusivamente encargado de instar la represión de los delincuentes (...). Al desempeñar cada uno de sus cometidos el Fiscal siempre tiene el mismo norte; la defensa de lo que en cada caso resulta ser el interés asumido por la sociedad y plasmado en las leyes”.

³⁹² El sistema inquisitivo puro es el opuesto al adversarial y venía caracterizándose en que: 1.- El Estado, de oficio y con el mismo órgano, actuaba el doble papel de acusador y Juez. 2.- El Juez ya no es un árbitro entre partes, sino que un funcionario de carácter permanente. 3.- El proceso es escrito y secreto, convirtiéndose la prueba en mecanismo de búsqueda de la verdad; además el sistema legal de valoración de la prueba y la admisión de recursos contra sentencias controlan al Juez profesional.

³⁹³ FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal...* cit., págs. 27 y 279.

ejecutar³⁹⁴. Ello le llevaría a buscar instrumentos de flexibilización -imposibles por principio en esta conceptualización, ya que la legalidad no es un límite sino la base de su legitimación³⁹⁵- tales como el principio de oportunidad, que otorgaría cierto margen de discrecionalidad a la actuación del Ministerio Fiscal.

Desde luego, poco tiene que ver con la configuración del Ministerio Público señalado en el epígrafe anterior, como acusador público, con una naturaleza estatutaria básicamente administrativa, y procesalmente, de parte material.

En este otro sistema de conceptualización del Fiscal, por el contrario, el Ministerio Público ostenta un carácter *quasi* judicial³⁹⁶, promotor o defensor de la ley, siendo además, parte formal en el proceso penal. Esta conceptualización nos deriva, a su vez, al sistema acusatorio formal, que implica, entre otras cosas que la iniciación del proceso, o mejor, el inicio del juicio oral requiere una previa formulación de acusación por parte de sujeto distinto del órgano jurisdiccional, tratando así de incrementar la imparcialidad del juzgador, separando las funciones de acusar y decidir y vinculando -aunque sea relativamente- a éste último, al contenido de la acusación³⁹⁷.

La configuración del Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad entronca con un sistema de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, siendo que son dos los argumentos utilizados a su favor: el de la “objetividad de la justicia” y el de “la autonomía funcional del derecho”.

³⁹⁴ En este sentido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español” en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1989, pág. 303, ya denominaba discrecionalidad sumergida o implícita a aquella que es directamente provocada por la imposibilidad efectiva de llevar a cabo una actividad de persecución de todas y cada una de las infracciones criminales de que tienen noticia los órganos encargados de la investigación oficial, añadiendo que dichos márgenes de discrecionalidad se reparten, según los sistemas, entre el Juez, la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal, quienes vienen constreñidos a filtrar y priorizar la investigación de unas causas penales en detrimento de otras.

³⁹⁵ FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal...cit.*, pág. 280.

³⁹⁶ Como ocurre en Alemania e Italia, con un sistema acusatorio “formal avanzado” en el sentido descrito por GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal...cit.*, pág. 196, quien diferencia entre el sistema acusatorio puro, el inquisitorio, el adversarial y el acusatorio mixto o formal que, a su vez desdobra en un modelo con Juez instructor y en otro que denomina formal avanzado que han evolucionado del desde el modelo de Juez instructor al sistema de Fiscal investigador.

³⁹⁷ GÓMEZ COLOMER, J. L., “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional” en *Revista Poder Judicial* núm. 64, 2001, pág. 211, señala como características del sistema acusatorio formal: 1. “No puede existir proceso sin acusación formulada por persona distinta a quien juzga. La acusación es condición y presupuesto del proceso y para garantizar la imparcialidad será formulada por persona distinta y ajena al tribunal sentenciador”, 2. “no cabe condena por hechos distintos ni persona distinta a los señalados en la acusación: La determinación del contenido de la acusación no puede quedar en manos del juzgador, pues se pondría en peligro su imparcialidad ante los hechos y sujetos que debe juzgar; 3. “la distinción entre las funciones de instrucción o investigación y de enjuiciamiento, que necesariamente han de recaer en órganos distintos, pues el órgano decisor perdería su imparcialidad si entrara en contacto con las fuentes de los materiales del juicio”. En el mismo sentido, ARMENTA DEU, T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal” en *Revista Poder Judicial* núm. 58, 2000.

El argumento de la objetividad de la justicia se encuentra en total contraposición con el de las implicaciones políticas defendido por los partidarios de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. El fundamento de este argumento se localiza en la idea de que donde el Derecho no distingue no se debe distinguir, de donde se infiere la necesidad de sanción de todas las conductas punibles, con independencia de otras apreciaciones concretas³⁹⁸.

A su vez, el argumento de la autonomía funcional del derecho, se basa en la idea de que es equivocada la concepción fundamentalmente instrumental de la legalidad penal, siendo que, lo trascendental es concretar si un determinado acto contraviene o no el derecho, de modo que, si lo hace, nos encontraremos ante una conducta sancionable.

En definitiva, el principio de legalidad atribuye al Ministerio Fiscal, el deber de ejercitar la acción penal ante todo hecho que revista caracteres delictivos³⁹⁹.

No nos extenderemos más en este epígrafe por cuanto que se volverá a retomar la materia al tratar el principio de legalidad, siendo además que ya se ha realizado parte de su examen cuando nos hemos referido a las herramientas de agilización del proceso penal.

2.- Distintas posibilidades de vinculación del Ministerio Fiscal a los poderes del Estado. Su importancia práctica respecto a la mejora de la eficacia en el proceso penal

2.1.- Al Poder Ejecutivo

Dentro de la potestad de acusar del Ministerio Fiscal, el ejercicio de la acción penal implica la puesta en marcha del *ius puniendi* del Estado, lo que provoca efectos en el ámbito constitucional, por cuanto afecta a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y conlleva, además, un problema de reparto de atribuciones y control del poder dentro del propio Estado.

Como ya se dijo en el epígrafe anterior, la institución del Ministerio Fiscal en España vino marcada por la influencia francesa en el primer tercio del siglo XIX, lo que le vinculaba al poder del Estado, siendo que más tarde, en la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870, se señalaba expresamente que, además de velar por la observancia de la ley y promover la acción de la justicia, en cuanto concernía al interés público, tenía la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial. De este modo, siguiendo el modelo francés, que mantenía la supremacía del Poder Ejecutivo sobre los demás y aun habiéndose creado en 1866 el cuerpo de Abogados del Es-

³⁹⁸ FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal...cit.*, pág. 259.

³⁹⁹ Hay autores que aún precisan más, y así, ORTELLS RAMOS señala que “(...) la potestad de acusar del Ministerio Fiscal puede configurarse como una potestad reglada o como una potestad discrecional. Si lo es como potestad reglada, el Ministerio Fiscal tiene el deber jurídico de acusar ante la mera constatación de que el caso es encuadrable en el supuesto de hecho de la norma penal. La potestad es discrecional si la norma le confiere un poder de apreciar, en el caso concreto, si existe o no interés público en perseguir el delito o si ese interés puede ser satisfecho de modo distinto a la imposición de una pena” en *Introducción al Derecho Procesal* (AAVV, dir. y coord. ORTELLS RAMOS, M.), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pág. 339.

tado, el Estatuto de 1926, reiteraba en su artículo primero la referencia a la representación del Gobierno mencionada.

Esta cuestión fue criticada al considerarse que el Estado había aprovechado los antecedentes históricos para mantener un órgano de su confianza -de componentes imprecisos y complejos- para conseguir sus propósitos de vigilancia y control del Poder Judicial y perpetuarse así por encima de la judicatura.⁴⁰⁰.

Incuestionablemente, y en razón de la “ubicación” del Ministerio Público, podremos encontrarnos con un Fiscal absolutamente dependiente, en un sistema -como ya se ha indicado- de raíz napoleónica, caracterizado por un Juez instructor -investigador y decisor de medidas limitativas de derechos- y otro Juez -sentenciador- diferente al anterior, con facultades de condena y también con facultades de práctica de prueba en el plenario. Dentro de esta dirección ANDRÉS IBÁÑEZ sostenía que el Fiscal “suele representar, dependiendo de las peculiaridades del marco, un modelo de presencia gubernamental más o menos explícita en la administración de Justicia o, incluso, un cauce de inserción formal, o informal, a veces, de la política *tout court* en ese contexto”, añadiendo sobre el Ministerio Fiscal que “se trata de una institución del *ancien régime* rescatada por el Estado liberal, con ruptura de la lógica teórico-política de la separación de poderes; también rota, en el modelo de Justicia continental del Estado de Derecho, con la integración de la magistratura en el ámbito del Ejecutivo”⁴⁰¹.

Obviamente, también podríamos hallarnos en presencia de un Fiscal menos dependiente -pero probablemente no lo suficiente- basándonos en su legitimidad democrática, si bien derivada del propio Gobierno, de modo que el pueblo elige a las Cámaras y éstas al Gobierno y su Presidente y, como correa de transmisión, se termina eligiendo al Fiscal General del Estado⁴⁰².

⁴⁰⁰ Lo menciona así MARTINEZ DALMAU, R., en *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág.116, cuando cita la obra de Fernández Martín-Granizo, M., *El Ministerio Fiscal en España (notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de su posición en el Derecho procesal español)*. Separata de documentación jurídica números 10 y 11, 1977.

⁴⁰¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal” en *Revista Teoría y Derecho*, enero 2007, pág. 12. En sentido similar y desde la óptica de la cercanía, conexión proximidad o vinculación entre el MF y el Ejecutivo, MORENO CATENA, V., (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.) en *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 166 y 177.

⁴⁰² **En contra**, ARMENTA DEU, T., “La reforma del proceso penal. Principios irrenunciables y opciones de política criminal” en *Revista Poder Judicial* núm. 58, 2000, quien señala que “la legitimación democrática, entendida como representatividad, no es un fundamento legitimador en el caso del Ministerio Fiscal, ni tan siquiera del Gobierno, del que procederían las instrucciones para su actuación” y que “la legalidad a la que, en todo caso, debe someterse el fiscal (art.124 CE) está presidida por la Constitución y las leyes que emanen de las Cortes como expresión de la voluntad popular, sin que pueda en modo alguno hablarse de una doble fuente de legitimación de normas con efectos externos -que deberían ser sin duda las instrucciones- al estilo del constitucionalismo de principios del siglo XIX, como resultado de la reacción monárquica”. **Otros autores estudian la vinculación del MF desde la perspectiva de la “legitimación democrática”**: FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “La necesaria autonomía del Ministerio Fiscal español” en *Boletín de la Facultad de Derecho* núm. 24, 2004, UNED, pág.112; FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídico-política del Ministerio Fiscal en España” en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* núm. 2084, 2009, pág. 19; JIMÉNEZ BLANCO y CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “Relevancia constitucional del

En esta posición -de menor dependencia- estaríamos ante un Ministerio Fiscal que actúa como “filtro de la legalidad” de la política criminal del Gobierno, teniendo en cuenta que es uno de los rasgos que caracterizan la identidad de la Institución⁴⁰³. O, en otros términos, y mucho más contundentes, afirma MORENO CATENA⁴⁰⁴ que “si se sostuviera la independencia del MF, y dada la función de defensa de los intereses públicos y la satisfacción del interés social que el MF tiene encomendada, ciertamente quedaría en manos de unos funcionarios de carrera, autónomos y exentos de toda responsabilidad política, la labor de definir caso a caso el contenido de conceptos (como el de intereses públicos o interés social) cuya integración es evidentemente de contenido y decisión política”.

Y precisamente, es en el vínculo de sumisión para con el Ejecutivo, donde surge el problema de la dependencia *ad extra* o gubernamental que ha sumido al Ministerio Fiscal en un terreno peligroso -resbaladizo- que puede llegar a impedir el ejercicio imparcial de sus funciones constitucionales⁴⁰⁵, amén de a crear en la ciudadanía una absoluta desconfianza en la justicia. Sin que tampoco podamos ignorar que el elemento que desfigura la posición institucional del Ministerio Fiscal es la falta de transparencia y la excesiva precisión -o mejor casuismo- de las indicaciones que el Ejecutivo proyecta sobre el Fiscal General del Estado, y éste. Sobre sus subordinados.

Dicho lo anterior, la cuestión principal habría de plantearse en dos puntos; por un lado, en el tipo de funciones a desempeñar por el Ministerio Fiscal y por otro -y en razón de la configuración constitucional que se conceda a la Institución- en la transparencia de la reglamentación de esa vinculación con el Ejecutivo; y ello por cuanto que aquellas

Ministerio Fiscal” en *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. II, Madrid, 2009, págs. 1636 a 1641; MARTÍN PASTOR, J., “Cuestiones orgánicas y constitucionales sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de la fase de instrucción del proceso penal” en *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal de A Coruña*, (dirs. NEIRA PENA, A., PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. y FERREIRO BAHAMONDE, X.), La Coruña, 2011, págs. 557 a 568; SANCHIS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Comares, Granada 1995, págs. 42 a 44; COMPTE MASSACH, T., “Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal” en *Jueces para la Democracia* núm. 23, 1994, págs. 98 a 101; POLO RODRÍGUEZ, J. J., “El Fiscal investigador e instructor” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1997, pág. 112; MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 165 y 166.

⁴⁰³ FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 531.

⁴⁰⁴ MORENO CATENA, V., *Introducción al derecho procesal* cit., págs. 165 y 166.

⁴⁰⁵ DEL MORAL GARCIA, A., afirma que “no pocas veces la dirección de la Política Criminal ha sido la coartada esgrimida para afirmar la dependencia del Fiscal frente al Poder ejecutivo, aunque de hecho el Gobierno cuando ha utilizado al MF no ha sido precisamente por cuestiones de Política Criminal, sino más bien por cuestiones de política, sin mayúsculas, y posiblemente con el adjetivo criminal pero utilizado en un sentido más vulgar: la experiencia de muchos años muestra que en sus relaciones con el MF el ejecutivo suele estar mucho más preocupado por los posibles crímenes de los políticos que por la Política Criminal”. *Vid.* “Consejo Fiscal y nombramientos” en *Centro de Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, 2005, pág. 5,

funciones habrían de basarse necesariamente en la atención del interés público y no en el interés particular del Gobierno de turno.

La actual configuración del funcionamiento del Ministerio Público español, la vinculación de hecho del Fiscal General del Estado con el Gobierno y el gran poder material del Fiscal General y los otros Fiscales Jefes sobre el Fiscal en particular a cargo de la causa individualizada, hacen que la actuación profesional -jurídica obviamente- del caso concreto y específico quede conectada con el poder político. Nos encontramos ante unas facultades de intervención de la jerarquía en asuntos concretos, sin límites, sin verdaderos controles ni contrapesos; y, por ende, también nos hallamos ante un Fiscal subordinado en una situación de debilidad profesional general que, además, no puede ofrecer resistencia, ante una presión más o menos expresa acerca de un asunto específico, presión que, entendemos, no puede -ni debe- estar justificada. Valoramos que de ello se deriva una imagen cuya perspectiva resulta ideal para crear una desconfianza institucional importante.

La CE, en su art. 97 pone en manos del Gobierno la dirección -y concreción- de la política criminal del Estado como no podía ser de otra manera, y siendo que la acción penal la ejercita el Ministerio Fiscal, la Institución deriva y se convierte en pieza fundamental. De ahí que lo que realmente importa es establecer el mecanismo adecuado para alcanzar la imparcialidad real *-de facto-* del Ministerio Público.

Teniendo en cuenta las circunstancias indicadas y partiendo de las posibilidades que nos ofrecen, no debiera ser ni la absoluta vinculación al Gobierno -como en el modelo dependiente tradicional- ni la búsqueda de una pretendida legitimidad de origen derivada -como en los nombramientos gubernamentales del Fiscal General del Estado y del resto de altas jefaturas-⁴⁰⁶ las que justificaran el carácter monocrático y jerárquico de la organización del Ministerio Fiscal, sino que habría de serlo la igualdad en la aplicación de la ley, y ello junto con la coherencia y la eficacia en el cumplimiento de su misión institucional.

Pero en este estado de cosas, de los artículos 6, 25, 27 y 56 del EOMF, surge un poderoso Fiscal General del Estado, investido de atribuciones que consideramos excesivas e innecesarias para el funcionamiento normal y adecuado de la Institución, siendo que conforme al art. 25 EOMF, el Fiscal General del Estado puede impartir a sus subordinados órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos concretos. Y no poniendo en duda la necesidad de transmitir instrucciones de carácter general, las órdenes referidas a asuntos particulares o específicos, además de ser absolutamente inútiles en relación al principio de unidad de actuación, pueden conducir a la arbitrariedad y, por ende, al menoscabo de la Justicia.

Al hilo de lo anterior, hemos de insistir en que el poder del Fiscal General del Estado como cumbre de la cadena de mando carece de límites o contrapesos suficientemente fuertes dentro de la Institución, ya que el EOMF establece unas facultades muy amplias

⁴⁰⁶ La libertad de designación del Gobierno, no se limita al FGE, sino también a las categorías de Fiscal del Tribunal Supremo, Jefaturas de las Fiscalías Superiores y Provinciales, a propuesta del Fiscal General del Estado. (*Vid.* STS, de la Sala Tercera, 9097/2000, de 12 de diciembre, (Ponente: Maurandi Guillen, Nicolás Antonio).

para todas las jefaturas -obviamente cada una en su ámbito- sobre todos los aspectos referidos a las funciones de sus correspondientes subordinados.

Llegados a este punto consideramos importante reproducir la posición doctrinal de DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, para quien “parece que la única independencia que cabe reclamar para el Ministerio Fiscal es la independencia en sentido débil. La solución más equilibrada al problema de la relación entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno pasaría, así, por una suerte de vinculación indirecta, como única vía de cohesión las arriba mencionadas exigencias de legalidad con las de la política criminal. Aquí independencia ya no significa prohibición absoluta de intromisión o condicionamiento, sino que equivale más bien a lo que puede denominarse ‘autonomía operativa’: el Gobierno debe ser responsable de los criterios generales de actuación del Ministerio Fiscal, mas absteniéndose de interferir en sus decisiones en casos concretos (...) y la única vía para lograr una actuación mínimamente coordinada por parte del Ministerio Fiscal es que éste posea una estructura unitaria y jerárquica”⁴⁰⁷.

Abundando en lo anterior, GARRIDO FALLA⁴⁰⁸ introdujo un interesante matiz, mostrándose partidario de una naturaleza mixta del Ministerio Fiscal; en cuanto que había de velar por la legalidad, había de ser independiente e imparcial, mientras que cuando cumpliera funciones administrativas, había de estar sujeto al Poder Ejecutivo, reconociendo, en este sentido, que tanto la Constitución de 1978 como el entonces vigente EOMF, habían dado un importante paso en el camino de la independencia del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo, sin llegar a hacerla total, pero sin integrarlo tampoco en el Poder Judicial al carecer de independencia absoluta y no ejercer función jurisdiccional alguna.

Si bien parece que se realizó un importante esfuerzo -en los dos últimos Textos de Estatuto- por consolidar la autonomía orgánica⁴⁰⁹ y funcional⁴¹⁰ del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo, afirmando, por ejemplo, de manera explícita, su condición de órgano de *relevancia* constitucional, atribuyéndole personalidad jurídica propia que pretendía dotar al Fiscal de la imprescindible capacidad de acción en sus relaciones con otras instituciones. Sin embargo, es lo cierto que siguen siendo muy significativas las vinculaciones en relación con el Poder Ejecutivo y el Ministerio Fiscal:

⁴⁰⁷ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *El poder...*, cit., págs.176 y 180. También en la misma línea DI FEDERICO, G., “Lecture di ordinamento italiano e comparato”, (AAVV) en *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, CEDAM, Padova, 2012, págs. 353 y 354.

⁴⁰⁸ GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución* (AAVV, SERRANO ALBERCA J. M. y otros), Civitas, Madrid, 1985, págs.1822 a 1833.

⁴⁰⁹ Estaríamos hablando de la dependencia-independencia orgánica *ad extra* referida a la vinculación en términos organizativos, jerarquía administrativa, presupuesto, medios materiales y personales y a la potestad y responsabilidad disciplinaria.

⁴¹⁰ Refiriéndonos aquí a la dependencia-independencia funcional *ad extra* siendo que, en la redacción del EOMF de 1981 ya se sustituyó el verbo “ordenar” del Texto de 1969, por el de “interesar” (art. 8 El Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado...), habiéndose mitigado la situación de alguna manera ya que no es lo mismo ordenar que solicitar, pero al no poder ordenar, el Ejecutivo buscará a la persona adecuadamente leal de quien se espera acceda a las solicitud del Gobierno. El Texto de 2007 mantiene la redacción de 1981. A pesar de lo cual entendemos que no es más que una cuestión de estilo.

1ª) Existen una serie de nombramientos -además del referido al propio Fiscal General del Estado- para cargos específicos y ascensos que son decididos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado, incluso cuando se trate de cargos en Fiscalía de las Comunidades Autónomas (artículos 13.1 y 36.1 EOMF vigente). En concreto, los Fiscales del Tribunal Supremo, los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas y los Fiscales Jefes Provinciales. Para el nombramiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, se prevé un procedimiento similar al señalado para el Fiscal General del Estado, de forma que oído el Consejo de Justicia de la Comunidad Autónoma donde lo hubiere, se comunicará la propuesta de candidato a la respectiva Asamblea legislativa autonómica, celebrándose una comparecencia a fin de valorar los méritos e idoneidad del candidato.

Además, los Fiscales Jefes de los respectivos órganos y los Tenientes Fiscales podrán ser removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado quien deberá oír previamente al Consejo Fiscal y al interesado y, en su caso, al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma correspondiente. Igualmente, los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas podrán proponer también al Fiscal General del Estado, la remoción por el Gobierno de los Fiscales Jefes de los órganos de su ámbito territorial conforme al artículo 41.5 del EOMF.

2ª) También los miembros integrantes de los órganos colegiados rectores de la Institución son designados mayoritariamente por el Gobierno. Los miembros de la Junta de Fiscales de Sala son nombrados por el Gobierno previo informe del Fiscal General del Estado *ex* artículos 13.1, párrafo segundo, 15, 34.1ª., 35.1 y 36.1 EOMF. Además, algunos de los miembros del Consejo Fiscal son escogidos directa o indirectamente por el Gobierno (artículos 13.1, párrafo segundo, 14.1, 34.1ª., 35.1 y 36.1 EOMF).

3ª) La intervención necesaria de la Junta de Fiscales de Sala en los casos en los que el Fiscal General del Estado imparta instrucciones en asuntos que afecten a miembros del Gobierno.

Con la reforma de 2007 se reinterpretaron y redimensionaron las relaciones entre el Gobierno y el Fiscal General del Estado al introducirse la necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala -máximo órgano asesor del Fiscal General del Estado en materia jurídica conforme al artículo 15 EOMF- que deberá ser previamente oída siempre que aquel vaya a impartir instrucciones a sus subordinados en cualquier asunto que afecte directamente a los miembros del Gobierno, cualquiera que sea la posición procesal de éstos, conforme al artículo 25, párrafo primero del EOMF.

4ª) El régimen de abstención del Fiscal General del Estado y su reforma. Con anterioridad a la reforma de 2007, el Ministro de Justicia tenía que decidir sobre su intervención en un proceso, cuando alguna de las partes del mismo hubiera acudido al primero, alegando que el segundo había incurrido en alguna causa de abstención. A día de hoy, cuando en el Fiscal General del Estado⁴¹¹ concorra alguna de las causas de abs-

⁴¹¹ Entendemos que refuerza la imparcialidad -e incluso la transparencia- pero curiosamente, permite, en el caso de que el FGE no pertenezca ni a la carrera Fiscal ni a la Judicial, la aplicación de causas previstas específicamente para sus miembros. Quizá hubiera habido que prever para ese supuesto, el concurso de otras, al igual que se hace en la Ley de Enjuiciamiento Civil para testigos y peritos, ya que, en buena lógica los motivos de recusación han de ser necesariamente diferentes a los establecidos para los Jueces.

tención establecidas para Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya no resuelve el Ministro de Justicia sino la Junta de Fiscales de Sala, en base a su condición de órgano colegiado y perfil fundamentalmente jurídico, Junta que será presidida por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo conforme establece el artículo 28, párrafo segundo del EOMF.

5ª) La obligatoriedad de elevar al Gobierno la Memoria anual sobre la actividad del Ministerio Fiscal es preceptiva y según establece el artículo 9.1 del EOMF, ha de versar sobre la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la justicia. En esas Memorias habrán de recogerse las observaciones de las que, a su vez, han de enviar a la Fiscalía General del Estado los respectivos Fiscales Jefes Provinciales. Una copia de la Memoria se habrá de remitir a las Cortes Generales y al Consejo General del Poder Judicial, habiendo de ser presentada por el Fiscal General del Estado en las Cortes Generales.

6ª) El Fiscal General del Estado se encuentra obligado a informar al Gobierno, cuando éste lo interese y no exista obstáculo legal, respecto de cualquiera de los asuntos en que intervenga el Ministerio Fiscal, así como en general, sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia, pudiendo además -excepcionalmente- ser llamado a informar ante el Consejo de Ministros⁴¹².

7ª) Con anterioridad a la reforma de 2007, no existía autonomía presupuestaria del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno, lo que suponía una poderosa fórmula a través de la que se instrumentalizaba la vinculación entre el Poder Ejecutivo y el Ministerio Fiscal. Si bien a pesar de esa supuesta autonomía presupuestaria actual, la asignación es imperceptible y, además, básicamente destinada a la administración de la Fiscalía General del Estado.

En realidad, entendemos que tampoco la situación ha variado demasiado con la reforma por cuanto que, a pesar de lo establecido en el artículo 72.3 del EOMF⁴¹³ es el Estado quien continua definiendo las plantillas del Ministerio Fiscal mediante la creación de plazas de plantilla orgánica, nuevos puestos de Jefaturas, Decanos, refuerzos de Fiscales donde se consideren necesarios y los incentivos semestrales por productividad⁴¹⁴, con independencia de que las Comunidades Autónomas hayan asumido las transferencias materiales.

⁴¹² Artículo 9.2 del vigente EOMF. No obstante, resulta realmente difícil encajar supuestos concretos en los que concurra obstáculo legal, por lo que, en la práctica, a requerimiento gubernamental se ha de suponer que el Fiscal General del Estado deberá informar preceptivamente de todo aquello que se le solicite por el Ejecutivo.

⁴¹³ “Los Presupuestos Generales del Estado y los de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de Administración de Justicia contemplarán, dentro de la Sección que corresponda, y previa ponderación de las necesidades funcionales del Ministerio Fiscal propuestas por el Fiscal General del Estado, previa audiencia, en su caso, a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, las correspondientes partidas presupuestarias adecuadamente singularizadas para atender a aquellas. En todo caso, una de estas partidas será gestionada por la Unidad de Apoyo del Fiscal General y estará destinada a atender los gastos de funcionamiento de la administración de la Fiscalía General del Estado”.

⁴¹⁴ HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *La reforma del Ministerio Fiscal*, Colex, Madrid 2003, pág. 51, proponía algunas posibilidades para dar autonomía presupuestaria al Ministerio Fiscal: equiparar al Ministerio Fiscal con algún organismo autónomo, como la Agencia de Protección de Datos, que está integrada en el Ministerio de Justicia, o más deseable, configurar al

8º) El Ministro de Justicia mantiene la potestad sancionadora sobre los miembros de la institución cuando incurran en responsabilidad disciplinaria, directamente o mediante recurso de alzada, conforme establece el artículo 67. 1.3 del EOMF.

9ª) Ciertamente, no puede dejar de señalarse la dependencia indiscutible del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo en la selección y formación de los Fiscales.

Para finalizar, habremos de insistir en que, con independencia de la naturaleza que teóricamente atribuyamos al Ministerio Público, lo cierto es que si aspiramos a un Fiscal -singular y concreto, imparcial-neutral- habrá de concederse a la institución la suficiente independencia orgánica, presupuestaria y organizativa al efecto, pues de lo contrario, el Ejecutivo siempre tendrá la posibilidad de utilizar los recortes económicos para sujetarla⁴¹⁵. A lo anterior, necesariamente hemos de añadir nuestra -entendemos comprensible- oposición al sistema disciplinario vigente por entender, carece de garantías materiales de imparcialidad frente al Ejecutivo, ante el contenido del art. 67 del EOMF, que supone un importante elemento de dependencia *ad extra* pernicioso para la imparcialidad del Fiscal e inútil, por motivos obvios, para cualquier otra finalidad; resultando a todas luces sorprendente -y fuera de contexto- que, frente a las resoluciones del Consejo Fiscal en materia disciplinaria, actúe un órgano -el Ministro de Justicia- no judicial, para conocer de los recursos correspondientes ⁴¹⁶.

2.2.-Al Poder Legislativo

Ciertamente, no resulta desacertado afirmar, *ab initio*, que el Ministerio Fiscal no se halla integrado ni depende del Poder Legislativo, y ello por carecer de toda vinculación con las Cortes Generales. Sin embargo, hay quien parte de la idea de que siendo el Ministerio Público defensor de la legalidad, no hace sino velar por el cumplimiento de la obra del Legislativo frente a las desviaciones en la aplicación de las normas en que puedan incurrir cualesquiera otros poderes del Estado⁴¹⁷.

Ministerio Fiscal como una institución constitucional dotada de cierta autonomía y equipararlo al Consejo de Estado que posee su propio capítulo dentro de los Presupuestos Generales, sin adscripción a Ministerio alguno, pero para ello debería dotarse al Ministerio Fiscal de capacidad de autonomía en la gestión del gasto, es decir, habilitar la dotación de personal especializado e independiente que lo gestione. Además de modificar la Constitución.

⁴¹⁵ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal...* cit., págs. 175, 176 y 177.

⁴¹⁶ El art. 62 del EOMF recoge las faltas administrativas en las que pueden incurrir los miembros del Ministerio Fiscal, pudiendo ser leves, graves y muy graves, siendo que consideramos, el sistema establecido, es, además de amplio en exceso, moralizante en demasía. En este sentido, en el art. 63.11 del texto castiga como falta grave “Las restantes infracciones de los deberes inherentes a la condición de fiscal, establecidos en esta Ley, cuando mereciesen la calificación de graves atendidas la intencionalidad del hecho, su trascendencia para la Administración de Justicia y el quebranto sufrido por la dignidad de la función fiscal”.

⁴¹⁷ COBO DEL ROSAL, M., “Art. 124. El Ministerio Fiscal” en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T. IX, Edersa, Madrid, 1998, pág. 560. Postura igual mantiene ROIG BUSTOS, L., que defiende la configuración de un Fiscal parlamentario en su consideración de defensor de la legalidad, la misma legalidad creada por el Parlamento, por lo que es el mismo Parlamento quien habrá de nombrarlo con un quórum específico. *Vid.* “Por un Fiscal del Estado de designación parlamentaria” en *Revista Jueces para la Democracia* núm. 18, 1993, pág. 26

Se ha argumentado también en el sentido de considerar que el Ministerio Fiscal cumpliría mejor sus funciones considerando la existencia de una conexión natural con las Cortes Generales, de las que emana la legalidad, encontrándose representados los intereses colectivos y sociales por las diferentes corrientes de opinión elegidas⁴¹⁸.

Sin embargo, a pesar de las manifestaciones anteriores, es factible buscar, pudiendo llegar incluso a encontrar conexiones del Ministerio Público con el Poder Legislativo dentro de nuestro ámbito normativo, lo que ni de lejos, a nuestro entender, supone que exista entre ellos la pretendida vinculación. Y esa normativa, es la que sigue:

1º) El Ministerio Fiscal debe colaborar con las Cortes siempre que no exista obstáculo legal, e informar de aquellos asuntos para los que especialmente fuere requerido, conforme al artículo 10 del EOMF.

2º) Dicha colaboración se plasma a través de las comisiones de investigación en el Parlamento (artículo 76 CE).

3º) Las comunicaciones han de hacerse siempre a través de los Presidentes de las Cámaras, pero sin que necesariamente el órgano de intermediación lo sea el Fiscal General del Estado, ya que el artículo 10 EOMF deja abierta su elección por parte de la Cámara requirente, que podrá dirigirse al órgano del Ministerio Fiscal que estime oportuno, incluso a un funcionario concreto y determinado⁴¹⁹.

E indudablemente, de cuanto antecede, no puede sino colegirse la carencia de vinculación del Ministerio Público con el legislativo. Y ello -además de por lo ya señalado- por un lado, en razón a que el art. 124.4 de la CE establece el órgano competente para el nombramiento del Fiscal General del Estado que no es otro que el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial; y por otro, por cuanto que la defensa de la ley no es monopolio ni elemento caracterizador del Ministerio Fiscal en el sentido en el que nos venimos refiriendo.

⁴¹⁸ COBO DEL ROSAL, M., quien sostiene que toda dependencia del Ministerio Público de un poder que no sea el legislativo desvirtúa la función de defensor de la Ley, que es lo que debe de vertebrar su naturaleza, por cuanto un “Fiscal Gubernamentalizado al servicio de quienes detentan el poder ejecutivo pudiera servir de ejemplo, como mero recordatorio, de algunos totalitarismos hartos conocidos y un “Fiscal Judicializado”, convertiría, al abandonar el Fiscal su tarea de vigía de la Ley, a los Magistrados y Jueces, en dueños y señores de la Ley de la que deben ser siervos”, *vid.*, “Principio de legalidad y Ministerio Fiscal” en *Cuadernos de Política Criminal* núm. 2, 1977, págs. 27 y 30; En la misma dirección, señala MARCHENA GÓMEZ, M., que “Indudablemente, la no opción de un modelo de Ministerio Fiscal próximo al Poder legislativo, engarzado con éste para algo más que para ejercer las acciones legales por hechos derivables de comisiones de encuesta o para comparencias sin concreción, trae consigo que las resonancias gubernamentales que pueden atisbarse en el artículo 124 de la Norma Fundamental o en el Estatuto de 1981 -ya expuestas al referirnos a la concepción gubernamental- pueden representar un serio obstáculo para que la custodia de la legalidad quede libre de toda sospecha cuando, en casos concretos y puntuales, el Poder Ejecutivo pretenda imponer un criterio interesado de la realidad jurídica aplicable a un determinado acaecimiento social”. *Vid. El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 15.

⁴¹⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 70.

2.3.-Al Poder Judicial

La tesis judicialista concibe al Ministerio Público como promotor de la ley en una posición *supra partes* asimilable a la del Juez, lo que supondría la existencia de un Fiscal absolutamente independiente partiendo, por ejemplo, del modelo italiano.

De este modo, los autores que defienden el encuadre del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial fundamentan su postura, por un lado, en la ubicación del artículo 124 CE - referido al Ministerio Fiscal- dentro del Título VI: “Del Poder Judicial” y no en el Título IV: “Del Gobierno y de la Administración”; y por otro, en que el artículo 2.1 EOMF señala que el Ministerio Fiscal está “(...) integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial”⁴²⁰.

En el mismo sentido, se argumenta que la conceptualización del Ministerio Público dentro del Poder Judicial sería esencial y básica, ya que la defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos se confiaría tanto a Jueces y Tribunales como a Fiscales, siendo además que, velar por la independencia de aquellos, es también misión indistinta del Ministerio Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial⁴²¹.

⁴²⁰ En relación a esta posición, LÓPEZ AGUILAR, J. F., señala que “la tentación de aplicar los esquemas conceptuales (y por ende operativos) propios y característicos del órgano y de la función que animan al Poder Judicial (Título VI CE, arts. 117 y 127) a la comprensión del Ministerio Fiscal (art. 124 aparentemente adscrito a dicho Poder Judicial) consistirá, precisamente en un denodado esfuerzo por incardinarlo en alguno de los tres poderes clásicos. Se trata de un trasunto más de la peregrina especie de que más allá de la ideal concepción tripartita de los poderes del Estado no habría más que el vacío, cuando no peor aún, un agujero negro de “absolutismo” estatal o desviación hacia ello. La localización de órganos no exactamente incardinables en alguna de las patas del trípode del Estado se identificaría así, de forma casi mecánica, con alarmante síntoma de leviatanismo (...) Habrá que afirmar que en el Estado fundado en la Constitución normativa no sólo se funden tres poderes como tipos ideales de las respectivas expresiones funcionales del poder que se reputa legítimo, sino también otro entramado más complejo y delicado de órganos (sean estos constitucionales o sean de relevancia constitucional, distinción doctrinal que aquí poco importa) y de instituciones que tienen la exacta incardinación, sentido funcional y extensión (en lo que se refiere a potestades y facultades atribuidas) que la Constitución ha deseado conferirles”. *Vid.* “El Ministerio Fiscal como problema” en *Sistema, Revista de Ciencias Sociales* núm. 130, 1996, pág. 14.

⁴²¹ Nos vamos a permitir un inciso dedicado a la historia. En el debate anterior a la aprobación del texto sobre el Estatuto del Ministerio Fiscal de 1981, el Senador TIERNO GALVAN manifestaba que “no puede ser el Ministerio Fiscal el representante del Gobierno; en tanto en cuanto, el Ministerio Fiscal representante del Gobierno, es una postura totalitaria que está en total desacuerdo con la división de poderes que corresponden a un Estado democrático. No puede ser el Ministerio Fiscal porque pertenece al Poder Judicial, que es independiente del Poder Ejecutivo, no puede ser el Ministerio Fiscal representante del Gobierno. (Publicado en el Boletín Oficial del Senado de 20 de noviembre de 1981). Con anterioridad, el Diputado SOLÉ TURA dejaba clara la visión del Partido Comunista defendiendo que “el Ministerio Fiscal, parte del poder judicial, es una magistratura impulsora y postulante regida por principios semejantes a la magistratura decisoria (...) que los miembros del Ministerio Fiscal gozan de las mismas garantías de inamovilidad, de las mismas prerrogativas y, en consecuencia, de las mismas garantías de independencia que los demás miembros de la Magistratura”. (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 139-I de 23 de junio de 1981. Sin embargo, el Diputado MOSCOSO DEL PRADO (quien llegara a Fiscal General del Estado) refutaba al respecto señalando que “El Ministerio Fiscal según nuestro primer texto, según la Constitución, está sometido al principio de dependencia. De ahí que aquello que es válido y bueno para el Poder Judicial, esencial diría yo, para el Poder Judicial, su propio autogobierno, se absolutamente, no diré malo, pero en todo caso, innecesario e improcedente cuando se trata del Ministerio Fiscal”. (Publicado en el Boletín

Al efecto y en apoyo del posicionamiento judicialista, se señala también, la imperativa audiencia del Consejo General del Poder Judicial con carácter previo al nombramiento del Fiscal General del Estado conforme al artículo 124.4 CE.

En cualquier caso, los defensores de esta postura⁴²² destacan que con la judicialización del Ministerio Fiscal, se obtendrían resultados muy positivos, previniendo su politización al no estar en manos del Poder Ejecutivo y evitando la injerencia gubernativa en la Administración de Justicia, así como garantizando una persecución eficiente y justa en los casos de delincuencia gubernamental o política⁴²³. De este modo, se corregiría la desconfianza basada en la conexión entre el Poder Ejecutivo y el ejercicio de la acción penal atribuida al Ministerio Público y al mismo tiempo, el riesgo de la instrumentalización interesada de la misma en la lucha política; de modo que serviría de instrumento de ataque para la persecución de los rivales políticos y por otro, de instrumento defensivo para facilitar la impunidad respecto de los delitos cometidos por autoridades políticas y funcionarios afines en los casos de delincuencia gubernamental⁴²⁴.

Incuestionablemente, con lo hasta ahora manifestado, habríamos de concluir que, a día de hoy, resulta poco factible considerar que el Ministerio Fiscal, en nuestro país, forme parte del Poder Judicial. Pero existen, además, otros argumentos que pasamos a exponer⁴²⁵.

Oficial de las Cortes Generales núm. 139-III de 29 de septiembre de 1981).

⁴²² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., mantenía una postura poco clara al entender que “la Constitución concibe al Ministerio Fiscal como órgano del Estado, de naturaleza independiente, y carácter para-judicial, inserto en el ámbito del Poder Judicial, pero no integrado en éste”, *vid.* “El Ministerio Fiscal en la Constitución” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* núm. 6, 1981. La confusión pudiera acentuarse por la equívoca expresión recogida en el artículo 2.1 del entonces vigente EOMF -y con el mismo contenido tras su reforma de 2007- que configura al Ministerio Fiscal como “integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial”, que ya fuera calificada por autores como MONTERO AROCA, J., de “carente de sentido”. *Vid. Derecho Jurisdiccional I*, (con GOMEZ-COLOMER, J. L., MONTON REDONDO, A., y BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, 25ª ed., Valencia, 2017, pág. 174. Sin embargo, el mismo CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., en un trabajo posterior, concreta más el argumento y sobre la base de la idea de que “la acción del Estado para realizar la Justicia se desdobra en dos órganos, uno que ejerce la potestad jurisdiccional y otro que debe promoverla”, sigue manteniendo la tesis de la inserción del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial, *vid.* al efecto “El modelo post-constitucional del Ministerio Fiscal en España” en *Revista Poder Judicial* núm. 27, 1997, pág. 13. Similar tesis de desdoblamiento sostenía JIMENEZ VILLAREJO, J., quien, sin embargo, reconocía que la que él llamaba “*función postulante*” tenía un nexo de unión con el Poder Ejecutivo a través de las mociones que el Gobierno puede dirigir al Fiscal General del Estado. *Vid.* “El Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial” en *Poder Judicial* núm. 3, 1982, pág. 83.

⁴²³ MARTIN PASTOR, J., “El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal” en *Studia Albortiana* núm. LXXXIX, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 2005, pág. 317.

⁴²⁴ MARTIN PASTOR, J., “El Ministerio Fiscal como...” *cit.*, pág. 318.

⁴²⁵ Sin embargo, es innegable que la función del Ministerio Fiscal está eminentemente trabada al Poder Judicial, ya que representando y actuando la legalidad, debe estar “por encima y aún más allá” de los intereses en conflicto: fiscalizar y cumplir con la legalidad son la misma cosa, aunque se produzcan dichas actividades en sedes diversas. De ahí que podamos llegar a colegir que el MF es una especie de poder paralelo -no decisorio- al del Poder Judicial, sobre todo si se tiene en cuenta su carácter consultivo.

El Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Judicial organización, no se integra en el conjunto de Jueces y Magistrados a quienes se atribuye potestad jurisdiccional conforme a la CE y a Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que no se encuentra protegido por el régimen de garantías de independencia previsto para los Tribunales ordinarios, particularmente, la inamovilidad⁴²⁶ sin que tampoco dependan, ni pertenezcan al Consejo General del Poder Judicial.

Por otro lado, tampoco puede incluirse al Ministerio Público entre las excepciones al principio de unidad jurisdiccional señaladas en el artículo 117.5 CE, ni por tanto, tener la consideración de Tribunal especial constitucionalmente reconocido Y, ello, por cuanto que sus componentes carecen del requisito de independencia, estando vinculados al Gobierno y a las órdenes e instrucciones emanadas de sus superiores jerárquicos⁴²⁷; por cuanto que ningún precepto constitucional atribuye jurisdicción o potestad jurisdiccional al Ministerio Fiscal⁴²⁸; y por cuanto que, el propio artículo 541 LOPJ dedicado al Ministerio Fiscal, además de estar sistemáticamente ubicado dentro de su Libro VII “Del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia”, en su cardinal segundo establece que “El Ministerio Fiscal se regirá por lo que disponga su Estatuto Orgánico”, en consonancia con el contenido del artículo 124.3 CE.

En cualquier caso, las opiniones doctrinales que se acaban de exponer tropiezan con el concepto de Poder Judicial que el TC señala en su STC 108/1986, del Pleno, de 29 de julio, (Ponente: Latorre Segura, Ángel): “*El Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción, y su independencia se predica de todos y cada uno de los jueces en cuanto ejercen tal función ...*”; de modo que en el Poder Judicial no se inclu-

⁴²⁶ SANCHIS CRESPO, C., señalaba cuando distinguía entre los requisitos de actuación y los requisitos-garantía el diferente contenido de ambos en relación con Jueces y Magistrados por un lado y con el Ministerio Fiscal, en otro. En concreto, en referencia a la inamovilidad, apuntaba la diferencia entre la inamovilidad absoluta y la relativa, refiriéndose la primera al cargo concreto y la segunda, sólo al cargo. De este modo y diferenciando los puestos jurisdiccionales propiamente y los puestos gubernativos, concluye que, respecto de aquéllos la inamovilidad es absoluta, mientras que, en los puestos gubernativos, es relativa. Entre los Fiscales, distingue los puestos de confianza y todos los demás, disfrutando todos ellos de inamovilidad relativa exclusivamente. *Vid. El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Comares, Granada, 1995, págs. 29 a 44.

⁴²⁷ SANCHIS CRESPO, C., (citando a ALAMILLO CANILLAS, F., en *El Ministerio Fiscal español (su organización y funcionamiento)*, Madrid, 1990), págs. 29 y 30 expone la desigual incidencia del principio de legalidad señalando que, si bien el principio en esencia es el mismo, hay una importante diferencia de matiz, ya que el artículo 117.1 CE no habla de la Judicatura sino, individualmente de los Jueces y Magistrados, de las personas que integran esa institución. En cambio, cuando se trata del Ministerio Fiscal, el principio de legalidad se refiere estrictamente a la institución y no directamente a sus miembros, los Fiscales, a los que, muy al contrario que a Jueces y Magistrados, la Constitución dispone que estarán sujetos a dependencia jerárquica. De este modo, al personal jurisdicente nadie puede darle órdenes o instrucciones sobre el modo de aplicar las leyes, porque con ello se violaría la independencia que les atribuye la Constitución, a los Fiscales concretos, dentro del Ministerio Fiscal, sí pueden darles órdenes e instrucciones sus superiores jerárquicos sobre el modo de actuar en general en los asuntos concretos en que intervienen.

⁴²⁸ El artículo 124.1 CE señala que la función del Ministerio Fiscal no es la de actuar la justicia, sino la de promover su actuación “en defensa de la legalidad, de los intereses de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”.

yen más que Jueces y Tribunales, puesto que los Fiscales carecen de potestad jurisdiccional⁴²⁹.

En consecuencia y teniendo en cuenta el encuadre institucional del Ministerio Fiscal realizado en nuestro país por el legislador -que lo ha hecho órgano dependiente del Poder Ejecutivo, con estructura jerárquica y sin encomendarle función jurisdiccional alguna- su enmarque en el Poder Judicial es difícilmente sostenible⁴³⁰, si bien cabría atenuar esta posición mediante una adecuada interpretación constitucional ya que, a pesar de todo, el Fiscal ostenta una condición de autoridad judicial⁴³¹ *sui generis*, aunque no sea funcionario judicial ni pertenezca a la carrera judicial.

2.4.- Sin vinculación alguna: como poder autónomo e independiente

Junto a las orientaciones doctrinales hasta ahora señaladas, coexisten otras que consideran, bien que el Ministerio Público no se encuentra vinculado a ninguno de los diferentes Poderes del Estado, bien que constituye un poder en sí mismo⁴³².

⁴²⁹ En sentido similar, GONZÁLEZ MONTES, J. L., destaca que el debate, sobre la inclusión o no del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial no tiene razón de ser en tanto el Ministerio Fiscal no ejerce la potestad de la jurisdicción, *vid. Instituciones de Derecho Procesal*, T. I, Tecnos, 1993, Madrid, pág. 206. Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, A., mantiene que el Ministerio Fiscal “no es el conjunto de los órganos jurisdiccionales, no es, no posee, ni ejercita, la potestas jurisdiccional y no es la “Magistratura”, grupo profesional y social convertido en poder”, *vid. “El fiscal y futuro del proceso penal” en Revista Tribunales de Justicia* núm. 1, 1997, pág. 12. En contra se manifiestan LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., quienes sostienen que la Fiscalía, a pesar de su no pertenencia al Poder Judicial, es una “magistratura que sirve igualmente al imperio de la Ley”. *Vid. “El proceso penal como sistema de garantías (II). La dirección de la investigación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Procesal Penal (II), Diario La Ley* núm. 8091, 2013, pág. 3.

⁴³⁰ SANCHIS, CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal...cit.*, pág. 41.

⁴³¹ En la sentencia que se dictara en el asunto Schiesser contra Suiza, de 4 de diciembre de 1979, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó por primera vez la condición del Fiscal como autoridad judicial, cuando la Corte consideró que, además de las nomenclaturas concretas de Juez y Tribunal, el art. 5 del CEDH (relativo a los Jueces y otras autoridades judiciales) también utiliza el término de autoridad judicial competente y magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales. Posteriormente, en el mismo sentido se han dictado otras sentencias, entre otras la de 29 de marzo de 2010 Medvedyev y otros contra Francia, y la de 20 de noviembre de 2010, asunto Moulin contra Francia.

⁴³² De este modo, FLORES PRADA, I., estima que “El Ministerio Fiscal es así un órgano conectado y vinculado con los poderes del Estado en sus distintos planos orgánico y funcional, pero no integrado en la estructura de ninguno de ellos”, constituyendo una de las “bisagras del sistema”, en cuanto forma parte de instituciones que garantizan el funcionamiento armónico”. De modo que actuaría como “filtro de legalidad” de la política criminal del Gobierno, teniendo en cuenta que es uno de los rasgos que caracterizan la identidad de la Institución, *vid. El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 362 y ss. y 531. A su vez, CARPIZO MCGREGOR, J., defiende que el Ministerio Fiscal sea un órgano constitucional autónomo no vinculado con ninguno de los tres poderes, con los que mantiene una relación de coordinación. Asimismo, ostenta autonomía técnica y funcional, sus actos estarían regidos por los principios de legalidad, imparcialidad e igualdad de todos ante la ley, y sus funcionarios, que serían responsables, desarrollarían una labor altamente especializada sin intromisión partidista, *vid. “El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo” en Revista de Estudios Políticos* núm. 125, 2004, págs. 66 y 67. Por su parte LORENTE HURTADO, F., se refiere al Ministerio Fiscal como “complejo orgánico independiente, unitario y jerárquicamente independiente que tiene por

En consonancia con la necesidad existencial de debates doctrinales, muchos son los argumentos que han sido esgrimidos en contra. Así SANTAOLALLA LÓPEZ ⁴³³ sostiene que los principios de legalidad e imparcialidad no pueden invocarse para situar al Fiscal “extramuros” del sistema de división de poderes por cuanto que la sumisión a la ley y la objetividad en el modo de actuar se predicán de todos los órganos estatales ex art. 9.3 de la CE, que garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad.

En cualquier caso, y sin lugar a dudas, el motivo fundamentalmente empleado y mayoritariamente esgrimido es el referido a la “irresponsabilidad”, que conlleva esta consideración del Ministerio Fiscal “absolutamente independiente” y sin supervisión de terceros⁴³⁴.

Concluiremos este apartado manifestando que, a pesar de lo imaginariamente deseable que pueda representárenos esta opción, no la consideramos “elaborable” a la fecha, salvo resultado de una “revolución constitucional”, a nuestro entender, de aún

misión la defensa de la legalidad en sus diversos aspectos, y la satisfacción de los intereses sociales (...) no se halla incorporado a ninguno de los tres poderes clásicos, y se considera una institución constitucional coadyuvante al funcionamiento de uno de ellos”, *vid. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, págs. 34 y 35. PÉREZ GORDO, A., defiende que no se puede predicar del Ministerio Fiscal la pertenencia a ninguno de los poderes del Estado sino sólo respecto del Estado mismo, *vid. “Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981” en Poder Judicial T. III*, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 2381 y 2382. ASECIO MELLADO, J. M^a., por su parte, decidirá enfatizar la autonomía del Ministerio Fiscal al margen de los tres poderes del Estado, *vid. Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 153. BAYOD Y SERRAT, R., se refiere al “Poder Fiscal” que impulsa ante el “Poder Judicial” la aplicación de la norma, configurándose en una suerte de Poder “paralelo”, *vid. “El Ministerio Fiscal como poder”, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León “Crisis de la Justicia y reformas procesales”*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 477 a 483. GRANADOS PÉREZ, C., se inclina por mantener al Fiscal al margen de los poderes del Estado al considerar al Ministerio Público delegado del Constituyente, *vid. “Presente y Futuro del Ministerio Fiscal” en Revista del Ministerio Fiscal* núm. 4, Madrid, 1997, pág. 17. ESCUSOL BARRA, E., señala que el Ministerio Público es un órgano de equilibrio de poderes, que no pertenece a ninguno, siendo su función principal la de procurar justicia, *vid. Manual sobre Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 1993, págs. 207 a 210. ALAMILLO CANILLAS, F., incide en la separación del Fiscal de los tres poderes del Estado, situándolo como “procurador”, una posición si cabe más activa que la de “mantenedor” del equilibrio de poderes, *vid. El Ministerio Fiscal español. Su organización y funcionamiento*, Colex, Madrid, 1990, págs. 15 y ss. MARTÍNEZ DALMAU, R., se inclina por considerar al Ministerio Fiscal como órgano del Estado con autonomía funcional que no ostenta la independencia judicial, y en tanto es autónomo en sus funciones, mediante órganos propios, no puede depender directamente del Ejecutivo, aunque su legitimidad proviene de un órgano nombrado por aquel: el Fiscal General del Estado, *vid. Aspectos constitucionales...cit.*, págs. 165 y ss.

⁴³³ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Ministerio Fiscal, Gobierno y Parlamento” en *Cuadernos de Derecho Público* núm. 16, 2002, pág. 91.

⁴³⁴ En este sentido, GARCÍA MORILLO, J., *La Democracia en España*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pág. 149. También LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 197.

menor viabilidad; a pesar de lo cual, hemos de señalar que parece -a raíz de los estudios preparatorios del decaído Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2011 (ALECrim), el intento de 2013 y, por supuesto del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 que otorgaban y otorgan al Fiscal la dirección de la investigación preliminar, y en el punto referente al tiempo de mandato del FGE- ha vuelto a retomarse la idea de la configuración de un Ministerio Público como “autonomía independiente”⁴³⁵.

2.5.-La interpretación europea

2.5.1.-La Recomendación (2000)19 del Consejo de Europa, de 6 de octubre 2020, sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal.

La Recomendación (2000) 19 que el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptara el 6 de octubre de 2000, resultaba de suma importancia por cuanto que -a pesar de no ser más que una Recomendación- suponía una puesta en común de los diferentes modelos de Ministerio Fiscal existentes en Europa, siendo de elogiar el esfuerzo de adaptación realizado al ofrecer pautas que podían ser asumidas por todos los Estados con independencia de su propio modelo.

Este llamado *Corpus Iuris*, establecía un articulado armónico y unitario donde se preveían los tipos penales básicos y las normas procedimentales mínimas atinentes a dicho fin, que se aplicaría en todos los países de la Unión Europea, cuyas normas internas serían complementarias⁴³⁶.

En la citada Recomendación se recogían dos modelos de Ministerio Público: aquél que es independiente del Poder Ejecutivo, y aquél otro que está subordinado al mismo, sin pronunciarse sobre la idoneidad⁴³⁷ de uno u otro sistema, entendiéndose que la incardinación en uno u otro no habría de obstaculizar las funciones a desarrollar por el Mi-

⁴³⁵ RODRIGUEZ FERNANDEZ, I., “¿Reformas para garantizar la autonomía del Ministerio Fiscal? Reflexiones a raíz del decaído Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal en *Jueces para la Democracia*” núm. 74, 2012, págs. 117 a 120.

⁴³⁶ GÓMEZ COLOMER, J. L., “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional” en *Revista del Poder Judicial* núm. 64, 2001, pág. 228. A lo que añade TORRES-DULCE LIFANTE que el *Corpus Iuris* no ha apostado por la creación de un Tribunal Penal Europeo, sino que su intención fue crear un Ministerio Fiscal Europeo dejando subsistentes los sistemas judiciales europeos, en los que el Ministerio Público tendría Fiscales Delegados. *Vid.* “Necesidades de armonización de los Ministerios Públicos de la Unión Europea. El modelo de propuesta del Ministerio Europeo *Corpus Iuris*” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 9, 2001, pág. 270.

⁴³⁷ En la Exposición de Motivos se señalaba textualmente: “el sitio institucional atribuido al Ministerio Fiscal es profundamente diferente entre un Estado y otro, por una parte, en cuanto a sus relaciones con el poder ejecutivo, que van de la subordinación a la independencia; por otra parte, frente a los mismos jueces, puesto que algunos sistemas prefieren la pertenencia a un cuerpo único, y otros las de dos cuerpos totalmente distintos. El Comité ha considerado que su papel no era el de extrapolar a partir de los sistemas actuales para definir una tercera vía eventual, ni el de proponer una unificación de los sistemas vigentes, ni de sugerir un modelo supranacional...al contrario, al privilegiar una perspectiva dinámica, ha deseado extraer los grandes principios directores comunes que deberían en su opinión, regir los Ministerios Fiscales al amanecer del III milenio, al mismo tiempo que recomienda alcanzar objetivos concretos para conseguir un equilibrio institucional del cual depende en gran parte la democracia y la preeminencia del Derecho en Europa”.

nisterio Público. En este sentido sostiene LLOPES DA MOTA⁴³⁸, el papel del Ministerio Fiscal en la construcción de un verdadero espacio de libertad, de seguridad y de justicia puede conseguirse con independencia del modelo que se escoja. Sin embargo, en nuestra opinión, la mencionada Recomendación -además de considerar a la Fiscalía como “autoridad” encargada de vigilar en nombre de la sociedad, y también en interés general, la aplicación de las leyes con sanciones penales, conjugando los derechos individuales y la eficacia de la justicia penal- plantea la dependencia del Poder Ejecutivo como una simple hipótesis en función de cada país, si bien no se pronuncia a favor de lo que llama “tercera vía” que, bien pudiera comprender una configuración del Ministerio Público como un “organismo independiente”.

La Recomendación era consciente de los problemas que provocaban ambos modelos y, además, incidiendo negativamente en las funciones encomendadas al Fiscal. Así, para los modelos dependientes del Ejecutivo, la recomendación 13 determinaba la necesidad de fijar una serie de garantías para que el Fiscal pudiera actuar autónomamente, pudiéndose, al efecto, destacar las siguientes:

1.- Debía ser la ley la que precisara la naturaleza y extensión de los poderes del Gobierno con relación al Fiscal, de modo que fuera el legislativo el que actuara de límite a los mismos.

2.- Aunque se reconocía el derecho del Gobierno a dar instrucciones al Ministerio Fiscal, éstas habían de ser escritas y públicas a fin de poder ser sometidas a control y, en todo caso, debía existir una motivación en las instrucciones que se dieran a la Autoridad Fiscal, reconociéndose una cláusula de conciencia para rechazar órdenes ilegales o contrarias a la conciencia del Fiscal⁴³⁹.

Para los modelos independientes del ejecutivo, la recomendación 14 encomendaba nuevamente al Poder Legislativo la fijación por ley de los límites y extensión de la independencia del Ministerio Fiscal.

En cualquier caso, la opción de establecer una Fiscalía Europea permaneció en *stand by* hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, que supuso el verdadero refuerzo del espacio común de libertad, seguridad y justicia⁴⁴⁰.

2.5.2 Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea

⁴³⁸ LLOPES DA MOTA, J. L., “Le rôle du Ministère Public dans la construction d’un véritable espace de liberté, de sécurité et de justice” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 8, Madrid, 2001, pág. 27.

⁴³⁹ La Recomendación número 10 reconocía el derecho de todo Fiscal a pedir que la instrucción le fuera dada por escrito cuando fuere de carácter particular, pretendiéndose así, por un lado, equilibrar el derecho del Estado a que se cumplieran sus instrucciones, sin que ello supusiera negar al fiscal la posibilidad de desobedecer una orden cuando la considera ilegal o contraria a su conciencia. Decía la Exposición de Motivos: “No es humanamente aceptable y sin peligro para las libertades públicas el forzar a cualquier magistrado del Ministerio Fiscal para que ejecute una instrucción que le parezca contraria a la ley o a su conciencia”.

⁴⁴⁰ *Vid.* el art. 86 del Tratado.

La característica del Fiscal que el Reglamento de la Fiscalía Europea quiere dejar clara, es la de su independencia, debiendo de establecerse al efecto las garantías institucionales necesarias; y siendo que debe actuar en interés de la Unión en su conjunto, no puede pedir ni aceptar instrucciones de ninguna persona ajena a la propia Fiscalía Europea, de ningún Estado miembro de la Unión Europea o institución, órgano u organismo de la Unión en el desempeño de sus obligaciones con arreglo al texto, habiendo todos ellos de respetar la independencia de la Fiscalía. Además, la estricta rendición de cuentas a la que se le somete ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, constituye un complemento de su independencia.

Abundando en lo anterior, hemos de señalar que también, y en cuanto director de un órgano independiente, el Fiscal General Europeo -en la actualidad la Fiscal General Europea- es plenamente responsable del correcto ejercicio de sus funciones como jefe de la Fiscalía asumiendo, además, una responsabilidad institucional global respecto de sus actividades generales ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, de modo que cualquiera de dichas instituciones puede solicitar su cese.

Ciertamente es fundamental -a nuestro entender y en lo que respecta a la independencia- el contenido de su artículo 14, referido al nombramiento -y destitución- del Fiscal General Europeo en cuanto que establece: “El Parlamento Europeo y el Consejo nombrarán de común acuerdo al Fiscal General Europeo por un mandato no renovable de siete años. El Consejo se pronunciará por mayoría simple”, al suponer un mayor control en la designación, por no depender exclusivamente la misma del Consejo, a la postre, del Poder Ejecutivo.

No menos importante es el art. 6 del Reglamento que regula el principio de independencia de la Fiscalía Europea. Respecto a este fundamental principio, sostiene LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA⁴⁴¹ que la independencia “(...) se predica tanto desde un punto de vista activo, por cuanto que, tanto el Fiscal Europeo como los fiscales delegados no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ninguna de las instituciones mencionadas,⁴⁴² como pasiva, ya que las citadas instituciones están obligadas a respetar esta independencia, no intentando influir en el ejercicio de sus funciones”.

En cuanto a su estructura, la institución se configura como órgano indivisible de la Unión, que funciona como una Fiscalía única con estructura descentralizada y se organiza, por un lado, en un nivel central, integrándose por un Colegio, la Salas Permanentes, el Fiscal General Europeo, los Fiscales Adjuntos al Fiscal General Europeo, los Fiscales Europeos y el Director Administrativo; y por otro, en un nivel descentralizado, se integra por los Fiscales Europeos Delegados, que se establecerán en los Estados Miembros⁴⁴³.

⁴⁴¹ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La fiscalía europea y la investigación de la criminalidad organizada y económica” en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, (AAVV, dir. GONZÁLEZ CANO, M^a. I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 317 a 366.

⁴⁴² Conforme al art. 7 del Reglamento los Estados Miembros de la Unión Europea y las instituciones, órganos y organismos de la Unión respetarán la independencia de la Fiscalía Europea y no intentarán influir en ella en el ejercicio de sus funciones.

⁴⁴³ Si bien, con anterioridad y durante las negociaciones se habían barajado diversos modelos de Fiscalía Europea, desde una unidad dentro de Eurojust, una fiscalía descentralizada,

En este punto, ESTÉVEZ MENDOZA⁴⁴⁴ tras señalar que inicialmente la Comisión propuso un modelo personalizado en un Fiscal Europeo, mientras que algunos Estados, como España, propusieran un sistema basado en una estructura central colegiada, combinada con una descentralización a nivel nacional, entiende que ambos sistemas presentan ventajas e inconvenientes. De este modo, manifiesta que el modelo central jerárquico se caracteriza porque aúna la necesidad de jerarquía en la fase de investigación de los delitos, con el respeto a las particularidades de los ordenamientos jurídicos nacionales y a la soberanía nacional. Estructuralmente, una Fiscalía Europea integrada estaría compuesta por una “cabeza” que actuaría en el nivel central y unos “brazos”, los Fiscales Delegados que desarrollarían sus funciones en los Estados Miembros, actuando con un doble sombrero, aplicarían el derecho nacional a los nacionales y otra serie de normas sustantivas, cuando las infracciones afectaran al presupuesto de la Unión Europea. Por su parte, el modelo colegiado, supone configurarla como un colegio compuesto por Fiscales designados por los Estados Miembros, que adoptaría sus decisiones sobre si iniciar una investigación, por mayoría de sus miembros. La cúspide no estaría representada por una persona física, sino por un colegio formado por varias personas, cuyas decisiones tienen valor jerárquico. Y ha sido por este último modelo por el que, finalmente, se ha optado; modelo que, a decir de muchos autores, evita poderes excesivos del Fiscal Jefe⁴⁴⁵.

Igualmente, en aras a asegurar la plena autonomía e independencia de la Fiscalía Europea, el Reglamento establece que se la debe dotar de un presupuesto autónomo.

De cualquier modo, el procedimiento de nombramiento del Fiscal General Europeo y de los Fiscales Europeos debe garantizar su independencia, siendo que su legitimación haya de dimanar de las instituciones de la Unión que participen en su nombramiento. De este modo, los Adjuntos serán nombrados por el Colegio de entre sus miembros, y el

una fiscalía centralizada, etc.... De hecho, la estructura inicial de la Fiscalía Europea prevista en la Propuesta de Reglamento de 2013, poco tiene que ver con la actual, si bien puede que el modelo de organización colegial finalmente adoptado, tenga algún parecido con Eurojust.

Precisamente, en lo que se refiere a las relaciones de la Fiscalía Europea y Eurojust señala MORÁN MARTÍNEZ, R. A., que las mismas han sido muy debatidas y, especifica: “(...) la relación viene marcada desde el mismo art. 86 del Tratado de Lisboa que establece que la Fiscalía Europea podrá crearse *‘a partir de Eurojust’*, expresión que realmente nunca ha podido ser desentrañada y que finalmente no ha significado nada o casi nada en el final diseño de la Fiscalía Europea”. Vid. “Investigaciones transfronterizas y cooperación judicial internacional en la Fiscalía Europea” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 9, 2020, Fiscalía General del Estado, Madrid, 2020, págs. 54-55.

De hecho, el nuevo Reglamento 2018/1727 de 14 de noviembre de 2018 *sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust)* busca la mejor coordinación de ambas instituciones, ya que Eurojust puede apoyar a la Fiscalía Europea, cuando ésta tenga que solicitar auxilio judicial internacional de un Estado miembro no participante o de un tercero, ya que Eurojust tiene acuerdos de colaboración con Dinamarca y 11 Estados Europeos no miembros de la UE, además de con Estados Unidos.

⁴⁴⁴ ESTÉVEZ MENDOZA, L., “La instauración de la fiscalía europea como cooperación reforzada: problemas orgánicos y procesales” en *Revista de Estudios Europeos* núm. extraordinario monográfico 1-2017, págs. 111 y ss.

⁴⁴⁵ Por todos, ZÁRATE CONDE, A. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., “La Fiscalía Europea, una realidad cada vez más cercana” en *Diario La Ley* núm. 8641, 9 de noviembre de 2015.

Fiscal General Europeo lo será de entre los miembros que se encuentren en la lista restringida que se elabore al efecto y, designado por el Parlamento Europeo y el Consejo.

También en este aspecto, indica SÁNCHEZ GÓMEZ⁴⁴⁶, que “(...) la naturaleza jurídica de la Fiscalía Europea debe buscarse (...) en el ámbito territorial de actuación previsto, así como en los organismos con competencia para el nombramiento, supervisión y cese del Fiscal Europeo (...)” y lo describe como “(...) órgano propio de la Unión (art. 1.1 del Reglamento (UE) 2017/1939), que rinde cuentas de sus actividades generales ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (art. 6.2). (...) De esta forma, es posible afirmar que se trataría de un órgano propio e independiente, que desarrollará sus funciones en el territorio de la Unión, conforme a las competencias que en materia de infracciones penales contra los intereses de la Unión tienen encomendadas”.

Finalizaremos este epígrafe, señalando lo que SÁNCHEZ GÓMEZ⁴⁴⁷ refiere respecto de “(...) la independencia *ad intra* en el sentido de que la estructura jerarquizada y colegiada de la Fiscalía Europea, unida a la división funcional en la toma de sus decisiones, supone un aspecto de minusvaloración” ya que, señala citando textualmente a MORENO CATENA⁴⁴⁸ “se ha abierto camino la posición germano francesa de concebir una FE colegiada, lo que en la práctica supone erosionar desde el principio el poder de investigación y la iniciativa de la persecución, al quedar las decisiones de dirección de la investigación de los delitos en manos de varios fiscales que habrían de actuar con el juego de mayorías. A esa posición se ha sumado el gobierno español, lo que supone dar marcha a tras de la postura mantenida desde siempre por nuestro país en apoyo de un fiscal europeo, con iniciativa propia en el ejercicio de las acciones penales y con inamovilidad política”.

Es lo cierto que, sobre todo en los últimos años, es mucho lo que se ha escrito sobre la Fiscalía Europea, abordando distintos aspectos, siendo que su análisis pormenorizado excedería por su enjundia del objeto del presente estudio⁴⁴⁹. Y habremos de volver más tarde sobre ella, si bien refiriéndonos a otros aspectos. Habiéndose, además, dictado la LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

3.- Marco constitucional y legal del Ministerio Fiscal en España

3.1 Historia

⁴⁴⁶ SÁNCHEZ GÓMEZ, R., “La Fiscalía Europea (naturaleza, atribuciones y principios de actuación)” en *Integración Europea y Justicia Penal* (AAVV, dir. GONZÁLEZ CANO, M^a. I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, Cap. VIII.

⁴⁴⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, R., “Fiscalía Europea (naturaleza, atribuciones y principios de actuación)” en *Integración Europea y Justicia Penal* (AAVV, dir. GONZÁLEZ CANO, M^a. I.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018, Cap. VIII.

⁴⁴⁸ MORENO CATENA, V., *Fiscalía Europea y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 16.

⁴⁴⁹ Nos estamos refiriendo sobre todo y en concreto a tres obras. Una de ellas, *Integración Europea y Justicia Penal*, (AAVV, dir. GONZÁLEZ CANO, M^a. I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. La otra, *La Fiscalía Europea* (AAVV, coord. BACHMAIER WINTER, L.), Marcial Pons, Barcelona, 2018. Y finalmente el monográfico que le dedica la FGE bajo el título “La Fiscalía Europea y el proceso penal español” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 9, 2020.

Es en la Constitución de 1978 donde se recoge, dentro del Título VI titulado “Del Poder Judicial”, en el artículo 124, dedicado precisamente al Ministerio Fiscal, estableciéndose lo que pudiera denominarse el modelo constitucional del Ministerio Público.

La vigente Constitución de 1978 rompió con la tradición de nuestro constitucionalismo histórico, pues ninguno de nuestros anteriores textos se refería a la institución del Ministerio Fiscal, a excepción de la Constitución de 1931 que, en su artículo 104 señalaba: “El Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia”.

El Ministerio Fiscal surgió como tal en el ordenamiento jurídico español con el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835, que recogía los principios liberales de la Constitución de 1812, fijando las principales líneas de actuación para los entonces representantes del Ministerio Fiscal -Fiscales y Promotores Fiscales- en el ejercicio de la acción penal. De este Reglamento habría que destacar las siguientes innovaciones:

1ª) El establecimiento de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal en todas las causas que tuvieran por objeto delitos públicos⁴⁵⁰.

2ª) La prevalencia de la defensa de la causa pública y de la Real Jurisdicción ordinaria en la que se mantenía una evidente vinculación a la Corona.

3ª) El reconocimiento de la independencia en la opinión del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones.

4ª) La instauración de los principios de legalidad e imparcialidad en el funcionamiento del Ministerio Fiscal⁴⁵¹.

Este Reglamento -y respecto de la organización interna- distinguía dos categorías, en sus artículos 99 y 101: Fiscal, para los que sirvieran en el Tribunal Supremo y en las Audiencias y Promotor Fiscal para quienes sirvieran en Juzgados inferiores. Además, el propio artículo 101 atribuía al Ministerio Fiscal las funciones de acusación pública, defensa de la causa pública y la promoción de la persecución de los delitos que perjudicasen a la sociedad.

Es importante señalar que el Reglamento se limitaba a atenuar el rigor del principio inquisitivo -imperante en épocas recientes del pasado- mediante la obligatoriedad de la celebración de un juicio plenario, si bien todavía no se contemplaba el principio acusatorio formal. El modelo respondía a las ideas jurídico-políticas napoleónicas basadas en

⁴⁵⁰ El artículo 15 del mencionado texto legal señalaba: “En toda causa criminal sobre delito que por pertenecer a la clase de público puede perseguirse de oficio, será parte el promotor fiscal del juzgado...”

⁴⁵¹ El artículo 107 rezaba: “Empero todos los fiscales y promotores fiscales deberán siempre tener muy presente que su ministerio, aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la Ley en cuyo nombre la ejercen. Y que si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos y los demás intereses de la causa pública tienen igual obligación de defender o prestar su apoyo a la inocencia.

una institución unitaria y jerarquizada, que representaba al Gobierno ante los Tribunales y dependía, además, del Poder Ejecutivo⁴⁵².

Con posterioridad, se sucedieron varias reformas que afectaron al Ministerio Fiscal bien entrado el siglo XIX:

1ª) La primera de ellas a través del Real Decreto 9 de abril de 1858, que aprobaría el primer Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal, estableciendo el principio de unidad de actuación y por delegación de sus superiores, habiendo estos ser consultados si fuere preciso.

Fue esta, la primera norma que de forma específica aglutinó las disposiciones vigentes sobre el Ministerio Público, habiendo sido aprobada con la finalidad de armonizar, aclarar y mejorar la materia. En ella aparecían ya de forma clara la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal, su unidad, la importancia del Fiscal del Tribunal Supremo y se explicitaba por primera vez su relación con el Gobierno. El artículo 2⁴⁵³ construía al Ministerio Fiscal -de forma meridiana- como estructura burocrática, organizada jerárquicamente y dependiente del Gobierno, a través del Ministro de Justicia. Se declaraba la amovilidad de los funcionarios del Ministerio Público y la subordinación de los Fiscales a las órdenes e instrucciones de los superiores jerárquicos.

2ª) En 1860, por Real Decreto de 9 de noviembre, se reformó el artículo 9 del anterior Real Decreto de 1858, siendo su Exposición de Motivos muy clarificadora respecto de la idea de que la estructura permanente afectaba al cumplimiento de las funciones encomendadas y del valor de la jerarquía cuando decía: “Porque llamado el Ministerio Fiscal a defender en los Tribunales el interés colectivo y social, representante de la ley, por cuyo exacto cumplimiento ha de velar en beneficio de la Administración de Justicia, agente inmediato del Poder supremo a quien está confiada la tutela de tan sagrados derechos, debe formar un Cuerpo, que inspirándose de una sola idea y obedeciendo a un solo pensamiento transmita rápidamente su impulso desde el primer eslabón de la cadena que arranca del Ministro de Gracia y justicia hasta los agentes subalternos en toda la extensión de su escala jerárquica. Este es el verdadero sentido, y ésta la razón del principio de unidad que, con el de independencia y responsabilidad, constituyen las bases de la organización actual del Ministerio Público”.

3ª) Después se promulgaría la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 que dedicaba su Título XX al Ministerio Fiscal y la que, sin modificar ni sus funciones ni su estructura, disponía el acceso a la carrera mediante

⁴⁵² De este modo, el nombramiento y cese de todos los Fiscales y Promotores Fiscales correspondía al Gobierno. Fruto de la influencia francesa fue la Constitución de Bayona de 8 de julio de 1808 -la primera hasta la II República Española que recogía expresamente la figura del Fiscal en su articulado. Así, su artículo 105 decía: “habrá en el Consejo Real un procurador general o fiscal y el número de substitutes necesarios para la expedición de los negocios”.

⁴⁵³ Según el cual: “Mi fiscal en el Tribunal Supremo, como delegado general e inmediato del Gobierno es el jefe común de todos los funcionarios del Ministerio Fiscal. Los fiscales de las Audiencias son los jefes inmediatos de los funcionarios en el territorio respectivo de las mismas. Todos estos funcionarios y los fiscales de las Audiencias dependerán únicamente de mi fiscal en el Tribunal Supremo, y éste a su vez, con todo el Ministerio Fiscal, del Ministro de Gracia y Justicia”.

oposición, favoreciendo la profesionalidad y la estabilidad, reafirmando los principios de unidad de actuación y dependencia del Poder Ejecutivo⁴⁵⁴.

4ª) Más tarde, las Leyes de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y 1882 supusieron la codificación procesal en España, así como la introducción del principio acusatorio formal, de modo que el Ministerio Fiscal habría de ejercer la acusación pública en un proceso cuya investigación se atribuía al Juez de Instrucción, siendo que, a través de su artículo 105, se introdujera el llamado principio de legalidad.

5ª) Por Real Decreto de 10 de marzo de 1881 se crearía el Cuerpo de Abogados del Estado, por la necesidad de especialización, ya que, hasta entonces, la defensa en juicio del Estado había correspondido al Ministerio Fiscal.

Ya en el siglo XX, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que se aprobara por Real Decreto de 21 de junio de 1926, fue la disposición reguladora de la institución hasta el Estatuto Orgánico de 1981 (Ley 50/1981, de 30 de diciembre). Fue posteriormente desarrollado por dos Reglamentos de 1927 y 1969 y, sin modificar ni la estructura ni las funciones, institucionalizó el deber de consulta de los subordinados y separó la carrera fiscal de la judicial, hasta entonces unificada por la Ley de 19 de agosto de 1885⁴⁵⁵.

La Constitución de 9 de diciembre de 1931, en la II República, fue -como ya se ha indicado al inicio- la primera en recoger, en un texto constitucional, la institución del Ministerio Fiscal. A través de su ya mencionado artículo 104, además de indicar sus funciones, se pretendía salvaguardar la independencia respecto del Ejecutivo siendo además que los artículos 97 y 99 contemplaban la figura del Fiscal General de la República como nueva jefatura suprema de la institución y su aforamiento ante el nuevo Tribunal de Garantías Constitucionales, referente próximo del actual Tribunal Constitucional.

Las previsiones constitucionales contenidas en aquel artículo 104 no pudieron desarrollarse debido a la guerra civil, por lo que continuaron vigentes el Estatuto y Reglamento de 1926 y 1927, respectivamente, que habían sido aprobados durante la dictadura de Primo de Rivera.

Durante la posguerra y, más tarde, en la dictadura, no se produjeron reformas importantes, si bien el concepto de Ministerio Fiscal se encontraba inseparablemente unido al Poder Ejecutivo y, en este sentido, la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 se refería a la institución como “órgano de comunicación del Gobierno y los Tribunales”.

⁴⁵⁴ Su artículo 763 establecía: “El Ministerio Fiscal velará por la observancia de esta Ley y de las demás que se refieren a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial”. Y a su vez, en el artículo 841: “El Fiscal del Tribunal Supremo será el Jefe Superior del Ministerio Fiscal de toda la Monarquía, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia”.

⁴⁵⁵ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *El poder de acusar...* cit., pág. 149, afirma que posiblemente la división de ambas carreras se debió a la desconfianza de Primo de Rivera hacia el activismo político de cierto grupo de funcionarios.

Tras el restablecimiento de la Democracia, la vigente Constitución de 1978, dentro del Título VI titulado “Del Poder Judicial”, y en concreto su artículo 124, establece el modelo constitucional del Ministerio Público patrio.

3.2 El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 y su reforma de 2007

En el apartado primero del mencionado artículo 124 CE, se determinan las funciones del Ministerio Fiscal, siendo que las mismas son requirentes o de promoción, en el sentido de consistir en interesar de los Tribunales de justicia solicitudes diversas basadas en la defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos, el interés público tutelado por la ley o el interés social, con la finalidad de que éstos las admitan y dicten las resoluciones acordes al efecto. Y precisamente, la concreción de a quién corresponde la determinación de establecer el interés público o social, dio lugar a la discusión en torno a la ubicación del Ministerio Público en el mapa constitucional⁴⁵⁶.

El párrafo segundo del art. 24 CE establece los principios directores de la configuración orgánica y actuación del Ministerio Fiscal: unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad, que habrán de determinar la potencialidad de la institución como órgano de investigación criminal.

El desarrollo legislativo al que obligaba el artículo 124 CE -y en concreto su apartado tercero- se tradujo en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), más tarde modificada por la nueva redacción dada por Ley 24/2007, de 9 de octubre⁴⁵⁷.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, establece que -a través de la modificación del anterior EOMF- se pretende “(...) alcanzar una mayor eficacia y eficiencia en el cumplimiento de tal relevante misión del Ministerio Público... (que) necesita una adaptación en su conjunto a las exigencias que la sociedad reclama”.

⁴⁵⁶ En este sentido MONTERO AROCA, J, entendía que dicha función corresponde al Gobierno en virtud del artículo 97 de la Constitución que le encomienda la dirección de la política interior (con GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTON REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 203. En el mismo sentido, LÓPEZ LÓPEZ, Á. M., “Las diligencias del Fiscal investigador” en *Actualidad Penal* núm. 15, 1993, pág. 2, siendo que este autor sostiene, el Ministerio Fiscal es el Poder Ejecutivo dentro del Poder Judicial.

⁴⁵⁷ No obstante, también el artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de 1 de julio de 1985, dedicaba su Libro V, Título I al “Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la administración de justicia y de los que la auxilian”. Así, el artículo 435 establecía: “Sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, 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”. La reforma operada en la LOPJ mediante Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre -que entrara en vigor el 15 de enero de 2014 y lo siga en la actualidad- reubicó la regulación, dedicando ahora el Libro VII, Título I al “Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la administración de justicia”. En la actualidad, el artículo 541 de la LOPJ mantiene literalmente el mismo contenido que el artículo 435 anterior.

Efectivamente, además de las novedades organizativas introducidas,⁴⁵⁸ a efectos del presente trabajo, interesa destacar el impulso que se confiere al principio de especialización -que a la postre pudiera considerarse que no supone sino otra novedad meramente organizativa pero mucho más conectada a las funciones materiales del Ministerio Público⁴⁵⁹- como “(...) respuesta a las nuevas formas de criminalidad que han ido surgiendo en los últimos tiempos”, en palabras de la propia Exposición de Motivos⁴⁶⁰ lo que, de manera eficaz, ayuda al mejor análisis e investigación de los hechos y sobre todo a la obtención de una verdadera unidad de criterio.

El desarrollo social, económico y tecnológico conduce directamente a nuevas formas delictivas que exigen una mayor presencia del Fiscal y, además, de un Fiscal mucho más especializado. De este modo, y en virtud del artículo 20 del vigente EOMF, en la Fiscalía General del Estado concurre la existencia de un Fiscal contra la Violencia de la Mujer; un Fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos y los incendios forestales; y Fiscales especialistas responsables de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección y reforma de menores, y en aquellas otras materias en que el Gobierno aprecie la necesidad de creación de las mismas. Todos ellos con categoría de Fiscales de Sala.

El incremento de la plantilla de Fiscales de Sala, además de por otras vías, comenzó a producirse por la creación mediante Decreto de la figura de Fiscal de Sala Coordinador de las diversas especialidades, lo que obedecía a un nuevo enfoque en el modo de actuación del Ministerio Fiscal plasmada en la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre la instrumentación efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 CE*, tendente a promover una interpretación uniforme de la ley al servicio de los principios de seguridad jurídica, de certeza del ordenamiento jurídico y de trato igual y previsible frente a las decisiones jurisdiccionales. El presupuesto de partida era -dada la complejidad de los ámbitos de intervención del Ministerio Público- la

⁴⁵⁸ El vigente EOMF modificó la forma de constitución de la Junta de Fiscales de Sala, el procedimiento de designación del Fiscal General del Estado, las funciones del Consejo Fiscal, la constitución de la Junta de Fiscales de Sala, la creación de los Fiscales de las Comunidades Autónomas, creación de las Fiscalías de Área, etc.

⁴⁵⁹ Es lo cierto que la especialización es considerada, por algunos autores como medio de agilización de la justicia penal. Así LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., señalan que “(...) existen en la actualidad excepciones significativas a este modelo burocrático de Fiscal que derivan de la reciente implantación en la Fiscalía de una organización basada en el principio de especialidad (...) En esta línea, el Ministerio Fiscal, como institución de defensa de la legalidad regida por el principio de unidad de actuación, puede centralizar la entrada de los asuntos, evitando duplicidades y remisiones, y puede articularse de acuerdo con criterios de organización eficientes, con mayores posibilidades de especialización y con una respuesta unitaria para cada tipo de delincuencia”. *Vid.* “El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Procesal Penal” en *La Ley* núm. 8091, 2013, pág. 8.

⁴⁶⁰ Ya con anterioridad, se había iniciado esta necesaria tendencia hacia la especialización mediante la promulgación de la Ley 5/1988, de 24 de marzo que creaba la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas y la Ley 10/1995, de 24 de abril, que creaba la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción. Estas Fiscalías Especiales han pasado a denominarse Fiscalía Antidroga y Fiscalía Anticorrupción y contra la Delincuencia Organizada.

insuficiencia de los mecanismos de coordinación dimanantes directamente del Fiscal General del Estado a través de Circulares, Consultas e Instrucciones.

A la complejidad -derivada de la que en el propio ordenamiento jurídico se venía produciendo frente a tradicionales modalidades delictivas cada vez más sofisticadas- había que añadir la aparición de nuevos ámbitos o materias de actuación. Los instrumentos eran, en primer lugar, la propia creación producida ya de las Fiscalías Especiales existentes, la delegación que el Fiscal General del Estado realizaba de las facultades de coordinación y formación de criterios en los Fiscales de Sala del Tribunal Fiscal del Tribunal Supremo de la Sala Segunda (protección de Víctimas, Jurisdicción de menores, Vigilancia) y, finalmente, la creación de la figura de Fiscal de Sala Delegado en materias especiales. Bajo este epígrafe de la Instrucción 11/2005, se enumeraban las materias que se encomendaban a penitenciaria y Delitos económicos, más allá de los cometidos ordinarios de las distintas Salas del Tribunal Supremo y Fiscales correspondientes. Por último, también se enumeraban las materias especiales que se encomendaban a Fiscales de Sala de nueva creación que se anunciaban, tales como Siniestralidad Laboral y Medio Ambiente, o que ya se habían creado por ministerio de la ley como lo era el Fiscal de Violencia sobre la Mujer. Más tarde, también por ley, se creó la especialidad de Fiscal de Sala de Medio Ambiente⁴⁶¹ y, por Real Decreto las de Siniestralidad Laboral, Extranjería, Seguridad Vial, Protección y Reforma de menores, Cooperación internacional y Delincuencia informática.

Este nuevo enfoque en la formación especializada y en el principio de especialización ya configurado en la Instrucción 11/2005, se consagra definitivamente en la Reforma del EOMF de 2007. En este sentido, además de regularse expresamente la delegación de funciones del Fiscal General del Estado a favor de los Fiscales de Sala (artículo 22.3), se incorpora la figura de los Fiscales de Sala coordinadores o especialistas de determinadas materias⁴⁶², con la finalidad de coordinar a nivel estatal la acción de las correspondientes redes de Fiscales especialistas, que forman parte de las plantillas de las Fiscalías territoriales, superando así el modelo centralizado de las Fiscalías Especiales, esto es de las que ahora se conocen como Fiscalías Antidroga y Anticorrupción.

Del examen del contenido de las materias a que se refieren las especialidades⁴⁶³ (fijado por Ley, Real Decreto del Gobierno e Instrucciones del Fiscal General del Estado) se infiere que responden a intereses sociales especialmente necesitados de protección y a la evolución de las realidades nacionales e internacionales jurídicas y metajurídicas de los últimos años, a las que, necesariamente, hay que acomodarse. En algunos casos, ante nuevas formas de delincuencia que atacan los cimientos de la propia vida diaria de los

⁴⁶¹ La disposición final primera de la Ley 10/2006, de 26 de abril, por la que se modificaba la Ley de Montes, incorporó al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal la plaza de Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo, que dio un espaldarazo definitivo a la creación de un área de especialización de alcance nacional que, dirigida y coordinada por el Fiscal de Sala asumiría la responsabilidad de la actuación del Ministerio Fiscal contra un tipo de delincuencia generadora de una gravísima alarma social como lo son los delitos urbanísticos y los ilícitos contra la ordenación del territorio y contra el patrimonio histórico.

⁴⁶² Que ya tenían un precedente en la LO 1/2004 de 28 de diciembre, sobre Violencia de Género, además de en materia de Medio Ambiente.

⁴⁶³ Vid. La Instrucción 2/2011, de 11 de octubre, *sobre el/la Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las secciones de criminalidad informática de las fiscalías* y la actualización de esta Instrucción realizada el día 21 de septiembre de 2021.

ciudadanos e intereses estatales, como la delincuencia informática. En otros, ante las realidades de un mundo globalizado en el que la cooperación y dimensión internacional de los problemas relacionados con la justicia y funciones del Ministerio Fiscal son esenciales.

La especialización supone no sólo la dedicación exclusiva a la protección de los bienes jurídicos concretos que le han sido asignados, sino también implica una absoluta inmersión en las realidades subyacentes y en las ciencias multidisciplinares que se ocupan de su estudio. Los Fiscales Especialistas están destinados a difundir los conocimientos adquiridos colaborando a que, en los términos legalmente establecidos, sean reconducidos a los correspondientes procesos, lo que, necesariamente, tiene que implicar una forma de actuación jurisdiccional en la que las normas jurídicas y los más recientes conocimientos científicos estén indisolublemente unidos, respetando el ámbito propio de unas y otros.

3.3 La Fiscalía Europea. Desde el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada, para la creación de la Fiscalía Europea, hasta la LO 9/2021, de 1 de julio

Como ya hemos avanzado, la Fiscalía Europea es responsable de investigar, los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión previstos en la Directiva (UE) 2017/1371, así como de ejercer la acción penal contra sus responsables.

El mencionado Reglamento crea la Fiscalía Europea y establece las normas para su funcionamiento.

La base jurídica de dicha institución hemos de encontrarla en el artículo 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo apartado primero prevé que la Fiscalía Europea será “competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión”.

Con la creación de este órgano se quieren judicializar las actuales investigaciones meramente administrativas que viene desarrollando la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude⁴⁶⁴ (OLAF), de modo que su creación supone un cambio importante en la

⁴⁶⁴ OLAF, instaurada el 28 de abril de 1999 por Decisión 1999/352/CECA, Euratom, más tarde sufriría modificaciones a través de la Decisión 2013/478/UE de la Comisión, de 27 de septiembre de 2013, la Decisión (UE) 2015/512 de la Comisión, de 25 de marzo de 2015 y la Decisión (UE) 2015/2418 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2015. Si bien tras la creación de la OLAF se había reforzado la protección pretendida, era necesario también reforzar su gobernanza a fin de incrementar las garantías procedimentales aplicables en las investigaciones, de ahí que, tras intensas negociaciones, de un lado, el Consejo, el 25 de febrero de 2013 y, de otro, el Parlamento Europeo, el 3 de julio de 2013, aprobaran por unanimidad un compromiso relativo al Reglamento revisado de la OLAF (UE, Euratom) n.º 883/2013, donde vendrán a establecerse sus funciones y competencias principales en la ejecución de sus investigaciones administrativas, que tienen por objeto los intereses financieros de la UE. Las últimas modificaciones prevén una estrecha cooperación con la Fiscalía Europea, basada en la complementariedad, el intercambio de información y la no duplicación de esfuerzos. Estas modificaciones han sido introducidas a través del Reglamento (UE, Euratom) 2016/2030, de 26 de octubre de 2016, en lo referente a la secretaría del Comité de Vigilancia de la OLAF; y mediante el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2223, de 23 de diciembre, en lo que hace a la cooperación con la Fiscalía Europea y a la eficiencia de las investigaciones de la OLAF.

forma en que se realizan las investigaciones de fraude y de otras actividades ilegales que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea, ya que, aún con múltiples instrumentos normativos, no han conseguido el objetivo deseado.

Es lo cierto que la competencia objetiva que se otorga a la Fiscalía Europea en el propio Reglamento de octubre de 2017 puede considerarse parco -infracciones penales que perjudiquen los intereses financieros de la Unión previstos en la Directiva (UE) 2017/1371 y determinados por el propio Reglamento- lo que no obsta a que sea un avance importante. Los fraudes contra los intereses financieros tienen una especie de “doble alma”⁴⁶⁵ de modo que por un lado son delitos que se rigen por un sistema legalista y rígido de persecución de conductas que conllevan la aplicación del Código penal y la imposición de las sanciones correspondientes; y por otro, constituyen la consecuencia económica de la defraudación, es decir, la falta de ingreso en las arcas públicas del dinero debido por vía fiscal, por tributos, o por la sustracción del presupuesto de cantidades que no deberían haber salido del presupuesto público, como cuando se aprovechan fraudulentamente subvenciones o ayudas. Y las respuestas, son también distintas, en el primero, punitiva, y en el segundo la recuperación bien de lo no pagado, bien de lo indebidamente percibido.

También compete a la Fiscalía Europea el ejercicio de la acción penal y la solicitud de apertura de juicio contra los autores y cómplices de las infracciones penales señaladas, para lo que habrá de efectuar las necesarias investigaciones y ejercer las funciones de acusación ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros hasta la conclusión del procedimiento.

En lo que hace a la competencia territorial, la Fiscalía Europea será competente respecto de los delitos sometidos a su ámbito de aplicación cuando los mismos a) hayan sido cometidos total o parcialmente en el territorio de uno o varios de los Estados miembros; b) hayan sido cometidos por un nacional de un Estado miembro, siempre que un Estado miembro sea competente respecto de ese tipo de delito cuando se haya cometido fuera de su territorio; o c) hayan sido cometidos fuera de los territorios a que se refiere la letra a) por una persona sujeta al Estatuto de los funcionarios o al Régimen aplicable a los otros agentes en el momento de la perpetración del delito, siempre que un Estado miembro sea competente respecto de ese tipo de delito cuando se haya cometido fuera de su territorio.

Se considera que un asunto concreto va a tener repercusiones a escala de la Unión cuando, entre otras cosas, tenga carácter y magnitud transnacionales, cuando el delito en cuestión implique a una organización delictiva, o cuando, dado el carácter específico del delito, éste pueda representar una grave amenaza para los intereses financieros de la Unión o para el prestigio de las instituciones de la Unión y la confianza que los ciudadanos de la Unión depositan en ellas.

Igualmente, el texto incorpora las normas aplicables en materia de ejercicio de la acción penal, concretamente las referidas a la remisión y transferencia de diligencias a las autoridades nacionales, a la conclusión de la investigación, a la presentación del escrito de acusación, ante los órganos jurisdiccionales nacionales y a la presentación y valora-

⁴⁶⁵ MORENO CATENA, V., *Fiscalía Europea y Derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 11 y 12.

ción de las pruebas, siendo que tanto las investigaciones como el ejercicio de la acción penal deben regirse por los principios de proporcionalidad, imparcialidad y equidad hacia el sospechoso o acusado, lo que obliga a buscar todo tipo de pruebas, tanto inculpatorias como exculpatorias, ya sea *motu proprio* o a petición de la defensa. Además, y con el fin de garantizar la seguridad jurídica y luchar eficazmente contra los delitos que le competen, las actividades de la Fiscalía Europea en esas materias deben regirse por el principio de legalidad, en virtud del cual la Fiscalía Europea aplica estrictamente las normas establecidas en el Reglamento relativas, en particular, a la competencia y su ejercicio, el inicio de las investigaciones, su conclusión, la remisión de un caso, su archivo y los procedimientos simplificados de ejercicio de la acción penal por acuerdo.

También, desarrolla la norma alternativas al ejercicio de la acción penal, incluyendo el archivo en casos de imposibilidad de ejercicio de dicha acción, así como las disposiciones aplicables a los procedimientos simplificados de ejercicio de la acción penal por acuerdo.

Y en el ámbito de las garantías procesales, se establece el respeto al derecho a un proceso judicial imparcial y a los derechos de defensa y presunción de inocencia, siendo que los actos que se realicen por sus miembros con vocación de surtir efectos frente a terceros, serán objeto de control jurisdiccional por los órganos jurisdiccionales nacionales competentes de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos en el Derecho nacional.

La exclusividad de las competencias de la Fiscalía Europea -aun suponiendo la figura un mecanismo de persecución penal novedoso- hay que relacionarla con el principio de subsidiariedad, por cuanto que la materia penal, la política criminal y los tipos penales incluidos -los delitos contra los intereses financieros de la Unión Europea-, no son competencia exclusiva de ésta, ya que se da una concurrencia de ámbitos⁴⁶⁶. En este sentido, se dice en el texto que “establece un sistema de competencias compartidas entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales encargadas de combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros (...)”.

El Reglamento de Fiscalía Europea incorpora un modelo de proceso penal que atribuye al Fiscal las facultades de investigación y acusación, si bien señala que “no afecta a los sistemas nacionales de los Estados miembros en lo que respecta al modo en que se organizan las investigaciones penales”. Por ello, y quizás nuestro país habría de acomodar su estructura procesal penal al sistema de la mayoría de países europeos. Tal vez con el principio de que “la necesidad obliga”, se consiga finalmente la modificación de una vetusta Ley procesal aprobada en 1882⁴⁶⁷, dejando a Jueces y Magistrados el ejercicio de la función jurisdiccional “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado” y reservando la investigación al Ministerio Fiscal, lo que, al parecer, -aunque por enésima vez- ya se avecina, teniendo en cuenta el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020. Si bien, mediante la LO 9/2021, de 1 de julio, ya se ha practicado el “parcheo” necesario.

Una vez señaladas de forma general las notas que anteceden -lo que no significa que nos parezcan carentes de interés para un estudio en mayor profundidad-, hemos conside-

⁴⁶⁶ MORENO CATENA, V., *Fiscalía Europea...cit.*, págs. 13 y 14.

⁴⁶⁷ *Ibidem.* pág. 24.

rado importante poner de manifiesto las cuestiones que habrían de plantearse a nivel de las reformas que necesariamente hubiera que realizar en el ordenamiento jurídico patrio, y que -en su mayoría- ya han venido a realizarse a través de la LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Y ello, habida cuenta de que la andadura de la Fiscalía Europea ya se había iniciado, habiéndose publicado el Reglamento Interno de la misma (2021/C 22/03) en el Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 22, de 21 de enero de 2021. Siendo que, a su vez en el BOE núm. 20, de 23 de enero 2021, se hubiera dictado la Orden JUS/30/2021, de 22 de enero, por la que se convocaba proceso selectivo para la designación de Fiscales Europeos Delegados⁴⁶⁸. Además, el Gobierno había aprobado con fecha 27 de abril de 2021, el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Fiscalía Europea⁴⁶⁹ que ha derivado en la LO 9/2021, de 1 de julio.

Es obvio que la puesta en marcha de la Fiscalía Europea supone un reto importante tanto en el aspecto de encaje de este nuevo órgano con los distintos sistemas jurídicos de los Estados de la Unión Europea, como en lo referente a las dificultades que se derivan de la necesaria convivencia de las normas establecidas en el Reglamento de la Fiscalía Europea, que constituyen Derecho europeo, con los ordenamientos jurídicos nacionales, penales y procesales, que son aplicables en todas las cuestiones organizativas y procedimentales que el Reglamento no prevé.

Sea como fuere, y ya desde el Reglamento 2017/1939, se advertían las reformas a abordar en nuestro ordenamiento jurídico y en varias de sus diferenciadas parcelas. Y con independencia de la promulgación de la LO 9/2021, de 1 de julio, ya mencionada,

⁴⁶⁸ Entre los requisitos exigidos a los candidatos se encuentran: la exigencia de, siendo español, ser miembro de la carrera fiscal, al menos, en su categoría segunda, o de la carrera judicial, desde el momento de su nombramiento como Fiscal Europeo Delegado y hasta su destitución, y contar en cualquier caso con una antigüedad superior a diez de ejercicio en la carrera respectiva a la fecha de publicación de la convocatoria; y, lo que habría de considerarse fundamental, ofrecer un absoluto compromiso de independencia para el ejercicio de la función, mediante la suscripción de la declaración jurada que se anexa a la convocatoria. Las designaciones concretas han sido publicadas en el BOE núm. 87 de 12 de abril de 2021.

⁴⁶⁹ El Consejo Fiscal, en su informe -de 26 de febrero de 2021- sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de adaptación al ordenamiento nacional del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, ya solicitaba al Ministerio de Justicia, que, por el mismo “(...) se realice una reconsideración general del anteproyecto, a la vista de las trabas que el mismo impone a la labor autónoma de investigación del fiscal europeo delegado”, proponiendo una modificación a fin de que se configure el mismo como “(...) un verdadero fiscal investigador, limitando la intervención del juez de garantías a la autorización de aquellas diligencias de investigación que afecten a los derechos fundamentales y a las libertades públicas”.

Por su parte, el informe que el CGPJ realizara al efecto el día 25 de marzo de 2021, subrayaba que “(...) la asunción en el ordenamiento español de un sistema en el que se otorga a la Fiscalía Europea poderes para la investigación y el ejercicio de la acción penal (...) siquiera sea dentro de un determinado marco material y personal de competencia, supone un cambio de paradigma que habrá de requerir importantes reformas que posibiliten la convivencia del modelo impuesto por el Reglamento y el ejercicio de las funciones jurisdiccionales instructoras conferidas a los jueces de instrucción, así como las funciones de control y garantía de los derechos fundamentales en los procesos competencia de la Fiscalía Europea”. Y señalaba que el modelo no es conciliable con la actual estructura procesal española, siendo completamente diversos los principios inspiradores de cada uno de ellos.

seguimos considerando de interés poner de manifiesto, lo que la doctrina decía respecto a la necesidad de las modificaciones a realizar en el Ordenamiento Jurídico nacional.

De este modo, y en referencia a la Ley Orgánica del Poder Judicial, apuntaba ZARAGOZA AGUADO⁴⁷⁰ que habrían de renovarse y adecuarse: a) los aforamientos de los miembros de la Fiscalía Europea; b) habría de asignarse a la Audiencia Nacional la competencia para el conocimiento de los delitos cuya investigación esté atribuida a la Fiscalía Europea en los arts. 22 y 25 del Reglamento 2017/1919, de forma que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Juzgado Central de lo Penal, en función de sus respectivas competencias (dependiendo de la pena a imponer), serían los tribunales de enjuiciamiento de las personas acusadas por la Fiscalía Europea como consecuencia derivada de sus investigaciones; c) con atribución a los Juzgados Centrales de Instrucción de la función de jueces de garantías, en relación con las peticiones de la Fiscalía Europea relativas a la adopción de medidas cautelares personales y cualquiera que suponga limitación de derechos fundamentales en los casos que determine la ley y con los recursos que se establezcan contra los decretos de la Fiscalía Europea (por revisión del art. 88 LOPJ), a salvo los aforados⁴⁷¹; d) incorporación al libro VII de la mención a la Fiscalía Europea, junto al Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperen con la Administración de Justicia.

En el mismo sentido, también el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal necesitaría de reformas, como habría de hacerse con el art. 3.4 del mismo, incluyendo el reconocimiento de la Fiscalía Europea como órgano encargado del ejercicio de la acción penal, con el régimen de compatibilidades y en materia disciplinaria.

Igualmente, serían necesarias algunas reformas en la LECrim -al menos hasta la entrada en vigor, en su caso, del Anteproyecto de 2020- referidas fundamentalmente a la competencia objetiva.

Y por supuesto, tampoco podría escaparse de la reforma -como así ha sido- el propio Código Penal, en aspectos como la prescripción, y en los delitos contra la Hacienda Pública y de revelación de secretos.

Como viene siendo habitual -al menos en lo que hace a la elaboración del presente trabajo a nivel de novedades legislativas- y como acabamos de señalar, es lo cierto que

⁴⁷⁰ ZARAGOZA AGUADO, J. A., “El Ministerio Fiscal español y la Fiscalía Europea. Su configuración institucional. La autonomía y la independencia en su estatuto jurídico. Conflictos de competencia y mecanismos de resolución. La Fiscalía Europea y la orden europea de detención”, en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 9, 2020, Fiscalía General del Estado, Madrid, 2020, págs. 60 a 66. En referencia al apartado b), entiende este autor que “Se trata de una regla de atribución competencial por razón de la materia, en favor de una jurisdicción central y especializada como lo es la Audiencia Nacional, más preparada para la asunción de investigaciones complejas y de dimensiones internacionales, y que desplaza los tradicionales criterios de territorialidad regulados en la legislación procesal penal para la fijación de las competencias de los órganos judiciales encargados de las investigaciones penales.

⁴⁷¹ Previsión que modifica nuestro sistema procesal ya que las investigaciones que, siendo competencia de la Fiscalía Europea se desarrollen en territorio nacional, serán dirigidas en exclusiva por aquella, desapareciendo la figura del Juez de Instrucción y convirtiendo a los Juzgados Centrales de Instrucción en jueces de garantías, como así quedaba regulado en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Fiscalía Europea, aprobado por el Gobierno el día 27 de abril de 2021 y como se recoge, ahora, en el art. 7 de la LO 9/2021, de 1 de julio.

el día 27 de abril 2021, el Gobierno ya había aprobado el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/19939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, en el que venían a recogerse algunas de las reformas -que ya hemos mencionado- y que nuestro ordenamiento iba necesariamente a precisar⁴⁷² y que finalmente, han sido plasmadas en la LO 9/2021, de 1 de abril ya señalada.

En cualquier caso, y, más adelante, nos dedicaremos a la reforma que realmente interesa para este trabajo, la referida al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020, si bien, en este apartado, ya se adelanta que, en su texto se establece un procedimiento *ad hoc* para la actuación de la Fiscalía Europea al que asigna el Título IV del Libro VIII, artículos 818 a 835.

4.- Principios que rigen el Ministerio Fiscal español.

Con independencia del devenir histórico previo, el apartado segundo del artículo 124 de la Constitución dispone que *“el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”*⁴⁷³.

⁴⁷² Señalaba su Exposición de Motivos que: “La Fiscalía Europea se configura para abordar eficazmente investigaciones financieras complejas de carácter eminentemente supranacional, erigiéndose como un órgano dotado de plena independencia orgánica y funcional, con potestad para elaborar y aprobar su propio reglamento interno, con la máxima capacidad de decisión para adoptar iniciativas propias dentro de su actuación en el proceso penal, no sujeta a órdenes o instrucciones ya provengan de la Unión o de los Estados Miembros (...) para la consecución de sus objetivos habrá de mantener relaciones de cooperación con agencias, organismos u órganos de la Unión ya existentes, como EUROPOL. También complementará y absorberá parcialmente las tareas ya desarrolladas por la OLAF y deberá establecer una estrecha relación con EUROJUST basada en la asistencia mutua. (...) En nuestro sistema estos ajustes son particularmente complejos dada la singularidad que a día de hoy presenta la instrucción judicial. El modelo que implanta el Reglamento, en sintonía con la mayoría de los Estados de la Unión, atribuye la dirección de la investigación penal a la Fiscalía Europea, siendo también la autoridad que decidirá sobre su terminación, postulando o no a continuación el ejercicio de la acción penal. Ante tal circunstancia, se hace necesaria una regulación tan completa como específica, de forma transitoria y hasta se produzca a nivel nacional el necesario cambio de paradigma (...) la presente ley constituye, además, un ejercicio de adaptación normativa, un vehículo hacia el nuevo sistema de enjuiciamiento penal. Vehículo que, sin embargo, ha de ser entendido como paso intermedio y no definitivo en la transición entre modelos. Así, la norma parte de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, que resultará de aplicación supletoria, para, apoyándose en esta regulación, incorporar a nuestro ordenamiento las lógicas del que habrá de ser el futuro proceso penal (...)”. De este modo, “En el título I se plasman las funciones y principios de actuación de la Fiscalía Europea en el territorio nacional (...) Se reconocen las necesarias atribuciones que los Fiscales europeos delegados precisan para el ejercicio de la potestad que les es encomendada (...) se incorpora a él la obligada inserción de una nueva figura del Juez de Garantías, que, como órgano ajeno a la dirección del procedimiento, asume sin embargo las funciones de control jurisdiccional expresamente recogidas en la norma. Tales atribuciones se encuentran esencialmente vinculadas con la adopción de medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales, la adopción o ratificación de medidas cautelares adoptadas con carácter urgente o la novedosa inclusión del incidente de aseguramiento de prueba, entre otras. Y, de hecho, se repite la misma fundamentación con total literalidad en el Preámbulo de la LO 9/2021, de 1 de julio.

⁴⁷³ Siendo el primero de ellos y expresando los principios con gran intensidad, el Real Decreto de 26 de abril de 1844, cuyo art. 9 disponía que “en los pleitos sobre señoríos,

De este modo, el constituyente configuró la naturaleza constitucional del Ministerio Público sobre cuatro principios: dos de ellos externos, los llamados funcionales - verdaderos principios de actuación- a saber, el principio de legalidad y el principio de imparcialidad; y otros dos internos: el principio de unidad de actuación y el de dependencia jerárquica, también llamados orgánicos.

4.1.- Principios orgánicos: unidad de actuación y dependencia jerárquica.

No habría de considerarse una disfunción sistemática el hecho de tratar conjuntamente ambos principios orgánicos, si bien, buena parte de la doctrina viene haciéndolo individualizadamente⁴⁷⁴.

El mencionado artículo 124 de la Constitución Española, siguiendo las pautas del modelo tradicional⁴⁷⁵ de acusación pública, garantiza el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal y el de dependencia jerárquica, dotándosele de una estructura acomodada a las misiones que le son encomendadas. Estas misiones, de interés para el Ejecutivo -sea la defensa de los intereses de la Administración, la vigilancia del funcionamiento de la justicia o la garantía del cumplimiento del ordenamiento jurídico- justificarán la dependencia del poder político y con ello la naturaleza del Fiscal como agente del Gobierno desde una perspectiva instrumental. A la cabeza del Ministerio Fiscal, se sitúa el Fiscal General del Estado, ocupando una posición vértice representando a la institución y vinculada al Gobierno en el momento de su nombramiento al que el artículo 124 dedica su tercer apartado.

Estos principios, característicos de la administración, pero no de la jurisdicción⁴⁷⁶, operan en el marco de un contexto judicial del que derivan determinadas exigencias que

mostrencos y cualesquiera otros en que se interesen el Estado o el Real Patrimonio, los promotores fiscales y fiscales de Hacienda en su caso, no podrán proponer demanda ni contestarla sin consultar primero el dictamen de mi fiscal en la Audiencia respectiva, arreglándose puntualmente a mis instrucciones. Si no se conformasen con ellas, le dirigirán las observaciones que estimaren conducentes; y en el caso de insistir, le obedecerán cumplidamente, y salvarán su responsabilidad dando cuenta a mi Gobierno por conducto del Ministro de Gracia y Justicia, y previniéndoselo con la anticipación debida a mi fiscal”.

⁴⁷⁴ Vid. ASECIO MELLADO, J. M^a., *Introducción al derecho procesal*, 5^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 142 y 143; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 132 a 136; FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal en...*, cit., págs. 688 a 710.

⁴⁷⁵ Ya se ha anticipado que muchos de estos rasgos eran los propios del modelo napoleónico que se impondría con alguna singularidad propia, como la acción popular, en el proceso penal y en la organización del Ministerio Fiscal y de la Administración de Justicia en su conjunto. Como escribiera SANTAMARIA PASTOR, J. A., “Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación al problema de las organizaciones estatales no administrativas” en *Revista de Derecho Político* núm. 9, 1981, quien decía: “Nunca he creído por otra parte en los milagros históricos y por ello me he resistido siempre a aceptar la tesis de la generación espontánea de nuestro derecho administrativo que parece surgir sin raíces visibles en la década de 1840 como importado en bloque del país vecino. Desde luego no pretendo negar el papel decisivo de la recepción de las técnicas francesas, pero tampoco me sirve como explicación única pues ningún ordenamiento importado echa raíces si el suelo histórico del país receptor no se halla debidamente abonado y preparado para ello”.

⁴⁷⁶ Como afirmara MERKL, A., “La independencia judicial y la dependencia de las

suponen el reforzamiento de los principios de legalidad e imparcialidad que rigen en todo caso la actuación del Ministerio Fiscal y que vinculan a todo miembro del Ministerio Público, quien actuará siempre como representante de la institución.

La unidad de actuación y la dependencia jerárquica, como principios articuladores de la organización y funcionamiento internos de la institución, deben necesariamente cohererse con los de legalidad e imparcialidad garantizados también expresamente y, todos ellos, como principios interactuantes⁴⁷⁷ en el diseño del Ministerio Público y deben ser interpretados desde valores y principios que inspiran la hermenéutica de la Constitución de un Estado que se define como social y democrático de Derecho.

La dependencia jerárquica no es un principio de organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal que puede ser parangonado al resto⁴⁷⁸ de principios, por cuanto que la jerarquía tiene un carácter instrumental a los efectos de la consecución de la unidad de actuación. De hecho, consideramos que el principio de dependencia jerárquica no debería ostentar cualidad constitucional puesto que no es sino instrumento al servicio del principio de unidad de actuación⁴⁷⁹.

Se ha venido insistiendo por la doctrina⁴⁸⁰ en que sin sujeción a la dependencia jerárquica, el Ministerio Fiscal no podría actuar bajo la unidad de actuación. Sin embargo, consideramos que esta visión es incompleta y parcial por cuanto que no diferencia entre instrucciones generales e instrucciones particulares, lo que sí hace el art. 25 del EOMF, distinguiendo facultades jerárquicas diversas, cuando establece que no sólo desde la cúpula sino desde cualquiera de las jefaturas intermedias puede dirigirse la actuación de los Fiscales a través de instrucciones particulares, obviamente, actuando dentro de la legalidad. No obstante, este art. 25 EOMF autoriza al Fiscal -individualmente considerado- a “desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la Justicia”⁴⁸¹.

autoridades administrativas constituye el punto inguinal para la comprensión del dualismo entre justicia y administración. La justicia se caracteriza por la coordinación y la administración por la subordinación”. *Vid.* “Teoría General del Derecho Administrativo” en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935, pág. 32.

⁴⁷⁷ Entendemos que la importancia del principio de unidad de actuación radica en el hecho de su conexión tanto con la seguridad jurídica como con la igualdad en la aplicación de la ley al efecto de mantener un criterio único. De este modo, MARCHENA GÓMEZ, M., indica que “El miembro del Ministerio Fiscal no es un libre intérprete de la legalidad que ha de defender en cada caso. Esta le viene ya anticipada en sus líneas esenciales por los órganos en que se personifica la cúpula jerárquica del instituto (...) Frente a una actuación del Ministerio Fiscal no ha de haber, en línea de principios, inseguridad jurídica”. *Vid.* *El Ministerio Fiscal su pasado...* cit., pág. 162.

⁴⁷⁸ En este sentido se pronuncia mayoritariamente la doctrina. Por todos, FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal*, cit., pág. 699.

⁴⁷⁹ Ya en 1978, durante el debate constituyente en el Congreso, el grupo parlamentario socialista, propuso la eliminación del principio de dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal del art. 114 del Anteproyecto constitucional, justificando en la Enmienda 442 que “debe suprimirse la referencia a la dependencia jerárquica porque lo que se pretende con ella está comprendido en la unidad de actuación”.

⁴⁸⁰ Entre otros, MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: su pasado...*, cit., pág. 163; y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal* cit., pág., 81,

⁴⁸¹ Contenido prácticamente similar al del inciso segundo del art. 33 del *Code de procédure pénale* francés que dice, el Fiscal “expondrá libremente de forma oral las observaciones que crea convenientes por el bien de la Justicia” y, ambos preceptos responden al

La doctrina más reciente, aun manteniendo la necesidad de la estructuración del Ministerio Fiscal mediante la dependencia jerárquica, viene considerando indispensable se concrete ese grado de dependencia para garantizar un mayor grado de autonomía.⁴⁸²

Como acertadamente señala GUIBERT OVEJERO-BECERRA⁴⁸³ “el Ministerio Fiscal, a medio camino entre la indefinición y la incompreensión, necesita una innovación conceptual valiente y congruente, que concrete el significado de los principios de unidad y de dependencia, distinguiendo a las Institución de sus fiscales y a las instrucciones generales de las particulares, con el objeto de impedir que las funciones teóricamente imparciales de sus representantes deriven hacia actuaciones sospechosas de parcialidad *de facto*”. A lo que añadiríamos la necesidad de implantar el “principio de escritura” de modo que esas instrucciones dadas por los superiores jerárquicos (Fiscal General del Estado, Fiscales Superiores, Fiscales jefe y Fiscales de Área) a sus subordinados sean impartidas por escrito, asegurando así que queda constancia de las mismas⁴⁸⁴.

Desde la primera regulación del Ministerio Público, el legislador ha carecido de voluntad para moderar o aminorar esa dependencia jerárquica, lo que pudiera deberse a la nada plausible intención del Gobierno de usar al Ministerio Fiscal para extender su poder al ámbito judicial. Además, como ya hemos apuntado, este control sobre el Fiscal se exterioriza en la potestad del Fiscal General del Estado -elegido por el Gobierno- y las diferentes jefaturas -discrecionalmente elegidas por aquél- de dirigir la actividad de cada Fiscal individual a través de las instrucciones particulares, la designación de Fiscal determinado para asunto concreto y en la institución de avocación de causas, facultades ejercitables sin necesidad de justificación.

A pesar de los peligros señalados, no podemos negar que la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica son más fácilmente alcanzables a través de una organización monocrática y jerárquica que a través de una organización personalizada a la manera del Poder Judicial, siendo, de este modo más dificultoso -pero no necesariamente imposible- que la independencia funcional interna de los Jueces y el principio de Juez ordinario predeterminado por la ley puedan trasladarse sin más al Ministerio Fiscal. La independencia funcional y la personalización de la función jurisdiccional se corresponden con una función reactiva o pasiva, sometida al imperio de la ley y desarrollada en el marco de un proceso con todas las garantías. La función “promotora” del Fiscal es esencialmente activa y unilateral. El Fiscal ha de ser activo y el Juez ha de ser pasivo, por cuanto que la función activa e investigadora del Fiscal es contraria a la del Juez, en cuanto que éste está obligado a mantener una actitud siempre pasiva, para defender su imparcialidad decisoria⁴⁸⁵; habiendo de entenderse, en consecuencia, que son dos ca-

dicho que establece que la pluma del fiscal es esclava, al tiempo que su palabra es libre.

⁴⁸² FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal...* cit., pág. 288.

⁴⁸³ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en...* cit., pág. 142.

⁴⁸⁴ Como ocurre en el sistema francés, por lo que de cara a la reforma del proceso penal no estaría de menos se pensara en su inclusión, ya que la transparencia, la publicidad y la posibilidad de control se maximizan con esta opción, evitando intromisiones interesadas. *Vid.* en relación a esta eventualidad, ZARATE CONDE, A., “Las órdenes e instrucciones particulares del Ministerio Fiscal: una propuesta de reforma a la luz del sistema francés” en *Diario La Ley* núm. 7942, 2012, págs. 1 a 7.

⁴⁸⁵ Y ello, a pesar del contenido del art. 729.2 LECrim que permite al Tribunal sentenciador acordar diligencias de prueba no propuestas por las partes.

ras de la misma moneda -imparcial- siendo que la Constitución les impone a ambos las mismas prohibiciones e incompatibilidades *ex art. 127 CE*.

Pasamos ahora al estudio de ambos principios.

4.1.1.- *La unidad de actuación*

El principio de unidad de actuación puede ser considerado desde dos aspectos distintos: por un lado, como Institución única para todo el Estado y, por otro, en el sentido de la necesidad de sometimiento de todos los Fiscales a los criterios que se adopten por la Institución a través de los mecanismos de toma de decisión estatutariamente establecidos.

Y así, el principio constitucional de unidad de actuación del Ministerio Fiscal no deja de ser una consecuencia del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la CE y también, de alguna manera, del principio de igualdad del art. 14 CE, por cuanto supone contrarrestar la “variedad” de pronunciamientos judiciales, consecuencia de la libre valoración de la prueba *ex art. 741 LECrim*. Así lo afirma, QUINTERO OLIVARES⁴⁸⁶ cuando expresa -no demasiado convencido por la función del Fiscal al respecto- que “las leyes han de ser interpretadas por los jueces, pero la falta de criterios interpretativos puede conducir en la práctica a relajar la idea de que los jueces están sometidos a la ley y que ésta sólo puede emanar del Parlamento, que goza del monopolio de la legislación” y que “el sometimiento a la ley, no basta, como principio, para cerrar el paso a toda tentación de actuación justiciera que rebase las fronteras de una interpretación razonable del derecho positivo”. Continúa el autor sosteniendo que “el acto de aplicación/interpretación puede ser de tal variedad de conclusiones que realmente se erige en acto de creación de derecho, con el problema añadido de que mientras el monopolio jurisdiccional puede, en alguna medida, llegar a torcer la voluntad del legislativo, éste no dispone de medio alguno para limitar la variable capacidad de la jurisdicción, a no ser, y con muchas reservas, la intervención del Ministerio Público en algunos procesos”.

4.1.1.1 Como institución única para todo el Estado

Esta vertiente de institución única para todo el Estado -y conforme al adagio francés “*le Ministère public est un et indivisible*”- se recoge en el art. 22 del EOMF cuando dice “el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado”, añadiendo el art. 23 que “los miembros del Ministerio Fiscal (...) actuarán siempre en representación de la Institución”.

Como Institución única para todo el Estado, son dos los criterios que informan y articulan esta estructura: el tradicional de la territorialidad y el más moderno de la especialización.

El criterio de la territorialidad se fundamentaba, antes de la introducción del principio de especialización, en una territorialidad “horizontal”, basada en la provincia y en una estructura interna -uniforme- de cada Fiscalía. Lo que cambió con la creación de las Fiscalías especiales, con competencia en todo el territorio nacional y como se señalara

⁴⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial” en *Revista Poder Judicial* núm. especial 17, 1999, pág. 347.

en la Introducción de la ya mencionada Instrucción 11/2005 de la FGE *“la articulación de criterios unitarios en ámbitos de actuación diferenciados en cuanto a la materia pero con problemas similares en todos los territorios, requiere que junto a la clásica organización territorial, se ponga en funcionamiento una estructuración funcional, que articule los mecanismos de unidad utilizando los instrumentos de dirección y coordinación que competen al Fiscal General del Estado y la demostrada eficacia, preparación y capacidad de organización de los Fiscales de Sala”*, añadiendo que *“las posibilidades organizativas y de funcionamiento que ofrece la configuración del Ministerio Fiscal, no condicionado por un principio como el del Juez predeterminado por la ley, proporciona ventajas indiscutibles que animan a profundizar los procedimientos de especialización de los fiscales”* y así *“la presente Instrucción se orienta a completar la organización interna de la Fiscalía General del Estado con una estructura de Fiscales de Sala Delegados del Fiscal General del Estado”*, de modo que, *“los Fiscales de Sala pertenecientes a la primera categoría (...) ejercen sus funciones en Fiscalías, como la del Tribunal Supremo, que conforme al artículo 19 EOMF, extienden su actuación a todo el territorio del Estado. Su intervención por tanto no tiene por qué quedar limitada al estricto marco competencial del órgano ante el que actúan, sino que puede y debe incluir funciones de dirección y coordinación en el orden jurisdiccional correspondiente o en la materia específica que se determine”, (...)* *“y en definitiva, los principios de especialización y coordinación vertical serán los ejes del cambio organizativo del Ministerio Fiscal” (...)* y *“ese modelo de especialización en vertical permitirá una dirección mucho más ágil, coherente y eficaz y, por consiguiente, el fortalecimiento del principio de unidad de actuación (...)”*.

La principal consecuencia del principio de unidad de actuación, desde el criterio de la territorialidad, se manifiesta en el carácter “fungible” que se puede predicar de los miembros del Ministerio Fiscal, dado que pueden ser sustituidos como consecuencia de la decisión del superior jerárquico “en cualquier momento del proceso o de la actividad” que esté llevando a cabo conforme al art. 23 del Estatuto, sin que ello pueda interpretarse como una modificación de la situación del Ministerio Público en ese procedimiento concreto⁴⁸⁷.

Además, en cada Fiscalía, todos los Fiscales pueden despachar todos los asuntos para los que es competente el Ministerio Fiscal a excepción de las funciones específicas de la jefatura.

El artículo 22.5 del Estatuto en su párrafo primero establece que “los miembros del Ministerio Fiscal podrán actuar y constituirse en cualquier punto del territorio de su Fiscalía”; pudiendo actuar “con la autorización del Fiscal General del Estado”, en cualquier punto del territorio del Estado, o ser destacados temporalmente por éste, oído el Consejo Fiscal, a una Fiscalía determinada “cuando el volumen o la complejidad de los asuntos lo requiera” (art. 22 5, par. 2º EOMF).

A su vez, el criterio de especialización, ha venido a terminar con la imagen de Fiscal generalista al que puede corresponder cualquier asunto que el Fiscal Jefe determine asignarle en el reparto. De hecho, a partir de esta tendencia organizativa basada en la especialidad, se ha conseguido que el Fiscal especialista se implique y asuma la investi-

⁴⁸⁷ Y entendemos que esta consecuencia se sigue manteniendo a pesar e incluso, debido a la introducción del principio de especialización.

gación desde su inicio, con sus propias diligencias preparatorias, lo que ya es indicativo de la funcional importancia que tiene la fase de investigación en manos del Ministerio Público.

4.1.1.2.- Como unidad de criterio de actuación

En la vertiente señalada de unidad de criterio, su justificación ha de encontrarse en la seguridad jurídica, de forma que se actúe ante los Tribunales con una única interpretación y aplicación de la ley, lo que también conlleva al predicamento del carácter “fungible” de los miembros del Ministerio Fiscal, de modo que pueden ser sustituidos como consecuencia de la decisión del superior jerárquico “*en cualquier momento de la actividad que esté realizando en cumplimiento de sus funciones o antes de iniciar la que le estuviese asignada*” conforme establece el artículo 23 del EOMF, sin que pueda interpretarse que dicha sustitución modifique la situación del Ministerio Público en ese procedimiento concreto, aun cuando pueda variar el criterio que el Fiscal sustituido venía manteniendo, lo que no es sino consecuencia de la actuación por los miembros del Ministerio Fiscal por delegación -si bien ahora entendida como instrumento de actuación organizativa de la especialización- de sus superiores jerárquicos, prevaleciendo el criterio de éstos.

Entendemos importante reiterar e insistir en que el verdadero sentido del principio de unidad de actuación consiste en garantizar la seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación de la ley y la independencia judicial, y ello a pesar de que la realidad práctica no coincida con lo que habría de ser⁴⁸⁸.

El principio de unidad de actuación ha de sustentarse a través de directrices -orientaciones- siempre de carácter general y nunca en instrucciones particulares que, a buen seguro, fomentan la desigualdad como indica LÓPEZ LÓPEZ⁴⁸⁹ al manifestar que “por un inconsciente seguidismo histórico o por ausencia de una definición estatutaria que lo clarifique, lo que ha de entenderse por principio de unidad del Ministerio Fiscal, entre nosotros, se ha vinculado de tal modo la unidad de actuación con la dependencia jerárquica que hemos terminado por identificarla *de facto* con la unidad de mando, tan del gusto de la organización militar”. Y continúa el autor señalando que la unidad de actuación no es igual a la unidad de mando por cuanto que la primera se refiere a lo impersonal y su satisfacción se alcanza mediante circulares o instrucciones que marcan las

⁴⁸⁸ Es innegable que las órdenes de naturaleza general son manifestaciones de las facultades de dirección de la política criminal, sirviendo de base para garantizar la unidad de actuación de la Institución, pero las órdenes particulares no son sino la posibilidad que el superior posee para intervenir directamente o a través de mandos intermedios en un asunto concreto y respecto de las que podemos realizar algunas consideraciones. En primer lugar, *ad extra*, será el subordinado, el único responsable de su actuación. Además, como la orden no constará por escrito -o, en cualquier caso, no existirá constancia de ella en soporte físico alguno, porque será verbal- es posible que quien la diera no la asuma o simplemente manifieste que no fue cumplida en los términos en los que fue dada. Por otro lado, tampoco podrá llegar a conocerse el eslabón concreto del que emanó dicha orden. Por supuesto, si no hay constancia en soporte físico del mandato, menos habrá de exigirse su motivación, por lo que no será conocida, ni tampoco controlada. Y finalmente, hemos de señalar que la orden puede ser tanto positiva, en el sentido de exigir una investigación o una acusación; o negativa, de modo que se pida no investigar o no acusar.

⁴⁸⁹ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *Ministerio Fiscal. Principios orgánicos y funcionales*, Colex, Madrid, 2001, pág. 236.

pautas generales de actuación jurídica, y la segunda, se refiere a lo exclusivamente individual y se agota en la resolución de supuestos de hecho concretos.

Consecuentemente, con la unidad de actuación se pretende que las actuaciones del Ministerio Público sean exactamente iguales ante supuestos iguales en cualquier orden jurisdiccional y lugar geográfico, para lo que sólo son necesarias instrucciones generales⁴⁹⁰. No hay razón que permita justificar la designación de un Fiscal concreto para un asunto concreto o de avocar una causa o de cercenar la decisión de un Fiscal en un asunto particular⁴⁹¹.

Ciertamente, y a efectos de despejar cualquier duda al respecto, entendemos que unidad de actuación no es otra cosa que unidad de actuación jurídica y, por ende, unidad de criterios jurídicos que llevan a una aplicación igual del Derecho.

Sentado lo anterior y con carácter general, podemos decir que esta unidad de criterio se forma de un modo colegiado tanto en lo referente a la estructuración y funcionamiento de sus órganos que es encomendada al Consejo Fiscal por el artículo 14.4 a) del EOMF, como en lo referente a materia doctrinal y técnica, en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal, la resolución de consultas y elaboración de las memorias y circulares, así como la preparación de proyectos e informes y cualesquiera otras, de análoga naturaleza que el Fiscal General del Estado estime procedente someter a su conocimiento y estudio que el artículo 15, párrafo 2º del mismo texto atribuye a la Junta de Fiscales de Sala.

Las Circulares e Instrucciones constituyen la normativa interna que rige la actividad de un servicio y se dictan por los superiores para dirigir la actividad de los inferiores confiriendo a la organización una unidad de actuación, siendo obligado su cumplimiento, como manifestación de jerarquía.

Como ya se ha indicado, el EOMF prevé expresamente la intervención de la Junta de Fiscales de Sala para la elaboración de Circulares y habría de entenderse que también de las Instrucciones que tengan por objeto cuestiones relativas a la estructuración y funcionamiento internos, habiendo de ser debatidas todas ellas en el Consejo Fiscal. Sin embargo, dado su carácter interno, no son normalmente, objeto de publicación oficial, aunque existe la posibilidad de contar en el Boletín Oficial del Estado con una cabecera propia para el Ministerio Fiscal donde se publicarían las circulares e instrucciones. Y entendemos, teniendo en cuenta la importancia a nivel interpretativo de normas que dichas circulares tienen en la práctica, no estaría de más, aunque sólo fuera a efectos de general conocimiento, fueran publicadas en el Boletín Oficial del Estado. Aunque es

⁴⁹⁰ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en...cit.*, pág. 156.

⁴⁹¹ Curiosamente, ningún grupo parlamentario, cuando se tramitaba el EOMF de 1981, relacionó la necesidad de dependencia jerárquica con el principio de unidad de actuación, simplemente, se insistía en mantener la caracterización de la dependencia jerárquica como un fin en sí misma. Y así MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ, Fiscal de carrera y Fiscal General del Estado entre 1986 y 1990 llegó a afirmar que “Cuando se habla de Ministerio Fiscal se está hablando de jerarquía. Lo traduciré para que todavía sea más claro: se está hablando de jefes, de superiores, se está hablando de quién da las órdenes (...) esta carrera jerarquizada, esta dependencia jerárquica, que es un principio constitucional, nos obligan a que esas órdenes se emitan exclusivamente por el Fiscal General del Estado y que, por tanto, se acaten las órdenes del Fiscal General del Estado”.

necesario señalar que todas ellas están absolutamente al alcance de la ciudadanía en la red, en *fiscal.es*.

En el mismo sentido, la potenciación de la figura de los Fiscales de Sala especialistas supone su colaboración en la tarea de la dirección unitaria del Ministerio Fiscal por cuanto que es a aquéllos a quien corresponde proponer al Fiscal General del Estado las Circulares e Instrucciones que consideren necesarias y elaborar propuestas de resolución de las Consultas que se planteen sobre las materias de su competencia, cuando así lo interese el Fiscal General⁴⁹².

A su vez el artículo 24 del EOMF, pone de manifiesto la importancia de las Juntas de Fiscalía estableciendo la necesidad de celebraciones periódicas de las mismas a fin de mantener la unidad de criterios, estudiar los asuntos de especial trascendencia o complejidad o fijar posiciones respecto a temas relativos a su función. El sistema de Juntas de Fiscales potencia el principio de unidad de actuación mediante el debate jurídico y la reflexión colectiva, lo que refuerza simultáneamente los principios de legalidad e imparcialidad⁴⁹³.

Entendemos que la combinación de la potestad discrecional del Fiscal General, y por delegación, de los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas y de los distintos Fiscales Jefes, para poder dictar instrucciones sobre asuntos particulares, conforme al art. 25 EOMF⁴⁹⁴, unido a la facultad de avocación y de libre designación del Fiscal específico para encargarse de asuntos concretos, no hacen sino fortalecer la conservación de la instrumentalización gubernativa del Ministerio Fiscal, lo que propicia, como indica FERNANDEZ APARICIO⁴⁹⁵ “excesos de los superiores” e, incluso, “auténticas arbitrariedades que no sólo perjudican al Fiscal, sino lo que es más grave, vulneran la legalidad y la eficacia del servicio público”.

Mención aparte debe hacerse del visado, especie de control preventivo en el seno de cada Fiscalía. Tratándose el Ministerio Fiscal de una organización monocrática y con jerarquía interna, el superior carece de facultades sobre los actos del inferior una vez realizado el acto ya que el mismo será absolutamente válido *ad extra*, y de este modo, el

⁴⁹² Conforme al art. 22.3 del EOMF, el Fiscal General del Estado puede delegar en los Fiscales de Sala funciones relacionadas con la materia propia de su competencia. Esta previsión estatutaria se refiere a los Fiscales de Sala Delegados, figura que se contempla en el capítulo relativo a la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal y no en el de su organización y planta.

⁴⁹³ La Instrucción 1/1987, de 30 de enero, *sobre normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal*, ya establecía los criterios de convocatoria de las Juntas de Fiscalía. De este modo “En cada Fiscalía se celebrarán Juntas para mantener la unidad de criterios, en especial en aquellas materias que no han sido objeto de instrucciones generales o sobre las que el Ministerio Fiscal no haya adoptado ya una práctica uniforme, estudiar los asuntos de especial complejidad, fijar posiciones respecto a temas relativos a su función u organización y al funcionamiento de la Administración de Justicia o cualesquiera otras que los Fiscales Jefes estimen conveniente someter a la misma”.

⁴⁹⁴ Si bien habría de considerarse que, precisamente, las Juntas de Fiscalía han de constituir un límite al posible ejercicio inadecuado de las facultades de la jerarquía, es lo cierto que su configuración debilita tal posibilidad, ya que sus manifestaciones no son vinculantes para el Fiscal Jefe.

⁴⁹⁵ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “La necesaria autonomía del Ministerio Fiscal español” en *Boletín de la Facultad de Derecho* núm. 24, UNED, 2004, pág. 122.

visado actúa sobre un proyecto de calificación que es analizado con anterioridad a su conversión en resolución definitiva⁴⁹⁶.

El Reglamento de 1969 estableció la figura del visado para garantizar la unidad de actuación de los miembros del Ministerio Fiscal, para lo que su art. 116, párrafo 2º exigía que los proyectos de calificación fueran visados y corregidos o aceptados por el Fiscal Jefe, quien adoptaría las medidas pertinentes para que la conclusión primera de la calificación fiscal respondiera a la realidad del procedimiento, y para que las demás conclusiones fueran perfecta aplicación del derecho positivo a lo afirmado en la primera⁴⁹⁷.

La repetida Instrucción 1/1987, de 30 de enero, *sobre normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal*, dedicó un capítulo completo al visado, indicando que la unidad de criterio en la actuación de los Fiscales hacía necesaria su conservación. Siendo que la Instrucción 6/1992, de 22 de septiembre, *sobre aplicación de la Ley 10/1992 de medidas urgentes de reforma procesal*, mantuviera igualmente la exigencia⁴⁹⁸.

En cualquier caso, hemos de señalar necesariamente que el visado es una herramienta del Ministerio Público que debiera facilitar el trabajo de equipo y promocionar un debate jurídico enriquecedor, además de servir de formación continua tanto para quienes visan como para quienes son visados, garantizando así la unidad de actuación de la Institución, a través de la aplicación de criterios jurídicos uniformes. Ello implica también -con toda seguridad- que, a mayor calidad del visado, mayor habrá de ser el nivel técnico-jurídico de la Fiscalía. Y en este sentido, el visado habría de limitarse al control externo de legalidad sobre la labor jurídico-procesal del Fiscal subordinado -plasmada en el escrito de acusación y en la solicitud de sobreseimiento, entre otras- y en su cohe-

⁴⁹⁶ Sin embargo, no podemos dejar de señalar el elemento subjetivo en el visado del Fiscal Jefe de turno, con la obviamente, consecuente falta de objetividad que ello implica. Además, el Fiscal Jefe visa casi a ciegas ya que para esa función cuenta tan solo con el escrito de acusación y con la “carpetilla”, pero, ni de lejos, con el expediente completo; y qué decir de los visados en las Fiscalías de gran tamaño. Respecto a ellas, la más arriba mencionada Instrucción 1/1987 de la FGE ya señalaba: “*Pero es evidente que, en las grandes Fiscalías, con gran volumen de trabajo y numerosos componentes de la plantilla, las múltiples obligaciones que recaen sobre el Fiscal Jefe pueden dificultar que el mismo cumpla con la atención y dedicación que exigen no tanto la resolución de las consultas individualizadas sobre asuntos especiales, como el más amplio campo de los visados*”. Vid. al respecto, LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio Fiscal español. Principios...* cit., pág. 304.

⁴⁹⁷ Tarea que resulta difícil, teniendo en cuenta que el Fiscal Jefe no revisa el expediente completo a los efectos del visado, contando exclusivamente con la calificación y el extracto que realiza el Fiscal que ha calificado, como ya se ha indicado.

⁴⁹⁸ Vid. también la Instrucción de la FGE 1/2003, de 7 de abril, *sobre aspectos organizativos de las Fiscalías y sus adscripciones con motivo de la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, donde se establece que el dictamen debe realizarse con prontitud *ex art. 48 EOMF 1981*, y el visado, y en su caso la subsiguiente corrección de la calificación, han de respetar el plazo de evacuación de los procedimientos, que no quedan suspendidos por motivo del control reglamentario de Fiscalía. Y aquí viene lo mejor, “*caso de retrasarse el visado de procedimientos más de siete días, deberán los Fiscales Jefes poner en conocimiento de la Inspección Fiscal las razones que lo determinan*”. Lo que implica que, dando por hecho que el Fiscal de turno califique un procedimiento abreviado dentro de los diez días legalmente establecidos -cuestión improbable-, el Fiscal Jefe tiene a su vez otros siete para visar. Sospechamos que los Jueces de Instrucción desconocen tal circunstancia de modificación de los plazos establecidos en la LECrim.

rencia⁴⁹⁹. Entendemos que el visado ha de garantizar la aplicación de las directrices generales al caso concreto, pero sin otorgar pleno dominio sobre el trabajo de sus orgánicamente inferiores. Al igual que consideramos que el visado no puede ser confundido -y menos utilizado- con y como una orden e instrucción para el caso concreto y específico.

4.1.3.-La dependencia jerárquica

Como ya se ha adelantado, el principio de dependencia jerárquica es el complemento necesario del de unidad y en muchos casos se confunden en la regulación del propio Estatuto Orgánico, tratándose así de un principio instrumental destinado a uniformizar la aplicación de la ley⁵⁰⁰.

La referencia en este apartado es a la que MONTERO AROCA⁵⁰¹ denominara dependencia interna, por cuanto que la llamada dependencia externa ya ha sido previamente examinada⁵⁰². En esta -su consideración interna-, varios autores⁵⁰³ consideran que la dependencia jerárquica es sumamente útil a la hora de llevar a cabo una actuación coordinada que, en caso de una atribución de la dirección de la actividad investigadora agilizaría el desarrollo de las diligencias pues implicaría dar una respuesta uniforme a las nuevas formas de criminalidad existentes.

En esencia, este principio organiza piramidalmente el Ministerio Fiscal, de modo que cada uno de sus miembros viene obligado a actuar según las instrucciones del Fiscal Jefe respectivo, éstos de los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas y éstos, a su vez, del Fiscal General del Estado.

Este principio supone el desarrollo de la personalidad jurídica única que ostenta el Ministerio Fiscal en el Estado, de modo que, desde el punto de vista orgánico, la organización de las Administraciones Públicas y la del Ministerio Fiscal pudieran parecer similares⁵⁰⁴.

⁴⁹⁹ En la práctica, y en más de una ocasión, el visado se configura como un acto de control bastante ilimitado de quien lo ejerce, puesto que, de modo conjunto, se exteriorizan en recomendaciones, meras sugerencias, o exigencias que suponen, en realidad, un rechazo del trabajo realizado. Ello, en sí, habría de tomarse como la detección de un error, el consejo de un colega, o la mejora de calidad del trabajo. No obstante, también en más de una ocasión, las discrepancias o sugerencias -o recomendaciones- se basan en la valoración de la prueba en el caso concreto, en el estilo literario, o en la mera forma de redacción.

⁵⁰⁰ En este sentido y, tras considerar la corrección de los principios que rigen el Ministerio Público español, el FGE, en el discurso de apertura del año judicial 2017/2018, manifestaba que: “No pretendo decir con esto que no haya nada que cambiar. De hecho, es mi máxima prioridad abordar una reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, entre otros aspectos, en el incremento de su autonomía organizativa, y en la que se potencien más los mecanismos que garantizan la independencia de criterio de cada fiscal en los asuntos en los que conozca”.

⁵⁰¹ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I...*cit., pág. 200.

⁵⁰² Tanto en la parte referida a las modalidades de estructuración del Ministerio Fiscal como a la de vinculación del Ministerio Fiscal a los poderes del Estado.

⁵⁰³ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, págs. 134 y 135; MARTÍN PASTOR, J., “La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. ¿Un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?” en *Revista General de Derecho Procesal* núm. 14, 2008, pág. 37.

⁵⁰⁴ Véase el artículo 3.1 y 4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La estructura piramidal arranca en el Fiscal General del Estado⁵⁰⁵, quien, a la vista de su básica labor de dirección como función ejecutiva⁵⁰⁶, precisa -y cuenta- con una estructura de apoyo de carácter instrumental que conforma la Fiscalía General del Estado integrada, *ex* artículo 13 del EOMF, formada por la Inspección Fiscal, la Secretaría Técnica, la Unidad de Apoyo y los Fiscales de Sala que se determinen⁵⁰⁷.

La estructura continúa con los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas que asumen la representación y jefatura del Ministerio Fiscal en su territorio, sin perjuicio de las atribuciones del Fiscal General del Estado⁵⁰⁸, siendo, incluso, que cuenta con una Unidad de Apoyo a la manera del FGE, asumiendo un importante papel en lo relativo a la provisión de medios materiales y personales en los casos en los que esa competencia esté asumida por la Comunidad Autónoma; en otras cuestiones, son los Fiscales jefes de su correspondiente Fiscalía con las funciones propias al efecto.

En el siguiente tramo se encuentran los Fiscales Jefes Provinciales, los Fiscales Jefes de las Fiscalías de Área⁵⁰⁹ y, dejando al margen la figura de los Tenientes Fiscales - como segundos de a bordo de los Fiscales Superiores y Jefes Provinciales- se encuentran los llamados Fiscales Decanos que vinieron a sustituir a los anteriores Fiscales Coordinadores de secciones especiales -violencia contra la mujer, medio ambiente y urbanismo, siniestralidad laboral, seguridad vial, etc.⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ El Fiscal General del Estado es un órgano del Ministerio Fiscal conforme al art. 12 del EOMF, sin embargo, la Fiscalía General del Estado no aparece enumerada entre los órganos propios. De este modo, algunos autores como AGUILAR FERNANDEZ HONTORIA, J., “A propósito del Defensor del Pueblo: los rasgos definidores de la posición política de los órganos auxiliares” en *Revista de Administración Pública*, 1986, págs. 62 y 63, consideran que “el texto fundamental de 1978 no ha construido al Fiscal General del Estado como uno de los órganos del Ministerio de Justicia encargado del ejercicio directo o desarrollo de las “funciones” de tal Ministerio. La Fiscalía General del Estado está dibujada constitucionalmente como el órgano supremo de gobierno del Ministerio Fiscal. El Fiscal General del Estado representa el centro supremo de ordenación supervisión y orientación de los elementos de diversa índole (materiales, personales, funcionales...) que concurren y posibilitan el ejercicio concreto de la función constitucional del Ministerio Fiscal por parte de sus diversos órganos”.

⁵⁰⁶ Así lo señala la STC 56/1994, del Pleno, de 24 de febrero, (Ponente: Gabaldon López, José).

⁵⁰⁷ La Inspección Fiscal ejerce sus funciones con carácter permanente por delegación del FGE. El Fiscal Inspector Jefe es un cargo de su confianza, sometido, por tanto, a sus órdenes e instrucciones. Su inspección no impide la que a cada Fiscal Jefe corresponde respecto de los funcionarios de su Fiscalía. La territorialización llevada a cabo en la reforma del Estatuto en 2007 ha afectado a la inspección ordinaria de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, lo que ha permitido un posicionamiento más sólido de dichas funciones a través de un conocimiento más directo de la realidad material y personal.

⁵⁰⁸ Evidentemente, a efectos institucionales ya que conforme al art. 23 del EOMF, en el ejercicio de sus propios cometidos todo Fiscal representa a la institución.

⁵⁰⁹ A través de las Fiscalías de Área, que no existen en todas las Fiscalías Provinciales, se ha buscado el acercamiento del Ministerio Público a la realidad y singularidades de las distintas demarcaciones geográficas, garantizando una mayor cercanía e intermediación a la postre.

⁵¹⁰ Esta estructura se establece en el art. 22 del EOMF, creándose la figura de las Fiscalías de Área, con la consiguiente nueva figura del Fiscal Jefe de Área, que viene a ser lo mismo que los antiguos Destacamentos de las Fiscalías Provinciales.

Los Fiscales Jefes de las Fiscalías de Área⁵¹¹ están jerárquicamente subordinados a los Fiscales Jefes Provinciales (art. 22.8 EOMF) y en caso de vacante, ausencia o imposibilidad habrán de ser sustituidos por el Fiscal Decano más antiguo de la Fiscalía de Área y, en su defecto, por el propio Fiscal Jefe Provincial o en quien éste delegue.

Por su parte, los Fiscales Decanos ejercen la dirección y coordinación de las Secciones de Fiscalía de acuerdo con las instrucciones del Fiscal Jefe Provincial y, en su caso, del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y por delegación de éstos conforme al art. 22.) EOMF.

Además, la Junta de Coordinación de la Fiscalía Provincial -donde existiere- será convocada periódicamente y dirigida por el Fiscal Jefe Provincial, a fin de coordinar la dirección del Ministerio Fiscal en su ámbito territorial, estando integrada por el Teniente Fiscal de la Fiscalía Provincial, los Fiscales Jefes de Áreas y los Fiscales Decanos (art. 22.10 EOMF).

Como es sabido, es contenido fundamental de la jerarquía el dar órdenes, de modo que la dependencia jerárquica supone, a su vez, el deber de obedecer y acatar las mismas⁵¹². E insistimos, en este punto, nos encontramos ante una situación problemática derivada de la escasa regulación de las órdenes, lo que supone un mayor margen de actuación de los superiores y una débil posición de los destinatarios de las mismas. El EOMF si bien establece dos mecanismos de defensa -la discusión colectiva en la Junta de Fiscalía de la discrepancia concreta y el reparo a la propia orden- y tipifica la desobediencia a las órdenes como falta disciplinaria, ni regula los tipos de órdenes, ni las formalidades que deben revestir, de modo que no se prohíben las órdenes dirigidas a asuntos concretos, tampoco se establece solemnidad alguna pudiendo ser verbales o escritas, sin que además, ello dependa ni de la trascendencia del asunto ni de la urgencia del momento. De hecho, hemos de volver a indicar que, en la inmensa mayoría de los casos, las órdenes se reciben de forma verbal, sin constancia escrita alguna en libro registro alguno.

Al hilo de lo señalado en el párrafo anterior, consideramos consustancial a la condición propia y específica del Ministerio Fiscal, el hecho de que las órdenes de naturaleza general, siendo una manifestación de las facultades de dirección de la Política Criminal, sirven, a su vez, para garantizar la unidad de actuación de la Institución. No obstante, las órdenes para un caso particular suponen la posibilidad de intervención en el mismo del superior jerárquico de turno, bien directamente, bien, a través de mandos intermedios, en asuntos concretos. Y respecto de estas últimas consideraremos algunos puntos de interés.

Así las cosas, el Fiscal subordinado encargado del caso y frente a terceros aparecerá como autor de la decisión ordenada y cargará con toda la responsabilidad frente a ciudadanos, abogados, órgano judicial, etc. Además, como la orden jamás consta ni escrita,

⁵¹¹ Fundamental, al efecto, es la Instrucción 4/2011, de 17 de noviembre, *sobre el funcionamiento de las Fiscalías de Área y otras cuestiones relativas al vigente modelo orgánico territorial del Ministerio Fiscal*.

⁵¹² En este punto, es importante señalar que el incumplimiento de esas órdenes -manifestaciones de la jerarquía interna- no supone la invalidez del acto, que desplegará todos sus efectos hacia el exterior y sobre todo en su proyección procesal, con independencia de la incidencia disciplinaria que pueda conllevar.

ni en otra forma físicamente constatable, quien la acordara bien podría no asumirla. Puede, también, desconocerse quién diera la orden concreta y la cadena de comunicación por la que se transmitió hasta llegar al Fiscal subordinado. Igualmente, y, al no exigirse motivación alguna, el contenido y fundamento de la orden escapan de todo conocimiento y control. Y, finalmente, indicaremos que la orden concreta puede ser tanto de carácter positivo, en el sentido de investigar, acusar, perseguir, como de carácter negativo, en el sentido de no investigar, no acusar, no perseguir⁵¹³

Para ir concluyendo, señalaremos que la relación entre jerarquía interna e imparcialidad fue puesta de manifiesto por la Unión Progresista de Fiscales que sostenía “no cabe plantearse seriamente la asunción de la investigación penal por el fiscal sin que paralelamente se plantee la reforma de nuestro Estatuto Orgánico para introducir mecanismos eficaces de garantía de nuestra autonomía, tanto hacia fuera -respecto del Ejecutivo, lo que enlaza con la posible revisión del sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado- como en el ámbito interno de la propia institución -modulaciones del principio de dependencia jerárquica para reconducirlo a una función meramente instrumental del principio de unidad de actuación, ello en orden a preservar la autonomía del fiscal del caso-“⁵¹⁴.

Ciertamente, el problema real estriba en que la estructura del Ministerio Fiscal no es sino un cauce de transmisión de instrucciones sobre asuntos particulares y de la designación de Fiscal concreto para asunto determinado, amén de la avocación de las causas.

A fin de paliar los rigores del sistema jerárquico, el art. 27 EOMF establece un procedimiento que limita -si bien escasamente y con un efecto práctico absolutamente insignificante- el alcance del principio de dependencia jerárquica.

El Fiscal se encuentra sujeto a una doble vinculación: a la ley y a sus superiores, por lo que resulta necesario establecer un mecanismo de “reparo a la orden recibida”. De ahí la previsión del artículo 27 del Estatuto que también recoge la “libertad de palabra”.

Efectivamente, conforme al mencionado artículo 27 del Estatuto, si un Fiscal considera que la orden recibida de su superior es contraria a las leyes o, por cualquier otro motivo, la estima improcedente, se lo ha de hacer saber a su Fiscal Jefe a través de un informe razonado, quien puede dar por buenas las razones esgrimidas por el inferior, resolviendo así el conflicto. El problema surge ante la persistencia de la discrepancia, lo que hace necesaria la discusión del asunto en Junta de Fiscalía, tras la cual podrá el Fiscal Jefe ratificar la orden o reconsiderarla⁵¹⁵.

Esta necesidad de conciliar jerarquía y legalidad, dependencia e independencia, se resuelve -teóricamente- a través del mecanismo señalado al que ya se hace referencia en el artículo 6 del Estatuto al afirmarse que el principio de legalidad es el rector, en todo caso, de la actuación del Ministerio Fiscal. La garantía de la posición del Fiscal subordinado es un contrapeso a la potestad jerárquica del superior, que se ve limitada. Ade-

⁵¹³ Vid. DÍEZ RODRÍGUEZ, J. A., “La defensa estatutaria de los Fiscales, situación actual a nivel de Estatuto y Reglamento”, Ponencia Centro de Estudios Judiciales, 2015.

⁵¹⁴ XXVIII Congreso de la Unión Progresista de Fiscales celebrado en San Sebastián el 24 y 25 de mayo de 2013, conclusión IX.

⁵¹⁵ Obviamente, para el Fiscal discrepante, la queja y negativa a cumplir la orden, le procura una exoneración expresa de cualquier responsabilidad disciplinaria derivada de su cumplimiento.

más, es el subordinado quien debe examinar si la orden recibida es justa o no ya que si la orden no lo es no queda vinculado, lo que supone un mecanismo de defensa para el Fiscal discrepante y, a la vez, aunque de forma mediata, una garantía de sujeción a la legalidad por parte de la institución. No obstante, en la práctica, teniendo en cuenta que cualquier ascenso o incluso la modificación de la carga de trabajo⁵¹⁶ puede depender o

⁵¹⁶ Resulta interesante al respecto la Ponencia “Derechos Laborales Básicos. Las posibilidades de impugnación de las decisiones de los Fiscales Jefe sobre reparto de trabajo. Experiencias prácticas en la materia” realizada por ÁLVAREZ MENÉNDEZ, M^a. P., en el *Curso de Formación Continuada del Ministerio Fiscal sobre Defensa Estatutaria de los Fiscales*, celebrada el 29 de junio de 2015, quien señalaba en cuanto a la distribución y asignación de los módulos de trabajo por parte de los Fiscales-Jefe que: “(...) y en la asignación de esos lotes la primera pregunta sería ¿queda al libre albedrío del Fiscal Jefe correspondiente? La respuesta tendría que ser rotundamente no, pero la realidad nos dice que esto no es así. Al final se deja al libre albedrío del Fiscal Jefe hacer ‘lo que estime conveniente’ en cada momento y lugar, sin que exista ni regulación ni interpretación de la normativa existente por los órganos de la Fiscalía encargados de corregir disfunciones que resulte favorable a los fiscales de base. Resulta significativo que dentro del organigrama de la Fiscalía se hayan establecido normas para la designación de los delegados de las especialidades, pero no para los demás integrantes del mencionado servicio o sección, los cuales, hoy en día, pueden ser trasladados por mera voluntad del Fiscal Jefe, sin que para nada jueguen ni se tengan en cuenta en muchas ocasiones los principios de mérito y capacidad, ni por lo tanto extremos tan importantes como la experiencia o la realización de cursos de especialización. Lo normal sería la traslación a la Carrera Fiscal de la normativa administrativa y de los derechos estatutarios básicos de todo funcionario público”. A su vez, dentro del mismo curso sobre *Defensa Estatutaria de los Fiscales*, en la Ponencia realizada por Díez Rodríguez, J. A., “La defensa estatutaria de los Fiscales, situación actual a nivel de Estatuto y Reglamento”, partiendo de la base de la existencia de dos posiciones dentro de la propia Fiscalía española respecto a la interpretación de la situación estatutaria de los Fiscales, se refiere en concreto a un problema surgido en la Fiscalía Provincial de las Palmas y explica: “ El Fiscal en cuestión (...) interpuso recurso contencioso-administrativo por vulneración de derechos fundamentales al habersele denegado el lote de trabajo por él pretendido. Ante dicho Recurso de amparo judicial de los arts. 114 y ss. de la LJCA, por el Ministerio Fiscal y por el Abogado del Estado se alegó como cuestión previa la teoría de que no cabía tal vía de control de las decisiones de los Fiscales Jefes referidas al funcionamiento de las Fiscalías. Esa es la posición tradicional del MF (...) afirmando que el Decreto del Fiscal Jefe contra el cual se interponía el recurso no es un acto o resolución administrativo susceptible de recurso en la vía administrativa, por lo cual el mismo sólo puede ser objeto de revisión dentro de la propia organización jerárquica interna del Ministerio Fiscal. (...) Frente a esta posición jurídica, histórica o tradicional, el recurrente opuso la tesis de incompatibilidad de la misma con los principios generales básicos de tutela judicial y control de la legalidad de los actos administrativos por la jurisdicción contencioso-administrativa. Y la Sentencia de la Sec. 2^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJC), de 15 de mayo de 2015, que resuelve el caso, desestimando el recurso sobre el fondo del asunto entendiendo que no consta vulneración de derecho fundamental e indicando al recurrente en su caso el procedimiento ordinario para el encauzamiento de sus pretensiones, desestima la cuestión previa alegada por el Ministerio Público, rechazando la mencionada tesis tradicional de imposibilidad de recurrir en vía contencioso-administrativa tales decisiones gubernativas de la jerarquía del Ministerio Fiscal. (...) lo decisivo en el caso, es que la decisión de asignación de un determinado lote de trabajo a un determinado Fiscal y no a otro de la plantilla no constituye una mera orden de servicio sino una decisión que afecta a los derechos e intereses legítimos del recurrente en cuanto Fiscal de la plantilla y, en principio, es susceptible de ser recurrida. Y es que no estamos ante una directriz de actuación en ejercicio del poder jerárquico sino ante una decisión de reparto de la carga de trabajo que afecta a la esfera profesional de los Fiscales de la plantilla y que, por tanto, se separa de la naturaleza y contenido de esas órdenes de servicios o instrucciones (...) que la jurisprudencia contencioso-administrativa no considera susceptibles de recurso administrativo o contencioso-administrativo”.

corresponde al superior inmediato, es lo cierto que resulta más adecuada la “sumisión”, a fin de evitar represalias que, por supuesto, serán imposibles de probar.

A pesar de lo importante que pueda -y deba- considerarse la Institución del Ministerio Fiscal en su totalidad, estamos en condiciones de aseverar que la imparcialidad del Fiscal individual sería la fundamental, únicamente relevante y verdadera finalidad de la Institución, con independencia de todas las páginas que al respecto nosotros mismos podamos dedicarle. Pero el día a día de nuestro país es demasiado palmario como para ser tan optimistas en esta cuestión.

En cuanto a la libertad de palabra de los Fiscales -a la que ya nos hemos referido genéricamente- como excepción a la subordinación y dependencia jerárquicas, viene recogida en el último párrafo del artículo 25 del Estatuto según el cual “el fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes, pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones en lo que crea conveniente al bien de la justicia”⁵¹⁷.

Finalmente, una referencia al hecho de que la libertad de palabra puede plantear una serie de conflictos fuera de la actuación procesal. La cuestión está en si la jerarquía puede limitar de alguna manera la libertad de expresión de los Fiscales y, en su caso, qué consecuencias podrían derivarse de ello. No cabe duda de que los fiscales gozan de libertad de expresión como todo ciudadano, pero su ejercicio podría verse limitado por diversos motivos, ya que, cabría -o mejor, ¿se debería?- limitar el ejercicio de este derecho para proteger otros bienes jurídicos como la imparcialidad de la autoridad judicial en el marco del proceso o derechos de la personalidad de terceros. ¿Puede el principio de dependencia jerárquica limitar esa libertad de expresión?

4.2.- El principio de legalidad

4.2.1.- En general

Conforme al artículo 6 del EOMF: “Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente⁵¹⁸, dictaminando, informando y ejercitando en su caso, las acciones procedentes y oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma que las leyes establezcan”.⁵¹⁹

⁵¹⁷ Este principio de libertad de palabra era ya un principio fundamental en la configuración del modelo tradicional de Ministerio Público: “*plume est serve et la parole est libre*”, como recoge RASSAT, M. L., *Le Ministère Public. Entre son passé et son avenir*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967, págs. 119 a 135.

⁵¹⁸ Al estar vinculado por el ordenamiento jurídico vigente, lo está por supuesto, a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que vincula a todos los poderes públicos y, por supuesto, a la Constitución. No estaría vinculado a la jurisprudencia ordinaria que él contribuye desde su posición también a garantizar.

⁵¹⁹ Nunca antes de la Constitución de 1978, se había aprobado norma alguna que regulara este principio de forma expresa. Si bien hay que señalar que la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases Orgánica de la Justicia, dictada para sustituir la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, realizaba un expreso reconocimiento del principio de legalidad cuando señalaba “se sienta el postulado de que, en su relación con la Justicia, la actuación del Ministerio Fiscal ha de producirse con estricta imparcialidad y sujeción a criterios

Para DE ESTEBAN, el principio de legalidad suponía -y utilizamos el verbo en pasado por la fecha en la que se expresaba- “la materialización jurídica de la atribución a la ley de la capacidad de expresar la voluntad general. Por consecuencia, en cuanto el fundamento último del Estado de derecho es la supremacía de la voluntad general, y en cuanto que la voluntad general se expresa precisamente en la ley, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la obediencia de la ley”⁵²⁰.

En este sentido, la Circular de la FGE 7/1978, de 30 de septiembre, *sobre el Fiscal ante la Constitución*, ya señalaba que “*de entre los principios que universalmente vienen rigiendo el Ministerio Fiscal, se acepta el de legalidad o sumisión exclusiva a la Ley, al igual que los jueces, propio de las constituciones democráticas más avanzadas, y se abandona el de oportunidad, que traslada al Ministerio Fiscal los criterios de accidentalidad de intereses, eficacia y cumplimiento del plan de gobierno, propios de la administración, en aquellos países que conciben al Fiscal como el brazo del Gobierno dentro de la Justicia y que incluso llegan a confundir al Fiscal con el Ministro de Justicia*”. Y añadía que “*con esa sujeción en todo caso, de la actuación del Ministerio Fiscal a los principios de legalidad e imparcialidad, la Constitución de 1978 no ha hecho más que volver a las raíces, encarnadas en el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 en cuyo artículo 107 expresamente se ordenaba que el fiscal en la actuación de su Ministerio debe ser tan justo e imparcial como la Ley en cuyo nombre la ejerce y la tradición democrática de 1931, cuyo artículo 104 establecía que el Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y tendrá las mismas garantías de independencia de la Administración de Justicia, independencia que difícilmente permitiría cualquier vínculo de subordinación al Gobierno*”.

El Ministerio Público, como toda autoridad pública en un Estado de Derecho, está sujeto en su actuación al principio de legalidad. Es la ley la que le atribuye sus competencias. La potestad de acusar deriva de una habilitación legal y, por supuesto, debe ejercerse de manera compatible con el ordenamiento jurídico, es decir, sin contradecirlo. Esta potestad, como en cualquier otro supuesto de atribución de potestades por el ordenamiento jurídico, tiene como fin la consecución de un interés público al cual debe dirigirse en todo caso su ejercicio, y que, además, debe concurrir para legitimar su actuación. La existencia de ese interés público en la actuación de toda autoridad en el Estado constitucional significa que la actuación no es libre. De no existir este interés que legi-

de legalidad. Se determinan las bases de la organización del ministerio Fiscal, conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica y se le confía su propio gobierno, ejercido por el Fiscal del Reino, el Consejo Fiscal y los Fiscales Territoriales y Provinciales”, según la Ley de Bases Orgánica de la Justicia, Base XV “del Ministerio Fiscal”, núm. 72/73, aprobada como Ley 42 de 28 de noviembre de 1974 y derogada más tarde por la Ley de derogación, BOE 23 de febrero de 1978.

Pero no podemos dejar de subrayar que sí se realizaba una mención a la misión del Fiscal como defensor de la legalidad en el artículo primero del Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926, desarrollado por Reglamento de 28 de febrero de 1927 que disponía: “el Ministerio Fiscal tiene como misión esencial velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a la organización de los Juzgados y Tribunales”.

Más tarde, la Constitución de 1931 establecería en el apartado primero del art. 104 que “el Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las Leyes”. Posteriores referencias al efecto las encontramos en el Estatuto del Ministerio Fiscal de 27 de febrero de 1969.

⁵²⁰ DE ESTEBAN ALONSO, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, T. I, Labor, Barcelona, 1980.

time su actuación, nos encontraríamos ante una actuación arbitraria y caprichosa, sin cobertura legal.

La regulación señalada hasta ahora tiene que ser complementada con lo establecido en los artículos 124.1 de la Constitución Española, 541.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Y a su vez, considerarlo conjuntamente con los preceptos constitucionales que encarnan dicho principio, tales como el art. 93 CE según el cual “La Constitución garantiza el principio de legalidad (...)”; el art. 103.1 CE, conforme al que “La Administración Pública sirve con objetividad (...) y actúa (...) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”; y el art. 106.1 CE que establece “los Tribunales controlan (...) la legalidad de la actuación administrativa (...)”.

Además, el art.1 EOMF viene a ser copia exacta del art. 124.1 CE al reiterar de forma literal prácticamente todo el precepto: “(...) promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad (...) al que sigue el ya mencionado art. 6 EOMF. Ambos no hacen sino decir lo obvio, por cuanto el sometimiento a la Constitución y al Ordenamiento en general es algo palmario⁵²¹ ex art. 9 CE.

El resto de principios, sobre todo los mencionados en el propio art. 9.3 CE -jerarquía normativa, publicidad de normas, irretroactividad de normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de poderes públicos- vienen a completar, por vía de ejemplo, el principio de legalidad, evidenciándose a través de su interpretación conjunta, la imposición a la Administración en general, la observancia de dicho principio, que también se impone a todos los ciudadanos en virtud del art. 91. CE que literalmente señala; “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

Como ya hemos apuntado, ni en la Constitución, ni en los dos Estatutos Orgánicos del Ministerio Fiscal promulgados con posterioridad, se ha delimitado el contenido del principio de legalidad del Ministerio Fiscal, por lo que al efecto hemos considerado, sería acertado, siguiendo a GUIBERT OVEJERO-BECERRA⁵²² acudir a la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1982, donde el FGE del momento⁵²³ sostenía que “sin duda no ha cristalizado todavía la institución del Ministerio Fiscal en España, de modo que permita dogmatizar sin discusiones sobre su naturaleza, atribuyéndole una u otra situación ante el conocido dilema, a que, en último extremo, pueden reducirse los múltiples sistemas existentes: Ministerio Fiscal-Órgano del Poder Ejecutivo, Ministerio Fiscal-Magistratura postulante, integrada en el Poder Judicial. Razones poderosas extraídas de la legislatura vigente, permitirían, si bien siempre con puntos contradictorios en la construcción, otorgarle una u otra naturaleza. Cabría decir, quizá, que ni siquiera sería positivo adoptar de modo terminante, una u otra posición, y este refrendaría el mérito de nuestras leyes”. Se indica en esta Memoria que “*la consecuencia, en fin, que del establecimiento de los principios de legalidad e imparcialidad debe extraerse, es, por una parte, que nuestro Ministerio Fiscal no tiene parentesco alguno con la institución*

⁵²¹ Ex art. 9, apartado 1º CE: “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico”.

⁵²² GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en el Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 42,43, 44.

⁵²³ GIL-ALBERT VELARDE, José María, en el período entre 1980 y 1982, habiendo sido también, diputado de UCD.

del mismo o semejante nombre que en otros sistemas actúa con criterios de oportunidad, y, de otra, que tales principios imprimen carácter a la hora de matizar la naturaleza del Ministerio Fiscal y su construcción dogmática y el ejercicio de las funciones que le son encomendadas". Añadiendo también que *"consciente sin duda el legislador constitucional de que la unidad y la dependencia eran principios orgánicos que no establecen la esencia de la institución, tras optar por una configuración del Ministerio Fiscal en el marco del Poder Judicial, señaló la legalidad y la imparcialidad como principios rectores de la actuación a modo paralelo de lo que hizo con la Magistratura"*⁵²⁴.

No obstante, en la Memoria de la FGE de 1983, la versión del principio de legalidad es bien distinta⁵²⁵. En ella se defendía "en muy baja voz" el principio de oportunidad sosteniendo que *"oportunidad y legalidad no son siempre nociones opuestas"* y que *"el Ministerio Fiscal (...) tampoco debe oponer una cerrada resistencia a que la Justicia pueda ser estimulada desde fuera con criterios de oportunidad"*. Y se añadía que *"el rango constitucional de la institución confiere al Ministerio Fiscal en bloque un campo de competencias y facultades que solo pueden desarrollarse con sometimiento a las leyes y sin interferencias ajenas, pero al coordinarse con los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, la operatividad de este ámbito de autonomía se concentra en el Fiscal General"*⁵²⁶.

Si bien a través de las dos Memorias indicadas no hemos conseguido concretar el contenido del principio de legalidad del Ministerio Fiscal⁵²⁷, es lo cierto que, ambas, al menos, ya venían diferenciando las dos significaciones del principio de legalidad: la positiva como garante del correcto ejercicio de las funciones constitucionales del Fiscal frente a ataques bien del Gobierno, bien de la superioridad jerárquica; y la negativa, como excluyente o limitadora del principio de oportunidad⁵²⁸.

El sistema penal español, a través del art. 105 de la LECrim, obliga al Fiscal a ejercitar la acción penal por todo hecho que revista caracteres de delito, del que tenga conocimiento. Y así, MARTIN PASTOR⁵²⁹ señala que el principio de legalidad significa que el Ministerio Fiscal tiene el "deber de acusar ante la mera constatación de que el caso analizado encaja en el supuesto de hecho de la norma penal y, así mismo, debe acusar en la medida que resulte de la aplicación de la norma a dicho caso". Sin embar-

⁵²⁴ Memoria de la FGE, 1982, Madrid, capítulo IV, de la administración de la Justicia, págs. 85, 98 y 99.

⁵²⁵ Era, en aquél tiempo, FGE, BURÓN BARBA.

⁵²⁶ Memoria de la FGE, año 1983, Introducción, págs. 19, 20 y 24.

⁵²⁷ Sin embargo, la interdicción -u oposición- del principio de oportunidad quedaba perfectamente recogido en el art. 105 LECrim en la redacción dada en 1882: "Los funcionarios del ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada". En este sentido, la Circular de la FGE 7/1978 de 30 de septiembre, sobre el Ministerio Fiscal ante la Constitución, se "recuerda a los señores fiscales la ineludible obligación de ejercitar la acción penal cuando conozcan por cualquier medio la existencia de hechos constitutivos de delito conforme a la legalidad vigente

⁵²⁸ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, D., *El Ministerio Fiscal...* cit., pág. 110.

⁵²⁹ MARTIN PASTOR, J., "Algunas manifestaciones de la aproximación entre el proceso penal y el proceso civil" en *La convergencia entre el derecho civil y penal ¿una dirección adecuada?*, (coord. ARMENTA DEU, T.), Madrid, 2013, pág. 151.

go, no puede contemplarse como parte del principio de legalidad, la obligatoriedad del Fiscal de investigar los delitos, ya que dicha actividad corresponde al Juez instructor⁵³⁰.

De cualquier modo, para concluir esta introducción hemos de recordar que a pesar de la literalidad del mencionado art. 105 de la LECrim, la doctrina⁵³¹ y el propio Tribunal Constitucional⁵³² han venido suavizando y flexibilizando el principio de legalidad.

Estudiaremos ahora la significación positiva, puesto que de la negativa ya nos hemos hecho cargo -en lo esencial- en la parte referida a los diferentes medios generalmente utilizados para la agilización de la justicia penal, en concreto en lo concerniente a la introducción del principio de oportunidad.

4.2.2.- *Significación positiva*

El aspecto positivo del principio de legalidad es la base de la imparcialidad del Ministerio Fiscal, de modo que ha de ser secundado por el principio de imparcialidad, al efecto de conseguir la misma en el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas⁵³³. De este modo, habremos de referirnos de forma individualizada a cada una de ellas.

Atendiendo a la expresión “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad” que se atribuye al Ministerio Fiscal y que se recoge en los arts. 124.1 de la CE y 1 del EOMF, es necesario señalar que algunos autores interpretan dicho cometido no como principio rector, sino como misión del Ministerio Fiscal sin relación objetiva alguna con el contenido de los principios rectores⁵³⁴; mientras que otros lo hacen, soste-

⁵³⁰ Y ello a pesar de que el párrafo primero del art. 773 de la LECrim establezca que cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará el mismo u ordenará a la policía judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo.

⁵³¹ Por todos, PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad” en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 364 y 365.

⁵³² El Pleno del TC, en la Sentencia 56/1994, de 24 de febrero, (Ponente: Gabaldón López, José), declaraba que “*la función atribuida al Ministerio Fiscal por la Constitución, de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, según la cual ejerce la acusación en los procesos penales, no implica necesariamente el deber constitucional (ni incluso legal) de ejercerla en todos los casos, incluso en aquéllos en que resulta atribuida facultativamente a la propia víctima, ni, por tanto, puede considerarse que la exoneración legal de hacerlo en algún tipo de esos juicios de faltas vulnera el principio de igualdad. De igual suerte que la Ley dispone la participación obligatoria del Ministerio Fiscal en algunos procesos no penales, puede relevar al Fiscal de intervenir en algunos de aquellos supuestos en los que la defensa del interés público tutelado por la Ley, se atribuye a los particulares interesados; distinción que tiene una justificación objetiva y razonable y no puede considerarse, por ello, discriminatoria*”. Pero hay que especificar que el Tribunal Constitucional se está refiriendo aquí a delitos generalizados y no a una discrecionalidad referida a asuntos particulares.

⁵³³ Es lo que CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal* cit., pág. 77 denomina vertiente objetiva del principio de imparcialidad, siendo ésta derivada del principio de legalidad, siendo que los fiscales habrán de regirse por él para evitar la influencia de otros criterios o intereses. El autor la distingue de la vertiente subjetiva que no es sino un deber del fiscal de separar criterios e ideologías personales a efectos de actuar objetivamente también en cumplimiento de la legalidad.

⁵³⁴ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal del...* cit., págs. 47, 48 y 118.

niendo que existe una conexión entre función y principio de modo que “este doble carácter esencial de la legalidad, como principio rector y como finalidad que cumplir, singulariza la posición constitucional del Fiscal, destacándolo de todos los poderes públicos, en cuanto, si bien unos y otros están sometidos al imperio de la ley, el Ministerio Fiscal es el único órgano que aparece construido en la Constitución, para el mantenimiento y defensa de la legalidad, que se constituye en el fundamento de la Justicia, propugnada en el artículo 1.1 como valor superior, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político”⁵³⁵.

A su vez, como órgano promotor de la justicia y teniendo en cuenta el art. 3.1 del EOMF, el Ministerio Fiscal ha de “velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes”, de forma que no sólo ha de vigilar la legalidad referida al proceso, sino también controlar la actividad jurisdiccional. El Ministerio Público es promotor de la justicia y no sólo acusador, lo que implica un compromiso en la defensa del proceso debido, y, consecuentemente, de la defensa de los valores y fines a alcanzar mediante el proceso.

También es el Ministerio Fiscal el órgano de defensa del interés público tutelado por la Ley y de los derechos de los ciudadanos. Este interés público tutelado no deja de ser otra de las atribuciones del Ejecutivo, dentro de las que podríamos integrar el establecimiento y concreción de la política criminal, de modo que la legalidad aquí serviría para armonizar la relación entre el Ejecutivo y el Ministerio Público.

En cuanto a su función de velar por la independencia de los Tribunales, hemos de decir que ello supone proteger al Poder Judicial, no sólo de ingerencias externas, sino también de las que pueda sufrir el mismo juzgador respecto de su propia independencia⁵³⁶.

4.3.- El principio de imparcialidad: objetividad e independencia en la defensa del interés público

Establece el artículo 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que: “Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados”⁵³⁷.

GOLDSCHMIDT⁵³⁸ entendía la imparcialidad como “el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente. No importa, por un lado, si en

⁵³⁵ CONDE-PUMPIDO FERRERIRO, C., *El Ministerio Fiscal* cit., pág.76. También MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...* cit., pág. 124.

⁵³⁶ Nos referimos aquí a la intervención del MF en los procesos de abstención y recusación y en los supuestos de actuaciones penales por prevaricación, cohecho y otros delitos contra la Administración de Justicia.

⁵³⁷ Algún autor distingue entre imparcialidad y principio de imparcialidad, considerando a aquella, como una institución jurídico-procesal que se explica dentro de un proceso judicial y que busca que el Juez, el tercero, encargado de resolver la controversia, pueda decidir sin otro condicionamiento externo que la Ley. Por otro, el principio de imparcialidad, se refiere a una especie de ideal al que aspirar sin presupuestos o contenidos precisos, que puede aplicarse aun sin estar en el marco de una controversia judicial. *Vid.* LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *El Ministerio Fiscal español. Principios...*, cit., pág. 131.

la esfera objetiva el testimonio es verdadero, el dictamen exacto y la resolución justa o legal. Basta que el acto se inspire en este deseo”. Quien además señalaba que la idea de imparcialidad no excluye la idea de parte. Y más aún, se puede ser parte formal y material sin excluir en ningún caso la idea de imparcialidad, por cuanto que ésta, connota una relación entre los móviles de una persona y un acto procesal o, lo que es lo mismo, que la actuación del sujeto ha de ir guiada a decir la verdad o inspirarse en la misma, con independencia de la veracidad o no del testimonio, de la exactitud del dictamen o de la justicia de la resolución.

Más concretamente, MONTERO AROCA⁵³⁹ definía la parcialidad como “el designio o, al menos, la prevención del juez de poner el ejercicio de su función al servicio del interés particular de una de las partes o del interés del propio juez”. De modo que, en sentido negativo, la imparcialidad consistiría en la ausencia de dicho designio o prevención. Añadía el autor un componente más al concepto de imparcialidad judicial, el de la incompatibilidad de la condición de juez con la de parte, entendiendo dicho rasgo como “la misma esencia de la jurisdicción”.

Consideramos importante matizar la -en apariencia- confusa posición del Ministerio Fiscal, en cuanto parte del proceso penal, ya que sin ser titular del derecho a la imposición de la pena, es el titular legitimado en el proceso para la defensa de los intereses que le han sido encomendados legalmente⁵⁴⁰. Y así, un amplio sector doctrinal⁵⁴¹, se refiere al respecto caracterizándolo bien como parte formal o bien, como parte especial pública, entre otras caracterizaciones.

La imparcialidad -referida al Ministerio Fiscal- no aparece mencionada en el artículo 17 de la Constitución que define la posición constitucional del juez. El artículo 103.2 de

⁵³⁸ GOLDSCHMIDT LANGE, W., “La imparcialidad como principio básico del proceso” en *Revista de Derecho Procesal* núm. 2, 1950, págs. 184 y ss.

⁵³⁹ MONTERO AROCA, J., “El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)” en *Diario La Ley* núm. 4735, 1, 1999, pág. 1.

⁵⁴⁰ Señala GIMENO SENDRA, J. V., que, dado que el Ministerio Fiscal no defiende derechos e intereses propios, sino ajenos, a la vez que intereses públicos socialmente relevantes, su actuación es propia de una parte imparcial, siendo esta incluso superior incluso a la de los Jueces, puesto que, si la de éstos es individual y difusa, la de los Fiscales es una “imparcialidad colectivamente reflexionada” *Vid. Introducción...cit.*, págs. 196, 199 y 200. A su vez, LÓPEZ LÓPEZ, A. M., indica que “La imparcialidad viene asegurada, en gran medida, por el hecho de que el Fiscal no elige los asuntos que le corresponde despachar, sino que le vienen dados por el sistema de reparto que previamente opera en cada Fiscalía, debiendo basarse para adoptar sus decisiones, únicamente en los conocimientos jurídicos de los que disponga”. *Vid.* “El principio de dependencia jerárquica en el Ministerio Fiscal español” en *Actualidad Penal* núm. 26, 1991, pág. 271.

⁵⁴¹ *Vid.* MONTERO AROCA, J., “El significado actual del llamado principio acusatorio” en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, (AAVV, coords. GÓMEZ COLOMER, J. L., GONZALEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 321, 322 y 324; BUJOSA VADELL, L., “Aproximación a la iniciación de la investigación penal en la propuesta de Código Procesal Penal: ¿oficialidad o discrecionalidad?” en *Diario La Ley* núm. 8098, 2013, pág. 5; BASTERRECHE BENGOA, T., “Jueces y Fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales” en *Revista de Estudios Políticos* núm. 160, 2013, pág. 119; ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, N., “Lo que debe ser el Ministerio Público” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1929, págs. 528 a 530; TORRES-DULCE LIFANTE, E., “Las señas de identidad del Fiscal custodio de la Ley: autonomía e imparcialidad” en *Revista del Poder Judicial* núm. 96, 2013, pág. 12.

la Constitución al reservar a la ley la regulación del estatuto de los funcionarios públicos dispone que la ley regulara las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios de la Administración Pública. Por su parte, el artículo 124 de la CE lo erige, de la mano del principio de legalidad, en principio rector fundamental de la actuación del Ministerio Público.

El Fiscal no es Juez. No tiene la imparcialidad del tercero⁵⁴², ya que actúa como parte pública y, aunque pudiera parecer contradictorio con su posición procesal, es imparcial⁵⁴³. No puede ser recusado⁵⁴⁴ dada su condición de parte necesaria, pero debe abstenerse cuando concurra en él alguna de las causas de abstención previstas para los jueces, sin que la dicción del art. 28 EOMF -los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser recusados- responda a la hipótesis de que en el Fiscal concreto no pueda concurrir alguna de las causas que motivan la recusación del Juez, ya que los Fiscales vienen obligados a abstenerse cuando en ellos concurra alguna de las mencionadas causas, siendo la vía jerárquica la procedente para separar al Fiscal del asunto⁵⁴⁵.

El sometimiento al principio de imparcialidad no es una exigencia nueva para el Fiscal, ya que ha venido siendo un principio característico desde su concepción tradicional⁵⁴⁶. Ya el Reglamento Provisional de la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835 -anteriormente citado- bajo la regencia de María Cristina, disponía en su artículo 7 -con una claridad que no aparecerá en normativas posteriores- que: “Todos los fiscales y promotores fiscales deberán siempre tener presente que su ministerio, aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la ley en cuyo nombre lo ejercen, y que si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos y demás intereses de la causa pública, tienen igual obligación de defender o prestar apoyo a la inocencia, de respetar y procurar que se respeten los legítimos derechos de las personas particulares procesadas, demandadas o de cualquier modo interesadas, y de no tratar a éstas sino como sea conforme a la verdad y a la justicia”.⁵⁴⁷

⁵⁴² FERRAGIOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria dei garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, pág. 47, explica magníficamente la cualidad de *terzietà*.

⁵⁴³ ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, 5^a ed., Valencia, 2008, pág.144, sostiene que “(...) se da la paradoja de tener que afirmar que el Ministerio Fiscal es una parte imparcial lo que, desde luego, además de no decir nada desde un punto de vista semántico, significa utilizar dos términos que se excluyen mutuamente”, sin embargo, termina por indicar que cabe hablar de un Ministerio Fiscal “objetivamente parcial por cuanto se atiende al interés superior y exclusivo en el respeto del ordenamiento jurídico.

⁵⁴⁴ ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., ponía de manifiesto las dificultades de recusar al Fiscal en virtud de su relación con el Gobierno y teniendo en cuenta el principio de unidad, ya que recusando a un miembro del Fiscal se estaría recusando a todo el Ministerio Público, “Lo que debe ser...”, cit., pág. 529.

⁵⁴⁵ FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal en...*, cit., pág. 612.

⁵⁴⁶ Véase sobre la parcialidad como medio para llegar a la imparcialidad, MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal, su pasado ...*, cit., págs. 168 a 177.

⁵⁴⁷ También el Estatuto de 1926, en su primer artículo, tras referirse a la misión del Ministerio Fiscal en los mismos términos que lo hiciera el artículo 763 de la Ley Provisional del Poder Judicial de 1870, añade que deberá “procurar siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social”, si bien al establecer igualmente que “tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial”; por lo que, el Ministerio Fiscal, lejos de ser dotado de auténtica imparcialidad, se convierte en “una prolongación del Ejecutivo en sede Jurisdiccional”, como señalara CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Vid. El Ministerio Fiscal...* cit., pág. 33.

Sin embargo, el sistema elegido por nuestro legislador, y regulado en el art. 124.4 de la CE, para el nombramiento del Fiscal General del Estado hace que el Gobierno, para el desarrollo de su Política Criminal, designe a una persona de su confianza, lo que, a su vez, coopera a desconfiar de la imparcialidad del Ministerio Fiscal.

Lo mismo ha de señalarse, pero descendiendo en el rango, de los diversos nombramientos de las Jefaturas dentro de la estructura jerárquica, puesto que se realizan igualmente de forma discrecional; y como manifestara LANZAROTE MARTINEZ⁵⁴⁸ “desde siempre no ha dejado de pesar en el ánimo de muchos, que en la mayoría de los nombramientos son criterios distintos a los de mérito y capacidad los que se tienen en cuenta a la hora de decidir por uno u otro candidato y que en aquéllos han primado más otras consideraciones de signo ideológico, partidista o de simple pertenencia a una u otra asociación profesional. Ello no supone en modo alguno dudar en la capacidad e idoneidad de los finalmente designados, pero no elimina la convicción de que también eran igualmente idóneos los que asimismo optaron a esos destinos y que las razones que movieron a postergarlos poco tenían que ver con el mérito, la capacidad o la idoneidad. No en vano ha sido utilizado en este terreno la expresión de reequilibrio ideológico como criterio de selección o el de la confianza personal o de su falta para justificar un nombramiento o explicar un cese profesional. E incluso no es difícil encontrar, en otros ámbitos, referencias de algunos responsables políticos a la primacía de estos criterios en el nombramiento de los cargos discrecionales del MF”.

No obstante lo hasta ahora dicho, nos resistimos a dejar de mencionar el informe GRECO⁵⁴⁹ respecto a la independencia de los jueces en nuestro país, y sin que ello, indiscutiblemente, suponga obviar las deficiencias que se observan en la Fiscalía española, a la que también dedica parte del informe.

El GRECO⁵⁵⁰ había recomendado realizar en España una evaluación del marco legislativo que rige el Consejo General del Poder Judicial y sus efectos sobre la independencia real y percibida de este órgano respecto de cualquier influencia indebida, con vistas a subsanar las deficiencias detectadas. Pues bien, las conclusiones del informe nacido de la 83ª sesión plenaria celebrada desde el día 17 hasta el 21 de junio de 2019, tras su cuarta ronda de información-segundo informe intermedio de cumplimiento, ponían de manifiesto que la referida recomendación de independencia del CGPJ no se había cumplido, refiriéndose en concreto a la intervención política en el nombramiento de alguno de los miembros del referido Consejo. Recordaba el GRECO que “su opinión de que la creación de Consejos del Poder Judicial tiene por objeto, en general, garantizar mejor la independencia del Poder Judicial, en apariencia y en la práctica”. Lamentablemente, el resultado en España sigue siendo el contrario, como ya se destacó en el infor-

⁵⁴⁸ LANZAROTE MARTINEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto orgánico*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 431.

⁵⁴⁹ GRECO (Council of Europe Group of States against Corruption) Grupo de Estados contra la corrupción, dependiente del Consejo de Europa.

⁵⁵⁰ En el 62º plenario (2-6 de diciembre de 2013) publicado el 15 de enero de 2014, se realizaron 11 recomendaciones a nuestro país, siendo que en el 72º plenario se determinó que no se había cumplido ninguna de ellas; en el informe intermedio del 78º plenario (4 a 8 de diciembre de 2017) el Greco volvió a calificar el nivel de cumplimiento de las recomendaciones como “globalmente insatisfactorio”, presentándose por España el 1 de marzo de 2019 un informe sobre los “progresos” realizados.

me de evaluación de la cuarta ronda y se ha visto confirmado por los recientes acontecimientos en el país.

El mismo informe, pero referido a la Fiscalía española, señalaría que seguían sin cumplirse las recomendaciones referidas a la instauración de los mecanismos necesarios para garantizar las comunicaciones entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno a fin de que sean transparentes y por escrito para dotar al Ministerio Público de mayor autonomía⁵⁵¹

En fecha 5 de junio de 2020, la Comisión Permanente del CGPJ aprobó un informe en el que defendía el sistema vigente de elección de vocales de este órgano por las cámaras parlamentarias y ello, frente al último dictamen del GRECO al respecto⁵⁵². También había recomendado el GRECO el establecimiento por ley de criterios objetivos y requisitos de evaluación para el nombramiento de altos cargos de la Judicatura, siendo que en este punto se considera se ha realizado un cumplimiento parcial de la misma, al haberse modificado la LOPJ, tras la promulgación de la nueva LO 4/2018.⁵⁵³

Tras este inciso, y continuando con el principio de imparcialidad, LÓPEZ AGUILAR⁵⁵⁴ desglosaba el principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal, por un lado en objetividad, entendida como la acción de atender ante todo, el interés general defendido por la ley; y por otro, en imparcialidad, o cualidad *metapartes* del Fiscal, lo que le sitúa en una posición ajena tanto respecto a las partes como al órgano decisor.

A su vez, y siguiendo la jurisprudencia del TEDH, el TC manifestó que el concepto de imparcialidad *“se caracteriza por distinguir dos perspectivas -subjetiva y objetiva-, desde las que valorar si el juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial [Sentencias del TEDH dictadas en los casos Piersack y De Cubre (...) la perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquél que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su*

⁵⁵¹ Vid. también el “Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España” que acompaña al documento *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*”, de 20 de septiembre de 2020.

⁵⁵² Este informe subraya que esa cuestión “queda situada fuera de las competencias y funciones del CGPJ, ya que solo con una reforma legal puede variarse el sistema vigente y no se hizo en 2018. Y añade que “Aun así, no hay que dejar de resaltar que la actual composición del CGPJ es fruto de un acuerdo parlamentario adoptado por más del noventa por ciento de sus miembros, no siendo baladí la presencia de muchas fuerzas políticas en ambas Cámaras; y el sistema de elección de los vocales puede ser susceptible de cambios, pero es incuestionable desde un punto de vista de legitimidad democrática”.

⁵⁵³ En la que se incluyen las siguientes novedades principales: Obligación de incluir en la convocatoria pública los criterios de selección y los requisitos de evaluación pertinentes del puesto, celebración de una audiencia pública y justificación por escrito de la decisión de nombramiento, incluido un informe motivado sobre integración de la perspectiva de género; el requerirse una mayoría cualificada de tres quintos; y la revisión de la duración de los mandatos, que se limita a cinco años, renovables una vez.

⁵⁵⁴ LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia y sus problemas...cit.*, págs. 180 y181, quien manifiesta que la cualidad *metapartes* del Fiscal, no puede ser identificada con la cualidad *suprapartes* del Juez.

inidoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto (caso Hauschildt) (...) por lo que se refiere a la actividad procesal, y más concretamente, a la desarrollada en el proceso penal, este Tribunal ha establecido ya como reglas constitucionalmente exigidas las que afirman la incompatibilidad entre las funciones de fallo y las de previa acusación o de auxilio a la acusación (...) esta obligación de ser ajeno al litigio, de no jugarse nada en él, de no ser juez y parte ni juez de la propia causa, puede sintetizarse en dos reglas: según la primera, el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; por la segunda, el juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en su contra”⁵⁵⁵.

Como ya hemos dejado indicado, las causas legales de abstención son básicamente las mismas para jueces y fiscales, *ex* artículos 217 y 219 LOPJ y 96 LECrim; y el régimen de prohibiciones e incompatibilidades de los miembros del Ministerio Fiscal se encuentra regulado en el art. 127 CE, 389 a 395 LOPJ y 55 a 59 EOMF. En cualquier caso, el Fiscal y el Juez han de ser siempre rigurosa y exquisitamente imparciales en aras de la justicia y la dignidad.

A pesar del similar tratamiento legal -genérico- de la imparcialidad para Jueces y Fiscales, es lo cierto que la de los Jueces lo es -al menos por ahora- tridimensional, mientras que la de los Fiscales lo es bidimensional por aquello de la dependencia jerárquica. Y algunos autores entienden además, que el Fiscal no puede ser imparcial, sencillamente, porque es parte y no actúa en una relación jurídica ajena, siendo que no es un “tercero” como lo es el Juez⁵⁵⁶. Sin embargo, entendemos, es importante distinguir entre parte formal (en cuanto que el Ministerio Fiscal es parte necesaria en cuanto a dialéctica del proceso), y parte material (con un interés concreto dirigido a la obtención de una resolución determinada, dependiendo de los intereses concretos que defiende)⁵⁵⁷.

En cualquier caso, dentro de la Fiscalía española⁵⁵⁸ se alzan bastantes voces solicitando mayores garantías de imparcialidad⁵⁵⁹, en la consideración de que las mismas no

⁵⁵⁵ STC 162/1999, de la Sala Segunda, de 27 de septiembre, (Ponente: Vives Antón, Tomás Salvador).

⁵⁵⁶ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *Ministerio Fiscal. Principios...* cit., pág. 131.

⁵⁵⁷ FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal...* cit., pág. 279 sostiene que el fiscal, “dado que entre otras funciones tendrá la de ejercitar la acción penal”, procesalmente, “habrá de ser parte”, sin embargo, no se le podrán atribuir todos los “calificativos que tradicionalmente se les vienen atribuyendo a las partes pues, además de ser imparcial”, ostentará “en el proceso un cierto status *supra partes* que, en ocasiones, más parece recordar a la figura del juez que al resto de las partes procesales”.

⁵⁵⁸ *Vid.* al efecto las numerosas ponencias referidas al EOMF en diferentes aspectos disponibles en *fiscal. es*.

⁵⁵⁹ Precisamente, y siendo que la Fiscalía General del Estado y el Consejo Fiscal en concreto, ha pasado a asumir la plena competencia para la tramitación y apreciación de las compatibilidades de los miembros del Ministerio Fiscal -tras una reinterpretación de determinados preceptos estatutarios y reglamentarios- se elaboró por dicho órgano -en sesión de fecha 1 de marzo de 2018- una nota informativa, estableciendo o concretando las actividades públicas o privadas que pueden simultanear los Fiscales al no precisar compatibilidad, las que resultan absolutamente incompatibles con la función fiscal y las que exigen autorización de

han sido lo suficientemente completadas o materializadas y debido fundamentalmente a dos motivos: por un lado, la debilidad del Ministerio Fiscal en su relación con los poderes públicos (como causa *ad extra*); y por otro, el escaso interés de la propia oligarquía del Ministerio Fiscal en la desaparición de las importantes facultades jerárquicas con muy escasas limitaciones (como causa *ad intra*).

En lo que hace a la debilidad del Ministerio Fiscal, no debe escandalizarnos el hecho de reconocer que el mismo ha sido mantenido en una situación de “penuria” material. A la vez, sorprendentemente, se ha producido un paulatino incremento de atribuciones sin la correspondiente y necesaria asignación de medios materiales ni personales, de modo que, en la práctica resulta poco viable esperar que la Institución pueda velar con dignidad por su adecuada regulación y funcionamiento interno. El Ministerio Público español carece de presupuesto, depende del Gobierno Central y al mismo tiempo de distintos Gobiernos autonómicos para disponer de medios materiales y personales⁵⁶⁰.

El segundo motivo que se esgrime al efecto es el ya indicado de la ausencia de interés en la actualización de la regulación estatutaria.

Además de lo hasta ahora dicho, habremos de señalar, que las Recomendaciones (2000)19, 21, 28 y 26 del Consejo de Europa recordaban que la labor del Ministerio Fiscal habían de hacerse bajo el principio de legalidad y buscando la aplicación igualitaria de la ley a la vez que encomendaba al Fiscal verificar la legalidad de las investigaciones policiales, asegurando el respeto de los derechos humanos en todo momento y ello con independencia de que la policía estuviere o no bajo su autoridad⁵⁶¹.

compatibilidad, indicando además el procedimiento y la normativa aplicable, siendo ésta la CE, el EOMF, la LOPJ, el Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011 y la Ley 53/1984 de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas. Se señala además en dicha nota informativa del Consejo Fiscal que con el régimen de incompatibilidades se persigue el fundamental objetivo de asegurar la imparcialidad de actuación: no estar sometido a influencias; evitar conflictos e interferencias de intereses en la toma de decisiones; dedicar mayor atención a la función y servicio público; garantizar la objetividad de actuación o la objetividad propia de la función pública.

⁵⁶⁰ No está de menos indicar también que, a pesar del principio de unidad del MF, siendo único para todo el país, no tiene un sistema informático propio, lo que parece debiera ser indiscutible, siendo irrazonable que una misma institución tenga una docena de sistemas informáticos distintos, además de incompatibles entre sí.

⁵⁶¹ En concreto, la Recomendación (2000) 19 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa dispone sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal que *“el fiscal deberá actuar equitativa, imparcial y objetivamente”*. Habremos como mínimo de mencionar -aunque sólo sea a modo de curiosidad- la Recomendación (2012) 11, of the Committee of Ministers on the role of public prosecutors outside the criminal justice system, que tras indicar en el Appendix C4. *“As in the criminal law field, public prosecutors should exercise their responsibilities and powers outside the criminal justice system in full accordance with the principles of legality, objectivity, fairness and impartiality”*, encomienda a los Fiscales en el Appendix D.20: *“The public prosecutor should neither participate in the deliberations of the court, nor give the impression of doing so”*.

A su vez, el **“Report on the independence and impartiality of de prosecution services in the Council of Europe members States in 2017”** del Bureau of the Consultative Council of European Prosecutors (CCPE-BU), de 7 de febrero de 2018, ya advertía en la Introducción, referida al objetivo, propósito y limitaciones del estudio realizado señalando en concreto: 9. *In accordance with the proposal of the Secretary General to focus on the independence and impartiality of the judiciary, the categories of alleged infringements are those related to: a) organisational independence of the prosecution services from the executive and legislative*

powers; b) functional independence: appointment and security of tenure of prosecutors; c) impartiality of prosecutors, codes of ethics and professional conduct and disciplinary measures; d) the economic basis for the smooth functioning of the system of prosecutor offices; e) prosecutors and the media: public discussion and criticism of prosecutors. Después, en el apartado II, A), párrafos 15 a 19 tras reconocer la diversidad de sistemas existentes en la Unión Europea señala que: 15. *Therefore, the independence and autonomy of the prosecution services constitute an indispensable corollary to the independence of the judiciary and they should be enhanced. Such independence must be guaranteed by law, at the highest possible level, in a manner similar to that of judges. In countries where the public prosecution is independent of the government, the state must take effective measures to guarantee that the nature and the scope of this independence are established by law. 16. In countries where the public prosecution is part or subordinate to the government, or enjoys a different status to the described above, the state must ensure that the nature and scope of the latter's powers with respect to the public prosecution is also established by law, and that the government exercises its powers in a transparent way and in accordance with international treaties, national legislation and general principles of law. 17. The EctHR has considered it necessary to emphasise that 'in a democratic society both the courts and the investigation authorities must remain free from political pressure'. It follows that prosecutors should be autonomous in their decision making and, while cooperating with other institutions, should perform their respective duties free from external pressures or interferences from the executive power or the parliament, having regard to the principles of separation of powers and accountability. The EctHR has also referred to the issue of independence of prosecutors in the context of "general safeguards such as guarantees ensuring functional independence of prosecutors from their hierarchy and judicial control of the acts of the prosecution service". 18. States must ensure that prosecutors are able to perform their functions without intimidation, hindrance, harassment, improper interference or unjustified exposure to civil, penal or other liability. Prosecutors should be in a position to prosecute, without obstruction, public officials for offences committed by them, particularly corruption, unlawful use of power and grave violations of human rights. 19. Prosecutors must be independent not only from the executive and legislative authorities but also from other actors and institutions, including those in the areas of economy, finance and media". Y continúa, en el mismo apartado II B). Functional independence: 20. The CCPE has emphasised that the proximity and a complementary nature of the missions of judges and prosecutors create similar requirements and guarantees in terms of their status and conditions of service, namely regarding recruitment, training, career development, salaries, discipline and transfer (which must be affected only according to the law or with their consent. For these reasons, it is necessary to secure proper tenure and appropriate arrangements for the promotion, discipline and dismissal of prosecutors. 25. The manner in which the Prosecutor General is appointed and dismissed plays a significant role in the system guaranteeing the correct functioning of the prosecutor's office. If governments have some control over the appointment of the Prosecutor General, it is important that the method of selection is such as to gain the confidence and respect of the public as well as of the members of the judicial and prosecutorial system and legal profession". En el Apartado II, C). Impartiality of prosecutors, codes of ethics and professional conduct and disciplinary measures: 26. The CCPE has underlined that "prosecutors should adhere to the highest ethical and professional standards, always behaving impartially and with objectivity. They should thus strive to, and to be seen as, independent and impartial, should abstain from political activities incompatible with the principle of impartiality, and should not act in cases where their personal interests or their relation with the persons interested in the case could hamper their full impartiality. 30. In order to ensure the impartiality of prosecutors, it is important to take into account not only the external independence of the prosecution services from other state powers, but also individual prosecutors ability to take objective decisions free from undue pressures within the prosecutorial system. The CCPE has agreed with the Venice Commission that "it is essential to develop appropriate guarantees of non-interference in the prosecutor's activities. Non-interference means ensuring that the prosecutor's activities, in particular in trial procedures, are free of external pressure as well as from undue or illegal internal pressures from within the prosecution system. 31. In this regard, the CCEP has noted that "a hierarchical structure is a common aspect of most public prosecution services, given the*

Finalizaremos indicando que, conforme al parecer expresado en algunas de sus sentencias el TJUE entiende que, la estructura orgánica del Ministerio Fiscal -jerárquica-, no obstaculiza su consideración de autoridad imparcial. De este modo, la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, establecerá que “(...) *si bien es cierto que los fiscales están obligados a cumplir las instrucciones que emanan de sus superiores jerárquicos, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular de las sentencias de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y Zwickav) (C-508/18 y C-82/19 PPU), así como de 27 de mayo de 2019 (Fiscal General de Lituania) (5-509/18) se desprende que la exigencia de independencia, que excluye que la facultad decisoria de los primeros sea objeto de instrucciones ajenas al poder judicial, procedentes en particular del poder ejecutivo, no prohíbe las instrucciones internas que pueden impartirse a los fiscales por sus superiores jerárquicos también fiscales, sobre la base de subordinación por la que se rige el funcionamiento del Ministerio Fiscal.*”

4.4.- Otros principios

Junto a los principios hasta ahora señalados, también confluyen otros a considerar. De este modo y, fundamentalmente, habríamos de añadir a los anteriores el principio de eficacia, que obliga a la Administración a un deber positivo de actuación de acuerdo con sus exigencias.

*nature of tasks they perform. Relationships between the different layers of the hierarchy must be governed by clear, unambiguous and well-balanced regulations, and an adequate system of checks and balances must be provided for. In a State governed by the rule of law, when the structure of the prosecution service is hierarchical effectiveness of prosecution is, regarding public prosecutors, strongly linked with transparent lines of authority, accountability and responsibility. In a hierarchical system, the superior must be able to exercise appropriate control over the decisions of the office, subject to proper safeguards for the rights of individual prosecutors. 33. The CPPE has further underlined that “prosecutors must earn the trust of the public by demonstrating in all circumstances and exemplary behavior. They must treat people fairly, equally, respectfully and politely, and they must at all times adhere to the highest professional standards and maintain the honour and dignity of their profession, always conducting themselves with integrity and care. 35. “Codes of professional ethics and of conduct should be adopted and made public, based on international standards developed by the United Nations, as well as those set out in the European Guidelines on Ethics and Conduct for Public Prosecutors (The Budapest Guidelines) adopted by the Conference of Prosecutors General of Europe on 31 May 2005). Y finalmente, en el Apartado II D. en el terreno de la financiación: 36. The CPPE has emphasised that the provision of adequate organisational, financial, material and human resources contributes to ensuring independence. Particularly in times of economic difficulty, sufficient resources should be assigned to provide a quality service. 38. In any case, whether the prosecution services have management autonomy or not, they should have the possibility to estimate their needs, negotiate their budgets and decide how to use the fund allocated in a transparent manner, in order to achieve the objectives of speedy and quality justice. Igualmente, el **Report in the independence and impartiality of the prosecution services ... (2019 edition)** viene a insistir en los mismos objetivos, destacando las mejoras realizadas desde el anterior informe y subrayando los puntos endémicos. En este informe no aparece nombrada España, lo que no implica ni haya cumplido -o mejorado- ni tampoco incumplido los objetivos exigidos para la independencia e imparcialidad de jueces y fiscales, simplemente, significa que el Bureau del CCPE no ha recibido información al efecto, o la recibida no era relevante.*

Como ya hemos dicho en la parte primera de este trabajo, se ha entendido por eficacia la capacidad de una organización de conseguir los objetivos que tiene encomendados, mientras que la eficiencia, por su parte, se refiere al hecho de que el resultado a perseguir, lo sea con la mejor utilización de los medios disponibles⁵⁶².

Para GIMENO SENDRA⁵⁶³ una Administración de Justicia es eficaz cuando concurren en ella las siguientes garantías: a) libre ejercicio del derecho de acción y de defensa; b) solución del conflicto en un plazo razonable (sin dilaciones indebidas) por un órgano independiente y mediante la aplicación del Derecho a la relación jurídico-material debatida; y c) existencia en los procesos de unas medidas cautelares y de ejecución que posibiliten la tutela efectiva de los derechos legítimos.

Desde la perspectiva de la política criminal, y del Ministerio Público como pieza esencial de la misma -tanto en la definición de la misma como en su aplicación-, la eficiencia y la eficacia son fundamentales en la medida en que racionalizan y dan contenido a las potestades organizativas de la Institución. Y es precisamente a estos efectos que la organización unitaria y jerárquica que preside el modelo constitucional español de la institución encuentra su sentido: igualdad y eficacia como exigencias del sistema penal. La mayor exigencia de la justicia penal es que sea igual para todos, y el Ministerio Fiscal ha de ser garante⁵⁶⁴ de ello, de modo que, redimensionando el principio de unidad

⁵⁶² Resulta obligado mencionar que al momento de crisis económica en el que seguíamos encontrándonos a pesar de que se pretendiera lo contrario, se ha venido a añadir la pandemia Covid 19. Y en este estado de cosas, ya el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, estableció un conjunto de normas para mejorar la eficiencia de las Administraciones Públicas en el uso de sus recursos públicos, con objeto de contribuir a la consecución del inexcusable objetivo de estabilidad presupuestaria, de 3% de déficit sobre el PIB en el año 2014, derivado del marco constitucional y de la Unión Europea, lo que conlleva especiales dificultades ente la trascendencia y relevancia constitucional del servicio que presta la Administración de Justicia y su función esencial de dar soporte a un poder del Estado (Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), que como todo poder público, se encuentra sometido a los principios de estabilidad y sostenibilidad presupuestaria, en virtud de lo previsto en el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En concordancia con lo anterior, se dictó por la FGE la Instrucción 3/2013, de 12 de noviembre, sobre *Régimen de Sustituciones en la Carrera Fiscal*, en cuya Introducción se decía: *“En el actual contexto económico es imprescindible garantizar la prestación de los servicios públicos esenciales mediante la adopción de medidas que mejoren la eficiencia de todas las Administraciones Públicas. Con esa finalidad se procedió, dentro de la Administración de Justicia a la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), por la Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia. Esta modificación de la LOPJ ha pretendido, por un lado, disminuir el gasto público reduciendo la justicia interina a supuestos excepcionales en los que no pueda garantizarse de modo diferente la prestación del servicio (...)”*. Todo este pretendido sistema de ahorro mediante las sustituciones internas se ha fue al traste, sobre todo a partir de la entrada en vigor del art. 324 LECrim en su primera redacción.

⁵⁶³ GIMENO SENDRA, J. V., “Causas históricas de la ineficacia...”, cit., pág. 580.

⁵⁶⁴ Volvemos a indicar que la postura del Fiscal es activa, requirente, comprometida en obtener una interpretación que satisfaga el interés público pues interviene como “Guardián de la Ley”, como autoridad imparcial defendiendo la Constitución, a través de la aplicación de un criterio imparcial y coherente con la norma. Vid. igualmente, GIMENO SENDRA, J. V., *Introducción...* cit., págs. 200 y 201. También MARTÍN PALLÍN, J. A., habla del Fiscal como el

de actuación, e interpretándolo de acuerdo con el de legalidad e imparcialidad, pueda resultar que, si bien al Juez le corresponde garantizar la igualdad desde la independencia, al Fiscal desde la unidad de actuación. Además, corresponde al Ministerio Fiscal velar por la aplicación de la ley pero también le compete, en mayor medida que a cualquier otra institución, cuidar por la eficiencia general del sistema penal⁵⁶⁵.

La propia Exposición de Motivos de la propuesta de un nuevo Código Procesal Penal de 2013, desde el punto de vista de la eficacia, consideraba preferible el modelo de Fiscal Investigador que se pretendía instaurar cuando decía: “Aunque, desde una injustificada desconfianza hacia la Fiscalía, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica se esgrimen como argumentos contra la reforma, lo cierto es que precisamente los expresados principios constitucionales permiten la aplicación de criterios coherentes y el seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal, en los distintos ámbitos de la criminalidad y en todo el territorio nacional”.

5.- Una conjetura sobre la delimitación conceptual del Ministerio Público en la Constitución

Partiendo del protagonismo del Ministerio Fiscal en las democracias constitucionales, su papel es fundamental en la efectividad del Estado de Derecho, sobre todo en lo que respecta al proceso penal, avistándose como un conducto aventajado entre la sociedad y la justicia y entre el poder y el proceso. Y probablemente sea ésta la razón de su naturaleza compleja y de su ubicación -delicada- en el juego de poderes.

Hemos pospuesto intencionadamente acometer esta aproximación conceptual, hasta tanto no hubiéramos realizado la correspondiente incursión previa, al efecto de que la labor nos resultara menos complicada. No obstante, adelantamos que, a pesar del empeño, el resultado no ha sido el deseado, probablemente por la dificultad añadida dada la

“guardián” ante los Tribunales. *Vid.* “El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales” en *El Poder Judicial*, Vol. II, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 1800. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., prefiere el término “*custos legis*”, encontrando su principal marco de actuación en los Tribunales de Justicia. *Vid.* “La naturaleza y principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el nuevo Estatuto Orgánico” en *El Poder Judicial*, Vol. I, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983. págs. 501 y ss.

⁵⁶⁵ La Recomendación que el Comité de Ministros adoptó el 6 de octubre de 2000 durante la 724 reunión de delegados de los Ministros del Consejo de Europa -ya mencionada en este trabajo- recoge 39 recomendaciones concretas que debían seguir los Estados respecto a la actuación de su MF, agrupándose las pautas en 7 apartados: A) Funciones del MF. B) Garantías reconocidas al MF para el ejercicio de sus funciones. C) relaciones entre el MF y los poderes Ejecutivo y Legislativo. D) Relaciones entre MF y Jueces. E) relaciones entre MF y policía. F) Deberes del MF frente a los ciudadanos. G) Cooperación internacional. El Consejo definía al Fiscal como “*la autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, por una parte, los derechos individuales y por otra, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal*”. Y recogía en las Consideraciones Generales (...) “El Comité ha querido insistir así en el concepto de la eficacia, en la medida en que, si incumbe a los jueces, más que al Ministerio Fiscal, el pronunciarse en los asuntos individuales que cuestionan las libertades en general y los derechos de la defensa en particular, la responsabilidad de velar por la eficacia de la justicia penal en su conjunto, por referencia a la noción de interés general pesa más sobre el Ministerio Fiscal que sobre el juez”.

distancia existente entre lo recogido en los textos y lo observado en la interpretación práctica y utilización concreta. De ahí que utilicemos el término conjetura.

Como ya hemos anticipado, la Constitución supuso un importante cambio en la conformación del Ministerio Fiscal que, regulándose en el Título VI “Del Poder Judicial”, afecta en el estudio de su naturaleza y lo complica⁵⁶⁶. Además, y como manifiesta DEL MORAL GARCÍA⁵⁶⁷, el Ministerio Público es un gran desconocido para la sociedad, amarrado en su consideración de figura represiva del Estado y sin que haya penetrado en la ciudadanía su faceta de defensor de los derechos de los ciudadanos, del interés público tutelado por el Estado, de la satisfacción del interés social y de la independencia judicial.

MORENO CATENA⁵⁶⁸ sostiene que “La Constitución reconoce específicamente este órgano en el art. 124 como lo hacen las recientes Constituciones europeas; pero se ve incapaz de perfilar de un modo nítido sus contornos, en particular, su posición en el juego de poderes y el papel que debe desempeñar en el Estado social y democrático de Derecho, y eso otorga por su parte, un amplio margen al legislador ordinario”, de forma que nos encontramos ante “un órgano del Estado que tiene constitucionalmente encomendada la promoción de la justicia por medio de órganos propios, para cumplir funciones muy diversas”.

Otros autores⁵⁶⁹ se decantan por su consideración de “órgano administrativo cualificado por su actividad de colaborar al ejercicio de la potestad jurisdiccional en orden a garantizar el cumplimiento efectivo de la legalidad”.

En cualquier caso, todas las corrientes doctrinales coinciden en que el Ministerio Público es un órgano del Estado⁵⁷⁰. Además, y por lo menos, es un órgano que toma parte en la Administración de Justicia conforme deriva de su ubicación tanto en la CE como en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Amén de su relevancia constitucional conforme señala el art. 2 del vigente EOMF. Pero si nuestro esfuerzo fuera dirigido a su encaje

⁵⁶⁶ GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A., “El Ministerio Fiscal” en *Documentación Jurídica* núms. 45-46, 1985, Madrid, pág. 229.

⁵⁶⁷ DEL MORAL GARCÍA, A., “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, cit., pág. 19.

⁵⁶⁸ Vid. (con CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Introducción al Derecho Procesal* cit., pág. 165.

⁵⁶⁹ GIMENO SENDRA, J. V., *Constitución y Proceso*, cit., pág. 68. Por su parte, RAMOS MÉNDEZ, F., indica que el Ministerio Público “es un órgano del sistema público de justicia Y como tal, sujeto a una determinada organización en el ámbito del Estado”, Vid. *El Sistema Procesal Español*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 96. CALVO SÁNCHEZ, M. C., “¿Ministerio Fiscal o Juez instructor de la causa?”, *Cuadernos Abulenses* núm. 22, 1994, pág. 140.

⁵⁷⁰ La consideración de órgano estatal se refleja por diferentes autores. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., señala que el MF es un órgano perteneciente a la estructura del Estado social y democrático de Derecho con arreglo a lo previsto en el art. 1 de la CE. “El modelo post-constitucional...”, cit., pág. 10. LÓPEZ AGUILAR, J. F., califica al Ministerio Fiscal de “órgano sui generis del Estado y operativo en el ámbito de la Administración de Justicia”, “La crisis de la justicia. Marco para un análisis” en *Estudios de Derecho Público*, Vol. II, Homenaje a Juan José Ruiz Rico, Civitas, Madrid, 1997, pág. 1447. GUERRA SAN MARTÍN, J., lo define como un órgano estatal “propio” que actúa en el ámbito del Poder Judicial, sin ser órgano jurisdiccional. Y si bien actúa conforme a los principios de legalidad e imparcialidad, puede recibir indicaciones del Poder Ejecutivo. No es representante ni de la sociedad ni del interés público por ser conceptos sociológicos, ni es representante del Estado, pues para eso están los Abogados del Estado, *Lecciones de Derecho Procesal. Introducción*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1992, pág. 232.

técnico-jurídico en alguno de los tres Poderes clásicos concretos, el resultado bien pudiera ser de desvarío sistémico.

Por suerte, nuestro interés se encuentra centrado en la consideración que el Ministerio Fiscal tiene de órgano fundamental al efecto de sustentar la acusación pública, aunque con ello tampoco consigamos dilucidar su verdadera “identidad”. En este enfoque de parte⁵⁷¹ necesaria en el proceso penal podríamos convenir con la definición “global” que aporta MUERZA ESPARZA⁵⁷² al contemplar al Ministerio Público como “un complejo orgánico propio y distinto aunque conectado con el judicial, de naturaleza pública, instituido por el Estado, siendo pieza fundamental del proceso penal basado en el denominado principio acusatorio”.

Finalmente, apreciando la importancia que encierra la consideración que el Tribunal Constitucional pudiera mantener respecto del Ministerio Fiscal, señalaremos que, además de contemplarlo como un órgano sin naturaleza auténticamente judicial⁵⁷³, y como parte necesaria, también advierte de su imposibilidad de caracterización como parte privada⁵⁷⁴

⁵⁷¹ El Tribunal Supremo ya otorgó al Ministerio Fiscal la consideración de parte necesaria. La STS 1236/1999, de 21 de julio, de la Sala Segunda (Ponente: García-Calvo y Montiel, Roberto) establecía que: “*De un lado el ‘ius puniendi’ del Estado sólo se extingue, por razón del transcurso del tiempo, como consecuencia de la prescripción del delito -o de la acción penal para perseguirlo- y de la prescripción de la pena -o de la acción para ejecutar la pena impuesta- lo cual ocurre cuando transcurren los plazos establecidos legalmente, mucho más extensos que el tiempo que en este caso tardó en calificar el Fiscal, y de otro lado, porque siendo el Ministerio Público una parte necesaria en nuestro proceso penal (salvo que se proceda por los llamados ‘delitos privados’, lo que no es el caso de autos), en la fase intermedia, tanto del Procedimiento Abreviado como el del ordinario, es imprescindible que exista su petición de apertura del Juicio oral o de sobreseimiento para que el Juez o Tribunal pueda decidir la continuación o no del procedimiento (artículos 632 y 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que no quiere decir que el Juez o Tribunal quede vinculado por la petición que haga el Fiscal), y si éste no presenta su escrito en el plazo concedido al efecto podrá apreciarse, corregirse disciplinariamente, e incluso pedirse a su superior que designe otro funcionario para que despache el asunto, pero no seguir adelante sin petición del Fiscal, por lo mismo que al ser la defensa técnica necesaria (en los procesos por delito), no puede en el Procedimiento Ordinario, señalarse para juicio oral sin que haya presentado el escrito de defensa o calificación provisional y si el Letrado designado incumple el plazo para ello podrá apercibirse, corregirse disciplinariamente, e, incluso en casos extremos, pedirse al Colegio de Abogados su sustitución por otro, pero no seguir adelante sin su escrito de defensa...*”. En cualquier caso, añadiremos que no consta en crónica judicial alguna, se haya producido tamaño despropósito debido al tiempo que un miembro del Ministerio Fiscal se hubiera tomado para calificar.

⁵⁷² MUERZA ESPARZA, J., (AAVV, ARAGONESES MARTÍNEZ, S., DE LA OLIVA SANTOS, A., HINOJOSA SEGOVIA, R.), *Derecho Procesal Penal*, Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 143.

⁵⁷³ STC 124/1984, del Pleno, de 18 de diciembre (Ponente: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis) y STC 7/1981, de la Sala Primera, de 30 de marzo, (Ponente: Begué Cantón, Gloria).

⁵⁷⁴ STC 76/1982, del Pleno, de 14 de diciembre, (Ponente: Truyol Serra, Antonio), en la que sobre la base de la cuestión planteada en relación a la posibilidad o imposibilidad del Ministerio Fiscal de recurrir en casación está dentro de los límites constitucionales de la distinta posición de los acusados y del Ministerio Fiscal, del que dice “no es parte privada” dada su misión constitucional; siendo que el Abogado del Estado incardina la posibilidad de recurrir en “la prolongación de la acusación”.

6.- La configuración constitucional del Ministerio Fiscal en derredor: el modelo francés

A pesar de lo presuntuoso, y osado, que nos pueda parecer sintetizar en un estudio como el presente el estado de esta cuestión en países de nuestro entorno, pasamos a realizarlo por mor de la metodología. Y lo consideramos presuntuoso, y osado en primer lugar, porque no puede llegar a tener la profundidad suficiente y, en segundo lugar, porque poco -o nada- tiene que ver con la configuración española, el país que hemos elegido al efecto.

La evolución que se produjera en la década de los setenta hacia el reforzamiento del Poder Judicial⁵⁷⁵ -hacia la consideración de Jueces y Magistrados independientes y titulares de la potestad jurisdiccional- influyó en la ubicación del Ministerio Público, bien en su caracterización de Magistrados -como en Francia e Italia- bien de funcionarios no judiciales como en nuestro país, de modo que, asumiendo en el proceso penal, cometidos singulares y diferenciados de los que corresponden a los Jueces, a su vez, participan en la administración de la justicia penal como servicio público y derecho de los ciudadanos.

En estas circunstancias, nos encontramos con visiones opuestas respecto al Ministerio Fiscal. Por un lado, se podrá efectuar una judicialización de su estatuto, semejando garantías personales de los Jueces que lo protegerán de mediatizaciones e injerencias externas; y por otro, será posible su institucionalización, diferenciándolo materialmente de lo jurisdiccional e impidiendo una judicialización completa tanto estatutaria como organizativa.

Ciertamente ambos temas, gobierno del Poder Judicial y posición constitucional del Ministerio Fiscal, van conexas en todo examen de las relaciones de la magistratura con el poder político, lo que se manifestó sobradamente en los procesos constituyentes y legislativos en Italia y Francia. La cuestión está en si la independencia del Poder Judicial -indispensable en todo Estado de Derecho- exige también la del Ministerio Público o si, al contrario, su distintiva función, reclama una posición distinta. Y la solución se encuentra, bien en el plano orgánico y estatutario, trayendo su gestión del Ejecutivo; bien a nivel funcional, reforzando la sujeción a la legalidad de los Fiscales y garantizando la participación de los particulares en el control de la inercia del Ministerio Público.

De este modo, Francia e Italia, partiendo del mismo modelo originario, en dirección judicialista, han realizado el camino de manera bien distinta. Francia vive la tirantez entre la autoridad judicial entendida como una simple rama de la Administración, del Po-

⁵⁷⁵ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., indica que, en la preocupación constitucional de velar principalmente por la independencia personal a través de garantías estatutarias, “la independencia colectiva acentúa la autonomía de la judicatura como orden o corporación frente a la del juez individual que se ve sometido a la decisión del órgano de gobierno, lo que, a su vez, plantea el problema de la independencia interna con respecto al Consejo Superior de la Magistratura”, *vid.* “Notas de Derecho sobre la independencia judicial” en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 34, 1992, pág. 20 y ss. *Vid.* también DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., “Il modello europeo di magistratura: un approccio storico” en *Magistrati e potere nella storia europea*, (AAVV, dir. ROMARELLI, R.), Bologna, 1997, págs. 23 a 38. PIZZORUSSO, A., *L’organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Piccola Biblioteca Einaudi, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1990, págs. 29 a 60. CHEVALLIER, J., *L’État de droit*, Montchrestien, Paris, 1994.

der Ejecutivo, y su consideración como un verdadero Poder del Estado. En el lado opuesto, Italia ha llevado a una magistratura totalmente independiente *ad extra* y, en gran medida, también interna. Y ello, sin que cada uno de los dos sistemas mencionados responda tajantemente a un modelo teórico, gubernamental y judicial.

Centrándonos ya en nuestro país vecino -objeto concreto de este apartado-, hubo que esperar hasta la reforma constitucional de 1992, para que la Constitución en Francia, dotara de relevancia constitucional al Ministerio Fiscal. Y siguiendo la tendencia del momento, el Consejo Constitucional afirmaría un año después que la autoridad judicial garante de la libertad individual -a tenor del art. 66 de la Constitución Francesa⁵⁷⁶- se integra tanto por Jueces como por Fiscales⁵⁷⁷, de modo que el Fiscal es realmente autoridad judicial y por tanto garante de la libertad individual, pero sólo el Juez es quien ejerce la función jurisdiccional determinando el derecho aplicable al caso concreto de manera irrevocable; y ello, no obstante entender que la condición de autoridad judicial del Fiscal es suficiente para autorizar ciertas restricciones de libertad individual⁵⁷⁸. Sin

⁵⁷⁶ Que literalmente dice: “Nadie podrá ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, garante de la libertad individual, asegurará el respeto de este principio en la forma prevista por la ley”.

⁵⁷⁷ Decisión núm. 93-326 de 11 de agosto y Decisión núm. 93-323 de 5 agosto del Consejo Constitucional francés. En este punto, señalar que el modelo de carrera única que existe en Francia, también se sigue en Italia y ha sido propugnado desde diversos sectores como un modelo que pretende “preservar la libertad individual a la que se refiere el art. 66 de la Constitución francesa al establecer la garantía de la intervención o control judicial, en el sentido de libertad física, es decir, la garantía frente a la detención arbitraria entendiéndose que proyecta sus exigencias garantistas en el terreno de la represión del delito pero no en el de la prevención del mismo, cuyo objeto es la preservación del orden público y que se desarrolla a través de medidas administrativas de policía, de forma que el art. 66 de la Constitución francesa sólo exigiría el control judicial en los supuestos en que la limitación lo fuera de la libertad personal a modo de *habeas corpus* frente a la detención.

Al respecto, también es importante la decisión núm. 2004-492, de 2 de marzo, en la que el Consejo Constitucional francés interpretó que “la subordinación jerárquica de los fiscales tal y como aparece dibujada en los textos legales no atenta a la separación de poderes en el sentido que la noción tiene en la Constitución”. El objeto del recurso era el art. 30 del Código de Procedimiento Penal francés tras su redacción dada por la *Loi Perben II*, habiendo de dirimir si se vulneraba la independencia de la autoridad judicial de cuya consideración son también partícipes los Fiscales. El Gobierno francés justificaba el contenido de dicho artículo alegando que la jerarquía entre el Ministerio de Justicia y los Fiscales era distinta a la de otros ministros y la administración que le correspondiere, ya que los Fiscales conservan en todo caso su libertad de palabra, disponen de poderes propios que el Ministro no puede actuar por sustitución, no pueden recibir instrucciones negativas, como sería la de sobreseer un asunto y las instrucciones que se le dirigen han de ser escritas y contenidas en el “dossier” del asunto. Según el Consejo Constitucional francés esta reforma del Código Procesal Penal no venía sino a trasladar a la ley lo que es una práctica constante en Francia, señalando en la referida decisión 2004-492 que “son conformes a la tradición republicana según la cual los magistrados del *parquet* se sitúan en una organización jerárquica de la que el Ministerio de Justicia es el vértice” y tanto las instrucciones particulares previstas anteriormente como las generales a las que con esta norma se les da expresa cabida, derivan directamente del carácter jerárquico del Ministerio Público. la complementaria independencia funcional” entre Jueces y Fiscales, apostando de forma “decidida por un acercamiento estatutario entre jueces y fiscales, sin confundir los roles de cada uno”. *Vid.* JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Por un estatuto de magistrado común para jueces y fiscales, sin confundir los roles de cada uno” en *Diario la Ley* núm. 7846, 2012.

⁵⁷⁸ El Consejo Constitucional galo ha interpretado la refe

embargo, mientras el Juez ejerce sus funciones desde la independencia, la posición del Fiscal es esencialmente distinta, ejerciendo su función bajo la dirección y control de sus superiores jerárquicos y bajo la autoridad del Ministerio de Justicia. Además sólo les corresponde la función acusatoria en régimen de monopolio, y con arreglo al principio de oportunidad, lo que justifica su subordinación al Gobierno y la jerarquía de su organización interna y, en definitiva, las especialidades estatutarias en contraposición al estatuto judicial⁵⁷⁹.

Como subraya NARVÁEZ RODRÍGUEZ⁵⁸⁰, “el Ministerio Fiscal francés pasa por ser uno de los modelos de mayor dependencia al ejecutivo. De hecho, no existe siquiera la figura de Fiscal General, de modo que es el Ministro de Justicia quien dirige la política de acción pública determinada por el Gobierno, quien, además, puede dirigir a los miembros del Ministerio Público instrucciones generales de actuación a través del Procurador General del Tribunal de Apelación conforme al art. 30 del Código Procesal Penal francés (CPPF), quien, a su vez, puede dirigir instrucciones particulares escritas a los Procuradores de la República, *ex art.* 36 CPPF.

Por su parte, BADIE⁵⁸¹ señalará que la idea central que preside el principio de jerarquía de los miembros del Ministerio Fiscal está basada en que éstos son “a la vez dependientes del Gobierno e independientes de las jurisdicciones al lado de las cuales están. Pero, aunque dependientes del Gobierno, los miembros de la carrera fiscal francesa no son funcionarios sino representantes del interés general, enlaces entre el poder ejecutivo y el poder judicial”. De modo que “esa independencia está asegurada en cuanto a los jueces y los ciudadanos. Un Juez no puede dar instrucciones al Fiscal, y ni tienen ningún poder para ejercer la acción pública. El Fiscal es la persona que define el campo y los límites de los hechos sometidos al Juez penal. Frente al ciudadano (...) no tiene que dar cuenta de su acción (...) o de sus palabras o escritos salvo casos de culpa personal”.

Además de lo hasta ahora indicado, consideramos trascendental señalar que la reforma prometida por el que fuera presidente François Holland, referida al Ministerio Fiscal, sólo se plasmó en la modificación del artículo 30 del Código Procesal Penal francés⁵⁸² mediante la *Loi n.º 2013-669 du 25 juillet* – art. 1, al que nos hemos ya referido, pero sin que hasta la fecha se haya producido la dirigida al plano institucional, de acer-

⁵⁷⁹ Vid. FAVOREAU, L., “Breves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution” en *Rev. Sc. Crim.*, (*Revue de science criminelle*) núm. 4, 1994, pág. 680.

⁵⁸⁰ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Madrid, 1998, pág.125. En el mismo sentido, DE OÑA NAVARRO, J. M., cuando señala que “Es de significar (...) que el Ministerio Fiscal está considerablemente subordinado al poder ejecutivo, hasta el punto de que el Ministro de Justicia (...) es de hecho su autoridad máxima”, Vid. “Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Madrid, 2001, pág. 215.

⁵⁸¹ BADIE, F., “El Ministerio Público francés” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Madrid, 2001, págs. 86 a 89.

⁵⁸² Que reza en la actualidad: “El ministro de justicia dirige la política criminal determinada por el Gobierno. Controla su coherente aplicación en todo el territorio de la República. Con este fin, dirige instrucciones generales a los magistrados del ministerio público. No puede dirigir ninguna instrucción que se refiera a asuntos particulares.” (La traducción es nuestra).

camiento de la posición de los Fiscales a la de los Jueces, en cuanto a los nombramientos de los procuradores generales y al sistema disciplinario⁵⁸³.

La reforma mencionada vino derivada de la necesidad de acabar con la facultad del Ministro de Justicia galo de dictar instrucciones particulares en casos concretos, cuestión que había originado intensos debates, particularmente en el seno del Consejo Superior de la Magistratura, que abogaba directamente por su supresión. Además, esta situación ya había sido puesta de manifiesto en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2010, en el caso *Moulin* ya mencionado.

Igualmente, la anteriormente citada Ley modificó otras disposiciones del CPPF con la finalidad de acentuar la independencia y la imparcialidad del Ministerio Público. No obstante, sigue habiendo voces que denuncian la supervisión por el Ejecutivo de -y en casos “delicados” alegando motivos de seguridad nacional, ocultando información relevante a los investigadores. Además, el Ejecutivo francés tiene facultad para nombrar Fiscales incluso en contra de la opinión del Consejo Superior Superior de la Magistratura⁵⁸⁴.

Del mismo modo, hemos de resaltar que el Juez de Instrucción⁵⁸⁵ continúa “subsistiendo” en Francia, pero la instrucción del procedimiento, tal y como nosotros la entendemos aquí, puede decirse, es judicialmente inexistente por cuanto que el Fiscal interviene desde el inicio de la investigación y como director de la misma, siendo además que las funciones de guardia las realiza el Fiscal y no el Juez de Instrucción, y es aquél quien, una vez practicadas las primeras diligencias (*enquête préliminaire*) y tras su finalización, decide -entre las opciones a las que está facultado- remitir la causa al Juez conforme a los arts. 30 y 51 del CPPF⁵⁸⁶. Igualmente y al efecto, hemos de mencionar la creación en el año 2000, de la figura del “Juez de las Libertades y de la Detención”, (*Juge des libertés et de la détention*)⁵⁸⁷ determinante de un cambio considerable en el

⁵⁸³ Vid. al efecto DELMAS-MARTY, M., “La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres?” en *Rev. Sc. Crim. (Revue de science criminelle)* 1994, págs. 150 a 154.

⁵⁸⁴ Así, la Unión Sindical de Magistrados (USM) en junio de 2017, recurrió ante el Consejo Constitucional el art. 5 de la Ley Orgánica del Estatuto de la Magistratura, que dispone que los Fiscales actúan bajo la dirección y control de sus superiores y bajo la autoridad del Ministro de Justicia, si bien en la audiencia, tiene libertad de palabra. Sin embargo, el 8 de diciembre de 2017 el Consejo Constitucional declaró que la disposición impugnada era constitucional.

⁵⁸⁵ Como indica LACOSTE, G., “la instrucción tiene por objeto poner el asunto en estado de ser juzgado”, para quien, además, “la ausencia de independencia del Ministerio Público es una de las claves del mantenimiento institucional del juez de instrucción en Francia”. Vid. “Sistema procesal francés” en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 4, 2000. Igualmente, *vid.*, el completo trabajo de ESPARZA LEIBAR, I., “La reforma penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger” en *Revista Penal* núm. 26, Barcelona, 2010.

⁵⁸⁶ Respecto de la ubicación del Ministerio Público francés en los poderes del Estado, *vid.* PAUNIER CHULVI, C., “El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia. El proyecto de reforma de la dependencia jerárquica” en *Poder Judicial* núm. 55, 1999, págs. 196, 197 y 224, quien señala que la doble condición, como magistrado y funcionario de los Fiscales, determina una naturaleza ambigua que no puede determinarse con claridad. Respecto de la justificación de la dependencia jerárquica, *vid.* NICOD, J. C., “El Ministerio Público en Francia” (Traducción Ricardo de Prada Solaesa) en *Jueces para la Democracia* núm. 18, 1993, págs. 83 y 84; LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal...*, cit., pág. 37; *vid.* también, ZARATE CONDE, A., “Las órdenes e instrucciones particulares...”, cit., pág. 3.

⁵⁸⁷ LACOSTE, G., señala que se trata de una figura polémica en Francia, y se refiere a ello en los siguientes términos: “Los adversarios del juez de instrucción critican el hecho de que la

modelo francés, por cuanto que en el esquema instrucción-acusación-juicio se introduce esta figura que limita de forma relevante las facultades del Juez de Instrucción.

7.- Recapitulación.

El Ministerio Fiscal en nuestro país, viene siendo configurado como defensor de la legalidad en el ejercicio de la acción penal, lo que implica, por un lado, que es su deber ejercitar la acción penal ante cualquier hecho que revista caracteres de delito; y por otro, la relegación del llamado principio de oportunidad, en general. Y al igual que ocurriera en los países limítrofes, la evolución de los sistemas inquisitivo y acusatorio puros, derivó en un modelo de enjuiciamiento criminal llamado formal o mixto a lo largo de los siglos XVIII y XIX y que cuyas características fundamentales se resumen en que la acusación la ejercita un órgano distinto al Juez, el proceso penal se estructura en dos fases, una de investigación y otra de enjuiciamiento, y en que el órgano decisor se halla vinculado al contenido de la acusación.

Como ya aconteciera con anterioridad a ella, la Constitución de 1978 siguió vinculando al Ministerio Fiscal al Poder Ejecutivo y ni siquiera a través del último Estatuto Orgánico de 2007, se ha conseguido aligerar esta unión umbilical, siendo prueba de ello el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Ejecutivo, sin contar absolutamente con nadie, designación que, obviamente, recaerá sobre una persona de confianza del Gobierno de turno. Sin embargo, algo se mueve en Europa ya que el reciente Reglamento de 12 de octubre de 2017, de la Comisión Europea, establece que el Fiscal General Europeo se nombrará de común acuerdo entre el Parlamento y el Consejo.

La Exposición de Motivos de la Ley 24/2007, de 9 de octubre que modificara el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 señala que se pretende alcanzar una mayor eficacia y eficiencia en el cumplimiento de las funciones del Ministerio Público lo que básicamente se ha plasmado en cambios organizativos y sobre todo impulsando el principio de especialización, absolutamente necesario para la adecuada puesta al día de la Institución, si bien el principio de especialización ya se había configurado en la mencionada Instrucción 11/2005 de la FGE.

Por otro lado, la unidad de actuación y la dependencia jerárquica, como principios articuladores de la organización y funcionamiento internos de la Institución, deben coherenciarse con los de legalidad e imparcialidad, habiendo de entenderse que la dependencia jerárquica no está al mismo nivel que la unidad de actuación, ya que no es sino un instrumento para su consecución. Sin embargo, hay quien considera que los dos grupos son materialmente irreconciliables.

detención es un medio de presión pero es necesario destacar que de manera recurrente la crítica de la cifra de presos provisionales se imputa a los jueces de instrucción mientras que al mismo tiempo si una persona imputada, dejada libre, comete de nuevo una infracción se pone en cuestión, en general a la institución judicial (...) No les ocultaré que esta ley fue puesta en cuestión por los jueces de instrucción, los policías y por una gran parte de la magistratura pero por motivos diferentes. Los policías y una parte de la magistratura (sobre todo los jueces de instrucción) no aceptaron esta disminución de poder, pero otra parte de la magistratura, sin criticar el fondo de la reforma, consideró que los medios de la justicia no permitían a la institución asumir esta reforma en buenas condiciones”, *Vid.* “Sistema procesal francés”, cit.

En este punto, el parlamentario OLABARRÍA MUÑOZ, representante del Grupo Vasco en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, se dirigió al entonces Fiscal General del Estado Eduardo Torres Dulce manifestándole que “El Ministerio Fiscal se tiene que basar en dos principios fundamentales que son el de legalidad e imparcialidad -que ha glosado perfectamente, con rapidez pero perfectamente, el señor Torres-Dulce-, que tiene que estar cohonestado con el principio de unidad de actuaciones y dependencia jerárquica. Yo no sé si usted quiere hacer una exposición un poco más detallada sobre la aparente contradicción entre estos principios que identifican el papel institucional del Ministerio Fiscal, y de la Fiscalía General del Estado en particular, en tanto en cuanto ocupa el vértice de la estructura jerárquica de un órgano de la Administración de Justicia. También ha sido debatida la pertenencia o no a la Administración de Justicia, pero afortunadamente leyes como las de 2003 y 2009 citadas por usted lo han aclarado un poco, pero académicamente todavía se discute cómo se pueden compatibilizar estos principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica con los principios de legalidad e imparcialidad que, en principio, si no le he entendido mal o si no he leído mal los textos legales, señor Torres-Dulce, deben ejercerse por todos y cada uno de los componentes de la carrera del Ministerio Fiscal”⁵⁸⁸.

TORRES-DULCE LIFANTE, E., como Fiscal General del Estado, afirmando que tales principios no son contradictorios sino complementarios, respondió al Diputado Olabarría: “Me plantea casi un problema que es el del huevo de Colón, la identidad del Ministerio Fiscal y la compatibilidad entre los dos grandes bloques de principios, el principio de legalidad e imparcialidad y el de unidad de actuación y dependencia jerárquica. A diferencia del señor Olabarría prefiero entender que no hay, ni puede haber, contradicción entre ellos, sino que forman un todo que exige una actuación coherente del Ministerio Fiscal”. Y continuó: “el Ministerio Fiscal se mueve bajo los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica. El principio de legalidad conecta la actividad del Ministerio Fiscal precisamente con la labor legislativa que la Constitución encomienda a sus señorías, como depositarios de la soberanía popular, convertidos en representantes del pueblo español, tal y como os designa el artículo 66.1 de la Constitución, que adquiere carta de naturaleza al ejercer la potestad legislativa conforme al artículo 66.2 de la Constitución. La imparcialidad es, en mi opinión, el elemento definitorio de la naturaleza del Ministerio Fiscal y muy probablemente el que marca la frontera con la labor del Ejecutivo. A la hora de llevar a cabo las misiones encomendadas por el artículo 124.1 de la Constitución, ha de hacerlo con la más absoluta imparcialidad, sin más objetivo que el cumplimiento estricto de la legalidad. No es sólo un elemento digamos que procesal, sino de hondo calado constitucional. En mi opinión, y partiendo del compromiso indiscutible que los Fiscales tienen a diario en la defensa de los derechos y garantías de los ciudadanos en general y de los justiciables en particular, se hace preciso insistir en esa misión que el artículo 124.1 confiere en este terreno, en virtud del cual el Fiscal debe extremar la atención y vigilancia para que esa posición de imparcialidad sea real y efectiva y para que la defensa radical de los derechos fundamentales y las garantías procesales de cuantos participan en el proceso se guarden y observen escrupulosamente. La unidad de actuación convierte al Ministerio Fiscal en un instrumento esencial para ofrecer en sus misiones y en todo el Estado un referente homogéneo de actuación a la hora de responder jurisdiccionalmente de manera primordial,

⁵⁸⁸ Comparecencia del Fiscal General del Estado ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados (como consecuencia de la reforma del art. 29 EOMF, operada en 2007), en la sesión celebrada el 25 de enero de 2012, Diario de Sesiones del Consejo de los Diputados núm. 26, año 2012, pág. 8.

pero también, fuera de ese ámbito jurisdiccional, de una manera única, lo que permite reforzar la idea de seguridad jurídica, uno de los principios esenciales que garantiza la Constitución en su artículo 9.3 como eje del Estado de Derecho y sostén evidente de la legalidad. Finalmente, el principio de dependencia jerárquica, ad intra de la institución, refuerza y permite asimismo ese principio de unidad de actuación, permitiendo una adecuada cadena de actuación que asegure la eficacia de su labor a través de los Fiscales Jefes y que culmina en la figura del Fiscal General del Estado”.

En lo referente a la dependencia *ad intra*, no dudamos en la necesidad de la existencia de un régimen disciplinario, pero si se aúnan legalmente la designación gubernamental del Fiscal General del Estado, con el otorgamiento a éste y a los jefes -que él mismo nombra y renueva discrecionalmente- de facultades jerárquicas funcionales de designación, avocación e instrucción particular de cualquier causa, y de facultades disciplinarias castigadas con sanciones que alcanzan incluso la separación del servicio, hace que nos encontremos con una regulación ciertamente incompatible con el principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal que se contiene en el artículo 124.1 de la Constitución.

En cualquier caso, nuestro legislador no ha tenido -ni tiene, al parecer- intención alguna de aminorar la dependencia jerárquica respecto del Poder Ejecutivo, pero los tiempos hacen, cuando menos, que sea necesario concretar la misma a efectos de conseguir la autonomía adecuada y, por ende, la imparcialidad real. Y ello, a pesar de que la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica, obviamente, son más fáciles de alcanzar a través de una organización jerarquizada. No obstante, consideramos que la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal no es sino un cauce de transmisión de instrucciones sobre asuntos particulares y de la designación de Fiscal concreto para asunto determinado, amén de la avocación de las causas, cuya concreta regulación es necesaria, en la que como mínimo, habrían de incluirse, la escritura y la publicidad de esas instrucciones particulares.

Mencionado lo anterior, y en cuanto a la unidad de actuación, es fundamental distinguir dos aspectos: el primero, referido a la consideración del Ministerio Fiscal como Institución única para todo el Estado, desde criterios de territorialidad y especialización; y el segundo, referido a la unidad de criterio de actuación, entendida como unidad de actuación jurídica, como unidad de criterios jurídicos que llevan a una aplicación igual del Derecho, siendo los mecanismos utilizados al efecto, tanto las Circulares e Instrucciones emitidas por la Fiscalía General del Estado y por el visado -por parte del Fiscal Jefe correspondiente- de los proyectos de calificación realizados.

Por otro lado, el principio funcional de legalidad fue regulado por primera vez, de forma expresa, en la Constitución de 1978, si bien, a día de hoy, su contenido sigue sin delimitarse. No obstante, se vienen diferenciando dentro del mismo dos aspectos o significados: uno, positivo, como base de la imparcialidad del Ministerio Fiscal, como garantía del ejercicio recto de las funciones constitucionales del Fiscal frente a ataques de su imparcialidad, ya vengan del Gobierno, ya del superior jerárquico; y otro negativo, como opuesto al principio de oportunidad.

Y respecto del principio de imparcialidad, si bien el concepto ha de ser el mismo tanto para Jueces como para Fiscales, es lo cierto que el contenido es diverso, sobre todo, por cuanto que el art. 124.2 de la CE ancla definitivamente -como ya hemos indica-

do- la designación del Fiscal General del Estado a la parcialidad gubernamental, y por cuanto que el Ministerio Fiscal, es “parte” en el proceso penal aunque lo sea en sentido formal y no material, si bien, y debido a la dependencia jerárquica, el Fiscal español se encuentra en permanente peligro de parcialidad material.

Sobre el Ministerio Fiscal español, en cuanto a su incardinación constitucional abreviaremos con MORENO CATENA⁵⁸⁹ señalando que “Del Ministerio Fiscal se ignora - o se tiene mal definido o está sometido a discusión- casi todo; no se sabe dónde se incardina institucionalmente, y unos dicen que pertenece al Ejecutivo, para otros debe hacerse depender del Legislativo y definirse como una suerte de comisionado de las Cortes Generales porque se sostiene que, para eso es el guardián de la ley; otros, con el apoyo de una frase de su Estatuto Orgánico, sostienen que se integra en el Poder Judicial; finalmente, no faltan quienes lo sitúan fuera del juego de los tres poderes del Estado”.

Y finalizaremos al efecto con GÓMEZ COLOMER⁵⁹⁰, quien, de nuevo, sintetiza la condición del Ministerio Público señalando sin ambages que el Ministerio Fiscal español es:

Un órgano constitucional. Un órgano jurídico que goza de personalidad jurídica propia, integrado en el Poder Judicial, pero con autonomía funcional, para diferenciarlo de la función del Juez. De naturaleza esencialmente política. Con dos legitimidades democráticas un tanto solapadas ya que el nombramiento del FGE requiere informe no vinculante del CGPJ y ha de someter su programa al Congreso de los Diputados. Constituye una administración autónoma, con órganos propios, que actúan bajo los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Depende presupuestariamente del Ministerio de Justicia, siendo, además, que éste conoce los recursos previos en vía administrativa. Actúa igualmente bajo el principio de legalidad con objetividad e “independencia” en defensa de los intereses que se le han encomendado, pero el Gobierno está legitimado para ordenar al FGE determinadas actuaciones en defensa del interés público, así como impartir órdenes a sus subordinados, tanto generales como particulares.

Ya en el ámbito del derecho comparado, el modelo francés, mantiene, si bien con bastante poca fortaleza, la figura del Juez de Instrucción en la investigación como contrapeso a la fuerte dependencia del Ministerio Fiscal respecto del poder ejecutivo, dependencia que se considera instrumental para el servicio a los ciudadanos y con la finalidad de control sobre la judicatura. En esta situación, se da la paradoja de una carrera única para Fiscales y Jueces, que habría de entenderse desde la perspectiva de la conveniencia de garantizar una cualificación similar para el desarrollo de ambas funciones, pero manteniéndose una radical distinción entre los principios reguladores de las mismas. Y ello explica el monopolio del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal pública, que pertenece a la ciudadanía en su conjunto, aunque, a su vez, la víctima puede personarse en ejercicio de la acción civil, pudiendo instar la incoación del procedimiento ante el Juez de Instrucción, en defecto del Ministerio Fiscal.

⁵⁸⁹ MORENO CATENA, V., “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho” en *Cuadernos de Derecho Público* núm. 16, 2002, págs. 139 y 140.

⁵⁹⁰ GÓMEZ COLOMER, J. L., “La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?” en *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 41, 2018, UNED, págs. 157 a 184.

Evidentemente, el modelo de Fiscal investigador será diverso en función de su naturaleza jurídica puesto que, si su integración en el Poder Judicial supondría tener los mismos parámetros de actuación que los Jueces de Instrucción, su incardinación en el Ejecutivo haría acoger principios fundamentalmente distintos. Se observará que su encaje en uno u otro señorío del Estado, habría de ser fundamental a la hora de otorgar al Ministerio Público la investigación penal y, por ende, dependiendo de la elección, también habría de serlo en la coyuntura de concretar sus principios, funciones y responsabilidades tanto disciplinarias como penales.

Concluiremos señalando lo que mediante la Memoria de la Fiscalía General del Estado 2021 (referida al año judicial 2020), presentada el 6 de septiembre de 2021, se manifiesta al efecto de interesar la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por cuanto que *“Una Administración de justicia moderna, ágil y eficaz, concebida como un servicio público de calidad para la ciudadanía, pasa necesariamente por un Ministerio Fiscal verdaderamente autónomo, fortalecido, adecuadamente dotado y capaz de afrontar los nuevos retos que la sociedad democrática a la que sirve le demanda”*: Y recalca que: *“La Fiscalía General del Estado ha de tener atribuidas las competencias en materia de régimen administrativo y estatutario de los/as integrantes de la carrera fiscal. Cuestiones como las situaciones administrativas, licencias, permisos, comisiones de servicio, nombramientos discrecionales o régimen disciplinario aún dependen de la decisión final del Ministerio de Justicia, lo que merma considerablemente la autonomía organizativa de la Fiscalía que es quien debe regir la carrera profesional de los/as fiscales. Es necesario abordar una modificación legal que atribuya en exclusiva estas competencias a la Fiscalía, eliminando la actual dependencia ministerial.*

Se manifiesta también en la Memoria FGE 2021 que: *“La verdadera autonomía organizativa del Ministerio Fiscal, el ejercicio de las funciones constitucionales encomendadas ‘por medio de órganos propios’ pasa por tener un presupuesto propio y capacidad y medios para su gestión. Es precisa, por ello, una singularización anual del presupuesto del Ministerio Fiscal en los Presupuestos Generales del Estado y en los presupuestos de las comunidades autónomas (...)”*. Y añade: *“Esto ya fue advertido por el informe de la cuarta ronda de evaluación (...) (GRECO) al referirse a la necesidad de una mayor autonomía financiera (...) recogiendo en su recomendación IX (III) la de ‘explorar nuevas vías para lograr una mayor autonomía en la gestión de los medios del Ministerio Fiscal’, al tiempo que reconoce que ‘la autonomía de gestión es una garantía fundamental de la independencia y la eficacia de la Fiscalía’”*.

Y en cuanto a la autonomía normativa se dirá en la referida Memoria FGE 2021 que: *“La autonomía orgánica que la Constitución española proclama del Ministerio Fiscal, al consagrar su funcionamiento por ‘órganos propios’ y la reserva legal que la propia Carta Magna prevé para el estatuto orgánico de la institución, tropiezan con la atribución al Ministerio de Justicia de la capacidad de desarrollo reglamentario de ese asunto, en lugar de circunscribir a la Fiscalía General del Estado esa capacidad normativa para la autorregulación de la institución. Esa incapacidad de regular la estructura y composición de sus ‘órganos propios’ impide a la Fiscalía General del Estado paliar deficiencias que haya podido advertir en su organización basada principalmente en los principios de especialización y territorialidad. Debe ser la propia Fiscalía General la que, valorando los datos estadísticos recabados de todas las fiscalías y a través de la centralización de toda la información en la Inspección Fiscal, pueda asignar recursos personales en el marco de las plazas existentes o de nueva creación”*.

Además, y tras realizar la justificación que considera necesaria, se solicita también en la Memoria FGE 2021, la creación de una Unidad experta en la persecución de delitos contra la Administración Pública, ya que “(...) *Ese modelo de especialización coordinada en vertical permitiría una dirección ágil, coherente y eficaz en la investigación de los delitos contra la Administración Pública, así como el fortalecimiento del principio de unidad de actuación consagrado en el art. 124 de la Constitución, cuyo corolario directo es la igualdad en la aplicación de la ley a toda la ciudadanía. Debe, además, precisarse, que la creación de una Unidad de la Fiscalía encargada de los delitos contra la Administración Pública en ningún caso resultaría incompatible con el actual diseño de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada pues, con arreglo al art. 19 EOMF, ésta última no resulta competente para conocer de buena parte de los delitos tipificados en el Título XIX del Libro II del Código penal y, además, su ámbito de actuación se encuentra limitado a los supuestos que presentan especial trascendencia, razón por la que en la práctica su intervención únicamente se produce en un muy limitado número de ocasiones*”.

Igualmente, y ya para finalizar, indicaremos que en la repetida Memoria se propone que la relación y las comunicaciones con el Ejecutivo, dentro de la dirección de política criminal -que ex art. 97 CE éste ostenta- se asienten sobre la base de la transparencia y la publicidad, solicitándose, por ello, que toda comunicación, además de realizarse por escrito, quede registrada en el registro que habrá de instaurarse al efecto; interesándose, a su vez, la eliminación de las llamadas que para su comparecencia, puede realizar el Gobierno al Fiscal General del Estado. Y todo ello, en aras a eludir infundadas sospechas de dependencia.

TERCERA PARTE

EL MINISTERIO PÚBLICO ESPAÑOL DESDE EL PRISMA PROCESAL PENAL VIGENTE

1.- Introducción

2.- Investigación preliminar e instrucción

2.1.- Delimitación conceptual

2.2.- Naturaleza

2.3.- La importancia de los actos que se realizan en la fase de instrucción y la necesidad de su agilización

2.4.- Problemas que se plantean en la fase de instrucción derivados del Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015 y de las posteriores sentencias dictadas derivadas del mismo. Su impacto en los tiempos de instrucción

2.4.1.- Posturas doctrinales al efecto

2.4.2.- Criterio de la Fiscalía General del Estado

2.4.3.- En la práctica. La sumisión de los órganos judiciales

3.- La investigación preliminar del Ministerio Fiscal en nuestro país

3.1.- Consideraciones generales

3.2.- Antecedentes legislativos concretos

3.3.- Las diligencias de investigación a la luz de los vigentes artículos 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

3.3.1.- Pormenorizaciones preliminares

3.3.2.- Sus principios

3.3.3.- Sus límites

3.3.4.- Los trámites

3.3.5.- Su control

3.3.6.- La investigación del Fiscal en procedimientos provisionalmente

sobreseídos *ex art.* 641 LECrim

3.3.7.- Especial mención a los peritos de la propia Fiscalía

4.- El modelo de investigación en el Reglamento (EU) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre y la LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento anterior

5.- Recapitulación

TERCERA PARTE

EL MINISTERIO FISCAL DESDE LA PERSPECTIVA PROCESAL PENAL VIGENTE EN NUESTRO PAÍS

1.- Generalidades

Ciertamente, tras lo hasta ahora dicho, podemos afirmar que nuestro proceso penal -sobre todo en lo que a la investigación se refiere- se encuentra dislocado y desacomodado⁵⁹¹, sosteniéndose a duras penas sobre sí mismo, siendo que la instrucción judicial se revela ineficaz al no lograr una pronta y segura averiguación de los hechos delictivos. Lo que, en gran medida, se debe a las discordantes consideraciones de los roles asignados al Juez de Instrucción, al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial por la LECrim de 1882 -a pesar de sus numerosas modificaciones- y la CE de 1978, sin olvidar la doctrina al efecto del TEDH y de lo emanado de los propios órganos de la Comunidad Europea, a través de sus directivas, recomendaciones y disposiciones en general.

En este aspecto, y como describe GÓMEZ COLOMER⁵⁹² “Tenemos, pues, como mínimo hoy ante nosotros un proceso penal anticuado, estructural y realmente ineficaz, ineficiente, largo, tedioso (...) Tampoco hay que justificar las causas (...): Pocas inversiones en Justicia y escaseces presupuestarias evidentes, falta de jueces, falta de fiscales y de personal de apoyo, falta de voluntad política en la reforma de nuestro proceso penal (...)”.

Conforme a la LECrim, al Juez de Instrucción incumben en exclusiva todos los posibles contenidos de la investigación criminal: desde la averiguación y comprobación del delito, el descubrimiento del delincuente, su inculpación formal, la indagación de las circunstancias del hecho, la búsqueda y acopio de pruebas para el juicio, hasta la adopción de las medidas cautelares necesarias al efecto. Y ello, a pesar de que tras las últimas reformas se haya venido reconociendo al Fiscal la posibilidad de iniciar la investigación, pero, en ningún caso con el valor y el efecto jurídico de la instrucción judicial.

⁵⁹¹ En este sentido, la Memoria de la FGE de 2017 ya señalaba que “*La diferencia entre el número de incoaciones y de calificaciones pone de manifiesto, en una medida no fácil de determinar, diferencias de criterio entre el Juez de Instrucción y el Fiscal, reflejo de una de las características del modelo procesal español. El promedio nacional de procedimientos abreviados que no culminan en calificación es el 21%. Esta es una de las manifestaciones negativas que nuestro actual sistema procesal comporta frente a aquellos en los que el fiscal instruye, instaurados tanto en la mayor parte de los países europeos como de los países iberoamericanos” (El subrayado es nuestro). Y a su vez, la Memoria FGE de 2019 pone de manifiesto que “(...)nos encontramos ante un nivel de burocratización ineficiente del sistema, que se manifiesta en el aumento de la pendencia de los asuntos, en los tiempos de respuesta entre la incoación y la remisión para la acusación o entre la acusación y el primer señalamiento para el juicio oral, y en las cifras sobre suspensión de juicios que ha subido en torno al 5% (...) por lo que resulta obligado insistir, al igual que en Memorias de años anteriores, en la necesidad de una profunda transformación del modelo procesal vigente en España”.*

⁵⁹² GÓMEZ COLOMER, J. L., “Proceso penal moderno e investigación del crimen, el problema del aumento del intervencionismo público” en *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, (AAVV, coords. LLOPIS NADAL, P., DE LUIS GARCÍA, E., JIMÉNEZ CONDE, F., BELLIDO PENADÉS, R.), Tirano lo Blanch, Valencia 2020, epígrafe 8.

A su vez, y de acuerdo a cómo describe su función el art. 282 de la LECrim, “La Policía Judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delinquentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial”⁵⁹³. Añadiendo el art. 284 del mismo texto legal que tras conocer de la comisión de un delito público habrán de ponerlo inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial o del representante del Ministerio Fiscal, continuando con la práctica de las diligencias de prevención.

En cuanto al Fiscal, la LECrim no deja de considerarlo como el obligado querellante en la persecución de delitos públicos y, en su caso, de los semipúblicos, confiriéndosele al efecto una serie de atribuciones para llevar a cabo una investigación reducida a la mera comprobación del delito y, como mucho, la identificación de su autor, para poder solicitar al Juez la apertura de la verdadera investigación oficial, pero sin competencia alguna para arrogarse una más amplia investigación oficial de los delitos⁵⁹⁴. De modo que su única vinculación con la Policía Judicial queda reducida a la posibilidad de que le comuniquen la *notitia criminis* y entablar la correspondiente querrela.

En la actualidad, los Juzgados no cumplen -ni pueden cabalmente hacerlo- con las previsiones de la LECrim. Los Jueces de Instrucción ni investigan ni controlan en su totalidad la indagación llevada a cabo por la Policía. Y el Fiscal, apenas interviene en la investigación, hasta que el Juez, o bien no sabe por dónde continuar⁵⁹⁵, o bien, cuando lo sabe, la da por terminada, es decir, su intervención viene a ser tardía. Y la raíz de todos estos problemas se localiza -conforme al entender de algunos- en la atribución conjunta al Juez de Instrucción de dos funciones -a nuestro parecer- incompatibles: lograr el éxito de la investigación y garantizar *imparcialmente* los derechos individuales -a la vez que constitucionales- de los implicados en la misma⁵⁹⁶.

⁵⁹³ Y a pesar de todas las modificaciones sufridas por la LECrim hasta la fecha, la redacción sigue incólume, salvo la introducción del correspondiente párrafo referido a las víctimas por la Disposición Final 1.6 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima.

⁵⁹⁴ Vid. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., “El modelo de investigación penal de la CE de 1978: Los papeles asignados al Juez, al Fiscal y a la Policía Judicial” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 5, 1998, págs. 93 a 136.

⁵⁹⁵ Y le da traslado para que “inste lo que a su derecho convenga”, lo que, de facto, supone: a) informar en el sentido de considerar que todas las diligencias de investigación ya han sido realizadas; b) solicitar nuevas diligencias de investigación; o, en su caso, c) el propio sobreseimiento.

⁵⁹⁶ Además, juzgamos importante señalar que la Policía Judicial -mayormente- entiende que todo el problema derivado de la comisión de un delito culmina con la entrega del atestado al Juez y la puesta a disposición judicial del detenido. De hecho, la eficacia del trabajo policial se barema a través del número de detenciones realizadas. Además, en la práctica cotidiana, la Policía Judicial sólo acude al Juez de Instrucción cuando necesita de su intervención para llevar a cabo una actuación concreta para la que no está legalmente habilitada, es decir, para solicitar “autorizaciones”. Y, por otro lado, hemos de señalar -con lo que ello comporta- que, en la mayoría de los casos, la lectura de las diligencias policiales permite, a falta de otros informes periciales, decidir sobre la formulación de pretensiones o resolver sobre el fondo del asunto. De hecho -y a pesar de lo intolerable y ofensivo que pueda resultarnos a nivel de garantías- la palabra de un agente policial, ni de lejos, equivale a la del acusado; se entenderá siempre que vale más la del agente, sobre el débil soporte procesal basado en que a diferencia del acusado, el

Al hilo de lo anterior -y necesariamente en esta introducción- habremos de referirnos a la imparcialidad judicial -enfocándola en la fase de instrucción- al considerarla fundamental por su repercusión -y conexión- en la deriva de este trabajo.

En este sentido, a diferencia de lo que hace la LECrim -como acabamos de expresar en relación con las funciones que les son encomendadas-, la CE concibe al Juez como órgano que juzga, resolviendo un conflicto del que es ajeno, lo que ya *per se* es indicativo de que, sencillamente, es imparcial, porque no es parte, y para ello se le rodea de condiciones específicas de independencia. Y el concepto de imparcialidad, por la causa señalada, habremos de buscarlo tanto en la CE⁵⁹⁷ como en la jurisprudencia del TEDH⁵⁹⁸.

La evolución de la jurisprudencia del TEDH fue sintetizada en la STC 60/1995, del Pleno, de 17 de marzo, (Ponente: Gimeno Sendra, Vicente)⁵⁹⁹, de modo que para el Tri-

agente está obligado a decir la verdad, y sobre todo, cuando convertimos en sinónimos la equivocación y el faltar a la verdad -o la apariencia y la ficción-, con la trascendencia que esto tiene en el plenario.

⁵⁹⁷ Sorprendentemente, la CE no se refiere de forma expresa a la imparcialidad del Juez a la hora de definirlo en el art. 117, a diferencia de lo que ocurre con el Fiscal en el art. 124, probablemente por considerar que va implícita en la propia idea de Juez, como ajeno al conflicto y a las partes. De hecho, el TC entiende que la imparcialidad se halla contenida en el art. 24.2 CE, concebida como una de las salvaguardas constitucionales dimanantes del derecho al proceso debido o proceso con todas las garantías. Así la STC núm. 138/1991, de la Sala Primera, de 20 de junio (Ponente: García-Mon y Fernández-Segueral, Fernando), establece que *“El derecho a un juez imparcial, como señala entre otras la STC 145/98, constituye una garantía que, aunque no se cita de forma expresa en el artículo 24.2 de la Constitución, debe considerarse incluida entre ellas, ya que es un elemento organizativo indispensable de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho; en este marco, la prohibición de que un mismo Juez sea competente para la instrucción y fallo de las causas, busca preservar la llamada imparcialidad ‘objetiva’, es decir, aquella que deriva no de la relación del Juez con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso; y a asegurar esa imparcialidad tienden, en general, las causas de abstención y recusación que figuran en las leyes y, en particular, la establecida en el artículo 54.12 de la LECrim., que establece como causa legítima de recusación haber sido instructor de la causa”*.

⁵⁹⁸ Pueden verse al respecto las SSTEDH, de 26 de mayo de 1988, caso Pauwels contra Bélgica; de 1 de octubre de 1982, caso Piersack contra Bélgica; de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber contra Bélgica; y de 16 de julio de 1971, caso Ringeisen contra Austria.

⁵⁹⁹ Los términos de la sentencia eran los siguientes: *“(…) una primera doctrina del Tribunal Europeo, según la cual había que estimar siempre contrario al artículo 6.1 del CEDH la previa asunción por el Juez decisor de cualquier tipo de actividad instructora (Sentencias del TEDH, casos Piersack y De Cubber). Posteriormente, sin embargo, a partir de la Sentencia dictada en el asunto Haudschildt (Sentencia de 24 de mayo de 1989, este alto Tribunal matizó su anterior doctrina en el sentido de declarar que la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador y erigirse en un menoscabo u obstáculo a la ‘confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables’.* De este modo, y con arreglo a esta casuística la jurisprudencia, el Tribunal Europeo ha podido declarar, por una parte, contrario al artículo 6.1 del Convenio la confusión de funciones instructoras y de enjuiciamiento como consecuencia de la promoción de un miembro del Ministerio Público o de un Juez de Instrucción a Magistrado del Tribunal encargado de conocer de la fase de juicio oral (asuntos Piersack y De Cubber), la adopción de la prisión provisional en ausencia de Abogado por un Juez de Instrucción que posteriormente conoció de la audiencia principal (Sentencia del TEDH, Pfeifer y Plankl, de 25 de febrero de 1992); la asunción de indicios suficientes de

bunal Europeo, el Juez es imparcial por lo que hace, no por su posición institucional; lo que le caracteriza es la función que desempeña resolviendo algo que le es ajeno, algo que otro le pide, en lo que no es parte y por tanto, resulta imparcial; lo que, entendemos puede resultar difícil de decirse de un Juez que además de ser responsable del resultado de la investigación, al tiempo decide sobre su contenido procesal.

A su vez, y en la Sentencia de 22 de junio de 1989 del TEDH, caso Langborger contra Suecia, declaraba que en materia de imparcialidad había que distinguir entre un aspecto subjetivo, entendido como ausencia de prejuicios o intereses personales y referida a las causas de recusación y abstención, y otro, objetivo, el institucional, el que corresponde a la propia función conforme al ordenamiento jurídico en el que se integra⁶⁰⁰. Y, obviamente, ante tales presupuestos jurisprudenciales, hemos de cuestionarnos si el Juez que instruye es realmente imparcial, cuando se le exige llevar la investigación a buen puerto, o, dicho de otro modo, cuando se le obliga a actuar como parte. De hecho, no dudamos de la objetividad del Juez de Instrucción, pero sí de su imparcialidad en los términos expuestos, siendo, como son -objetividad e imparcialidad- dos conceptos si bien cercanos, diversos.

En relación con lo que se acaba de indicar, también habríamos de distinguir entre independencia e imparcialidad, a los efectos de evitar las consecuencias que señala

culpabilidad para disponer el 'reenvío' del imputado a juicio (Sentencia del TEDH, Ben Yaacoub, de 27 de noviembre de 1987), o la intervención de 'Jueces políticos' en la fase de juicio oral (Sentencia del TEDH, Hola, de 25 de noviembre de 1993). Pero, por otra y todo al contrario, este mismo Tribunal ha tenido también ocasión de afirmar que no se infringe el art. 1.6 del Convenio en supuestos tales como la adopción de la prisión provisional y posterior enjuiciamiento por un mismo Juez en un sistema de corte anglosajón, como es el danés, en el que corresponde al Ministerio Público la dirección de la investigación (Sentencia del TEDH de 24 de mayo de 1989, asunto Hauschildt), o la confirmación de dicha medida cautelar en la fase intermedia por un Magistrado de la Chambre d'accusation francesa (Sentencia del TEDH, Sainte-Marie, de 16 de diciembre de 1992); la emisión por un mismo órgano judicial de un Auto de procesamiento (o antiguo despacho de pronuncia portugués), y posterior enjuiciamiento (Sentencia del TEDH, Saraiva de Carvalho, de 22 de abril de 1994); la asunción de determinadas funciones instructoras y de decisión por un Juez de Distrito austriaco en nuestro equivalente a un juicio de faltas (Sentencia del TEDH, Fey, de 24 de febrero de 1993); y la confusión de funciones instructoras y de enjuiciamiento en determinados procesos penales simplificados de citación directa como es el caso del procedimiento 'diretissimo' italiano (Sentencia del TEDH, Padovani y otros, de 26 de febrero de 1993)".

⁶⁰⁰ Véanse igualmente, SSTEDH, de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar contra España; y la de 6 de enero de 2010, caso Vera Fernández-Huidobro contra España, en la que textualmente se dice "El Tribunal recuerda, en primer lugar, que la exigencia de imparcialidad se refiere en principio al 'tribunal' que se caracteriza en sentido material por su papel judicial: resolver cualquier cuestión que dependa de su competencia, teniendo como base normas de derecho y el resultado de un procedimiento reglado (...) Se plantea, antes de nada, la cuestión de si tal es el caso de un Juez encargado de una instrucción penal y si los principios que rigen la exigencia de imparcialidad deben serle aplicados de la misma manera que a los jueces del fondo o de enjuiciamiento y, particularmente, en consideración a la naturaleza de la fase de instrucción. (...) El Tribunal recuerda que, en repetidas ocasiones, ha considerado que las garantías del artículo 6 se aplicaban al conjunto del proceso, incluidas las fases de investigación preliminar y de instrucción judicial (...) en la medida en que su incumplimiento inicial tiene el riesgo de comprometer gravemente el carácter equitativo del proceso. No hay que olvidar que el Convenio tiene por objeto 'proteger derechos no sólo teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos' y que la jurisprudencia del Tribunal no se desinteresa de las fases que se celebran antes del juicio oral".

CRESPO BARQUERO⁶⁰¹, quien parte de la necesidad del reconocimiento del principio de presunción de inocencia como regla estructural del proceso penal, el que, sustituyendo al mito de la búsqueda de la verdad, obliga a reconsiderar el papel de los distintos sujetos procesales y la relación entre ellos. Pero desde luego, no puede llegarse a la imparcialidad sin más que partiendo de un órgano al que se encumbra de independencia, es la función la que ha de configurar y dar naturaleza a un órgano y no a la inversa, un Juez no es -o no debe ser- imparcial por ser independiente, sino porque el contenido de su función lo hace imparcial por necesidad. GÓMEZ COLOMER⁶⁰² a su vez expresará que: “(...) los Fiscales no deciden, sino que instan la decisión, que sólo corresponde a los Jueces, con lo cual el concepto de ‘independencia’ les debe ser necesariamente ajeno. (...) en mi opinión, el concepto de independencia que aquí estoy usando se refiere exclusivamente a la posición de sujeción a la ley de un órgano público como único fin de su actividad. En este sentido, la Fiscalía española ni es, ni debe ser independiente (...)”.

Después de pasar algún tiempo de nuestras vidas dedicados al *sector* de la justicia, es nuestro parecer que la búsqueda de la verdad -en su consideración más aséptica, si ello es posible- con su consiguiente tipificación penal y posterior condena, aun siendo encomiable, ha de entenderse en términos, por un lado, sensatos y asequibles, y por otro, reflexivos y ecuánimes. Sensatos y asequibles ya que la búsqueda recaerá -necesariamente- sobre una *conurrencia de verdades*, que serán recogidas -en la parte que les corresponda- en los hechos probados, única verdad en el proceso penal, como algo razonado y razonable, además de próximo a lo que realmente ocurrió. Y reflexivos y ecuánimes, en cuanto consideramos que, a través del proceso penal se trata fundamentalmente de resolver un conflicto -surgido entre la sociedad que considera ese acto contrario a sus reglas de juego y el infractor- constatando la evidencia de los hechos de la forma más rigurosa, precisa, explícita y fiel⁶⁰³. De modo que quizá fuera más correcto hablar simplemente de certeza. Y como se recoge en la STS 101/2012, de 29 de febrero (Ponente: Martínez Arrieta, Andrés), “*El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho. Las exigencias de contradicción efectiva, de publicidad, de igualdad de partes, de oralidad, la disciplina de garantía de la prueba, el contenido esencial del derecho a la presunción*”.

⁶⁰¹ CRESPO BARQUERO, P. J., “La igualdad de armas y la asimetría acusación-defensa en un proceso penal basado en la presunción de inocencia. (Referencia al anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y a la propuesta de Código Procesal Penal de 2013)” en *Revista Teoría y Derecho* núm. 16, 2014, págs. 12 a 20.

⁶⁰² GÓMEZ COLOMER, J. L., “La Fiscalía española ¿Debe ser una institución independiente?” en *Teoría y realidad constitucional* núm. 41, UNED, 2018, págs. 161-162.

⁶⁰³ Señala MORENO CATENA, V., que “La verdad es la que se puede alcanzar solamente con el respeto a las garantías procesales de defensa y contradicción, porque la presunción de inocencia como regla de juicio, opera, ‘como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías’, como se dice en la sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998, de 2 de abril. Teniendo en cuenta que en el proceso se debe obtener una decisión justa, no sólo una elección o interpretación correcta de la norma aplicable, sino una fiable determinación y comprobación de los hechos y la utilización de un proceso válido y justo para el enjuiciamiento”. *Id.*, “Sobre la presunción de inocencia”, *El proceso penal en la encrucijada*, Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer, (AAVV, coord. GÓMEZ COLOMER, J. L.), Vol. II, Universitat Jaime I, Col·lecció “Estudis jurídics” núm. 22, Castelló de la Plana, 2015, pág. 866.

de inocencia, etc., como notas características del sistema penal de enjuiciamiento, se compaginan mal con la declaración de la verdad histórica...)”.

Desde luego que, tanto desde la consideración del proceso penal como búsqueda de la verdad o como resolución de conflicto, el tercero-componedor ha de ser imparcial, como también ha de serlo quien es parte necesaria en la contienda, el Fiscal, y, sobre todo, si es quien lleva el peso de la investigación. Se nos dirá que quien es parte, no puede ser imparcial, lo que es efectivamente irrefutable en términos teóricos, pero ningún ser inteligente puede -o al menos, no debe- caer en la simpleza de pensar que la independencia innata de los Jueces -establecida como está en términos equiparables a la infalibilidad del Santo Pontífice- les convierte -como a San Pablo tras su caída- directamente, en imparciales⁶⁰⁴. Y ya puestos, estamos convencidos de que, con ser objetivos, hasta tendríamos suficiente. De donde -con total contundencia- habría de concluirse que lo que realmente tiene que ser imparcial -o mejor neutral en términos generales- es el propio sistema penal y ello pasa por asentarlo y fundamentarlo en el principio de presunción de inocencia.

Entendemos suficientemente explicada nuestra postura respecto a la base y el fundamento de la fase inicial del proceso penal por lo que, en buena lógica, habríamos de continuar con el resto de nuestro enunciado. No sin antes añadir que el excesivo celo del Juez de Instrucción -por los motivos señalados de su supuesta parcialidad, derivada de llevar a buen fin de las pesquisas- pudiera constituirse en un factor importante de dilación del proceso penal⁶⁰⁵; pero, desde luego, no en el único.

2.- Investigación preliminar e instrucción

2.1.- Delimitación conceptual

El término “investigar” tiene, cuando menos, una doble significación. Por un lado, se refiere a la práctica de diligencias a efectos de descubrir algo y, por otro, a la destreza que intelectual y experimentalmente se realiza de forma sistemática, a efectos de au-

⁶⁰⁴ No sean tomadas a/en broma las referencias religiosas, aspecto del que sigue terriblemente imbuido nuestro proceso penal. De hecho, no puede negarse que la misma búsqueda de la verdad es una visión bíblica de la justicia a realizar a través del proceso penal, por aquello de que “la verdad os hará libres”.

⁶⁰⁵ Motivo que admiten incluso los autores que defienden el mantenimiento de la figura del Juez de Instrucción, entre ellos, MONTERO AROCA, J., *vid.*, “Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral” en *Revista Teoría & Derecho* 1, 2007, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. En dirección similar se postulan LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., para los que “es evidente que la organización judicial no es el catalizador adecuado de una potestad estatal de naturaleza activa y directiva, como es la de investigar los hechos punibles. Esta actividad pública debe estar encaminada a promover con la mayor agilidad y la máxima coordinación los recursos estatales. Por ello, es difícilmente acomodable a las formalidades y a los criterios de organización que rigen la jurisdicción -como potestad eminentemente pasiva o reactiva al ejercicio de una acción ya perfecta que se sustancia, de forma secuenciada, a través de los correspondientes trámites procesales-. Es así que el sistema inquisitivo no sólo se ha revelado como un grave peligro para la efectividad de las garantías. Genera también un modelo de investigación irracional, en el que los asuntos complejos, se encuentran en permanente metástasis (...) son así procesos largos, voluminosos y difícilmente inteligibles en los que se abusa indebidamente de la prisión provisional”. *Vid.* “El proceso penal como sistema de garantías (II)...”, *cit.*, pág. 3.

mentar los conocimientos sobre una materia concreta. Obviamente, habremos de centrarnos en la referida a la averiguación de los hechos. Y si bien desde un punto de vista general, investigación pudiera considerarse sinónimo de instrucción, es lo cierto que la instrucción judicial conlleva una serie de actividades diversas a la mera indagación de los hechos.

Al efecto de encauzar una correcta, completa y adecuada definición de la instrucción penal, la generalidad de la doctrina parte del análisis de su finalidad, completando, de paso, su posible naturaleza y contenido. Y ello, en cualquier caso, partiendo del propio enunciado del art. 299 de la LECrim, por cuanto que la CE de 1978, en su art. 117.3 atribuye a los órganos jurisdiccionales dos funciones concretas: a) la de enjuiciamiento de los hechos que se les presentan a debate, su resolución y posterior ejecución; y b) la de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pero, en ningún caso, se refiere la CE a las tareas investigadoras, oficio que, sin embargo, asume el Juez de Instrucción en posición de absoluta supremacía frente al Fiscal y a la Policía Judicial.

Conforme al mencionado art. 299 LECrim, la actividad instructora es el conjunto de “actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”. Y juzgamos importante, señalar las diferentes denominaciones que en el texto legal recibe la instrucción: sumario en el procedimiento ordinario, diligencias previas, en todos los procedimientos y diligencias urgentes en los denominados juicios rápidos.

A su vez y concretando un poco más, la doctrina del TC establece que la instrucción no implica la recogida de pruebas de cargo, sino la de alcanzar el juicio oral, puesto que sólo pueden ser consideradas pruebas -de cargo, pruebas con mayúscula- aquellas que se hayan practicado en el plenario⁶⁰⁶. En este punto, no podemos dejar de subrayar

⁶⁰⁶ Así, la STC 161/1990, de la Sala Primera, de 19 de octubre (Ponente: López Guerra, Luis), establece que “(...) las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la L.E.Crim.), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador”. Y ello, al tener que verificarse esa actividad en el juicio oral conforme indica, a su vez, la STC 51/1995, de la Sala Primera, de 23 de febrero (Ponente: Cruz Villalón, Pedro) cuando dice: “(...) únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos judiciales en el momento de dictar Sentencia, las practicadas en el juicio oral (art. 741. L.E.Crim), pues el procedimiento probatorio necesariamente ha de tener lugar en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éstos sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (SSTC 31/1981, 161/1990, 283/1994, 328/1994, entre otras muchas”. A su vez, la STC 137/1988, de la Sala Segunda, de 7 de julio, (Ponente: Leguina Villa, Jesús), indica que: “Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la L.E.Cr.), y que, como se advierte en la citada STC 101/1985, no constituyen en sí mismas pruebas de cargo. De acuerdo con la regulación contenida en el Título V del Libro II de la L.E.Cr., distinta de la que se refiere al modo de practicar la prueba en el juicio oral (Título III del Libro III de la propia L.E.Cr.), su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial (...)”.

la concreción con la que el TS establece los requisitos que ha reunir la prueba a los efectos de enervar la presunción de inocencia: ha de ser una prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada⁶⁰⁷.

Volviendo a la doctrina, ASECIO MELLADO⁶⁰⁸ se refiere a la instrucción penal como a “la fase inicial cuya finalidad es la de hacer posible el enjuiciamiento mediante la determinación previa, y siempre con base en juicios provisionales, del hecho presuntamente cometido y de su presunto autor”, si bien indica el autor que la finalidad es distinta dependiendo de los procedimientos: en el sumario, preparar el juicio oral; en el procedimiento abreviado, determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que hayan participado; en el Tribunal del Jurado, las imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral; y en el juicio rápido, el único límite lo establece en aquellas que puedan practicarse dentro del período de la guardia.

Desde el punto de vista de DE LA OLIVA SANTOS⁶⁰⁹, la instrucción busca “la reconstrucción de los hechos y la adopción de otras distintas medidas (...), con vistas a preparar (o a descartar) un juicio oral y público posterior” de modo que “sirve (...) para preparar el juicio -a través de la incorporación al expediente de los datos precisos para formular la acusación y la defensa- pero además, opera como tamiz que impide la celebración de juicios improcedentes”. Sin embargo, otros autores, como GIMENO SENDRA⁶¹⁰, definen la fase de instrucción como aquella que “tiene por objeto preparar el juicio oral mediante la determinación del hecho punible y la de su presunto autor”.

Otro sector doctrinal subraya más el aspecto de fase procesal. Entre ellos, MARTIN y MARTIN⁶¹¹ remarca que “con un propósito meramente conciliador de las diferentes posturas y sin poder evitar incurrir en una imprescindible, aunque mínima, definición descriptiva, puede conceptuarse la instrucción penal como la fase del proceso penal que pudiendo comprender una diversidad de actuaciones relativas a la constatación del hecho delictivo imputado, mediante la comprobación o averiguación del mismo y el acopio del material para su prueba, y relativas también a la adopción de medidas de aseguramiento del resultado mismo del fallo, se inicia ante el ejercicio de la acción penal persecutoria tutelando los derechos individuales que en todo ello resulten afectados, deduciendo en su caso la correspondiente imputación judicial, para tras su conclusión decidirse sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral”.

⁶⁰⁷ Vid. STS 785/2016, de la Sala Segunda, de 20 de octubre, (Ponente: Ferrer García, Ana María).

⁶⁰⁸ ASECIO MELLADO, J. M^a., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 97, 98 y 103 a 106.

⁶⁰⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Penal*, (AAVV), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, págs. 295 a 305.

⁶¹⁰ GIMENO SENDRA, J. V., *Derecho Procesal Penal*, Civitas, 2012, págs. 327 y 328. A su vez, RIAÑO BRUN, I., entiende que la instrucción es “aquella primera fase del procedimiento en la que se procede a desarrollar una serie de actuaciones de investigación y de aseguramiento originadas por la comisión de un delito” siendo que su “finalidad no es propiamente preparar el juicio sino determinar si se dan los elementos suficientes para incoar el juicio oral en relación a una concreta y determinada persona”, *La instrucción criminal en el proceso penal*, Aranzadi, 2008, págs. 17 y 18.

⁶¹¹ MARTÍN y MARTÍN, J. A., *La instrucción penal*, 2^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 68 y 69.

Entendemos, a su vez, importante considerar la postura que adopta GÓMEZ COLOMER⁶¹² ubicando la instrucción en el marco del proceso penal como una parte de la que denomina “fase de declaración”, en la que “se juzga, se pide al Juez la condena de una persona, sobre la que éste decide tras la celebración del juicio oral”. De modo que la instrucción vendría a ser una etapa o subfase inicial de esa fase de declaración, “llamada de investigación o procedimiento preliminar o, más sencillamente, de instrucción”. Lo fundamental es que para este autor el “proceso penal comienza de verdad cuando se formula una acusación contra una persona determinada por un hecho criminal concreto. Pero para poder llegar a este punto, se requiere previamente realizar una serie a veces muy complicada de actos, principalmente de investigación, tendentes a averiguar las circunstancias del hecho y la personalidad de sus autores, que fundamenten así la posterior acusación, dado que lo normal es que el delito se cometa en secreto, que se procure evitar su descubrimiento y que no se conozca desde el principio quién lo ha podido realizar”.⁶¹³

En cualquier caso y en el sentido que ya se ha adelantado, la mayoría de los autores converge a la hora de definir la instrucción penal, en los términos recogidos en la LE-Crim, en su ya reseñado art. 299, según el cual la misma no sólo comprende las actuaciones de investigación, sino también las medidas cautelares tanto personales como reales. Y de este modo, hemos de encontrarnos con actos de investigación caracterizados por la pretensión de conocer los hechos y circunstancias que definen una conducta como delictiva, así como la averiguación del delincuente (su identificación y circunstancias personales); actos que caracterizados por encontrarse orientados a la aprehensión de elementos que pudieran servir como medios de prueba que, además pudieran suponer una limitación de los derechos fundamentales de la persona (tales como registros, intervención de las comunicaciones, etc.); y con actos, medidas cautelares tendentes a asegurar el eficaz desarrollo de la fase de declaración y/o de ejecución.

Ciertamente, de lo anterior resulta que en la instrucción confluyen actividades de diversa índole que implican tanto facetas de enjuiciamiento y decisión -si se prefiere, funciones jurisdiccionales- como de investigación o averiguación, de carácter administrativo⁶¹⁴. Lo que nos lleva a distinguir entre actuaciones de investigación y actuaciones de garantía, de naturaleza bien distinta, de modo que son estas últimas -las de garantía- las que verdaderamente justifican la presencia judicial en la instrucción, siendo dicha presencia judicial la que permite la adopción de medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales y garantiza la defensa de los mismos⁶¹⁵.

⁶¹² GÓMEZ COLOMER, J. L., “La instrucción del Proceso Penal: su estructura esencial” en *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, cit., pág.157.

⁶¹³ En términos similares, MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., señalan que “es necesario, dentro del proceso penal, una primera fase, que llamamos instrucción, diferenciada conceptual y funcionalmente de una segunda fase que llamamos juicio oral”, de modo que “en la instrucción se investiga si los hechos acusados merecen ser juzgados en la segunda fase o juicio oral, y lo merecen si, en principio, tienen apariencia de delito y pueden ser imputados a una persona concreta y determinada”, *Vid., Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 189.

⁶¹⁴ GÓMEZ ORBANEJA, E., decía que el sumario es una actividad judicial regulada en lo esencial por el sistema de garantías del proceso que presenta innumerables contactos con la actividad administrativa. *Vid.* (con HERCE QUEMADA, V.), *Derecho Procesal Penal*, Artes Gráficas, Madrid, 1987, pág. 19.

⁶¹⁵ *Vid.* al efecto ORTELLS RAMOS, M., “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional”, *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 12, 1996, págs. 13 a 66.

En este sentido, GIMENO SENDRA⁶¹⁶ sostiene que “de la lectura del referido precepto (art. 299 LECrim) se infiere una función genérica de la instrucción, consistente en ‘preparar el juicio oral’ y tres funciones específicas: a) en primer lugar, la de efectuar actos instructorios o de investigación tendentes a averiguar la preexistencia y tipicidad del hecho (...), y su autoría (...); b) en segundo, la de adoptar medidas cautelares penales (...); y c) en tercero, la de disponer medidas cautelares civiles o aseguratorias de la pretensión civil (...). Todas estas funciones específicas están orientadas a cumplir con la genérica de ‘preparar el juicio’, evitando (cuando no haya existido el hecho, no sea típico, no sea susceptible de ser probado o carezca de responsabilidad penal su autor) la realización de juicios innecesarios”. En este punto, insiste MORENO CATENA⁶¹⁷ indicando que la fase de instrucción no pretende solo “preparar el juicio oral sino que, por encima de eso, permite evitar el juicio oral, en la medida en que proporciona a todos los sujetos los elementos para decidir si procede o no la continuación del proceso con la apertura del juicio”. Lo que implica “en primer lugar, el juez debe ordenar el inmediato cierre de la instrucción desde el instante en que se hubieran finalizado las diligencias que se hubieran ordenado (...); en segundo lugar, desde el momento en que resulte desvirtuado el elemento objetivo o subjetivo de la imputación, hay que poner fin a la instrucción”.

Ciertamente, con lo hasta ahora dicho, consideramos, estamos en condiciones de concluir que la fase de instrucción es aquella cuya actividad está orientada a determinar si procede o no la apertura del juicio oral, es decir a valorar si hay indicios suficientes para acusar a alguien concreto por la comisión de unos hechos ilícitos determinados, adoptándose, si fuere preciso, las medidas de aseguramiento necesarias, de carácter tanto personal como material. Por ello, subrayamos que no se trata de preparar la acusación, ya que del resultado de la investigación puede derivarse, igualmente, su no realización. No se trata de acreditar la existencia de unos hechos, sino de realizar un juicio de probabilidad sobre la base indiciaria con la que se cuenta que conllevaría, en su caso, la formulación de una acusación frente a un sujeto determinado. Y ello, por cuanto que - como ya se ha señalado- la prueba verdadera, la prueba con mayúsculas, es la que se celebra en el acto del juicio oral⁶¹⁸.

⁶¹⁶ GIMENO SENDRA, J. V., *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 327 y 328.

⁶¹⁷ Vid. MORENO CATENA, V., “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos” en *Revista Teoría & Derecho* 1, 2007, págs. 79 a 82.

⁶¹⁸ Vid. al respecto, las SSTS, de la Sala Segunda, números 935/2006, de 2 de octubre; 517/2016, de 14 de junio y 544/2016, de 21 de junio; 40/2015, de 12 de febrero (Ponente en todas ellas: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón). En la última de las citadas se decía que: “En primer lugar, puede establecerse con carácter general que las pruebas que son hábiles para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el acto del juicio oral, pues el Tribunal encargado del enjuiciamiento debe formar su convicción en contacto directo con el material probatorio aportado por la acusación. Así resulta del artículo 741 de la LECrim, que se refiere a las pruebas practicadas en el juicio. Las diligencias practicadas en la fase de instrucción constituyen, por tanto, meras actuaciones encaminadas a la investigación de los hechos, orientadas de un lado a su esclarecimiento objetivo y subjetivo, y, de otro, a descubrir los medios de prueba de los que las partes pueden disponer en el caso de que se alcance la fase de juicio oral”. Además la STS 1357/2002, de la Sala Segunda, de 15 de julio, (Ponente: Puerta Luis, Luis Román), establece que: “la presunción de inocencia (...) implica que la carga de la prueba recae, en principio, sobre las partes acusadoras, que la convicción del Juez o Tribunal -a los que corresponde valorar en conciencia las pruebas practicadas (art. 117.3 CE y art. 741 LECrim)- ha de obtenerse mediante las pruebas practicadas en el juicio oral bajo la vigilancia

En este estado de cosas, podríamos, pues, decir que la investigación constituiría la mera aportación de hechos o datos referentes a la propia realidad de la conducta delictiva y de su supuesto autor; mientras que la instrucción implicaría ya una serie de actos en los que está presente la valoración jurídica: desde la misma incoación del procedimiento hasta la finalización de la instrucción; pasando por la adopción de medidas cautelares u otras actuaciones que afecten a derechos fundamentales.

Entendemos que, una vez concretado el contenido de la fase de instrucción -a la que volveremos para el estudio de los diversos actos que se practican en ella- habremos de estudiar su naturaleza jurídica, extremo esencial a la hora de -en su caso- atribuir la misma al Ministerio Público, lo que, a su vez, podría derivar en la agilización de la justicia penal.

2.2.- Naturaleza

Las posturas sobre la naturaleza de la instrucción se mueven básicamente alrededor de tres consideraciones, diferenciándose entre ellas dependiendo, por un lado, de quién dirige la misma y, por otro, del tipo concreto de la actuación a practicar. Posiciones que, a continuación, pasamos a analizar.

En primer lugar, se encuentra la llamada orientación jurisdiccional -y, por ende, procesal- de la fase de instrucción, defendida -coincidentemente- con la fracción doctrinal que se opone -o no considera adecuado- otorgar al Fiscal su dirección.

Entre ellos, se encuentra MONTERO AROCA⁶¹⁹ quien parte de la distinción entre investigación e instrucción, señalando que la investigación “trata de averiguar los delitos, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o fuentes de prueba del delito”; mientras que la instrucción es una fase del proceso penal que tiene por finalidad preparar o evitar el posterior juicio oral, mediante la realización no sólo de actos de investigación, sino también de actos de prueba anticipada o que puedan llegar a convertirse en medios de prueba por su lectura en el juicio oral, incluyendo igualmente la actividad cautelar y aquellas otras actividades en las que se encuentren involucradas limitaciones de derechos fundamentales así como la garantía de los mismos⁶²⁰.

de los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción”.

⁶¹⁹ MONTERO AROCA, J., “Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y evitación del juicio oral” en *Revista Teoría & Derecho* 1, 2007, págs. 56 a 91.

⁶²⁰ En sentido similar, DE LA OLIVA SANTOS, A., quien señala que la fase de instrucción tiene una naturaleza jurisdiccional y procesal cuando sostiene que “(...) si no se confunden las investigaciones sobre los hechos con las actuaciones sumariales, que no son sólo investigaciones, sino que incluyen su dirección y control y la determinación de consecuencias jurídicas a partir de los resultados de las investigaciones, será difícil y sumamente discutible propugnar que la instrucción judicial desaparezca y que el proceso penal comience (o se considere que comienza de verdad) con el juicio oral o con sus preparativos inmediatos. (...) Sobre todo en el sumario, el Juez juzga constantemente, subsumiendo hechos en normas jurídicas y extrayendo consecuencias legales. No se trata, por tanto, de que nuestra CE sólo permita a los Jueces suspender o limitar ciertos derechos fundamentales (...) aún sin CE, la instrucción o sumario es una fase del proceso penal propiamente dicho, de naturaleza intrínsecamente jurisdiccional donde constantemente se juzga y se adoptan trascendentales medidas cautelares”. *Vid. Derecho Procesal Penal*, (AAVV), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, págs

A su vez, para GÓMEZ COLOMER⁶²¹, “el procedimiento preliminar tiene naturaleza jurisdiccional por el fundamental argumento siguiente: Con base únicamente en el sumario se puede resolver la absolución o la condena, tanto penal como civil, del acusado, por ejemplo, cuando se conforma con la pena solicitada en la calificación provisional, pues entonces no hay juicio oral. Es más, cuando se sobresee libremente, con efectos de cosa juzgada, también se actúa con base únicamente a diligencias sumariales, lo que sería inconcebible si el procedimiento preliminar no tuviera naturaleza jurisdiccional”.

Igualmente, MARTÍN y MARTÍN⁶²², además de posicionarse a favor de la naturaleza procesal y jurisdiccional de la instrucción, distingue diversas clases de instrucción, señalando en concreto que: “en atención al sujeto que dirige la instrucción, entendiéndose como instrucción propia, es decir de naturaleza jurisdiccional y procesal, la que está encomendada al Juez, y en contraposición será instrucción impropia la que la legislación atribuye al Fiscal o a la Policía, con naturaleza evidentemente extraña al proceso y, por tanto, de seguirle al mismo, con carácter que podría denominarse preprocesal”⁶²³.

Consecuentemente, podemos colegir que esta tesis jurisdiccionalista basa su postura sobre la siguiente argumentación: dado que la investigación está dirigida a la obtención de una resolución judicial sobre la apertura o no del juicio oral, inevitablemente, dicha fase ha de ser jurisdiccional.

En oposición a la opinión anterior, otro sector doctrinal acoge la cualidad administrativa de la instrucción. Entre ellos, RODRÍGUEZ RAMOS⁶²⁴ manifiesta que instruir es una actividad policial investigadora, encaminada a esclarecer los hechos para verificar si hay apariencia delictiva, autores y participación, para que, posteriormente, sean los Jueces los que juzguen y ejecuten lo juzgado⁶²⁵.

Evidentemente, consideramos inviable esta posición por global en exceso, y por cuanto que, además, relega -u omite- el hecho de que la investigación, conforme a la LECrim, se encuentra incluida en el Sumario. Siendo también que para la práctica de más de una actividad investigadora se precisan las correspondientes resoluciones judiciales⁶²⁶.

30 y 31.

⁶²¹ GÓMEZ COLOMER, J. L., “La instrucción del proceso penal: su estructura esencial”, cit., págs., 157 y 158.

⁶²² MARTÍN y MARTÍN, J. A., *La instrucción penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 79 a 91.

⁶²³ En la misma dirección, LATORRE LATORRE, V., para quien el carácter instructorio o investigador se concreta en el valor probatorio o no de las diligencias practicadas, *vid. Acción popular; acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 177 y 178. *Vid.* también, en sentido similar, POLO RODRÍGUEZ, J. J., “La investigación del Fiscal. Su incidencia en la instrucción de los procesos penales” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, 1998, pág. 22.

⁶²⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿El Juez de Instrucción es inconstitucional?” en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 261, 1996, pág. 4.

⁶²⁵ En sentido similar se posiciona LÓPEZ LÓPEZ, A. M., quien considera que la instrucción, con independencia de la intervención judicial, es tarea gubernativa en cuanto emana de la dirección de la política criminal que ostenta el Gobierno. *Vid. El Ministerio Fiscal español. Principios...cit.*, págs. 150 a 152.

⁶²⁶ Como señala IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M^a., “(...) nos mostramos en

Finalmente, otro grupo de autores se posiciona a favor de la naturaleza mixta, administrativa y, a la vez, jurisdiccional. Entre ellos, GIMENO SENDRA⁶²⁷ para el que “la determinación de la naturaleza jurídica de la fase instructora no es una cuestión baladí, ni una polémica bizantina, toda vez que conlleva importantes consecuencias de *lege ferenda*. Y así, de mantener la viabilidad de la tesis administrativa, ningún inconveniente existiría en conferir la totalidad de los actos instructorios al Ministerio Fiscal, en la línea preconizada por los países anglosajones, la ‘gran reforma’ del proceso penal alemán en 1975 o la de los Códigos Procesales Penales portugués e italiano de 1988 y 1989. Por el contrario, de secundar la estricta teoría jurisdiccionalista, la fase instructora se integraría en el principio de *exclusividad jurisdiccional*, sustentada por el art. 117.3 CE e impediría dicha delegación de actos instructorios en el Ministerio Fiscal. Atendiendo a la naturaleza de los actos instructorios, que no son más que actos de aportación de hechos al proceso, ninguna dificultad existe a la hora de suscribir la teoría administrativa. Ahora bien, con ser cierto lo anterior, tampoco lo es menos que determinados actos de investigación (así, la entrada y registro, intervención de comunicaciones, etc.) inciden plenamente en el libre ejercicio de los derechos fundamentales, con respecto al cual la Jurisdicción goza del más absoluto monopolio por obra del art. 53.2 CE y de los respectivos preceptos constitucionales que los consagran, los cuales suelen contener la cláusula ‘salvo resolución judicial’ relativa a su limitación. Por esta razón, cualquier reforma a la LECrim en aquella línea legislativa ha de partir de la distinción entre actos instructorios limitativos o no de los derechos fundamentales, pudiendo delegarse al Ministerio Fiscal los segundos, en tanto que los primeros han de permanecer residenciados en el Poder Judicial”.

De este modo cabe indicar que, dentro del procedimiento sumarial español, concurren una variedad de actividades que habremos de considerar necesariamente procesales⁶²⁸ -ya que evidentemente se practican dentro del mismo- si bien de índole diversa y características heterogéneas: por un lado, aquellas que se dirigen a la investigación y comprobación de la *notitia criminis* y, por otro, las orientadas a la adopción de medidas cautelares y a la salvaguarda de derechos fundamentales.

desacuerdo con la teoría administrativista ya que la misma parte del fundamento de que la investigación, es decir, la búsqueda y aseguramiento de fuentes de prueba es una actividad administrativa, obviando el hecho de que a lo largo de la fase de investigación se pueden llevar a cabo diversos actos o diligencias que, necesariamente, habrán de ser practicadas por la Autoridad Judicial (diligencias de investigación que afecten a derechos fundamentales o adopción de medidas cautelares...). Vid. *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, pág. 159.

⁶²⁷ GIMENO SENDRA, J. V., *Derecho procesal penal* cit., pág. 329.

⁶²⁸ MORENO CATENA V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 197. En esta obra se sostiene que “la instrucción que es una fase del proceso penal, es en sí misma un procedimiento, o, dicho de otra manera, (...) todas las actuaciones que se llevan a cabo en la fase de instrucción están reguladas por la ley”. En sentido similar, DE OÑA NAVARRO, J. M., cuando señala que “(...) la instrucción (...) como tal fase de nuestro proceso penal tiene o participa de naturaleza doble, pues comprende actos o actuaciones jurisdiccionales y otras que no lo son (podrán llamarse gubernativas o administrativas, denominaciones que apuntarían hacia su naturaleza, pero también podrían llamarse sencillamente actuaciones procesales porque se realizan en el seno o ámbito del proceso”, *vid.*, “Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal”, cit., pág. 225.

Partiendo de conceptualizar como jurisdiccional la naturaleza de la fase de instrucción, LIBANO BERISTAIN⁶²⁹ construye, dogmáticamente, una nueva figura: la instrucción como proceso penal.

Así, sobre la base de lo que sostiene MONTERO AROCA⁶³⁰ en referencia a la existencia de actividades judiciales diferenciadas dentro de la función jurisdiccional, en la que el autor -además de las constitucionalmente especificadas de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado- evidencia que, también en el ámbito penal la tutela cautelar constituye un *tertium genus* junto a las otras, LIBANO BERISTAIN apunta la posibilidad de considerar la instrucción como un proceso específico y diverso a los antes mencionados, al necesitar también “suplir una deficiencia”.

De este modo, y en apoyo de su proposición, argumenta que, a diferencia de lo que ocurre con la función cautelar, la instrucción penal es obligatoria, aunque no deje de ser una deficiencia⁶³¹ que justificaría una actividad diferenciada de las otras tres señaladas. Y concluye la autora manifestando que, con independencia de que la instrucción sea completa o incompleta⁶³², es decir se llegue o no al juicio oral, “(...) se habrá materializado la correspondiente tutela judicial que justifica la propia existencia del proceso instructorio (...)”.

Sentado lo anterior, suponemos necesario analizar el carácter de los diversos actos que, de facto y en concreto, se practican en la fase de instrucción, a lo que nos hemos de dedicar seguidamente.

2.3.- La importancia de los actos que se realizan en la fase de instrucción y la necesidad de su agilización

Es lo cierto que, como ya hemos dejado indicado, las actuaciones a practicar en la fase de instrucción son diversas y se encuentran, a su vez, revestidas de propiedades poco homogéneas entre sí. Y de este modo, la doctrina viene diferenciando actos de investigación y actos de prueba.

Desde esta perspectiva, GÓMEZ COLOMER⁶³³, tras conceptualizar los actos de investigación como aquellos que “son los que se realizan en el procedimiento preliminar (sumario, diligencias previas, urgentes o leves) para descubrir los hechos criminales que se han producido y sus circunstancias, y la persona o personas que los hayan podido cometer, de manera que una vez investigado todo ello quede preparado el juicio oral o,

⁶²⁹ LIBANO BERISTAIN, A., *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de lege lata y propuestas de lege ferenda*, Bosch Editor, Barcelona, 2020, págs. 121, 123, 254 a 266, 282 a 286.

⁶³⁰ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, (con GÓMEZ COLOMER, J. L. y BARONA VILAR, S.), pág. 235. El profesor alega en fundamentación de la tercera subfunción jurisdiccional, la necesidad de suplir una deficiencia derivada del elemento temporal necesario para llevar a cabo las otras dos subfunciones, las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

⁶³¹ En el sentido advertido por MONTERO AROCA.

⁶³² Conforme a la terminología utilizada por PASTOR LÓPEZ, M., *El proceso de persecución*, Universidad de Valencia, Valencia, 1979, págs. 200 y ss.

⁶³³ GÓMEZ COLOMER, J. L., “Los actos de investigación” en *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, cit., págs. 197 y 198.

en su caso, tenga que terminar el proceso penal por sobreseimiento”, y manifestar el problema que plantean aquellos “por ser prácticamente coincidentes con los actos de prueba”, termina por precisar que: “1.º) El acto de investigación se dirige a averiguar o descubrir algo que se desconoce; el acto de prueba se dirige a verificar la verdad de una afirmación de hecho realizada por la parte. 2.º) El acto de investigación se realiza en el procedimiento preliminar; el acto de prueba, salvo los casos de prueba anticipada, en el juicio oral. 3.º) La fundamental diferencia consiste en la distinta función que cumplen en el proceso: El acto de investigación, aunque da resultados no ciertos pero probables, puede fundar las resoluciones interlocutorias que es preciso ir dictando en el procedimiento preliminar para que el proceso penal avance (...) estos actos no sirven para fundar la sentencia sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Los actos de prueba son los que sirven para determinar la convicción del juzgador sobre la existencia del hecho punible y la participación en él del acusado, de modo que la presunción de inocencia ha de ser desvirtuada precisamente en el juicio oral y por los actos de prueba. 4.º) (...) el acto de investigación puede practicarse sin contradicción si la investigación así lo exige (...) mientras que los actos de prueba se deben practicar siempre con audiencia de todas las partes. 5.º) No se olvide tampoco la Orden Europea de Investigación en Materia Penal (OEI, Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, traspuesta mediante Ley 3/2018, de 11 de junio), cuyos objetivos son facilitar y agilizar la obtención y transmisión de pruebas entre los distintos Estados miembros de la UE, permitiendo llevar a cabo actos de investigación en estado distinto a aquél en el que se lleve la investigación.”⁶³⁴.

⁶³⁴ Directiva cuya transposición había que realizarse antes del 22 de mayo de 2017, pero que no fue publicada en el BOE hasta el 12 de junio 2018, se trataba de la Ley 3/2018, de 11 de junio. De hecho, la tardanza en la transposición obligó a la FGE a publicar el Dictamen 1/2017, de 19 de mayo, de la Fiscal de Sala de Cooperación Penal Internacional, de 19 de mayo, *Sobre el régimen aplicable debido a la no transposición en plazo de la Directiva de la Orden Europea de Investigación y sobre el significado de la expresión “Disposiciones Correspondientes” que sustituye dicha Directiva*. Se señala en el mismo que “La Directiva responde al objetivo (...) de constitución de un sistema general de obtención de prueba transfronteriza bajo el principio de reconocimiento mutuo (...) la DIR OEI crea un instrumento único uniformizado (...) para solicitar y practicar cualquier tipo de diligencias de investigación penal -y en algunos casos administrativa- en otro país de la Unión Europea (...). Con la incorporación de la obtención de pruebas al reconocimiento mutuo se pretende sustituir el fragmentario sistema de práctica de diligencias de investigación a través de la cooperación internacional (...) la OEI va a sustituir no solo a lo que fue el exhorto europeo, sino que, tal y como dispone el art. 34 de la Directiva, sustituirá a los Convenios Internacionales que actualmente regulan en la Unión Europea la asistencia judicial internacional en materia de obtención de pruebas. (...) la OEI supone el relevo, en todo aquello que la OEI regula, del Convenio de Asistencia Judicial Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, del Protocolo de 2001 de este Convenio, del Convenio de Cooperación en Materia Penal del Consejo de Europa de 20 de abril de 1959 y sus dos Protocolos y del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen de 1990. Estos Convenios se mantendrán únicamente aplicables en el futuro en aquellos aspectos no regulados por la OEI, así como respecto de aquellos países -Irlanda y Dinamarca- no vinculados por la DIR OEI (que) establece en su artículo 36.1 que los Estados miembros deberán haber tomado las medidas para dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Directiva a más tardar el 22 de mayo de 2017. España no ha desarrollado esta Directiva en su derecho interno (...) El dilema resulta evidente cuando se comprueba que se trata de un sistema que originariamente no contempla un período transitorio (dada la especial previsión de sustitución de los Convenios de cooperación vigentes que contiene el art. 34 de la Directiva) pero que se sustenta en la debida transposición de la DIR OEI en una fecha determinada. Siendo así que (...) resulta evidente la gravedad de la situación, toda vez que es preciso ahora decidir cómo se van a emitir y ejecutar las peticiones que deberían regirse plenamente por la DIR OEI, con todas las

También ASECIO MELLADO⁶³⁵ señala -o concreta- algunas diferencias entre los actos de investigación y los actos de prueba. Y así, en función del órgano encargado de su realización manifiesta que “los actos de investigación pueden ser ordenados y realizados tanto por el Juez de Instrucción, cuanto por el Ministerio Fiscal (...) o por la Policía Judicial. Por el contrario, los actos de prueba siempre se practican ante el Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, pues su finalidad es la de aportar a éstos el convencimiento acerca de las pretensiones suscitadas”. Además, en función de las diferencias exigidas para su práctica y valoración, los actos de investigación pueden ser llevados a cabo ante meras “sospechas o la probabilidad de la comisión de un delito (indicios racionales de criminalidad o motivos suficientes para acusar”, mientras que, por el contrario, “la prueba está dirigida a que el Juez o Tribunal alcance la plena certeza acerca de la autoría del imputado en los hechos de que ha sido objeto de acusación, por lo que la duda ha de suponer la absolución. Es por ello por lo que su valoración es radicalmente distinta”.

Igualmente, GIMENO SENDRA⁶³⁶ diferencia entre dos grupos de actos procesales en la fase de instrucción, en base a las funciones que describe al efecto el artículo 299 LECrim: a) actos instructorios; y b) medidas cautelares tanto penales como civiles.

A su vez, los actos instructorios han de ser diferenciados de los actos de prueba, aunque ambos sean actos de aportación de hechos al proceso. Dichos actos “asumen como única función la de preparar el juicio oral mediante la comprobación e investigación de la *notitia criminis* en punto a determinar fundamentalmente el hecho punible y su presunto autor, que se erigen en presupuestos materiales imprescindibles para que las partes acusadoras puedan confeccionar sus escritos de acusación”; mientras que los actos de prueba tienen “como exclusiva función lograr la evidencia necesaria para que el Tribunal dicte una sentencia de condena o, en cualquier otro caso, absolutoria”.

Tras lo señalado, parece obvio llegar a la conclusión de que la doctrina utiliza de forma indistinta los términos actos instructorios y actos de investigación, para distinguirlos de los actos de prueba⁶³⁷. Y ello sin olvidar la existencia de actos realizados en fase de instrucción que además de ser actos de investigación pueden ser medios de

implicaciones que ello puede tener desde la perspectiva de la validez de la prueba que pueda obtenerse mediante estos mecanismos. (...) A ello hay que añadir que la Decisión Marco 2008/978/JAI sobre el Exhorto Europeo de obtención de prueba ya había resultado derogada en virtud del Reglamento 2016/95, de 20 de enero de 2016 por el que se derogan determinados actos en materia de cooperación judicial y policial en materia penal. (...) Dos son las cuestiones que se han de plantear (...): por una parte, ha de establecerse cuál haya de ser el régimen legal aplicable a las solicitudes de asistencia judicial internacional en caso de que alguno (o todos) de los Estados implicados no haya transpuesto la Directiva en la fecha indicada y, por otra parte, es preciso aclarar la interpretación que haya de darse a la expresión ‘disposiciones correspondientes’ de los instrumentos de cooperación tradicionales que la DIR OEI sustituye’. Continúa el Dictamen pormenorizando las distintas formas de solución de la laguna que ha ocasionado la repetida falta de transposición al ordenamiento patrio.

⁶³⁵ ASECIO MELLADO, J. M^a., *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 131 a 134.

⁶³⁶ GIMENO SENDRA, J. V., *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 413 a 422.

⁶³⁷ También MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., señalan que con los actos instructorios “(...) se pretende averiguar si existen fundamentos y razones suficientes como para enjuiciar a una determinada persona de la realización de unos actos que, en principio, tienen apariencia delictiva”, *Vid. Derecho Procesal Penal* cit., págs. 95 a 101.

prueba en el acto del juicio oral⁶³⁸. De cualquier modo, como ya todos sabemos, es el acto del juicio oral la fase primordial del proceso, en la que han de culminar todas las garantías y principios al efecto. Y también hemos de advertir que, no obstante lo anterior, la misma Jurisprudencia admite el valor probatorio de diligencias concretas practicadas durante la instrucción⁶³⁹.

Esta posibilidad de que las diligencias llevadas a cabo en la fase de instrucción sirvan como prueba en el juicio oral ha sido valorada negativamente por la doctrina⁶⁴⁰.

A su vez, y como ya hemos dejado indicado, la Jurisprudencia aprueba la eficacia probatoria -en su calidad de medio de prueba- de ciertos actos llevados a cabo en la fase de instrucción, entre los que cabe distinguir entre dos posibilidades bien diferenciadas. Nos estamos refiriendo, por un lado, a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada; y por otro, a aquellos actos de investigación que habiendo nacido y practicado, sin más, con tal naturaleza, sin embargo, la concurrencia de determinadas y concretas circunstancias legalmente establecidas, hacen que el órgano sentenciador pueda valorarlos para sentencia⁶⁴¹.

⁶³⁸ Es de todos conocido que la regla general expresada de forma reiterada tanto por el TS como por el TC es aquélla que establece que las diligencias practicadas en la fase de instrucción no constituyen auténticos medios de prueba. *Vid.* las SSTs referidas al TC, entre las que pueden citarse la 141/2001, de la Sala Segunda, de 18 de junio, (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente) y la 57/2002, de la Sala Segunda, de 11 de marzo, (Ponente: Vives Antón, Tomás Salvador).

⁶³⁹ En este sentido la ya mencionada STS, de la Sala Segunda, 1357/2002, de 15 de junio, se refiere a “*los supuestos de la prueba anticipada o preconstituida en los casos legalmente permitidos, lo que no es óbice para que también puedan tenerse en cuenta a tal fin las diligencias practicadas en la fase de instrucción cuando lo hayan sido con plena observancia de las correspondientes garantías legales y constitucionales y que hayan sido introducidas en el juicio oral con posibilidades de contradicción*”. *Vid.* igualmente, la STS 40/2015, de la Segunda, de 12 de febrero, también reseñada anteriormente.

⁶⁴⁰ LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., señalan que “el sistema de instrucción conduce a una práctica procesal viciada, en la que se trivializa y adultera el concepto de prueba y su proceso de valoración, que es la esencia de la decisión jurisdiccional sobre la existencia del delito y la responsabilidad criminal de las personas acusadas. La acumulación en el Juez de Instrucción de funciones diversas ha llevado a que se otorgue auténtico valor probatorio a lo practicado con apariencia de contradicción en la fase investigadora. El juicio oral posterior se ha convertido en un mero escenario en el que se ratifica ritualmente lo realizado en instrucción, puesto que es, en realidad, en esta fase previa, nominalmente preparatoria, donde se ha resuelto anticipadamente la contienda”. *Vid.* “El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código Procesal Penal”, cit., pág. 4. En sentido similar se expresa GIMENO SENDRA, J. V., cuando sostiene que: “las sentencias condenatorias se siguen pronunciando en base a diligencias sumariales, sin que el Tribunal Constitucional se haya atrevido a negarles valor probatorio alguno”, *Vid.* “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional” en *Revista del Poder Judicial* núm. 6, 1989. En la misma dirección LACUEVA BERTOLACCI, R., *vid.* “Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” en *Diario La Ley* núm. 7513, 2010.

⁶⁴¹ Por ejemplo, en casos de discrepancia entre lo declarado en fase de instrucción y en el juicio oral, el art. 714 LECrim, permite la lectura de la realizada en fase de instrucción, siendo que el Tribunal o Juez puede después solicitar se explique respecto a dicha diferencia o contradicción. Obviamente, en estos casos la diligencia sumarial no fue practicada con vocación de servir como prueba. No obstante, el órgano sentenciador valorará conforme a lo establecido en el art. 741 LECrim, como no podría ser de otra manera. En este sentido, y creemos

Ciertamente, el último de los supuestos señalado en el párrafo anterior nada tiene que ver -al menos en lo que a su finalidad en origen se refiere- con la prueba anticipada y la preconstituida que nacen directamente con vocación de utilizarse como medio de prueba en el plenario.

Además, algún sector de la doctrina⁶⁴² ha señalado que “la Jurisprudencia no distingue, por lo general, entre prueba anticipada y preconstituida. Sin embargo, se trata de dos conceptos distintos. La prueba anticipada es aquella realizada cuando se prevea razonablemente que no se podrá practicar en el juicio oral. En este sentido, el artículo 657 LECrim (...); la prueba preconstituida comprende tanto aquellos supuestos que tienen en común la imposibilidad o dificultad de reproducir en el juicio oral cierta clase de diligencias (análisis químicos, pruebas de balística, informes dactiloscópicos, partes médicos, inspecciones oculares, reconstrucciones de hechos, etc.); como aquellas diligencias que aun siendo reproducibles no lo serían en idénticas circunstancias. Se trata de las diligencias que deberán ser reproducidas en el juicio oral mediante su lectura, según dispone el art. 730 LECrim”.⁶⁴³

A pesar de lo indicado en el párrafo anterior, entendemos que la STS 96/2009, de la Sala Segunda, de 10 de marzo, (Ponente: Prego de Oliver Tolivar, Adolfo, con voto particular de Maza Martín, José Manuel), diferenciaba y concretaba a la perfección las distintas posibilidades cuando señalaba que: “*Excepcionalmente, sin embargo, cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral, sustituyéndola por otras soluciones. En ellas existen diferencias por su mayor o menor observancia de los principios que presiden la práctica de la prueba y especialmente del principio de inmediación ante el Tribunal juzgador: A) Así sucede, salvándose plenamente la inmediación, con la llamada ‘prueba anticipada en sentido propio’. Se admite en el Procedimiento Ordinario por el art. 657 apartado tercero, que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen ‘desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión’. Norma que tiene en el Procedimiento Abreviado su correspondencia en los arts. 781-1 apartado tercero y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar ‘la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral. En uno y otro procedimiento la excepcionalidad se limita a la anticipación de la práctica probatoria que se desarrolla en un momento anterior al comienzo del juicio oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, con sometimiento a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación*”

que acertadamente, CRESPO BARQUERO, P. J., sostiene que “Hacer valer las contradicciones no implica ‘presunción de autenticidad de los actos llevados a cabo en la investigación oficial’, ni concederle valor probatorio, ya que pedir explicaciones sobre una contradicción para valorar la credibilidad de un testimonio no autoriza ‘a tener por probado’ con las garantías del juicio oral lo que no dice en él”. Vid. “Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* núm. 6, 1998, pág. 205.

⁶⁴² Entre ellos y por todos, RIAÑO BRUN, I., *La instrucción criminal en el proceso penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 100.

⁶⁴³ En sentido similar, ASECIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal penal* cit., págs. 131 a 134; y GIMENO SENDRA, J. V., *Derecho procesal penal* cit., págs. 413 a 422.

ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785-1º de la LECr). **B)** Un segundo supuesto muy diferente, porque ya supone un sacrificio de la inmediación, es el denominado por algunos como ‘prueba preconstituida’. Su diferencia con la anticipada está en que en la preconstituida la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. A veces se le denomina prueba ‘anticipada en sentido impropio’ para preservar el término de ‘preconstituida’ a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica – como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias- es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra forma este supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se preven como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el Juicio Oral. Estos supuestos se dan en el procedimiento abreviado y en el ordinario: **1)** En el abreviado se rigen por lo dispuesto en el art. 777 de la LECr (...); **2)** En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias (...); **C)** El tercer supuesto lo regula el art. 730 LECr que cubre los casos en que no siendo tampoco posible, como en los anteriores, prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, sin embargo, a diferencia de ellos, la imposibilidad procede de factores sobrevenidos e imprevisibles. En este ámbito el art. 730 de la LECr dispone que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente a la voluntad de aquéllas no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral”.

Ciertamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido refiriéndose a los requisitos que han de concurrir para la validez de los supuestos a los que nos hemos venido refiriendo, entre los que cabe distinguir aquellos de naturaleza material (básicamente la imposibilidad de reproducción en el juicio oral); de naturaleza subjetiva (la necesaria intervención del Juez de Instrucción); objetiva (la concurrencia necesaria de contradicción); y de naturaleza formal (la reproducción mediante lectura o visionado en el plenario)⁶⁴⁴.

Efectivamente y a pesar de que entre los requisitos de validez de este tipo de pruebas hemos incluido el relacionado con la necesidad de presencia judicial para su práctica, es lo cierto que si nos ceñimos a la propia naturaleza de la prueba preconstituida no exige la intervención del Juez. Piénsese en la recogida de huellas, la realización de la prueba de alcohol por el procedimiento de aire espirado, la inspección ocular, etc.). Y en esta cuestión resulta obligado concretar la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad -o no- de la intervención directa del Juez, pero sin dejar de lado, la indiscutible exigencia de la concurrencia del principio de contradicción⁶⁴⁵; doctrina que -como no podía ser de

⁶⁴⁴ Vid. al efecto RIAÑO BRUN, I., *La instrucción criminal en el proceso penal* cit., pág. 100; y GIMENO SENDRA, J. V., *Derecho procesal penal* cit., págs. 413 a 422. Igualmente, Cfr. las SSTC 38/2003, de la Sala Primera, de 27 de febrero (Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge); 195/2002, de la Sala segunda, de 28 de octubre, (Ponente: Cachón Villar, Pablo); 17/2004, de la Sala Primera, de 23 de febrero, (Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge); y 94/2002, de la Sala Segunda, de 22 de abril, (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente).

⁶⁴⁵ Es de interés al respecto, la STS 390/2014, de la Sala Segunda, de 13 de mayo, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel) que sintetiza la postura del TS al efecto, citando, además doctrina del TC,

otra manera- distingue -haciendo depender de ello la necesidad de intervención del Juez- según sea la naturaleza diversa de las diligencias concretas, a la que ya hemos hecho referencia.

Indiscutiblemente, lo hasta ahora reseñado, nos conduce a la confirmación de que la fase de instrucción disfruta de una naturaleza compleja, entendemos que, en cualquier caso, procesal, pero, sin embargo, no siempre jurisdiccional. Habremos de decir igualmente que en la misma se practican diligencias de muy distinta naturaleza, sin que todas y cada una de ellas, requieran ser realizadas por un Juez, sino que más bien y en su caso, habrían de ser autorizada por un Juez, en concreto las que fueran limitativas de derechos fundamentales. No podemos afirmar el carácter jurisdiccional de la fase de instrucción simplemente por entender que ello deriva exclusivamente de confundir la cualidad del órgano que lo practica con la naturaleza del acto a realizar.

De todos modos, el hecho de que algunas diligencias sean llevadas a cabo por la Policía o por el Ministerio Fiscal, no implica que carezcan de carácter procesal, puesto que forman parte del proceso penal, al constituir un elemento necesario del mismo y que, además, han de ser realizadas conforme a las normas procedimentales legalmente establecidas al efecto. Otra cosa es el valor probatorio de algunas de esas diligencias que, carecen *a priori* de dicha posibilidad, sin perjuicio de su valoración en el acto del juicio oral mediante su necesaria ratificación y examen bajo los principios de contradicción e inmediación⁶⁴⁶. Y volveremos sobre un tema conectado con este punto, en el apartado siguiente.

cuando señala que: *“Esa idea de posibilidad material del ejercicio de la contradicción se halla ínsita en los numerosos precedentes de la jurisprudencia constitucional que han fijado el alcance y los presupuestos de la prueba anticipada. Así la STC 141/2001, 18 de junio, reconoce la plena significación probatoria de aquellos actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituída, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los siguientes requisitos: a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último, d): que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de Instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, lo cual ha de posibilitar someterse contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, F. 3; 303/1993, de 25 de octubre, F. 3; 36/1995, de 6 de febrero, F. 2; 200/1996, de 3 de diciembre, F. 2; 40/1997, de 27 de febrero, F. 2; 97/1999, de 31 de mayo, F. 5).*

⁶⁴⁶ Sirva como corroboración de lo dicho además de como introducción al apartado siguiente, dedicado a los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccionales, el contenido de la STS 603/2010, de la Sala Segunda, de 8 de julio, (Ponente: Ramos Gancedo, Diego Antonio) en la que textualmente se expone que: *“El Tribunal sentenciador ha considerado aptas, válidas y eficaces las declaraciones de los acusados en dependencias policiales basándose en el Acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2006 que decía que las declaraciones válidamente prestadas ante la policía, pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia` y en algunas sentencias anteriores y posteriores al citado Acuerdo, y, en*

2.4.- Problemas que se plantean en la fase de instrucción derivados del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015 y de las posteriores sentencias derivadas del mismo. Su impacto en los tiempos de la instrucción.

Reza textualmente dicho acuerdo:

“UNICO PUNTO: Valor de las declaraciones en sede policial a efectos de valorar la presunción de inocencia.

ACUERDO: Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 LECrim. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECrim. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciados en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas inferencias. Para constatar a estos exclusivos efectos, la va-

particular la STS 220/2006 que, refiriéndose a la declaración autoincriminatoria en sede policial, no ratificada posteriormente a presencia judicial, nos dice que ‘puede ser estimada como prueba de cargo siempre que se acrediten las siguientes circunstancias: 1º que conste que aquélla fue prestada previa información de sus derechos constitucionales. 2º Que sea prestada a presencia de letrado. 3º Finalmente sea complementada en el mismo juicio oral mediante la declaración contradictoria del agente de policía interviniente en la misma’. (...) Se analiza también con rigor y fundamento la cuestión de las declaraciones prestadas por testigos o imputados en sede policial, subrayando que carecen en principio de valor probatorio de cargo, no bastando con su reproducción en el juicio oral para que puedan ser tenidas como pruebas (STC 31/1981; 9/1984; 51/1995; y 206/2003), siendo necesario para ello que sean ratificadas y reiteradas a presencia judicial. La misma doctrina ha entendido que, en supuestos excepcionales, cuando concurren circunstancias ‘que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías’(STC 7/1999), será posible que tales diligencias alcancen valor probatorio de cargo si sus resultados son introducidos en el juicio oral mediante la práctica de auténticos medios de prueba practicados con arreglo a las normas que rigen el juicio oral (SSTC 36/1995, de 6 de febrero; 51/1995, de 23 de febrero; 7/1999, de 8 de febrero; y 206/2003, de 1 de diciembre). En estos casos excepcionales las declaraciones testimoniales prestadas ante la policía pueden ser introducidas válidamente mediante la declaración referencial de los agentes policiales que las presenciaron. Pero solamente de forma excepcional cuando existan circunstancias que impidan la práctica de la prueba mediante la declaración del testigo directo. Cuando éste comparece ante el Tribunal y declara rectificando sus declaraciones policiales, el contenido inculpatario de éstas no puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo mediante su introducción a través de la declaración de los agentes que la presenciaron. En primer lugar, porque se trata de una declaración referencial cuando se dispone del testigo directo; y en segundo lugar porque no se prestó ante el Juez, sino ante los mismos que ahora declaran sobre su realidad y circunstancias. Es por ello que, aunque existen algunas sentencias del Tribunal Constitucional especialmente, que permitirían sostener otra posición sobre el particular, en realidad son afirmaciones que no pueden ser interpretadas de forma tan amplia que dejen sin efecto las constantes exigencias relativas a la presencia del Juez en la declaración para que pueda considerarse prueba preconstituida, o la doctrina consolidada del mismo Tribunal acerca de la eficacia probatoria de las declaraciones de los testigos de referencia”.

lidez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron”.

Para contrastar los vaivenes del Tribunal Supremo, hemos de recordar al respecto, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de veintiocho de noviembre de dos mil seis que decía literalmente: *“Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”.*

Tampoco podemos dejar de mencionar al efecto el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de dieciocho de julio de dos mil seis que establece: *“Los acuerdos de la Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes”.*

Obviamente, son muchas las cuestiones que se nos plantean ante tales declaraciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Si conforme a lo establecido en el párrafo primero del artículo 1 del Código Civil la Jurisprudencia no figura como fuente del derecho⁶⁴⁷, menos habrán de serlo los Acuerdos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo, a pesar de la tendencia de este órgano jurisdiccional a atribuir, a declaraciones suyas, el valor de normas generales y abstractas con asunción de una función legislativa que, ni le corresponde, ni le ha sido atribuida por la Constitución.

No podemos olvidar que la independencia judicial, con absoluto sometimiento a la ley en el ejercicio de la función jurisdiccional de Jueces y Magistrados, es una garantía fundamental para los proclamados Estados democráticos, lo que impide atribuir a la doctrina jurisprudencial una fuerza vinculante para todos los Jueces⁶⁴⁸, por lo que, ciertamente, de ninguna manera podrá adjudicarse dicha capacidad de influencia a los acuerdos no jurisdiccionales.

Conforme al artículo 244.1 de la LOPJ, se llamarán acuerdos *“las resoluciones de los Tribunales cuando no estén constituidos en Sala de Justicia, las de las Salas de Gobierno y las de los Jueces y Presidentes cuando tuvieren carácter gubernativo”.*

Según establece dicho artículo los acuerdos son resoluciones de los Tribunales que carecen de carácter jurisdiccional, otorgando a los Magistrados de las distintas Secciones de una misma Sala la posibilidad de reunirse para unificar criterios y coordinar prácticas procesales, quedando, supuestamente a salvo, la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Una disertación que, si bien tremendamente interesante, escapa al objeto de este estudio.

⁶⁴⁸ TAPIA FERNÁNDEZ, I., “¿El Tribunal Supremo legislador? (El valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)” en *Justicia* núm. 2/2017, pág. 61.

⁶⁴⁹ Sobre la naturaleza jurídica de estos Acuerdos, consideramos importante la STS de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de 8 de mayo de 2015, (Ponente: Yagüe Gil, Pedro José) en el que la Abogacía del Estado en la parte del recurso que sustentaba, se había posicionado en la consideración -incontrovertible- de que los acuerdos plenarios, tanto por su forma como por su contenido, son de naturaleza gubernativa. La sólida argumentación de esta Sentencia viene a sentar la naturaleza de estos acuerdos plenarios no jurisdiccionales, y ello, partiendo desde la doctrina sentada por la propia Sala en Sentencia de 11 de mayo de 2009 (recurso núm. 113/2007) que establecía sobre el artículo 264 LOPJ *“De este precepto se*

A diferencia de lo que ocurre en el sistema angloamericano -en el que el precedente judicial tiene carácter vinculante *erga omnes*-, en el sistema continental, y precisamente derivado del proceso codificador y del sistema de fuentes, la jurisprudencia no es fuente -directa o creadora- de Derecho. Lo que necesariamente supone que no puede, por sí sola, fundamentar una incriminación penal, por aquello de *nullum crimen sine lege*⁶⁵⁰.

El punto que abordamos se encuentra íntimamente ligado con el principio de independencia judicial⁶⁵¹ que, indiscutiblemente, ha de entenderse -además de como pro-

desprende que estas reuniones no jurisdiccionales no tienen sino una finalidad que es la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. (...) son dos los objetos y no solamente el de coordinación de prácticas procesales, sino que en la unificación de criterios cabe perfectamente la del derecho sustantivo a aplicar, y esto con la finalidad de que distintos órganos judiciales que conocen de las mismas cuestiones, en la medida de lo posible, mantengan un mismo criterio sobre las cuestiones que resuelven, todo ello naturalmente sin perjuicio de la función unificadora que corresponde a la jurisprudencia, pues en todo caso, ésta actuará temporalmente en un momento posterior.(...) También se desprende de este precepto que queda a salvo la independencia de las Secciones a la hora de resolver los distintos procesos, esto es el carácter no vinculante de las resoluciones. En consecuencia, no se trata sino de un intercambio de posiciones interpretativas sobre determinados temas que afectan a todas las Secciones de una Audiencia. (...) En consecuencia, carece de efectos jurídicos cualquier opinión que de dichas resoluciones resulte mayoritaria, ni respecto a quienes la realizan, ni tampoco frente a terceros. Por ello podemos afirmar que el resultado de tales reuniones, aunque resulte documentado, no es susceptible, ni de impugnación jurisdiccional, pues no es un acto judicial, ni tampoco administrativa, pues no es un acto administrativo, al no producir efecto jurídico alguno. (...) Y añade, a continuación, los motivos por los que los repetidos acuerdos no pueden ser considerados ni como decisiones jurisdiccionales, ni como actos administrativos, concretando que no son decisiones jurisdiccionales por las siguientes razones: a) El propio contenido del artículo 544 LOPJ; b) porque no se enmarcan en un proceso en trámite; c) porque el art. 24.2 CE consagra el derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley y un pleno de estos no lo puede ser nunca; y d) porque el art. 24.2 CE consagra el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y la primera garantía para los justiciables ha de ser fruto de un debate procesal en el que se haya salvaguardado el derecho de defensa, lo que no es posible en los acuerdos.

⁶⁵⁰ Los Tribunales penales sólo pueden interpretar y aplicar la ley penal, pero carecen de potestad normativa autónoma. El precedente judicial, en principio, no tiene fuerza vinculante, ya que el sistema de fuentes continental parte de una interpretación estricta del principio de división de poderes y la consiguiente primacía de la ley, de modo que la capacidad de crear normas corresponde exclusivamente al poder legislativo, representante de la voluntad popular, de modo que el Juez sólo se encuentra sometido a la ley. Así la jurisprudencia carece, en principio, de capacidad normativa propia y autónoma puesto que sólo puede interpretar y aplicar la ley. Sin embargo, en la práctica y como ya se ha dicho más arriba, las leyes son lo que la jurisprudencia interpreta de ellas.

⁶⁵¹ Independencia judicial que como ya se dijo, queda recogida en el art. 117.1 CE que proclama la misma cuando establece que los Jueces y Magistrados están sometidos únicamente al imperio de la Ley”. Además, los artículos 1 y 5 de la LOPJ se refieren también a esa sumisión a la ley y a la Constitución, lo que impide la sumisión a lo acordado en reuniones no jurisdiccionales. A su vez, el art. 12.1 LOPJ se refiere a la repetida independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que entraría en colisión con una pretendida fuerza vinculante de este tipo de acuerdos no jurisdiccionales. El art. 12.2 LOPJ, señala que la interpretación y aplicación de la ley realizada por un Juez, únicamente puede corregirse cuando se administre Justicia y por la vía de los recursos, funciones que no se efectúan en un pleno de esta clase. El art. 13 LOPJ impide se dirijan instrucciones a los inferiores sobre aplicación e interpretación de la ley. El art. 13 LOPJ señala la obligatoriedad de todos de respetar la independencia de Jueces y Magistrados. Finalmente, también habremos de traer a colación el artículo 24 CE en lo que hace al derecho fundamental al Juez predeterminado por la Ley y a las garantías del proceso debido, lo

tección o defensa frente a injerencias de los otros poderes del Estado- como autonomía respecto al criterio y doctrina de los mismos Tribunales a los que el Juez se encuentre competencialmente -o quizá jerárquicamente- subordinado, lo que deriva del artículo 12.1 de la LOPJ, del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de reiterada jurisprudencia de éste último.

Lo que consideramos indiscutible es que, si la jurisprudencia en nuestro modelo de fuentes no puede fundamentar por sí sola una incriminación penal, menos aún podrán hacerlo los denominados acuerdos no jurisdiccionales. Y sin poner en duda su valor de interpretación de la norma penal, insistimos en que carecen de fuerza vinculante puesto que no obligan ni a los órganos jurisdiccionales jerárquicamente subordinados y ni siquiera a quienes votaron para su adopción, puesto que incuestionablemente el principio de independencia judicial ha de quedar siempre a salvo, como ya indicaba la STS de la Sala Tercera de 8 de mayo de 2015 señalada.

Sin embargo, no es menos preocupante, la enérgica *vis expansiva* de estos acuerdos, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, su apariencia quasínormativa⁶⁵² y el riesgo que conlleva su desmedida adopción sobre el modelo que nuestro ordenamiento tiene establecido acerca del sistema de fuentes.

Pero ciertamente, teniendo en cuenta que los Tribunales de rango inferior -no por eso, en teoría, dependientes- verán fiscalizadas sus resoluciones por los superiores, no debe sorprendernos que acaten los repetidos acuerdos no jurisdiccionales lo que, visto sea desde el prisma que fuere, el principio de independencia judicial queda, cuando menos, mermado.

Efectivamente, nuestro sistema penal, como regla general, carecía de unificación de doctrina hasta la modificación introducida por el artículo único 12 de la Ley 41/2015, de 5 de octubre y básicamente recogida en los renovados artículos 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De modo que, con anterioridad a dicha reforma, la función unificadora de la doctrina la desempeñaba el TS mediante los Acuerdos plenarios no jurisdiccionales de la Sala Segunda. Sin embargo, y a pesar de la reforma, la Sala Segunda persiste en la adopción de dichos acuerdos no jurisdiccionales, siendo uno de sus ejemplos, el referido al alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim de fecha 23 de enero de 2018.

2.4.1.- Posturas doctrinales al respecto

Con anterioridad a la reforma del recurso de casación operada en 2015, SAAVEDRA RUIZ⁶⁵³ sostenía que el Tribunal Supremo, conforme al artículo 123 CE, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes y con jurisdicción en todo el país,

que supone que los extremos relevantes para la condena deben ser objeto de contradicción, debate y defensa y luego resultar motivados. Indudablemente, estos acuerdos atentan y socavan de forma importante la independencia judicial.

⁶⁵² MARTÍNEZ FRANCISCO, N., *Los Plenos no Jurisdiccionales del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 127.

⁶⁵³ SAAVEDRA RUIZ, J., (Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo), “Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo” en *Estudios de Derecho Judicial* núm. 120, 2007, págs. 361 a 428.

tiene la función de unificar la interpretación y aplicación de la legislación ordinaria. Y añadía que la naturaleza de la casación no es sólo la de un recurso procesal sino esencialmente una institución política del Estado fundamentada en el principio de igualdad a efectos de que la ley se aplique e interprete con el mismo contenido en todo el territorio de vigencia, siendo los acuerdos no jurisdiccionales los que cumplían con esa finalidad.

Otros, como GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁶⁵⁴ advertían que “de hecho esta fórmula -la de los plenos no jurisdiccionales de la Sala II- se orienta a un modelo dirigista, piramidal y abreviado de creación de doctrina consolidada, en detrimento de la evolución natural y espontánea y el dinamismo de la jurisprudencia”, añadiendo que “la praxis cotidiana se encargará de que la sola cita de un Pleno no jurisdiccional yugule el debate procesal”.

Ciertamente, es mucho más rotundo MUÑOZ CLARES⁶⁵⁵ cuando insiste en su carácter ilegal: “No existe en la ley, desde la Constitución hasta la última disposición que ostente rango normativo en España, previsión alguna que regule o, ni siquiera tolere el dictado de tales acuerdos; no cuentan más que con una irregular y parcial aparición en el apartado ‘Jurisprudencia’ de la página web del CGPJ, lo que produce la apariencia de la labor jurisprudencial encomendada a jueces y tribunales”. Y añade: “Tampoco consta que esté documentado su proceso de creación, carecen de motivación y, desde luego, más allá de lo intentado por el propio órgano que los puso en marcha (Sala II TS), que en su imposición al resto de la estructura judicial española del orden penal y por ende, al ciudadano, se trata de una pretendida fuente del Derecho cuya existencia se ha impuesto de facto en virtud de la voluntad de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, apoyada por la actitud omisiva y activa de las autoridades llamadas a imponer la vigencia de la ley como fuente exclusiva del Derecho en el sector público y, especialmente, en Derecho Penal. (...)”. Concluyendo que la ley no puede remediar este asunto, pues la ley ya es clara al respecto (prohibiendo su dictado el art. 12.3 LOPJ), y que a tal violación del sistema jurídico no cabe sino oponer el sistema jurídico en su conjunto, incluidas las advertencias de persecución penal (por prevaricación) para los infractores.

Pasaremos ahora a estudiar las posiciones que vienen adoptando al efecto los operadores jurídicos involucrados.

2.4.2 Criterio de la Fiscalía General del Estado

Es lo cierto que no hay el más mínimo rastro sobre la existencia de documento alguno de la Fiscalía General del Estado referido al “valor” a nivel de vinculación de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Segunda.

⁶⁵⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo” en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 7, 2006, pág. 17. Manifestaba también que “No sería de extrañar que en un futuro próximo ni los jueces ni las partes traten de investigar la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, sino la contenida en un Pleno no jurisdiccional que resuelva definitivamente la controversia”.

⁶⁵⁵ MUÑOZ CLARES, J., “Los llamados acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo” en *Revista General de Derecho Penal* núm. 16, 2011, pág. 13. Menos radical se postula QUERALT JIMÉNEZ, J. J., para el que “(...) toca convivir con esta anomalía, que, de persistir, deberá ser erradicada por ley”. *Vid. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, pág. 622.

En cualquier caso, hemos de mencionar que, en virtud de Decreto de 12 de enero de 2014, el entonces Fiscal General del Estado creó una Comisión⁶⁵⁶ dentro de la Sección Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo, para estudiar de forma sistemática todos los Acuerdos adoptados por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda.

Dicha Comisión, en una primera aproximación a esos acuerdos, y de forma muy general, manifestó que suponían una orientación insoslayable para todos los operadores de la jurisdicción penal y de forma muy singular para los miembros del Ministerio Fiscal, quienes no pueden hacer caso omiso de la función de unificación que corresponde a la Jurisprudencia.

Sin embargo, y tras establecer esa premisa general, la Comisión también consideró que teniendo en cuenta las misiones que la Constitución asigna al MF y su papel como promotor de la actuación de los Tribunales, le exigen algo más que un simple seguidismo acrítico y mimético de las orientaciones jurisprudenciales. El Fiscal no puede hacer dejación de su capacidad de impulsar nuevas líneas de interpretación, o de criticar las ya existentes, pudiendo y debiendo postular su modulación o modificación.

Finalmente, concluía la Comisión, era necesario combinar ambas perspectivas, lo que exigía la ponderación de las cuestiones y la distinción de los casos a fin de alcanzar el equilibrio en cuanto el principio de seguridad jurídica y el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, recomiendan no sólo rendirse, sino también suscribir los criterios marcados, sin excluir la posibilidad de discrepar.

Ciertamente, pueden encontrarse diversas Circulares y Consultas en las que se hace referencia a dichos acuerdos no jurisdiccionales, pero sin que se haya dado pronunciamiento general alguno sobre su valor vinculante para los miembros del Ministerio Público. Simplemente se aludía a ellos en relación con el tema concreto que se venía a estudiar y examinar.

No por ello la Fiscalía General del Estado -si bien de forma verdaderamente ocasional- ha dejado de cuestionar esta clase de decisiones, entendiendo que el Tribunal Supremo ejerce una especie de “función legislativa” que excede de su cometido estrictamente jurisdiccional, pero no nos consta que ello, se haya plasmado nunca en un documento oficial, y sin que tampoco haya sido nunca sometido formalmente a debate ni en la Junta de Fiscales de Sala, ni en la Junta de Fiscales del tribunal Supremo. Y consideramos que esto ha sido así por entenderse que es inútil en la práctica, puesto que negar su valor vinculante -que teóricamente no tienen salvo para la propia Sala Segunda- no impide que sean aplicados por el Tribunal.

En cualquier caso, con independencia -y, además- de lo hasta ahora dicho, no podríamos resistirnos -si bien combatiendo contra molinos de viento- a mostrar nuestra oposición a la irregularidad que suponen dichos acuerdos al no estar no siquiera motivados.

⁶⁵⁶ Dada la fecha de creación de la Comisión, no podemos dejar de señalar que, en abril de ese año 2004, hubo cambio de Fiscal General del Estado y de todo el “staff” de la Fiscalía General, de modo que, es más que posible que iniciado incipientemente su trayectoria, no tuviera continuidad alguna. Pero nos consta que, en la actualidad, no existe ninguna comisión con ese cometido concreto y específico.

Incuestionablemente, tanto el TC como el propio TS, en referencia al derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, han venido exigiendo una serie de requisitos para satisfacer el deber de motivación de todas las resoluciones judiciales, lo que no hace sino responder a una exigencia que deriva del principio de legitimación democrática del Poder Judicial, sustanciándose en ella la proscripción de la indefensión. De este modo, la motivación sirve para demostrar que lo acordado, representa una decisión razonada en términos jurídicos y no un simple y arbitrario acto de voluntad de quien está llamado a juzgar.

Como señalara la STS, de la Sala Segunda núm. 513/2005, de 22 de abril, (Ponente Sánchez Melgar, Julián Antonio), motivar es “(...) *hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad*”. Pues bien, los Acuerdos, aunque sorprenda, pese a su complejidad y trascendencia, no tienen razonamiento alguno, conteniendo una *mera declaración de voluntad* en determinada materia.

Y ciertamente, aunque nos siga pareciendo una lucha quijotesca, es lo cierto que los Acuerdos: a) No son ley al no provenir del Poder Legislativo; b) No suponen un criterio interpretativo nuevo, habiendo en cualquier caso ajustarse al mandato del artículo 3.1 del Código Civil; c) No son Jurisprudencia, al no ser ni providencias, ni autos, ni sentencias, por lo que no pueden ser “precedente cualificado”; d) No son normas jurídicas al no pertenecer al sistema jurídico, a pesar de su poderosa influencia en él⁶⁵⁷.

2.4.3 En la práctica. La sumisión de los órganos judiciales

Como ya hemos indicado en líneas anteriores, el seguimiento que realizan de los Acuerdos de pleno no jurisdiccionales tanto el Tribunal Supremo como los Jueces y Tribunales de instancias inferiores es prácticamente generalizado, y en lo que respecta al objeto de este estudio y en concreto, refiriéndonos al Acuerdo no Jurisdiccional de junio de 2015, señalaremos los problemas que se están planteando.

Nos encontramos así con Secciones de Audiencias Provinciales -como por ejemplo la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa- que impiden realizar la más mínima referencia a lo actuado en sede policial y ello en base a que no cabe sacar a la luz contradicciones en tal sentido ya que el artículo 730 LECrim se está refiriendo exclusivamente a actuaciones judiciales y, obviamente, no lo son las realizadas en sede policial. Lo que consideramos, no es sino una interpretación extrema de la norma, sobre todo si se tiene en cuenta que, hasta fechas recientes, la declaración del investigado realizada en sede policial servía, ni más ni menos para, enervando la presunción de inocencia, fundamentar una sentencia condenatoria, lo que efectivamente constituía una auténtica aberración para el contenido del derecho defensa de cualquier Estado que se considerara democrático.

⁶⁵⁷ Cfr. MONTERDE FERRER, F., *Acuerdos Plenarios no Jurisdiccionales y Jurisdiccionales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Seguridad jurídica e independencia judicial*, Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado el día 25 de enero de 2018, págs. 47 a 50.

Sin embargo, en derecho -como en cualquier otra disciplina- los extremos siguen siendo absolutamente peligrosos. No discutimos -por su propia obviedad- que la sola declaración en sede policial -aunque hubiera podido llegar a realizarse con casi todos los sacramentos procesales al efecto- pueda ser *-per se-* suficiente para enervar la presunción de inocencia, pero tampoco puede privársele de cualquier valor, aunque no sea probatorio, simplemente por haberse realizado en sede distinta a la judicial. Y ello porque nos negamos a considerar que lo dicho en sede policial carezca de todo valor, si se trata de declaraciones válidas, en términos de constitucionalidad, al haber sido correctamente practicadas, ya que pueden aportar datos objetivos al efecto. De ahí que no se comprenda la negativa a la lectura o reproducción de dichas declaraciones en el plenario -sin concederles, por supuesto categoría de prueba de cargo- pues entendemos que nada impide que las declaraciones válidamente practicadas, sean empleadas en la vista oral con la finalidad de aclarar diferencias, ya que debe existir una oportunidad para la defensa en orden a la aportación de una explicación razonable de los elementos que lo incriminan. Y una vez descartada la vulneración de derechos fundamentales en la toma de declaración en sede policial, ha de entenderse que el Tribunal habrá necesariamente de permitir su incorporación al juicio oral, concediendo así al órgano judicial la posibilidad de alcanzar determinadas conclusiones fácticas en función de la valoración conjunta de la prueba ex artículo 741 de la LECrim.

No obstante lo anterior, habremos de insistir en que, si bien lo realizado en sede policial no puede -ni debe- constituirse en prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia al no haberse practicado en presencia judicial, sí pueden aportar datos objetivos de donde obtenerse indicios de su veracidad intrínseca. Lo contrario, a efectos de eficacia y de eficiencia, podría derivar en la innecesariedad de las diligencias policiales más allá de la identificación de los implicados y de la realización de aquellas de carácter científico irrepetibles con posterioridad.

3.- La investigación preliminar del Ministerio Fiscal

3.1.- Consideraciones generales

El ordenamiento jurídico español no destina sino dos disposiciones⁶⁵⁸ a la regulación de lo que consideramos una actividad del Fiscal, tan compleja y trascendente, como lo es la referida a la investigación penal, y de este modo, las diligencias de investigación del Fiscal se encuentran reguladas en el art. 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que aprobara el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y en el art. 773.2 de la LECrim⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ Aunque en realidad, también la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, contempla las diligencias de investigación fiscal en su art. 123 que, en su párrafo primero establece textualmente *“Cuando la Fiscalía Jurídico-Militar tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, que fuere competencia de la Jurisdicción militar, cuya noticia reciba directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará ella misma u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez Togado. En otro caso instará del Juez Togado la incoación del correspondiente procedimiento con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere y los efectos del delito”*.

⁶⁵⁹ Si bien, con posterioridad, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, ha

Sin embargo, en los últimos años, el Fiscal ha visto incrementada su actividad de investigación de forma importante, gracias a reformas legislativas -a las que más tarde nos dedicaremos- que sugieren un favorecimiento a las competencias del Ministerio Público en este punto, y, sobre todo -pensamos- como paso previo a la adjudicación de la instrucción en materia penal. Y si a ello añadimos la mencionada escasez normativa, necesariamente derivamos en el importante número de Circulares, Instrucciones y Consultas que la Fiscalía General del Estado ha publicado al efecto de fijar criterios concretos que ayuden a resolver los abundantes problemas que puedan surgir en la actividad investigadora, proponiendo además, soluciones no resueltas expresamente por el legislador⁶⁶⁰. De este modo, el estudio completo de las Diligencias de Investigación se abordó en la Circular 4/2013, de 30 de diciembre, que contiene un trazado completo sobre las cuestiones que se suscitan, resolviendo las dudas que su desarrollo práctico había venido generando, y siendo complementada, por la Circular 3/2018, de 1 de junio, *sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales*⁶⁶¹.

acomodado este marco a la regulación de los derechos de la víctima. Al efecto de la penuria normativa, señala AGUILERA MORALES, M., que “(...) otra de las causas de la escasa aplicación práctica de las diligencias de investigación fiscal se encuentra en su regulación legal”, *Vid. Las diligencias de investigación fiscal* en Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 46, 47.

⁶⁶⁰ La doctrina de la FGE al efecto se compendia en las siguientes: Circular 3/2018, de 1 de junio, *sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales*; Consulta 1/2015, de 18 de noviembre, *sobre el acceso a lo actuado en las diligencias de investigación por quien invoca un interés legítimo*; la Instrucción 2/2013, de 5 de agosto, *Sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis*; la Circular 2/2012, de 26 de diciembre, *obre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos*; la Circular 4/2013, de 30 diciembre, *Sobre las diligencias de investigación*; la Instrucción 4/2006, de 13 de julio, *sobre atribuciones y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los fiscales especialistas en delincuencia organizada*; la Instrucción 1/2008, de 7 de marzo, *sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial*; la Consulta 1/2005, de 31 de marzo, *obre la competencia de las Fiscalías para tramitar diligencias de investigación que afecten a personas aforadas*; la Instrucción 9/2005, de 28 de julio, *en materia de incendios forestales*; la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE*; la Instrucción 12/2005, de 13 de julio, *sobre atribuciones y competencias de la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y de sus fiscales delegados*; la Consulta 1/1999, de 22 de enero, *sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones*; de la Instrucción 1/1995, de 29 de diciembre, *sobre atribuciones y competencias de los fiscales especiales antidroga en los diferentes territorios*; Consulta 2/1995, de 19 de abril, *acerca de dos cuestiones sobre las diligencias de investigación del fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad*; y la ya referida, Circular 1/1989, de 8 de marzo, *sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre*.

⁶⁶¹ De este modo, esta Circular establece literalmente que “*De conformidad con lo dispuesto en el art. 773.2 párrafo segundo LECrim, las declaraciones prestadas en el ámbito de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal habrán de observar las mismas garantías señaladas en esa Ley para las prestadas ante el Juez o Tribunal (...) El Fiscal habrá de conceder al investigado y a su Letrado la posibilidad de acceder a lo actuado en las diligencias de la Fiscalía (...) se le habrá de informar de manera clara y comprensible de los hechos que se le atribuyen y de su calificación jurídica provisional, así como de los cambios que se produzcan a lo largo de su tramitación. Otro tanto debe predicarse de los derechos recogidos en el art. 520 LECrim en relación con una detención acordada por el Fiscal, en virtud de lo dispuesto en el art. 5.2 EOMF*”.

Como no podía ser de otra manera, también la Jurisprudencia ha tenido ocasión de analizar el material que se contiene en las Diligencias de Investigación realizadas por el Fiscal, habiéndose sustentado en ellas y habiéndolas valorado en uno u otro sentido, de la misma forma que se hace con los atestados policiales o los documentos recabados por el Juez de Instrucción.

Ciertamente, como se recoge en la Memoria de la FGE de 2019, las Diligencias de Investigación del Fiscal se configuran como una vía excepcional y minoritaria en cuanto receptora de la *notitia criminis*, lo que se atribuye a sus limitaciones materiales y procesales, siendo que, sin embargo, se constata el aumento de un 3,24% respecto al año anterior, y sin que dicho ascenso haya supuesto superar los 135 días de tramitación, tratándose así de un lapso temporal razonable durante el que se recopila el material necesario para valorar si procede o no el ejercicio de una acción penal, simplificándose de este modo la ulterior tramitación judicial, exteriorizándose “*en una muestra especialmente significativa de las ventajas que ofrece la investigación por el Ministerio Fiscal*”. Y concluye recogiendo la evolución interanual de su incoación en las Fiscalías⁶⁶².

Indudablemente, somos conscientes de la existencia de proyectos normativos -no por abandonados, olvidados- en los que se valora la atribución al Fiscal de la fase de instrucción, siendo que, precisamente, a finales de 2020 se presentó en sociedad el último Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, borrador aprobado en el Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2020. Sin embargo, hasta tanto este Anteproyecto no llegue al final de su andadura, habrán de darse soluciones a cuestiones todavía sin resolver en nuestro actualmente vigente sistema procesal

3.2.- Antecedentes legislativos concretos

La asignación al Ministerio Fiscal de un espacio autónomo de investigación no es novedosa en el ordenamiento jurídico español. La propia Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 confiaba una serie de facultades al Ministerio Público que no han sido suficientemente utilizadas⁶⁶³. En esta cuestión, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA⁶⁶⁴ sostiene que dichas facultades se encuentran regladas desde dos perspectivas: por un lado, como una actuación genérica; y por otro, en las relaciones con la Policía Judicial.

En cuanto a la perspectiva de su actuación genérica, la misma habríamos de encontrarla en los artículos 259, 262, 264 y 269 de la LECrim, siendo que en los tres primeros

⁶⁶² Así, se señala que, en el año 2018, se incoaron 14.906 diligencias de investigación, 3,24 más que en 2017, año en el que se registró un descenso del 1,84% respecto del año 2016. En las Fiscalías Territoriales, el origen de su incoación proviene mayoritariamente de la Administración, seguido por las denuncias de los particulares. Igualmente, se ha incrementado la actuación de oficio del Fiscal.

⁶⁶³ Al respecto, GÓMEZ ORBANEJA, E., sostenía que la regulación no alcanzaba el nivel de la instrucción, pero sí el derecho-deber del Ministerio Fiscal “de proceder por sí a la comprobación del hecho y del presunto delincuente, para proporcionarse la base factual del ejercicio de la acción in personam, o para investir al instructor, mediante mera denuncia, con el asunto, aun sin la designación de un inculpado”. *Vid. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. I, Vol. 2, Bosch, Barcelona, 1951, pág. 507.

⁶⁶⁴ IZAGUIRRE, GUERRICAGOITIA, J. M^a., *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.

se establece la posibilidad de interponer denuncia ante el Ministerio Fiscal; mientras que en el art. 269, se advierte cierta eventualidad investigadora del mismo cuando establece: “Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa”. De modo que el Fiscal podrá, o archivar directamente, o proceder a la comprobación del hecho denunciado, por sí o a través de la Policía Judicial.

Desde una perspectiva más específica, la LECrim configura a la Policía Judicial como auxiliar del Ministerio Fiscal “A efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes”, *ex art.* 283 de dicho texto, de forma que el Fiscal podrá dirigir las investigaciones ya iniciadas por aquélla⁶⁶⁵. E igualmente importante resulta la nueva redacción del párrafo primero del art. 295 LECrim⁶⁶⁶ a cuyo tenor: “En ningún caso los funcionarios de la Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieran practicado, (...)”.

En cualquier caso, la sumisión de la Policía Judicial al Ministerio Fiscal sería elevada a rango constitucional *ex art.* 126 del Texto Constitucional de 1978, quedando aquélla sometida también a Jueces y Tribunales, de modo que “La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.” Y si bien la CE no diseña un modelo de proceso penal caracterizado por encomendar la investigación al Fiscal, tampoco establece un modelo exactamente definido al efecto⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ Además, el art. 284 LECrim, establecía la llamada “doble ventanilla” y *ex art.* 287, conforme a la información que recibiera de la Policía Judicial, podría dictar órdenes concretas para la investigación.

⁶⁶⁶ Conforme al artículo único. 3 de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

⁶⁶⁷ De hecho, la STC 145/1988, del Pleno, de 12 de julio, (Ponente: Latorre Segura, Ángel), ya ponía de manifiesto refiriéndose a la configuración de la fase preparatoria del juicio oral bajo la dirección del Juez de Instrucción que la misma no es “(...) *el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías constitucionales que impone la Norma Suprema. Entre ellas figura la prevista en el art.*

24.2 que reconoce a todos, el derecho a ‘un juicio público (...) con todas las garantías’, garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución”. A su vez, GÓMEZ COLOMER, J. L., afirmaba que lo importante de un proceso penal no es si la titularidad de la investigación corresponde a una u otra autoridad, sino si el proceso penal diseñado corresponde o no al de un verdadero Estado de Derecho, y señalaba que no sería contrario a la Constitución que la investigación preliminar fuese conferida al Ministerio Fiscal, ya que, en puridad, el art. 117.3 CE limita la potestad jurisdiccional a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sin que la existencia del Juez de

Con posterioridad, la LO 10/80, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes -derogada diez años más tarde por la LO 7/88, de 28 de diciembre- incorporaba un concepto novedoso: la accesoriedad de la investigación judicial respecto de la policial⁶⁶⁸. La Circular de la FGE 4/80, de 19 de diciembre, ponía de manifiesto que el nuevo procedimiento trasladaba el centro de gravedad de la investigación judicial estricta a la investigación policial, siendo que el atestado consistía en una verdadera instrucción, al estar el Juez facultado para delegar buena parte de las funciones propiamente instructoras en la Policía Judicial. Además, el atestado había de ser completo y amplio de modo que facilitase un escrito de acusación muy próximo a la realidad y proporcionase los medios que constituirán el punto central del juicio oral.

Por su parte, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de dichas diligencias, sosteniendo que en el procedimiento instaurado sí existe una verdadera instrucción judicial⁶⁶⁹.

Con exigua diferencia de tiempo, se promulgó la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regulaba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, siendo que en su art. 5, se abría un supuesto espacio de investigación del Fiscal. De hecho en la memoria que se acompañaba al Proyecto de Ley, se atribuían al Fiscal las facultades investigadoras del proceso penal (en los artículos 3 a 59), que finalmente no fueron incluidas en la re-

Instrucción suponga ir contra el principio acusatorio. *Vid.* “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado” en *La reforma de la justicia penal, (Estudios en homenaje al Profesor Klaus Tiedemann)*, (AAVV, coords. GÓMEZ COLOMER, J. L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), *Collecció Estudis Jurídics* núm. 2, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1997, págs. 488 y 491.

⁶⁶⁸ En su art. 3.1 establecía que: “Inmediatamente que el Juez tenga conocimiento de la comisión de algún hecho que pueda constituir delito (...) ordenará que por la Policía Judicial se lleven a cabo los actos de investigación que sean pertinentes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Y el art. 4: Practicadas las diligencias a que se refiere el artículo anterior, la Policía Judicial hará inmediatamente entrega de las mismas al Juez competente, poniendo a su disposición los detenidos, si los hubiere...”.

⁶⁶⁹ Así lo expresaba la STC 145/1988, del Pleno, de 12 de julio, ya mencionada: “(...) se advierte en primer término que la Ley Orgánica 10/1980 no prevé en el procedimiento por ella establecido una fase expresa de instrucción e incluso en el debate parlamentario correspondiente se dijo que se trataba de un proceso sin ‘instrucción’. Mas, del examen de su articulado se desprende que se asignan al Juez actuaciones que en algunas ocasiones pueden calificarse de instructoras y que no son simplemente unas primeras diligencias que no suponen dirigir el procedimiento contra nadie, como ocurre, por ejemplo, en el caso previsto en el art. 303 de la LECrim en el que la Circular del Ministerio Fiscal de 10 de abril de 1911, entendió que el Juez que realizaba las diligencias previstas en dicho precepto no asumía funciones de Instructor. En efecto, aunque quizá para salvar la dificultad que supone la intervención del Juez en la fase anterior al juicio oral, la ley cuestionada, en su art. 3.1 encomienda a la policía judicial con un cierto carácter autónomo la realización de los actos de investigación pertinentes con arreglo a la LECrim”.

dación que fue aprobada⁶⁷⁰. Al respecto, diría MORENO CATENA que “(...) se dotaba al Ministerio Fiscal de las facultades necesarias y de las habilitaciones legales precisas para asumir la dirección de la fase de investigación penal en espera de las necesarias reformas procesales que habrían de caminar en este sentido”⁶⁷¹.

Más tarde, se publicaría la vigente LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la que no se realizaba alusión alguna a la atribución de la instrucción del proceso penal al Fiscal.

No habremos de olvidarnos en este recorrido retrospectivo, ni de la LO 2/86, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, ni tampoco del Real Decreto 769/87, sobre regulación de la Policía Judicial, cuyo art. 20 establece como regla general que toda actividad de investigación llevada a cabo por la Policía Judicial con anterioridad a la apertura de un procedimiento judicial, se llevará a cabo, cuando menos, bajo la inspección del Ministerio Fiscal a quien habrán de comunicarse las mismas⁶⁷².

Ciertamente hemos de mencionar, por su fundamental trascendencia, la reforma de la LECrim de 1988, que culminara con la introducción del nuevo procedimiento abreviado y la creación de los Juzgados de lo Penal⁶⁷³ y en la que se potenció de modo conside-

⁶⁷⁰ Vid. Boletín Oficial de las Cortes de 23 de mayo de 1980, siendo francamente interesantes los debates parlamentarios referidos a los diversos aspectos y consideraciones sobre el Ministerio Fiscal.

⁶⁷¹ MORENO CATENA, V., *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios* (AAVV, dir., MORENO CATENA, V., con COQUILLAT VICENTE, A., JUANES PECES, A., DE DIEGO DIEZ, A. y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁶⁷² Este precepto daría lugar a la Instrucción 2/1988 de la FGE, de 4 de mayo, en la que cabe destacar la imposición obligatoria de una reunión, al menos semanal entre los respectivos Fiscal-Jefe y Jefes de las unidades orgánicas provinciales de Policía Judicial con el fin de que estos informen sobre las investigaciones que están llevando a cabo.

⁶⁷³ A través de la LO 7/1988, de 28 de diciembre, posteriormente modificada por Ley 38/2002, de 24 de octubre, por LO 15/2003, de 25 de noviembre y por Ley 13/2009, de 3 de noviembre. A pesar de lo que terminara promulgándose, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/88 que elaborara el Ministerio de Justicia ampliaba de forma importante las potestades investigadoras del Ministerio Fiscal. Se quería implantar un modelo de manera provisional, sin modificación del modelo de instrucción, es decir, seguiría instruyendo el Juez de Instrucción, dejando la reforma global para “*cuando la infraestructura de la Fiscalía lo permita*”. Se pasaba a implantar una especie de ensayo proponiendo “*al Ministerio Fiscal unos instrumentos de actuación que permitirán adquirir experiencia sobre la eficacia de su intervención en esta fase, para decidir, en definitiva, y en el marco de la futura reforma global del proceso penal, el modelo de investigación preparatoria del Juicio Oral que se considere más adecuado*”. Se potenciaba la actividad investigadora del Fiscal que quedaba sometida al control del Juez de Instrucción “*(...) al cual, no solamente se ordena la práctica de las diligencias previas necesarias para la preparación del juicio cuando fueran insuficientes las practicadas anteriormente, sino que se le reserva expresamente el control de la acción y la adopción de las medidas cautelares o que impliquen*

rable la figura del Fiscal -mediante la redacción del artículo 773 LECrim en concordancia con el art. 5 EOMF- si bien no consagró la posibilidad de que el mismo tuviera la dirección de la investigación oficial.

Y aunque en realidad no se pretendía dar margen alguno de investigación al Ministerio Público, pudiendo incluso tildarse de heterodoxa la inclusión de esta norma legal entre los antecedentes legislativos de la investigación por parte del Ministerio Público, entendemos que no menos importante fue la promulgación de la LO 8/2002 y la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, siendo la segunda complementaria de la primera, procedimiento conocido como juicio rápido, aunque también podría ser denominado procedimiento de “alta velocidad” o incluso, “máquina expendedora de sentencias de conformidad”. Y ello por cuanto que, a la postre, es el Fiscal quien, en la práctica solicita la continuación como juicio rápido o su transformación en diligencias previas a la vista de las diligencias de investigación realizadas hasta ese momento básicamente por la Policía Judicial, ya que, salvo que el caso requiera con meridiana claridad la práctica de otras diligencias, el Juez de Instrucción querrá salvar a toda costa el procedimiento de juicio rápido, lo que manifestamos con cierto conocimiento de la realidad forense. Y lo anterior, a pesar de que la redacción de la norma parece preterir al Ministerio Público. Como dijera RAMOS MÉNDEZ⁶⁷⁴ “En los juicios rápidos se espera que las diligencias practicadas por la Policía Judicial agoten la instrucción y ello permita la convocatoria automática del juicio en fechas prefijadas”.

En cualquier caso, es necesario insistir en la gran función de aceleración de la justicia penal que siguen suponiendo los juicios rápidos; y si bien, en la práctica, el juicio rápido

coerción sobre las personas o los bienes, así como se le faculta para reclamar el conocimiento de las diligencias que hubiere iniciado el Ministerio Fiscal”. También se instauraba la “doble ventanilla”, ya que además de mantener la redacción del art. 284 LECrim, se hacía una remisión expresa al mismo en el art. 781, quedando en manos de la Policía Judicial la opción de acudir con el resultado de sus investigaciones, bien al Juez, bien al Ministerio Fiscal. No obstante, el Anteproyecto encontró un ambiente adverso a efectos de su aceptación, siendo paradigmático el informe que realizara el CGPJ en el que se desconfiaba por completo del modelo a establecer cuando señalaba “(...) no hay que olvidar, además, que si bien el Ministerio Fiscal está sujeto al principio de imparcialidad (artículos 124.2 de la Constitución Española y artículo 2º de los Estatutos del Ministerio Fiscal), su función en el Juicio Oral es la de acusador público, por lo que su imparcialidad puede verse cuestionada cuando resuelve, por ejemplo, practicar o no las diligencias que soliciten las personas implicadas en los hechos”. Todo ello hizo que el Ministerio abandonara el proyecto y presentara ante la Cortes Generales un Proyecto de Ley que mantenía al Juez de Instrucción al mando de la investigación. Decía ARMENTA DEU, T., “que siendo 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. 785 bis 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”, Vid. “El Fiscal Instructor ¿es necesario? en Cuadernos de Derecho Público núm. 16, 2002, pág. 196. A su vez, FAIREN GUILLÉN, V., sostenía que el Anteproyecto contemplaba solo “un procedimiento penal sin instrucción”, Vid. “El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988 (y II) en Revista Tapia núm. 45, 1989, pág. 68.

⁶⁷⁴ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal. Novena lectura constitucional*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2010, pág. 177.

no deja de terminar siendo -o al menos, pareciendo- una especie de mercado persa, desde nuestro parecer, es lo cierto que evita la congestión de los Juzgados de Instrucción, aunque demasiadas veces, a costa de que el investigado prácticamente no se entere de lo que está ocurriendo en el Juzgado de Guardia y de sus consecuencias.

Lo señalado en el párrafo anterior nos conduce inevitablemente al ya manido -pero no por ello menos trascendental- conflicto entre el derecho de defensa u otras garantías procesales fundamentales, y la tan deseada celeridad. Y en este sentido, el Tribunal Supremo -en un proceso tramitado conforme a la modalidad de enjuiciamiento rápido o inmediato introducida mediante la reforma efectuada por la Ley 10/1992, de 30 de abril- ya había señalado que el objetivo de que el proceso se tramitara con celeridad, en ningún caso podía significar el sacrificio de las garantías procesales básicas⁶⁷⁵.

En el sentido indicado, tampoco ha de menospreciarse la trascendental importancia del trabajo y de la actividad de la Policía Judicial en este tipo de procedimiento, puesto que, a la sazón, de ella depende gran parte de su éxito, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que es ella quien ha de realizar las citaciones de quienes han de participar en el juicio, por lo que, de alguna manera, deciden también sobre los actos de investigación necesarios. Y ello, por cuanto que el atestado policial, junto con la investigación policial, se convierten en pilares fundamentales del procedimiento.

De todos modos, consideramos, como ya hemos indicado previamente en este trabajo, el procedimiento mencionado habría de ser, cuanto menos, actualizado, lo que, por ejemplo, podría realizarse a través de la reforma del artículo 801 LECrim, bien posibilitando el dictado de una sentencia de conformidad sin privilegio de disminución de la condena, o incluso posibilitando la reducción de la pena, en caso de reconocimiento de hechos y/o conformidad en supuestos de penalidad de hasta cinco años de privación de libertad, en abstracto considerada.

Necesariamente, habremos de referirnos también a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/95, de 22 de mayo, en la que se volvió a intentar -si bien de manera muy tímida- que asumiera el Fiscal la investigación de los hechos, aunque es de reseñar que lo relevante sobre este punto no se hallaba en el articulado de la norma sino en su Derecho Transitorio⁶⁷⁶. Y ello, como indicara GÓMEZ COLOMER⁶⁷⁷, a pesar de que en el

⁶⁷⁵ Así, la STS 991/2003, de la Sala Segunda, de 3 de julio, (Ponente: Martínez Arrieta, Andrés) en la que se establecía que “(...) *Las especificidades de los denominados juicios rápidos, particularmente referidos a la celeridad en el enjuiciamiento, no pueden alterar el régimen de garantías del justiciable y deben propiciar una especial sensibilidad del órgano jurisdiccional para procurar que la persona y su conducta puedan hacer valer todos los instrumentos de defensa que sean pertinentes y necesarios para la realización de la justicia*”. El resultado de la admisión del recurso conllevó la anulación del juicio, para celebrar otro en el que se permitiera aportar la documental que pretendía acompañarse en el momento de la vista, que había sido inicialmente denegada.

⁶⁷⁶ La Disposición Final cuarta de la LOTJ establece que en el plazo de un año desde la aprobación de esta Ley se enviaría un proyecto de modificación de la LECrim que consagrara los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previsto constitucionalmente, simplificando el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva. Igualmente, se preveía la reforma estatutaria del Ministerio Público.

⁶⁷⁷ GÓMEZ COLOMER, J. L., *El debate acerca del quién de la investigación a la luz de la experiencia del modelo procesal alemán*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Centro de

primer texto elaborado por el Ministerio de Justicia se pretendía introducir la instrucción por el Fiscal, aunque más tarde, en el proyecto remitido a las Cortes Generales, lo que se estableció fue un Fiscal al lado del Juez de Instrucción, para finalizar estableciendo, simplemente, una mayor presencia del acusador público en la fase de investigación⁶⁷⁸.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, en el procedimiento del Tribunal del Jurado, el Juez puede parecer ser no más que una silueta perfilada en la antepuerta de la investigación en su labor de admisión de las diligencias interesadas, de modo que, como indicara RASCÓN ORTEGA⁶⁷⁹ nos encontramos ante un Juez que abandona el protagonismo absoluto del procedimiento, pero, entendemos, se trata de un espejismo ya que, ni de lejos, deja de abandonar su gran papel en el desarrollo de las investigaciones puesto que nadie sino él decide las que se practican y las que no.

Como no podría ser de otra manera, hemos de realizar en esta mención de antecedentes de legislativos, una que consideramos de excepción en referencia a las competencias que en la investigación se confieren al Ministerio Público en la Ley Orgánica de responsabilidad Penal del Menor 5/2000, de 12 de enero, lo que desarrollaremos seguidamente, en apartado diferenciado.

Para finalizar el epígrafe, habremos de referirnos necesariamente al Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, en cuyo texto, se pone la instrucción, -por su exclusión de entre las funciones del Juez, a la vista del control que se le asigna- en manos del Ministerio Público.

En concreto, en su Exposición de Motivos VI, referido a los fines principales de la reforma se dice textualmente: “El ambicioso sistema de garantías procesales que fue establecido en 1978 solo puede hacerse efectivo si el juez ocupa la posición preeminente que le corresponde en el orden constitucional, como órgano ajeno al interés deducido del proceso. El juez ha de quedar apartado de cualquier función activa en la pugna que entre el Estado y el ciudadano tiene lugar en todas las fases del procedimiento criminal”. Aunque, sin embargo, no deja de sorprendernos el hecho de que las atribuciones del Ministerio Público en la investigación no se concreten y redacten de forma positiva, sino que es necesario colegirlas a través de lo que explícitamente se dice sobre lo que no puede hacer el Juez, imaginamos que, a la espera de otro texto al efecto. En cualquier caso, conforme a este texto, instruirá el Fiscal, pero habrá de pasar aún cierto tiempo a la vista de la previsión de seis años de *vacatio legis*, amén de las reformas tanto del Código Penal, como de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Estatuto Orgánico del Ministe-

estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 2001, pág 106.

⁶⁷⁸ En este sentido, la Fiscalía General del Estado, aun poniendo en tela de juicio el catálogo de delitos a enjuiciar por el Jurado, manifestaba que “En este procedimiento, el Fiscal realiza una auténtica labor investigadora teniendo un claro protagonismo en la fase de instrucción”; *Vid. Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013*, presentado el 8 de abril 2014, elaborado por el Consejo Fiscal, págs. 23 y 24. Aunque ya con anterioridad, en la Instrucción 2/2008, de 11 de marzo y referida a las funciones del Fiscal en la fase de instrucción, la FGE señalaba que “De hecho, el procedimiento ante el Tribunal del Jurado supone un auténtico cambio de paradigma en el rol del Fiscal, asumiendo nuevas responsabilidades que imponen que su actitud en el seno de la instrucción de procesos seguidos según las normas de la LOTJ sea particularmente activa”.

⁶⁷⁹ RASCÓN ORTEGA, J. L., con otros autores *Una instrucción preliminar posible*, Estudios de Derecho Judicial núm. 45, “Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 169.

rio Fiscal y otros textos legales que, necesariamente habrán de operarse, habiéndose iniciado ya alguna de ellas como ha quedado más arriba indicado.

3.3.- Las diligencias de investigación del Fiscal a la luz de los vigentes artículos 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

3.3.1.- Pormenorizaciones preliminares

En buena lógica, hemos entendido que, antes de introducirnos en lo que propiamente habría de ser la instrucción por el Ministerio Público es preciso analizar lo que hasta la fecha le está permitido en la investigación de delitos, si bien ya nos hemos dedicado con cierta amplitud a estas diligencias en el apartado dedicado a las consideraciones generales sobre las mismas.

Señala AGUILERA MORALES⁶⁸⁰ que, las diligencias de investigación del Fiscal “(...) constituyen un procedimiento penal, dirigido por el Ministerio Fiscal con carácter previo al proceso, que tiene por finalidad el pronto esclarecimiento de los hechos de que aquél tiene noticia y por contenido la práctica de aquellas actuaciones que, no estando reservadas a la autoridad judicial, se estimen pertinentes al efecto”; y concluye que sus notas esenciales son: a) es un procedimiento y no un proceso debido a que el Fiscal carece de potestad jurisdiccional y no es independiente; b) es de naturaleza penal por su objeto; y c) su objetivo es la investigación y esclarecimiento inmediato de los hechos que se ponen en su conocimiento.

Un extremo que ya suscitara interés en la doctrina, es el referido a la naturaleza y al alcance de estas diligencias de investigación. En este sentido, la anteriormente citada Circular de la FGE 1/1989, de 8 de marzo, ya establecía que la actividad investigadora del Ministerio Fiscal no se dirige a producir pruebas sino a localizar y asegurar las fuentes de prueba, siendo que la facultad de investigación que se le confiere al acusador público carece, en la práctica, de las condiciones necesarias para ser ejercida con toda efectividad y hasta sus últimas consecuencias. Incidía, también en ello, la Consulta 2/1995, de 19 de abril, *acerca de dos cuestiones sobre las diligencias de investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad*, cuando sostenía que “*la investigación del fiscal en nuestro actual sistema procesal no se concibe como una alternativa a la instrucción judicial, sino como una posibilidad previa a la misma que no la sustituye, aunque pueda simplificarla o allanarla*”.

Añadía la repetida Circular de la FGE 1/1989 que las diligencias de investigación del Fiscal gozaban de una posición intermedia entre el simple atestado policial y la propia investigación judicial, trascendiendo, por tanto, al mero valor de denuncia que el art. 297 LECrim confiere a los atestados puesto que participan de valor informativo para la acusación. Y lo establecía así amparándose en la doctrina constitucional⁶⁸¹ que reconocía excepcionalmente a la diligencias de investigación policial de imposible reproducción, la introducción de sus resultados en el plenario como auténticos medios de

⁶⁸⁰ AGUILERA MORALES, M., *Las diligencias de investigación...* cit., págs.53 y 54.

⁶⁸¹ *Vid.* SSTC 31/1981, de 28 de julio, de la Sala Primera, (Ponente: Begué Cantón, Gloria), 36/1995, de 6 de febrero, de la Sala Primera, (Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel); 7/1999, de 8 de febrero, de la Sala Segunda, (Ponente: González Campos, Julio).

prueba, y la concesión de valor probatorio si estos medios se practicaban con los requisitos de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad. Y como concisamente concluye AGUILERA MORALES⁶⁸² -en referencia a la Circular 1/1989- “(...) para la FGE, las diligencias de investigación fiscal, como las policiales podían alcanzar virtualidad probatoria, pero sólo si se trataba de diligencias irreproducibles y siempre que los ejecutores materiales de estas diligencias -distintos del Fiscal- prestaran declaración en el juicio oral”. Postura que, analizaremos a la luz de la STC 206/2003, de 1 de diciembre⁶⁸³, a la que ya nos hemos referido con anterioridad.

La mayoría de los integrantes de la Sala del Tribunal Constitucional entendieron suficiente -y, así valoraron- *“la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del art. 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción”*. Y de este modo, la justificación se plasmó y concretó en la literalidad que sigue: *“(...) la cuestión a examinar es la de si tales declaraciones reunían los requisitos constitucionalmente necesarios para incorporarse por la vía del art. 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta para la formación de la convicción judicial.*

Por lo que respecta a las declaraciones prestadas ante la policía, la anterior conclusión resulta de la mera aplicación al caso de nuestra doctrina, ya que no concurren las circunstancias excepcionales que hicieran posible la práctica de la l prueba en la fase instructora o en el juicio, sino que, por el contrario, el menor comparece y declara tanto al Juez de Instrucción como en el acto del juicio, si bien retractándose de sus iniciales manifestaciones. En tales circunstancias, las iniciales declaraciones inculpativas prestadas ante la policía no podían erigirse en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ni mediante su lectura en el acto del juicio, ni aunque su resultado se hubiera introducido en dicho acto a través del testimonio de referencia de los funcionarios policiales, pues las garantías del proceso justo imponen que cuando existe un testigo presencial el órgano judicial le oiga directamente y forme su convicción a partir del testimonio prestado a su presencia (...) y sometido a contradicción.

Cuestión distinta es la planteada en relación con la declaración prestada ante el Fiscal en la exploración del procedimiento de menores.

Ante todo, es preciso señalar que la declaración ante el Fiscal de Menores no es una mera actividad policial de investigación, sino una diligencia practicada en el momento inicial de otro procedimiento (el previsto en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores), con todos los requisitos y garantías formalmente exigibles y ante un órgano al que, conforme a dicha normativa, corresponde incoar el oportuno expediente y dirigir la investigación de los hechos a los efectos de su comprobación y de la participación del menor en los mismos, correspondiéndole también la defensa de otros derechos, la observancia de las garantías y de la integridad física y moral del menor. Como señalábamos en STC 60/1995, de 17 de marzo (RTC 1995, 60), FJ 5, al analizar la naturaleza del procedimiento de menores previsto en la citada ley, en ella se atribuyen las

⁶⁸² AGUILERA MORALES, M., *Las diligencias de investigación...* cit., pág197.

⁶⁸³ Dicha resolución derivaba de un Juzgado de lo Penal, que había basado su sentencia -ratificada después en segunda instancia- en las declaraciones prestadas por un menor de edad, copartícipe de los hechos, ante la Policía Judicial y ante el Fiscal de Menores, pero que, finalmente, no fueron ratificadas ni ante el Juez de Menores, ni ante el Juez de Instrucción ni tampoco, en el Plenario celebrado en el Juzgado de lo Penal. Se solicitaba el amparo por considerarse inválidas las declaraciones del menor al no haberse realizado en diligencias sumariales, ni en presencia de un Juez, ni tampoco con la necesaria contradicción.

funciones instructoras al Ministerio Fiscal (correspondiendo al Juez de menores las de enjuiciamiento y decisión), si bien le están vedados los actos puramente jurisdiccionales, que la Constitución encomienda expresamente a Jueces y Magistrados.

Por otra parte, la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía. En efecto, se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (...), que ejerce sus funciones, conforme al art. 124.2 CE, con sujeción, en todo caso, a los principios de igualdad e imparcialidad (...) También hemos de recordar que, conforme a lo previsto en su art. 5 (EOMF), todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de la presunción de autenticidad. Sobre esta base es de subrayar:

a) Que, aunque la declaración inculpativa del menor, ahora examinada, no se ha prestado ante la autoridad judicial, se ha producido ante un órgano público que por exigencias constitucionales ejerce sus funciones con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad.

b) Que en el procedimiento de menores corresponden al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción funcionalmente equiparable a la del sumario por lo que, dadas las características del Ministerio público, gozan de la presunción de autenticidad.

c) Ciertamente, los límites subjetivos del expediente de menores, circunscrito a la comprobación del hecho y de la participación de los menores, dificultan la contradicción en cuanto a los copartícipes en los hechos de los mayores, pero la doctrina de este Tribunal nunca ha exigido que la declaración sumarial con la que se confronta la distinta o contradictoria manifestación prestada en el juicio oral haya debido ser prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial (STC 155/2002, de 22 de julio, [RTC 2002, 155] FJ 10).

En estos términos, ha de admitirse la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del art. 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción, garantizándose de este modo la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e inmediación (...) si se cumplen dichas exigencias reseñadas, el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas (STC 155/2002, FJ 10` y todas las allí citadas”.

No obstante el parecer mayoritario, dos integrantes de la Sala, emitieron voto particular al considerar que no cabe equiparar las declaraciones prestadas en sede judicial a las emitidas en sede de Fiscalía⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ Aducían, al efecto, las siguientes razones: “Ciertamente la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía, pero, a los efectos que a la resolución del presente recurso de amparo interesan, lo que resulta indiscutible es que no se puede predicar del mismo la independencia, neutralidad e imparcialidad propias del órgano judicial, por cuanto el Ministerio Fiscal no es tercero entre partes, tampoco en el procedimiento de menores, sino un órgano al que corresponde formular acusación si entiende que los hechos son constitutivos de delito o falta, que, con carácter previo, ha de procurarse los elementos necesarios para

Hemos de indicar que un importante sector de la doctrina ⁶⁸⁵ ha venido posicionándose a favor de la tesis mayoritaria avalada en esta sentencia constitucional. No obstante, otro sector, al que ni de lejos querríamos desdeñar, ni obviar- ha señalado varias -y adustas- razones para oponerse la interpretación que realiza la repetida STC 206/2003. Mencionaremos por su concreción las que expone AGUILERA MORALES⁶⁸⁶. A saber: a) no se ha dictado ninguna otra sentencia manteniendo los mismos criterios; b) a la vista de los votos particulares, la doctrina mantenida habría de considerarse débil o poco sólida; y c) en su caso y exclusivamente, esta sentencia permitiría avalar la eficacia probatoria de las declaraciones prestadas ante el Fiscal en el proceso penal de menores, pero carece de validez fuera de ese concreto ámbito.

Y apoyándose en la sentencia constitucional que hemos venido mencionando, la Circular 4/2013, postulaba que: “*Si se acepta -como no podría ser de otra manera- que al menos debe dársele a estas diligencias los efectos del atestado, podría afirmarse como mínimo que:*

sostenerla y a quien, en ningún caso, correspondía, en la práctica de la exploración del menor, la función de velar por los derechos y garantías de terceros mayores imputados en otras causas penales.

Por todo ello, y aunque la declaración prestada ante el Fiscal goce de presunción de autenticidad -art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal- no puede considerarse equiparable a las diligencias sumariales realizadas ante el Juez de Instrucción, a los efectos de su incorporación al acervo probatorio a través de los mecanismos previstos en los arts. 714 y 730 LECrim.

En efecto, no puede considerarse prueba anticipada o preconstituida (...), ni se practicó con la intervención del Juez de Instrucción, ni se garantizó en el momento de su práctica la posibilidad de contradicción (por todas, STC 12/2002, de 28 de enero [RTC 2002, 12] FJ 4), mediante su lectura en el acto del juicio, ante la retractación del testigo operada en dicho acto, conforme a lo previsto en el art. 714 LECrim, se convierte en prueba de cargo válida, porque tal posibilidad sólo es constitucionalmente admisible si nos encontramos ante diligencias sumariales practicadas con la garantía de la ‘presencia de la autoridad judicial’, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria (STC 51/1995, de 23 de febrero [RTC 1995, 51], FJ 5).

Siendo así, y teniendo en cuenta, además, el carácter excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva (STC 36/1995, de 6 de febrero, [RTC 1995, 36], FJ 2), de la admisibilidad como elemento probatorio de las diligencias practicadas al margen del juicio oral y sin intervención de la autoridad judicial, y las peculiaridades del presente caso, en que nos encontramos ante quien materialmente es un coimputado, más propiamente, copartícipe en los hechos (...) y menor de edad cuya responsabilidad penal se dirime en otro procedimiento distinto a aquel en el que se condena al recurrente y que declara ante quien, además de asumir funciones instructoras, había de formular acusación contra él y en condiciones que no garantizan la contradicción, por las propias peculiaridades del proceso de menores, cabe concluir que las declaraciones prestadas ante el Fiscal de Menores en otro procedimiento conexo tampoco gozaban de las suficientes garantías para ser consideradas como prueba de cargo en la que sustentar la condena (...).”

⁶⁸⁵ Vid., FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado...* cit., págs. 249 y 250; HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., “La investigación del Fiscal desde el punto de vista de las garantías constitucionales y derechos fundamentales”, ponencia del Curso La investigación preliminar por el Ministerio Fiscal, 13 y 14 de marzo de 2006, Centro de Estudios Judiciales, pág. 23

⁶⁸⁶ AGUILERA MORALES, M., *Las diligencias de investigación...* cit., págs. 202 y 203. En sentido similar, DEL MORAL GARCÍA, A., “La terminación de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal” en *Estudios Jurídicos. El Ministerio Fiscal*, 2008, págs. 27 y 28.

1.- Los datos objetivos contenidos en las diligencias de investigación del Fiscal (al igual que los contenidos en los atestados de la policía judicial), sí tienen virtualidad probatoria, aunque necesariamente lo sea mediante su examen documental y/o testifical en el enjuiciamiento oral y con garantía de los principios de contradicción, inmediatez y publicidad (...).

2.- Las actuaciones del Fiscal, al igual que las de la Policía Judicial (salvo que afecten directamente a la intimidad del domicilio, o a la correspondencia y comunicaciones) realizadas por razón de urgencia -o inviolabilidad de la intervención judicial- para recoger efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición existiera riesgo y para ponerlos a disposición de la autoridad judicial, son a priori aceptables aunque ello se haya realizado sin intervención del Juez Instructor prevista en los artículos 334 y ss. y 326 y concordantes de la LECrim.”⁶⁸⁷.

En cualquier caso, la STS 980/2016, de 11 de enero de 2017, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel) establece meridianamente que las diligencias de investigación del Fiscal no son susceptibles de generar actos de prueba señalando que: “(...) no erró la Audiencia Provincial cuando proclamó la inidoneidad como prueba preconstituida del dictamen pericial elaborado en el marco de las diligencias preliminares practicadas por el Fiscal Jefe de (...). La ausencia de Letrado durante el desarrollo de todas y cada una de esas diligencias -singularmente, las de carácter personal- y, sobre todo, su naturaleza ajena al genuino concepto de acto procesal, impiden ver en ese dictamen de los expertos una fuente de prueba susceptible de integrarse en el material valorable por el órgano decisorio. (...) La limitación de sus efectos está relacionada con la imposibilidad de alterar el valor de esas diligencias, que agotan su funcionalidad cuando sirven de respaldo a la decisión del Fiscal de archivar la denuncia o promover el ejercicio de las acciones penales que estime pertinentes. Las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Público (...) no pueden aspirar a transmutar su naturaleza y convertirse en actos de prueba. Lo impide el concepto mismo de acto procesal, íntimamente ligado a los principios constitucionales que informan que informan el ejercicio de la genuina función jurisdiccional”⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷ Como recoge AGUILERA MORALES, M., en *Las diligencias de investigación...* cit., pág. 198, este último párrafo de la Circular es fiel reproducción de lo mantenido en la STS 1113/2004, de 9 de octubre, (Ponente: Berdugo de la Torre, Juan Ramón) que sostenía: “(...) es claro que la policía judicial, policía técnica y especializada en la investigación de los hechos delictivos, tiene competencias propias sobre la realización de diligencias de investigación con el alcance y contenido previsto en la Ley procesal. Cuestión distinta es la valoración que desde los órganos jurisdiccionales a las diligencias de investigación contenidas en el atestado y a ellos se refiere la sentencia de esta Sala de 14.4.97 que niega a la recogida de efectos de la policía, la naturaleza de prueba. Así cuando esta sentencia refiere que tal validez como prueba preconstituida solo la puede tener la actuación policial cuando lo hace en casos de urgencia ... u otra razón que no permite acudir al Juez para que éste actúe está reiterando el sentido de la Ley procesal como actividad probatoria, según la cual solo las actuaciones practicadas en sede judicial y por el Juez pueden ser consideradas como actividad probatoria, resumiendo los restantes requisitos previstos por la Ley, pero esa doctrina que resulta de la Ley no afecta a los actos de investigación de delitos que la policía puede, y debe realizar para preparar el enjuiciamiento de unos hechos que indiciariamente revisten caracteres de delito y que requieren la realización de prueba para su declaración como hechos delictivos. Y en este supuesto, cabe acudir al acto del juicio oral, dando testimonio, con la debida contradicción procesal, de aquellos efectos hallados en las pericias técnicas y reconocimientos policiales, para que puedan tener el oportuno efecto probatorio”.

⁶⁸⁸ Y continúa en referencia a los derechos y garantías fundamentales: “Esta limitación funcional, sin embargo, no puede ser utilizada como excusa para prescindir de la asistencia

Y adentrándonos ahora en la práctica forense cabría asegurar que al Fiscal compete - en el día a día de la investigación- proceder al acopio de las pruebas que vayan a necesitarse en el juicio oral, puesto que es quien mejor las conoce. Y en este sentido, no podemos obviar el hecho de que, cuando el Juez de Instrucción dicta el auto de continuación *ex* artículo 779.1. 4º de la LECrim, es el Fiscal, quien considerando insuficientes las diligencias de investigación judicial realizadas al efecto, se ve obligado a solicitar conforme a lo establecido en el art. 780.2 del mismo cuerpo legal, la práctica de aquellas que, no habiéndose practicado hasta entonces, considere necesarias para mantener una acusación en condiciones. A lo que hay que añadir que, sobre todo en asuntos de cierta envergadura es el Fiscal quien en -una práctica ya muy generalizada-, lleva el peso material de la instrucción, interesando las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos e interviniendo, por supuesto, en las declaraciones.

Sentado lo anterior, habremos de desarrollar, los principios, los límites y los trámites concretos a seguir al efecto de estas diligencias de investigación del Fiscal.

3.3.2.-*Sus principios*

Podríamos comenzar este apartado con la máxima que se recuerda en la Circular 4/2013 de la FGE y en cuyo enunciado se dice que *no todo es lícito en el descubrimiento de la verdad*. Y como recoge la ya mencionada STS 101/2012, de 27 de febrero, el derecho a conocer la verdad material de lo ocurrido no forma parte del proceso penal.

Es en el artículo 5 del EOMF donde se consagran los principios inspiradores de las diligencias de investigación del Fiscal. A saber, contradicción, proporcionalidad y defensa; siendo que la Circular 4/2012 de la FGE los relaciona, con los de legalidad e imparcialidad.

En cuanto a la contradicción, obvia decir que, ha de ser entendida con las limitaciones derivadas de la inexistencia de pluralidad de partes en este procedimiento y de la ausencia en el mismo de un órgano judicial. Por ello, habríamos de considerarla referida a la posibilidad de que los investigados puedan acceder a las diligencias y conozcan las actuaciones que vaya acordando el Fiscal⁶⁸⁹. Y como señala el TC “(...) *la necesidad de dar entrada en el proceso a quien resulte imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión, y no porque constitucionalmente sea obligada una fase de investigación plenamente contradictoria*”.⁶⁹⁰

letrada o para diluir la vigencia de los principios de contradicción y proporcionalidad. Por más que la naturaleza de esas diligencias sea puramente instrumental y por más que se ciñan a preparar lo preparatorio -la decisión del Fiscal sobre el ejercicio de la acción penal prepara la actividad del Juez encaminada a preparar el juicio oral-, la investigación a un ciudadano sospechoso de haber cometido un delito sólo puede explicarse como expresión del poder del Estado y, como tal, ha de ajustarse a los límites de nuestro sistema constitucional”.

⁶⁸⁹ Así la Circular 4/2013, en el apartado XI sostiene que la referencia al principio de contradicción ha de entenderse “*a la defensa del investigado en las diligencias que se practiquen, pero no incluye la intervención de otras potenciales partes*”, como analizaremos más tarde.

⁶⁹⁰ Como indica el ATC 94/2003, de 24 de marzo, que añade: “(...) *en el ámbito del proceso*

A su vez, en cuanto a la proporcionalidad -recogida también en el art. 5 del EOMF- señalaremos que -al respecto y en el devenir de la doctrina del TC- la misma, ha pasado de ser un principio general a convertirse en canon constitucional, aún a falta de mención expresa en la Constitución. De este modo, y a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, el TC ha venido realizando un buen esfuerzo en perfilar sus características, a la par que fijando sus elementos, y así, en la actualidad, el control de proporcionalidad se integra de un control de adecuación e idoneidad de la medida objeto de examen, de un examen de la necesidad de la misma (que no haya otra posibilidad menos gravosa) y de un control de proporcionalidad en sentido estricto en atención a las consecuencias en relación con los intereses afectados en conflicto, ponderando ventajas e inconvenientes⁶⁹¹. No obstante, el llamado test de proporcionalidad sigue apareciendo poco nítido, por cuanto que, en un gran número de casos, el mismo, finaliza en el control de necesidad, de modo que este tercer control referido a las consecuencias, no sirve sino para ratificar el segundo (el de la necesidad).

Entendemos que, al efecto de los principios, deberíamos hacer mención tanto a la exhaustividad que ha de presidir en la realización por el Fiscal de las diligencias de investigación que le están permitidas, como a la presunción de autenticidad que se reconoce a las mismas.

En lo que hace a la exhaustividad, y partiendo de la base de que las diligencias de investigación del Fiscal no precisan de la garantía de la presencia del Letrado de la Administración de Justicia -entre otras cosas, por cuanto no existe tal figura en las Fiscalías-, señalaremos que ello le obliga -al Fiscal- a emplear el máximo rigor a efectos de que en las actas de declaraciones prestadas en esta sede tanto por sospechosos como por testigos sean “fiel y exacto trasunto de lo acontecido”⁶⁹². Habiendo de recordarse, igualmente, el Oficio de la Inspección Fiscal de 7 de marzo de 2007, que, invocando la Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia, el EOMF y el artículo 393 LECrim ordena que las actas de comparecencia y declaración en Fiscalía dejen constancia de su duración, reflejando la hora y minuto del inicio del acto y de conclusión, siendo que, en caso de demora, ha de ofrecer respetuosa explicación de las razones del retraso.

En cuanto a la presunción de autenticidad que se reconoce a las diligencias de investigación del Fiscal, la doctrina es unánime en señalar que la misma se refiere a la verdad formal -dan fe de que la diligencia se practicó y que el resultado es el que obra en el documento- y no a la material- no obliga a que se tenga que tomar necesariamente como

penal, la Constitución implicó un profundo cambio en su fase de investigación, de manera que los más sólidos residuos del proceso inquisitivo perdieron vigencia al permitirse ejercer el derecho de defensa a toda persona a quien se atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible, desde el momento inicial de la instrucción o, en su caso, desde el momento en que la investigación se dirige contra ella. Dicho cambio se materializó mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 53/1978, de 4 de diciembre), que modificó el art. 118, permitiendo al imputado ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido posible”.

⁶⁹¹ Vid. AHUMADA RUIZ, M.^a. A. y ROCA TRÍAS, E., “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, ponencia presentada en la XV Conferencia Trilateral, Italia-Portugal-España, Roma, 2013.

⁶⁹² Vid. Circular 1/1989, de 8 de marzo, Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre e Instrucción 3/2004, de 29 de marzo, de la FGE.

cierto su contenido, haciendo prueba plena⁶⁹³. En palabras de GAGO SEVILLA⁶⁹⁴ (...) la Ley confiere a estas diligencias una autenticidad formal, produciéndose solo la autenticidad real en el acto del juicio oral”.

De lo dicho en el párrafo anterior, no puede sino colegirse, nos encontramos ante una presunción *iuris tantum* que permite desvirtuar la veracidad contenida en la documentación de las diligencias practicadas, así como su contenido. Pero, en cualquier caso, reseñaremos que no todas esas diligencias de investigación practicadas por el Fiscal habrán de ser objeto de ratificación ante el Juez de Instrucción⁶⁹⁵, habiendo de ponderarse cada diligencia en atención a su naturaleza y a la luz del principio de contradicción.

Sentados los principios, pasaremos al análisis de los límites que, entendemos habrían de ser consecuencia lógica derivada de aquellos.

3.3.3.- *Sus límites*

Para describirlos de alguna manera y, partiendo de la redacción de los artículos 5 del EOMF y 773.2 de la LECrim -además de lo hasta ahora indicado respecto a la naturaleza de las diligencias de investigación del Fiscal y de los principios por los que se rigen-, entendemos que podrían establecerse sus fronteras, distinguiendo entre límites objetivos, subjetivos y temporales.

Entre los límites materiales y partiendo de la base que no existe *numerus clausus* de las diligencias que puede acordar el Fiscal, cabría señalarse la posibilidad de práctica de documentales, periciales y de carácter personal que el Fiscal considere necesarias y útiles a los fines de la investigación, pero, obviamente dentro de los condicionamientos establecidos tanto en la Constitución como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶⁹⁶. De este modo, el Fiscal carece de facultades para la adopción de medidas cautelares y para acordar diligencias limitativas y restrictivas de derechos fundamentales que, como ya venimos reiterando, quedan exclusivamente en manos de los órganos judiciales⁶⁹⁷. Si bien, la investigación del Fiscal es posible en todo tipo de delitos salvo en aquellos, cuyo objeto sean delitos privados, al ser únicamente perseguibles a través de querrela del ofendido, y siendo destinatario de dicha querrela, exclusivamente, la autoridad judicial; habiendo, además, de tenerse en cuenta que el Fiscal no es parte en estos procedimientos.

⁶⁹³ Por todos MARTÍN PASTOR, J., y la bibliografía que cita en “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia y la prueba en el proceso penal. Consideración especial sobre el valor probatorio de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal a propósito de la STC 306/2003 (Sala 1ª), de 1 de diciembre” en *Revista General de Derecho Procesal* núm. 5, octubre 2004, págs. 13 a 15.

⁶⁹⁴ GAGO SEVILLA, J., “Investigación preliminar del Ministerio Fiscal”. Curso *Cuestiones Generales referidas al Ministerio Fiscal*. Fiscalía General del Estado, Madrid, 1995.

⁶⁹⁵ MAJADA, A., *Práctica Procesal Penal. Procedimiento Abreviado. Disposiciones Generales*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1998.

⁶⁹⁶ En cuanto al elenco que la FGE considera como diligencias de investigación que tiene permitido realizar el Fiscal, nos remitimos a la repetida Circular 4/2013, de 30 de diciembre.

⁶⁹⁷ Al efecto, POLO RODRÍGUEZ, J. J., “La investigación Fiscal, incidencia...” cit. y GAGO SEVILLA, J., “Investigación preliminar del Ministerio Fiscal” cit.

A su vez, dentro de esas diligencias que sí puede llevar a cabo el Fiscal, concurre igualmente otra limitación, la referida a que, en aquellas en las que le está permitida su práctica, hay que respetar los estándares constitucionales. Y en este sentido, la STS 980/2016, de 11 de enero 2017, a la que acabamos de referirnos, establece que: (...) *se trata de responder al interrogante acerca de si el standar constitucional de garantías para el investigado penal ha de modularse, admitiendo incluso su relajación, en función del modelo de investigación en el que se desarrolle la práctica de las diligencias. (...) ni, la LECrim, ni la Ley 50/1981, de 30 de diciembre (...) ni, en fin, las circulares e instrucciones dictadas para lograr la uniformidad en la actuación de los Fiscales, avalan esa convencional e interesada división entre las garantías del preinvestigado cuando comparece ante el Fiscal y las garantías del investigado cuando es llamado ante la autoridad judicial. La Sala no puede identificarse con el criterio que late en el recurso del Ministerio Público, según la cual, cuando la investigación se dirige por el Fiscal, las garantías constitucionales se difuminan y devienen renunciables. Ya encierra una extravagancia legislativa que nuestro sistema admita la posibilidad de que un ciudadano al que se impute un delito sea sometido a una investigación inicial de naturaleza preparatoria (arts. 5 del EOMF y 773.2 LECrim) de una segunda etapa, también de naturaleza preparatoria (arts. 299 y 771. LECrim). (...) Está claro, sin embargo, que las dudas para explicar nuestra singularidad no pueden resolverse degradando funcionalmente el primer escalón de la actuación del Estado -eso es, no otra cosa, lo que define la 'la prefase de investigación' desarrollada por el Fiscal-, de suerte que el ciudadano pueda ser despojado del irrenunciable cuadro de garantías que le asisten cuando es llamado para responder de algún hecho de significación penal y que le es indiciariamente atribuido".*

Cuestión distinta es -en referencia ya a los que hemos dado en llamar límites subjetivos-la posibilidad de participación de los hipotéticos acusadores o actores del proceso penal en dichas diligencias de investigación, sin que, al respecto, ni el EOMF ni la LECrim apunten, aparentemente, en esa dirección; y ello a pesar de que el propio art. 773.2 de la LECrim contenga la previsión de notificar el archivo de las diligencias de investigación del Fiscal a quien hubiese alegado ser perjudicado u ofendido al efecto de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción, previsión que ha sido implementada, tras la reforma operada en el referido artículo de la LECrim tras la reforma operada en el mismo a través de la Disposición Final 1.22 del Estatuto de la Víctima del delito, siendo su redacción actual como sigue: "(...) el Ministerio Fiscal (...) informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente, efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con la legislación vigente (...).

Ahora bien, una cosa es ser notificado de los derechos que le asisten y la finalización de las investigaciones, y otra, bien distinta, tener derecho a participar en ellas.

En este punto -concerniente a la personación de perjudicados y ofendidos- la Circular 4/2013 de la FGE señalaba en su apartado XI que, si bien sí tienen derecho a que se les notifique la resolución del Fiscal mediante la que se dan por concluidas las diligencias, no lo tienen a personarse en las mismas, sin que pueda trasladarse a este procedimiento las disposiciones de la LECrim relativas a comparecer como parte en el proceso penal, y considerando que dicha exclusión no supone lesión alguna para los intereses de las víctimas puesto que, en su caso, una vez judicializadas las investigaciones y tras la personación, los perjudicados podrán intervenir en las diligencias, siendo, como es, preceptivo el ofrecimiento de acciones ex art. 776 LECrim.

Más tarde, a través de la Consulta 1/2015, de 18 de noviembre de 2015, *Sobre el acceso a lo actuado en las diligencias de investigación por quien invoca interés legítimo*, la Fiscalía General del Estado hubo de concretar -o interpretar- dos aspectos concretos, referido uno al carácter reservado de las diligencias de investigación del Fiscal; y otro, a lo que debía entenderse por “interés legítimo”, ambos, muy relacionados con lo referido a los límites subjetivos.

En dicha Consulta, -y tras señalar como puntos de partida que las diligencias de investigación del Fiscal “(...) son un procedimiento penal de carácter preprocesal (...) y una actividad conectada con la jurisdiccional, no por tanto gubernativa, ni recurribles en vía contencioso administrativa, en realidad irrecurribles (...), siendo que participa de la potestad jurisdiccional cuando tramita unas diligencias de investigación, ya que tiene una íntima relación con el proceso”-, se establece el régimen jurídico aplicable al acceso a las mismas ha de ser el mismo previsto para las actuaciones judiciales⁶⁹⁸, distinguiendo dicho acceso, según se encuentren en trámite, o archivadas.

De este modo, se vendrá a establecer que cuando la solicitud se realice en unas diligencias de investigación en trámite, se tendría en cuenta el principio general del carácter reservado de lo actuado en dichas diligencias, por lo que habría de denegarse el acceso a las mismas a cualquiera que no fuera el investigado. Sin embargo, excepcionalmente, siempre que la intimidad o la seguridad de las personas a las que se investiga no se viera afectada, o no se malograren, con ello, las pesquisas, podría acordarse la petición, siempre que quien lo haga tenga interés legítimo, reconociendo a tal efecto, la cualidad de interesados, además de al investigado, a los denunciantes, ofendidos y perjudicados y, en general a cualquiera que pudiera ser parte en el hipotético procedimiento judicial posterior.

A su vez y en lo que hace a las diligencias de investigación ya archivadas, resultaría necesario diferenciar también entre aquellas que se judicializaron, en cuyo caso, habría de remitirse, obviamente, al interesado al órgano jurisdiccional que esté conociendo del correspondiente procedimiento; siendo que, en el supuesto de las diligencias archivadas y no judicializadas, habría de estarse a lo que resulte del análisis de la concurrencia de interés legítimo en el solicitante, el tipo de documentación y los derechos fundamentales en juego⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ Y ello, por cuanto que así lo considera la Jurisprudencia en aplicación de las disposiciones de la LOPJ, la LEC y el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, *de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales*, estableciendo su utilización con preferencia a la regulación administrativa. Y, por supuesto también lo será la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*.

⁶⁹⁹ Esta Consulta viene amparada esencialmente en sendas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Así, en la STC 13/1985, de 31 enero, de la Sala Segunda, (Ponente: Tomás y Valiente, Francisco) se decía que: “*Tratándose de una invocación pura y simple a la regla que establece que las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral (art. 301 de la L.E.Cr.) es indispensable (...) proceder a la interpretación del sentido constitucional de esta norma (...) La regla es (...) una excepción a la garantía institucional inscrita en el art. 120.1 de la Constitución. (...) El punto firme es que (...) la regulación legal del secreto sumarial no se interpone como un límite a la libertad de información, (...) sino más amplia y genéricamente, como un impedimento al conocimiento por cualquiera -incluidas las partes en algún caso- de las actuaciones seguidas en esta etapa del procedimiento penal. (...) Cabe concluir (...) que el secreto del sumario se predica de las diligencias que lo constituyen*”

Para finalizar con esta referencia a los límites subjetivos añadiremos que, obviamente, no resulta de aplicación el contenido del art. 302 LECrim, a las diligencias de investigación del Fiscal.

En cuanto a los límites temporales, también entroncados con el principio de proporcionalidad -por aquello de la proscripción de mantener abiertas *sine die* las diligencias de investigación-, vienen expresamente recogidos en el art. 5 del EOMF, a través del establecimiento de unos plazos genéricos, prorrogables, de seis meses y excepcionales, de doce meses para las diligencias incoadas por la Fiscalía Anticorrupción⁷⁰⁰. Señala al efecto la Circular 4/2013 de la FGE que “*La posibilidad de prórroga debe ser rectamente entendida como una excepción a lo que debe ser la regla general, constituida por unas diligencias de vida ordinaria por debajo de los seis meses*”. Bien al contrario, en la práctica, es la excepción la que se ha convertido en norma general.

El establecimiento de los plazos ha venido siendo criticado desde múltiples sectores, lo que sucedió también en la propia tramitación parlamentaria. Y así, para la FGE es un acierto por lo que acabamos de señalar en el párrafo anterior⁷⁰¹, mientras que para otros, es una equivocación, por cuanto que, señalan, revela una inmerecida desconfianza hacia el Ministerio Fiscal y un agravio comparativo con las investigaciones de la Policía Judi-

(...), esto es, de los actos singulares que en cuanto acto formal complejo o procedimiento lo integran (...) Pero el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto en el art. 20.4 de la CE) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas diligencias sumariales. (...) el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima ‘materia reservada’ sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre ‘las actuaciones’ del órgano judicial que constituyen el sumario (art. 299 de la L.E.Cr.).”

A su vez, la STS 1020/1995, de 19 de octubre, (Ponente: Martín Pallín, José Antonio), sostenía que: “*(...) debe propugnarse una interpretación estricta del secreto sumarial que no introduzca en el mundo jurídico más limitaciones que las específicamente previstas en la norma que lo establece y que se atenga a preservar tan sólo los singulares valores que tiende a proteger. En el primer sentido, el secreto sumarial se circunscribe a las actuaciones descritas en la ley como contenido propio del sumario, es decir, a las practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos según reza el artículo 299 de la ley procesal o a los medios de investigación y a las pruebas preconstituidas en los autos. En el segundo aspecto, sólo debe entenderse vedado por el secreto sumarial el conocimiento de aquello que pueda perjudicar el éxito de la investigación o afectar a la intimidad o a la seguridad de las personas inmersas en el proceso o el contenido de las resoluciones interlocutorias o de fondo dictadas en él sobre aspectos como la situación personal de los inculcados o la responsabilidad civil derivada de la infracción presuntamente cometida. El secreto sumarial debe circunscribirse, por tanto, al contenido de las declaraciones de los imputados y testigos, documentadas en los folios correspondientes, así como los dictámenes periciales y demás documentos que se incorporan a la causa, pero no puede extenderse a resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación personal de los imputados (...) También carecen de esta consideración sumarial los autos de inhibición o los informes y exposiciones elevados a la superioridad para solventar los pertinentes recursos”.*

⁷⁰⁰ Y ello tras las reformas del EOMF por Ley 14/2003, de 26 de mayo, y por Ley 24/2007, de 9 de octubre.

⁷⁰¹ Comparte esta posición FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal...*, cit., págs. 65 y 66.

cial que no están constreñidas a límite temporal alguno⁷⁰², y, además, un obstáculo sobre todo en la investigación de los hechos de gran complejidad.

En cualquier caso, todos los sectores coinciden en el desacierto que supone la falta de previsión al momento en que han de comenzar a computar estos plazos.

Así, AGUILERA MORALES⁷⁰³ apunta diversas fórmulas al efecto: “(...) desde la posibilidad de fijar el *dies a quo* en el día en que se practica la primera diligencia de investigación, hasta el de fijar el inicio del cómputo de aquellos plazos desde el momento mismo en que se determina el primer sospechoso”. Y tras aludir a las dificultades que plantean ambos criterios, se decanta por una tercera fórmula “más afín a la celeridad pretendida por estas diligencias, más ventajosa para quien puede verse sometido a una investigación fiscal y que, por estar basada en parámetros objetivos, no presenta impedimento alguno para su concreción”: A saber, hacer coincidir el *dies a quo* de los plazos del art. 5 del EOMF con la fecha del decreto de apertura de las diligencias de investigación. Y esta es también la postura de la FGE, reflejada en la Circular 4/2013⁷⁰⁴.

Por igualmente importante -y por ser consecuencia derivada de los límites temporales- habremos de referirnos a la prescripción, siendo que ni la denuncia interpuesta ante el Ministerio Fiscal, ni el mismo decreto de inicio de las diligencias de investigación tengan posibilidad alguna de interrumpir la misma, y sin que quede ningún atisbo de duda al respecto desde la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio -como inicial corolario de la “batalla campal” entablada entre el Tribunal Supremo y el Constitucional al efecto de establecer el *dies a quo* - y más tarde, como punto final de dicha batalla, con la redacción que se diera a los involucrados arts. 131 y 132 del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo⁷⁰⁵.

⁷⁰² Así concluyo la Asociación de Fiscales en su Congreso de 2003 que recoge DEL MORAL GARCÍA, A., “Las diligencias de terminación del Ministerio Fiscal”, cit., págs. 18 y 19, quien comparte la necesidad de modificar este aspecto.

⁷⁰³ AGUILERA MORALES, M., *Las diligencias de investigación...*, cit., págs 130 a 132.

⁷⁰⁴ Donde se determina que “*En caso de que tal plazo no pueda cumplirse, el oficio solicitando la concesión de prórroga, que debe ser dirigido al Fiscal General del Estado a través de la Secretaría Técnica, deberá contener como mínimo la fecha de incoación de las diligencias de investigación, la identificación de las personas investigadas, una sucinta descripción de los hechos investigados y de su encaje penal y las causas que impiden la terminación de las mismas en el plazo ordinario de seis meses. (...) Por ello, la solicitud de la misma debe formularse con antelación suficiente para que la resolución de la Fiscalía General pueda dictarse con anterioridad al agotamiento del plazo inicial*”.

⁷⁰⁵ Con anterioridad al año 2005, la Sala Segunda del Tribunal Supremo había establecido de forma reiterada que la mera interposición de una querrela o denuncia tenía efectos interruptores de la prescripción penal. (Al efecto, STS 751/2003, de 28 de noviembre, Ponente: Conde-Pumpido Tourón, Cándido; y todas las que en ella se mencionan). En el sector doctrinal y posicionados de manera similar vid. GONZÁLEZ TAPIA, M^a. I., *La prescripción en el Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 233 y ss. y RAGUÉS I VALLÉS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 161 y ss. Como ya conocemos, la STC 63/2005, de 14 de marzo, de la Sala Segunda, (Ponente: Gay Montalvo, Eugeni), de forma inesperada, alteraría la calma al considerar incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, la interpretación que se daba al art. 131 y 132.2 del Código Penal que atribuía efectos de interrupción a la interposición de una querrela o una denuncia; se dieron dos votos particulares. Y ahí empezó la guerra, con los resultados -y la decepcionante imagen pública que se nos ofreció- que ya conocemos.

Para finalizar, hemos de señalar que, no hemos podido resistirnos a la tentación de mencionar la STS 286/2020, de 4 de junio, de la Sala Segunda, (Ponente: Del Moral García, Antonio) que atañe, de algún modo, al objeto de este trabajo, al contener referencias tanto a la prescripción como a la hipotética trascendencia probatoria de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, y que tiene por base fáctica un supuesto de “bebé robado”, en el que el médico acusado fue absuelto por sentencia dictada el 27 de septiembre de 2018, en aplicación del instituto de la prescripción, y quien, a pesar de ello, interpuso recurso de casación para defender su inocencia, lavar su imagen y restablecer su fama -en entredicho- ante la opinión pública, siendo que el mismo falleciera durante su sustanciación, personándose sus herederos manteniendo el recurso. En los hechos probados de la sentencia recurrida en casación, se daba por tal que el acusado los había cometido y que hasta la fecha no había sido posible averiguar la identidad de los padres de Luz, quien ejercía la acusación particular. Es decir, que dicha resolución describía y calificaba los hechos como constitutivos de infracciones penales, pero habían prescrito. También recurrieron el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

Además, al antecedente de hecho quinto de la STS se recogía que el Ministerio Fiscal presentó ante el Tribunal Supremo un escrito de fecha 10 de julio de 2019 adjuntando testimonio de las -a nuestro entender mal llamadas- diligencias preprocesales núm. 6/2019 seguidas en la Fiscalía Provincial de Madrid en la que constaban “pruebas” -así se recoge literalmente- periciales y testimonios que habrían permitido constatar la filiación biológica de Luz -acusación particular- y de las que se derivaría que su madre la entregó voluntariamente tras el parto para que fuese acogida, exponiéndose por la Fiscalía “instructora” que sus investigaciones podrían tener incidencia en ese recurso pendiente o en su caso, resultar relevantes para un ulterior recurso de revisión. El decreto de las diligencias de investigación del Fiscal llevaba fecha de 9 de julio de 2019.

La primera cuestión planteada en el recurso de casación estaba referida a la presunción de inocencia y, al respecto, se establecería que: *“Indudablemente, el análisis sería radicalmente distinto según tomemos en consideración o no las diligencias preprocesales que ha aportado el Ministerio Fiscal de las que se desprende, sin resquicio alguno para la duda, que ha sido identificada la madre de Luz, personada como acusación particular como supuesta víctima del delito de detención ilegal; y que aquélla prestó su consentimiento para que su hija recién nacida fuese entregada a un matrimonio que se encargaría de acogerla y criarla como una hija según han confirmado con lujo de detalles no solo la hermana de aquélla, sino también algunos de sus hijos, que lo conocían por referencias de familiares tan cercanos como su padre (es presumible que la madre pensaría en una adopción). Esas pruebas novedosas, obtenidas tras la sentencia de instancia, integran un material idóneo para promover un recurso de revisión”*. Y tras descartar la posibilidad de un recurso de revisión por tratarse de una sentencia absoluta que además no había adquirido firmeza, continúa: *“En pura ortodoxia la documentación aportada por el Ministerio Fiscal a este recurso de casación tendría que haber sido rechazada (...) La fase probatoria precluyó y (...) la casación repele toda variación en el material a valorar”*. No obstante, continúa: *“(…) nadie entendería que el Ministerio Público no hubiese comunicado a este Tribunal el resultado tan decisivo de esas diligencias preprocesales. Y nadie entendería que la respuesta de la Sala (...) hubiese sido devolver sin más la documentación, sin ni siquiera dejar constancia en el rollo (...) En la casación no se practica prueba: es un dogma. (...) en casación no cabe actividad probatoria alguna, ni siquiera aquélla cuya práctica es bien simple en tanto no precisa de un trámite singular (prueba documental). Pero tampoco podemos repeler*

esa documentación. Resolveremos formalmente como si no estuviese ahí. Esa es la solución canónica.”⁷⁰⁶

3.3.4.- Los trámites

Sin desmerecer la importancia de los trámites a seguir en el procedimiento de las diligencias de investigación del Fiscal, es lo cierto que entendemos más trascendente el estudio de esos otros aspectos a los que hemos venido dedicándonos en apartados anteriores. No obstante, dedicaremos unos párrafos a los mismos.

Comenzaremos por decir que el Fiscal da inicio al procedimiento de investigación mediante un decreto⁷⁰⁷ que, en palabras de las Circulares 1/1089 y 4 /2013 “(...) es la modalidad usual para reflejar las decisiones internas del Fiscal”, siendo que igualmente, adoptarán la forma de decreto “(...) tanto los acuerdos de ordenación y práctica de las diligencias” que se lleven a cabo, como el archivo del mismo⁷⁰⁸.

En cuanto al decreto de inicio, el mismo se dictará tras la recepción de la *notitia criminis*, lo que puede suceder, bien a través de su conocimiento directo por el Fiscal -por haberlo presenciado personalmente o por un rumor extendido-, bien a través de denuncia -incluida la anónima- o bien, mediante atestado. Obviamente, no se incluye en el art. 5 EOMF la querrela, por ser ésta, únicamente posible de presentar, ante un órgano judicial, si bien, como instrumento de conocimiento de los supuestos hechos delictivos, consideramos que *nihil obstat* al efecto. En cualquier caso, ese decreto inicial habrá de estar necesariamente motivado y dicha motivación deberá ser acorde “con los parámetros de la suficiencia y la razonabilidad, huyendo del uso de fórmulas estereotipadas”⁷⁰⁹. Es decir que se entenderá que la motivación ha de ser acorde con los hechos denunciados y habrá de depender de los mismos. De cualquier modo, el repetido decreto habrá de especificar los hechos a investigar, si bien cabe utilizar fórmulas genéricas en supuestos en los que los mismos no estén suficientemente perfilados, siendo que contendrá también la calificación jurídica provisional, la resolución sobre las diligencias a practicar y la especificación del Fiscal concreto que vaya a asumir el procedimiento.

En lo que hace a la iniciación de oficio por el Fiscal, es lo cierto que la misma no es demasiado usual y ello a pesar de las bondades que, de ella, extraía y predicaba la FGE en la Circular 1/1989⁷¹⁰. De todos modos, esta forma de inicio es absolutamente

⁷⁰⁶ Y prosigue: “Pero es obvio que está ahí. Y que de ella se deduce lo que se deduce. Puede pensarse que este anuncio es un ejercicio de cinismo; o también puede pensarse que es muestra de una confianza ciega y casi irracional en la presunción de inocencia, con la convicción de que actúa como firme valladar constitucional que en último término impedirá siempre la condena de un inocente. Algo de ingenuidad puede haber en esa idea. Se asume. Quizás también algo de autoengaño o ficción en esta forma de presentar la resolución del asunto: también se asume. Pero encauzar nuestro razonamiento por otra vía -el acusado es inocente, pero la presunción de inocencia, aún bien aplicada, no impedía su condena- lanzaría un mensaje no ya poco estimulante y desalentador, sino casi devastador”.

⁷⁰⁷ Conforme a las pautas recogidas en la Instrucción 1/2005, de 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal.

⁷⁰⁸ Y según criterio de la FGE, el decreto de inicio lo dicta el Fiscal Jefe, a la postre, el responsable de cada Fiscalía.

⁷⁰⁹ Vid. Instrucción 1/2005, de 27 de enero ya citada y la Circular 4/2013, igualmente mencionada.

⁷¹⁰ Se señala en su apartado IV que: “Es en este punto de gran trascendencia para la

te posible conforme al art. 773.2 de la LECrim, de manera que el Fiscal bien por haber presenciado personalmente los hechos, o bien porque responda a un rumor extendido y notorio está facultado para la apertura de una investigación. Esa ausencia de habitualidad puede ser observada en los datos que la Fiscalía General del Estado publica en sus Memorias, año tras año.

Centrándonos ahora en el atestado que instruye la Policía Judicial, como forma de comienzo de las diligencias de investigación del Fiscal, señalaremos que su contenido habrá de ser equivalente al que se remite al órgano judicial; además de conforme a los mandatos de los artículos 292 y 293 LECrim.

En este punto y como expresa PERAMATO MARTÍN⁷¹¹, si bien en la mayoría de los casos el receptor del atestado es el Juez de Instrucción, el motivo que subyace en la entrega del mismo exclusivamente al Fiscal es la especialización sobre la que se estructura el Ministerio Público, extremo que queda patente sobre todo en asuntos referidos al Medio Ambiente y a los llamados delitos contra la Hacienda Pública⁷¹². Sin embargo, y como ejemplo pondremos de manifiesto que, desconocemos la razón por la que no se sigue -en la práctica- ese criterio de especialización en los casos de siniestralidad laboral, cuya investigación -literalmente- se eterniza en los Juzgados de Instrucción, cuando, de hecho -y en nuestra opinión- las diligencias a llevar a cabo, salvo en muy contadas excepciones, son en esencia siempre las mismas.

En lo que hace a la denuncia ante el Fiscal, bien por un particular bien por un órgano de la Administración en el ejercicio de sus funciones básicamente inspectoras o sancionadoras -a manera de inicio de sus diligencias de investigación-, señalaremos, siguiendo a DEL MORAL GARCÍA⁷¹³, que denunciar ante el Ministerio Público puede responder a variadas razones como lo es la búsqueda de efectos extraprocesales -mediáticos, por ejemplo-, la mayor confianza en el Ministerio Fiscal para dicha investigación o, el hecho de que hacerlo así, supone tener dos posibilidades, ya que si se rechaza o archiva por Fiscalía, siempre se tiene abierta la vía judicial.

actuación de un Fiscal vigilante, inmerso en su entorno social y defensor del interés público. La existencia de preocupaciones de los ciudadanos, expresadas por los medios de comunicación social o conocidas por los contactos del Fiscal con su entorno, sobre la existencia de hechos difusos o mal conocidos que pudieran ser constitutivos de delitos y aún de delitos graves -delitos sociales, fraudes, delitos ecológicos, etc.- debe ser compartida por el Fiscal. Ciertamente éste no debe precipitarse a provocar la iniciación de un proceso penal sin elementos de juicio y sólo por noticias o referencias cuya exactitud no ha contrastado. Pero por lo mismo tiene en la investigación pre-procesal un instrumento útil para depurar la realidad y auténtica trascendencia delictiva de tales hechos, instrumento que no debe vacilar en utilizar, pues a la opinión pública tanto tranquiliza el desmentido, tras una investigación imparcial, de sus temores o sospechas como el conocimiento de que como consecuencia de tal investigación se ha ejercitado una acción penal, iniciándose un procedimiento judicial”.

⁷¹¹ PERAMATO MARTÍN, T., “Diligencias de investigación o preprocesales” en *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada núm. 46, págs. 638 y 639.

⁷¹² Es habitual y cada vez más frecuente, la derivación que realizan al Fiscal los órganos de inspección de la Administración tributaria. Y de este modo, en la Circular 4/2013 se entiende que la remisión de los expedientes y demás documentación administrativa merece la consideración de denuncia.

⁷¹³ DEL MORAL GARCÍA, A., “La terminación de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal” cit., pág.4.

También en este punto habremos de señalar que, al igual que ocurre con el atestado policial, no encontramos ninguna especialidad, ni particularidad respecto de las denuncias presentadas en sede judicial, por lo que podrán ser tanto verbales como escritas; siendo que, en las escritas, la Circular 1/1989 FGE, establece la necesidad de ratificación y equipara a las mismas las recibidas por correo ordinario, fax o correo electrónico.

Cuestión importante, se nos antoja, la referida a la denuncia anónima; y si partimos de la literalidad de los artículos 266 y 268 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podría ponerse en tela de juicio tanto su encaje en esas normas, como su suficiencia para originar el inicio de un proceso penal. De hecho, cierto sector doctrinal le niega esa posibilidad⁷¹⁴. No obstante, otro sector conviene en que la denuncia anónima sí puede provocar el inicio de una investigación penal⁷¹⁵.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado, en la Circular 4/2013, de 30 de diciembre, y con remisión a la Instrucción 3/1993, de 16 de marzo⁷¹⁶ en la que se concluía que “(...) la ponderación de la conveniencia de iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima transmisora de una noticia delictiva, habrá de calibrar, fundamentalmente, el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefiere no identificarse y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innominadas”, opta por dar valor a dichas denuncias anónimas -como generadoras de las investigaciones del Fiscal-, estableciendo una serie de requisitos. Y a tal efecto, señala que el Tribunal Supremo asume la misma posición.

Entre la Jurisprudencia que ha analizado este tipo de denuncias y su hipotética capacidad de iniciar un procedimiento penal, habremos de señalar, entre otras, la STS 1335/2001, de 19 de julio, (Ponente: Ramos Gancedo, Diego Antonio) en la que se recoge: “(...) consideramos -en línea con la que entendemos doctrina científica mayoritaria- que la cualidad de anónima de una denuncia no impide automática y radicalmente la investigación de los hechos de que en ella se da cuenta, por más que la denuncia anónima (técnicamente ‘delación’, sinónimo de ‘acusar’, que puede definirse como ‘el hecho de revelar a la Autoridad judicial, o demás autoridades y funcionarios competentes la perpetración de un delito, designando al autor o culpable, pero sin identificarse el denunciador, cuya identidad se esconde en el anonimato’) deba ser contemplada con recelo y desconfianza. Sin embargo, al no proscribirla expresamente la Ley de Enjui-

⁷¹⁴ Entre ellos SANCHÍS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar Fiscal* cit., pág. 63; NIEVA FENOLL, J., *La incoación de oficio de la instrucción penal*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 67 y 68; MONTERO AROCA, J., “La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal”, en *Primeras Jornadas sobre los problemas actuales de la Justicia Penal*, Granada, 1994, págs. 15 a 50.

⁷¹⁵ Así, en este grupo se encuentran entre otros TORRES ROSELL, N., *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 218 a 224; ZARZALEJOS NIETO, J., (con BENACLOCHE PALAO, J.) *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*, 4ª edición, La Ley, Madrid, 2018, págs. 154 y 155.

⁷¹⁶ *Sobre la función del Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas. Su deber de velar por el secreto del sumario. La denuncia anónima: su virtualidad como notitia criminis*”.

ciamiento Criminal, no puede decretarse 'a limine' su rechazo por principio, máxime teniendo en cuenta la multitud de hechos delictivos de que las Autoridades policiales y judiciales son informadas de esta forma por quienes, a causa de un temor a represalias en ocasiones notoriamente feroces y crueles, prefieren preservar su identidad, de lo cual la experiencia cotidiana nos ofrece abundantes muestras. En tales casos, el Juez debe actuar con gran prudencia, y no puede ni debe actuar con ligereza en la admisión o en el rechazo de la denuncia anónima. Pero si ésta aparenta credibilidad y verosimilitud, debe inicialmente inquirir, con todos los medios a su alcance, en la comprobación 'prima facie', de la exactitud de su contenido, y si ello fuera afirmativo, puede proceder desde luego por sí mismo, de oficio, si el delito fuere público, sin necesidad de la intervención del denunciante y sin ningún otro requisito”.

No obstante, y una vez señalado lo anterior, tendríamos que añadir un aspecto trascendental: el referido a que el mero hecho de la efectiva recepción de una denuncia anónima no puede, en absoluto, ser suficiente para refrendar -y ocasionar- la restricción de un derecho fundamental⁷¹⁷.

No menos importante al efecto, ha de considerarse, a día de hoy, la STS 272/2020, de 6 de febrero, (Ponente: Magro Servet, Vicente), en la que se recoge un pronunciamiento favorable a la validez de una denuncia anónima para investigar posibles delitos en el seno de una empresa⁷¹⁸. Así, el Tribunal Supremo se ha referido expresamente a la figura del *Whistleblower*⁷¹⁹ también llamado “informante” y a la necesidad de su protección⁷²⁰. Señala la resolución que: “(...) se busca reforzar la protección del *Whistleblower* y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 de la CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas, como en este caso, que se llevó a cabo y propició la debida investigación policial y descubrimiento de los hechos”. De forma que “(...) con la implantación de este canal de denuncias (...) quien pretenda, o planee, llevar a cabo irregularidades, conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma”.

⁷¹⁷ Vid. STC 184/2003, de 23 de octubre, del Pleno, (Ponente: Casas Baamonde, María Emilia); STS 27/2004, de 23 de enero, (Ponente: Giménez García, Joaquín); STS 416/2005, de 31 de marzo, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón); STS 318/2013, de 11 de abril, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel); STS 373/2017, de 24 de mayo, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón); y STS 583/2017, de 19 de julio, (Ponente: del Moral García, Antonio).

⁷¹⁸ En el supuesto concreto, el origen de la investigación se encuentra en la recepción de una denuncia anónima en el Departamento de Recursos Humanos de una empresa, en la que se advertía de una serie de maniobras fraudulentas en las entradas y clasificación de la chatarra.

⁷¹⁹ El *Whistleblowing* es un mecanismo adicional para que los empleados puedan denunciar incumplimientos internamente a través de un canal específico; un complemento de los canales de información habituales de la organización, como pueden ser los representantes de los trabajadores, los mandos directivos, el personal de control de calidad, o los auditores internos, etc.

⁷²⁰ Ese canal de denuncias interno fue incluido en la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones obtenidas en el contexto de sus actividades laborales. Y esa protección se recoge en el texto sin diferenciar su objeto, es decir, las mismas pueden referirse igualmente a actividades que queden fuera del ámbito penal.

En el ordenamiento jurídico español, si bien, se reguló la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su medio de protección a través de los *compliance* con las reformas del Código Penal de los años 2010 y 2015 (art. 31.bis CP), es lo cierto que nada se establece sobre las denuncias internas anónimas, ni sobre la obligatoriedad de mantener la confidencialidad del denunciante, ni, tampoco, sobre las medidas a adoptar para impedir represalias frente a él. No obstante, la FGE, en su Circular 1/2016, de 22 de enero, *sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*, admite los canales de denuncia, la necesaria confidencialidad y el deber de proteger al denunciante. Así, establece que: “(...) *La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sien riesgo a sufrir represalias*”.

En cuanto al desarrollo de este procedimiento de investigación del Fiscal, una vez recibida la *notitia criminis* por cualquiera de los medios que acabamos de mencionar y una vez dictado el decreto al efecto, se procederá a la práctica de aquéllas diligencias expresadas en el mismo y de aquellas otras que vayan considerándose necesarias o, simplemente, derivadas de ellas. En este sentido y cuando nos hemos referido sucintamente a las diligencias de investigación concretas que puede realizar el Fiscal, en el momento de tratar los límites objetivos, nos hemos remitido, a tal efecto a la Circular 4/2013 de la FGE que, a diferencia de lo que se hacía en la Circular 1/1989, acota -o al menos señala- dichas diligencias de forma positiva.

De todos modos, entendemos que el Fiscal no tiene obstáculo alguno para ordenar cualquiera de las diligencias de investigación de las comprendidas en la LECrim, siempre y cuando no entrañen limitación alguna de derechos fundamentales, en cuyo caso, necesariamente habría de solicitar la correspondiente autorización judicial. De modo que podrá recibir declaración a investigado y a testigos, recabar informes periciales, realizar reconocimientos, etc. Y en cualquier caso habrán de tramitarse conforme al principio de impulso de oficio, a cuyo fin habrán de evitarse las paralizaciones innecesarias y controlar, periódicamente, el estado de las mismas.

Al hilo de lo señalado en el párrafo anterior, y a modo de ejemplo, diremos que podrá el Fiscal tomar de declaración al investigado a quien se le harán saber los derechos que le asisten *ex art. 520 LECrim*, siendo que obligatoriamente, tendrá que estar asistido de abogado, conforme a los artículos 5 del EOMF y 767 de la LECrim, siendo advertido al efecto en la propia citación, en la que también se expresarán los hechos que se le imputan (arts. 520.2 y 118 LECrim).

Y en consonancia con lo que se ha señalado en el primer párrafo del apartado que hemos denominado trámites, daremos por acabado el mismo, recordando que las diligencias de investigación finalizarán mediante el dictado de un decreto y por los motivos y en las circunstancias que han sido indicados al tratar de los límites temporales de las mismas.

3.3.5.- *Su control*

Para concluir esta inmersión en las diligencias de investigación del Fiscal, no podemos por menos de referirnos a la supervisión de las mismas. Y, en este sentido, AGUILERA MORALES⁷²¹ describe la situación española al respecto con gran tino cuando dice: “El análisis llevará pocas páginas. Y no porque se trate de un aspecto de escasa enjundia o trascendencia. Al contrario: en vista del contenido y eficacia que pueden llegar a alcanzar nuestras diligencias, saber los mecanismos o con que controlar o combatir las infracciones producidas con ocasión del procedimiento preliminar del fiscal se revela cuestión de la mayor relevancia e interés. Las razones de dedicar poco espacio al tratamiento jurídico que merecen las diligencias de investigación fiscal son otras: el silencio del legislador y la mínima atención que a este aspecto ha dispensado la FGE (lo que es lógico), la jurisprudencia y la doctrina científica (lo que no lo es tanto)”.

Es lo cierto que habremos de comenzar evidenciando la imposibilidad de impugnar directamente los decretos del Fiscal en la investigación preliminar, puesto que, simplemente, son irrecurribles.

Advierte DEL MORAL GARCÍA⁷²² que las decisiones del Fiscal adoptadas en las diligencias de investigación, *ex art. 5 del EOMF*, revisten ciertas peculiaridades que las diferencian de otras actuaciones o decisiones como las que se producen en el proceso penal o en el ámbito gubernativo, pero que son también propias del Fiscal; y de este modo, los decretos que se dictan en esta diligencias de investigación, tanto para iniciarlas como para finalizarlas, no pueden recurrirse ante los órganos de la jurisdicción penal, ni, obviamente tampoco, aquellos otros que se dicten durante la sustanciación de las mismas. Esta negativa a los recursos que expresa la FGE lo hace absolutamente para todos los decretos que dicte el Fiscal, no sólo para aquéllos pronunciados en el marco de las diligencias de investigación sino también para otro tipo de diligencias para cuya instrucción se encuentra igualmente legitimado⁷²³.

⁷²¹ AGUILERA MORALES, M., “*Las diligencias de investigación...*”, cit., pág. 205.

⁷²² DEL MORAL GARCÍA, A., “La terminación de las diligencias de investigación...” cit., pág. 29.

⁷²³ La Circular 1/2000, defendía la inimpugnabilidad de las decisiones adoptadas por el Fiscal en la fase de diligencias preliminares del proceso penal del menor, esgrimiendo en su apoyo el ATC 219/1984, de 4 de abril y el ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) de 20 de diciembre de 1990, que rechazaban la posibilidad de revisar tanto constitucional como judicialmente la decisión del Fiscal de no ejercer acciones penales, con base en que los perjudicados por ella tenían la posibilidad de promover ellas mismas el proceso. Con posterioridad, la Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, *sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*, también deja entrever la falta de recurso directo frente a los decretos de determinación de la edad acordados por el Fiscal en relación con los extranjeros cuya minoría de edad no puede establecerse con certeza. Y esta tesis fue asumida por el ATC 151/2013, de 8 de julio, si bien matizando que, en el ámbito de protección de los menores “(...) nada impide a un Juez de lo civil o de lo contencioso-administrativo, al hilo de un procedimiento incoado para impugnar alguno de los eventuales efectos derivados de la aplicación del decreto de determinación de la edad que ha establecido una determinada fecha de nacimiento del extranjero, pronunciarse sobre dicho decreto, al estar éste en el origen del acto que pueda ser objeto del procedimiento en cuestión.” En el mismo sentido, ATC 172/2013, de 9 de septiembre que declara “puede deducirse que hay una falta de previsión legal respecto de recurso directo contra el decreto de determinación de edad, mas ello en modo alguno permite a los recurrentes acudir directamente al recurso de amparo constitucional. Más tarde, la STS 680/2020, de la Sala de lo Contencioso-

Ahora bien, la irrecurribilidad no puede considerarse absoluta -lo contrario, los convertiría en inconstitucionales- ya que existe alguna vía, aunque indirecta, para controlar judicialmente la función realizada por el Fiscal. Nos estamos refiriendo, básicamente, a la posibilidad de acudir a la jurisdicción penal al efecto de promover el proceso correspondiente, haciendo valer en esta sede sus derechos, por parte de los denunciantes, ofendidos o perjudicados, quienes, -no podemos obviar- están excluidos del procedimiento preliminar. No obstante, indicaremos que este control judicial tan *a posteriori* pudiera ser insuficiente para que las partes recuperen lo hipotéticamente malogrado.

3.3.6.- *La investigación del Fiscal en procedimientos provisionalmente sobreseídos ex art. 641 LECrim*

Cuestión singular -por escasamente analizada doctrinal y jurisprudencialmente- se nos representa aquella a cuyo estudio se dedica el Apartado 10 de la Circular 1/2021, de 8 de abril, de la FGE, *sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. A saber, *la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal ante procedimientos provisionalmente sobreseídos*.

Conforme señala la citada Circular, la actividad extraprocesal del Fiscal con la finalidad de la reapertura de procedimientos provisionalmente sobreseídos es respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia, en los casos en los que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes previamente en la causa⁷²⁴, al considerar que “(...) *en ningún caso se alteran con ello las presunciones y reglas de tratamiento procesal inherentes a este derecho fundamental*”.

Continúa la Circular señalando que la actividad extraprocesal del Fiscal en ese período “(...) *tampoco compromete los derechos de defensa e igualdad de armas, pues se trata de una facultad que el ordenamiento jurídico atribuye en idénticos términos a todas las partes, erigiéndose el inicio de las sesiones del juicio oral como único límite temporal para la aportación de los elementos de prueba.*”⁷²⁵

No puede olvidarse que la posibilidad del Fiscal de desarrollar actos de investigación extraprocesal durante la tramitación judicial del procedimiento, a través de la Policía Judicial, viene siendo admitida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo *ex* artículos 773.1 y 3.5 EOMF⁷²⁶.

Habría de destacarse que el sobreseimiento provisional es “(...) *un acto procesal por el que se produce la terminación anticipada o la suspensión del procedimiento penal motivada por la imposibilidad de formular acusación y, por ello, de proceder a la aper-*

Administrativo, Sección 4ª, de 5 de junio, (Ponente: Teso Gamella, María del Pilar), mantendrá la misma postura, pero a esta sentencia nos dedicaremos más adelante, en el apartado dedicado al proceso penal de menores.

⁷²⁴ Vid. STS 974/2012, de 5 de diciembre, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón) y STS 338/2015, de 2 de junio, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón).

⁷²⁵ Vid. SSTS 163/2019, de 26 de marzo, (Ponente: Magro Servet, Vicente) y 211/2019, de 23 de abril, (Ponente: Colmenero Menéndez de Luarda, Miguel).

⁷²⁶ Vid. SSTS ya mencionadas 228/2013, de 22 de marzo, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón); 228/2015, de 21 de abril, (Ponente: Martínez Arrieta, Andrés); 211/2019, de 23 de abril, (Ponente: Colmenero Menéndez de Luarda, Miguel).

*tura del juicio oral*⁷²⁷. Siendo, además, que dicho sobreseimiento -provisional- solo lleva a la suspensión por tiempo indeterminado del procedimiento, encontrándose su límite en la prescripción del delito.

En este sentido, la STS 507/2020, de 14 de octubre, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón) indica que: *“La reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa (STS 75/2014, e 11 de febrero). (...) La cuestión que puede plantearse es la de decidir si el sobreseimiento provisional puede ser dejado sin efecto, una vez que la resolución que lo acuerde ha devenido firme y qué requiere la reapertura de las diligencias. Resulta patente que esa provisionalidad en el archivo de las diligencias puede plantear problemas de inseguridad jurídica del afectado por la inicial investigación, sobre quien planea la posibilidad de reapertura. Esa limitación de sus expectativas de seguridad aparece compensada por las exigencias de nuevos datos que permitan ser consideradas como elementos no tenidos en cuenta anteriormente a la decisión de sobreseer. No entenderlo así podría suponer que la desidia o el error de una acusación, por no valorar unos datos preexistentes, le permite su reconsideración posterior para solicitar, y adoptar, su reapertura, con lesión a la seguridad del investigado. Es por ello que en la jurisprudencia hemos declarado que el sobreseimiento provisional permite la reapertura del procedimiento ‘cuando nuevos datos con posterioridad adquiridos lo aconsejen o hagan preciso’. Esto quiere decir que la reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa”*.

Igualmente, el Tribunal Constitucional⁷²⁸ se ha decantado en la misma dirección disponiendo que *“(...) el eventual efecto de cosa juzgada material de una decisión de sobreseimiento no depende de la calificación definitiva o provisional del archivo -y, por tanto, de la imposibilidad absoluta de la reapertura del procedimiento- sino de las concretas circunstancias concurrentes en el caso (...). y relativas a que (i) dicha decisión haya sido adoptada una vez que se ha desarrollado un procedimiento penal al que el sujeto haya quedado sometido con la carga y gravosidad que ello implica; (ii) se hayan desarrollado por el órgano encargado de la instrucción de ese procedimiento penal todas las diligencias necesarias y razonables de investigación para determinar el carácter delictivo del hecho y la concreta participación del interesado en el mismo, y (iii) como consecuencia de la firmeza de dicha decisión de archivo, la reapertura quede condicionada a la ponderación de la aparición de nuevos indicios relevantes sobre el carácter del hecho o de la participación del interesado en el mismo”*.

Concluiremos apuntando que esta Circular 1/2021, de 8 de abril, de la FGE no es el primer documento que se dedica a esta cuestión concreta, si bien ha de reconocerse que se había abordado, previamente, la materia de forma bastante más tangencial. Podríamos citar al efecto, la Circular 1/1989, de 8 de marzo, *sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre*⁷²⁹; la Instrucción 1/2008,

⁷²⁷ Vid. Circular 1/2021, de 8 de abril FGE.

⁷²⁸ STC 3/2019, de 14 de enero, (Ponente: Roca Trias, Encarnación). Vid también STC 40/1988, de 10 de marzo, (Ponente: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis).

⁷²⁹ Que señalaba: *“La conclusión de las diligencias previas por archivo o sobreseimiento (salvo que éste sea el libre del número 2º del art. 637), también autorizará al Fiscal el iniciar una investigación para obtener nuevos elementos de juicio que le permitan interesar la reapertura del procedimiento judicial. Hay que entender que al archivarse o sobreseerse el*

de 7 de marzo, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial⁷³⁰; la Instrucción 2/2008, de 11 de marzo, sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción⁷³¹.

3.3.7.- Especial mención a los peritos de la propia Fiscalía

Cuestión singular es la referente a la aptitud de los funcionarios integrados como técnicos en las unidades de apoyo de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, para intervenir como peritos. Asunto que ya ha sido analizado y resuelto por nuestra jurisprudencia y en cuyos pronunciamientos nos vamos a detener seguidamente, no sin antes advertir que, consideramos aplicable la misma doctrina a los peritos -técnicos- que actúen en otras unidades de apoyo especializadas de la Fiscalía, distintas a las que se encargan de la corrupción y la criminalidad organizada, como puede ser la de Medio Ambiente.

La Jurisprudencia ya había venido refiriéndose a ello, siendo la primera sentencia dictada al efecto la STS 687/2002, de 29 de julio, (Ponente: Martín Pallín, José Antonio), en el llamado caso “Banesto”. Se afirmaba en la misma que el hecho de que se trate de peritos de la acusación pública en nada afecta a su imparcialidad y objetividad, del mismo modo que los peritos propuestos por los acusados gozan también de competencia, imparcialidad y objetividad. Decía: *“En definitiva se trata de la confrontación probatoria de pericias divergentes, cuya valoración corresponde al órgano juzgador”*.

Más tarde, el Tribunal Supremo hubo de tratar de nuevo el mismo tema en el caso “Alfaro”, en la STS 167/2006, de 21 de febrero, (Ponente: Soriano Soriano, José Ra-

proceso cesa o se suspende su ‘existencia’ como tal proceso en curso y con ello el impedimento para la función investigadora del Fiscal. Esta puede ser de especial utilidad en los casos en que el Juez de Instrucción acuerde el sobreseimiento del número 2º del art. 641, por entender que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado por el Fiscal (art. 790.6, párrafo 1º), en cuyo caso este último podrá abrir una investigación para obtener nuevos indicios o reforzar los existentes, de modo que pueda solicitarse la reapertura del procedimiento con éxito”.

⁷³⁰ Que establecía: *“(…) la cesación de las diligencias de investigación plantea la cuestión de si el Fiscal, en curso un procedimiento judicial, puede o no practicar u ordenar a la Policía Judicial que practique algún género de diligencia de investigación o aportación de fuentes de prueba. La respuesta a esta cuestión ha de ser que el Fiscal no podrá iniciar una nueva investigación general sobre el hecho, pero sí proceder a la práctica extrajudicial de diligencias concretas, puesto que, de las propias Leyes, tanto las generales sobre las atribuciones del Fiscal, como de las que regulan el procedimiento abreviado, se infiere tal facultad. Llegando a la conclusión de que es evidente que el Fiscal para poder aportar pruebas ha de obtenerlas previamente y que para ello ha de recurrir al mecanismo de averiguación y obtención de las mismas, mecanismo que no puede ser otro que su propia actividad o el auxilio de la Policía Judicial, que constitucional y legalmente de él depende”.*

⁷³¹ Que indicaba: *“(…) dentro de esos objetivos tendentes a lograr la agilización de la fase de instrucción podrán los Sres. Fiscales, en caso necesario, oficiar a la Policía Judicial para que se lleven a cabo diligencias concretas que se estimen necesarias para su ulterior aportación a las Diligencias Judiciales. Debe subrayarse que esta habilitación ha de entenderse referida a la práctica de diligencias concretas, sin que en ningún caso pueda desembocarse en una investigación Fiscal paralela a la instrucción judicial. Esta habilitación que la Ley confiere al Fiscal (vid. art. 773.1 LECrim y Circular 1/1989) habrá de ser usada con prudencia, en casos debidamente justificados, pues fácilmente pueden colegirse las disfunciones y duplicidades que un mal uso de la misma puede generar”.*

món), señalando esta vez que “(...) a) los expertos que evacuan la pericia pertenecen a Hacienda y se hallan adscritos a Fiscalía, por lo que en su condición de funcionarios públicos están adornados con las notas de objetividad e imparcialidad”. Añadiendo: “b) su informe fue sometido a la contradicción del plenario en donde el recurrente pudo formular cuantas preguntas y aclaraciones fueran necesarias”.

Con posterioridad, un voto particular a la STS 463/2008, de 23 de junio, (Ponente: Maza Martín, José Manuel, siendo suyo el voto particular), introdujo la única desviación que se conoce respecto de la doctrina señalada. Se dice que no puede admitirse que la pericia la realicen “(...) aquellos mismos funcionarios que realmente formaron parte del equipo investigador de la posible infracción delictiva y que, con esa participación, dieron lugar, de manera trascendente, a la propia decisión relativa a la necesidad de proceder contra los que posteriormente resultan acusados. No se trata de cuestionar, ni mucho menos, la profesionalidad, honestidad, e incluso, subjetiva imparcialidad de los funcionarios, sino del respeto obligado a los aspectos objetivos de esa imparcialidad, toda vez que estamos hablando de quienes cooperan directa y esencialmente a la confección del material que, con posterioridad, integró la versión del denunciante, y que forman parte, además, de un cuerpo de funcionarios dependientes no tanto de la Administración Pública de forma genérica, sino en concreto de aquella que se presenta como perjudicada en la causa”⁷³² Interpretaba este voto particular que los Inspectores de la Agencia Tributaria, en cuanto ésta era la perjudicada por el delito fiscal, tenían un posible interés en el procedimiento siendo, por ello recusables conforme al art. 468 LECrim. Lo que nos parece, con todos los respetos, además de una contradicción respecto a la doctrina sobre periciales practicadas por funcionarios públicos en otro tipo de delitos, una cuestión poco práctica por aquello de que, todo lo actuado por esos Inspectores podía perfectamente introducirse en el proceso -y por ello valorarse conforme al art. 741 LECrim- vía prueba documental, ya que su trabajo de elaboración del procedimiento de inspección documentado, obviamente, se acompañaría a la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal.

Ulteriormente, la STS 636/2012, de 13 de julio, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel), vino a aclarar que el hecho de que los peritos hubieran mantenido entrevistas previas con los representantes del Ministerio Fiscal y con los letrados de las acusaciones no impide que intervengan como peritos en el juicio oral, ya que “No parece que el modelo vigente excluya todo contacto previo entre el perito y la parte que lo propone. De hecho, el art. 471 de la LECrim, autoriza a las partes a designar su propio perito”.

En el mismo sentido, la STS 990/2013, de 30 de diciembre, (Ponente: Varela Castro, Luciano), y en relación a la admisión como prueba en el juicio oral de un perito Inspector de Hacienda -que había auxiliado al Fiscal en la investigación preprocesal-, afirmaría: “No se comprende qué aspecto del proteico contenido de la garantía constitucional de tutela judicial puede afectarse por la aceptación de un informe pericial. Ni cual sea la garantía que se dice comprometida por oír y ser convencido un Tribunal por el informe de un perito. Si lo que se pretende cuestionar es la imparcialidad del perito, no habría otra trascendencia, derivada de ello, que el reflejo que pudiera tener sobre la

⁷³² Se trataba de la intervención en una causa por delito fiscal, asunto “Telecinco”, en la que participaban miembros de la Agencia Tributaria integrados en la unidad de apoyo a la Fiscalía Especial Anticorrupción.

credibilidad de su informe. Lo que es ajeno a toda tacha dirigida hacia la validez del medio probatorio pericial". Esta sentencia fue dictada en el caso "Núñez".

Para finalizar con este recorrido jurisprudencial, habremos de señalar la STS 586/2014, de 23 de julio, (Ponente: Varela Castro, Luciano), en la que, tras mencionar la STS 990/2013, apunta -en clara referencia al voto particular más arriba mencionado- que en alguna ocasión se ha alegado que, cuando el funcionario llamado a peritar ha llegado más allá de la previa intervención en actuaciones inspectoras, actuando como auxiliar del Ministerio Fiscal en sus actuaciones previas a la causa penal, e incluso manteniendo en la instrucción de ésta un cierto protagonismo impulsor de determinada estrategia investigadora, tal pericia no debería admitirse como medio probatorio; así como que se ha invocado un cierto paralelismo entre la imparcialidad de los peritos y la imparcialidad objetiva del juzgador; no obstante, seguidamente afirmará que la anterior STS 463/2008 *"No implica un punto y aparte de la doctrina general. Ni desde luego, el voto particular, en cuanto rechazado, instaura una nueva línea"*. Y añade: *"En el trance de definir analogías con la situación de los peritos, no parece mayor la que existe con la del Juez que instruye y conoce del juicio, que la que existe con la de los funcionarios de que dispone el Ministerio Fiscal en el desempeño de sus funciones (peritos de balística, forenses, toxicología, y en particular los adscritos a la Fiscalía especial anti-corrupción) y cuya intervención en los procesos penales es tan habitual como incuestionada. Resulta inaceptable comparar la función auxiliar a la jurisdicente, es decir la que corresponde al perito con la del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Por ello es artificioso todo intento de traslado a esta cuestión del concepto de imparcialidad objetiva (...) El perito funcionario, pese a esa adscripción (a la estructura de la Fiscalía) no tiene ningún interés subjetivo en la suerte de la causa (...) La igualdad entre las partes constituye otro argumento deslegitimador del intento de vetar al perito colaborador con la acusación. Y es que la defensa puede libremente designar como perito a quien, eso sí, reuniendo las condiciones profesionales, sea de la más absoluta confianza de la parte acusada"*.

Una vez dicho todo lo anterior, pasaremos a tratar del modelo de investigación que se recogía en el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre, y plasmado ahora en la ya aprobada LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939.

4.- El modelo de investigación en el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre y LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del anterior (Reglamento)

Además de aquello a lo que ya hemos hecho referencia desde otras perspectivas de estudio del Reglamento (UE) 2017/1939, de 12 de octubre, en las partes segunda y tercera de este trabajo, hemos considerado de interés analizar el modelo de investigación que, entendemos, se recoge en el mismo.

Habremos de reiterar, en primer lugar, que su función es investigar los delitos que perjudiquen -o afecten- a los intereses económicos de la Unión Europea, tengan o no carácter transnacional y, además, *ex art. 4* del Reglamento, estando también dentro de sus funciones el ejercicio de la acción penal y posterior presentación de acusación ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados Miembros, en nuestro país, la Audiencia Nacional *ex art. 7* LO 9/2021, de 1 de julio, con la excepción de los supuestos de aforamiento, en cuyo caso lo serán o bien el Tribunal Supremo, o bien el Tribunal

Superior de Justicia que resulte competente. Sea como fuere en cada uno de estos órganos habrá de constituirse un Juez de garantías⁷³³.

En una primera lectura, y teniendo en cuenta el contenido del art. 13.1 del Reglamento, parece que el Fiscal Europeo Delegado -dentro de las competencias concretas ya establecidas- tiene las mismas facultades que las que posee un Fiscal nacional en un procedimiento cualquiera⁷³⁴. Dicho art. 13. 1 dispone que: “Los Fiscales Europeos Delegados actuarán en nombre de la Fiscalía Europea en sus respectivos Estados miembros y tendrán las mismas potestades que los fiscales nacionales en materia de investigación, ejercicio de la acción penal y apertura de juicios, además y con sujeción a los poderes y al estatuto específicos que les confiere el presente Reglamento y en las condiciones que en él se establecen”.

Visto así, se nos antoja que el Fiscal podrá hacer lo mismo que ya hace en unas diligencias de investigación y en lo que no pueda realizar por sí mismo, habrá de acudir al Juez de Instrucción, con entrega de lo realizado al mismo, conforme al art. 773.2 LE-Crim, según ya hemos indicado.

Además, el considerando núm. 5 del Reglamento “garantiza que su repercusión en los sistemas jurídicos y estructuras institucionales de los Estados miembros sea lo menos intrusiva posible”; y el considerando núm. 15, en añadidura indica que “el presente Reglamento no afecta a los sistemas nacionales de los Estados miembros en lo que respecta al modo en que se organicen las investigaciones penales”, pero entendemos, únicamente puede ser así en los sistemas en que la investigación esté asignada en exclusiva al Fiscal; finalmente, el considerando núm. 87 de la judicatura afirma que “el presente Reglamento no afecta a las potestades jurisdiccionales nacionales”.

Al hilo de lo anterior y, curiosamente para nuestro vigente sistema penal, si antes era una mera hipótesis el hecho de que un Juez de Instrucción pudiera convertirse en Fiscal Europeo Delegado, ahora ya no lo es, por cuanto que, como ya ha quedado mencionado en el apartado correspondiente, el BOE núm. 20, de 23 de enero 2021, publicó la Orden JUS/30/2021, de 22 de enero, por la que se convocaba el proceso selectivo para la designación de Fiscales Europeos Delegados, entre cuyos requisitos estaba el de ser miembro de la carrera fiscal o de la carrera judicial. Lo que no dejaba de evidenciarse como un despropósito⁷³⁵, o si se prefiere, como un auténtico dislate.

No obstante lo dicho, respecto de la injerencia mínima en los sistemas nacionales, la lectura del art. 5.3 del Reglamento parece sugerir algo distinto cuando establece: que:

⁷³³ En el PREÁMBULO, Apartado I de la LO 9/2021, de 1 de julio se viene a decir que: “Las funciones de la Fiscalía Europea serán las de investigar, y en su caso, acusar a los autores de los delitos contra los intereses financieros de la Unión, ámbito competencial objetivo que implica una remisión expresa desde el punto de vista sustantivo a los delitos establecidos en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017 (...).

⁷³⁴ Vid. el trabajo de RODRÍGUEZ SOL, L., “Medidas cautelares reales decididas o propuestas por el Fiscal Europeo en el proceso penal tramitado en España” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 9, 2020, Fiscalía General del Estado, Madrid, 2020, págs. 108 a 123.

⁷³⁵ PÉREZ MARÍN, M.^a Á., se refiere a esta situación calificándola de una especie de “esquizofrenia jurídica”. Vid. “La actuación de la Fiscalía Europea y la posible afectación de los derechos y las garantías procesales. Algunas consideraciones preliminares” en *La Ley Penal* núm.132, mayo-junio 2018, Wolters Kluwer, 2018.

“Las investigaciones y las acusaciones en nombre de la Fiscalía Europea se registrarán por el presente Reglamento. La legislación nacional se aplicará a las cuestiones que no estén reguladas por el presente Reglamento (...) Cuando una cuestión esté regulada tanto por la legislación nacional como por el presente Reglamento, prevalecerá este último. Y al efecto, la contradicción entre las competencias del Fiscal europeo con las del Fiscal español puede derivarse del contenido del art. 25.1 del Reglamento que, a su vez señala: “La Fiscalía Europea ejercerá su competencia iniciando una investigación de conformidad con el art. 26, o bien decidiendo ejercer su derecho de avocación de conformidad con el artículo 27. Cuando la Fiscalía Europea decida ejercer su competencia, las autoridades nacionales competentes no ejercerán la suya respecto del mismo comportamiento constitutivo de delito”. Y ello, por cuanto de la literalidad del artículo parece concluirse que la Fiscalía Europea no excluye a la Fiscalía nacional, sino a las *autoridades nacionales competentes*, y cuando nos referimos a la investigación de hechos delictivos, en nuestro país, desde luego nos estamos refiriendo al Juez de Instrucción. No obstante, la situación ha quedado concretada mediante la Disposición final quinta de la LO 9/2021, de 1 de julio, que modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea, mediante la adición de una Disposición adicional séptima (Referencias a Fiscales europeos delegados)⁷³⁶.

Siguiendo a RODRÍGUEZ SOL⁷³⁷ ha de observarse que en el mencionado art. 25.1 del Reglamento, se contemplan dos supuestos distintos.

Por un lado, el referido a que sea la propia Fiscalía Europea la que inicie la investigación, con la anotación correspondiente en el sistema de gestión de casos *ex art.* 26.1 del Reglamento -a través del Fiscal Europeo Delegado del Estado Miembro correspondiente⁷³⁸ que, a su vez, impide la apertura de otro procedimiento sobre los mismos hechos por parte de las “autoridades nacionales competentes”, dentro de los que en nuestro país se incluye al Juez de Instrucción. Y hasta aquí no consideramos pueda existir ningún problema con la normativa española a día de hoy, ya que el Fiscal Europeo Delegado no tendría más competencias que las que ya tiene el Fiscal en unas diligencias de investigación, en las que tendría que acudir al Juez de Instrucción en caso de que necesitara practicar alguna de las que sea limitativa de derechos⁷³⁹. Sin embargo, en esta situación y como advierte ESTÉVEZ MENDOZA⁷⁴⁰, cabe cuestionarse, si el Fiscal Europeo Delegado debería -o no- cesar en sus diligencias conforme al art. 773.2 LECrim, ya que el Reglamento excluye su competencia, lo que nos llevaría a la conclusión de que el Juez de Instrucción español, se convertiría exclusiva y directamente en Juez de

⁷³⁶ Que textualmente establece: “1.- Las referencias de esta ley a las autoridades judiciales y al Ministerio Fiscal se entenderán realizadas a los Fiscales europeos delegados respecto de aquellas funciones que les atribuye el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, y la LO de aplicación de dicho Reglamento. 2.- A los efectos del apartado 1 del artículo 35, los Fiscales europeos delegados serán autoridad competente en el ámbito de los procedimientos que ostenten las competencias atribuidas por el citado Reglamento”.

⁷³⁷ RODRÍGUEZ SOL, L., “Medidas cautelares reales decididas o propuestas por el Fiscal Europeo...” cit., págs. 110 a 112.

⁷³⁸ *Vid.* art. 18 LO 9/2021, de 1 de julio.

⁷³⁹ *Vid.* RUIZ MAGAÑA, I., “La Fiscalía Europea como órgano instructor. Actos de imputación y garantías procesales del sujeto pasivo” en *Revista de Estudios Europeos* núm. extraordinario monográfico 1-2017, pág. 126.

⁷⁴⁰ ESTÉVEZ MENDOZA, L. M.^a, “La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada: problemas orgánicos y procesales” en *Revista de Estudios Europeos* núm. extraordinario monográfico, 1-2017, pág. 107.

garantías, sin asunción alguna de la dirección de la investigación. Todo había de depender, otra vez, de la interpretación y concreción de lo que había de entenderse por *autoridad nacional competente*, lo que ya ha venido a realizarse⁷⁴¹.

En cuanto al segundo de los supuestos de inicio de la investigación contemplados en el art. 25.1 del Reglamento -en relación con el art. 27-⁷⁴² se evidencia aún más difícil la situación que se plantea, cuando se establece la avocación del caso por parte de la Fiscalía Europea, que no supone sino el ejercicio del derecho que dicha institución tiene para hacerse cargo de la investigación de un caso cuando la misma ya había sido iniciada por una autoridad nacional, y ello, a tenor del art. 27.5 del Reglamento que dice textualmente: “Cuando la Fiscalía Europea ejerza su derecho de avocación, las autoridades competentes de los Estados miembros le transferirán el expediente y se abstendrán de realizar nuevos actos de investigación en relación con el mismo delito”.

La situación señalada en el párrafo anterior nos resultaba, cuanto menos, poco compatible con el contenido del art. 773.2 de la LECrim, que obliga al Fiscal a cesar en sus diligencias de investigación tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial por los mismos hechos, siendo que, en este caso, -y respecto de la Fiscalía Europea- es el Juez de Instrucción, el que debería cesar en sus investigaciones, en cuanto supiera que la Fiscalía Europea había ejercido su derecho de avocación, debiendo limitarse, en consecuencia, a actuar exclusivamente como Juez de garantías.

Por otro lado, y respecto al inicio de la actividad investigadora, MONTESINOS GARCÍA⁷⁴³, concreta las formas por las que la Fiscalía Europea puede llegar a descubrir la comisión de uno de los delitos de su competencia poco más cuando señala: “(...) el conocimiento puede adquirirse a través de los propios ciudadanos de la Unión, por las autoridades de los Estados miembros, por medio de las instituciones u órganos de la Unión (tales como la OLAF, Europol o Eurojust, o incluso por conocimiento de la propia Fiscalía”, sin olvidar que cabe la devolución de la competencia a las autoridades nacionales, cuando una vez iniciada la investigación por la Fiscalía Europea, se compruebe que no es competente de los delictivos concretos del caso.

De cualquier modo y pese a las dificultades indicadas, parece obvio que, de no haberse realizado la reforma en nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Criminal por LO 9/2021, de 1 de julio, las cosas hubieran seguido como estaban, con un Juez de Instrucción que conservaba todas las facultades en materia de investigación y con un Fiscal Europeo Delegado con muchas facultades también de investigación. En cualquier caso, la coexistencia de ambos tipos de Fiscal, resulta cuando menos una curiosidad procesal.

En cuanto a los actos concretos de investigación que puede realizar la Fiscalía Europea a través de sus órganos, el art. 30 del Reglamento Europeo realiza una enumeración que no parece -se trate propiamente- sea exhaustiva a la vista del contenido del art. 30.4, que permite a los Fiscales Delegados ordenar cualquier otra medida conforme a la legislación de cada Estado Miembro. Dichas diligencias de investigación, habrán de realizar-

⁷⁴¹ Vid. nota pie de página núm. 733.

⁷⁴² Vid. art. 19 LO 9/2021, de 1 de julio, que, además reconoce la posibilidad de que los personados en el ejercicio de la acción popular podrán

⁷⁴³ MONTESINOS GARCÍA, A., “La nueva fiscalía antifraude europea” en *Revista General de Derecho Europeo* núm. 6, 2018, págs. 183, 184 y 185.

se conforme al Reglamento Europeo y a la legislación de cada Estado miembro, mientras que el modo de practicarlas se está exclusivamente a la legislación de cada país.⁷⁴⁴

Una vez finalizada la investigación, la Fiscalía Europea podrá: a) Remitir el caso a las autoridades nacionales, si el delito investigado no es de su competencia, o la cuantía es inferior a 100.000 Euros; b) Presentar escrito de acusación ante los órganos jurisdiccionales nacionales; c) Archivar el asunto ; y d) Iniciar un procedimiento simplificado por acuerdo, siempre y cuando la legislación nacional lo prevea⁷⁴⁵.

Concluiremos señalando que, poco dice el Reglamento Europeo respecto a los trámites posteriores a la finalización de la investigación, lo que consideramos es absolutamente congruente, teniendo en cuenta que el Juicio Oral se rige por las normas de cada Estado Miembro.

5.- Recapitulación.

No obstante lo establecido en el art. 299 LECrim y mantenido por la doctrina del Tribunal Constitucional, en el sentido de que la actividad instructora es el conjunto de “actuaciones encaminadas a preparar el juicio oral...”, es lo cierto que también puede servir, sencillamente, para descartar el mismo. En dicha actividad investigadora, además, es necesario incluir, la adopción de medidas cautelares tanto de carácter personal como real.

Esa actividad investigadora se centra en actos dirigidos a la averiguación de las circunstancias del hecho y la personalidad -y circunstancias- de sus autores e implica que, según la naturaleza de mismos, sean bien de carácter jurisdiccional, bien de carácter administrativo. Y de ahí que se pueda distinguir -al menos a nivel teórico- entre investigación e instrucción, de modo que la investigación constituiría una mera aportación de hechos o datos referentes a la realidad de la conducta delictiva y de su supuesto autor, mientras que la instrucción implicaría un plus de valoración jurídica que se concretaría tanto en la misma incoación del procedimiento, en la adopción de medidas cautelares u otras actuaciones que afecten a derechos fundamentales, como en la finalización de esta fase.

Podría, por tanto, decirse, que la fase de instrucción es aquella orientada a determinar si procede o, por el contrario, no debe realizarse la apertura del Juicio Oral.

En cuanto a su naturaleza, tras el análisis de las diversas posturas doctrinales al respecto y de la propia realidad forense, podría decirse que posee carácter procesal aunque no siempre jurisdiccional, al menos en lo que respecta a la realidad procesal vigente, significándose que en la fase de instrucción se practican diligencias de naturaleza muy diversa y sin que todas y cada una de ellas requieran ser realizadas por un Juez, sino que más bien, y en su caso, han de ser autorizadas por un Juez, salvo aquellas que limiten derechos fundamentales. Y es por ello que, no puede afirmarse el carácter jurisdiccional de la fase de instrucción confundiendo la cualidad del órgano que lo practica con la naturaleza del acto a realizar.

⁷⁴⁴ Vid. arts. 42 a 63 LO 9/2021, de 1 de julio.

⁷⁴⁵ Vid. arts. 34 a 40 del Reglamento Europeo y 107 a 113 de la LO 9/2021, de 1 de julio.

Lo que se acaba de manifestar en cuanto a la naturaleza de la instrucción, se encuentra estrechamente relacionado con el valor -probatorio- de las diligencias realizadas en esa fase. Y ya sabemos que, como norma general, las mismas carecen del mencionado valor, a excepción de las denominadas prueba anticipada y preconstituida, cuyas diferencias ya han quedado concretadas: Y ello, por cuanto que la única prueba, con mayúsculas, es la que se practica en el Plenario y allí, con todos los aditamentos constitucional y legalmente establecidos como principios necesarios.

Sea como fuere, la finalidad de los actos de investigación es la de llegar a la apertura del Juicio Oral o al dictado del Auto de conclusión de Sumario, si hubiera indicios suficientes; o, por el contrario, la de motivar el sobreseimiento de las actuaciones. Sin embargo, los actos de prueba, habrán de constituir la base y fundamentación de una sentencia condenatoria, si los mismos fueran suficientes.

Una cuestión aparte es la que ha venido ocasionándose con el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015, si bien su contenido quedara plasmado y, por lo tanto, “jurisprudencializado” a los efectos necesarios, en sentencias posteriores.

Hasta esa fecha -lo que no dejaba de ser una auténtica herejía respecto a la garantía de derechos fundamentales, (y aun teniendo en cuenta en los casos en los que venía siendo utilizado)- se había mantenido, tras la adopción de otro de esos Acuerdos no jurisdiccionales, que las declaraciones realizadas en sede policial tenían valor probatorio a efectos de enervar la presunción de inocencia⁷⁴⁶. Obviamente, era necesario y obligado -aunque, *quasi* inútil en la práctica- tomar de nuevo declaración al investigado en sede judicial en la fase de instrucción y más tarde, en el Plenario.

Y qué no podríamos decir de los Acuerdos no Jurisdiccionales referidos al art. 416 LECrim y sus vaivenes⁷⁴⁷. De cuya última interpretación por el Tribunal Supremo se deriva -entre otras consecuencias- que el ingente trabajo de actividad en sede judicial y fase de instrucción previamente realizado quedaba -y queda- absolutamente en la nada.

En el punto referido a las diligencias de investigación del Fiscal, *ex* artículos 773.2 LECrim y 5 del EOMF, como ya se ha dicho, constituyen una actividad realizada por el Ministerio Público, con anterioridad al proceso, no dirigida a generar prueba sino a asegurar fuentes de prueba, pero con presunción de autenticidad, referida, por lo tanto, a la verdad formal, y no a la material, por lo que, nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*. Así, la Consulta 1/2015, de 18 de noviembre de 2015, *sobre el acceso a lo actuado en las diligencias de investigación por quien invoca interés legítimo*, concretará que “(...) son un procedimiento penal de carácter preprocesal (...) y una actividad co-

⁷⁴⁶ El Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno, de 28 de noviembre de 2006, venía a decir exactamente lo contrario: “*Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia*”. Como no podía ser de otra manera, el contenido de este Acuerdo se desarrolló, escasos días después, en la STS 1215/2006, de 4 de diciembre, (Ponente: Monterde Ferrer, Francisco).

⁷⁴⁷ *Vid.* los Acuerdos de 24 de abril de 2013 y de 23 de enero de 2018.

nectada con la jurisdiccional, no por tanto gubernativa, ni recurribles en vía contencioso-administrativa, en realidad irrecurribles (...).

El Tribunal Constitucional ha dejado establecido que, efectivamente, estas diligencias carecen de carácter probatorio, a pesar de su importancia respecto a la clarificación de los hechos. Y aquí no podemos sino señalar que las querellas presentadas por Ministerio Fiscal, tras sus diligencias de investigación son realmente completas, y acostumbra a estar abundante y sobradamente justificadas antes de su presentación ante el Juzgado de Guardia correspondiente, siendo un pilar fundamental en-y para- la posterior instrucción de la causa, ya en sede judicial.

Como ya se ha indicado, cuestión singular -por poco estudiada o analizada,- es la referida a la investigación del Fiscal en los procedimientos provisionalmente sobreesididos *ex* art. 641 LECrim, asunto al que se ha dedicado el Apartado 10 de la Circular 1/2021, de 8 de abril, de la Fiscalía General del Estado, en al que se señala que la actividad extraprocesal del Fiscal con la finalidad de reaperturar procedimientos provisionalmente sobreesididos es respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia, en el caso de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes con anterioridad en la causa, sin que tampoco comprometa los derechos de defensa e igualdad de armas al tratarse de una facultad que el ordenamiento atribuye en los mismos términos a todas las partes.

También hemos querido analizar la importancia de los peritos de la propia Fiscalía, grupo de funcionarios integrados como técnicos en las unidades de apoyo, respecto de los que el Tribunal Supremo ha establecido que, aun siendo peritos de la acusación pública, no queda afectada ni su imparcialidad, ni su objetividad, al igual que tampoco les afecta a los peritos propuestos por la defensa, siendo que los informes confrontados y divergentes, habrán de ser valorados por el órgano juzgador.

En lo referente a la Fiscalía Europea, hemos realizado un breve estudio sobre las formas de inicio de la investigación por los hechos de los que es objetivamente competente y, sobre las diligencias a las que está facultada a realizar, bien directamente, a través de sus propios órganos, bien con intervención del Juez de Garantías, en caso de necesitar su intervención para autorizar alguna de ellas evidentemente, en aquellos casos que supongan afectación de derechos fundamentales.

No cabe duda de que el modelo -en su acepción más procesal- está pensado para un proceso penal con un “Fiscal de instrucción”, con la creación de un Juez de Garantías que recae en la Sección penal de la Audiencia Nacional, lo que ha motivado la necesaria promulgación de la LO 9/2021, de 1 de julio, en la que se concretan los aspectos tanto funcionales como orgánicos referidos al Fiscal Delegado Europeo español; texto legal al que también nos hemos dedicado.

CUARTA PARTE

DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DEL FISCAL AL “FISCAL DE INSTRUCCIÓN”

1.- La instrucción por el Ministerio Fiscal

1.1.- A modo de introducción

1.2.- La LO de Responsabilidad del Menor 5/2000, de 12 de enero y posteriores reformas

1.2.1.- Algunas cuestiones de interés sobre la investigación del Fiscal en este proceso

1.2.2.- Verificación judicial de la investigación del Fiscal de menores

1.2.3.- El Equipo Técnico

1.3.- Las hipotéticas virtudes que avalan la dirección de la instrucción penal por del Ministerio Fiscal. Sus eventuales inconveniencias

1.3.1.- Un apunte breve

1.3.2.- Las hipotéticas virtudes

1.3.3.- Sus eventuales inconveniencias

1.4.- Los auxiliares del Fiscal en la instrucción. Su trascendencia

1.4.1.- La Policía Judicial

1.4.2.- Una cuestión de *lege ferenda*: la creación de un cuerpo independiente de criminólogos como cuerpo auxiliar del Ministerio Fiscal.

1.5.- La investigación por el Ministerio Público según el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020

1.5.1.- Exordio

1.5.2.- Los atributos del Ministerio Público

1.5.2.1.- El ejercicio en exclusiva del principio de oportunidad

1.5.3.- Los recursos contra las decisiones del Fiscal

1.5.4.- La primera comparecencia

1.5.5.- La intervención de las partes en la investigación

1.5.5.1.- Las acusaciones

1.5.5.2.- La defensa

1.5.6.- Conclusión de la investigación

2.- En busca del Santo Grial. El caso francés y otras propuestas

3.- Recapitulación

CUARTA PARTE

DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DEL FISCAL AL “FISCAL DE INSTRUCCIÓN”

1.- La instrucción por el Ministerio Fiscal

1.1.- A modo de introducción

Entendemos ilustrativo comenzar recordando que, ya en diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional- de un modo más o menos sutil- ha considerado tangible la posibilidad de cambiar la atribución de la investigación a órgano diferente al judicial. Lo que, de nuevo, nos remitiría a la distinción entre actos de investigación y actos instructorios, que el mencionado Tribunal ha deslindado con claridad y a los que ya hemos aludido previamente en este mismo trabajo⁷⁴⁸. Además, el TC no ha dudado en señalar el encaje constitucional -o si se quiere, la constitucionalidad- de la instrucción por órgano distinto al judicial⁷⁴⁹.

Como no podía ser de otra manera, la doctrina se ha dedicado también al estudio de la constitucionalidad de la instrucción por el Ministerio Público, siendo admitida la

⁷⁴⁸ Así, en el Auto 47/1994, del Pleno del Tribunal Constitucional, de 8 de febrero, pone de manifiesto que “(...) el art. 117.4 C.E. añade a las funciones de los Jueces y Tribunales las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho. Ciertamente, puede pensarse que ello no exige forzosamente que la instrucción de las causas penales sea obligatoriamente atribuida a los órganos judiciales; puede admitirse, en efecto, que algunas de las funciones englobadas en el concepto de instrucción sean atribuidas a otros órganos distintos de los judiciales. Pero es claro que la instrucción, globalmente considerada, tiene, además de la faceta de esclarecimiento de los hechos, y averiguación del culpable, otra vertiente de garantía de los derechos de los ciudadanos. Y más patente resulta aún que algunas diligencias concretas de las englobadas en la instrucción de una causa penal inciden sobre derechos -y, en no pocos casos, derechos fundamentales- de los acusados. De todo ello se sigue que aún entendiendo que la atribución de la investigación de una causa penal a órganos distintos de los incardinados en el poder judicial sea una posible opción del legislador, no es menos legítima la opción hasta ahora elegida, de atribuir la instrucción a los órganos judiciales (...)”.

⁷⁴⁹ En este sentido, la importante STC 145/1988, de 12 de julio, del Pleno, (Ponente: Latorre Segura, Ángel), nos diría que “(...) en el sistema de procedimiento penal regulado por la L.E.Cr., en la que para los casos de delito se preveían dos fases distintas: la sumarial, en la que el Juez lleva a cabo la instrucción, y la vista oral, en la que el Tribunal conoce y falla la causa. Naturalmente, no es éste el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías que impone la Norma suprema”. En el mismo sentido, la STC 41/1988, de 24 de febrero, de la Sala Primera, (Ponente: Cruz Villalón, Pedro), indicaba que “El art. 24 de la Constitución no impone un único sistema para la persecución de los delitos, y para evitar la apertura de juicios orales por acusaciones sin fundamento. El modelo del Juez de Instrucción pasivo, que se limita a acordar las diligencias que proponen los acusadores o, en su caso, las defensas, que propugna la demanda del actor, podría perfectamente ser uno de ellos. Como también podría serlo el del Juez de garantías que no lleva a cabo ninguna investigación, limitándose a decidir sobre medidas cautelares y a controlar las diligencias que interfieren derechos y libertades fundamentales. Mas también se ajusta a la Constitución el modelo vigente (...). La opción entre estos u otros modelos de justicia penal corresponde al Legislador (...)”.

misma -la constitucionalidad- incluso por aquellos posicionados en contra de dicha posibilidad⁷⁵⁰ .

La atribución al Fiscal de la dirección de la fase de investigación del proceso penal se introdujo por vez primera en la ley de reforma de la legislación tutelar (LO 4/1992, de 5 de junio), aprobada -tras la conocida STC 36/1991, de 14 de febrero⁷⁵¹- con el fin de asegurar la imparcialidad del Juez, optándose al efecto por que investigara el Ministerio Público, y, garantizar así, la vigencia del principio acusatorio⁷⁵².

Sentado lo anterior, daremos, ahora, entrada al estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, en lo que atañe, básicamente, a la instrucción del procedimiento, y ello, a los efectos del contenido del presente trabajo.

1.2.- La LO de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000, de 12 de enero, reformada por LO 15/2003, de 25 de noviembre y LO 8/2006, de 4 de diciembre

1.2.1.- Algunas cuestiones de interés sobre la investigación del Fiscal en este proceso

Nos parece indicado iniciar este apartado con lo que señala TAMARIT SUMALLA⁷⁵³ en el sentido de que la jurisdicción de menores es un campo de ensayo de reformas legislativas, siendo que este procedimiento puede utilizarse como prueba de reformas procesales -lo que es habitual en otros países europeos- por cuanto que, debido a su flexibilidad, ofrece mayor facilidad a la hora de introducir soluciones novedosas tales como los programas de conciliación entre autor y víctima o los mecanismos de desjudicialización. Y en este sentido, podríamos citar, a modo de ejemplo, la libertad vigilada (ya contemplada en el art. 17 de LO 4/1992) introducida en el Código Penal en la reforma de 2010; la conformidad, asumida en nuestro ordenamiento desde el proceso penal de menores comparado; e igualmente, de alguna manera, el principio de oportunidad, introducido en el Código Penal y para delito leves, en la reforma del mismo, operada en 2015.

⁷⁵⁰ Y de este modo se expresan entre otros, GÓMEZ COLOMER, J. L., *El debate acerca del quién ...cit.*, pág. 115 y, sobre todo, *vid.* “¿Es constitucional que instruya el proceso penal el Ministerio Fiscal?. Análisis de la cuestión al amparo de los artículos 117.3 y 124 de la Constitución” en *“La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario”*, (AAVV, coords. LÓPEZ DE LERMA LÓPEZ, J., PRADA PRESA, A. y RUBIALES TORREJÓN, A., dirs. BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. y GARCÍA REGUEIRO, J. A.), Bosch, Barcelona, 2003, pág. 932.

⁷⁵¹ STC del Pleno, (Ponente: Rubio Llorente, Francisco).

⁷⁵² La “provisionalidad” con la que, en 1992, se atribuyó la instrucción al Fiscal y la falta de claridad sobre la naturaleza -procesal o administrativa- hicieron que no se diera importancia al trascendental cambio que se estaba originando, siendo, además, que preferir al Fiscal, en lugar de al Juez de Instrucción, se basaba precisamente, en el carácter tutelar del procedimiento. *Vid.* al respecto y, en general para este epígrafe, la Tesis Doctoral, defendida por Pérez Morales. Mónica Galdana el día 25 de septiembre 2017, bajo el título *El proceso penal de menores: su proyección sobre el proceso penal de adultos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

⁷⁵³ TAMARIT SUMALLA, J. M., “Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores” en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, (AAVV., coords. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. Mª. y GÓMEZ COLOMER, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 14.

Como ya venimos indicando, el procedimiento penal relativo a los menores de edad, otorga el protagonismo, en la investigación, al Fiscal, siendo que queda en manos del Juez el control de las garantías en la práctica de aquélla. Y ese protagonismo, ocasiona al Fiscal una auténtica acumulación de funciones, situación ésta que ya fuera observada por la FGE en su Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores*, cuando señalaba que “(...) el Fiscal deberá compatibilizar el ejercicio de la acción penal con la defensa de los derechos de los menores”.

Lo que consideramos ocurre, es que, en el proceso de menores, también concurre en el Fiscal, la legitimación para decidir sobre la iniciación del propio proceso -mediante las distintas manifestaciones del principio de oportunidad-, para disponer acerca de la práctica de diligencias de investigación -o para denegarlas-, y, en fin, para formular el correspondiente escrito de alegaciones.

Al hilo de la convergencia de funciones, manifestaría GÓMEZ COLOMER⁷⁵⁴ que la misma, podría llevar a que el Ministerio Fiscal se preocupara más de su labor acusadora e investigadora que de su función de protección de los intereses del menor, criticando que se estaba ensayando un modelo precisamente en un sector tan delicado como el juvenil, de modo que valoraba negativamente la concesión de la instrucción al Fiscal en el proceso de menores, salvo que se pusiera también en su manos, la instrucción del proceso penal de mayores. Y añadía que, la reforma respondía más a una cuestión política, que a la idea misma de protección y defensa de los derechos e intereses del menor.

Por su parte, GIMENO SENDRA⁷⁵⁵ señalará que se atribuyen al Fiscal dos papeles en el ámbito del proceso de menores: dirigir la investigación y ejercitar la acción penal en la fase de audiencia o juicio, y pone de relieve la necesidad de que el Fiscal se rija por diversos criterios en cada una de las actuaciones que le encomienda la ley, de modo que en la investigación, su actuación debe estar presidida por el principio de imparcialidad, pues debe consignar las circunstancias adversas al menor y también las que le favorezcan, pudiendo, en su caso, solicitar el sobreseimiento, mientras que en su papel de parte acusadora, debe regirse por el principio *pro societate*. Indica, igualmente, el autor que la LORPM va más allá, y encomienda también al Ministerio Fiscal la labor de “mediador”, a fin de lograr una pronta solución al conflicto, tanto el existente entre el menor y el Estado, como el intersubjetivo creado entre el joven delincuente y la víctima. Y continúa exponiendo que para el cumplimiento de esta función que se atribuye al Ministerio Fiscal en aras del cumplimiento de los fines propios del proceso penal de menores, es necesario un conocimiento de la personalidad del menor y del perjuicio ocasionado en la esfera personal y patrimonial del sujeto pasivo del delito para poder proponer al juez de menores aquellas soluciones que eviten “el contagio criminal que supone el ingreso en prisión”, asegurando al mismo tiempo, tanto el cumplimiento de los fines de prevención de la pena como la reparación del daño.

⁷⁵⁴ GÓMEZ COLOMER, J. L., “Tuición procesal de menores y jóvenes” en *Justicia penal de menores y jóvenes...* cit., págs. 167, 168 y 169.

⁷⁵⁵ GIMENO SENDRA, J. V., “El proceso penal de menores” en *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, (AAVV, coords. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.), Vol. II, 3ª parte, Derecho Procesal Penal, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 1413 y ss.

Continuando -e insistiendo- en la convergencia de funciones del Fiscal, CONDE-PUMPIDO TOURÓN⁷⁵⁶ critica la misma al entender que se han atribuido a un mismo órgano, funciones de acusar, de instruir y de juzgar, de tal modo que el Fiscal investiga, sostiene la acusación y ostenta algunas competencias que pueden suponer “enjuiciamiento”, y poniendo como ejemplos al efecto, señala la decisión de incoar el expediente, o la aplicación del principio de oportunidad para la terminación anticipada del proceso, lo que para el autor supone vulneración del derecho a la igualdad de armas, lo que, a su vez, pone en entredicho el derecho de defensa, y propone como medio de garantizar la imparcialidad que sean dos los fiscales que intervengan, uno en defensa del interés del menor, y otro, en la instrucción del expediente.

Y lo anteriormente señalado, obviamente, -además de no ajustarse en lo más mínimo a los principios de unidad de criterio, o, si se prefiere, unidad de actuación- convierte, a nuestro parecer, en irrisoria dicha separación, ya que los Fiscales actúan en representación de un órgano único. En cualquier caso, a nuestro entender, no existe -ni existiría- mayor problema si se separan adecuadamente las funciones de investigación de los actos limitativos de derechos fundamentales.

En este estado de cosas, un sector doctrinal considera que el proceso de menores se ha estructurado como un proceso adversarial propio del sistema acusatorio puro vigente y así lo señala GUERRERO PALOMARES⁷⁵⁷. No obstante, para otros, esa estructura del proceso adversarial, es meramente externa o, si se quiere, aparente, por cuanto que no existen partes enfrentadas, al entender que (...) el juez, la acusación y la defensa persiguen una misma meta: el superior interés del menor⁷⁵⁸.

En cualquier caso, necesariamente habremos de reconocer, en este proceso de menores, un auténtico proceso penal, con partes diferenciadas y enfrentadas, en el modo y forma de lo que se conoce por proceso penal, al menos desde la simple práctica forense de nuestro país, y ello, con independencia de la concurrencia del superior interés del menor.

Ya, en referencia a su estructura, habremos de señalar que son tres las fases a diferenciar en el proceso penal de menores: el expediente de reforma, la fase de alegaciones -o también llamada “de audiencia”- y la audiencia. De modo que, *ex art. 16* de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, corresponde al Fiscal la instrucción -mediante el expediente de reforma- de los procedimientos por la comisión de hechos tipificados como delitos o delitos leves en el Código Penal o leyes penales especiales.

⁷⁵⁶ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *La ley de la responsabilidad penal de los menores*, Trivium, Madrid, 2001, pág. 389. Diría literalmente el autor que: “Siempre hemos pensado que las funciones de acusar, instruir y juzgar deben estar encomendadas a órganos diferentes: el que juzga no debe acusar, el que instruye no debe juzgar y el que acusa no debe instruir”. Y añadiría que se han atribuido a la parte acusadora unas facultades exorbitantes frente a las que dispone la defensa, desequilibrando el debate.

⁷⁵⁷ GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, 2ª ed., Thompson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 13 y ss.

⁷⁵⁸ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Comares, Granada, 2002, págs. 13 y 24 y ss. Habiendo de indicarse que, para este autor, el proceso de menores carece de naturaleza procesal y, por ende, no hay partes enfrentadas. Este autor se posiciona a favor del carácter extraprocesal de la fase del expediente de reforma, puesto que considera, es la única manera de explicar las peculiaridades de dicho expediente y las limitaciones que se producen en el derecho de defensa.

A su vez, dentro de la propia fase de instrucción, algunos autores, como DÍAZ MARTÍNEZ⁷⁵⁹, identifican tres etapas diferenciadas: las diligencias preliminares, el expediente de reforma propiamente dicho, y la conclusión. Y es en el art. 16.2 de la LORPM en el que se alude, de alguna manera, a dichas diligencias. De modo que, una vez recibida la *notitia criminis* por el Fiscal, éste tendrá que decidir sobre su admisión o inadmisión, lo que realizará a la vista del contenido de los hechos denunciados. Pero podrá también acordar directamente el archivo si considerase que los hechos no son constitutivos de delito o ante la falta de autor conocido, y ello, sin incoar todavía el expediente de reforma. Y aún más, en aplicación del principio de oportunidad reglada y *ex* art. 18 de la LORPM podrá el Fiscal renunciar a la incoación del repetido expediente de reforma, en los casos de delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación y en los delitos leves, dando traslado a la entidad pública de protección de menores⁷⁶⁰ para la aplicación de las medidas de protección conforme a la LO 1/1996 y con notificación a los perjudicados.

Sin embargo, el propio art. 18 de la LORPM termina por establecer que, si el menor hubiera delinquirido con anterioridad cometiendo hechos de la misma naturaleza, el Fiscal habrá de incoar el expediente, dejando, no obstante abierta la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad.

En cualquier caso, la Consulta 9/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*, refiriéndose a los criterios para aplicar el art. 18 LORPM, indica en sus conclusiones que, como regla general, las facultades de desistimiento previstas en el citado precepto, sólo deben ser utilizadas para menores que hubieran cometido un delito aislado, de forma ocasional, y que no se encuentren en un proceso delincencial; añadiendo que no es procedente utilizar el desistimiento ante hechos que, por su propia naturaleza, evidencien el desempeño de papeles o asunción de valores propios del mundo de la delincuencia y, respecto de la posibilidad de desistimiento cuando hubiera antecedentes por hechos de naturaleza diversa, indica que la misma debe ser interpretada en sentido restrictivo y excepcional, puesto que el desistimiento es un beneficio pensado para infractores primarios.

Sea como fuere, la existencia de estas diligencias preliminares ha hecho aflorar alguna que otra suspicacia interpretativa al efecto. Y entendemos lógico que así haya sido

⁷⁵⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, M., "El Ministerio Fiscal director de la investigación en el proceso penal de menores" en *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción* (AAVV, dir., GIMENO SENDRA, J. V.) Iustel, Madrid, 2006, págs. 57 y ss.

⁷⁶⁰ La doctrina ha venido discutiendo sobre este traslado a la entidad pública de protección de menores existiendo dos posturas encontradas. Para algunos, como ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., que parten de relacionar el art. 18 con el art. 3 de la LORPM, esta mención supone que el legislador no quiere dejar sin ningún tipo de intervención los casos en los que el Fiscal desiste de incoar un expediente y, consecuentemente, la remisión es obligatoria. *Vid. Derecho penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre y su Reglamento aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 246. Para otros, es precisamente lo contrario, sosteniendo que pese al tenor literal del art. 18 LORPM, una vez que el Fiscal se asegura de que el desistimiento de la incoación del expediente se encuentra plenamente justificado por el compromiso familiar de corrección educativa, carece de sentido el traslado a la entidad pública.

por aquello del supuesto secretismo que puede fluir y desprenderse de las mismas -al menos aparentemente- y ante la posibilidad descrita de que el Fiscal “se tome su tiempo” para realizar averiguaciones tras la recepción, por ejemplo, de un atestado policial. Y en este aspecto, hemos de apuntar lo que ya se decía por la FGE en la Circular 1/2007, de 23 de noviembre⁷⁶¹, “(...) Aunque desde luego es difícil concebir que tales Diligencias puedan extenderse más allá de un breve lapso temporal, habrán los señores Fiscales de tener presente la necesidad de que en ningún caso tales diligencias excedan de seis meses, debiendo, si excepcionalmente se prevé la necesidad de una prórroga, interesarse su autorización de la Fiscalía General del Estado, por analogía con lo dispuesto en el art. 5 EOMF”. La Circular 1/2000 de la FGE, ya decía al respecto, que la práctica de actuaciones de investigación en fase de diligencias preliminares solo puede ir dirigida a despejar las dudas que pudieran existir, y será, una vez incoado el expediente de reforma cuando pueda practicarse una actividad instructora propiamente dicha.

Insistiendo en lo que se acaba de indicar, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN⁷⁶² señalaría, en relación a las divergentes opiniones al efecto que, mientras un sector contempla las diligencias preliminares como una forma de evitar, en beneficio del menor, que éste sufra las consecuencias perjudiciales derivadas de la presentación de una denuncia contra él, otros, las perciben como un camino expedito para la práctica de diligencias de investigación prescindiendo de las garantías procesales.

A su vez, y como ya hemos anticipado, la Fiscalía General del Estado ha establecido instrucciones precisas con la finalidad de “hacer un uso tan ponderado como excepcional y restringido de las diligencias de investigación en fase preliminar”, y de evitar que las mismas se conviertan en un adelanto del expediente de reforma⁷⁶³.

A mayor abundamiento, la Consulta 9/2011, de 16 de noviembre, ya mencionada, indica que las diligencias preliminares pueden ser el vehículo procedimental a través del cual el Fiscal, sin necesidad de una investigación previa, en función de las circunstancias del caso, proceda al archivo de las actuaciones por razones de legalidad (*ex arts. 3, 15, 16.2 y 21 de la LORPM*). Y como no podía ser de otro modo, la mencionada Con-

⁷⁶¹ Sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.

⁷⁶² GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal de menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*, Prólogo de F. JIMÉNEZ CONDE, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 27 y ss. Esta autora se posiciona con la práctica mayoría de la doctrina en contra del abuso de las diligencias preliminares, ya que, si no, se anticiparía el grueso de la investigación a un momento anterior a la fase de instrucción propiamente dicha.

⁷⁶³ En la Circular de la FGE 1/2000, de 18 de diciembre, se manifestará así que: “La actividad preliminar de investigación se justificará sólo en la medida en que exista una necesidad clara de despejar dudas iniciales que la denuncia haya podido suscitar, pues donde verdaderamente se van a materializar en su plenitud los principios constitutivos del proceso será en la fase de instrucción propiamente dicha, subsiguiente al Decreto de incoación del expediente, tras producirse la designación de letrado al menor y tras ser puesto éste al corriente de los términos de la imputación y de las actuaciones ya practicadas en sede policial y fiscal. Lo que justifica la necesidad de desarrollar una investigación previa al decreto de incoación es la existencia de una duda razonable, en torno a la verosimilitud de la imputación y a la identidad y edad de los partícipes, su objetivo no puede ser otro que el esclarecimiento de estos extremos en defensa activa del interés del menor que corre el riesgo de sufrir una imputación infundada si se opta por la incoación automática del expediente”.

sulta 9/2011, establecerá sobre su alcance que: “Sin embargo, la ausencia de conocimiento jurisdiccional de estas diligencias de investigación, unida a la limitación innegable de derechos para los intervinientes (que carecen de facultades de personación, aunque el imputado deba declarar con letrado conforme el art. 5.2 EOMF), les confiere un cierto hábito inquisitivo. De ahí que la doctrina de la Fiscalía General del Estado (Circulares 1/2000 y 1/2007) haya instado a los Fiscales a un uso prudente y restrictivo de las Diligencias Preliminares, recomendando no prolongarlas más de lo estrictamente preciso, sin perjuicio del límite legal de seis meses fijado en el art. 5 del EOMF”.

De todo lo anteriormente dicho se desprende que el Fiscal, para hacer uso de la facultad del art. 18 de la LORPM, una vez cumplidos los presupuestos necesarios, habrá de dictar un decreto que contenga una sucinta motivación, puesto que, dejando a un lado su irrecurribilidad ante instancia alguna, el Fiscal se encuentra vinculado por el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, conforme al art. 9.3 de la CE⁷⁶⁴. Y desde luego, esta facultad es una buena expresión del principio de oportunidad ya que, al no estar judicializado el procedimiento, su conclusión depende tan solo de un juicio de valor del Fiscal instructor, aunque siempre dentro de los presupuestos legales establecidos.

En cuanto al expediente de reforma propiamente dicho, el mismo se inicia mediante decreto del Fiscal que habrá de contener -y acordar- la práctica de las diligencias de investigación necesarias para la averiguación de los hechos, diligencias que podrán ampliarse, después, si fueran indispensables. Este decreto habrá de ser notificado al Juez de menores quien, también abrirá otro, poniéndose a la espera de lo que le vaya solicitando el Fiscal. Y llegados a este punto de las diligencias de investigación realizadas por el Fiscal de menores, en este tipo de proceso, advertimos, también, la necesidad de hacer mención a su valor probatorio.

En este sentido, y a diferencia de lo que ocurre con lo establecido en la LECrim para la instrucción judicial, las diligencias realizadas por el Fiscal carecen de valor probatorio, en el sentido de que no pueden ser introducidas en el juicio oral *ex art.* 730 de la ley ritual. Y si a ello añadimos la brevedad de los plazos de prescripción⁷⁶⁵, comprendemos el hecho de que las diligencias en el proceso de menores sean menos exhaustivas

⁷⁶⁴ Así lo interpreta MAPELLI CAFFARENA, B., en su obra *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, (AAVV), Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002, pág. 153. Por el contrario, LÓPEZ LÓPEZ, M., considera que los decretos del Fiscal no necesitan motivación ya que, siendo actos de parte procesal, no le son de aplicación las exigencias de fundamento propias de las resoluciones judiciales, toda vez que su actividad no es decisoria sino postulante. Para este autor, la argumentación fáctica y jurídica impuesta a las partes tiene su razón de ser en la necesidad de centrar el objeto del debate, mientras que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales se justifica por la protección del derecho a la tutela judicial efectiva y constituye una garantía contra la arbitrariedad de los poderes públicos; siendo que para el mismo, el destinatario de las resoluciones del Ministerio Fiscal no es el ciudadano, sino el Juez, que en virtud del principio *iura novit curia* ya conoce el derecho. *Vid.* “La motivación de los actos del Ministerio Fiscal” en *Diario La Ley* núm. 8358, *Sección Doctrina*, de 25 de septiembre de 2014, La Ley, Madrid, 2014, págs. 1 y ss.

⁷⁶⁵ El art. 15 de la LORPM establece un plazo de prescripción de un año para delitos menos graves, tres años para los delitos graves, cinco años para delitos castigados por el Código Penal con pena de prisión superior a años y, tres meses, para los delitos leves. Para los delitos de los arts. 138, 139, 180, 571 a 580 del CP, son de aplicación los mismos plazos establecidos en el CP.

que las realizadas ante un Juez de Instrucción. Por lo que no es de extrañar que DÍAZ MARTÍNEZ, M.⁷⁶⁶ considere que, en el proceso de menores, la instrucción debe limitarse a aquellas diligencias que, no siendo reproducción de las diligencias policiales o preliminares, el Fiscal entienda imprescindibles para formular el escrito de alegaciones, siendo que la Circular 1/2000, se decante en el mismo sentido.

Insistiendo en la carencia de valor probatorio de las diligencias de instrucción realizadas por el Fiscal en el expediente, y, teniendo en cuenta, a su vez, que el art. 26.3 de la LORPM, permite a la defensa del menor y a la acusación particular solicitarle cuantas diligencias consideren necesarias, estando en manos del Fiscal su admisión o rechazo, y si bien su inadmisión carece de recurso, la ley les autoriza a repetir la solicitud de aquellas diligencias ante el Juez de menores, conforme al art. 26.1 de la LORPM, “en cualquier momento”; lo que interpreta la FGE en la Circular 1/2000 en el sentido de que la intervención del Juez, en esta cuestión, ha de esperar hasta la apertura del trámite de audiencia, ya que, de lo contrario, supondría una instrucción paralela a la que realiza el Fiscal. Para su práctica, obviamente, el Juez citará a las partes y al Ministerio Fiscal *ex art. 33.e)* de la LORPM. De modo que, esta forma de entender lo que se acaba de señalar por parte de la FGE, encuentra su fundamento en el mencionado art. 33.e) de la LORPM, siendo que cuando este precepto hace mención a las diligencias que no puedan practicarse en la audiencia, no sólo se refiere a la prueba anticipada, sino también a aquellas diligencias cuya admisión conllevaría el sobreseimiento, lo que podría derivar en una especie de contaminación del Juez de menores.

Señalada la posibilidad de que el Juez de menores pueda acordar la práctica de diligencias denegadas por el Fiscal, pasaremos a estudiar la función de este órgano judicial en el control de la investigación realizada por el Ministerio Público.

1.2.2.- Verificación judicial de la investigación del Fiscal de menores

Es bien conocido que el derecho al recurso forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE y como ya hemos indicado al referirnos a las diligencias de investigación del Fiscal *ex arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim*, sus decretos no pueden ser objeto de impugnación, siendo que tampoco la LORPM prevé instrumento jurídico alguno. Y al respecto, es innegable que -a efectos prácticos- la ausencia de recursos agiliza el procedimiento⁷⁶⁷, pero puede suponer un grave inconveniente para la tutela judicial efectiva.

Habremos de manifestar que, a nuestro entender, donde más impacto puede producirse al efecto de la inimpugnabilidad es, precisamente, en el decreto por el que Fiscal acuerda el archivo de las diligencias preliminares *ex art. 18 LORPM*, siendo, como es, un supuesto de sobreseimiento directo por parte del Fiscal, sin control jurisdiccional alguno⁷⁶⁸. Y al respecto, la FGE, salió al paso en la Circular 1/2000, señalando que los

⁷⁶⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, M., “El Ministerio Fiscal director...” cit., págs. 65 y ss.

⁷⁶⁷ Sin embargo, DE RAMÓN FORÉS, I., considera que esa supuesta agilidad no es suficiente justificación para dicha irrecorribilidad ya que, de hecho, la celeridad que se alcanza con la misma queda ralentizada más tarde si el Juez acuerda la práctica de diligencias en la siguiente fase. *Vid.* “La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal” en *Diario La Ley* núm. 7433, *Sección Doctrina*, 28 de junio de 2010, La Ley, Madrid, 2010, pág. 5.

⁷⁶⁸ *Vid.* ATC 275/2005, de 22 de junio, del Pleno, en el que no se pronuncia de forma directa

decretos de archivo de dichas diligencias no constituyen decisiones jurisdiccionales y por ello, no implican un juicio definitivo sobre el fondo de la cuestión, por lo que nada impide su revisión futura si se localizan nuevos hechos o elementos probatorios que aconsejen la reapertura de las diligencias preliminares o, incluso, la incoación del expediente de reforma.

Igualmente, ocasiona cierta impresión la ausencia de recurso para el decreto de archivo dictado por el Fiscal, conforme al art. 16.2 de la LORPM, otro puntal del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento.

Como ya hemos apuntado, la STS 680/2020, de 5 de Junio, de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, (Ponente: Teso Gamella, María del Pilar) viene a tratar la cuestión del control judicial de los decretos del Fiscal -si bien en la esfera material específica- identificando y delimitando el interés casacional en *“(…) si la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de los recursos que se interpongan frente a los decretos del Ministerio Fiscal sobre la determinación de edad de los menores extranjeros (…) De manera que se describe como supuesto de hecho la mera localización de un extranjero carente de documentación respecto del que se duda sobre su edad. A este hecho se anuda una consecuencia elemental que consiste en que los servicios de protección de menores dispensen al menor extranjero la atención que sea necesaria, según la legislación en materia de protección jurídica del menor. Además, y aquí viene lo relevante, se ha de poner esta situación (…) en conocimiento del Ministerio Fiscal para que disponga lo necesario”⁷⁶⁹ (…)* Esta encomienda al Ministerio Fiscal, por Ley Orgánica 4/2000, se realiza en atención a su vertiente propia de garante y defensor del menor, según las funciones que le atribuyen los arts. 3.7 y 3.13 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (…) Esa determinación de la edad (…) tiene por finalidad establecer uno de los elementos constitutivos del estado civil de la persona (…) que tiene una evidente repercusión sobre la esfera de los derechos del interesado (…) En definitiva, estas consecuencias que se derivan de la fijación por decreto de la Fiscalía de la edad del extranjero sin documentación, estableciendo si es mayor o menor de edad, son notables (…) pues o bien pueden comportar la aplicación de todo un régimen jurídico preservador y compacto integrado por normas internacionales de la Unión Europea, estatales y autonómicas, sobre la protección de los menores, o bien puede proporcionar uno de los presupuestos para iniciar, en su caso, un procedimiento de expulsión del extranjero (…)”. Y continúa: *“Como se ve, son unos efectos lo suficientemente relevantes como para que no alberguemos duda sobre el carácter recurrible de dicho decreto de determinación de edad, aunque debemos reconocer que no hay una norma procesal concreta que establezca ese carácter y que determine la jurisdicción competente y el órgano jurisdiccional al que se atribuye su enjuiciamiento. Y ello es así porque, con carácter general, nuestra jurisdicción contencioso administrativa, a tenor del citado art. 1 de la LJCA, carece de jurisdicción en este caso”*.

En cualquier caso, y por la doctrina, se han presentado otras opciones, referidas las mismas a la posibilidad de acceso al superior jerárquico del Fiscal que acordara el archivo ex art. 16.2 de la LORPM a fin de que reconsiderara la decisión del inferior, en

sobre la inconstitucionalidad de este art. 18 LORPM.

⁷⁶⁹ El subrayado es nuestro.

virtud del principio de dependencia jerárquica⁷⁷⁰, lo que, de hecho, se nos antoja difícil de encajar al estar el Fiscal actuando dentro de un principio de oportunidad legalmente acotado, en cuyos límites, habrá de mantenerse necesariamente.

1.2.3.- El Equipo Técnico

No entendemos permisible finalizar este apartado sin referirnos previamente al Equipo Técnico, siendo, como es, una pieza clave en el proceso de menores, aunque sin intervención en las diligencias preliminares del Fiscal⁷⁷¹.

Podría decirse que es un órgano de la Administración de Justicia, dependiente funcionalmente de la Fiscalía de Menores durante la instrucción⁷⁷², adscritos al Juzgado de Menores y con dependencia orgánica del Ministerio de Justicia o de las distintas Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de Justicia; siendo además que está formado por profesionales de diversas disciplinas que aportan sus conocimientos técnicos en el campo de la impartición de justicia a menores. Se trata, en concreto, de trabajadores sociales, educadores y psicólogos⁷⁷³. De forma que el trabajador social evaluará el entorno social del menor, analizando sus circunstancias familiares, sociales, de vivienda, sanitarias, de posible consumo de tóxicos, et.; el educador prestará atención especial a la situación del menor con miras a su reeducación, mientras que el psicólogo se centrará en su situación psicológica y en la de las personas de su entorno. Y habremos de añadir que, algún sector doctrinal⁷⁷⁴ ha venido interesando la inclusión de criminólogos dentro del equipo técnico, sobre todo para la realización de valoraciones conjuntas de zonas geográficas concretas o de menores que necesitan una valoración conjunta.

En este sentido, el Equipo Técnico, inmediatamente después de la incoación por el Fiscal del correspondiente expediente de reforma, habrá de elaborar el respectivo informe, a petición de aquél, y que versará sobre las circunstancias personales, familiares y sociales del menor, su situación, su personalidad, contexto en el que se ha cometido el

⁷⁷⁰ Vid. GRANDE SEARA, P., “Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción” en *Proceso Penal de Menores*, (AAVV, coord. GONZÁLEZ PILLADO, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 143. En sentido similar DOLZ LAGO, M. J., *vid.* “La instrucción penal del Fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límites” en *Justicia penal...* cit., pág. 273.

⁷⁷¹ Postura contraria mantiene LÓPEZ LÓPEZ, para quien es en el momento de las diligencias preliminares del Fiscal cuando deben recabarse informes al Equipo Técnico, a los organismos públicos de protección de menores o a la policía, con la finalidad de decidir sobre si se aplica o no el principio de oportunidad. *Vid.* LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La Ley Penal del Menor y el Reglamento para su aplicación*, Comares, Madrid, 2007., pág.165.

⁷⁷² La Circular 9/2011 FGE señala que: “Igualmente la Fiscalía, como superior funcional de los Equipos, puede dirigirles indicaciones generales oportunas en cuanto a la extensión y profundidad de los informes requeridos, ponderando la gravedad de los hechos que se imputan al menor, la concurrencia de circunstancias especiales en el mismo y la previsión de medidas que se han de solicitar e imponer, priorizando la elaboración y la extensión de los informes para los casos de mayor entidad”.

⁷⁷³ *Vid.* art. 4.1 del Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.

⁷⁷⁴ GARCÍA HERNÁNDEZ, G., “Equipo técnico y medidas judiciales”, ponencia disponible en www.fiscal.es

hecho delictivo y las posibles circunstancias que pudieron influir en su comisión, conforme establece el art. 27 de la LORPM.

También es de mencionar la posición de algunos autores⁷⁷⁵ que consideran que el Equipo Técnico actúa como perito en el sentido del art. 457 de la LECrim, al considerar que la actividad pericial, como conjunto de conocimientos que unos profesionales técnicos aportan al Juez o Tribunal en campos concretos de una ciencia o arte, a fin de que puedan resolver con suficiente conocimiento, les es absolutamente aplicable, lo que no deja de ser cierto. Ahora bien, ha de advertirse y subrayar, por un lado, el especial campo de actuación -por la materia- y, por otro, el hecho de que su participación sea obligatoria una vez dictado el decreto de incoación del expediente de reforma.

Evidentemente, el Equipo Técnico realiza funciones de perito; ahora bien, de perito muy especial, ya que, además de lo señalado en el párrafo anterior, es preceptiva su presencia en determinados actos de la investigación así como en el juicio oral y, también, siempre que se haya solicitado la adopción de medida cautelar restrictiva de derechos fundamentales. En cualquier caso, e igualmente, la Fiscalía General del Estado, considera peritos a los equipos técnicos pero como señala la Circular de la FGE 1/1993 *“tienen un naturaleza pericial cualificada”*.

Cuestión a no dejar de lado, nos parece aquella relacionada con la sujeción del Fiscal a los informes y propuestas que realiza el Equipo Técnico. En este sentido, la FGE ya estableció su postura en la Circular 1/2000 señalando que *“el ejercicio por el Fiscal de sus facultades discrecionales queda en gran medida condicionado, aunque no vinculado, por el trabajo del Equipo Técnico, pues gran parte del contenido reglado de sus decisiones favorables al sobreseimiento y archivo debe remitir su razón a la expresada en las propuestas del Equipo (...) El Fiscal ciertamente no queda vinculado por las propuestas de este Equipo, pero es indudable que la dimensión no jurídica de los problemas que plantea la justicia de menores va a quedar perfilada por estos profesionales con los que debe procurar mantener un contacto ininterrumpido y fluido”*.

En la consideración de haber tratado los aspectos que advertíamos importantes⁷⁷⁶ -a los efectos de la deriva del presente trabajo- en el proceso penal de menores, pasaremos ahora a profundizar en las razones que se vienen esgrimiendo a favor y en contra de la dirección de la instrucción -en el proceso penal de adultos- por el Ministerio Fiscal.

1.3.- Las hipotéticas virtudes que avalan la dirección de la instrucción penal por el Ministerio Fiscal. Sus eventuales inconveniencias

1.3.1.- Un apunte breve

⁷⁷⁵ DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, pág. 205.

⁷⁷⁶ Con ello no se quiere decir que, por ejemplo, la mediación en el proceso de menores no sea lo suficientemente importante como para no dedicarle su espacio, sino que, siendo, como es, fundamental, no lo tratamos en esta sede por la absoluta diversidad de los intereses y principios que informan al proceso de menores y al de adultos.

A pesar de todo lo que hasta ahora hemos venido señalando, es lo cierto que el Ministerio Fiscal de nuestro país ya instruye, y de forma clara, si tenemos en cuenta las Fiscalías de la Audiencia Nacional y, más en concreto, la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. Sin dejar de lado la de Medio Ambiente.

En esta dirección -y haciendo uno inciso, “tangencial” por referido a la Fiscalía Europea- algunos autores, como MORÁN MARTÍNEZ⁷⁷⁷, consideran que la actividad investigadora del Fiscal es absolutamente relevante en las Fiscalías especiales, si bien se mantiene una regulación normativa insuficiente, situando a las diligencias de investigación del Fiscal en una especie *sui generis*, además de sin valor probatorio alguno.

Además, la mencionada autora evidenciaba que, pese a ello, se tiende a señalar a la Fiscalía Especial Anticorrupción y Contra la Delincuencia Organizada como referente de la Fiscalía Europea en nuestro país. Y de este modo, los Fiscales Europeos Delegados españoles serían Fiscales anticorrupción que con el principio de “*doble sombrero*” *ex art. 13.4 del Reglamento de la Fiscalía Europea de 2017*, podrían seguir compatibilizando su función en la Fiscalía Europea con la de Fiscal de la Fiscalía Anticorrupción.

Igualmente, lo mismo puede predicarse de las competencias que afectan al Fiscal español en materia de cooperación internacional, se encuentran reguladas para los instrumentos de reconocimiento mutuo, en el art. 187 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea, modificada la Ley 3/2018, de 11 de junio⁷⁷⁸. Siendo, no obstante, especialmente significativo, en este ámbito, que las competencias del Fiscal sean verdaderamente amplias y habiendo de reseñarse que su tratamiento no es el de meras diligencias de investigación, de modo que la propia FGE en la Circular 4/2013 señalaría que “(*...*) *debe recordarse que el Fiscal como autoridad judicial en el ámbito internacional ejecuta comisiones rogatorias y otras diligencias de auxilio que son de naturaleza penal pero no se consideran diligencias de investigación conforme a lo dispuesto en la Instrucción 2/2003, de 11 de julio, sobre actuación y organización de las Fiscalías en materia de cooperación jurídica internacional. Estos expedientes de cooperación internacional tienen, desde 2012, un registro separado y automatizado*”.

De cualquier modo, queremos añadir igualmente -aunque pueda resultar heterodoxa incluso su mención- que el Fiscal español viene hace tiempo instruyendo a través del art. 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente.

⁷⁷⁷ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “Investigaciones transfronterizas y cooperación judicial internacional en la Fiscalía Europea” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 9, 2020, Fiscalía General del Estado, Madrid, 2020, pág. 31.

⁷⁷⁸ Por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación. Establece el citado art. 187 de la LRM: 1.- Son autoridades de emisión de una orden europea de investigación los jueces o tribunales (...) Son también autoridades de emisión los Fiscales en los procedimientos que dirijan, siempre que la medida que contenga la orden europea de investigación no sea limitativa de derechos fundamentales (...). 2.- El Ministerio fiscal es la autoridad competente en España para recibir las órdenes europeas de investigación emitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros. La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, ha sido modificada por la Disposición final quinta de la LO 9/2021, de 1 de julio, refiriéndose a lo que hay que entender por autoridad judicial al efecto, y concretando como tal al Fiscal Delegado Europeo.

Pero, sea como fuere, y al parecer, el asunto referido a generalizarla legitimación exclusiva del Fiscal a la hora de investigar sobre lo que haya de ser el objeto del proceso penal viene a ser distinto.

Desde luego, y aunque no sea precisamente una cuestión original, habremos de comenzar por las bondades que las distintas posturas doctrinales ofrecen y subrayan al efecto.

1.3.2. Las hipotéticas virtudes

Son múltiples y multicolores las razones que se esgrimen en un sentido y en otro sobre la bondad de poner en exclusiva la investigación penal en manos del Ministerio Fiscal, que incluyen desde las de carácter meramente procesal hasta las de armonización con el Derecho comparado y con el Comunitario.

De cualquier modo y sin entrar a considerar -dadas las fechas concretas en las que nos hallamos- su cualidad de virtud o de necesidad, habrá de darse por cierto que la puesta en marcha de la Fiscalía Europea, provoca distorsiones de cierta magnitud en el proceso penal patrio, lo que este hecho, ya, por sí solo, podría tener el suficiente peso como para modificar nuestro modelo de investigación. Siendo, además, que el propio ALECRim 2020 establece un procedimiento específico y especial para la actuación de la Fiscalía Europea.

En este sentido -y además de lo ya señalado en el epígrafe referido a los modelos de investigación que parece pudieran coexistir por el momento conforme al Reglamento que crea la Fiscalía Europea y la posterior LO 9/2021, de 1 julio-, es lo cierto que la presencia de un Juez director de la investigación es poco compatible con los principios básicos que se establecen en ella, sentado que es la Fiscalía Europea, la responsable de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, de modo que, a tal fin, será aquella la que realice la investigación correspondiente.

Además de lo que acabamos de indicar en los párrafos precedentes, junto a los sistemas de configuración del Ministerio Fiscal, las facultades que -por derivación- se le atribuyen en la investigación, constituyen lo que algún sector⁷⁷⁹ ha venido en denominar razones de armonización con el derecho comparado, considerándolo, de este modo, otro motivo a favor de la instauración del Fiscal investigador.

Se arguye al efecto que, tras abordar el análisis de los sistemas vigentes en derredor, no cabe duda de que casi todas las soluciones procesales ofrecidas en los países de nuestro entorno coinciden en atribuir al Fiscal la responsabilidad de la dirección de la fase de investigación criminal, reservando para el Juez de Instrucción las funciones propias de un Juez de Garantías, pero, eso sí, manteniendo todos ellos un equilibrio adecuado entre los distintos intervinientes. Insistiéndose en “(...) la tendencia preponderante en las naciones desarrolladas continentales dotadas de un sistema criminal acusatorio formal a reestructurar la fase de instrucción, encomendando la investigación al fiscal y las decisiones relativas a la adopción o revocación de medidas restrictivas de derechos funda-

⁷⁷⁹ Vid. GARCÍA-PANASCO MORALES, G., *El fiscal investigador. ¿un verdadero riesgo para las garantías?*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, págs. 151 a 155.

mentales al juez de garantías o, alternativamente, a acercarse al sistema adversarial que, como es conocido, carece de fase de instrucción”⁷⁸⁰.

La doctrina viene a constatar las dos tendencias que se acaban de señalar. De este modo, GÓMEZ COLOMER⁷⁸¹ afirmará que “la tendencia clara hoy es fijarse en el modelo acusatorio que representa el proceso penal norteamericano (...) no hacen falta muchos datos ni citas para corroborar esta afirmación, basta con atender a las reformas procesales penales más importantes que en nuestro entorno cultural se han producido para constatarlo”.

En cuanto a la otra tendencia apuntada, ASECIO MELLADO⁷⁸² advierte que “(...) hoy no quedan sistemas que confieran en exclusiva a los jueces la investigación, ni siquiera Francia, la cuna del modelo (...); por su parte, FUENTES SORIANO⁷⁸³ apunta que “el otorgamiento al fiscal de las potestades investigadoras de la fase de instrucción ha sido asumido (...) por Portugal, Italia o Alemania (...)”.

Igualmente, además de la señalada virtud de armonización con el Derecho comparado, se viene a recalcar otra, referida a la eficacia. Y en este aspecto, el sector que se posiciona a favor de la investigación exclusiva por el Fiscal fundamenta que la lentitud en la fase de instrucción se debe, a su vez, a la exhaustividad de las diligencias de investigación, que se deriva de su (impropio) valor probatorio⁷⁸⁴; habiendo de añadirse, además, la obligatoriedad de la incoación de un procedimiento penal ante cualquier *notitia criminis*. Por su parte, MORENO CATENA⁷⁸⁵ considera que (...) el modelo de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal (...) introduce mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, suprimiéndose la duplicidad de las diligencias”. De este modo, habría de entenderse que, con la investigación dirigida por el Fiscal, las diligencias practicadas en esta fase procesal, se configuran como fuente de prueba, sin valor probatorio⁷⁸⁶, lo que conllevaría la innecesaria repetición de las mismas, y, por ende, la agilización del procedimiento.

⁷⁸⁰ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI* cit., pág. 275.

⁷⁸¹ GÓMEZ COLOMER, J. L., “*Adversarial System*, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en Estados Unidos... cit., págs. 26 y 27.

⁷⁸² ASECIO MELLADO, J. M^a., *La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (AAVV), Navarra, 2005, pág. 178.

⁷⁸³ FUENTES SORIANO, O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*, Fundación Alternativas, Madrid, 2013, pág. 22.

⁷⁸⁴ En este sentido, GIMENO SENDRA, J. V., señala que el Juez de Instrucción “(...) en su deseo de exhaustividad en el tratamiento del material instructorio (...) ante el temor más o menos consciente de que no le revoquen los sumarios y de que, en su día, ‘sus superiores’ no condenen al procesado”, y añadirá que “(...) la actitud del Ministerio Fiscal, frente a la investigación, es distinta a la actual del Juez de Instrucción” puesto que (...) habrá de realizar la imprescindible actividad investigadora dirigida a determinar si pueden concurrir o no los presupuestos de la apertura del juicio oral, es decir, si podrá en su día fundamentar su acusación o si debe proceder al sobreseimiento”, *Vid.* “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional” en *Revista del Poder Judicial* núm. 6, Consejo General Poder Judicial, Madrid, 1989, págs. 267 y ss.

⁷⁸⁵ MORENO CATENA, V., “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, 2002, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

⁷⁸⁶ En este sentido, quienes apoyan la instauración de la investigación por el Fiscal, entienden como GARCÍA-PANASCO MORALES, G., *El fiscal investigador: ¿un verdadero riesgo...*

En lo que hace al otro obstáculo de nuestro sistema para conseguir la necesaria eficacia en el proceso penal que señala este sector -el referido a la obligación de incoar un procedimiento cada vez que se tiene conocimiento de la comisión de un hecho aparentemente delictivo- el mismo quedaría superado si se estableciera la figura del Fiscal investigador, puesto que se revelaría la auténtica naturaleza del proceso penal -la de ser un sistema de garantías- ya que actuaría como instrumento que reglamenta el momento y las condiciones en que se produce el encuentro frontal entre el Estado y el individuo al que se imputa un hecho delictivo⁷⁸⁷, de modo que el proceso sólo debe empezar cuando surge la confrontación entre el resultado de la investigación del Estado a través de la Policía Judicial, que identifica al presunto autor del hecho delictivo y, por tanto, la persona objeto de investigación.

Este mismo sector, incluye entre las virtudes de la investigación por el Fiscal, la de responder de forma adecuada a los fenómenos de criminalidad organizada⁷⁸⁸, labor que, en su opinión, trasciende de las posibilidades de los actuales Jueces de Instrucción, debido, básicamente, a las exigencias derivadas del derecho al juez legal predeterminado, y a la postre, y en la práctica, a las normas de competencia⁷⁸⁹. En este sentido señalan⁷⁹⁰ -basándose en la bondad de la unidad de actuación- que se dotaría al sistema de “un mayor grado de cohesión en la aplicación de la ley penal, sirviendo el Fiscal de elemento vertebrador a fin de garantizar el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley”, consiguiéndose, además, la uniformidad en los criterios de investigación con obvia mejora de la seguridad jurídica, además de una coordinación y dependencia real y eficaz de la Policía Judicial, extremo éste imposible de conseguir en el actual modelo de proceso penal, al estar la Policía subordinada al criterio de todos y cada uno de los Jue-

cit., pág. 142, (nombrando al efecto a ASENSIO MELLADO, FUENTES SORIANO, DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ, MORENO CATENA y otros) que “Debido a la finalidad de esta fase preliminar, las diligencias practicadas no han de tener valor probatorio porque su finalidad no es acreditar unos hechos (con las excepciones legales correspondientes), ni han de desarrollarse con más exhaustividad que la estrictamente necesaria para valorar la suficiencia indiciaria para proceder a la apertura del juicio oral. En cambio, el resto de las actuaciones pueden ser realizadas por otra autoridad, siempre que responda a los principios básicos de oficialidad, obligatoriedad, sumariedad y, por supuesto, el de legalidad”.

⁷⁸⁷ Vid. LÓPEZ ORTEGA, J. J., y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “El proceso penal como sistema de garantías (II): la dirección de la investigación...” cit., 2013.

⁷⁸⁸ La reforma que la LOPJ sufriera mediante LO 7/2015, de 21 de julio, introdujo un sistema de “apoyo judicial en la instrucción de causas complejas”, pero al no configurarse el mismo como una forma ordinaria de lucha contra este tipo de delincuencia organizada, el esquema ideado para la consecución del apoyo, termina por resultar no sólo excepcional, sino también dilatado a la vista de todos los pasos a dar al efecto: proponerlo por quien lo necesita, que el CGPJ lo apruebe y que, el Ministerio de Justicia lo autorice a fin de poner los medios necesarios. Y todo ello, sin olvidar su cualidad de potestativo.

⁷⁸⁹ El problema del terrorismo y las bandas organizadas no es, para nada insignificante, pero, es nuestra modesta opinión, haría falta en nuestro país- y en cualquier otro- algo más que poner en manos del Ministerio Fiscal, por muy especializado que esté, la fase de investigación. Es evidente que una de las grandes riquezas del Derecho se encuentra, precisamente, en la posibilidad de argüir, y argumentar, disfrutando casi sin límites, del análisis de lo que se contradice, o mejor, de lo que se nos contradice cuando es uno/a mismo/a quien expone sus ideas.

⁷⁹⁰ DAMIÁN MORENO, J., “¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?” en *Diario La Ley* núm. 7032, 13 de octubre 2008, Madrid, 2008.

ces de Instrucción, lo que no puede ser de otra manera, ya que es obligado el respeto al principio de independencia del ejercicio de la potestad jurisdiccional⁷⁹¹.

También se señala a favor del sistema del Fiscal investigador que, el mismo, propicia y reafirma la imparcialidad del Juez⁷⁹², quien, debido a su exagerada exhaustividad, no hace sino dilatar la fase de instrucción, que transcurre torpemente⁷⁹³.

Por último, soslayando de algún modo la cuestión de la dependencia del Ministerio Público del Gobierno, consideran también atributo al efecto, el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Ejecutivo, al tratarse, como señalan, de un proceso en el que intervienen los tres poderes, además de la misma Jefatura del Estado. A mayor abundamiento, advierten que la regulación constitucional del Ministerio Fiscal, en cuanto al nombramiento del Fiscal General, lejos de deslegitimar la reforma del proceso penal, refuerza la misma, ya que el Gobierno que lo nombra, ha sido elegido por el pueblo; siendo que los principios de unidad de actuación y jerarquía -entendida por el sector exclusivamente como interna- facilitan la concesión al Fiscal de la responsabilidad investigadora.

Al menos, GUZMÁN FLUJA⁷⁹⁴ reflexiona que: “Creo que se debe admitir con naturalidad que el Gobierno tiene derecho a establecer y desarrollar la política criminal y que uno de los instrumentos para hacerlo es el Ministerio Fiscal, y en el caso de España, aunque siempre es mejorable, la actual regulación es un marco razonable para dar el paso de atribuir al Fiscal la investigación penal”.

Una vez expuestas las razones que la doctrina señala a favor de la modificación del proceso penal patrio con atribución de la investigación al Fiscal, pasaremos a referir los motivos que se esgrimen en su contra por otro sector (doctrinal).

1.3.3.- *Sus eventuales inconveniencias*

Obviamente, existe otro sector doctrinal -concurriendo y diversificándose entre los autores por matices de importancia- que considera improcedente e innecesaria la reforma, advirtiendo que, si fuera inevitable pasar por la misma, habrían de modificarse algunas cuestiones trascendentales en lo que hace a varias cuestiones, siendo una de ellas la referida al propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

⁷⁹¹ Vid. al efecto MORENO CATENA, V., “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”. cit.

⁷⁹² Cuestión a la que ya nos hemos referido con anterioridad, al tratar de la instrucción.

⁷⁹³ Precisamente, opina todo lo contrario CABEZUDO RODRÍGUEZ, quien señala que la escasa preparación investigadora que se predica de los jueces referida a técnicas de investigación, se debe a que su función y tarea principal tiene más que ver con dirigir la investigación que a tener que realizarla personalmente. Y añade que curiosamente, los mismos deméritos de la instrucción judicial se convierten en excelencias en manos del Fiscal. Vid. “Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal” en *Revista Jurídica de Castilla y León* núm. 14, monográfico Sobre la Reforma de la Justicia Penal, 2008.

⁷⁹⁴ GUZMÁN FLUJA, V. C., “La investigación penal: ¿jueces o fiscales? en *Revista del Poder Judicial* núm. 92, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011, págs. 46 a 49.

En cualquier caso, y básicamente, advertimos dos fundamentaciones a la improcedencia de establecer un sistema de Fiscal investigador en el proceso penal. La primera referida a la relación de dependencia de la institución con el Ejecutivo; y la segunda, relacionada con el contenido de la instrucción.

Nos resulta especialmente esclarecedora- la exposición que realiza MONTERO AROCA⁷⁹⁵ sobre los puntos de partida de la cuestión que nos ocupa. Señala, por un lado, las bases ideológicas, en el sentido de considerar que se trata de un tema eminentemente político, al estar en juego ni más ni menos, el confiar o no la instrucción al Ejecutivo. Y, por otro lado, advierte de que, lo que está sobre la mesa, es la elección del sistema “más adecuado para los fines que el Derecho y el proceso penal deben cumplir en la actualidad”. Y entendemos que la importancia se encuentra, precisamente, en las cuestiones que se derivan y que pueden ser perceptibles sin mayor esfuerzo.

Agrega el mismo autor, refiriéndose al Derecho comparado, que no existe norma internacional alguna, siendo que lo único que se deriva del mismo es que las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora; añadiendo que el Derecho comparado es disperso al efecto, careciendo de utilidad a la hora de legislar sobre la instrucción penal; para terminar por advertir que el llamado Derecho comparado acostumbra a servir para defender prácticamente cualquier posición y, en la materia que nos ocupa, la postura es parcial por incompleta, y siempre, oportunista.

En sentido similar se expresa GÓMEZ COLOMER⁷⁹⁶ cuando trata de las confusiones en la estructura dogmática y aplicación práctica del actual proceso español, señalando tres aspectos al efecto -a la vez que advirtiendo- que: “El primero de ellos es de corte político: Quizás nos moleste reconocerlo pero Política y Justicia se entrelazan en el proceso penal de manera inevitable. La historia del proceso penal demuestra que no existe el proceso penal inmaculado. (...) Política Procesal Criminal o el clamor de la sociedad por un nuevo modelo de enjuiciamiento penal – Acción Política, el Ejecutivo se hace eco del clamor – Dogmática Procesal Penal, o encargo a un grupo de expertos la elaboración del proyecto de nueva LECrim. - Acción Legislativa o asunción por el Gobierno del mencionado texto y traslado al Parlamento como proyecto de ley – y Realidad Jurídica o entrada en vigor del texto con el fin de transformación y mejora ambiciadas.”

Igualmente, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA⁷⁹⁷ indica que “(...) no es extraño que aparezca cierta desconfianza hacia el fiscal cuando se trata de poner en sus

⁷⁹⁵ MONTERO AROCA, J., “La investigación penal: ¿jueces o fiscales?” en *Revista del Poder Judicial* ..., cit., págs. 28 a 34.

⁷⁹⁶ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., “Proceso penal moderno e investigación del crimen, el problema del aumento del intervencionismo público” en *Justicia: ¿Garantías versus Eficiencia?*, (AAVV coords. PATRICIA LLOPIS NADAL, P., DE LUIS GARCÍA, E., JIMÉNEZ CONDE, F. y BELLIDO PENADÉS, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

⁷⁹⁷ COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “Investigación e instrucción en el proceso penal” en *Las reformas procesales, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 58, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 104. Añade, además, que: “La percepción pública se ha orientado a entender que algún Gobierno ha podido utilizar al Fiscal General del Estado para su conveniencia, y no me refiero al desarrollo de una política criminal de carácter general; también, en ese mismo sentido, se ha entendido que la oposición lo ha utilizado para desgastar al Gobierno, trasladando a la opinión pública la impresión de una indebida y excesiva vinculación del fiscal con el Ejecutivo”.

manos la responsabilidad de la fase inicial del proceso penal, pues cabe la posibilidad de dar ocasión a esferas de relativa impunidad en las zonas de intereses del Gobierno”.

En cualquier caso, centrándonos ya en lo que ha venido a extenderse como una gran desventaja -o peligro- al efecto de otorgar la investigación al Ministerio Fiscal, habría de manifestarse, sin puritanismo ni pusilanimidad alguna que, si se pretende tener un Fiscal con plenas facultades de investigación, el mismo, ha de ser necesariamente dependiente. Y asumimos en este aspecto lo que entendemos correctamente postulado por GÓMEZ COLOMER⁷⁹⁸ “(...) a saber y con todos los matices que se quieran, el Fiscal español es (sin duda en lo penal) dependiente políticamente del Gobierno (...) cualquier reforma global, o más allá, una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que quiera tomar como modelo el sistema adversarial (...) no puede pensar en un Fiscal distinto, ni disfrazándolo con falsas etiquetas (afirmando su independencia e imparcialidad), ni confundiendo su configuración orgánica (diciendo que está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial). (...) Añádase que si es el Ministerio Fiscal quien ejecuta la Política Criminal del Gobierno (...), debe ser, además de un órgano jurídico, un órgano político, por tanto, debe incardinarse en el Poder Ejecutivo. Por eso la inmensa mayoría de los países lo consideran de esta naturaleza y lo regulan en coherencia con ello”. Si bien, cada uno a su modo y manera y, sobre todo, sin complejos democráticos.

También ARMENTA DEU⁷⁹⁹ viene a recalcar que “La recurrente remisión al sistema acusatorio, o a la existencia de notas inquisitivas, es más un recurso dialéctico que un reproche fundado, orientado en realidad a conformar el proceso penal como un proceso de partes (adversativo)”. De modo que, y continua: “una vez que se conoce que hay otras maneras distintas a la del Fiscal instructor para introducir el principio acusatorio en la instrucción, que esa exigencia no está impuesta por modelos europeos de referencia, la armonización europea o los parámetros que la delimitan (...)” -haciendo aquí referencia a los sistemas francés e italiano- “(...) la exigencia de imparcialidad se traslada a la figura del fiscal, por una parte, y a la más pronta incorporación de la contradicción, por otra, es decir, a la configuración adversativa del proceso y a la conversión del fiscal en parte en su sentido estricto, esto es, parcial”.

Al hilo de lo anterior, la autora también entiende que, igualmente, se suscitarían dudas sobre la imparcialidad en el Fiscal⁸⁰⁰, si se le concediera la dirección de la investigación al órgano oficial de la acusación, sin que quepa acudir -para subsanar esta cuestión- a diferenciar la imparcialidad referida a las funciones acusadora y enjuiciadora (el que acusa no puede juzgar), de la función investigadora (quien investiga no puede acusar), siendo que únicamente cabría salvarse la situación, negando eficacia probatoria a las diligencias de investigación que dirija el Fiscal.

En sentido similar, CABEZUDO RODRÍGUEZ⁸⁰¹ señalará respecto a la imparcialidad en la instrucción, que “(...) el mismo razonamiento podría emplearse para cuestio-

⁷⁹⁸ GÓMEZ COLOMER, J. L., “La Fiscalía española ¿Debe ser una institución independiente?” en *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 41, UNED, 2018, págs. 163 y 168.

⁷⁹⁹ ARMENTA DEU, T., “La investigación penal: ¿jueces o fiscales?” en *Revista del Poder Judicial* cit., págs. 35 a 41.

⁸⁰⁰ Sospechas que vienen de antiguo. Vid. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C., *Curso de Derecho Procesal Penal* T. II, Gráficas Helénicas, Madrid, 1962, págs. 17 y ss.

⁸⁰¹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Fiscal” en *Revista Jurídica de Castilla y León* núm. 14, cit., pág. 197.

nar la imparcialidad de un órgano que en la hipótesis (de que se diera la reforma), concentraría dos tareas *a priori* menos compatibles: la de investigar unos hechos y la de acusar con base a esos mismos hechos investigados, o en su caso acordar el sobreseimiento de la causa”.

Muy directa al respecto, se nos antoja la postura de DÍAZ-PICAZO GIMÉNEZ⁸⁰² cuando manifiesta que: “(...) un Fiscal que no sólo acusa sino que antes también ha investigado se halla en una posición -psicológica e, incluso institucional- mucho más ‘involucrado’ que un Fiscal que se limita a sostener la acusación pública. Este último está más distanciado del resultado del caso, lo que resulta más en consecuencia con las ideas de imparcialidad y legalidad”.

Asimismo, MORALES PRATS⁸⁰³ redonda en el obstáculo que supone la dependencia del Ministerio Público para la finalidad analizada, advirtiendo que “(...) el Ministerio Fiscal en su configuración orgánica actual presenta una dependencia del poder ejecutivo; este último dato (...) es de gran relevancia sobre todo en un contexto y momento histórico en el que asistimos a la expansión del Derecho penal. Además, no me parece procedente la importación de modelos ajenos, pues lo importante es el perfeccionamiento del sistema (...)”.

Otro de los obstáculos que advierte la doctrina para establecer la figura del Fiscal investigador, es la referida al contenido de la instrucción y a la naturaleza de la misma.

A este respecto, GÓMEZ COLOMER⁸⁰⁴ nos indicará que la distinción, dentro de la fase de averiguación, entre investigación (del Fiscal) e instrucción (del Juez), le parece “(...) artificial, o al menos poco fructífera y nada práctica (...)”, y ello porque quien investiga realmente es la Policía, no la Fiscalía ni mucho menos el Juez Instructor y porque investigar e instruir es formalmente lo mismo. De modo que cuando uno u otro solicitan u ordenan la práctica de una diligencia, están tanto investigando como instruyendo. Y así, el hecho de “(...) que existan en la fase preparatoria del proceso penal (...) actos que no son de investigación, como las citaciones, no empece a que todo lo actuado dé forma a una investigación, que en su consideración global es una investigación instruida, construida u ordenada en suma”.

En sentido similar se expresa MONTERO AROCA⁸⁰⁵ cuando distingue entre competencia para la investigación y competencia para la instrucción, y considera que si bien la investigación, como actividad material que es, corresponde a la Policía, la instrucción -que incluye preparar el juicio oral o impedir que se abra- es una actividad que compete al Juez, por lo que no es de recibo que el Fiscal instruya.

⁸⁰² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., “Respuestas a la encuesta. Primera pregunta: ¿Debe encomendarse al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación en el proceso penal? ¿Por qué razones?” en *La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (AAVV), Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 93.

⁸⁰³ MORALES PRATS, F., “La Fiscalía española ¿Debe ser ...” cit., págs. 42 a 45.

⁸⁰⁴ GÓMEZ COLOMER, J. L., “La Fiscalía española, ¿De be ser una institución independiente?” cit., pág., 169.

⁸⁰⁵ MONTERO AROCA, J., “La investigación penal: ¿jueces o fiscales?” cit., pág. 33.

Para finalizar con la supuestos motivos de impertinencia de la implantación del Fiscal director de la investigación, recordaremos lo que ANDRÉS IBÁÑEZ⁸⁰⁶ dijera al efecto, señalando que se trataba de una verdadera “campana de imagen”, “montada (...) sobre la denuncia sesgada de los incuestionables defectos -y sólo los defectos- del Juez de Instrucción; y sobre el apologético sobredimensionamiento de las virtudes -y sólo las virtudes- del Fiscal”.

Examinaremos a continuación el auxilio con el que cuenta y ha de contar el Ministerio Público en las funciones de investigación.

1.4.- Los auxiliares del Fiscal en la instrucción. Su trascendencia

Consideramos de conocimiento general, el hecho de que, la mera asignación de la investigación en exclusiva al Ministerio Público no es suficiente para la finalidad supuestamente perseguida de agilización de la Justicia penal, por cuanto que, el Fiscal necesita de la ayuda de auxiliares -adecuadamente formados- para llevar a cabo su función, auxilio que entendemos fundamental, así como el estudio de los principios que habrían de regir la labor de estos órganos de auxilio. Nos dedicaremos por ello, a la Policía Judicial, e investigaremos en epígrafe separado sobre la posibilidad de inclusión -por creación *ex novo*- de otro cuerpo compuesto por criminólogos, siendo que contamos ya con un número importante de graduados al efecto.

En esta cuestión, y a pesar de su vetusta edad, consideramos apropiado transcribir lo que, al efecto de los funcionarios que intervienen en la investigación, se señala en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Reza así en su apartado VIII:

“Con ser estos dos vicios tan capitales⁸⁰⁷, no son sin embargo, los únicos, ni acaso los más graves de nuestro procedimiento. Lo peor de todo es que en él no se da intervención alguna al inculpado en el sumario, que el Juez que instruye éste es el mismo que pronuncia la sentencia con todas las preocupaciones y prejuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción, (...) que por la naturaleza misma de las cosas y la lógica del sistema, nuestros Jueces y Magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las pruebas sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos, convertida en vana formalidad; que, en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que pueden favorecerle: y que, en fin, de este conjunto de errores, anejos a nuestro sistema de enjuiciar, y no imputable, por tanto, a los funcionarios del orden judicial y fiscal, resultan dos cosas a cual más funestas al ciudadano: una, que al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio

⁸⁰⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal” en *Teoría y Derecho*, I, junio/diciembre 2007, pág. 18.

⁸⁰⁷ Como ya es de todos conocido, se refiere tanto a la dilación del proceso penal, como a la posibilidad de que se produjera además una absolucón en la instancia sin que cupiera indemnización, ni habilitación de su imagen.

que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado; y otra, que cuando éste, llegado al plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el plenario ya vencido o por lo menos desarmado”⁸⁰⁸

1.4.1.- La Policía Judicial

Es el art. 126 de la CE donde se hace referencia a la Policía Judicial en su calidad de órgano constitucional subordinado a Jueces y Fiscales en las funciones encomendadas de averiguación del delito y de descubrimiento y detención de su autor. Además, el art. 547 de la LOPJ, establece su función de auxilio, para inmediatamente después, en el art. 548 LOPJ, distinguir entre policía judicial genérica y policía judicial específica, diversificación que, a la postre, carece de efecto práctico, ya que, absolutamente todos los cuerpos policiales forman parte de la llamada Policía Judicial, desde la Guardia Civil hasta la Policía Local, pasando por las Autonómicas. A su vez, los arts. 282 a 289 de la LECrim, señala quiénes la constituyen -incluyendo autoridades de todo tipo absolutamente ajenas a los cuerpos policiales propiamente dichos- y establece sus funciones. Finalmente, habríamos de referirnos en cuanto a la normativa que le es aplicable a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, el RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de Policía Judicial modificado por RD 54/2002, de 18 de febrero, para incorporar a las Comisiones de Coordinación de Policía Judicial, a aquellas Comunidades Autónomas con competencia estatutaria en esta materia: País Vasco por Ley 4/1992, de 17 de julio; Cataluña por Ley 10/1994, de 11 de julio; y Navarra por Ley Foral 8/2006, de 20 de junio.

No obstante lo anterior, también existe otras disposiciones constitucionales, recogidas en los arts. 104.1º, 148.1.28º y 149.1.29º CE que hacen referencia a la función general de la Policía, en los que se dispone que las fuerzas y cuerpos de seguridad, bajo la dependencia orgánica del Gobierno, tendrán como misión la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades así como garantizar la seguridad ciudadana.

De este modo, son dos las funciones de la Policía Judicial, o lo que es lo mismo, todos los cuerpos policiales cumplen dos funciones bien diferenciadas - de algún modo complementarias- y bajo dos mandos bien distintos: por un lado, la de auxilio a Jueces y Fiscales para investigar el delito y la de averiguar a sus autores bajo las órdenes de aquellos; y por otra, la de seguridad ciudadana, bajo las órdenes de órganos políticos, estatales, autonómicos o locales.

En este sentido, la Instrucción de la FGE 1/2008, de 7 de marzo, *sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial*, ya recalca que la dependencia funcional del Ministerio Fiscal -en la que se encuentra la Policía Judicial- no era absoluta y ello por cuanto que importantes campos de investigación se desarro-

⁸⁰⁸ En sentido contrario, la Circular del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1926, *sobre la conclusión del sumario e interpretación de los artículos 622 y 630 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, diría que: “(...) Ello determina que el sumario no sea el edificio donde se encierre el secreto de la responsabilidad, ni la máquina que la fabrique, ni siquiera el andamio de la prueba; sino que, por el lógico imperio del procedimiento de la acusación, las actuaciones procesales se reducen a ser el arsenal de los datos para que el acusador pueda especificar el delito, delinear la figura con criterio antropológico y determinar su responsabilidad (...)”.

llan en el curso de las actividades encomendadas vía art. 104 de la CE y además, porque la responsabilidad sobre la eficacia de la política criminal excede de las misiones que el art. 124 de la CE atribuye al Ministerio Público.

La doble dependencia jerárquica señalada hace que resulte difícil no sospechar sobre las directrices que pueda impartir el poder político -del color que fuere- para determinados asuntos, directrices que pueden entorpecer, y sobre todo enturbiar, las labores de investigación. Y precisamente, a fin de evitar cualquier sospecha y cualquier sombra de parcialidad en su actuación, habría de considerarse la posibilidad de establecer una línea de actuación específica en la actividad investigadora, a fin de que las averiguaciones puedan realizarse sin contaminación y con independencia de los poderes políticos. Labor que, si no imposible, se nos antoja ardua.

De hecho, y además, la dependencia funcional de los miembros de la Policía Judicial al Ministerio Fiscal no elimina su dependencia orgánica con los mandos policiales, por lo que la autoridad gubernativa, bajo cuya dependencia orgánica se sitúan, puede tener acceso por este medio al contenido de las investigaciones efectuadas por aquellos. A ello hay que añadir, que los funcionarios adscritos a las unidades de Policía Judicial pueden llegar a desempeñar, cuando las circunstancias lo requieran, actividades no estrictamente de Policía Judicial, bajo el mando funcional y orgánico de la autoridad gubernativa. De forma que, por esta vía, se intensifica la dependencia de los miembros de la Policía Judicial respecto de sus mandos policiales, lastrando su eficacia frente a la dirección funcional del Ministerio Fiscal⁸⁰⁹.

⁸⁰⁹ De este modo, son bastantes los autores que cuestionan la imparcialidad de las actas y atestados policiales, así como sus contenidos, dudando acerca de la inclusión de absolutamente todos los detalles de los que tienen conocimiento, tanto favorables como desfavorables al imputado, contraviniendo lo establecido en el art. 2 de la LECrim, dado que la investigación policial transcurre en un marco sin transparencia. *Vid* al efecto, GONZÁLEZ ZORRILLA, C., *¿Quién controla a los controladores?. Policía, justicia y control democrático*, Base, Barcelona, 2013, pág. 113, RAMÍREZ ORTÍZ, J. L., “Jueces y policías. Algunas razones de una relación disfuncional” en *Revista del Poder Judicial* núm. 88, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 58 y 59; MARTÍN PALLÍN, J. A., “Actuación policial ante la averiguación de la verdad en el proceso penal. Especialidades de la prueba ante el jurado” en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* núm. 12, San Sebastián, 1998, págs. 113 a 123. *Vid.* igualmente la STS 1940/2002, de 21 de noviembre, (Ponente. Andrés Ibáñez, Perfecto), en la que se señala: “(...) en general, la investigación implica intensamente a quien la realiza, reduciendo su capacidad de crear distancia crítica respecto de la propia actuación que, así, resulta inevitablemente teñida de parcialidad objetiva. La otra es que la investigación policial transcurre en un marco sin transparencia, muy constrictivo para quien es objeto de ella y presunto inocente, con frecuencia, privado de libertad”. Y la STS 546/2013, de 17 de junio, (Ponente: Jorge Barreiro, Alberto Gumersindo) que establece: “En efecto, desde la perspectiva garantista que adopta la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha fijado una línea fronteriza con importantes connotaciones valorativas entre lo que es el proceso penal y la investigación policial previa. Y es que la implicación de la policía en la investigación y el afán lógicamente inquisitivo con que opera en el ámbito extrajudicial ubica la labor policial lejos de los parámetros propios de la imparcialidad y la objetividad que han de impregnar el auténtico proceso. Deben, por tanto, deslindarse de forma ostensible las diligencias que se practican en el marco de una dependencia policial y aquellas otras que tienen lugar en el juzgado de instrucción. Pues es de sobra conocido que la dosis de constricción y presión con que se realizan algunas diligencias en un recinto policial poco tienen que ver con las garantías con que se opera en el marco judicial propio del proceso penal. En este sentido, los profesionales que intervienen en el proceso son plenamente conscientes de los importantes matices inquisitivos que enturbian las diligencias policiales, ya sea por enfatizar los datos incriminatorios que afloran en la

Esta realidad que venimos describiendo -referida a la doble vinculación- sólo podría resolverse en nuestra opinión, con una reforma legislativa que creara una auténtica Policía Judicial, separada de la gubernativa, dotada de mayor autonomía y con dependencia funcional y orgánica exclusivamente de Jueces y Fiscales. BARONA VILAR⁸¹⁰ se refiere a ello señalando la necesidad de modificar la situación de modo que “(...) debería quedar nítidamente regulada a los efectos de evitar vasos comunicantes que pudieren entorpecer la labor de la investigación criminal”.

Al hilo de todo lo anterior, la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, señala en el apartado XX que: “Un modelo funcional de proceso penal no debe llevar al ámbito de la Ley de Enjuiciamiento Criminal todos los aspectos relativos a la Policía Judicial. Es esta una materia poliédrica, en la que se entrelazan elementos sustanciales de las políticas públicas de seguridad y de justicia. Del propio marco normativo constitucional se deduce la lógica separación de la regulación de las cuestiones organizativas -que han de ser contempladas en una Ley Orgánica sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y en sus normas de desarrollo- y las cuestiones materiales, referidas fundamentalmente a los actos de investigación y a la relación de dependencia funcional que surge con los órganos de la justicia criminal”.

Y de lo hasta ahora indicado, habremos de advertir que, salvo reformas -o retoques- posteriores, nos hallamos ante una total continuidad del sistema⁸¹¹, que queda asegurado, como también lo hacen los problemas indicados, por mucho que, en su caso, se pudiera compartir con el legislador que: “Hoy en día, no puede hacerse una división absoluta de las actividades policiales de seguridad pública y de investigación criminal, pues las fuerzas policiales han de dar una respuesta coordinada a la delincuencia, como perturbación de la seguridad ciudadana, tanto desde el punto de vista preventivo como represivo”.

A mayor abundamiento, en el apartado XXI de la repetida Exposición de Motivos, se viene a advertir literalmente que: “Eso sí, sin caer en el modelo *más bien utópico, de dependencia orgánica*⁸¹² la presente ley trata de reforzar los mecanismos de dependencia funcional (...)” en la relación entre el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial.

Esta dependencia orgánica de la Policía Judicial se nos antoja más perniciosa aún en tiempos como los actuales en los que el intervencionismo público se expande en la in-

investigación en detrimento de los exculpatorios, ya por intervenir en algunos supuestos de forma activa en el resultado de la investigación a través de sugerencias, incitaciones o presiones que chocan frontalmente con las exigencias de objetividad e imparcialidad (...)

⁸¹⁰ BARONA VILAR, S., *Proceso Penal desde la Historia* cit., pág. 564.

⁸¹¹ No podemos olvidar que el Borrador de Código Procesal Penal de 2013, apostaba por algo que hubiera supuesto una significativa novedad, la dependencia orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Ministerio Fiscal. Y así, en su art. 80 se establecía que: “1.- La Policía Judicial queda integrada orgánicamente en el Ministerio Fiscal. La Ley de Organización y Funcionamiento de la Policía Judicial establecerá su estructura, el estatuto de su personal y su forma de actuación. 2.- la Fiscalía General del Estado dictará las circulares e instrucciones de funcionamiento de la Policía Judicial que entienda precisas para el buen funcionamiento del servicio”. Y lo hacía en el marco de una notable potenciación del Ministerio Fiscal y como “un radical cambio de modelo que blindará la independencia de la investigación penal frente al Poder Ejecutivo”.

⁸¹² La cursiva es nuestra.

investigación criminal de manera exponencial, a la vez que se cronifica en cada movimiento expansivo, ocasionando así el creciente protagonismo de la Policía, liderada por el Ejecutivo. Lo que, no obstante, no deja de ser consecuencia lógica del planteamiento globalizado de nuestra sociedad, abanderada por la idea de “seguridad a cualquier precio”, que permite y justifica, sobre todo en la normativa penal, férreos controles de todo y sobre todo -control que la propia sociedad acepta y exige- con pérdida importante de derechos por parte de los sujetos involucrados en el proceso.

De todos modos, en un modelo de investigación en manos del Fiscal, es fundamental que éste pueda dirigir de forma efectiva a la Policía Judicial⁸¹³

Tras la licencia que nos hemos permitido “dispersándonos” en las anteriores cuestiones, consideramos, es el momento de centrarnos en aquello que se recoge y establece sobre la Policía Judicial en el Anteproyecto de LECrim de 2020, de forma más concreta⁸¹⁴.

⁸¹³ Vid. GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en ...*, cit., pág. 295. Vid igualmente, MORENO CATENA, V., “El papel del juez y del fiscal durante la investigación” en *Manuales de formación continuada* núm. 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 80 y 81, donde manifiesta que el modelo policial presente de dependencia funcional de los Jueces y del Ministerio Fiscal, “(...) preciso es reconocerlo, funciona con notables carencias”, y añade, “(...) lo cierto es que no cabe articular una dependencia real de la policía judicial respecto de los jueces, en concreto, de los jueces de instrucción, porque toda la policía estaría subordinada al criterio de todos y cada uno de los miembros del Poder Judicial con responsabilidades penales, ya que éstos están organizados de acuerdo con el principio de independencia, de modo que una adscripción de este tipo sería sencillamente un caos.. Sin embargo, otra cosa distinta sería que la dependencia se estableciera respecto del Ministerio Fiscal, pues éste actúa de acuerdo con el principio de unidad y dependencia jerárquica (art. 124 CE), de modo que los superiores en rango podrían determinar los criterios y dictar las órdenes que rigieran la actividad de la policía judicial. Una solución de este tenor permitiría a un tiempo atribuir en exclusiva las funciones de la investigación criminal a un cuerpo específico y erradicar las graves intromisiones o interferencias que en ocasiones ha provocado la competencia entre distintos cuerpos policiales en detrimento de la persecución penal”. Por el contrario, otro sector doctrinal, en base al Derecho comparado, señala la incapacidad del Fiscal de controlar a la Policía Judicial. Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., “Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro” en *Estudios de Derecho Judicial* núm. 41, 2002, pág. 36, quien manifiesta que (...) de la literatura sobre esta materia -derecho comparado sobre sistemas criminales donde la investigación es encomendada al fiscal- se desprende que el control de la Fiscalía sobre la Policía, en materia de investigación, no funciona debidamente, produciéndose de hecho, un deslizamiento desde la autonomía funcional hacia un poder real investigador propio de la Policía, y ello debido a tres razones, al menos: la insuficiente plantilla del Ministerio Fiscal, su deficiente organización y su mentalidad sedentaria”.

⁸¹⁴ Señalaremos que la Recomendación (2000) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 6 de octubre, apartado 22, y en referencia al rol del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal, disponía que en los Estados donde la Policía es ubicada bajo la autoridad de la acusación pública o donde las investigaciones criminales son conducidas o supervisadas por la acusación pública, el Estado debe tomar medidas efectivas para que el Fiscal pueda: 1.- Dar instrucciones a la Policía para una efectiva implementación de las prioridades en política criminal, notablemente con respecto a decidir qué categoría de casos han de ser acometidos primero, la forma de buscar pruebas, el personal que debe ser empleado, la duración de las investigaciones, la información que debe darse al fiscal. 2.- En el supuesto de que haya varias agencias de policía, decidir respecto de los casos individuales, la agencia que debe efectuar la investigación. 3.- Llevar controles sobre la policía para comprobar que cumplen las instrucciones del fiscal y la ley. 4.- Sancionar o promover que sean sancionados los agentes policiales, por las eventuales violaciones de las instrucciones del fiscal o la ley.

De este modo, el Anteproyecto dedica -dentro del Libro IV, del Procedimiento de Investigación- su Título III a La actividad investigadora de la Policía Judicial, incluyendo tanto disposiciones de carácter general, con referencias al contenido de dicha actividad policial, como normativa referida al atestado y a las actuaciones ordenadas por el Fiscal.

Distingue el texto, las distintas fases de actuación de la Policía Judicial, de modo que la posición del Fiscal será diversa y tendrá contenido diferente en cada una de las fases procesales.

En este sentido, podríamos hablar de una primera fase, en la que la investigación la realiza exclusivamente la Policía Judicial, al establecerse expresamente en el art. 537.1 del ALECRim 2020, que cuando los miembros de la misma tengan conocimiento de la comisión de un delito de perseguible de oficio -de carácter público- procederán “por su propia autoridad” a comprobarlo, a identificar a los responsables y a localizar y recoger las fuentes de prueba., De modo que en el artículo siguiente, el 538 ALECRim 2020, se concretan las primeras diligencias y el aseguramiento, y en el art. 539 se recogen las potestades policiales para el desarrollo de la actividad investigadora que igualmente podrá llevar a cabo “por su propia autoridad”.

En cualquier caso, esa actividad investigadora de la Policía Judicial cesará cuando el Fiscal asuma la dirección de la investigación mediante el decreto que dé lugar al inicio del procedimiento, y a partir de ese momento, la Policía sólo podrá realizar las diligencias de investigación que le ordene el Fiscal expresamente, (art. 536 ALECRim 2020).

De cualquier forma, y en general, esa actividad anterior al inicio del procedimiento por el Fiscal, entendemos que habrá de realizarse conforme a las instrucciones generales que el Ministerio Fiscal puede impartir a quienes componen la Policía Judicial, en la que se establecerán normas, métodos y procedimientos de obligado cumplimiento a fin de asegurar que la actividad investigadora quede sometida a las normas y garantías procesales *ex* art. 531 ALECRim 2020.

Además, el resultado de esa actividad de investigación anterior a la intervención del Ministerio Público -o primeras diligencias- será puesto en conocimiento de éste bien mediante atestado, bien mediante relación, conforme a los arts. 541, 542 y 543 (ALECRim 2020). De modo que el atestado será entregado inmediatamente después de conocer al presunto responsable de los hechos, aunque el mismo no estuviera detenido.

A su vez, la comunicación al Fiscal por medio de relación está prevista para los supuestos en los que no se haya identificado al responsable de los hechos, habiendo de continuarse, por parte de la Policía Judicial con la correspondiente investigación, tras la documentación de los hechos y los partícipes si se conocieren; y debiéndose informar periódicamente al Fiscal de los expedientes que se encuentren en esta situación.

Refiriéndonos ya a una segunda fase, en concreto, a la que se inicia tras el dictado del decreto por parte del Fiscal, como ya se ha adelantado, la Policía Judicial sólo podrá practicar aquellas diligencias concretas que le sean ordenadas por aquél⁸¹⁵, y además,

⁸¹⁵ Llama la atención la extraordinaria similitud que se encuentra en la redacción de estos artículos de la ALECRim 2020 con el contenido de la Circular 1/1989, de 8 de marzo, *sobre el*

por el Fiscal concreto al que se la haya asignado el caso. Es decir, se impartirán las correspondientes instrucciones particulares previstas en el art. 20 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, promoviendo y coordinando jurídicamente la investigación de la Policía Judicial

Una vez expuestos algunos de los inconvenientes que son consecuencia directa de la dependencia orgánica de la Policía Judicial, nos hemos aventurado a pensar que un cuerpo de criminólogos pudiera suponer una solución, cuestión a la que pasamos seguidamente.

1.4.2.- Una cuestión de lege ferenda: La creación de un cuerpo independiente de criminólogos como cuerpo auxiliar del Ministerio Fiscal

No es casualidad que en el presente trabajo hayamos realizado una breve inmersión respecto al Equipo Técnico en el proceso de menores, y los peritos específicos de la propia Fiscalía. Y no lo es, precisamente por el hecho de pretender dar una idea, quizás no novedosa, pero sí importante al efecto de evitar las dependencias “perniciosas” -e injerencias derivadas- de carácter político.

Y habíamos pensado en los graduados en Criminología, a los que, después de su paso por la Universidad, les hemos abandonado en una realidad que supone no encontrar un campo medianamente específico en el que poner en práctica sus conocimientos, siendo que, en un altísimo porcentaje, terminan por opositar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y el resto, a engrosar la lista de desempleados.

Sea como fuere, entendemos que los conocimientos que han ido adquiriendo durante sus estudios de Grado les capacitan suficientemente, de forma que pudieran ser de gran ayuda en la investigación que vaya a realizar el Fiscal. Se trataría, pues, de crear un cuerpo específico *ad hoc* e independiente del Ejecutivo.

Por ello, y para justificación de la propuesta que se realiza, resulta necesario comenzar señalando que la Criminología es una disciplina empírica e inter y multidisciplinar de modo que, en su estudio fenomenológico del ser humano, pone en práctica métodos deductivos, descriptivos, cuantitativos, cualitativos, analíticos, semióticos y biográficos, entre otros, con la finalidad de llegar a la construcción de modelos teóricos capaces de investigar y conocer tanto el delito, como al delincuente y a la víctima, así como al análisis de la propia delincuencia como fenómeno con determinación de sus causas e, igualmente, a las posibilidades de su control y prevención. Y de este modo, se nos presenta como ciencia que participa de distintos campos del conocimiento, tales como el Derecho, la Medicina, la Psicología, la Psiquiatría, y la Sociología entre otros. De este modo, la interdisciplinariedad abarca ciencias tan dispares como la Criminalística (para la detección del ADN, estudios de balística, manchas de sangre, grafología, etc.), la Medicina Legal para las peritaciones médico-legales y el estudio de los fenómenos cadavéricos, estudio de las lesiones producidas por armas de fuego, arma blanca y toxicología, la Psicología y la Psiquiatría Criminal para el estudio de la personalidad

procedimiento abreviado incluido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre y la Instrucción 1/2008, de 7 de marzo, sobre la Dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial de la FGE.

de los delincuentes, la Política Criminal que supone el estudio de las medidas a adoptar para el control del fenómeno criminal, y la Victimología o estudio de las víctimas y sus circunstancias.

Precisamente, ese carácter multi e interdisciplinar es el que determina, a nuestro parecer, su idoneidad para la creación de un cuerpo de técnicos que apoyen al Fiscal en la investigación y con una dependencia funcional respecto del mismo en un sistema orgánico similar al que funcionan ya, bien los Equipos Técnico y Psicosocial o, bien los peritos concretos de las Fiscalías Especiales⁸¹⁶. Obviamente, si se consiguiera una autonomía presupuestaria y de gestión adecuada al efecto, la necesaria independencia quedaría mejor garantizada.

En cualquier caso, evidenciamos que es necesario que el ordenamiento penal y procesal penal actual incorporen el contenido y conocimiento empírico de la Criminología a través de una correcta y adecuada Política Criminal, lo que obliga a relacionar las dos anteriores disciplinas con el Derecho Penal y, por ende, con el Derecho Procesal Penal.

Como ya se ha indicado, la principal función de la Criminología, en cuanto ciencia, es aportar un conjunto de conocimientos seguros y contrastados sobre el delito -crimen-, la víctima, el delincuente y el control social, ofreciendo un diagnóstico cualificado y fiable del hecho concreto estudiado, siendo así que, lo que ofrece es mucho más que una suma o acumulación de datos.

Además, y esto es fundamental para nuestro estudio, la Criminología es una ciencia práctica que puede aportar criterios y pautas para investigaciones concretas, lo que supone un planteamiento útil para los fines del proceso penal. No obstante, en nuestro sistema procesal penal no existen cauces normativos adecuados para la incorporación de un informe criminológico como tal, habiendo al efecto de acudir a las normas referidas a la prueba pericial, entendida como actividad procesal que se desarrolla bien en virtud de decisión judicial o por encargo de las partes, por persona ajena al procedimiento, especialmente cualificada por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos por las que suministran al órgano judicial argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de los hechos.

Finalizaremos señalando la novedad que, en esta cuestión, supone el hecho de que el art. 97 del Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia de 20 de abril 2020 establezca -para los órganos judiciales- la posibilidad de creación de Gabinetes Técnicos para todo tipo de órganos jurisdiccionales⁸¹⁷, aunque ellos, sólo pueden estar formados por Letrados de la Administración de Justicia y miembros de la Carrera Judicial. Sea como fuere, no deja de ser un modelo para seguir

⁸¹⁶ Dependiendo orgánicamente en la actualidad, ya sea del Ministerio de Justicia, ya de los Departamentos de Justicia de las correspondientes Comunidades Autónomas.

⁸¹⁷ Recoge el art. 97 Anteproyecto Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia: 1. El Ministerio de Justicia, a propuesta motivada del Consejo General del Poder Judicial, y siempre que sea aconsejable para garantizar el buen funcionamiento de los órganos judiciales, podrá crear un Gabinete Técnico en Tribunales de Instancia con sede en las principales capitales de provincia, así como en el Tribunal Central de Instancia. 2. Dicho Gabinete asistirá a su respectivo Tribunal de Instancia mediante la elaboración de estudios e informes que se le soliciten, en especial aquellos que permitan la unificación de criterios prevista en el artículo 264 de esta ley orgánica.

con otro tipo de necesidades, que no sean la interpretación de la Ley y el establecimiento de criterios uniformes de los Tribunales de Instancia. Otro modelo pudiera ser el ya existente en la Fiscalía de Medio Ambiente⁸¹⁸.

Dicho lo anterior y teniendo en cuenta la finalidad del presente estudio, daremos por finalizado el presente apartado.

1.5.- La investigación por el Ministerio Público según el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre 2020

1.5.1.- Exordio

Nos ha resultado curioso comprobar que en la Exposición de Motivos del ALECRim 2020, concretamente, en el segundo párrafo del Apartado XXI, se realiza una transcripción *quasi* literal de lo que se señalara en la Instrucción de la FGE 1/2008, de 7 de marzo, *sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial* que, en su Apartado IV, y a su vez, nos reenviaba a la Circular 1/1989, de 8 de marzo, *sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre*, también en su Apartado IV.

Se advierte en la Exposición de Motivos del ALECRim 2020 que: “No se aspira en la presente ley a un fiscal a medio camino entre el juez instructor y el comisario de policía sino a un director jurídico de la investigación que busque los materiales necesarios para decidir sobre el ejercicio de la acción penal. No se desea tanto un investigador celoso, centrado en la necesidad de castigar el delito cometido, como un jurista comprometido, consciente de la obligación de probar la infracción investigada más allá de toda duda razonable y sabedor de que tal objetivo solo puede lograrse si se respetan escrupulosamente los estándares normativos que la Constitución y la ley establecen. Desde este punto de vista, la relación orgánica entre la policía judicial y el Ministerio Fiscal solo podría generar una indeseable confusión de perspectivas”⁸¹⁹.

Establecía la Circular de la FGE 1/1989 que: “(...) *tanto la dirección de la investigación policial, como la delegación en ella de la práctica de diligencias concretas no puede representar ni que el Fiscal se convierta en un ‘Jefe’ de la Policía, ni que aquella delegación constituya una autorización para la libre acción de la misma, de forma que el Fiscal pase a ser un mero homologador de las actuaciones policiales*”. Y añadía:

⁸¹⁸ La Unidad Técnica de Auxilio Pericial de la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente tiene como función principal el asesoramiento genérico tanto a Jueces como a Fiscales. Ya en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 4/2007, de 10 de abril, *sobre el Fiscal Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo y las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías*, tras exponer la normativa en la que fundamenta la creación del mismo, establece que: “*La pluridisciplinariedad (...) exige que para el ejercicio de sus específicas funciones se le adscriban profesionales y expertos que le auxilien de manera permanente u ocasional. (...) el número 2 del art. 18 quinquies -del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal tras la reforma introducida por la Ley 10/2006, de 28 de abril- especifica que se adscribirá al Fiscal de Sala una Unidad del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil (SEPRONA), así como, en su caso, los efectivos necesarios pertenecientes al resto de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con competencias medioambientales. Igualmente se prevé la posibilidad de adscripción de los profesionales y técnicos precisos para auxiliarle de manera permanente y ocasional*”.

⁸¹⁹ La cursiva es nuestra.

“Por ello, tanto en un caso como en otro, las instrucciones del Fiscal deben ser lo más precisas posibles, marcando los límites de la actuación y subrayando la titularidad del Ministerio Fiscal como director o promotor de la investigación pero dejando siempre a salvo el contenido de los respectivos campos: a la Policía Judicial corresponde la actividad investigadora en el terreno, utilizando las técnicas de investigación científica y práctica en la que son expertos; al Fiscal la determinación jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba y los requisitos para su validez, formal y procesal, cuyo cumplimiento para la investigación policial deberá promover y hasta imponer” ⁸²⁰

Señalaba también la Circular 1/1989 -entre otras muchas cosas y prácticamente con la misma redacción recogida en la Exposición de Motivos del ALECrím 2020- que *“(…) debe subrayarse la diferencia esencial entre esa investigación del Fiscal y la instrucción tradicional (…). No se trata, en efecto, de una sustitución del titular de la instrucción sumarial, cambiando al Juez por el Fiscal, sino de una sustitución del propio sumario como mecanismo de preparación del juicio oral, por una fase pre-procesal de investigación (…).”*

Como ya se hiciera en el ALECrím de 2011, también en el presente Anteproyecto se establecen como fines (Apartado VI de la Exposición de Motivos) el fortalecimiento del derecho de defensa y la imparcialidad del control jurisdiccional sobre los actos de investigación.

Y para fundamentar dichas finalidades se vendrá a decir que *“(…) El juez ha de quedar apartado de cualquier función activa en la pugna que entre el Estado y el ciudadano tiene lugar en todas las fases del procedimiento criminal. Debe ser capaz de tutelar los distintos intereses en juego desde una posición de real y efectiva imparcialidad. (…). Este objetivo y el de un mayor fortalecimiento del derecho de defensa son los ejes fundamentales del texto (…)*⁸²¹.

Y a ese efecto dedicará todo el Título Preliminar, en la que se recogen “en clave constitucional” los principios y derechos rectores del proceso penal.

De este modo, en el capítulo I, -entre los principios constitucionales- establece los de carácter general, señalando los de legalidad procesal, jurisdiccionalidad y de buena fe procesal, este último, entendemos, basado en el actual art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y dedica los siguientes tres capítulos: (II) a los principios generales de la restricción de derechos fundamentales; (III) al derecho a la presunción de inocencia; y (IV) a los derechos de la persona encausada a la defensa, al conocimiento de la acusación y a no declarar contra sí misma.

⁸²⁰ La redacción coincide exactamente con la de la Instrucción de la FGE 1/2008, de 7 de marzo.

⁸²¹ Añadirá además que precisamente: *“(…) es la presencia judicial en la realización de meros actos de investigadores la que potencia el valor de las diligencias sumariales y devalúa el de las pruebas del plenario. Y el debilitamiento sufrido por el derecho a la presunción de inocencia obedece igualmente, en buena medida, al carácter judicial que la formulación de cargos presenta la actual fase de investigación”*.

Por otro lado, en el capítulo V, se concretan las garantías de un proceso equitativo. A saber, las referidas al órgano judicial, a la imparcialidad objetiva, a las probatorias y a la exclusión de la prueba ilícita.

Nos interesa, en especial, la garantía referida a la imparcialidad objetiva por cuanto que concreta el rol del Juez en el proceso penal⁸²². Y de este modo, el art. 19 señalará que: “1.- La autoridad judicial no podrá asumir funciones de parte, sin perjuicio del deber general de velar por la efectividad del derecho de defensa. En ningún caso podrá realizar o sugerir actuaciones que sean propias de una parte acusadora o que se refieran a la dirección del procedimiento de investigación”. Para, a continuación, precisar lo que corresponde a la autoridad judicial, en su calidad de tercero imparcial; y especificar que no puede acordar de oficio ni medidas cautelares, ni diligencias de investigación, ni de prueba, sino que han de serle previa y expresamente solicitadas por las partes, si bien podrá acordar las que considere menos gravosas a las que le han sido postuladas.

Por último, advertiremos que en el ALECrím 2020, se sigue la pauta establecida en el ALECrím 2011, configurándose una estructura del proceso penal donde existe: a) una fase de investigación⁸²³ que dirige el Fiscal, con intervención de un Juez de Garantías; b) una fase intermedia que se desdobra por un lado, en un Juez de la Audiencia Preliminar, siempre unipersonal, cuya función es la de proceder al juicio de acusación y a la determinación de la suficiencia de la fundamentación de la acción penal previamente ejercitada, es decir a decidir si se procede a la apertura del juicio oral o, por el contrario, a su sobreseimiento; y por otro, el Juez que intervendrá en el desarrollo del plenario; y c) una fase de juicio oral en la que se practicará la correspondiente prueba y

⁸²² Se dice al efecto, en el apartado VIII del ALECrím 2020 que: “(...) el precepto señala cuáles son las potestades judiciales propias de la fase preparatoria. (...) las distintas funciones judiciales operan fundamentalmente en la resolución de los conflictos derivados de tres pretensiones en pugna. (...) la del Estado-investigador (...) la del ciudadano investigado de oponerse a esa injerencia y corregir en su favor los desequilibrios en la actividad investigadora pública (...) y la pretensión de la víctima y los posibles acusadores de participar en la actividad investigadora del Estado llegando incluso a ejercer una acción penal distinta a la del Ministerio Fiscal. (...) Debe proveerse para ello a la autoridad judicial de un catálogo de potestades que excede en mucho de la sola autorización de diligencias intrusivas y de la adopción de las medidas cautelares que le sean solicitadas. El elenco de atribuciones debe abarcar (...) el ejercicio de otras funciones esenciales como el control de la relevancia penal del hecho investigado, el de la dilación indebida del procedimiento y del secreto de las actuaciones, así como la práctica de las diligencias esenciales que hayan sido indebidamente denegadas y las de aseguramiento de las fuentes de prueba personal que estén en riesgo”.

⁸²³ Fase de investigación que, a su vez, y a decir de la Exposición de Motivos ALECrím 2011, apartado XLVIII, “ (...) se descompone en tres fases puramente ideales, de las que realmente solo una -al ir ligada al acto de primera comparecencia- tiene carácter necesario. Esas fases son la investigación preliminar, la investigación principal y la investigación complementaria. La investigación preliminar es la que se produce cuando no se ha identificado un posible responsable o no hay elementos suficientes para entender como tal a la persona designada en la denuncia o en el atestado policial. (...) La investigación principal es la que se derivaba del acto de ‘primera comparecencia’, con intervención del investigado al que ya se le han comunicado los hechos punibles y su posible calificación jurídica. Es el verdadero procedimiento de investigación. (...) la investigación complementaria, es una fase eventual, que tiene por objeto la práctica de diligencias que el fiscal ha podido denegar previamente a la defensa o a los acusadores que pueden acudir al Juez de Garantías en el momento final de la investigación obteniendo de este modo la tutela judicial de sus intereses”. En cualquier caso y, por su parte, en la Exposición de Motivos ALECrím 2020, apartado LIV se señalan exclusivamente dos: la preliminar, previa a la formulación de cargos y la principal, una vez realizada la primera comparecencia.

se dictará sentencia siendo órganos específicos de enjuiciamiento denominados Secciones de Enjuiciamiento de los Tribunales de Instancia, que, dependiendo de la gravedad del delito serán unipersonales o colegiados (tres Magistrados en el caso de delitos graves)⁸²⁴.

Consecuentemente, habría de entenderse que, una vez concluida la fase de investigación, si el Fiscal considera que existe base suficiente, ejercerá la acción penal, presentando escrito de acusación ante el Juez de la Audiencia Preliminar, iniciándose el juicio de acusación, en el que se tendrán en cuenta las pruebas interesadas y las alegaciones de las partes, de modo que si el Juez considera que existen motivos al efecto, lo acordará así, continuándose el proceso penal ante el Juez o Tribunal del juicio oral.

Sin embargo, -y aunque solo sea a efecto meramente ilustrativo- antes de dar por definitivamente finalizado el presente apartado, consideramos de interés mencionar la carta que la actual Fiscal del Estado remitió a todos los Fiscales el día 4 de febrero de 2021, a través de la cual se les instaba a realizar un análisis técnico del ALECRim 2020 en los siguientes términos: *“Los y las fiscales -todos-, estamos en las mejores condiciones para realizar un análisis técnicamente riguroso del Anteproyecto que, al propio tiempo, tenga en especial consideración las innegables prácticas que la entrada en vigor de la nueva norma provocará en el quehacer diario de los intervinientes en la investigación y el procedimiento penales. Se trata pues de aprovechar la capilaridad que caracteriza nuestra institución para asegurar el abordaje conjunto de las repercusiones orgánicas, operativas, funcionales, de representación institucional y cualquier otra naturaleza que se vean compelidas por el nuevo modelo, colaborando así en la mejora de su diseño y su efectiva viabilidad. (...) la metodología a seguir para hacer posible la colaboración voluntaria de todos/as los/as fiscales -de forma que vuestras aportaciones lleguen a la Fiscalía General conveniente ordenadas-, es la siguiente: 1.- Se proponen un total de doce bloques (...) El bloque nº 12 lleva por título ‘Valoración General del Anteproyecto’ (...)”*, siendo así que, los once primeros bloques habrían de referirse a las diversas unidades temáticas del articulado⁸²⁵.

⁸²⁴ Se señalará al respecto en la Exposición de Motivos, apartado IX, que: *“(...) Las competencias judiciales han sido claramente desdobladas a efectos de asegurar un mayor grado de imparcialidad en el enjuiciamiento del hecho (...) un magistrado del órgano judicial estará llamado a actuar como Juez de la Audiencia Preliminar (...) con la misión de proceder al juicio de acusación y determinar si la acción penal interpuesta está suficientemente fundada (...) Este magistrado llamado a decidir si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, y que ha de examinar la licitud de la prueba que pretende acceder al juicio oral, no intervendrá después en el desarrollo del plenario”*.

⁸²⁵ La misiva se iniciaba del siguiente modo: *“Como sabéis, en los últimos meses de 2020 se han iniciado los trámites para la aprobación del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado por el Ministerio de Justicia, texto que, entre otras importantes novedades, atribuye la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal.*

La reforma puede hacer realidad algunas antiguas reivindicaciones de los/as fiscales: racionalizar la investigación penal y enriquecerla a través de la especialización, alcanzar la anhelada homologación de nuestro sistema con el de los países de nuestro entorno y mejorar la calidad de la Administración de justicia en el marco de un diseño procesal reforzadamente respetuoso con los derechos y garantías del justiciable, eficiente y apto para dar respuesta a la criminalidad en tiempo razonable. Constituye este, además, un punto de inflexión inmejorable a partir del cual hacer realidad la modernización del Ministerio Público y la conquista de cuotas de autonomía y capacidad organizativa que garanticen el ejercicio de nuestra función constitucional y un mejor desempeño de todos los/as fiscales, con independencia del órgano, unidad o territorio en el que estén destinados. Sin duda es este un momento de especial

En esta misma cuestión, pero, más tarde, mediante comunicación de 23 de febrero de 2021 el Secretario de Estado de Justicia remitió a la Fiscalía General del Estado el texto del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal al que se acompañaba una memoria de análisis de impacto normativo, a fin de que por el Consejo Fiscal se emitiera el preceptivo informe, lo que se hizo el día 7 de julio de 2021⁸²⁶.

trascendencia para todos/as nosotros/as, un hito que marcará el futuro de la institución a la que servimos.

Asumimos el reto con ilusión y responsabilidad. Es el Ministerio Fiscal quien debe liderar el proceso de profunda reflexión que exige una reforma de tanto calado. Por ello, y aun cuando no se ha producido todavía el traslado oficial del texto a la Fiscalía General del Estado para la emisión del preceptivo informe del Consejo Fiscal, desde el pasado mes de diciembre la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado ha llevado a cabo un estudio de la totalidad del nuevo texto, actividad que ha culminado con la confección de un primer informe en el que se efectúa el análisis completo del modelo de proceso que propone el prelegislador (...)

⁸²⁶ *Vid. Comunicado del Consejo Fiscal sobre el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal en el que -a modo de preámbulo- se viene a resumir el contenido del dictamen. Y así, se manifiesta que “El resultado final es un documento de 706 páginas, fruto de un estudio serio, profundo, riguroso y participado”. Continúa esta especie de sumario resaltando la configuración constitucional del Ministerio Fiscal “(...) -integrado en el Poder Judicial con autonomía funcional- como promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de la ciudadanía y del interés público tutelado por la Ley (...)”. Se señala también la trascendencia de la atribución de la investigación criminal al Ministerio Fiscal y la eliminación de la figura del Juez de Instrucción. No obstante, se considera que “(...) Las facultades del juez de garantías que el Anteproyecto instaura (...) exceden de los atributos propios de la actividad jurisdiccional (...) según el art. 117.3 y 4 CE, (...) habiéndose por ello de limitar su intervención exclusivamente a la tutela de los derechos y libertades fundamentales que se vean comprometidos durante la investigación. Y para ello, “(...) se propone aprovechar la experiencia del sistema de investigación recogido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), pues se trata de un sistema ágil, moderno y garantista, cuya constitucionalidad y acomodo legal resultan indiscutibles (...)”. También se insiste en la necesidad de reforzar plantillas. Y concluye que “(...) el texto prelegislativo no colma las aspiraciones de nuestra Institución al objeto de conseguir una justicia penal ágil y eficaz que respete y potencia el papel del Ministerio Fiscal como defensor imparcial de la legalidad (...) Todo ello revela que la modificación del Estatuto Orgánico de(l) Ministerio Fiscal debe ser la premisa que determine furas reformas procesales en el marco de nuestro Estado de Derecho avanzando en espacios de autonomía, especialización, transversalidad, descentralización y conquistando la confianza de la ciudadanía.” Ya en el propio Informe -a los folios 161 y 162- se concretará más al respecto, señalando que: “La lectura del texto íntegro del Anteproyecto y la brevedad e insuficiencia de los preceptos que se reservan a la regulación del Ministerio Fiscal evidencian la inaplazable necesidad de rediseñar la institución del Ministerio Público mediante la redacción de un nuevo estatuto que ultime su decidida modernización, refuerce su autonomía, defina las competencias de las diferentes categorías de fiscales y prevea y facilite soluciones a las numerosas incidencias que de seguro se producirán como consecuencia de las nuevas atribuciones del fiscal (diferencias de criterio entre fiscales investigadores o desacuerdo con las pautas del superior jerárquico, abstenciones, recusaciones, régimen disciplinario, etc.). Llama la atención en primer término la selección de cuestiones que se regulan en el anteproyecto de la nueva norma procesal y aquellos otros respecto de los cuales se efectúa una remisión al EOMF, cuyo texto, siquiera reformado, no ha sido publicado al tiempo que el Anteproyecto. Algunas de las cuestiones en las que se efectúa una remisión en favor del Estatuto bien podrían haberse regulado en la norma procesal, mientras que otras (por ejemplo, la posibilidad de investigar en equipos) forman parte de la capacidad autoorganizativa del Ministerio Fiscal, razón por la que deberían ser objeto de exclusiva regulación estatutaria”. Y añade: “(...) abordar esta nueva situación mediante una reforma parcial del Estatuto, con los consiguientes añadidos insertados en el articulado del texto vigente -herido además de cierta*

Pasaremos a continuación a estudiar el contenido de las facultades del Fiscal en el repetido ALECRim 2020, lo que, en principio, es de gran interés para el presente estudio.

1.5.2.- Los atributos del Ministerio Público

A la nueva regulación del Ministerio Fiscal se refiere el apartado XIX de la Exposición de Motivos, donde tras reiterar los principios constitucionales de legalidad e imparcialidad, se señala que continúa manteniendo la responsabilidad del ejercicio de la acción penal, y en su caso, la civil *ex delicto*, salvo que la víctima se haya personado como parte actora reclamando por sí misma la reparación o indemnización.

De cualquier modo y, ahora, lo que realmente cuenta es que el Ministerio Fiscal viene a hacerse cargo del procedimiento de investigación oficial y ello, en primer lugar, fundamentalmente para preservar la imparcialidad objetiva del Juez y de restar valor probatorio a los actos de investigación; y además por la innata aptitud de “ (...) la institución para combinar -en una organización flexible y racional, basada en criterios de especialidad- la sujeción imparcial a la legalidad vigente con la mayor unidad de actuación”, conforme señala la repetida Exposición de Motivos. Y así, encontramos la reglamentación concreta, ubicada en el Libro I, Título II, dedicado a los sujetos del Proceso Penal, Capítulo IV, arts. 87 a 98, además de en otros dispersos en el Texto, así como en los -definitivamente importantes- arts. 521 y 522 ALECRim2020.

En efecto, la función esencial del Fiscal como director de la investigación viene recogida con carácter general en el art. 87 ALECRim 2020 que textualmente dice: “El Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos penales excepto en los procedimientos especiales por delitos de injuria y calumnia contra particulares (...)” y en los que correspondan a la Fiscalía Europea. Y añade en el numeral segundo que: “Corresponde al Ministerio Fiscal la potestad de dirigir la investigación de los hechos punibles y la de ejercitar la acción pública penal contra quienes deban responder criminalmente de ellos”⁸²⁷.

obsolescencia- sería dejar pasar una oportunidad irrepetible de configurar una institución capaz y renovada que pueda hacer frente de forma eficiente al reto de dirigir la investigación penal, asegurando la progresiva mayor agilidad y óptima calidad de la administración de justicia penal”.

⁸²⁷ No obstante lo anterior en el *Informe del Consejo Fiscal* al ALECRim 2020, de 17 de julio 2021, señala que: “*El cúmulo de facultades concedidas al juez de garantías, sintetizadas en el art. 521.2 ALECRim mediante la atribución del control de legalidad del procedimiento de investigación, refleja que el prelegislador, lejos de atribuir la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, se ha limitado a asignarle con carácter exclusivo y excluyente la dirección de la investigación en un estadio preprocesal. Así lo sugiere la manifiesta incompatibilidad semántica existente entre los términos ‘dirigir’ y ‘controlar’ empleados en el art. 521 ALECRim, pues resulta difícilmente concebible que pueda denominarse director del procedimiento de investigación a quien se halla sometido al constante escrutinio en el desarrollo de su actividad. (...) quien está sometido a una completa y constante vigilancia difícilmente puede decirse que dirige sin hallarse sometido a tutela y, menos aún, que se halle en condiciones de actuar de un modo ágil y flexible.”* Vid. págs. 31 a 45. Y añade el informe que: “*La recurrente presencia del juez de garantías que el texto legislativo prevé durante la actividad investigadora del Ministerio Fiscal, lejos de contribuir a agilizar la tramitación de los procedimientos penales, producirá*

Y a continuación, en los artículos 88 a 97, se vienen a regular las funciones, las facultades y los principios de actuación del Ministerio Fiscal, estableciéndose además, una serie de reglas de asignación de asuntos a fin de establecer un sistema de designación de la Fiscalía y del Fiscal encargado de la investigación, que si bien no podrán ser impugnadas por las partes, sí les deben ser notificadas, pudiéndose, al efecto, instar la abstención del Fiscal asignado. Podría decirse, pues, que por un lado, se parte de la base de que no existe un derecho al Fiscal “predeterminado por la ley”; y por otro, de que la designación del Fiscal concreto encargado de investigar el asunto se realizará mediante criterios establecidos fundamentalmente en su normativa interna⁸²⁸.

En el aspecto que se acaba de indicar, RODRÍGUEZ SOL⁸²⁹ señalaría que “una de las grandes ventajas de atribuir la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal *in*

previsiblemente el efecto contrario. Esta circunstancia, unida al novedoso tratamiento que se ofrece al sobreseimiento y a las limitadísimas posibilidades del fiscal para practicar diligencias que impliquen leves injerencias en derechos fundamentales de la persona investigada, permite concluir que el sistema procesal diseñado por el prelegislador corre, en su actual versión, el evidente riesgo de resultar escasamente eficaz para determinar la verdad procesal o, cuando menos, para hacerlo en un tiempo razonable”. Vid. pág. 49. La negrita es nuestra.

⁸²⁸ De hecho, en la Exposición de Motivos del ALECRim 2011, (de la que trae cuenta básicamente el ALECRim 2020), en su apartado XVII se decía que: “En cuanto a la determinación del órgano fiscal competente, la regulación parte de la idea de que, a diferencia de la función judicial de garantía -que exige un sistema rígido de atribución de competencia- la función de dirección de la investigación demanda un régimen flexible de distribución de asuntos.

De este modo el Juez de Garantías siempre quedará taxativamente predeterminado por reglas de competencia inamovibles, cumpliéndose así con los requerimientos derivados del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley previsto en el artículo 24 de la Constitución. En cambio, la determinación del órgano que asume la dirección de la investigación dentro de la estructura del Ministerio Fiscal tiene una dimensión distinta y permite un planteamiento más flexible.

Los criterios de determinación del órgano fiscal competente han de funcionar como regla general que podrá ser alterada conforme a los mecanismos establecidos en el vigente Estatuto Orgánico. Serán, en principio, las mismas reglas competenciales aplicables al Juez de Garantías las que determinen la Fiscalía llamada a dirigir el procedimiento de investigación. Son, de este modo, los distintos fueros personales y territoriales fijados para el juez los que han de designar por regla general la Fiscalía competente. No obstante, en función de las particularidades de la materia afectada o de la complejidad del asunto, la investigación podrá ser encomendada a un órgano central de la institución, bien una Fiscalía especial-Anticorrupción o Antidroga-, bien a un Fiscal de Sala especialista situado dentro de la estructura de la Fiscalía General del Estado.

Determinado el órgano fiscal correspondiente, el texto articulado exige que se establezcan reglas de reparto que sean claras y públicas, basadas en criterios de especialización, que permitan concretar al fiscal responsable de la investigación. Un asunto complejo podrá ser turnado a la sección especializada de la Fiscalía territorial correspondiente y, dentro de ésta, repartido al fiscal especialista al que por turno corresponda.

La sustitución del fiscal responsable o la avocación del asunto por el superior jerárquico se sujetará a las garantías fijadas en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Y esto se ha de entender sin perjuicio de que, en función de la complejidad del procedimiento, se asignen varios fiscales para una sola investigación, bajo la coordinación de uno de ellos, o incluso que se creen equipos de investigación compuestos por fiscales pertenecientes a distintos órganos, opción a que se alude expresamente, en el articulado.

La flexibilidad organizativa garantiza, de este modo, una respuesta adaptada a cada tipo de delincuencia y a las necesidades de cada concreto asunto”.

⁸²⁹ RODRÍGUEZ SOL, L., “El Fiscal investigador en el borrador de Código Procesal Penal de 2013: algunos aspectos problemáticos” en *Revista Diario La Ley*, núm. 8205, 4 diciembre de

genere es precisamente la posibilidad de dotarle de mayor agilidad y eficacia en su actuación, al superar el rígido sistema de sustituciones de los jueces de instrucción; por otra parte, ni existe ningún derecho del justiciable al “fiscal ordinario predeterminado por la ley” ni está justificada la sospecha -que parece subyacer en esta cuestión- de que el principio de dependencia jerárquica pueda ser utilizado para vulnerar el principio -no menos importante- de imparcialidad del MF, mediante la designación por el Fiscal Jefe, de Fiscales dispuestos a apartarse de su obligación de ser imparciales; en el peor de los casos, si esto se produjera, el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone de mecanismos para reaccionar adecuadamente, previstos en los arts. 23 y 27 EOMF”.

Para ultimar este apartado mencionaremos que el ALECrím 2020 parte de la misma base de la que lo hiciera la de 2011, al entender que la reforma realizada en el EOMF en 2007, garantiza adecuadamente el funcionamiento interno de la institución, lo que, consideramos, no se ajusta del todo a la realidad, sobre todo en lo que hace a las discrepancias que pueden suscitarse en supuestos de investigación en los que se vean inmersos intereses sensibles del Ejecutivo.

Sea como fuere, hemos de proseguir y avanzar en los aspectos que el ALECrím contiene en relación con la indagación que nos ocupa, y lo haremos refiriéndonos al principio de oportunidad en su utilización exclusiva del Ministerio Público.

1.5.2.1.- La exclusividad del Fiscal en el ejercicio del principio de oportunidad

El principio de oportunidad viene regulado en el Libro I, Título IV, Capítulo II, arts. 174 a 180 del ALECrím 2020, como uno de los mecanismos alternativos a la acción penal. Y en el texto se opta por un principio de oportunidad tasado o reglado.

En este sentido, señala la Exposición de Motivos, en su apartado XXV, -repetiendo lo que ya se dijera en el ALECrím 2011- que: “(...) un nuevo modelo procesal adaptado a las necesidades de la actual sociedad requiere la introducción limitada del principio de oportunidad. Éste, con márgenes legales claramente definidos y acotados (...) ha de ser entendido como verdadera plasmación práctica de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena en el caso de la conformidad”.

A tal efecto, parece que se incluyen tres variantes, la primera referida al archivo por innecesidad de punición en el caso concreto; la segunda a la conformidad en aras a la reducción de la pena; y la tercera, a la justicia restaurativa.

De este modo, el art. 174 del ALECrím 2020 se refiere a las reglas generales que deben seguirse en la aplicación de todos los supuestos de aplicación del principio de oportunidad, siendo esencial al efecto, la falta de necesidad de imposición de pena para concluir el procedimiento, o su calidad de contraproductente a los fines de preventivos generales.

2013, Madrid, 2013. Es necesario señalar que el autor se estaba refiriendo precisamente a la ventaja que, a su entender suponía, el que en los artículos 55 a 58 del Borrador de Código Procesal Penal de 2013 no se hiciera mención alguna a las reglas sobre designación de la Fiscalía y Fiscal concretos.

Se añade en el apartado segundo del citado precepto que será la Fiscalía General del Estado la que dictará las Circulares e Instrucciones generales necesarias para asegurar la unidad de actuación en el ejercicio de la apreciación discrecional de las causas que concurren, asegurando, obviamente, el respeto efectivo al principio de igualdad en la aplicación de la ley penal. Lo que, a nuestro entender, refuerza la exclusividad del Fiscal en la aplicación del principio de oportunidad.

Y se refiere el apartado tercero a la supervisión jurisdiccional, al establecer que es función de la autoridad judicial, controlar el cumplimiento de los elementos reglados que permiten la aplicación del repetido principio de oportunidad.⁸³⁰

En cuanto a la primera modalidad -falta de necesidad de imposición de la pena-, en realidad también comprende dos supuestos bien diferenciados: el primero reservado a delitos castigados con penas que no excedan de dos años de prisión (art. 175 ALECrIm 2020); y el segundo referido a penas de prisión de hasta cinco años de privación de libertad, en los que se podrá *suspender el procedimiento de investigación condicionándolo al cumplimiento de una o varias de las condiciones* que se recogen en el art. 176 del texto articulado, *siempre que el investigado cumpla previamente con los requisitos tasados* en el numeral segundo del mismo artículo; estableciéndose, igualmente, las consecuencias tanto del cumplimiento por el transcurso de dos años desde la suspensión, como del incumplimiento, encontrándose entre aquellas, la de la cosa juzgada.

En definitiva, este último supuesto contempla la posibilidad de suspender el curso del procedimiento en fase de investigación por dos años, para aquellos delitos cuyas penas superen los dos años de prisión y no excedan de cinco, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el art. 175 -para el caso de archivo por oportunidad para delitos con penas de prisión de hasta dos años-, y además, el investigado haya reconocido su responsabilidad en la comisión de los hechos, se haya comprometido expresamente a cumplir las obligaciones y reglas de conducta impuestas y que *la persona ofendida o perjudicada haya mostrado su conformidad con la suspensión y con las obligaciones y reglas de conducta impuestas a la persona investigada*⁸³¹. Además, dicha suspensión quedará condicionada a que el investigado no delinca en el indicado plazo de dos años.

Se nos antoja, nos encontramos ante una suspensión similar a la actualmente prevista en la ejecución de penas privativas de libertad, pero trasladada a la fase de investigación. Así, transcurridos los dos años sin que el investigado haya delinquirido y se constate que ha cumplido las reglas de conducta que le fueron impuestas, se remitirán las actuaciones al Juez de Garantías quien habrá de proceder al archivo por sobreseimiento, que, si bien nada se señala al respecto, consideramos habría de ser libre, al estilo y forma de una remisión definitiva de la pena.

⁸³⁰ Se manifiesta en la Exposición de Motivos que: “(...) se consignan expresamente en el texto los elementos reglados de esta potestad que están sujetos a control judicial. Se configura dentro de este marco puramente reglado un espacio de valoración discrecional que corresponde realizar al Ministerio Fiscal como director del procedimiento de investigación. El fiscal responsable de la investigación actuará aquí de acuerdo con las instrucciones generales de política criminal establecidas desde la Fiscalía General del Estado. Estas instrucciones han de asegurar (...) que el ejercicio de esta potestad se ajuste al principio de unidad de actuación y que, por tanto, se preserve la igualdad en la aplicación de la ley penal también en estos supuestos de renuncia estatal a la exigencia de la pena.

⁸³¹ La cursiva es nuestra.

De cualquier modo, el texto, en ambas hipótesis -tanto la referida al archivo por hechos con pena de prisión inferior a dos años como la referida a la suspensión del procedimiento de investigación respecto de hechos con penas privativas de libertad de entre dos y cinco años-, establece, a su vez, límites reglados que impiden su proyección sobre “materias inadecuadas”, o sobre supuestos incompatibles con la finalidad que se persigue⁸³², o contraproducentes al efecto, como son la edad de la víctima, el uso de violencia o intimidación, etc. o los casos de delitos de violencia de género o corrupción.

También y respecto a este tipo de oportunidad -referida a la innecesariedad de imposición de pena-, el ALECrím 2020 establece, en el art. 177, su posibilidad de aplicación en la fase intermedia, cuando lo soliciten todas las partes personadas, siendo que será el Juez de la Audiencia Preliminar el que acuerde el sobreseimiento si concurren las razones de oportunidad de los dos artículos anteriores. Y a pesar de la redacción del texto entendemos que, cuando se establece que la eficacia del sobreseimiento acordado quedará condicionada al cumplimiento de las reglas recogidas en el artículo 176, se está refiriendo a penas de entre dos años y un día hasta cinco años, teniendo en cuenta que el art. 175 no establece condición alguna al efecto.

Por último, el ALECrím 2020 añade también una serie de supuestos en los que podría aplicarse el principio de oportunidad, atendiendo bien a criterios objetivos -por razón del delito- bien a criterios subjetivos -en atención a la actitud del investigado-.

El primero de ellos, se encontraría relacionado con la persecución de organizaciones criminales, con la pretensión de evitar que, el desarrollo de una investigación centrada en una infracción menor, ponga en peligro el curso de un procedimiento más complejo asociado con una red de criminalidad organizada. En este caso, el artículo 178 ALECrím 2020 permite que el Fiscal pueda acordar el archivo cuando su incoación o continuación pueda poner en grave riesgo la tramitación de otra causa declarada secreta y relativa a las actividades de una organización criminal.

El otro supuesto de oportunidad es el asociado a la figura del arrepentido, siempre y cuando el delito o delitos investigados no estén castigados con penas superiores a seis años de privación de libertad; y siempre que el contrito se sujete a condiciones que aseguren la decisión de archivo, abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, siendo, un arrepentimiento real, prestando una colaboración activa, sustancial y eficaz en la investigación; y siempre que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, (art. 179 ALECrím). Habrán de transcurrir cinco años para que, sin volver a delinquir ni colaborar con la organización, pueda solicitar el archivo al Juez de Garantías. Archivo que tendrá valor de cosa juzgada.

Para finalizar este epígrafe, nos remitiremos, a los efectos de las otras dos formas especiales de terminación del proceso -las referidas a la conformidad y a la justicia restaurativa- a lo ya concretado en los apartados correspondientes. Y ello, por un lado, con independencia de que no compartamos que la conformidad sea una expresión del principio de oportunidad, ya que el encausado carece de derecho alguno a instar la conclusión del procedimiento en aplicación de este principio de oportunidad. Y, por otro, con independencia de que la Exposición de Motivos ALECrím 2020, apartado XXVI expre-

⁸³² Vid. Exposición Motivos ALECrím 2020, apartado XXV, párrafo cuarto.

se que: “La oportunidad tiene una clara manifestación en la regulación de la conformidad. En ciertos supuestos la concreta necesidad de pena, sin verse totalmente descartada, sí que impone la atenuación de la respuesta punitiva para el caso concreto. De ahí que se establezca también un margen de reducción de pena que el Ministerio Fiscal puede utilizar en el marco de una solución consensuada”.

Otro tanto diremos de la supuesta vinculación conceptual que -entendemos- se realiza erróneamente entre el principio de oportunidad y la justicia restaurativa, al determinar en el apartado XXVII de la Exposición de Motivos que: “En el mismo marco del principio de oportunidad ha de ser comprendida la institución de la justicia restaurativa. Esta no puede consistir en una especie de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*. (...) ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima”.

Una vez sentado lo anterior, continuaremos con el control jurisdiccional al que deben someterse las decisiones discrecionales del Fiscal.

1.5.3.- Los recursos contra las decisiones del Fiscal

Es lo cierto que, en el presente trabajo nos hemos dedicado muy tangencialmente a los recursos como uno de los importantes motivos del lento transcurrir del proceso penal patrio. Si bien, habremos de manifestar que dicha tangencialidad venía derivada de la consideración de necesidad de los mismos como contenido del derecho de defensa. Lo que no implica que desconozcamos la práctica -bastante generalizada- de su inadecuada utilización en nuestro proceso penal.

Habremos de partir aquí, mencionando cuanto menos, los tipos de resoluciones que puede acordar el Ministerio Fiscal, así como su forma y contenido.

A esta cuestión dedica el ALECrIm 2020 su artículo 155, estableciendo que el Fiscal en la fase de investigación dictará bien diligencias, bien decretos. Se hará uso de diligencias “para dar al procedimiento el curso que la ley establezca; reflejar hechos o actos con trascendencia en el mismo, así como cuando tengan por objeto la comunicación con las partes o terceros”.

Por el contrario, se dictarán decretos “(...) cuando se dé inicio o se ponga fin al procedimiento, se inste de la autoridad judicial alguna actuación, se acuerde la imposición de una sanción y, en general, en todos los supuestos en los que la decisión deba ser razonada o motivada, así como en los casos en que expresamente lo exija la presente ley”.

En cualquier caso, los decretos habrán de estar siempre motivados, con expresión separada del relato fáctico y del jurídico, y con la advertencia de la posibilidad o no de recurso, especificando al efecto el plazo de interposición y el órgano ante el que debe interponerse.

En estrecha relación con lo previamente manifestado, es bien sabido que el régimen de recursos es una de las cuestiones que más polémica ha suscitado. En este sentido, la

Exposición de Motivos ALECrIm 2020, en su apartado LIV, referido al desarrollo de la investigación, advierte que: “(...) hay que destacar la supresión en este procedimiento investigador del complejo sistema de recursos frente a resoluciones interlocutorias. Superada la forma procesal, de carácter secuencial, del procedimiento preparatorio, las impugnaciones de las decisiones del fiscal se realizan ante el Juez de Garantías, en los casos expresamente señalados en la ley”.

Y de este modo, salvo lo genéricamente señalado en el artículo 585 del texto articulado, habrá de verse, caso por caso, qué decisiones del Fiscal son susceptibles de recurso. Establece el repetido art. 585 que los decretos dictados por el Fiscal durante el procedimiento de investigación solo podrán recurrirse ante el Juez de Garantías en los supuestos que concrete la ley; siendo que los escritos en los que se formulen los mismos habrán de estar motivados, designarán los particulares que precisen y en su caso, acompañarán la documentación conveniente, habiendo de estar firmados por Letrado. Todo ello, en el plazo de cinco días desde su notificación, de forma que el Letrado de la Administración de Justicia dará, posteriormente, traslado al Fiscal y a las partes por otros cinco días comunes; y el Juez, con acceso a los particulares que se hayan designado, resolverá en otros cinco días.

En realidad, prácticamente todos los decretos del Fiscal son recurribles. Concretando más, señalaremos los siguientes supuestos: a) La impugnación por incumplimiento de los elementos reglados de los decretos de archivo por razones de oportunidad (art. 180); b) El decreto de archivo de la denuncia por no ser el hecho constitutivo de infracción penal o haberse extinguido la responsabilidad penal (arts. 551.1 y 552.1); c) El decreto por el que se deniegue la personación de la acusación particular por considerar que no concurre la condición de víctima (arts. 566 y 567); y d) El decreto denegando la promoción de incidente para el aseguramiento de la prueba (art. 594). Además del decreto de archivo *ex* artículos 586⁸³³ y 587 del mismo texto. Pero se echa en falta la concreción de los efectos del recurso, en el sentido de que nada se dice sobre su carácter suspensivo.

Existen, a su vez, y dentro de la fase de investigación, otras posibilidades de impugnar los decretos del Fiscal a las que nos referiremos a continuación cuando tratemos de la intervención de las partes en la misma.

1.5.4.- La primera comparecencia

Una vez que el Fiscal reciba la *notitia criminis* habrá de dictar, si procede, el decreto de iniciación de la investigación (art. 550 ALECrIm 2020), el cual, necesariamente contendrá, la identidad del investigado y de los perjudicados y ofendidos, los hechos y la calificación jurídica provisional; siendo que dicho Decreto será notificado al investi-

⁸³³ El art. 586.2 ALECrIm 2020, concreta los motivos de conclusión y archivo del procedimiento en los siguientes supuestos: “a) Cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal. b) Cuando aparezcan exentas de responsabilidad criminal las personas investigadas y no deba imponerse una medida de seguridad. c) Cuando de la investigación resulte que la persona investigada no ha tenido participación en el hecho que ha dado lugar a la formación del procedimiento. d) Cuando no existan indicios racionales de la comisión del hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento. e) Cuando no haya elementos suficientes para atribuir la responsabilidad criminal a una persona determinada”.

gado, al denunciante y a las víctimas del delito, informándoles de los derechos que les asisten y en concreto, del derecho a ser parte en el procedimiento.

La primera comparecencia se considera un acto fundamental, que viene a ser una “forma incompleta” de lo que ahora llamamos imputación, siendo por eso, una comunicación provisional de los cargos, según colegimos del texto. Y en palabras de la propia Exposición de Motivos “Se trata de un traslado anticipado de la posible tesis acusatoria que tiene carácter vinculante”. Y ello, con consecuencias tan importantes como lo es la *quasi* concreción del objeto del proceso⁸³⁴, al quedar el Fiscal sometido a los límites de su propia comunicación de cargos, de modo que “cualquier ampliación objetiva o subjetiva que el curso de la investigación imponga, exigirá su traslado inmediato con una nueva comparecencia sujeta a los mismos requisitos”⁸³⁵.

De hecho, es a partir de esta primera comparecencia -que viene regulada en el art. 557 ALECrím 2020- cuando se activan las facultades y derechos defensivos del investigado⁸³⁶ y da lugar al inicio del cómputo del plazo de investigación.

En lo que hace al inicio del cómputo del plazo, no podemos dejar de señalar que, en la práctica, las incoaciones de los procedimientos se realizan *ad hoc*. Es decir, “eligiendo” la fecha más conveniente y retrasando su inicio. Al parecer, es por ello que en el ALECrím 2020, se establece explícitamente una sanción a la dilación indebida de la primera comparecencia (art. 560), mediante su control por la autoridad judicial en el juicio de acusación, de modo que el Juez de la Audiencia Preliminar habrá de verificar que la primera comparecencia -cuya acta le será enviada conforme al art. 558- no ha sido retrasada indebidamente, provocando indefensión. Sospechamos que la concreción de esta dilación indebida terminará siendo interpretada por el Tribunal Constitucional.

Además, la fecha de realización de la primera comparecencia, inicia el cómputo del plazo de investigación (art. 574 ALECrím 2020), siendo que a los doce meses de aquella (o dieciocho en casos investigados por la Fiscalía de la Audiencia Nacional o las Fiscalías Especiales), *la defensa de la persona investigada*⁸³⁷ será la única legitimada, en la consideración de que el procedimiento se está prolongando más allá de lo razonable, para solicitar del Juez de Garantías la fijación de un plazo para su conclusión, a cuyo efecto se establece la tramitación del correspondiente incidente, previa audiencia del Fiscal y demás partes personadas (arts. 575 y 576 ALECrím 2020); con sanción de nulidad para aquellas diligencias acordadas por el Fiscal con posterioridad a la expiración del mismo.

⁸³⁴ En este sentido, el apartado LIII de la Exposición de Motivos ALECrím 2020 advierte que: “(...) el mejor antídoto frente a cualquier peligro de investigación genérica es la obligación de inmediata delimitación fáctica del procedimiento. (...) Desde el mismo inicio del procedimiento de investigación ha de producirse, sin perjuicio de su progresiva ampliación o concreción, una primera delimitación -la más precisa posible- de su ámbito objetivo y subjetivo”.

⁸³⁵ Conforme reza el último párrafo del apartado LVI de la Exposición de Motivos ALECrím 2020.

⁸³⁶ Se insiste también al respecto, que esta primera comparecencia busca el mayor de los respetos a la presunción de inocencia, ya que dicho acto carece de cualquier “efecto estigmatizante que pudiera derivar de la intervención del Juez”.

⁸³⁷ La cursiva es nuestra.

Al hilo de lo anterior, es lo cierto que, nada se dice sobre el plazo para la convocatoria y resolución del incidente, inisitiéndose además, en la celebración de una vista, en lugar de hacerse por escrito, lo que evitaría generar dilaciones. Tampoco se concreta objetivamente la investigación que ha de considerarse “compleja”, ni la duración del plazo que pueda establecer el órgano judicial. Sea como fuere, parece que vamos -siempre- en sentido inverso al sistema que, conforme a la lógica, habría de considerarse adecuado. Nos explicamos: en 2015, estando la investigación/instrucción en manos del Juez de Instrucción, es el Fiscal quien tiene que controlar los tiempos, bien, que la Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modificaba el art. 324 LECrim vino a poner un poco las cosas en su sitio. Y ahora que se concede la investigación al Ministerio Público, es el Juez de Garantías el que tiene la facultad de vigilancia de los tiempos de la investigación. Entendemos que lo correcto habría de ser que -este método de agilización- se residenciara en el Fiscal, con atribución, por ejemplo, de la competencia al efecto, al superior jerárquico del Fiscal concreto que tramita la investigación, y sin perjuicio de la posibilidad de impugnación ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Y ello, al estilo francés, sistema en el que, es el Fiscal quien establece un plazo máximo cuando encomienda la realización de una investigación a la Policía Judicial, y quien puede conceder la correspondiente prórroga si se justifica debidamente por los investigadores⁸³⁸.

Realizada la anterior exposición, continuaremos con la regulación del acceso de las partes al procedimiento de investigación del Fiscal en el ALECrIm 2020.

1.5.5.- La intervención de las partes en la investigación

1.5.5.1.- Las acusaciones

Es este, otro de los aspectos controvertidos en lo que se refiere a la agilización de la Justicia penal, siendo, además, particularmente relevante, en un sistema en el que se atribuye la investigación al Ministerio Público.

La tendencia, en la competición a la búsqueda de la ansiada celeridad y presteza del proceso penal pasa, al parecer, por restringir de alguna manera el acceso al mismo para evitar la “ (...) desvirtuación del objeto de debate con la introducción de intereses o pretensiones reflejas o de algún modo, dependientes del resultado del proceso penal (...)” puesto que “ (...) se observa cierta proliferación de acusaciones particulares fundadas en estos perjuicios ´indirectos`⁸³⁹, que ahora se reconducen a ´la propia noción de víctima que dimana del Derecho de la Unión Europea`”⁸⁴⁰.

⁸³⁸ El art. 75-1 del *Code de Procédure Pénale* dice textualmente: “*Lorsqu’il donne instruction aux officiers de police judiciaire de procéder à une enquête préliminaire, le procureur de la République fixe le délai dans lequel cette enquête doit être effectuée. Il peut proroguer au vu des justifications fournies pour les enquêteurs. Lorsque l’enquête est menée d’office, les officiers de police judiciaire rendent compte au procureur de la République, de son état d’avancement lorsqu’elle est commencée depuis plus de six mois.*”

⁸³⁹ Señala expresamente la Exposición de Motivos, apartado XXII, refiriéndose a esos perjuicios indirectos que pudieran ser “(...) los que pueden sufrir las compañías aseguradoras o incluso los que afrontan los entes gestores de algunos servicios públicos (...). Y añade: “(...) No tiene sentido que estas cuestiones incidentalmente ligadas al hecho punible puedan dar lugar a la personación de los afectados como acusadores penales o actores civiles. Los intereses económicos (...) en juego no deben conducir de facto a la dilación y la complicación de un proceso en el que se ventilan cuestiones atinentes a los derechos fundamentales más primarios de

Hay que partir de la base de que en el proceso penal no existen derechos subjetivos materiales por cuanto que, como señala MONTERO AROCA⁸⁴¹ “1.º No existe relación jurídica material penal entre los que han intervenido en la comisión del delito, bien como autor, bien como víctima, y por lo mismo no puede hablarse en sentido estricto de que entre ellos surja un conflicto que debe decidirse por los tribunales y por medio del proceso. (...) 2.º) La víctima (ni el ofendido, ni el perjudicado) no es titular de un derecho subjetivo a que al autor se le imponga una pena. La aplicación del Derecho penal ha sido asumida en exclusiva por el Estado, de modo que los particulares no tienen derechos subjetivos de contenido penal. (...) y hay que decidirse políticamente por una de sus dos opciones. Se trata de que la legislación puede o no reconocer a la víctima (al ofendido o al perjudicado por el delito) el derecho subjetivo procesal a promover la actuación del Derecho penal en el caso concreto. (...) no se trata de reconocer a la víctima un derecho subjetivo material penal, sino un derecho o facultad procesal para, primero, pedir a un tribunal que inicie la averiguación del delito y la persecución de su autor y, después y en su caso, para convertirse en parte acusadora”.

A su vez, hay quien señala la necesidad de una restricción severa del acceso de las partes a la investigación. Así, PORTERO GARCÍA⁸⁴² diría que: “No resultaría inconstitucional cerrar el paso a la investigación a la acusación particular y popular si la ley así lo establece, permitiéndose su intervención en el plenario y ofreciéndose una primera fase procesal en el mismo, de proposición y aportación de prueba”.

Otros, como ESPINA RAMOS⁸⁴³, admitiendo la intervención de las partes en una investigación a cargo del Fiscal subrayan que, en tal caso, la necesidad de arbitrar un sistema que resuelva las discrepancias sobre las diligencias a practicar y advierten que: “(...) Obviamente, puede hacerse que soliciten al Fiscal la práctica de diligencias, pero en caso de rechazo por éste, resulta peligroso acudir a un sistema de recursos ante el Juez de Garantías, porque se puede llegar a desvirtuar toda la estructura ya que, o bien se opta por desnaturalizar este órgano judicial, permitiendo que instruya directamente en estos casos o al menos respecto de determinadas diligencias solicitadas por las partes; o bien se opta por un sistema en el que *ordene* al Fiscal llevar a cabo determinadas actividades de investigación”, lo que le resulta inadecuado al considerar que “(...) difícilmente puede esperarse una investigación adecuada (...) de quien no la considera pertinente”.

los acusados y (...) de las propias víctimas de la infracción”.

⁸⁴⁰ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., diría al efecto que: “(...) el fundamento es que intereses meramente económicos puedan producir dilaciones indebidas que con suma frecuencia ocurre puede acontecer en cualquier proceso penal, complicando el mismo”. *Vid.* “La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la LECrim de 27 de julio de 2011” en *Revista La Ley* núm. 7939, 8 de octubre 2012.

⁸⁴¹ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 27ª ed. cit., (AAVV), págs. 32 y 33.

⁸⁴² PORTERO GARCÍA, L., “La estructura del Ministerio Fiscal en la investigación e instrucción” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI, 1998, Madrid, 1998, pág. 11.

⁸⁴³ ESPINA RAMOS, J. Á., “La instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente” en *La reforma de la Justicia Penal*, (AAVV, coords. ARANGÜENA FANEGO, C. y SANZ MORÁN, Á. J.), Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 240.

Por otro lado, DE OÑA NAVARRO⁸⁴⁴ contempla “(...) dos posibilidades: o entender que, al tratarse la instrucción del Fiscal de una investigación preliminar con la finalidad de preparar el material probatorio, que no son pruebas, las acusaciones particular y popular no tienen por qué intervenir en estas actuaciones y deben concretar su intervención en la ulterior fase judicial (...) o entender que, por poder afectar directamente la actividad instructora del Ministerio Fiscal, alguna intervención han de tener en ésta”.

A su vez, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA⁸⁴⁵, indicará, en relación con el ejercicio de la acción penal por parte de perjudicados u ofendidos que: “(...) sería ineludible, en caso de decantarse por un modelo de investigación preliminar dirigido por el Fiscal, la implantación de un sistema dual”, al considerar que su intervención es potestativa; y entender, además que los particulares son titulares de un derecho de acción independiente y equiparable al del Fiscal y por ello, no sometido a la línea de investigación de éste. De modo que: “(...) cuando un particular ponga de manifiesto su intención de ejercitar la acción penal, la investigación preliminar habrá de encomendarse, necesariamente, a un órgano jurisdiccional, pues no es trasladable a la investigación del Fiscal el esquema de partes que rige en la actual instrucción judicial”.

Poniendo un poco de orden en todo lo anterior, GÓMEZ COLOMER⁸⁴⁶, aun advirtiendo de los riesgos que el ejercicio de las acciones particular o popular pueden representar para el funcionamiento de la administración de Justicia, estima que su participación en el proceso penal, y sobre todo y, en concreto, en la fase de investigación, presenta igualmente ventajas nada desdeñables, tales como el control del ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal, incluso de forma subsidiaria, es decir, sólo para el caso de que éste decidiera no actuar penalmente. Así, manifestará que: “(...) es un hecho constatado empíricamente que en la generalidad de las causas penales no existe ejercicio de la acción popular. Cuando alguna persona (física o jurídica), grupo o ente se constituye como parte en un proceso penal sin ser el ofendido por el delito, es porque detrás del tema de fondo, es decir, de la responsabilidad criminal que proceda, hay otro tipo de caracteres o connotaciones, bien sociales, bien políticas, de notable importancia”. Y asegura que la intervención de las partes “(...) elimina los peligros que en cuanto al ejercicio de la acción penal puede significar el monopolio de la misma por parte de un órgano público”.

Sea del modo que fuere, el ALECrim 2020, si bien mantiene la sistemática del ALE-Crim 2011, se basa en la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima, siendo que, la misma, viene a ser la persona ofendida o directamente perjudicada por el delito, conforme se establece en el art. 99 del Anteproyecto. Así, el texto dedica a las distintas acusaciones -particular y popular- el capítulo VI, del Título II del Libro I.

A su vez, es en el art. 113 ALECrim 2020, donde se reconoce a la víctima su derecho a actuar como acusación particular y donde, además de señalar quiénes podrán ejercitar la misma en caso de fallecimiento o desaparición de la víctima, se recoge igualmente, la

⁸⁴⁴ DE OÑA NAVARRO, J. M., “Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI, 2001, Madrid, 2001, pág. 39.

⁸⁴⁵ IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M^a., *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, cit., págs. 334, 335.

⁸⁴⁶ GÓMEZ COLOMER, J. L., “Acción particular, acción popular y sobrecarga de la administración de justicia penal” en *Revista del Poder Judicial* núm. 8, 1987, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1987.

posibilidad de ser utilizada por asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley les reconozca ese derecho, pero siempre con autorización de la propia víctima.

Igualmente, en el caso de que la víctima no se haya personado, la acción civil la ejercerá el Fiscal, salvo renuncia expresa o reserva de acciones.

En el aspecto formal, se establece que la personación se realizará por escrito -con indicación del tipo de acción que ejercita- y con asistencia de abogado, ante el Fiscal, en cualquier momento anterior a la preclusión del trámite de presentación del escrito de acusación. Además, si el Fiscal no reconoce a quien pretende personarse, su condición de víctima, ésta podrá acudir al Juez de Garantías a efectos de tal reconocimiento.

Dedica el texto el siguiente capítulo, el VII, del Título II, Libro I, a las partes civiles, refiriéndose separadamente: a) al ejercicio de la acción civil; b) al actor civil; c) a los terceros responsables civiles -que no podrán intervenir salvo que se haya solicitado una medida cautelar que les afecte, pudiendo en ese caso presentar escrito de defensa y participar en el plenario pero sin personarse como parte acusadora; d) al régimen de las compañías aseguradoras, para las que a efectos del seguro voluntario establece el mismo régimen que para los terceros responsables civiles y estableciéndose a efectos del seguro obligatorio la obligatoriedad de caución hasta el límite del mismo y en ambos tipos de seguro, si la responsabilidad civil consiste en una pensión provisional, la misma habrá de ser abonada anticipadamente; y e) a los terceros afectados no responsables considerándose tales a quienes no teniendo la condición de encausados, ni responsables civiles ni perjudicados, ostenten la titularidad de los bienes que hayan de ser decomisados o destruidos o de un derecho real o de crédito que haya de verse irremediadamente perjudicado⁸⁴⁷.

En lo que se refiere a la acción popular, la misma es considerada en el texto articulado como “forma de participación en la administración de justicia” y como “elemento corrector último frente a posibles desviaciones o errores en el ejercicio de la acción pública por el Ministerio Fiscal”, encontrándose su fundamento “en la introducción de una visión ciudadana de la legalidad que sea alternativa a la que tiene el poder público competente. (...) Y por ello, se trata de arbitrar un sistema que combine dos planteamientos legítimos. (...) procurar que el ejercicio de la acción popular sirva de contrapeso a una

⁸⁴⁷ La FGE en el Informe del Consejo Fiscal de 7 de julio de 2021 a este texto indica, sobre esta cuestión, que el mismo no recoge lo establecido en la STS 607/2020, de 13 de noviembre, de la Sala Segunda, (Ponente: de Porres Ortíz de Urbina, Eduardo), por la que se establece que las indemnizaciones y el resto de las responsabilidades civiles derivadas de una sentencia penal firme son imprescriptibles. En la sentencia se argumenta, al efecto que, tan importante es la intangibilidad de la responsabilidad civil que, ni siquiera el indulto puede afectar a los pronunciamientos sobre la responsabilidad civil *ex delicto*. Y la misma resolución se refiere también a que, la singular configuración del proceso de ejecución en la jurisdicción penal, permite concluir que, una vez iniciada la ejecución forzosa, no es aplicable el plazo de caducidad de 5 años establecido en el art. 518 LEC, por considerar que la ejecución de los pronunciamientos civiles no debe quedar constreñida por límites que no vengán expresamente determinados en la ley, y, esos límites, han de ser interpretados de forma restrictiva. Pero habremos de señalar que hubo un voto particular en el que se interpretaba que el crédito de la ejecutoria civil prescribe a los indicados 5 años a contar desde la extinción de la responsabilidad penal por las causas del art. 130 del Código Penal, por lo que la cuestión no parece que haya llegado a consolidarse.

concreta actuación del Ministerio Fiscal que puede ser controvertida (...) y prevenir que esta acción (...) se utilice para la consecución de intereses ajenos a los fines del proceso”⁸⁴⁸.

De este modo y para llegar al equilibrio señalado, se establecen una serie de limitaciones y restricciones, que básicamente pudieran ser de tres tipos: subjetivos, objetivos y formales.

En cuanto a los de carácter subjetivo, los límites se concretan en la exclusión de las personas jurídicas públicas⁸⁴⁹, los partidos políticos⁸⁵⁰ y los sindicatos (art. 121.1.d).

A su vez, los límites objetivos (art. 122) hacen referencia a los tipos delictivos concretos en los que puede ser utilizada la acción popular, habiendo de acreditarse la relación o vínculo personal, social o profesional con el interés público que fundamenta la intervención, de modo que, dependiendo de las circunstancias concretas, podrá solicitarse caución incluso en el caso de que el procedimiento se encuentre ya en tramitación. Dicha caución se exigirá siempre y con independencia de las circunstancias individuales, en el caso de que el Ministerio Fiscal no ejerza la acusación, (conforme al art. 123 ALECRim 2020).

Para ir concluyendo, indicaremos que, los requisitos formales están referidos: a) A la necesidad de querrela, con las exigencias explicitadas en el art. 124 ALECRim 2020; y b) A su necesaria presentación ante la autoridad judicial; esto último al efecto de “(...) control judicial de la seriedad y legitimidad del interés de la acusación en el caso concreto, lo que obliga a acreditar ante el juez que el ejercicio de la acción popular se basa en su único fundamento constitucional legítimo: la participación en la administración de justicia para alcanzar fines de interés general”. Requisito que resulta de difícil comprensión y encaje, cuando se está otorgando al Fiscal la facultad de investigación en exclusiva, además de legitimándole para la admisión -o denegación- de la personación de la acusación particular. Siendo un tanto peculiar que, “(...) si el procedimiento de investigación es tramitado por el Ministerio Fiscal no tiene sentido que la admisión de la acusación popular resida en el juez de garantías”, al decir del Informe del Consejo Fiscal de julio 2021 al ALECRim 2020. Donde se añade que sería más lógico que fuera el Fiscal quien comprobara los requisitos de personación, resolviendo a favor o en contra mediante decreto recurrible ante el Juez y se interprete como una interpretación como una desconfianza ante la actuación imparcial del Fiscal.

⁸⁴⁸ Así se recoge en la Exposición de Motivos, apartados XXIII y XXIV.

⁸⁴⁹ Ya que no pueden convertirse en “(...) una especie de Ministerio Fiscal paralelo o alternativo. El deber de la autoridad pública que, en el ejercicio de sus competencias, tiene conocimiento de un delito, es el de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal”, con forme a la Exposición de Motivos, apartado XXIV.

⁸⁵⁰ GIMENO SENDRA, J. V., decía al respecto que la exclusión de los partidos políticos “ (...) resulta plenamente justificada (...) ante el abusivo fenómeno de la ‘judicialización de la vida pública’”, sin embargo “no debiera ser secundada con respecto a las entidades sociales, las cuales debieran estar legitimadas para el ejercicio, al menos, de la acción penal en los delitos contra los derechos de los trabajadores”, *Vid.* “El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim de 2011” en *Revista Diario La Ley*, núm. 7738, Madrid, 2011.

1.5.5.2.- La defensa

En definitiva, no puede negarse que el investigado es parte necesaria en la investigación penal. Sin alguien a quien investigar y algo sobre lo que averiguar no hay indagación de carácter penal posible⁸⁵¹. Y ello, con independencia de lo que algún autor sostiene.

Así, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA⁸⁵² considera que es perfectamente posible llevar a cabo una investigación penal por parte del Fiscal con pleno respeto al derecho de defensa, pero sin intervención alguna del investigado, partiendo de la base de que el contenido esencial de ese derecho no es sino la posibilidad de “(...) oponerse con eficacia a las pretensiones acusatorias con anterioridad a la resolución en torno al sobreseimiento/apertura de juicio oral, y preparar, también con eficacia, la defensa con vistas a un eventual juicio oral (...) Basta para que se puedan entender amparados los derechos del imputado que, finalizada dicha investigación y antes de que se resuelva sobre la apertura del juicio oral, se dé al imputado la oportunidad de articular su defensa, con acceso pleno al resultado de las investigaciones y con conocimiento de la correcta pretensión procesal de la acusación”. De modo que, para diligencias que, “(...) por su propia naturaleza, fuesen irreproducibles, se habrá de regular la intervención puntual del imputado”, puesto que, de lo contrario, la aplicación “(...) del principio constitucional de la interdicción de la indefensión implicaría que estas diligencias pudieran ser declaradas nulas y, por tanto, expulsadas del proceso.

Mencionado lo anterior, -considerando la presunción de inocencia y la regulación del secreto de actuaciones cuestión fundamental referida al derecho de defensa- el ALE-Crim 2020, partiendo de lo constitucionalmente establecido y, posteriormente desarrollado, por la Jurisprudencia, recoge el régimen de publicidad externa de la investigación con la finalidad de evitar juicios mediáticos que no sirven sino para poner en entredicho el derecho a la presunción de inocencia; de modo que, para ello se han introducido “ (...) cautelas normativas que aseguren que la información transmitida se contraiga a lo necesario desde el punto de vista del interés informativo”. Determinándose dichas cautelas tanto en el ámbito orgánico como en el material, siendo que en la Exposición de Motivos, Apartado LX se manifieste que: “Ha de ser el fiscal director de la investigación el que realice la selección de los elementos que, por su interés informativo, pueden ser transmitidos a la ciudadanía y debe ser él también el que fije los términos en los que se han de consignar los datos correspondientes, asumiendo la responsabilidad de los excesos o errores en que pueda incurrir en esta delicada labor. Para ello se establece un ámbito de garantía material. Los encargados de transmitir esa información oficial quedan sujetos a límites que impiden cualquier tipo de gestión de la información que suponga un detrimento para el derecho a la presunción de inocencia ⁸⁵³.

⁸⁵¹ En este sentido, el Apartado XVI de la Exposición de Motivos del ALE-Crim 2020 señala, refiriéndose al Estatuto de la Persona Encausada, que: “Se utiliza tanto en la rúbrica del capítulo como en el texto articulado la denominación de *persona encausada*, que, como el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se encarga de aclarar, solo designa que una persona está siendo sometida a un procedimiento penal. Se definen, por ello, en el encabezamiento del capítulo, los conceptos de *persona encausada* -la sometida al procedimiento en cualquiera de sus fases-, *acusada* -aquella frente a la que se ha ejercido la acción penal- y *condenada* o *penada* -aquella frente a la que se ha dictado sentencia condenatoria-.

⁸⁵² IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M^a., *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes* cit., págs. 333, 334, 347.

⁸⁵³ *Vid.* arts. 7 y 144 a 149 ALE-Crim 2020.

Y, ya en materia referida al secreto de actuaciones, el texto articulado, permite al Fiscal acordar el mismo tanto de forma total como parcial, impidiendo al resto de las partes el conocimiento participación en las diligencias de investigación, siendo que, si se hubiere acordado la prisión del investigado, la defensa tendrá acceso a los elementos esenciales a fin de posibilitar la impugnación de la prisión provisional; estableciéndose, en el art. 578.1, los supuestos que justifican acordar el secreto⁸⁵⁴.

Materia importante nos parece, al efecto, la referida “(...) al deber de objetividad que alcanza a todas las autoridades que intervienen en el procedimiento penal. Se hace aquí un llamamiento al Ministerio Fiscal para que vele por la efectividad del derecho de defensa. (...) de este modo, la nueva faceta del fiscal como director de la investigación no le exime del deber de imparcialidad inherente a su especial posición constitucional como defensor objetivo de la legalidad” a decir de la Exposición de Motivos ALECrIm 2020, en la que se continúa indicando que: “En cualquier caso, (...), el Ministerio Fiscal, en su actividad como director de la investigación, estará sujeto a la permanente vigilancia de un órgano judicial de garantías que tendrá la misión específica de evitar que se violenten los derechos que asisten al investigado”.

Obviamente, y, sin restar importancia a los trascendentales derechos establecidos para la defensa en los artículos 11 a 13, 17, 49 a 57 -y otros- del texto articulado ALECrIm 2020, al objeto de este trabajo nos interesan más aquellos referidos a su intervención en la fase de investigación. A saber, el derecho a conocer los cargos y la acusación (art.14), el derecho de acceso a las actuaciones (art. 15) y el derecho de participación activa (art. 16).

De este modo, y teniendo en cuenta que la fase de investigación está considerada como no jurisdiccional y al solo efecto de la averiguación del delito y de sus responsables, la contradicción, en su auténtica esencia y naturaleza, queda para el plenario. Así, “(...) se ha diseñado un régimen de intervención de la defensa que no admite confusión alguna con la contradicción propia de la fase procesal, y que, por esa misma razón, no puede generar indebidamente un sucedáneo de prueba”.⁸⁵⁵ De ello se deriva, en general, la ausencia de todo valor probatorio de las actuaciones practicadas en fase de investigación. Siendo además que, será el Juez de Garantías quien confirmará o rechazará la declaración de secreto en 48 horas, y, fijará igualmente, su duración, siendo inimpugnables las resoluciones que este órgano jurisdiccional acuerde en ambas cuestiones.

De cualquier forma, entrando en otra materia, y como ya hemos señalado con anterioridad, la defensa tiene derecho a conocer el contenido completo de la investigación,

⁸⁵⁴ Ni remotamente, se establece la regla de secreto de procedimiento durante la investigación, ni siquiera su utilización de forma amplia y al entender del Informe del Consejo Fiscal 7 julio 2021, “(...) en el art. 578 ALECrIm se redactan de modo restrictivo y taxativo los supuestos de declaración de secreto y de modo prolijo las justificaciones que el fiscal debe dar ‘inmediatamente’ al juez de garantías a efectos de su convalidación”.

En esta materia el *Código de la Procédure Pénal* francés establece, en su art. 11: *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement y sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l’enquête et de l’instruction est secrète. Tout personne qui concourt à cette procédue est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal*”.

⁸⁵⁵ Vid. Exposición de Motivos ALECrIm 2020, Apartado LXI.

conforme señala el art. 562 ALECRim 2020. Este derecho del investigado a conocer, se configura, según el legislador, con un doble contenido. Por un lado el referido a los propios hechos de carácter punible y su calificación jurídica provisional, y, por otro, el correspondiente a las indagaciones realizadas en la fase de investigación; o lo que es lo mismo, derecho al conocimiento de los hechos que se le atribuyen, su relevancia jurídica y de las pesquisas en lo que lo anterior se sustenta⁸⁵⁶.

No obstante, el derecho a conocer que acabamos de describir, puede quedar temporalmente derogado ante la necesidad de decretar un secreto de las actuaciones, lo que, en realidad, no anula ese derecho a conocer, sino que, simplemente lo pospone, siendo además, que su duración estará sometida a control judicial, a fin de no perjudicar los derechos de la defensa.

También tiene el investigado, derecho a proponer diligencias que considere oportunas para la investigación⁸⁵⁷. Dice la Exposición de Motivos que “Se trata de una facultad íntimamente ligada al derecho a aportar”, siendo que la finalidad se encuentra en la conformación de una fase meramente instrumental para el juicio oral, resultando, a

⁸⁵⁶ Importante, en esta cuestión, consideramos la STS 312/2021, de 13 de abril, (Ponente: Llarena Conde, Pablo) en la que se ha venido a establecer la inexistencia de un derecho a conocer la investigación policial desarrollada con anterioridad al inicio del procedimiento judicial, ni de los instrumentos y materiales de los que dispuso la Policía salvo que se presenten indicios fundados de que la actuación policial o preprocesal pueda haber quebrantado sus derechos fundamentales, o “(...) incurrido en irregularidades, o discurrido de un modo que pueda afectar a la validez de la prueba o del procedimiento penal, así como cuando aporte indicios de coexistir circunstancias en la investigación que puedan afectar a la fuerza incriminatoria del material probatorio”. Señala también que, el derecho a conocer la información que pueda resultar relevante para el material probatorio “no es de configuración absoluta y sin modulación”. Y añade “(...) el derecho de las partes personadas a conocer las pruebas materiales que estén en posesión de las autoridades competentes hace referencia al material que integra el procedimiento penal seguido ante los tribunales, sin otra exclusión que la que, de manera temporal, deriva del secreto de las actuaciones”. Señalando, después, que: “(...) en modo alguno el derecho abarca a conocer el contenido de la investigación preprocesal, cuyo resultado final, al tener valor de denuncia o de mero objeto de prueba (artículo 297 LECrim) sólo sirve para el arranque del proceso penal y se materializa como referencia inaugural para el ejercicio del derecho de defensa en la forma procesalmente prevista”. Vid. también sobre este punto, la STC 13/2017, de 30 de enero, de la Sala Segunda, (Ponente: Enríquez Sancho, Ricardo), en la que, se reitera la doctrina del TC, que distingue “(...) entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitución reconoce en el art 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el apartado 1 de ese mismo artículo, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el art. 24.2 CE dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido”. Lo que impide “(...) asignar un mismo contenido a los derechos a la asistencia letrada que se protegen de forma individualizada y autónoma en los arts. 17.3 y 24.2 CE (...)”. Vid. también sobre esta materia la Circular 3/2018, de 1 de junio, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales.

⁸⁵⁷ Establece el art. 563 ALECRim 2020 que: “1. La defensa de la persona investigada podrá solicitar la práctica de las diligencias que considere oportunas y útiles para la investigación. 2. El fiscal acordará las diligencias propuestas por la defensa cuando sean relevantes para decidir sobre la naturaleza delictiva del hecho y la determinación de la responsabilidad criminal. De no ser relevantes, las denegará mediante decreto. 3. Sin perjuicio de lo establecido en esta ley para el aseguramiento de las fuentes de prueba, las diligencias denegadas por el fiscal durante el procedimiento de investigación podrán ser nuevamente solicitadas ante el Juez de la Audiencia Preliminar”.

su vez, fundamental articular un método contradictorio a fin de que la defensa pueda hacer uso de él en caso de denegación por el Fiscal, de modo que la revisión la realizará el Juez de la Audiencia Preliminar, quien ordenará, en su caso, la práctica de las diligencias denegadas cuando considere, al efectuar el juicio de acusación, que las mismas son imprescindibles para demostrar la improcedencia de la acción penal que pretende ejercitarse.

Igualmente, y conforme al art. 564 ALECrIm 2020, el investigado tiene derecho a utilizar todos los elementos exculpativos de los que disponga, siendo que el Fiscal solo podrá denegar la incorporación al procedimiento cuando sean absolutamente irrelevantes por ser ajenos al objeto de la investigación. En concreto, el mencionado artículo hace referencia a documentos, declaraciones juradas de testigos y a informes periciales.

A su vez, *ex art.* 565 del texto mencionado, el investigado podrá participar en la práctica de todos los actos de investigación en los términos establecidos en la ley y en todo caso, en los que se realicen para el aseguramiento de las fuentes de prueba.

Al hilo de lo que se acaba de señalar, y ante la existencia de riesgo de pérdida -o “pronóstico razonable de pérdida”- de una fuente de prueba personal, el Anteproyecto faculta a la defensa -y también al resto de las partes- a acudir al Juez de Garantías utilizando el llamado incidente de aseguramiento regulado en los artículos 591 a 603. Se manifiesta en la Exposición de Motivos⁸⁵⁸ y como rasgo definitorio al efecto que, “(...) no estamos ante un sistema de generación anticipada de prueba. (...) es un mecanismo legal de reacción ante el riesgo de pérdida de la fuente. De ahí que los actos de aseguramiento solo deban acceder al juicio oral cuando el riesgo prevenido se haya materializado, imposibilitando así su práctica en el plenario”.

Así mismo, y para el mencionado incidente, se establece un sistema de contradicción que convierte al Juez de Garantías en protagonista del mismo, siendo a él a quien corresponde tanto apreciar la realidad del riesgo invocado, como dirigir el acto mismo del aseguramiento *ex art.* 592.1 Una vez realizado y documentado el acto por el Letrado de la Administración de Justicia, habrá de testimoniarse para poder ser utilizado en el juicio oral, donde será leído en caso de haberse materializado el riesgo que motivara el incidente; siendo que no está únicamente previsto para la fase de investigación, sino que también lo está en la fase intermedia, -aquí ante el Juez de la Audiencia Preliminar- si el riesgo se produjera en ese momento procesal, (*art.* 592.2).

Se establece, también, la posibilidad de que las acusaciones soliciten de forma directa al Juez de Garantías, la práctica del incidente de aseguramiento, justificando la urgencia del mismo. Lo que podría convertirse en una forma -o método- de soslayar la necesaria intervención del Fiscal, siendo, además que, se habilita al órgano judicial, a adoptar la decisión sin audiencia alguna. Y ello sin olvidar la figura del Fiscal de Guardia.

Sin embargo, en una situación de petición acaecida una vez abierto el Juicio Oral, sería el órgano de enjuiciamiento quien se viera obligado a practicar el medio de prueba de que se tratare antes y, antes del inicio de las sesiones del plenario, por lo que sí podría hablarse, en este caso, de prueba anticipada.

⁸⁵⁸ Apartado LXVI del mismo.

En cuanto a supuestos especiales de aseguramiento, el ALECRim 2020, se recogen el de confesión judicial urgente de la persona investigada y el de la declaración de personas vulnerables⁸⁵⁹, con la finalidad, en ambos casos, de ser utilizados en el plenario una vez testimoniados, sin depender del riesgo de pérdida de la fuente de prueba. En concreto, se pretende, en el caso de menores, evitar un examen contradictorio en el juicio oral, lo que iría en contra de alguna doctrina jurisprudencial actual que obliga al menor a declarar en el plenario -con independencia de la existencia de prueba preconstituida al efecto- salvo, eso sí, que un experto informe sobre lo inconveniente y contraproducente que dicha presencia pudiera ser y resultar para el menor⁸⁶⁰. Doctrina necesariamente superada en la actualidad, tras la entrada en vigor de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

En lo que hace a la legitimación, el art. 593 ALECRim 2020, señala al Ministerio Fiscal y al investigado, como facultados al efecto, en la fase de investigación, de tal forma que, tanto la acusación particular como la popular lo pueden solicitar una vez abierta la fase intermedia, si bien ante el Juez de la Audiencia Preliminar, como ya ha quedado dicho.

Sentado lo anterior, y además de lo que ya se ha alentado, no podemos dar por finalizado el apartado sin realizar una breve referencia a la regulación que se hace en el ALECRim 2020 de la persona encausada con discapacidad y que se recoge en los artículos 61 a 80 del texto.

Realmente, no es la primera vez que se pretende regular en primera persona y en concreto la situación de un encausado con discapacidad, ya que en el ALECRim 2011 también se recogía un régimen de integración de la capacidad procesal de la persona sometida al proceso penal. Al efecto, se pretende introducir una normativa que contemple, en su integridad, un auténtico estatuto jurídico de la persona encausada con discapacidad⁸⁶¹, lo que ha comenzado a realizarse tanto, a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, como mediante la LO 8/2021, de 4 de junio, a la que ya hemos hecho referencia.

En apoyo de la correcta aplicación y adecuada puesta en práctica de estas dos normas señaladas, el día 9 de septiembre de 2021, la Fiscal General del Estado firmó un convenio marco de colaboración entre la Fiscalía General del Estado y la Confederación Plena Inclusión España, “(...)entidad que integra a las organizaciones de representación y defensa de derechos de las personas con discapacidad intelectual de todo el te-

⁸⁵⁹ Se dice en el Informe del Consejo Fiscal en esta cuestión que: “(...) entendemos que lo que aparece como excepción en los arts 591.2.c) y 602.2 ALECRim debería ser la regla general y extenderse con arreglo a una evaluación de las circunstancias personales de la víctima siempre que sea necesario para prevenir la victimización secundaria”. Lo que también es aplicable, por supuesto a los menores de edad.

⁸⁶⁰ Vid. STS 579/2019, de la Sección Segunda, de 26 de noviembre, (Ponente: Magro Servet, Vicente).

⁸⁶¹ Señala la Exposición de Motivos que su fundamento se encuentra en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y en la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 sobre garantías procesales para personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales.

territorio nacional y su misión consiste en contribuir, desde su compromiso ético, con apoyos y oportunidades, a que cada persona con discapacidad intelectual o del desarrollo y su familia, puedan desarrollar su proyecto de calidad de vida y promover su inclusión como ciudadanos de pleno derecho en una sociedad justa y solidaria” al decir del exponente quinto del citado convenio marco, siendo el objeto de este último, “(...) el establecimiento de un marco general de colaboración que permita realizar acciones concretas que garanticen que las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo o personas con dificultades de comprensión puedan tener un pleno acceso a la justicia”, conforme establece su cláusula primera⁸⁶².

Así las cosas, se atribuyen una serie de derechos esenciales a las personas que se encuentran en la situación señalada, siendo el primero de ellos el de defenderse en las mismas condiciones que cualquier otra, lo que conlleva a acondicionar los trámites a cada caso particular.

Además, a la persona con discapacidad se le mantiene la autonomía o plenitud de facultades decisorias, lo que se regula pormenorizadamente complementando su capacidad procesal de forma flexible e individualizada, mediante el establecimiento de una institución de apoyo⁸⁶³, a fin de que pueda tomar por sí misma las decisiones que le

⁸⁶² Además, y en base a la segunda cláusula, referida a los compromisos de las partes en lo que hace a los ámbitos de aplicación y difusión de la colaboración se establece que: *1.- Para la consecución del objeto de este convenio marco las partes firmantes se comprometen a elaborar en los ámbitos de actuación que a continuación se referirán, sin que ello entrañe carácter de exclusividad ni exhaustividad: a) Elaboración de guías, protocolos de actuación y cualquier otro tipo de materiales y herramientas orientadas a facilitar que los/las fiscales puedan ejercer de forma efectiva sus funciones en relación a las personas con incapacidad intelectual o del desarrollo. b) Apoyo a los/las fiscales que así lo requieran, tanto en el marco de las diligencias de investigación penal, como en el de diligencias preprocesales preparatorias del ejercicio de acciones en otras jurisdicciones, con extensión a personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, especialmente en todo aquello referido a ajustes de procedimiento que aseguren el derecho de acceso a la justicia y hagan cierto el derecho a la tutela judicial efectiva que a estas asiste. c) Promoción de acciones que permitan que las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo puedan comprender los actos de trámite, diligencias, resoluciones y escritos del Ministerio Fiscal que afectan a sus derechos a través de la utilización de versiones en lectura fácil. Singularmente, se fomentará facilitar la accesibilidad y la comprensión y el ejercicio del derecho de defensa en los procedimientos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, así como en los expedientes de jurisdicción voluntaria en que intervengan o afecten a sus intereses, y en los procesos penales, prestando especial atención a las víctimas del delito en las que concurra la condición de discapacidad. d) Colaboración y organización de acciones formativas de Formación Inicial y Formación Continua, así como colaboración en la organización de cualquier otra jornada, seminario o acción formativa de interés para ambas partes. Participación y colaboración de miembros del Ministerio Fiscal en actividades organizadas por Plena Inclusión España y sus organizaciones. e) Estudio de canales de especial relevancia en cuanto a las incoadas para la prestación de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, para la práctica de diligencias o pruebas que impliquen o afecten colaboración en materia de ejecución de penas que permitan promover la utilización de fórmulas alternativas a la privación de la libertad en el caso de personas con discapacidad intelectual o del desarrollo. f) Cualesquiera otras acciones que las partes acuerden y que tengan como finalidad la mejora del acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, en igualdad de condiciones con las demás”.*

⁸⁶³ En este sentido, el artículo 13 de la Convención de Naciones Unidas, sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 -ratificado

competen como persona encausada. La institución supone un apoyo graduado y para casos concretos, pero no la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, a decir del legislador.

Igualmente, el texto articulado establece el derecho de participación eficaz de la persona con incapacidad durante todo el procedimiento, lo que implica necesariamente, como ya se ha señalado, su adaptación a las circunstancias concretas de la incapacidad⁸⁶⁴.

Para la efectividad de los derechos indicados se establece una actuación inmediata de las autoridades con las que la persona en esta situación contacta en un primer momento, lo que implicará la adopción de las medidas cautelares adecuadas al caso, estableciéndose un incidente *ad hoc* a fin de dictar una resolución judicial evaluando y concretando las circunstancias concretas de la discapacidad que permite, en su caso, la adopción de medidas cautelares específicas. Siendo además que, en caso de que solo sea posible la imposición de una medida de seguridad, el único que pueda acusar sea el Ministerio Fiscal, de modo que la víctima puede exclusivamente ejercitar la acción civil.

Definitivamente, completaremos el presente apartado con la mención a la persona jurídica encausada que, también, viene regulada en el ALECrím 2020 en los artículos 81 a 86.

Conforme se señalaba en la Circular 1/2011 de la FGE, de 1 de junio, *relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*, caben dos posibilidades para garantizar a la persona jurídica el derecho de defensa que le asiste; por un lado, humanizando la misma a través de un representante persona física; y, por otro, considerando innecesaria la presencia física de una persona física que materialmente represente a la persona jurídica durante todo el proceso. Pero cabría una tercera opción -ecléctica- que combine las dos posturas señaladas⁸⁶⁵.

En el sentido señalado, el art. 81.1, pár.1º ALECrím 2020 establece que “En representación de la persona jurídica que pueda resultar penalmente responsable comparecerá la persona física especialmente designada por su máximo órgano de gobierno o administración para ostentar el cargo de director del sistema de control interno de la entidad, quien habrá de estar directa e inmediatamente bajo la autoridad de dicho órgano y disponer de poder especial otorgado al efecto”. Prohibiendo en el art. 81.3 que la persona jurídica acusada designe como representante legal a quien haya de declarar como testigo o a quien deba tener cualquier otra intervención en la práctica de la prueba. Lo que puede resultar ser poco respetuoso con el derecho de defensa.

por España el día 23 de noviembre de 2007, BOE 21 de abril de 2008- establece que, a fin de que estas personas puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones, los Estados Partes podrán recurrir incluso a “(...) ajustes de procedimiento, adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

⁸⁶⁴ Vid. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁸⁶⁵ El Informe de la FGE de 7 de julio 2021 al ALECrím, señala que “(...) es por la que parece optar el prelegislador, si bien con algunas peculiaridades”.

A su vez, *ex arts.* 81.4 y 84.2 ALECrIm 2020, el representante de la persona jurídica que no haya sido inculcado personalmente y actúe en el procedimiento, no tiene la condición de encausado, sin embargo, su incomparecencia injustificada en el Juicio Oral puede conllevar su detención, permitiéndose, por el contrario, que actos de investigación o de aseguramiento de prueba, puedan sustanciarse con el abogado defensor.

Para concluir estas líneas -dedicadas a la persona jurídica encausada en el ALECrIm 2020-, indicaremos que el art. 81.2 del texto se recoge y regula el supuesto de que ninguna persona ocupe el cargo de director del sistema del control interno, y, la persona jurídica, a pesar de haber sido previamente advertida de las consecuencias de la falta de designación, no designe otra que lo acepte. En esta hipótesis, se prevé que sea el Juez de Garantías quien elija para representar a la entidad, a quien ostente el máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho.

1.5.6.- Conclusión de la fase de investigación

También viene a establecerse en el texto articulado ALECrIm 2020 la correspondiente reglamentación de la finalización -o “cierre”- de la fase de investigación⁸⁶⁶, a la que destina los artículos 586 a 589, recogiendo, en el artículo 590, los supuestos en los que cabe la reapertura de la misma.

Señala el legislador en la Exposición de Motivos, Apartado LXIX, que “(...) cuando la investigación se cierra con la acusación del fiscal -que acompañará su escrito de acusación al decreto conclusivo- el procedimiento se desarrolla con fluidez hacia la fase intermedia, con la presentación, en su caso, de los escritos de acusación alternativos y la remisión de todo el expediente al Juez de la Audiencia Preliminar, que será el que proceda a la depuración de las acusaciones presentadas”.

Por el contrario, cuando el Fiscal considere que no existen motivos para ejercer la acción penal y las acusaciones o la víctima discrepen al efecto, se dispone un incidente sencillo que pueden utilizar las acusaciones personadas o la propia víctima, quien tiene la posibilidad de personarse en ese momento, lo que en palabras del legislador “(...) no se trata de una revisión judicial de la decisión tomada por el Ministerio Fiscal (...) -que solo a él compete-. El sentido del incidente, al que se da la significativa denominación de ‘autorización judicial de la acusación pública’, es que las partes o víctimas que discrepan de la decisión del fiscal puedan exponer al Juez de Garantías las razones por las que consideran viable el ejercicio de su propia acción penal obteniendo, en su caso, el imprescindible auxilio judicial para la práctica de las diligencias que resulten estrictamente imprescindibles para sustentarla y, eventualmente, la autorización para ejercitar la acción penal y promover la apertura del juicio oral”⁸⁶⁷.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, las acusaciones tendrán diez días para solicitar del Juez de Garantías la autorización para el ejercicio de la acción penal, del

⁸⁶⁶ En este sentido, el art. 586.2 ALECrIm 2020, establece los supuestos en los que procede la conclusión viniendo a equipararse a los actuales artículos 637 y 641 de la vigente LECrIm referidos tanto al sobreseimiento libre como al provisional.

⁸⁶⁷ Exposición de Motivos ALECrIm 2020, Apartado LXIX.

que se dará traslado al investigado y al Fiscal, quienes, a su vez, dispondrán de otros diez días para alegaciones. De modo que, si el Juez de Garantías accede a la petición, las acusaciones tendrán otros diez días para presentar el escrito de acusación; y si no lo hicieren se procederá al archivo. Además, también en este supuesto de archivo por el Fiscal, las acusaciones podrán solicitar del Juez de Garantías, la práctica de las diligencias de investigación que les fueran denegadas por el Fiscal.

En cualquier caso, habremos de señalar que, nada se dice en cuanto a la posición en la que queda el Fiscal cuando son las acusaciones las únicas que quieren ejercer la acción penal -y suponiendo que el Juez de Garantías lo acuerde así- ya que, no se prevé su intervención, formulando escrito de defensa, en la fase intermedia.

La impugnación del cierre de la investigación que se recoge en el art. 587 ALECRim recuerda un poco a lo previsto en el vigente Procedimiento Sumario Ordinario, cuando llegados los autos a la Audiencia Provincial se da traslado a las partes por si considerasen necesaria la práctica de nuevas diligencias, con devolución, en caso de ser así y acordarlo la Sala, al Juzgado de Instrucción para su práctica, *ex art. 631 LECRim*.

Una vez concluida la investigación y ejercitada la acción penal se inicia la llamada Fase intermedia. Y aún sabedores de su importancia -teniendo en cuenta la trascendencia del juicio de acusación o confirmación de cargos- consideramos, excede el objeto del presente estudio.

2.- En busca del Santo Grial. El caso francés y otras propuestas

Es lo cierto que, todo lo hasta ahora analizado ha venido referido, en su inmensa mayoría, a los instrumentos o medios existentes para la agilización de la Justicia penal y, correlativamente, a la voluntad política proyectada sobre aquellos en el proceso penal español. Voluntad política que, tras lo examinado, entendemos, no pasa por dar con la solución adecuada y necesaria en términos de identidad propia.

Sin embargo, queremos pensar que caben otras posibilidades para dar solución a esa endémica lentitud del proceso penal que, vaya por delante, no es exclusivamente nuestra. Y es por ello, precisamente, que, considerando necesaria una renovación del proceso penal -incluso con entrega de la investigación al Fiscal, para no ser menos-, bien se podía haber acudido -además- al auxilio o, al ejemplo, de modelos preexistentes en nuestro país, a la vista de que, tampoco en los países en los que el Ministerio Fiscal instruye *in illo tempore*, dicha posición activa y exclusiva en la investigación, haya podido evitar las dilaciones.

En el sentido señalado, contamos, sin ir más lejos, con el ejemplo francés. Y, consideramos así de interés, mencionar los vaivenes históricos -*des allers et retours*- que se han ido sucediendo en Francia, respecto a la desaparición -o no- del Juez de Instrucción, puesto que, al parecer, no se ha escatimado ni en andanzas ni en turbulencias al respecto, desde que, en 1958, se aprobara el *Code de Procédure Pénale*⁸⁶⁸; siendo,

⁸⁶⁸ Resumiendo la historia del devenir de este texto -y de la filosofía que lo inspira- cabría decirse que los años 60 quedaron marcados por la Guerra de Algeria perturbando su aplicación. A su vez, las dos décadas de los 70 a los 90, conllevarían la aspiración a una mejora de las garantías

además, que la concreción de las funciones de los Jueces de Instrucción se iniciara en 1808, de modo que el legislador napoleónico ya disociaba la investigación y la instrucción propiamente jurisdiccional⁸⁶⁹.

Al hilo de lo anterior, la *loi n.º 2000-516 du 15 juin 2000*, supuso, precisamente, el comienzo de la vigencia de esa disociación de facultades del Juez de Instrucción: de investigación por un lado, y de coerción, por otro, puesto que sería otro Juez, el de las Libertades y de la Detención quien habría de decidir sobre la prisión provisional, pero quedando residualmente en manos del Juez de Instrucción, las facultades jurisdiccionales en los escasos asuntos que instruye, entre las que se incluye la legitimación para mantener la prisión provisional hasta el envío de la causa al órgano -Jurisdicción- de enjuiciamiento⁸⁷⁰.

Más tarde, la *loi du 9 mars 2004, dite Perben II*⁸⁷¹, si bien no abordaba abiertamente la cuestión de la separación de las facultades del Fiscal y del Juez de Instrucción en el seno de la fase de investigación, de forma indirecta, y, alejando a éste último de la escena judicial en beneficio del Ministerio Público, ampliaba las facultades de investigación de los Fiscales, convirtiéndolos así en el eje del proceso penal, al otorgárseles más poder en la dirección de la investigación, emergiendo una facultad quasi-jurisdiccional a través de la puesta en marcha de un procedimiento de declaración de culpabilidad, además de la posibilidad de acudir directamente al Juez de las Libertades y de la Detención sin necesidad de someterse al Juez de Instrucción⁸⁷², o de pasar por él. No obstante, el Juez de Instrucción seguiría presente en el proceso penal francés en las dos siguientes leyes que se promulgaron la *loi n.º 2007-287 du 5 mars 2007 sur le recru-*

de las libertades fundamentales en un contexto de crecimiento de la delincuencia y de la represión añadida. La última década del siglo XX, habría sido el momento de de las grandes reformas ideológicas, de importantes leyes para represión del terrorismo y de las alternativas al proceso. En el año 2000, se produjo una especie de “refundación” del proceso penal a través de la *loi n.º 2000-516 du 15 juin (dite Guigou)*. Los años 2001 a 2009 pasarán a la historia como los de la creciente importancia de la inseguridad y de la constante injerencia del Ministro del Interior en los textos legales sobre la Justicia. El período entre el año 2010 y el 15 de agosto de 2014 se traducirá en anuncios de reformas cuyos proyectos quedarán frustrados por el peso de las exigencias constitucionales y de las interpretaciones tanto del TEDH como del TJUE. El 13 de noviembre de 2014, Francia entrará en la era legislativa del terrorismo con la *loi n.º 2014-1353*, de 13 de noviembre, que va más allá de la lucha antiterrorista, al desmaterializar -en la práctica- los actos de investigación e instrucción. Los años 2015 a 2017 serán los de la “explosión en vuelo” de los derechos fundamentales en el contexto de la barbarie terrorista, con cuatro leyes antiterrorismo, si bien se dictaron otras dos leyes fuera de esa materia, la *loi n.º 2016-1547 du 18 novembre, de modernisation de la Justice du XXI siècle* y la *loi n.º 2017-242 du 27 février*, sobre la prescripción en materia penal. Ya, en 2019, la *loi n.º 2019-222 du 23 de mars de programmation 2018-2222 et de réforme pour la Justice* que mencionaremos después, y a la que nos dedicaremos junto a otras de data posterior.

⁸⁶⁹ El Juez de Instrucción fue creado en 1808 por Jean Jacques Régis de Cambacérès (Duque de Parma) quien consideraba que no podían reunirse en un solo órgano las funciones de acusador e instructor.

⁸⁷⁰ Recuérdese el *Affaire d’Outreau*, que saltó a la opinión pública en 2005 cuando se iniciara el Juicio Oral, si bien los hechos objeto de la causa, se retrotraían a fechas comprendidas entre 1999 y 2002.

⁸⁷¹ Que ya ha sido mencionada en la Segunda parte de este trabajo, al tratar de la configuración constitucional del Ministerio Fiscal en Francia.

⁸⁷² De hecho, La Fiscalía de París, tras la promulgación de esta ley amplió sus atribuciones creando los “*bureaux des enquêtes*”.

tement, la formation et la responsabilité des magistrats y la *loi n.º 2007-291* de la misma fecha, a fin de reforzar el equilibrio del proceso penal mediante la llamada “instrucción colegiada”.

Con posterioridad, habiéndose pronunciado el Presidente de la República -en enero de 2009- a favor de la supresión del Juez de Instrucción y, habiéndose retomado la misma postura por la llamada *Commission Léger* en su informe de septiembre de 2009, se podía pensar que la figura del Juez instructor tenía los días contados, los necesarios para llevar a cabo los trámites al efecto y promulgar la ley⁸⁷³. Sin embargo, no fue así.

De este modo, las vicisitudes de la vida política, además de otros motivos, hicieron fracasar la reforma, hasta que, la barbarie de los atentados terroristas de enero y noviembre de 2015 -vista oral, de este último, iniciada el 8 de septiembre 2021-, condujera al Gobierno francés a promulgar la *loi n.º 2016-731 du 3 juin*, otorgando al Fiscal⁸⁷⁴ -bajo el único control del Juez de las Libertades y de la Detención- facultades hasta entonces reservadas a los Jueces de Instrucción (o a los propios Jueces de Libertades), permitiéndosele, por ejemplo, el acceso a los registros de ADN en busca de personas que pudieran estar emparentadas en línea directa con algún desconocido que hubiera dejado una muestra biológica en la escena de un caso encuadrable en el art. 706-55 del Código Procesal Penal francés⁸⁷⁵; o utilizar medios técnicos que posibilitan identificar una terminal de ordenador o un número de abonado, en los casos de los delitos reseñados en los arts. 706-72 y 706-73 CPPF⁸⁷⁶, en relación con el art. 706-95 del

⁸⁷³ Así, el día 23 de febrero de 2010 fue presentado ante el Consejo de Ministros el correspondiente Proyecto de Ley, en el que se recogía, entre otras, la creación de la *partie citoyenne* -junto a la ya existente *partie civile*- a la que facultaba a participar invocando incluso un interés indirecto, y todo ello, con la finalidad de evitar toda sospecha de intervención del Ejecutivo, en los llamados asuntos sensibles o político-financieros, con propósito de acallarlos mediante la no iniciación de la investigación. *Vid.* el escrupuloso trabajo sobre el mencionado informe realizado por ESPARZA LEIBAR, I., “La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger” en *Revista Penal* núm. 26 cit., págs. 130 a 138.

⁸⁷⁴ Y también a la Policía Judicial, ya que -como se sabe- con independencia del devenir de los diferentes regímenes políticos, todos los Ministros de Interior tienen la tendencia o -directamente- la intención de controlar el país en nombre de la seguridad ciudadana y del orden público. De este modo, tras los mencionados atentados terroristas de 2015 en Francia, esta ley otorgó -y otorga- a los *Préfets* facultades de restricción considerables en referencia -y detrimento de- a libertades individuales -tales como la prohibición de regreso a territorio nacional a ciertas personas o el cierre de lugares de culto- en situaciones en las que sin haberse cometido aún delito alguno, existan serias razones para considerar o pensar que se va a cometer un acto terrorista.

⁸⁷⁵ Reforma introducida por el art. 24 de esta ley, refiriéndose la actual redacción del art. 706-55 del Código Procesal Penal francés a delitos de naturaleza sexual, a crímenes contra la humanidad y contra la vida de las personas, de tortura, de tráfico de estupefacientes, contra la libertad personal, de proxenetismo, de trata de seres humanos, de explotación de la mendicidad, delitos contra la propiedad, de extorsión, de estafa, contra los intereses nacionales, de falsificación de moneda, de terrorismo, crímenes de guerra y un largo etcétera más.

⁸⁷⁶ El art. 706-72 CPPF establece el procedimiento aplicable a los delitos *atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données*. A su vez, el art. 706-73, modificado por la *loi n.º 2019-222 du 23 mars 2019* - arts. 46-II y 109-XIII en vigor desde el 1 de junio 2019, se refiere a prácticamente los mismos delitos cuyo procedimiento de persecución se recoge en el mencionado art. 706-55 pero cometidos por grupo organizado.

mismo texto⁸⁷⁷ en situaciones de peligro de pérdida de pruebas o de ataque grave a personas y bienes.

A su vez, la ya referida *loi 2019-222 du 23 mars 2019*, tampoco ha suprimido la figura del Juez de Instrucción pero ha concedido al Ministerio Público prerrogativas cada vez más importantes, debilitando, de este modo, la posibilidad de acudir a una instrucción judicial, tanto en referencia a supuestos delictivos cuyo conocimiento y fallo corresponde al *Tribunal correctionnel* como en delitos más graves. Esta evolución se había iniciado con la *loi Perben II du 9 mars 2004*, que otorgaba al Fiscal facultades hasta entonces reservadas al Juez de Instrucción, quedando en sus manos la posibilidad de abrir una instrucción o iniciar una investigación policial, siendo que si eligiera esta última posibilidad, podría ir a la búsqueda de la verdad con-prácticamente- las mismas facultades que el Juez de Instrucción con la única “válvula de protección” como defensa de las libertades del interesado, que supondría la necesidad de acudir al Juez de las Libertades quien, al parecer se encuentra desbordado de trabajo y no puede sino ver los asuntos “desde -y- de lejos”⁸⁷⁸. De este modo, el objetivo quedaba ya conseguido y, concretado, en la absorción tanto de la instrucción como la del Juez que la realizaba, por la investigación en manos del Ministerio Fiscal.

La repetida *loi n.º 2019-222* acentúa el “movimiento de desplazamiento de facultades” a favor del Fiscal, quien, tras su entrada en vigor, a modo de ejemplo, puede incluso ampliar la investigación más allá de los plazos legales establecidos sin necesidad de -o sin estar obligado a- la apertura de informar a órgano judicial alguno, disposición ésta, avalada por el Consejo constitucional, en su Dictamen 2019-778 DC, de 21 de marzo 2019. Y ello, sin dejar de lado que es el Fiscal quien debe ser imparcial e investigar *à charge et à décharge*, quien ha de velar y proteger al investigado contra cualquier ataque a los derechos y libertades del investigado, y siendo, como es, ante todo y sobre todo un acusador público, resulta difícil pedirle -o esperar de él- que se impregne de esa cultura de la imparcialidad⁸⁷⁹.

Sea como fuere, y a decir de algún sector de la abogacía gala⁸⁸⁰, para el caso de la desaparición de la figura del Juez de Instrucción, -también en Francia- habría que replantearse, mediante un minucioso examen al respecto, *l’statut du parquet*⁸⁸¹, refor-

⁸⁷⁷ Referida a la necesidad de autorización judicial para el acceso remoto a datos almacenados *via* comunicación electrónica a los que se puede entrar mediante un IP.

⁸⁷⁸ Vid. GUINCHARD, S. y BUISSON, J., *Procédure pénale*, LexisNexis, París, 2020, pág.74.

⁸⁷⁹ Vid. GUINCHARD, S., “L’instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour EDH dans les débats français sur la Justice” en *Mélanges Sudre* LexisNexis, París, 2018, pág. 315.

⁸⁸⁰ Vid. GUINCHARD, S. y BUISSON, J., *Procédure pénale* cit., pág. 252.

⁸⁸¹ En palabras de François Saint Pierre, (abogado y co-director del *Institut de défense pénale*) “Si se quieren aunar las dos funciones, hay que desplazarse hacia un sistema acusatorio y considerar al abogado como una parte firme y sólida del procedimiento. Lo que supone, a la vez, reforzar el status y los derechos de la defensa”. Vid. la *Gazette du Palais* núm. 344, 12 marzo 2019, pág.11. En sentido contrario a la desaparición del Juez de Instrucción se postula Dominique Inchauspé (abogado en París desde 1983) quien en una entrevista concedida a *Daloz actualité* el día 18 de abril de 2019, manifestaba estar en contra del constante aumento de las facultades del Fiscal en la investigación -con la pretensión de que sea, a la vez, Torquemada y Salomón- y criticando el hecho de que cuando el dossier que el Fiscal envía, tras la investigación, al Tribunal, sólo recoge diligencias inculpatorias, omitiendo las de naturaleza exculpatoria, a pesar de estar obligado a su inclusión. Señala también que él, personalmente, nunca ha visto una

zando a la vez el derecho de defensa e introduciendo la posibilidad de presentar recursos desde el inicio mismo de la investigación policial⁸⁸².

Algún sector doctrinal⁸⁸³ ha llegado a indicar que han sido los mismos Jueces de Instrucción quienes han propiciado -o permitido- su propia desaparición, al aceptar la cercanía con los Fiscales, reuniéndose en una misma estructura y aceptando así, de alguna manera, el sistema establecido para los centros financieros; y recalca ese sector, la complicidad existente entre Jueces y Fiscales, que van de la mano tanto en la investigación como en la instrucción, pervirtiendo, de este modo, el principio de separación de las funciones judiciales⁸⁸⁴.

Habremos de ir finalizando esta inmersión en la situación en la que actualmente se encuentra la investigación y/o instrucción en Francia, refiriéndonos a la repercusión que -sobre el principio de igualdad de armas en el proceso- puede tener la elección inicial del Fiscal sobre el modo de realizar la investigación, sea una investigación preliminar, o sea una instrucción judicial, a cuyo fin haremos mención a dos sentencias dictadas en aquél país, para observar la diferencia de criterio utilizada en cada una de ellas.

De este modo, y en primer lugar, la sentencia de la *Cour de cassation, Chambre criminelle, 6 mars 2013, 12-90.078*, resolviendo el recurso interpuesto frente a la dictada por la *Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, du 13 décembre 2012*, en la que se deniega la remisión de una *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC) al *Conseil constitutionnel*, considerando que los artículos 40, *alinéa 1er*, 40-1, 79 y 80, *alinéa 1er* CPPF -mediante los que se otorga al Ministerio Fiscal la facultad discrecional de elegir el procedimiento de investigación a seguir y de decidir la persecución del delito a

investigación del Fiscal que haya sido rechazada por el Tribunal de las Libertades y de la Detención, ya que -añadía- el 98% de las mismas son admitidas por dicho órgano como si se tratara de un cheque en blanco. Sin embargo, finalizaba pronosticando un mayor refuerzo de las facultades del Fiscal en la investigación ya que indicaba “con razón, los políticos consideran que la instrucción es un proceso demasiado pesado y oneroso”.

⁸⁸² Vid. LEHMAN, H., *Le procès Fillon*, Éditions du Cerf, Paris, 2018. Asunto sobre la investigación contra el candidato a las presidenciales francesas François Fillon, en el transcurso de cuya investigación por la Fiscalía, ésta venía manteniendo su posición de investigado, mientras que los abogados de la defensa cuestionaban los cargos en su contra, pero sin el más mínimo resultado práctico ya que durante la investigación preliminar, no se dispone de recurso alguno ante la *Chambre de l'instuction*.

⁸⁸³ Por todos, GUINCHARD, S., *Procédure pénal* 13^a ed. cit., págs 103, 104, 253 y 254, quien establece un ejemplo cuando se refiere al texto de la resolución que dicta el Juez de Instrucción para remitir el expediente al *Tribunal correctionnel*, órgano de enjuiciamiento, o, en su caso, a la *Cour d'assises*, señalando que no hace sino copiar palabra por palabra la resolución del Fiscal; ocurriendo igualmente, lo mismo, en la solicitud de prórroga de la detención por parte del Fiscal, e incluso en supuestos de registro domiciliario sin consentimiento del morador. Señala al efecto, la Sentencia dictada en el *Cass. Crim., 21 janvier 2020, n.º 18-84.899* (N.º Lexbase: A99543BB), en la que refiriéndose a la legalidad del registro domiciliario realizado en el caso establece “(...) la Haute Juridiction considère que la motivation de l'ordonnance du JDL répondait aux prescriptions de l'article 76, alinéa 4, du Code de procédure pénale, peu importe que les motifs de la décision analysant les éléments de fait et de droit rendant nécessaire la mesure, soient exactement repris des termes de la requête du procureur de la République”, sentencia que, al parecer retorna al criterio -establecido en 2013 en otra de sus resoluciones y que se creía superado por una sentencia de 2016, en la que mantenía el criterio opuesto.

⁸⁸⁴ Función judicial entendida en su acepción francesa.

través de una citación directa ante el Tribunal de enjuiciamiento, tras la investigación preliminar, sin la apertura previa de una investigación judicial: “(...) *no modifican el desarrollo del proceso penal, ni tampoco privan a la persona de un proceso justo y equitativo en lo que se refiere al derecho de defensa, siendo que, las garantías del derecho de defensa en la investigación preliminar son equivalentes a aquellas de las que se hubiera podido beneficiar si el caso hubiera sido objeto de una investigación judicial*”⁸⁸⁵.

Por el contrario, la sentencia del *Tribunal correctionnel de Nanterre*, 14 nov. 2012: JCP 2013, *doctr.* 323, *Quentin*, vendría a establecer todo lo contrario⁸⁸⁶. El Tribunal -partiendo de la base de que la *chambre criminel de la Cour de cassation* venía manteniendo de manera continuada que la elección del Fiscal sobre el modo de investigación a realizar, es discrecional-, sin entrar a valorar la elección efectuada, afirmaba, teniendo en cuenta los principios rectores del artículo preliminar CPPF y del art. 6 CEDH, que no puede haber “(...) *pour une même personne dans une même situation, ni dissymétrie de traitement, ni de droits de la défense à géométrie variable, selon le cadre procédural choisi*”, resolviendo en el sentido de acordar la nulidad de todo lo actuado, tras precisar que la Fiscalía no había garantizado de manera efectiva la protección de los derechos de esas personas a beneficiarse de un proceso justo en la fase de enjuiciamiento, en concreto al acceso a las actuaciones y al derecho de citar a testigos.

Sea como fuere, podría decirse que el Fiscal francés, como verdadero protagonista de la política penal local y como retransmisor de la Política Criminal del Estado en contacto directo con las expectativas de los ciudadanos, víctimas -sobre todo en las grandes ciudades- de una violencia galopante y que adopta, además, nuevas modalidades, se ha convertido en una especie de *préfet de justice*, que le obliga a hacerse cargo -muchas veces de forma urgente- de todo tipo de causas, en la necesidad y obligación de respetar siempre el principio de igualdad y sin transformarse en Juez sentenciador. De forma que, con medidas tales como la transacción penal -*composition pénale*-, la comparecencia para reconocimiento de culpabilidad -*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*-, como más arriba hemos denominado conformidad “a la francesa”, lo que se está haciendo es orientar al Ministerio Público hacia un ejercicio negociado de la acción pública. Además, el propio legislador, va todavía más lejos, confiéndole un papel -¿heterodoxo?- en materia de prevención de delitos, desde siempre en manos de la Policía, lo que le transforma en una especie de colaborador del *préfet*. Pero no hemos de olvidar que la nueva redacción del art. 39-2, *alinéa* 2 CPPF obliga al Fiscal a que la investigación se lleve a cabo *à charge et à discharge*, -es decir, practicando la misma con diligencias que no vayan únicamente en contra del investigado, sino también aquellas otras que puedan favorecerle- expresión que ha sido tomada prestada del art. 81, *alinéa* 1er CPPF en la que se utilizan los mismos pero referidos a la instrucción judicial.

⁸⁸⁵ La traducción es nuestra.

⁸⁸⁶ Se trataba de un caso bastante peculiar, del que conoció el *Tribunal correctionnel de Nanterre*, en un supuesto en el que, el hecho de la elección que hiciera el Fiscal de iniciar una investigación preliminar en lugar de abrir una instrucción, y en el que tras cuatro años de pesquisas, el Fiscal terminara por citar directamente a los investigados, ante el Tribunal de enjuiciamiento. Los investigados, interpusieron el correspondiente recurso en base a que habían sido privados de los derechos de defensa de los que hubieran podido beneficiarse si se hubiera abierto la instrucción, arguyendo también que se había contravenido el principio de igualdad de armas.

A lo hasta ahora mencionado, habremos de añadir que, la tantas veces mencionada *loi n.º 2019-222 du 23 mars 2019*, también modifica la *procédure de l'amende forfaitaire applicable à certains délits*⁸⁸⁷, estableciendo que, cuando la ley así lo prevea, la acción pública quedará extinguida por el pago de una multa -por cuantía máxima de 3000 Euros- que se fije por la ley. Esta multa constituye una sanción penal y consiste en pagar cierta cantidad de dinero en la Hacienda Pública, haciéndose depender la cuantía de la gravedad de la infracción, siendo que, la misma, puede ser reducida en supuestos de pago inmediato -o en corto plazo- y agravada en caso de abono tardío. En principio, la sanción ha de ser acordada e impuesta por un órgano judicial. Sin embargo, para delitos comunes y de poca gravedad, puede ser impuesta por la Policía. En cualquiera de los casos, con el abono de la multa, se pone fin a la posibilidad de ejercicio de la acción penal

De este modo, y, tras un inicial desarrollo -a partir del 16 de junio de 2020- en las ciudades de Rennes, Reims, Créteil, Lille y Marseille, la aplicación del procedimiento, se extendió a todo el país, desde el día 1 de septiembre 2020.

Continuando con el objeto principal del presente trabajo -centrado en la dinamización del proceso penal- e, investigando, al efecto, las últimas medidas de agilización del proceso penal francés, además de lo ya indicado hasta ahora, nos hemos encontrado con la *Circulaire relative à la mise en oeuvre de la justice de proximité*, dictada por el Ministro de Justicia (Nº NOR: JUST2034764C), en fecha 15 de diciembre de 2020, siendo que, previamente, y en su discurso de política general⁸⁸⁸, el Primer Ministro francés había ya realizado un llamamiento a la “preparación de una justicia de proximidad” para hacer frente “*aux petites incivilités*” por lo que, en consecuencia, el Ministro de Jus-

⁸⁸⁷ Procedimiento ya recogido en la *loi n.º 2004-204 du 9 mars 2004*, modificada -con ampliación del ámbito material de aplicación por *loi n.º 2016-1547 du 18 novembre 2016*, en su art. 36, en vigor desde el día 20 de noviembre de 2016- y, aplicable básicamente a delitos de conducción sin permiso, así como de circulación sin seguro y, también, a delitos de consumo de estupefacientes, *vid.* el art. D45-3 del CPPF, el art. 1 del *Décret n.º 2017-429 du 28 mars 2017*, y el art. 7-I del *Décret n.º 2019-507 du 24 mai 2019*) - fecha en la que fue modificada, otra vez, por la *loi n.º 2019-222*, y que se recoge en los arts. 495-17 y ss. del CPPF. Siendo, de nuevo, modificada mediante *Décret n.º 2021-1093 du 18 août 2021, relatif à la procédure de l'amende forfaitaire*, en el que se establece, por un lado, que, al igual que en las *contraventions*, las notificaciones se realizarán correo ordinario, y, no por correo certificado, como se venían haciendo, para “facilitar” su recepción por los destinatarios. Y, por otro, que el *procureur de la République* de Rennes, que controla a nivel nacional y de forma centralizada la aplicación de este procedimiento, podrá enviar, a los Fiscales correspondientes -en función del lugar de comisión de los hechos- aquellos expedientes en los que se aprecie la existencia de alguna infracción penal, a fin de que, éstos últimos, decidan sobre la continuidad del repetido procedimiento.

⁸⁸⁸ Del día 15 de julio de 2020, en la que señalaba que las nuevas orientaciones de política penal reposaban sobre un tríptico muy simple: priorización, reorganización y medios. De hecho, el Presupuesto para 2021 permitía la creación de 168 plazas de titulares (de los que 50, son para Magistrados y 100 para Letrados de la Administración de Justicia (*Greffiers*), además de cerca de 914 plazas a cubrir mediante contratos temporales para asegurar el apoyo temporal necesario a la jurisdicción a título de refuerzo de la justicia penal de proximidad. Siendo que también habrá de realizarse un desembolso económico suficiente referido a Magistrados honoríficos, Magistrados en régimen de temporalidad y a los Fiscales delegados, éstos últimos, ciudadanos habilitados por cinco años para ejercer esta función, que ejecutan a petición del Juzgado las medidas alternativas a las sanciones penales en infracciones de poca entidad. En realidad, la mayoría de esas 914 plazas están previstas para los llamados fiscales delegados.

ticia, comenzó a elaborar una hoja de ruta al respecto, de modo que, la Justicia de proximidad, que se creía perdida⁸⁸⁹, al parecer regresaba con cierta fuerza en el país vecino, pero, eso sí, entendiéndose de otra manera, y como nueva fórmula, ya que nada tenía - y tiene- que ver con la figura de los anteriormente llamados jueces de proximidad, que eran jueces legos.

En este contexto, además de la Circular indicada, se publicó el *Décret n.º 2020-1640 du 21 décembre 2020 renforçant l'efficacité des procédures pénales et les droits de victimes*, publicado en el *Journal Officiel de la République Française n.º 0310* de 23 de diciembre de 2020.

La finalidad de estas nuevas normas no es sino que, la *petite délinquance* sea gestionada con rapidez y eficacia, de modo que, lo que ha venido a fundamentar esta nueva modificación del proceso penal francés, es el hecho de que cerca del 90% de estos procedimientos penales, si bien reciben la correspondiente respuesta judicial, la misma, llega demasiado tarde, por lo que se busca una respuesta rápida, además de conseguir dicha respuesta, tanto mediante un criterio de proximidad geográfica (lo más cercana posible al lugar de comisión de los hechos), como de proximidad temporal, con un pronunciamiento judicial rápido. En añadidura, se ha promulgado la *loi n.º 2021-401 du 8 avril 2021, améliorant l'efficacité de la justice de proximité et de la réponse pénale*, habiendo sido publicada en el *Journal Officiel de la République Française n.º 84, du 9 avril 2021*⁸⁹⁰.

Insistiendo más en la Circular del Ministro de Justicia de Francia, habrá de señalarse que, en la misma, se invita a los Fiscales un acercamiento a los lugares de audiencia del justiciable recurriendo a lo que llaman *justice foraine* -lo que supone un desplazamiento de la sede oficial- apelando a los *delegués du procureur* a fin de que se acerquen a recintos judiciales próximos para el ejercicio de sus funciones. Además, se llama a las autoridades judiciales a utilizar con preferencia instrumentos distintos a los referidos a la aplicación de penas. De este modo, se subraya la importancia de desarrollar y profundizar las relaciones con las colectividades locales y el tejido social de cada zona geográfica y próxima a los hechos.

Igualmente, se solicita a los Fiscales que pongan en práctica las “*alternatives aux poursuites*”⁸⁹¹ a fin de dar respuesta en plazos cortos a la resolución de las infrac-

⁸⁸⁹ De hecho, desaparecieron el día 1 de julio de 2017, en aplicación de la *loi n.º 2016-547 du 16 novembre 2016*. Además, la ya mencionada *loi n.º 2019-222 du 23 mars 2019*, en vigor desde el 1 de enero de 2020, modificó la organización de la justicia en Francia, de modo que: “(...) *les tribunaux d'instance (TI) et de grande instance (TGI) situés dans une même commune fusionnent au premier janvier 2020 pour former le tribunal judiciaire; le TI situé dans une commune différente du TGI devient une chambre de proximité de ce tribunal judiciaire, appelée tribunal de proximité.*”

También en España, se produjo una iniciativa del Gobierno para la creación de la llamada justicia de proximidad, lo que se pretendía realizar mediante la reforma de la LOPJ, iniciativa que no prosperó. Vid. al efecto, ARMENTA DEU, T., *Justicia de proximidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

⁸⁹⁰ Vid. sobre esta norma, LEROY, J., “Premier aperçu sur le renforcement de la justice de proximité et de la réponse pénale. À propos de la loi n.º 2021-401 du 8 avril 2021” en *Semaine Juridique* núm. 16, París 2021, págs. 749-752.

⁸⁹¹ El artículo 41-1 del Código Procesal francés se refiere a las *alternatives aux poursuites* que pueden ser aplicadas y/o utilizadas por el Fiscal cuando considere que este tipo de medida es

ciones que se identifican al efecto y que son llamadas de “*faible ou moyenne intensité*” -que han sido concretadas en número de 350- entre las que se incluyen lo que en nuestro país serían los delitos leves y algunos de los delitos menos graves; todo ello, a fin de evitar el proceso.

suficiente para asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de finalizar con los problemas ocasionados con la infracción o de contribuir a la resocialización del autor de los hechos. Se introdujeron en el derecho procesal penal francés mediante la *loi 99-515, du 23 juin 1999* con la finalidad de reforzar el proceso penal, permitiendo, conforme señala el legislador de aportar una respuesta penal a hechos de poca gravedad sin saturar los tribunales, siendo ejecutadas, bien directamente por el Fiscal, bien por un oficial de la policía judicial (OPJ), o bien por un delegado del Fiscal; y todo ello, antes de tomar la decisión de poner o no en marcha la acción pública. El Código Procesal francés actual contiene en su art. 41-1 diez medidas de las denominadas alternativas al enjuiciamiento y lo que se pretende ahora, es completar la lista, además de precisar y/o concretar el contenido de algunas de ellas, siendo que el art. 1º de la *loi n.º 2021-401 du 8 avril 2021* ha incluido la novena (se trata de medidas de alejamiento) y a través de su art. 3 (que recoge las condiciones necesarias que han de darse para que el Juez pueda validar la transacción penal) ha modificado, el art. 41-2 referido a dicha transacción. Conforme a la *loi n.º 2004-204 du 9 mars 2004*, en el ámbito de la *CRPC*, el Fiscal francés podía sancionar a los autores que reconocieran los hechos delictivos castigados con pena de prisión igual o inferior a cinco años y multa de hasta 3000 Euros, y ello, con la necesidad de ratificación o convalidación del acuerdo por el Magistrado correspondiente, quien tenía y sigue teniendo la facultad de negarse a tal conformidad. (Vid. la *Circulaire CRIM 04-12 E8 du 2 septembre, Présentant les dispositions de la loi n.º 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* en la que se interpretaba que aún no haciéndose mención expresa al respecto, las nuevas disposiciones sólo pueden ser aplicadas en los casos que se encuentren a las puertas del enjuiciamiento, de modo que de no haberse recurrido a la *CRPC* hubieran sido inmediatamente enjuiciadas por el *Tribunal correctionnel*, siendo innecesaria tanto la instrucción judicial como la complementación de la investigación del Fiscal). Sin embargo, desde la entrada en vigor de la *loi 2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, du 23 mars 2019*, (a tenor de lo establecido en su art. 59) y modificada a su vez por la *loi n.º 2021-401 du 8 avril, améliorant l'efficacité de la justice de proximité*, la ratificación judicial no es necesaria si la pena de privación de libertad es de tres años o inferior a tres, o, si se trata de multa, la misma, sea igual o inferior a 3000 Euros; permitiéndose además, el recurso a este procedimiento para delitos castigados con penas de privación de libertad superiores a cinco años de prisión. El Capítulo III de la referida *loi n.º 2019-222, du 23 mars 2019*, está dedicado a la inclusión de nuevas disposiciones en el procedimiento de aplicación de la pena de multa, *la procédure de l'amende forfaitaire*. Y a través del art. 3 de la *loi n.º 2021-401 du 8 avril*, se pretende, o, se busca, extender la posibilidad de reducir la pena de multa a todo tipo de *contraventions, la catégorie d'infractions pénales les moins graves (contraventions* que son de cinco tipos, de menor a mayor gravedad, siendo la multa menor de 38 Euros, y la mayor de 1500, si bien, en caso de reincidencia, puede duplicarse) que se encuentran reguladas por vía reglamentaria y no por ley como es el caso de los *délits et les crimes*. La cuestión es que desde la supresión del Juez de proximidad (el juez lego) por la *loi n.º 2016-547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle*, el llamado *tribunal de police* es competente, de nuevo, para conocer de absolutamente todas las *contraventions*, y no sólo de la quinta, la más grave. En añadidura, el recurso a *l'amende forfaitaire* se ha ampliado a algunos delitos, primero mediante la *loi n.º 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIeme siècle* para delitos de conducción sin permiso y conducción sin seguro, después, por la *loi n.º 2019-22 du 23 mars 2019 de programmation de réforme de la justice 2018-2022 et de réforme pour la justice*, además de en la *loi n.º 2021-401 du 8 de avril*. En cualquier caso, se trata de aplicar la reducción de las multas a todas las *contraventions* a fin de evitar llegar a los Tribunales.

En cualquier caso, lejos queda la reforma penal de la *Commission Léger* de 2009, ya mencionada, que parecía pretender “llevarse por delante” al Juez de Instrucción⁸⁹². Pero, como el “desplazamiento” de las facultades de instrucción -del Juez de Instrucción al Fiscal- se ha llevado a cabo de forma progresiva, el proceso, ha pasado prácticamente inadvertido, lo que implica que, con las últimas reformas mencionadas, el resultado puede venir a ser el mismo que el pretendido por la *Commission Léger*, pero probablemente un poco mejor maquillado.

A tenor de lo hasta ahora dicho, es lo cierto que las reformas realizadas en Francia mediante la *loi 2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, la *Ordonnance 2019-964 du 18 septembre 2019*, la *loi 2020-936 du 30 juillet 2020*, y la *loi 2021-401 du 8 avril 2021*, han introducido importantes modificaciones en el proceso penal, si bien, alguna de ellas de forma experimental, como es el caso de la implantación del Tribunal Criminal Departamental, compuesto exclusivamente por Jueces profesionales con competencia objetiva para delitos con penas desde 15 hasta 20 años de prisión. Desde luego, y a través, también, de este procedimiento, parece ser que la pretensión de agilizar la justicia, acortando los tiempos del proceso, conlleva la disminución de las garantías constitucionales.

Como ya hemos venido señalando, la *loi 2019-22 du 23 mars 2019* pretende simplificar y reforzar la eficacia del proceso penal en todos los estadios del mismo, desde *l'enquête* hasta el *jugement* y *l'exécution des peines*. Comporta también disposiciones relativas a la mejora de la lucha contra el terrorismo y de la criminalidad organizada. En este sentido, se dice que, se ha revisado en profundidad el proceso penal y, sin distorsionar los equilibrios fundamentales del mismo, trata de buscar una mejora de las reglas ya existentes pero, de una manera práctica, a lo que se ha llegado partiendo de constataciones sobre el terreno en las “canteras” de la justicia, plasmados en estudios que comenzaron en 2017. En cualquier caso, son muchas las críticas a la reforma, al considerar que este “experimento” provoca no pocos problemas a nivel de garantías en el proceso penal.

Al hilo de lo dicho en el párrafo anterior, se cuestiona, en primer lugar, si la reforma no va a suponer, en la práctica, el fin del principio de oralidad, así como del Jurado Popular, institución que consideran, constituye una garantía real de independencia.

Se mencionan igualmente, la pérdida de la calidad de la justicia, en el sentido de que bajo la necesidad de una mayor celeridad, en los plenarios, se prescindirá de escuchar a más de un testigo y/o perito.

Además, indican estas posiciones críticas a la reforma, que la misma conllevaría una fragmentación de la justicia, dependiendo de los tipos delictuales.

Habríamos de ir finalizando este punto señalando que, a través de las disposiciones de la mencionada *loi n.º 2019-222 du 23 mars 2019*, se busca facilitar el trabajo a todos los operadores jurídicos en el proceso penal, reforzando la eficacia de la respuesta judi-

⁸⁹² Vid. el escrupuloso trabajo sobre el mencionado informe realizado por ESPARZA LEIBAR, I., “La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger” en *Revista Penal* núm. 26, cit., págs. 130 a 138.

cial a la vez que se instaura la digitalización. Y, en cualquier caso, se pretende aligerar la carga de las instancias judiciales⁸⁹³.

Pero, antes de concluir este estudio sobre el protagonista de la investigación en el país vecino, habríamos de señalar el *Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire* aprobado por los diputados franceses el 16 de junio de 2021 y con fecha de primera lectura en el Senado francés señalada para los días 28, 29 y 30 septiembre 2021. Se trata con ello, según se indica por el Ministerio de Justicia francés, de restaurar dicha confianza, de hacer llegar al público en general el funcionamiento de la Justicia, acercando las instituciones judiciales a los ciudadanos. Y todo ello, reforzando sus derechos, sobre todo en lo que hace a la Justicia penal, a fin de evitar reincidencias.

Las pretensiones de dicho *Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire* podrían resumirse en: a) La posibilidad de grabar y difundir el contenido de las audiencias. b) Mejorar el desarrollo de los procedimientos penales, a través del establecimiento de plazos para la realización de la investigación, convirtiéndola, además, en más contradictoria, mejorando la protección del secreto de las actuaciones para la defensa, revisando la organización de las vistas, así como la organización del tratamiento de los delitos en serie. c) Dar un nuevo y auténtico sentido a la pena de prisión. Y, d) Reforzar la confianza de los ciudadanos en los profesionales de la Justicia⁸⁹⁴.

Sea como fuere, la discusión sobre quién investigue y/o instruya puede llegar a ser irrelevante, si se tiene en cuenta que de lo que se trata es de realizar esa/s labor/es en condiciones constitucionalmente adecuadas. Sin embargo, a la vista del modelo francés, nos encontramos ante lo que ya se viene insistiendo: más negociación, más facultades policiales, menos garantías, menos proceso, y mucho más Derecho Penal.

En consecuencia, y a la búsqueda, todavía, del Santo Grial, indicaremos que el profesor GÓMEZ COLÓMER⁸⁹⁵ ya se refiere y propugna -en sentido y finalidad bien distintos a las del Ministro de Justicia francés más arriba señalados- la creación o mejor, la recreación de Jueces Comarcales que “(...) colmarían mejor la ansiada proximidad y serían los jueces que conocerían sin Escabinato de todos los delitos leves y menos graves (...) instruidos por los fiscales comarcales”. Y distingue, al efecto de sus funciones, entre jueces comarcales de garantías y jueces comarcales de conocimiento y fallo. En cualquier caso, y también a través de la *justice de proximité*, se trata de continuar con la corriente generalizada, fundamentando las reformas procesales penales en las necesidades al uso, que conllevan a lo que GOMEZ COLOMER califica con gran acierto como “*contracción del Derecho Procesal Penal*”.

En sentido similar, BARONA VILAR⁸⁹⁶ alude a la que denomina “*tableta*” penal, para referirse “A la búsqueda de menos proceso penal: la reformulación de los

⁸⁹³ Y ello, a pesar de que es el Fiscal quien lleva la investigación.

⁸⁹⁴ Todo absolutamente loable, si no fuera que no acaba de encontrarse -ni de verse- la novedad de dichas pretensiones que, se repiten, en clave política, periódicamente, y sin que, dada su reiteración temporal, parezca que sirvan de nada.

⁸⁹⁵ GÓMEZ COLOMER. J. L., *La contracción del Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 385, 386, 387.

⁸⁹⁶ BARONA VILAR, S., *Proceso Penal desde la historia*, cit., págs. 578 a 589. Señala la autora una “(...) omnipresencia del derecho penal, esa necesidad en la agenda política de la

procedimientos penales y el fomento del principio de oportunidad (acuerdos y conformidad)". Y señala que conlleva "(...) una grave repercusión en el ámbito procesal penal al generalizarse la doble vía: la minimización procesal con fomento de las vías de consenso, acuerdos y beneficios del sujeto pasivo, y el endurecimiento, paralelamente, del proceso penal y, sobre todo, de las diligencias de investigación con merma de las garantías procesales del sospechoso, imputado, acusado o reo"⁸⁹⁷. Continúa la autora evidenciando "(...) dos componentes absurdos de este derecho penal de la seguridad (preventivo): por un lado, la crisis de legitimidad que produce el involucionismo del sistema de justicia sobre la base de la quiebra de los derechos fundamentales de la persona, especialmente del principio de igualdad y el trato penal que se les da en función de qué y quién es; y, por otro lado, el absurdo pensamiento de que ese derecho preventivo puede desarrollarse a bajo coste".

De todos modos, y, al parecer, nuestro legislador va a la zaga del francés, cuando, mediante el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de la Justicia y dentro de la "Estrategia Justicia 2030" -que mucho se parece a la *Programmation de réforme de la justice 2018-2022* francesa- pretende la sustitución de los Juzgados unipersonales por Tribunales de Instancia⁸⁹⁸, de organización colegiada, al parecer sin alterar las competencias de los órganos de enjuiciamiento, ni por supuesto, el ejercicio de la propia jurisdicción. Se pretende reformar al completo la planta judicial nacional en tres años, absorbiendo los actuales Juzgados unipersonales en 431 Tribunales de Instancia, uno por cada Partido Judicial, que funcionarían a través de secciones especializadas (penal, civil, mercantil, etc.) y con el propósito de marcar criterios interpretativos uniformes a los Jueces que lo compongan, sin perjuicio de que éstos puedan seguir y mantener su propio criterio siempre y cuando lo fundamenten⁸⁹⁹. De este modo, las secciones equivaldrían a las materias por las que se distribuyen los Juzgados en la actualidad (instrucción, violencia sobre la mujer, penal, familia, civil, mercantil, social, contencioso-administrativo, menores, vigilancia penitenciaria), y ello dependiendo de las necesidades de cada Partido Judicial⁹⁰⁰.

Conforme al mencionado texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa se pretende "(...) la racionalización del modelo y la búsqueda de la eficiencia (...)" y supone además "(...) la base necesaria para el ulterior desarrollo del modelo orgánico de justicia penal diseñado por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal". Habiendo de subrayarse, en este punto, lo recogido en el Apartado II de su Exposi-

sociedad global de presentar la "tableta" penal como la posología adecuada para afrontar la violencia, la barbarie, los desórdenes y las infracciones. Esa tableta penal o ese "más y más derecho penal", en principio, debería implicar, siquiera como clara consecuencia anterior, abrir la puerta a *mas proceso penal*".

⁸⁹⁷ *Ibidem* págs. 472, 473 y 476.

⁸⁹⁸ Abandonados por el país vecino, al menos en la denominación.

⁸⁹⁹ De este modo, el Secretario de Estado de Justicia español explicó (21 de abril 2021) que se pretendía "optimizar las infraestructuras" huyendo del "incrementalismo", a fin de generar "un modelo más eficiente para gestionar recursos escasos" con el propósito de que sea "sostenible". Señalaba el Secretario de Estado que que en los últimos 20 años se había incrementado un ¿50 por ciento? la planta judicial, pasando de 3.789 jueces a 5.593 y que "paradójicamente", el número de asuntos resueltos se había reducido en un 5%.

⁹⁰⁰ También fundamentales considera el Secretario de Estado Zapatero, las oficinas de justicia en los municipios, que sustituirían a los actuales Juzgados de Paz, "(...) modernizándolos y ampliando sus competencias, transformándose en ventanas de la Administración de Justicia en cada localidad, a la que los vecinos pudieran acudir para realizar sus gestiones judiciales (...)"

ción de Motivos cuando textualmente dice: “La presente ley acomete la reforma administrativa de la Administración de Justicia en todos sus ámbitos, mediante la creación y constitución de los Tribunales de Instancia y la evolución de los Juzgados de Paz a modernas Oficinas de Justicia en los municipios. (...) La eficiencia organizativa concurre en aquella estructura que, optimizando los recursos disponibles, se muestra apta para la obtención de sus objetivos. De todas las cualidades que aportan valor a una organización eficiente, la ley se concentra en tres de ellas, la especialización, la homogeneidad y la capacidad organizativa. (...) La reforma profundiza en la especialización de Jueces y Magistrados, así como en la adecuación de los medios personales y materiales que les apoyan en el cumplimiento de los cometidos derivados de la función jurisdiccional. (...) También desarrolla instrumentos que permiten una mayor homogeneidad de las prácticas y comportamientos de los órganos judiciales y de las oficinas judiciales, que implicará mayor previsibilidad, accesibilidad y proximidad, aportando seguridad y confianza a la ciudadanía y a los profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia”⁹⁰¹. Igualmente, tiene como objetivo “(...) ofrecer nuevos y mejores servicios a los habitantes que viven en los municipios menos poblados a través de una atención más próxima y cercana”. Y así mismo, el de “(...) evitar que los ciudadanos de estos municipios tengan que desplazarse a las capitales para realizar aquellas gestiones ante la Administración que actualmente tienen que llevar a cabo presencialmente (...)”.

⁹⁰¹ Lo que nos conduce a lo que está denominándose *Jurimetría y justicia predictiva*, siendo al parecer, la Jurimetría, la solución pretendida para la litigación en masa, siendo que es considerada como “herramienta analítica jurisprudencial predictiva”. También definen o describen la Jurimetría como “(...) aplicación de la inteligencia artificial y machine learning a los tradicionales buscadores legales y jurisprudenciales obteniendo nuevas funcionalidades que dan lugar al desarrollo de lo que también se ha denominado ‘justicia predictiva’” *Vid* (www.jurimetria.es) de Wolters Kluwer. *Vid.* igualmente *Diario La Ley*, núm. 9837, *Sección Plan de Choque de la Justicia, Encuesta*, 26 de abril de 2021, Wolters Kluwer.

También GÓMEZ COLOMER, trata sobre la cuestión señalando que: “Ahora se está intentando (...) que la máquina emule el razonamiento jurídico en la toma de decisiones jurídicas, sobre todo administrativas y procesales”. Y añade que “(...)en la aplicación de la Inteligencia Artificial en el Derecho procesal penal (...) nos interesarían los siguientes: 1º) Investigación tecnológica del crimen; 2º) Fijación del perfil del sospechoso/investigado/acusado; 3º) Apoyo en instituciones de Justicia negociada; 4º) apoyo en constatación de presupuestos en medidas cautelares; 5º) Medios tecnológicos de prueba; 6) Criterios de valoración de la prueba; 7º) Evitación de reincidencias en ejecución de condena, etc. Pero, además, la Inteligencia Artificial se está utilizando en la motivación de resoluciones (autos y sentencias). Este es el punto clave. (...) La máquina no puede razonar, no puede argumentar, no puede explicar por qué decide absolver o condenar, simplemente absuelve o condena, una única palabra sale de su boca digital”. Y continúa señalando que: “El Juez-Robot conlleva problemas constitucionales específicos del proceso penal, tres muy relevantes. El primero afecta al derecho de defensa, el segundo a la presunción de inocencia y el tercero al derecho al juez imparcial, que no es sino decir que afecta a la independencia judicial (...) principio subjetivo que pertenece a los miembros del Poder Judicial (art. 117.1 CE) (...) Es de tal entidad que se entiende como el principio jurisdiccional clave en la construcción de un sistema democrático de Justicia, a cuyo alrededor giran los demás principios orgánicos. (...) Pero además la Inteligencia Artificial se está utilizando en la motivación de las resoluciones (autos y sentencias). Éste es el punto clave. (...) La máquina no puede razonar, no puede argumentar, no puede explicar por qué decide absolver o condenar, simplemente absuelve o condena, una única palabra sale de su boca digital”. *Vid. La contracción del Derecho...cit.*, págs. 428, 429 y 430. *Vid.* el completo contenido del texto dirigido por BARONA VILAR, S., *Justicia algorítmica y neuroderecho*, (AAVV), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Además, el calendario que se fija en el Anteproyecto de Ley, señala el año 2023 como fecha límite al efecto y se establece una “hoja de ruta” muy concreta⁹⁰².

Sea como fuere, en este constante peregrinaje para alcanzar la solución al problema de la situación presente del proceso penal, es lo cierto que la guerra -batalla a batalla- está siendo ganada por el Derecho Penal mediante una devastadora ampliación tanto de los propios tipos delictivos como de la extensión de sus penas. A lo que habríamos de añadir el aumento de las “facultades” de los cuerpos policiales⁹⁰³. Sin que, por ello, pueda dejarse de lado el hecho de que esta expansión, se basa fundamentalmente, en el estado de ansiedad que provoca a los gobernantes, la falta de control sobre los ciudadanos, a los que necesitan vigilar y contener a cualquier precio.

Llegados a este punto, consideramos, poco importan las discusiones y consideraciones sobre los posibles sistemas a adoptar, adversarial o acusatorio formal -o mixto-, simplemente, necesitamos uno que funcione y si fuere posible, adaptado a nuestras propias peculiaridades, siempre que preserve las garantías procesales necesarias que, a nuestro entender, ya se encuentran recogidas en la Constitución de 1978, en su art. 24, así como en el 117 del mismo texto.

Sin embargo, a la vista del contenido de la nueva ALECrím 2020, no sabemos si lo que se recoge en el texto puede calificarse de híbrido concebido por cruce de los dos sistemas mencionados, o si, sencillamente, nuestro legislador, ha carecido del arrojo necesario para dar el salto inexcusable, conteniéndose, también ahora, por esa especie de complejo que, en múltiples cuestiones relacionadas con la Justicia, arrastramos desde la transición. De este modo, los lastres continúan, y así, y al parecer de algunos, sigue manteniéndose -incluso mejorándose y superándose en el ALECrím 2020- un régimen inexplicablemente privilegiado en el proceso penal. Nos referimos, obviamente, al régimen de los aforados.

Tampoco se atreve el legislador con el Jurado, manifiestamente necesitado de una legislación y de una concreción *ad hoc*, y consideramos que no se enfrenta adecuadamente a la cuestión, refiriéndose a él de forma muy tangencial y para un futuro indeterminado. La institución permanece, de este modo, intangible, a pesar de que se aluda a una futura revisión y adecuación de la misma. Se nos antoja anatema similar al de la modificación de la Constitución.

⁹⁰² Por la que, el día 1 de octubre de 2022, en los Partidos Judiciales donde solo haya Juzgados mixtos, comenzarán a funcionar los Tribunales de Insta con sección única. A su vez, se pretende que el día 1 de diciembre de 2022, donde haya Juzgados de Primera Instancia Instrucción y Violencia sobre la Mujer, se constituyan los Tribunales de Instancia con sus respectivas secciones. Y finalmente, el día 1 de julio de 2023, donde haya otros Juzgados (Social, Menores, Vigilancia Penitenciaria, etc.) se crearían los Tribunales de Instancia correspondientes; siendo que las Oficinas Judiciales y las Oficinas de Justicia en los municipios, habrían de seguir las mismas fases.

⁹⁰³ Citaremos como ejemplo la *loi n.º 2021-646 du 25 mai 2021, pour une sécurité globale préservant les libertés* siendo su objetivo: ampliar las facultades de la Policía Municipal, ampliando su campo de acción; mejorar la estructura del sector de seguridad privada; modernizar y reforzar los medios de acción de las fuerzas de seguridad, mediante instrumentos tecnológicos de última generación referidos a captación de imágenes; y reforzar la protección de las fuerzas de seguridad.

No se comprende el motivo de esa aversión a un Jurado en condiciones, al Escabinato -en cuanto Tribunal mixto- cuando, en realidad, es absolutamente positivo tanto para el Juez escabino (que participa plenamente en su función de juzgar), como para el ciudadano que participa en la Administración de Justicia en su momento fundamental, es decir, en el juicio oral y en la sentencia. Insistimos, en nuestro país, seguimos acompletados.

Como colofón al epígrafe, señalaremos que, parece nos encontramos un tanto distanciados del Santo Grial en el proceso penal si hemos de atenernos al ALECRim 2020. La verdadera agilización del proceso penal manteniendo todas sus garantías constitucionales, habrá de quedar para mejor ocasión.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la ALECRim 2020 sólo atribuye al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación criminal que culmina con la acusación o el sobreseimiento de las actuaciones, por lo que no tiene atributos de verdadera fase de preparación del juicio oral -como ocurre a día de hoy con la fase de instrucción- y carece de valor probatorio alguno, no nos parecería descabellado diferir el control judicial sobre la totalidad de la actividad investigadora bien a la fase intermedia, bien a la del juicio oral, pudiendo establecerse al efecto incluso una especie de comparecencia sa-neadora⁹⁰⁴.

Al hilo de lo mencionado en el párrafo anterior, citaremos la STC 71/2021, de 18 de marzo, del Pleno, (Ponente: Balaguer Callejón, Maria Luisa) en la que se dice que “(...) desde la STC 147/1994, de 12 de mayo, cuya doctrina sintetizan más recientemente las SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018 (FFJJ, 6,5 y, respectivamente), ha venido manteniendo como regla general que, ‘en aquellos casos en los que el proceso aún no ha concluido por decisión que se pronuncie sobre la condena o absolución, e incluso en los que la celebración del juicio oral no ha tenido lugar, resulta prematura la invocación de lesiones que podrían ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso’. (...) Ahora bien, para preservar el libre ejercicio de los derechos fundamentales, hemos establecido -como se recuerda en las SSTC 129/2018, 130/2018 131/2018- las siguientes excepciones a la regla general: ‘i) Cuando las resoluciones judiciales afectan a derechos fundamentales de carácter sustantivo, esto es, distintos de los contenidos en el artículo 24 CE, tanto si se ha ocasionado a los mismos un perjuicio irreparable, como cuando el seguimiento exhaustivo del itinerario procesal previo, con todas sus fases y etapas o instancias, implique un gravamen adicional, una extensión o mayor intensidad de la lesión del derecho por su mantenimiento en el tiempo (...) ii) Cuando se denuncia la vulneración de derechos fundamentales procesales, siempre que la alegada, además de tratarse de una lesión actual -en tanto hace sentir sus efectos de inmediato en todos y cada uno de los actos que lleve a cabo el juez- hubiera sido analizada y resuelta de forma firme y definitiva en la vía judicial a través de los cauces legalmente

⁹⁰⁴ En este sentido la STEDH 97/2011, de 2 de octubre (caso Delta Pekárny contra República Checa) señala que la existencia de un control judicial *a posteriori* puede compensar la falta de mandato judicial previo y constituye una garantía para asegurar su compatibilidad con la CEDH. Vid. Igualmente SSTEDH de 22 de mayo de 2008 (caso Kiroc contra Bulgaria) y de 21 de diciembre de 2010 (caso Societé Canal Plus contra Francia). Vid. También las SSTJUE de 18 de junio de 2015 (C-583/2013) y de 9 de noviembre de 2019 (C-92/2009).

establecidos, de forma que ya no podría ser reparada en el proceso judicial en el que se ha producido`” ⁹⁰⁵

3.- Recapitulación.

Como ya se ha dicho, no es novedoso, en nuestro país, -o no debiera serlo-, el hecho constatado de la dirección de la investigación por parte del Ministerio Fiscal en el proceso penal, si se atiende tanto el Proceso Penal de Menores como a la Fiscalía Anticorrupción o a la de Medio Ambiente, dejando a un lado cualquier tipo de pusilanimidad en lo que hace, sobre todo, a la Fiscalía Anticorrupción. A lo que ha de añadirse el inicio de la andadura de la Fiscalía Europea, con un Fiscal al frente de la investigación, en los supuestos delictuales en los que es objetivamente competente.

En este estado de cosas, no parece adecuado mantener la situación actual al modo en el que se recoge en los vigentes arts. 5 del EOMF y 773.2, y ello, por la obvia contradicción que supone y por cuanto que ya contamos con un Fiscal investigador en la Jurisdicción de menores.

Precisamente, el proceso de menores que hemos analizado -y, por supuesto, salvando las distancias en lo que hace a los intereses en liza- hubiera podido ser un modelo a seguir, lo que, además, evitaría las disfunciones que ocasiona su coexistencia con el proceso penal de mayores, por ejemplo y sobre todo, en causas en las que se juzga tanto a menores como a mayores, lo que no ocurriría si se investigara y enjuiciara conjuntamente -a menores y a mayores- en supuestos delictivos en los que intervengan ambos. Pero, eso sí, sin afectación de los derechos de los menores infractores, a quienes se aplicaría la ley del menor. Es decir, supondría: misma investigación, mismo enjuiciamiento, pero con diversidad de sanción penal.

En cuanto a las virtudes e inconveniencias de la implantación de un “Fiscal de Instrucción”, sus partidarios vienen señalando, básicamente, las siguientes: a) La armonización con el Derecho comparado, sobre todo poniendo la mirada bien en el proceso penal norteamericano, bien en los sistemas europeos, en los que la fase de investigación -y en exclusiva- se encuentra en manos del Ministerio Público. b) Los principios de unidad de actuación y especialización del Ministerio Fiscal. c) El reforzamiento de la imparcialidad del órgano judicial. d) La imparcialidad del Fiscal. f) El desarrollo de la Política Criminal del Gobierno. Y, g) Una mayor eficacia.

Por su parte, quienes consideran improcedente la instauración de un Fiscal con facultades exclusivas de investigación, indican estos inconvenientes: a) La dependencia al Ejecutivo. b) La parcialidad del Fiscal, ya que investiga y, a la vez, acusa. c) El contenido de la instrucción y la naturaleza de la misma.

Sobre la Policía Judicial, señalaremos, su dependencia orgánica del Ejecutivo y funcional del Ejecutivo y de Jueces y Fiscales, lo que enturbia sus funciones de investigación, por lo que, venimos a considerar más adecuada la instauración de un cuerpo independiente, abogando por los Criminólogos.

⁹⁰⁵ *Vid.* También la ya citada STS 980/2016, de 11 de enero, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel).

En lo que hace a la investigación del Fiscal en el ALECrim 2020, se le conceden amplias facultades al efecto, con introducción de un principio de oportunidad de carácter reglado, estableciendo las condiciones para su procedencia, e incluyendo, en calidad de derivados del mismo, tanto la conformidad como la justicia restaurativa.

A nuestro entender, y respecto de la conformidad, la mayor novedad y, a su vez, la mayor ventaja de la actual redacción, reside en la eliminación de límites penológicos, considerando también novedosa la creación del Tribunal de conformidades, dentro de los órganos de enjuiciamiento.

En cuanto a los recursos contra las decisiones del Fiscal, diremos que prácticamente todas pueden ser recurridas, en una fase u otra, lo que, en principio y al menos en abstracto, supone un obstáculo en lo referente a la agilización del proceso penal.

Sin entrar a enunciar -y a la postre, repetir- las innovaciones recogidas en el texto desde el comienzo hasta la conclusión de la investigación, indicaremos, por su destacada consideración, que, dicha investigación carece por completo de valor probatorio y que, la finalidad de la misma, no es -como en el momento actual y conforme a la LE-Crim vigente- la preparación del Juicio Oral, sino la procedencia o improcedencia del ejercicio de la acción penal.

CONCLUSIONES

De todo lo hasta ahora dicho podría concluirse:

PRIMERA.- Nuestro proceso penal no se encuentra en su mejor momento. Con todas sus deficiencias cronificadas, los remedios intentados para su agilización no han venido surtiendo los efectos que, al menos aparentemente, se han venido buscando a través de las abundantes modificaciones que se han realizado.

Mucho tiene que ver el hecho de que los tipos de delincuencia -en su sentido más amplio- han ido mutando, expandiéndose de forma muy organizada y a niveles hasta hace bien poco impensables; de modo que la acomodación se constata, indefectiblemente dificultosa.

Nos encontramos frente a un intervencionismo penal inconmensurado en -prácticamente todos los ámbitos de nuestra vida-, como resultado de la introducción en la sociedad de una especie de pavor a la inseguridad -tanto personal como colectiva- motivada, a su vez por unos hechos delictivos que, efectivamente se han producido y, de los que han derivado una serie de consecuencias perturbadoras y graves, de las que resulta necesario protegerse.

Y a medida que el Derecho Penal se expande o propaga, el Proceso penal, se estrecha y contrae; y no sólo eso, lo poco que queda del mismo -del Proceso penal- termina por dilatarse en el tiempo. Grandes problemas para un alumbramiento mínimamente adecuado.

SEGUNDA.- Existe un empeño secular en que las modificaciones del proceso penal -referidas en nuestro estudio a la etapa de instrucción- hayan de realizarse básicamente con la finalidad de “conseguir más en menos tiempo”, lo que es importante en el sentido de lo positiva que resulta la proximidad temporal entre la comisión del hecho delictivo y la finalización del procedimiento incoado al efecto; pero entendemos que, por un lado, ésta no es la única cuestión a abordar, y, por otro, que ello, constituye una visión absolutamente simplista del problema. Sobre todo, si conlleva arrasar con unas cuantas garantías constitucionales.

Sin negar la importancia de las variantes economicistas de eficacia y de eficiencia, su traslación a términos de proceso penal ha de ser una versión matizada y diversa en atención a los intereses en juego.

A pesar de ello, es la agilización del proceso penal o, más en concreto, el factor tiempo, el objetivo fundamental que viene explicitándose y subrayándose en todas y cada una de las modificaciones legales que han venido realizándose a través de los años, tanto en nuestro país como en otros, por ejemplo, en la vecina Francia.

En cualquier caso, y, por ahora, parece imposible, no hacer uso de los mecanismos de “optimización” del proceso -a los que hemos denominado *patchwork*- aunque solo sea a los efectos de desahogar la situación actual, a fin de que, los ciudadanos españoles

puedan disponer de una justicia penal dentro de unos perímetros razonables, con agilidad y accesibilidad económica, previsible o predecible al menos en límites de parámetros prudenciales y cabales, igual para todos y equitativa. De hecho, la llamada Política Criminal habría de circunscribirse también a estos contornos.

TERCERA.- Así las cosas, y en cuanto a una de las herramientas que se han mencionado en este trabajo como válidamente utilizables para la agilización de la Justicia Penal, no puede sino decirse -en referencia al recurso a las atenuantes a modo de compensación de la dilación mediante la aminoración de la pena- que mitigar la pena no activa para nada el proceso penal y menos en la fase de instrucción -en la que únicamente se pretende averiguar quién ha cometido el delito, sus circunstancias personales y cómo lo ha cometido- lejos de constituir, esa fase de instrucción, el momento de establecimiento y concreción de penas, reservado a la sentencia, tras la celebración del correspondiente Juicio Oral. Simplemente, se desagravia al investigado de la angustia sufrida en calidad de tal durante un tiempo excesivo.

CUARTA.- Entre los instrumentos utilizados en nuestro país para evitar retrasos, se encuentra el establecimiento de plazos *ex art. 324 LECrim* -bestia negra de los Fiscales de este país, desde su implantación en 2015 hasta su modificación en 2020- que no ha servido a los fines perseguidos puesto que las dilaciones continúan en términos numéricos prácticamente similares. Y ello, como consecuencia de que el control sigue en manos equivocadas. El custodio de toda la documentación judicial, es el Letrado de la Administración de Justicia y quien, por tanto, ha de cuidar de todos los aspectos no sustantivos, a la vista de que los plazos son considerados procesales. Sea como fuere, puede establecer la Ley todos los plazos imaginables, que la práctica de los Juzgados de Instrucción se encargará de atemperarlos *ad hoc*. El “error” persiste en el texto del ALECRim 2020, donde tras poner en manos del Fiscal la investigación, confiere el control de los tiempos para su práctica al Juez de Garantías.

El procedimiento por aceptación de decreto no se utiliza. Resulta más reconfortante y más productiva -en el sentido economicista de obtención de beneficio- la conformidad. Además, ni siquiera se regula en el último ALECRim.

La posibilidad de archivo prevista para los delitos leves *ex artículos 963.1.1ª y 964.2.A) LECrim*, haciendo uso del principio de oportunidad está, en la práctica, infrutilizado, además de, procesalmente mal utilizado. Al parecer, resulta más fácil citar directamente a juicio por delito leve inmediato.

El tratamiento de la conexidad delictual, lejos de agilizar, viene consiguiendo el efecto contrario, debido al tiempo que se necesita para solucionar las cuestiones de competencia que se suscitan.

Tampoco la conformidad. En los términos vigentes, dinamiza en proporción suficiente el proceso penal -y, aun reconociendo que se trata de un aliviadero importante- al producirse en su inmensa mayoría en los instantes previos al juicio oral, o, en el mejor de los casos, una semana antes; siendo, por ello que, lo único que realmente se excluye, es la celebración del plenario.

Obviamente, la descriminalización de conductas -delitos leves en exclusiva, salvo la última por LO 5/2021 de 22 de abril, referida al delito previsto y penado en el artículo 315.3 del Código Penal delitos contra los derechos de los trabajadores- ha ocasionado la disminución de los procedimientos para este tipo de delitos, pero su administrativización ha originado sencillamente que, los Agentes de la Autoridad en su mayoría ni se molesten en imponer las sanciones correspondientes, alegando carencia de medios necesarios al efecto.

Sin pretensión alguna de desmerecer el valor de la mediación (y de las ADR o ahora denominadas MADS o Medios Adecuados de Solución de Controversias) es lo cierto que, hasta la fecha, ha devenido -la mediación- en instrumento *quasi* ornamental que, no origina la consecuencia práctica pretendida en el proceso penal: darlo por zanjado. En el mejor de los casos, provocará la aplicación de la atenuante de reparación del daño, en sus posibles gradaciones. Pero ya se ha señalado que las reformas van, precisamente dirigidas a su implantación, incluso obligatoria, aunque por el momento solo alcance a materias civiles y mercantiles.

QUINTA.- Con todas las esperanzas puestas en la instauración de un “Fiscal de Instrucción”, como herramienta de agilización del proceso penal, es lo cierto que se nos ha adelantado la puesta en marcha de la Fiscalía Europea en otoño de 2020, y, más en concreto en julio 2021, con la promulgación de la LO 9/2021, de 1 de julio por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017.

Así, teniendo en cuenta que, en nuestro país, todavía no investiga con plenitud el Ministerio Público y, que el último esbozo legislativo de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre 2020, tiene una *vacatio legis* de seis años, se están sucediendo Anteproyectos de Ley con la intención de remediar el tránsito hasta entonces, tales como el de Medidas de Eficiencia Procesal en el Servicio Público de Justicia o el de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia; amén del esperado y referido a la Eficiencia Digital en el Servicio Público de Justicia, previsto para el estío de 2021. No obstante, en la práctica, contamos ya con Fiscales Delegados Europeos y Jueces de Garantías, a pesar y, con independencia, de la vigencia de nuestra Ley rituarial.

SEXTA.- La investigación penal que, a día de hoy, puede realizar el Ministerio Fiscal en nuestro país, cuenta, básicamente, con los siguientes fundamentos y condicionamientos:

- Una Fiscalía de carácter constitucional, órgano con personalidad jurídica propia, integrado en el Poder Judicial pero sin formar parte de él y con autonomía funcional. Sus miembros han de actuar conforme a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica. Es su función principal la defensa de la legalidad. Además, el Fiscal General del Estado es designado por el Gobierno.

- Un texto constitucional que no impide la instrucción por el Fiscal, ya que a los Jueces se les asigna la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no la de instruir e investigar.

- Un Ministerio Público que ya instruye legítimamente en la Jurisdicción de Menores, y, sin disimulo ni complejos, con independencia de la adecuada -o inadecuada- legitimación -partiendo del contenido de la actual LECrim- en Anticorrupción, aunque técnicamente la investigación la realice la Policía Judicial. Amén de lo ya dicho sobre la Fiscalía Europea y los Fiscales Delegados Europeos.

- Un Ministerio Fiscal sujeto a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad. Además de al principio de especialidad.

- Un Ministerio Público dependiente del Ejecutivo, a la vista tanto de la Constitución como del propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, lo que permite al Gobierno -o mejor, a su Presidente- poder ordenar o “interesar” del Fiscal General del Estado determinada actuación -en cualquier sentido- en defensa del interés público; siendo que, a su vez, el Fiscal General del Estado está legitimado para impartir órdenes e instrucciones a sus inferiores, bajo la justificación de su conveniencia y necesidad para el servicio y ejercicio de sus funciones, órdenes e instrucciones que pueden ser tanto de carácter general como particular referidas a asuntos concretos sin que, hasta la fecha, nada se haya realizado a efectos de la modificación de dicho EOMF, a pesar de los Anteproyectos mencionados y de las voces que piden mayores estándares de autonomía a fin de acabar con la imagen de una Fiscalía que se asemeja a un negociado del Ministerio de Justicia.

- Un Ministerio Fiscal económicamente subordinado y sujeto al Ministerio de Justicia, sin presupuesto propio.

- Unos miembros del Ministerio Fiscal sometidos al principio de legalidad, a los que resulta más fácil acusar que, solicitar el sobreseimiento; y, mucho menos complicado, mantener la acusación que, retirarla.

- Una institución con medios materiales y personales absolutamente insuficientes.

- Una escasa normativa (tan solo dos normas, el artículo 733 LECrim y el artículo 5 EOMF) que permite al Fiscal practicar diligencias de investigación, siempre y cuando la causa no esté judicializada; siendo el valor de las mismas es exclusivamente de mera presunción de autenticidad.

- Una Policía Judicial dependiente orgánica y funcionalmente del Ejecutivo y simultáneamente, bajo las órdenes de Jueces y Fiscales en lo que hace a la averiguación delictiva.

- Una notable sospecha de parcialidad de los Jueces en sus funciones de instrucción, cuyo elenco de diligencias de investigación tienen -amén de suma importancia- carácter y naturaleza jurisdiccional, sencillamente por la sede en que se realizan y, también, por las consecuencias que pueden resultar de la práctica de las mismas, ya que, o bien se abre el juicio oral, o bien se acuerda el sobreseimiento.

- Una amplia participación de las partes acusadoras en el proceso, ya sea a través de la acusación particular, ya sea mediante la acción popular.

- Un extenso sistema de recursos que no hacen sino entorpecer innecesariamente la fase de instrucción, sin que los mismos supongan -en demasiadas ocasiones- una verdadera garantía para el investigado.

SÉPTIMA.- El ALECrím 2020 otorga la investigación al Ministerio Público en las siguientes circunstancias y dentro de los parámetros que, a continuación, señalamos:

- Se mantiene en sus propios términos el actual Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal hasta tanto no se apruebe la nueva LECrím, lo que resulta cuando menos cuestionable en lo que hace a su independencia.

- En este punto, ni siquiera desde la propia Fiscalía General del Estado se pretende dicha independencia del Poder Ejecutivo ya que al respecto, incluso la máxima responsable se expresa en términos de peticiones como de un “estatus de autonomía reforzada, con presupuesto propio y capacidad y medios para su gestión”, siendo además, que sus solicitudes se han venido refiriendo a cuestiones relativas a la autonomía en asuntos administrativos, tales como bajas, sustituciones, asuntos disciplinarios o gestión de viajes, subrayando que dichas cuestiones “no carecen de importancia aunque pueda parecerlo” y, establece como ejemplo que: “una vez que los fiscales se pongan a instruir, la organización de una comisión de servicio para ir a investigar a otros países no debería depender del Ministro de Justicia de turno”. De hecho, lo anterior, se recoge en los mismos términos, en la última Memoria de la Fiscalía General del Estado, presentada en septiembre de 2021. Al parecer, la idea se acerca a la diferenciación política española entre autonomía e independencia, sólo que la traslación se antoja difícil.

- Así las cosas, habría de entenderse que el actual estatus del Ministerio Fiscal es incompatible con una investigación independiente, siendo poco factible garantizar la necesaria libertad del Fiscal instructor en un asunto concreto y determinado a la luz del vigente EOMF.

- El Ministerio Público, a la vista del contenido de la Ley 8/2021, de 2 de junio, (BOE 3 junio 2021), por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha de continuar interviniendo en procedimientos de este tipo, aun reconociéndose la importante aminoración de dicha intervención. Amén de la obligada participación del Fiscal en el resto de Jurisdicciones, en procedimientos con implicación de derechos fundamentales. Y todo ello, con los mismos medios personales y materiales.

- Se introduce definitivamente, la oportunidad reglada y se establecen mecanismos alternativos a la acción penal, fortaleciendo la conformidad, desapareciendo los límites punitivos que tanto la restringían, y regulando a su vez el ámbito de la Justicia Restaurativa.

- No se ha previsto aumento de plantilla, ni tampoco se ha realizado mención concreta alguna al incremento de presupuesto. Se manifiesta en la Exposición de Motivos ALECrím 2020 la innecesariedad de aumentar la plantilla, haciendo caso omiso a lo que en las últimas Memorias de la Fiscalía General del Estado se viene recalcando e interesando. La Memoria de la FGE de 2020 ya señalaba que “(...) en relación al número de fiscales por cada 100.000 habitantes y tomando los datos de

población del Instituto Nacional de Estadística, la media nacional en 2019 fue de 4,86 fiscales por cada 100.000 habitantes frente al 4,92 de 2018". Porcentajes absolutamente alejados de la media europea, que cuenta con una ratio de más de 11 Fiscales de media por cada 100.000 habitantes. Lo que se reitera en la Memoria de 2021.

- La Policía Judicial continúa dependiendo orgánica y funcionalmente del Ejecutivo, además de seguir estando, orgánicamente, bajo las órdenes de Jueces y Fiscales. Cuestión que se enfatiza en la Exposición de Motivos del ALECrim 2020, cuando en su Apartado XXI, referido a la Relación de Dependencia Funcional con el Ministerio Fiscal (de la Policía Judicial), literalmente se señala que: "Eso sí, sin caer en el modelo, más bien utópico, de dependencia orgánica, la presente ley trata de reforzar los mecanismos de dependencia funcional..." Probablemente, lo adecuado sería que las funciones de Policía Judicial en sentido estricto -es decir las referidas a la investigación y a las derivadas de la misma- fueran desempeñadas por un cuerpo distinto y bien separado de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, o bien, como indicábamos en el trabajo, por graduados en Criminología, adecuadamente preparados como están al efecto, con una sujeción legalmente idónea y apropiada al Ministerio Público, en condiciones similares, por ejemplo, a las del Equipo Técnico en la Jurisdicción de Menores. Consideramos, se evitarían gran cantidad de interferencias indeseadas, por ejemplo, en referencia a aquella indicación bíblica de la incorrección de servir a dos señores al mismo tiempo.

- Se prevé, en el art. 97 del Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, la creación de Gabinetes Técnicos a efectos de establecer criterios uniformes en los Tribunales de Instancia, Gabinetes formados por Letrados de la Administración de Justicia y Jueces, e insistimos, al igual que en el punto anterior, en la bondad que supondría el contar con Gabinetes Técnicos que asistan tanto a Jueces como a Fiscales en cuestiones técnicas concretas y específicas, a modo de peritos judiciales, pudiendo contar a tal efecto con los Graduados en Criminología, cuya independencia estaría fuera de cualquier duda.

- Esta atribución de la dirección de la investigación de los delitos al Fiscal se realiza dentro de un concepto reformado de la naturaleza de la instrucción, desapareciendo su carácter jurisdiccional y, por ende, también, el valor probatorio de las diligencias realizadas en esta sede.

- La participación de las acusaciones queda reducida sobre todo en lo que hace a la acción popular cuya legitimación para el ejercicio de la misma excluye a las personas jurídicas públicas -lo que no se acaba de explicar, salvo que sea debido a la más absoluta falta de confianza en el Ministerio Fiscal-, a los partidos políticos y a los sindicatos. La acusación particular queda más que preservada teniendo en cuenta las especificidades del estatuto de la víctima.

- Se reducen los recursos en la fase de instrucción a la vez que se establecen plazos para la misma bajo pena de nulidad. Esto, obviamente, aligeraría los tiempos de la investigación y por lo tanto, del proceso penal.

- Se transfiere la supuesta parcialidad del Juez de Instrucción al Fiscal "de Instrucción", creándose una situación prácticamente idéntica, sólo que, en otro lado, debido a que, conforme al texto, quien investiga, también acusa. Cuestión ésta -la de la imparcia-

idad- que, como mínimo, habría de concretarse y explicitarse materialmente en una norma legal, además de realizarse su necesaria diferenciación de la objetividad y de la independencia, *melé* existente en la actualidad conforme a la redacción del art. 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

- Se estatuye una excesiva e injustificada intervención del Juez de Garantías en la fase de investigación, lo que hace que nos representemos la imagen de un período de indagación compartida entre el Fiscal y el Juez, o, si se prefiere, participada por ambos.

OCTAVA.- La *vacatio legis* de seis años establecida en el ALECRim 2020 -además de recordarnos a la Ley de Registro Civil de 22 de julio de 2011, que ha entrado en vigor el día 30 de abril de 2021-, nos hace pensar en un horizonte lejano e incluso volátil, lo que está haciendo que, la doctrina no se moleste siquiera en decir o escribir algo sobre el texto, a la vista de la posible inutilidad de dicha labor.

Añadiremos también, que el Consejo General del Poder Judicial tampoco se ha afanado en la elaboración y emisión del preceptivo informe al Anteproyecto de Ley, siendo que, al parecer, a decir de los medios de comunicación (por todos amp. elperiodico.com de 12 de octubre 2021) hasta la fecha, el propio Gobierno ha transmitido ha dicho órgano que “no deben tener prisa a la hora de elaborar el informe”.

No se comprende semejante dilación, a la que, es necesario añadir el tiempo de los trámites para la aprobación del texto. Y no se comprende bien, si se tienen en cuenta tanto el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia de 2020 y del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, del mismo año, en los que los tiempos de implantación se han concretado mucho más. Además, ambos textos cuentan ya con el informe del Consejo General del Poder Judicial.

NOVENA.- Precisamente, en base a esa *vacatio legis* -a modo de adviento para nuestro “Fiscal de Instrucción”- por un lado, y, por otro, a la veleidosa naturaleza del voto, pudiera resultar que, todavía estuviéramos a tiempo de conformar una Ley Procesal Penal, más adecuada, garantista, eficaz y eficiente. Y es lo cierto que, ante tanto Anteproyecto de Ley -a medias entre *lege lata* y *lege ferenda*, o si se prefiere, *quasi lege ferenda*- las potenciales ideas o soluciones a proponer -de auténtica *lege ferenda*- vienen a resultar estériles desde un punto de vista práctico.

DÉCIMA.- Reconociendo la potencial virtualidad de la reforma en los términos recogidos en el ALECRim 2020 a efectos de aligeración del proceso penal mediante la puesta de la investigación en manos del Fiscal, e, incluso considerando una instrucción en términos más generales, parece que la misma, puede suponer cierto alivio al efecto. Pero no *per se* y, menos, si no se acompaña de otras reformas absolutamente necesarias. De hecho, ante lo acaecido con la entrada en vigor de la Ley Penal del Menor -hace ya unos años- es probable que nos vayamos a encontrar en la misma situación. A saber, amanecerá un día -y esto ocurrió literalmente- en el que los Juzgados de Instrucción -o los Tribunales de Instancia en funciones de Instrucción, o como quiera que termine por denominárseles- se desharán de todos sus expedientes -de forma digital o física, igual

da- y, consecuentemente, las Fiscalías se verán invadidas por los mismos. Es decir que las dilaciones -que, obviamente, no habrán desaparecido- serán, sencillamente, transferidas o trasvasadas a otra sede.

Entendemos que, poco o nada puede aligerarse en el proceso penal si resulta que, quien tiene que investigar en exclusiva, además, ha de seguir atendiendo los procedimientos de otras Jurisdicciones en los que se encuentra necesariamente legitimado, por ministerio de la Ley. Como ejemplo, además de lo ya señalado hasta ahora, y, obviamente, porque no se entendería de otra manera, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE 5 de junio 2021) supone la continuidad de la legitimación del Ministerio Público y la necesidad de su participación en el procedimiento concreto.

A lo anterior, habría que añadirse el amplio elenco de facultades que siguen atribuyéndose al órgano jurisdiccional, ahora denominado Juez de Garantías, lo que obviamente, impedirá una tramitación ágil.

UNDÉCIMA.- En cuanto al Derecho comparado, la investigación por el Fiscal no ha mejorado los problemas de las dilaciones del proceso penal. Al efecto, y refiriéndonos en concreto a Francia, su nueva legislación, dictada precisamente para agilizar la justicia penal, no escapa ni de la globalización, ni de la expansión del Derecho Penal, ni del estrechamiento del Proceso penal, ni de la ampliación de las facultades de la Policía Judicial, como se ha especificado en la cuarta parte último de este trabajo, siendo, además que, los derechos y libertades fundamentales llegan a quedar, en más de un supuesto, fuera del necesario e ineludible control judicial. Y es, por ello, que, deja de parecernos un modelo a seguir.

DECIMOSEGUNDA.- Desde una perspectiva práctica -por parte de quienes ni siquiera tenemos el pie en el estribo sino que, lo mantenemos en tierra- propondríamos de *lege ferenda*, dos posibles modificaciones:

A) En la hipótesis de que se concediera la fase de investigación al Fiscal -a partir de las distintas especialidades por materia ya existentes y en atención al carácter imperativo del principio de unidad de actuación del Fiscal- habrían de establecerse -y concretar- los límites del principio de oportunidad, así como los referidos a la aplicación de la Justicia restaurativa, en su consideración de derivada de aquel principio; en cualquier caso, y como mínimo, habrían de señalarse los márgenes referidos a la punibilidad. De modo que, si los hechos se encontraran dentro de esos acotados, el Fiscal, podría citar tras el análisis de la investigación realizada, directamente, a investigado y a víctima, a una comparecencia -en sede de Fiscalía- y remitir el expediente a esa vía de finalización; y ello, con posterior ratificación judicial, requisito, que igualmente, podría modularse en razón al límite punitivo que se estableciera. Obviamente, con absoluto respeto a los derechos de las partes.

En este supuesto de investigación por el Fiscal, incluiríamos también entre sus facultades, la admisión o inadmisión de la personación de las acusaciones particular y popular, así como la de las diligencias de investigación que propongan los intervinientes, cuyos recursos al respecto, quedarían postpuestos al final de la investigación y para ante

el Juez de Garantías. De modo que, cuando el Fiscal decretara el cierre de la misma podría concederse a las partes un plazo -de diez días- para realizar las correspondientes impugnaciones ante un órgano judicial encargado de la fase de acusación y distinto al Juez de Garantías, siendo que, si en ese tiempo, no se presentara ningún recurso, se entendería que estaban de acuerdo con lo practicado en dicha fase.

Inmediatamente después, el Fiscal -también en un plazo razonable, que pudiera ser de cinco días- habría de formular la acusación con indicación a las partes de las pruebas sobre las que funda la misma, dándoseles a éstas, el traslado correspondiente, con el único el fin, de proponer prueba, salvo en el caso, en el que, el Fiscal hubiera optado por no ejercitar la acción penal, supuesto en el que habría de estarse a la decisión del Tribunal de la acusación.

Una vez superado el trámite anterior, se pondría la causa en manos, del Tribunal de la acusación, encargado tanto de la admisión de prueba como de la depuración de aquella que se considerase inadecuadamente realizada.

Y, de este modo, habría de llegarse al Juicio Oral.

En lo que hace al proceso en sí mismo, y estableciendo su inicio, inmediatamente después de la formulación de la acusación por el Fiscal y con la adecuada información sobre la prueba en que fundamenta la misma, y, tras las solicitudes de prueba de las partes, habría de continuarse, como se ha dicho, con una comparecencia que supondría la desinfección de todo aquello que fuera necesario antes de llegar al Plenario, en las condiciones de asepsia necesarias. Finalmente, se encontraría el Juicio Oral, en el que, únicamente, y, tras practicada la prueba, en el mismo, se debatiría sobre la inocencia o culpabilidad del acusado.

En consecuencia, y en lo que respecta a los órganos judiciales, se distinguirían tres bien diferenciados: a) El Juez de Garantías que actuaría en la fase de investigación para asegurar el cumplimiento de los derechos y libertades fundamentales en esa fase; así como en el aseguramiento de la prueba y, en la resolución de los recursos que, referidos a la fase de investigación, sólo cabría su interposición al final de la misma, a cuyo efecto se establecería un plazo -no superior a diez días-, transcurrido el cual, se entendería que, las partes están conformes con lo actuado en la investigación, por lo que, el Fiscal, -también en un plazo de cinco días- formularía su acusación, señalando las pruebas en las que fundamenta la misma. b) El Tribunal de la fase intermedia, dedicado tanto a la valoración de la suficiencia de la prueba -que permitiría o, en su caso, impediría la continuación del procedimiento, pudiendo acordar su archivo- como a la depuración de la prueba propuesta, a la admisión de la misma, y, a su vez, a la ratificación de las conformidades, si las hubiere, para las que no se establecería límite punitivo alguno. Así como a la resolución de los recursos que las partes personadas en la fase de investigación pudieran interponer en el supuesto de que el Fiscal acordara no ejercitar la acción penal. Y, c) El órgano de enjuiciamiento, que asumiría el conocimiento y fallo de la causa. No obstante, señalaremos que, aun entendiendo que, lo en teoría correcto habría de ser que la prueba fuera admitida por el órgano de enjuiciamiento, es lo cierto que, el hecho de que lo hiciera otro órgano distinto, impediría, en la práctica, que el órgano sentenciador cayera en la tentación de inadmitir prueba con el propósito de que la vista resultara, además de menos intensa, más liviana y llevadera.

Y todo lo anterior estableciéndose: a) Dos órganos de enjuiciamiento distintos; por un lado, aquél competente para el conocimiento y fallo de delitos de hasta cinco años de privación de libertad, y, por otro, el Escabinado, para delitos con penas superiores a la señalada. b) Dos tipos de procedimientos, pudiendo llamarse uno de ellos Abreviado y, el otro, de Jurado, que coexistirían con los que ahora venimos en llamar Juicios Rápidos. Y, c) Los delitos leves habrían de ubicarse en lugar distinto al Código Penal, para lo que proponemos acomodarlos en sede administrativa.

B) En el supuesto de que se mantuviera la instrucción por un órgano judicial, propondríamos lo señalado para la investigación por el Fiscal, sólo que, con eliminación -por, obviamente, innecesaria- de la figura del Juez de Garantías.

En cualquiera de las dos posibilidades planteadas, se propone la erradicación del injustificado e injustificable privilegio que se establece mediante el aforamiento.

Y también, en ambas hipótesis, abogamos por un Fiscal del caso singular, con una mínima garantía de autonomía e imparcialidad, entendida como objetividad e independencia en el asunto individualizado y concreto; y ello, con total independencia del sometimiento a las disposiciones de carácter general e, incluso a órdenes para el caso concreto, siempre que sean adecuadamente conocidas y, sobre todo, susceptibles de control

En estado de cosas, y, con la certeza de que, en este país, no va a ser posible establecer una -adecuadamente decorosa, casta, pudorosa y prudente- distancia del Fiscal General del Estado respecto del Gobierno de turno, hagamos, por lo menos, que el Fiscal del caso concreto pueda ejercer su función en una posición de seguridad adecuada y suficiente, a todos los niveles, tanto jurisdiccional como laboral (régimen interno y carrera profesional).

La señalada necesidad de modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, viene derivada del anclaje del actual modelo de funcionamiento de la Institución sobre bases conceptuales esencialmente ubicadas en etapas anteriores a la Constitución de 1978. Y esta inadecuada raigambre a nivel estatutario y reglamentario, es, a todas luces, impropia de un país supuestamente democrático, lo que -sobre todo, en supuestos mediáticos- no hace sino desmerecer la labor y el esfuerzo tanto de los Fiscales de a pie como de los mandos superiores, poniendo bajo sospecha su imparcialidad por una hipotética sumisión a intereses opacos y presiones de toda naturaleza.

Definitivamente, y ante la trayectoria que está tomando el Ejecutivo español en materia de Anteproyectos de Ley referidos al proceso penal, y, a pesar de haber sostenido que manteníamos el pie en tierra, nos preguntamos si no necesitaríamos de un caballo al que subir para que -como San Pablo tras su caída- pudiéramos recobrar la fe -si en algún momento la hubiéramos tenido- en la materialización de la reforma de la vigente Ley rituaría. Y no estamos elucubrando.

Y no elucubramos por cuanto que, entendemos, existen datos objetivos que avalan lo que se acaba de decir. Habrá de reiterarse al respecto, la señalada -y *quasi* eterna- *vacatio legis* del ALECrim 2020, que imposibilitará, en la práctica, su propio alumbramiento. Añadiremos, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia

Organizativa del Servicio Público de Justicia -con una *vacatio legis* de veinte días- y en cuyo texto se subraya la importancia de la especialización de Jueces y Magistrados, especialización que, supuestamente, constituía una de las pocas ventajas y uno de los más prometedores atributos para la asignación de la investigación al Ministerio Fiscal. Además, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia -con una *vacatio legis* de tres meses- establece, por un lado, una audiencia preliminar con objeto múltiple -admisión de prueba, posible conformidad, y depuración de aquellas cuestiones que pudieran conllevar la suspensión del Juicio Oral-; y, elimina, por otro, el límite penológico de la conformidad; dos de las importantes aportaciones del repetido ALECrím 2020.

Todo ello, sin obviar el hecho de que los antecedentes inmediatos del actual texto de ALECrím 2020 -los de 2011 y 2013- terminarían pasando, sin pena ni gloria, a mejor vida, pero auspiciando la posterior incontinencia normativa modificadora del procesal penal, pareja a la actual, que se produjera en el año 2015.

A modo de colofón, o mejor, a modo de “tiro de gracia”, el Ministerio de Justicia acaba de anunciar su intención de crear -en el mes de octubre de 2021- un Grupo de Trabajo Interinstitucional para revisar la reforma del ALECrím, fundamentando, al parecer, dicha decisión en el informe “negativo” que el Consejo Fiscal realizara, el 7 de julio de 2021, sobre el texto. La Comisión estará formada por representantes de la Fiscalía General del Estado, del Consejo General del Poder Judicial, del Ministerio del Interior, del Consejo General de la Abogacía, de expertos universitarios y del Consejo General de Procuradores de España.

En consonancia con lo anterior, y reiterando que se debe a las críticas que recibiera el texto de ALECrím 2020 en el informe del Consejo Fiscal, el Ministerio de Justicia ha decidido repensar -eufemismo en toda regla para indicar *estacionamiento sine die*- el proyecto estrella de la legislatura. “*Requiem aeternam dona ei Domine. Et lux perpetua luceat ei. Requiescat in pace*”.

Obstinadamente, la historia se repite.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, J., “A propósito del Defensor del Pueblo: los rasgos definidores de la posición política de los órganos auxiliares” en *Revista de Administración Pública*, 1986.

AGUILERA MORALES, E., *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedesc, Barcelona, 1998.

AGUILERA MORALES, M., “La agilización de la justicia penal en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. O de cuando el oro parece...” en *Diario La Ley* núm. 8551, 2015.

AGUILERA MORALES, M., “La conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, (AAVV, dir. MORENO CATENA, V., coords. RUIZ LÓPEZ, C., LÓPEZ JIMÉNEZ, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

AHUMADA RUIZ, M. A., y ROCA TRIAS, E., “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, ponencia presentada en la *XV Conferencia Trilateral Italia-Portugal-España*, Roma, 2013.

ALAMILLO CANILLAS, F., *El Ministerio Fiscal español. Su organización y funcionamiento*, Madrid, 1990.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador” en *Revista de Administración Pública* núm. 195, 2004.

ALCÁCER GUIRAO, R., “La medición penal y la atenuante de reparación. Similitudes y criterios de aplicación” en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Reus, Madrid, 2011.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., “Lo que debe ser el Ministerio Público” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1929.

ALONSO GONZÁLEZ, A. B., “Introducción al proceso en Italia. Analogías y diferencias con el sistema español. Especial referencia al orden penal” en *Cuadernos de Política Criminal* núm. 102, 2010.

ALONSO SALGADO, C., “Una mirada hacia la Justicia Restaurativa. Recuperando el derecho perdido” en *Revista Criminología y Justicia* núm. 4, 2012.

AÑÓN CALVETE, J., “Plazo máximo para la instrucción. Comentario a la nueva redacción del art. 324 de la LECrim sobre el plazo para la instrucción de asuntos penales” en *Revista de Derecho Alex* núm. 237, 2015.

ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991.

ARMENTA DEU, T., “El juicio de faltas y los principios de oportunidad y acusatorio” en *El juicio oral*, Colección Studia Jurídica, Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, 1994.

- ARMENTA DEU, T., “La reforma del proceso penal. Principios irrenunciables y opciones de política criminal” en *Revista Poder Judicial* núm. 58, 2000.
- ARMENTA DEU, T., “El Fiscal Instructor ¿es necesario?” en *Cuadernos de derecho Público* núm. 16, 2002.
- ARMENTA DEU, T., *Justicia de proximidad*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- ARMENTA DEU, T., “La investigación penal: ¿jueces o fiscales?” en *Revista del Poder Judicial*, núm. 92, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011.
- ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia procesal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ASENCIO MELLADO, J. M^a., *La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (AAVV), Navarra, 2005.
- ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- ASENCIO MELLADO, J. M^a., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ASENCIO MELLADO, J. M^a., *El proceso penal por aceptación de decreto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “Descriminalización y prevención” en *Poder Judicial*, núm. especial 2, 1987.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “La posición del fiscal en la investigación penal” en *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (AAVV), Aranzadi, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *El debido proceso*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- BADIE, F., “El Ministerio Público francés” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Madrid, 2001.
- BALSAMO, A., “La formación de magistrados en Italia. Líneas maestras y objetivos formativos. Perspectivas de derecho comparado” en *Jueces para la Democracia* núm.63, 2008.
- BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. “Alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BARONA VILAR, S., “Régimen jurídico de la conformidad en el proceso penal tras la Ley 38/2002, de 24 de octubre y la LO 8/2002, de 24 de octubre” en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* núm. 6, 2006.
- BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BARONA VILAR, S., “Mediación penal: un instrumento para la tutela penal” en *Poder Judicial* núm. 94, 2012.

BARONA VILAR, S., “El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España”, (Ponencia del *III Congreso español de Victimología*, celebrado en Madrid, los días 12 y 13 de noviembre de 2013).

BARONA VILAR, S., *Proceso Penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BARONA VILAR, S., “El proceso por aceptación de decreto” en *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, (AAVV, coords. VARONA VILAR, S. y GÓMEZ COLOMER, J. L.) *Jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BARONA VILAR, S., *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (AAVV, directora BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BASTERRECHE BENGUA, T., “Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales” en *Revista de Estudios Políticos* núm. 160, 2013.

BAYOD Y SERRAT, R., “El Ministerio Fiscal como poder”, *I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León “Crisis de la Justicia y reformas procesales”*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

BUJOSA VADELL, L. M. “Aproximación a la iniciación de la investigación penal propuesta de Código Procesal penal. ¿oficialidad o discrecionalidad?” en *Diario La Ley* núm. 8090, 2013.

BUJOSA VADELL, L. M., “Oficialidad o discrecionalidad en el inicio de la investigación penal” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (AAVV, dir. MORENO CATENA, V., coords. RUIZ LÓPEZ, C. y LÓPEZ JIMÉNEZ, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BUJOSA VADELL, L., Encuesta jurídica de la *Revista de Derecho Penal SEPIN*, enero de 2016.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio” en *Revista Diario La Ley* núm. 7548, 2011.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la LECR de 27 de julio de 2011” en *Revista Diario La Ley* núm. 7939. 8 de octubre de 2012, Madrid, 2012.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Sobre la conveniencia de atribuir la dirección penal al Ministerio Fiscal” en *Sobre la reforma de la Justicia penal, Revista jurídica de Castilla y León* núm. 14, 2008.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y justicia negociada. Las claves del nuevo proceso penal español” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal español*, (AAVV, coords. RUIZ LÓPEZ, C., y LÓPEZ JIMÉNEZ, R., dir. MORENO CATENA, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CALAMANDREI, P., *El procedimiento monitorio*, Buenos Aires, 1953.

CALDERÓN CUADRADO, M.^a P., “Los procesos de especial envergadura: sobre la conexión y ‘desconexión’ procesal” en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, (AAVV, coordinadora FUENTES SORIANO, O.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- CALVO SÁNCHEZ, M. C., “¿Ministerio Fiscal o Juez instructor de la causa?” en *Cuadernos Abulenses* núm.22, 1994.
- CANO SOLER, M^a. Á., *La mediación penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso - Chile-* 26, 2005.
- CARPISO MCGREGOR, J., “El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo” en *Revista de Estudios políticos* núm.125, 2004.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hacia un nuevo proceso penal (investigación y juicio de acusación) en *Estudios Penales y Criminológicos* núm. 29, 2009.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Madrid, 2010.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto” en *Diario La Ley* núm. 8584, 2015.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “El procedimiento de mediación en el marco del proceso penal” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, (AAVV, dir. MORENO CATENA, V., coords. RUIZ LÓPEZ, C., LÓPEZ JIMÉNEZ, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “El fomento del principio de oportunidad” en *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales*, (AAVV, coord. FUENTES SORIANO, O.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CHEVALLIER, J., *L'Etat de Droit*, Montchrestein, Paris, 1994.
- CHOZAS ALONSO, J. M. “La conformidad penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de derecho comparado” en *Revista La Ley* núm. 14, 2013.
- CID MOLINÉ, J., “Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas” en *Revista de Administración Pública* núm.140, 1996.
- CID MOLINÉ, J., “Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho Penal” en *Revista de Estudios de la Justicia* núm. 11, 2009.
- COBO DEL ROSAL, M., “Principio de legalidad y Ministerio Fiscal” en *Cuadernos de Política Criminal* núm. 2, 1997.
- COBO DEL ROSAL, M., “Art. 124. El Ministerio Fiscal” en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T. IX, Edersa, Madrid, 1998. -2-
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “Investigación e instrucción en el proceso penal” en *Las reformas procesales, Estudios de Derecho Judicial* núm. 58, Madrid, 2004.
- COMPTE MASSACHS, T., “Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal en *Jueces para la Democracia* núm. 23, 1994.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El Ministerio Fiscal en la Constitución” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* núm. 6, 1981.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “La naturaleza y principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el nuevo Estatuto Orgánico” en *El Poder Judicial* Vol. I, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal” (Ejemplar especial dedicado a la “Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas”) en *Poder Judicial* núm. especial 6, 1989.

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

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El modelo post-constitucional del Ministerio Fiscal en España” en *Revista Poder Judicial* núm.27, 1997.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *La ley de la responsabilidad penal de los menores*, Trivium, Madrid, 2001.

CRESPO BARQUERO, P. J., “Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* núm. 6, 1998.

CRESPO BARQUERO, P. J., “La igualdad de armas y la asimetría acusación-defensa en un proceso penal basado en la presunción de inocencia (Referencia al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y a la propuesta de Código de Código Procesal Penal de 2013)” en *Revista Teoría & Derecho* núm. 16, 2014.

CRESPO BARQUERO, P. J., “El proceso por aceptación de decreto: requisitos, objeto y contenido del decreto. Análisis de la reforma legal” en *Formación continua CEJ*, Madrid, 2016.

CUADRA RAMÍREZ, J. G., *Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de administración de justicia*. Disponible en www.scjn.gob.mx/Transparencia/lists/Becarios/Attachments/134/Becarios_134.pdf.

CUADRADO SALINAS, C., *La investigación en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2010.

CUBILLO LÓPEZ, I. J., “Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la Ley 41/3015” en *Estudios de Deusto* Vol. 65, núm. 2, Bilbao, 2017.

D’ALTERIO, A., “El Pubblico Ministero. Configuración constitucional, organización y funciones. Especial referencia a la Dirección Nacional Antimafia. Perspectivas de reforma” en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal* VI, Madrid, 2001.

DE ESTEBAN ALONSO, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español* T.I., Labor, Barcelona, 1980.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal*, EUNSA, Pamplona, 1972.
- DE LA OLIVA SANTOS, “El fiscal y futuro del proceso penal” en *Revista Tribunales de Justicia* núm. 1, 1997.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Penal*, (AAVV), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007.
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., “El modelo de investigación penal de la CE de 1978: Los papeles asignados al Juez, al Fiscal y a la Policía Judicial” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 5, 1998.
- DE MATTEIS, L., “La valoración del desempeño profesional de los jueces y fiscales en el sistema italiano” en *Jueces para la Democracia* núm. 68, 2010.
- DE OÑA NAVARRO, J. M., “Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI 2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.
- DE RAMÓN FORÉS, I., “La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal” en *Diario La Ley*, núm. 7433, *Sección Doctrina*, 28 de junio de 2010, La Ley, Madrid, 2010.
- DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.
- DE URBANO CASTRILLO, E., “Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente” en *Estudios de Derecho Judicial* núm. 42, 2002.
- DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *La responsabilidad penal de los menores. Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- DEL MORAL GARCÍA, A., “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia” en *Jueces para la Democracia* núm. 43, 2000.
- DEL MORAL GARCÍA, A., “Consejo Fiscal y nombramientos” en *Centro Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, 2005.
- DEL MORAL GARCÍA, A., “La terminación de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal” en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, 2008.
- DEL MORAL GARCÍA, A., “La mediación en el proceso penal: fundamentos, problemas y experiencias” en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, (AAVV, coords. RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, X., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., CARABANTE MUNTADA, J. M.), Netbilo, Madrid, 2010. -4-
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *El delito de amenazas (en el nuevo Código Penal), análisis doctrinal y jurisprudencial, requisitos y modalidades*, Editorial General del Derecho, Valencia, 1997.
- DELMAS-MARTY, M., “La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres?” en *Rev. Sc. Crim.*, núm. 4, 1994.

DI FEDERICO, G., “La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia. Análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada” en *Poder Judicial* núm. 48, 1998.

DI FEDERICO, G., “Lecture di ordenamento italiano e comparato”, (AAVV) en *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, CEDAM, Padova, 2012.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., “El Ministerio Fiscal director de la investigación penal de menores” en *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción* (AAVV, dir. GIMENO SENDRA, J. V.), Iustel, Madrid, 2006.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., “Notas de derecho constitucional sobre la independencia judicial” en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 34, 1992.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., “Il modello europeo di magistratura: un approccio storico” en *Magistrati e potere nella storia europea*, (AAVV, dir. ROMARELLI, R.), Bologna, 1997.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., “Respuestas a la encuesta. Primera pregunta: ¿Debe encomendarse al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación en el proceso penal? ¿Por qué razones? En *La posición del Fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (AAVV), Aranzadi, Pamplona, 2005.

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

DOIG DÍAZ, Y., “El proceso por aceptación de decreto”, *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, (AAVV, coord. FUENTES SORIANO, O.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DOLZ LAGO, M. J., “La instrucción penal del Fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límites” en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, (AAVV, coords. GONZÁLEZ CUSSAC., J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M., y GÓMEZ COLOMER, J. L.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ESCUSOL BARRA, E., *Manual sobre Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 1993.

ESPARZA LEIBAR, I., “El sistema de reclutamiento y la formación de magistrados en Francia. *L'Ecole Nationale de la Magistrature*” en *Eguzkilore* núm. 23, San Sebastián, 2009.

ESPARZA LEIBAR, I., “La reforma penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger” en *Revista Penal* núm. 26, Barcelona, 2010.

ESPARZA LEIBAR, I., ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo”, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, (AAVV, dir. LASAGABASTER HERRARTE, I.), 3^a ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

- ESPINA RAMOS, J. Á., “La instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente” en *La reforma de la Justicia Penal* (AAVV, coords. ARANGÜENA FANEGO, C. y SANZ MORAL, Á. J.), Lex Nova, Valladolid, 2008.
- ESTÉVEZ MENDOZA, L. M.^a, “La instauración de la Fiscalía Europea como cooperación reforzada; problemas orgánicos y procesales” en *Revista de Estudios Europeos* núm. extraordinario monográfico 1-2017, Madrid, 2017.
- FÁBREGA RUIZ, C., y SÁEZ VALCÁRCEL, R., “La víctima y la mediación penal” en *Documento ideológico sobre mediación penal*, (AAVV, coord. SÁEZ VALCARCEL, R.), Cuadernos Digitales de Formación, Vol. 60, CGPJ, 2010.
- FAIREN GUILLEN, V., (1989) “El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988 (y II) en *Revista Tapia* núm. 45.
- FARALDO CABANA, P., “La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa” en *Indret* núm. 3, 2014.
- FAVOREAU, L., “Breves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution” en *Rev. Sc. Crim.*, núm. 4, 1994.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “La necesaria autonomía del Ministerio Fiscal español” en *Boletín de la Facultad de Derecho* núm. 24, 2004, UNED
- FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., “La conformidad en el Borrador del Código Procesal Penal” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, (AAVV, dir. MORENO CATENA, V., coords. RUIZ LÓPEZ, C., LÓPEZ JIMÉNEZ, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- FERRAGIOLI, L., *Dirito e ragione. Teoria dei garantismo penale*, Lanterza, Bari, 1990.
- FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- FLORES PRADA, I., “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídico-política del Ministerio Fiscal en España” en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* núm. 2084, 2009.
- FLORES PRADA, I., “Poder de acusar y modelos de Ministerio Público en derecho comparado. El Ministerio Público en Italia”, *Ponencia en Curso de Formación Continuada del Ministerio Fiscal sobre Sistemas de acusación de los Ministerios Públicos*”, abril, 2013. Disponible en formato pdf en la página web de la Fiscalía General del Estado (www.fiscal.es).
- FUENTES SORIANO, O., “La iniciación cuasi pública de los procesos por delito sexuales”, (AAVV) en *Anuario de Derecho Penal* 1999-2000.
- FUENTES SORIANO, O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*, Fundación Alternativas, Madrid, 2003.
- FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- FUENTES SORIANO, O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal” en *Nuevos retos de la Justicia penal*, (AAVV, dir. ASENSIO MELLADO, J. M., coord. FUENTES SORIANO, O.), La Ley Actualidad, Madrid, 2008.

FUENTES SORIANO, O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso” en *La reforma del Código Penal*, (AAVV, dir. ASECIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O., coord. CUADRADO SALINAS, C.), Madrid, 2011.

GAGO SEVILLA, J. M., “Investigación preliminar del Ministerio Fiscal” en *Curso Cuestiones Generales referidas al Ministerio Fiscal*. Fiscalía General del Estado, Madrid, 1995.

GARCÍA ALBERO, R., “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos” en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, (AAVV, coords. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2001.

GARCÍA HERNÁNDEZ, G., “Equipo técnico y medidas judiciales”, ponencia disponible en www.fiscal.es

GARCÍA MORENO, J. M., “La magistratura en Italia (I) en *Jueces para la Democracia* núm. 67, 2010.

GARCÍA MORENO, J. M., “La magistratura en Italia (II) en *Jueces para la Democracia* núm. 68, 2010.

GARCÍA MORILLO, J., *La Democracia en España*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

GARCÍA PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GARCÍA-MALTRÁS de BLAS, E., “Dilaciones indebidas y duración de los procesos en el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: del tiempo razonable al tiempo óptimo y previsible” en *Revista para el análisis del Derecho* núm.2, 2007.

GARCÍA-PANASCO MORALES, G., *El fiscal investigador: un verdadero riesgo para las garantías?*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal de menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*, Prólogo de F. JIMÉNEZ CONDE, Cizur Menor (Navarra), ed. Thomson Aranzadi, 2007.

GARRIDO FALLA, F., (con SERRANO ALBERCA, J. M. y otros), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

GARRO CARRERA, E. y ASUA BATARRITA, A., “La atenuante de reparación del daño” en *Atenuantes de reparación del daño y confesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, J. V., *Prólogo a la primera edición de la LECrim*, Tecnos, Madrid, 1984.

GIMENO SENDRA, J. V., “Causas históricas de la ineficacia de la justicia” en *Justicia* núm. 3, 1987.

GIMENO SENDRA, J. V., “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” en *Revista del Poder Judicial* núm.1, 1988.

GIMENO SENDRA, J. V., “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)” en *Revista del Poder Judicial* núm. especial II (Justicia Penal), 1988.

GIMENO SENDRA, J. V., *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.

GIMENO SENDRA, J. V., “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional” en *Revista del Poder Judicial* núm. 6, 1989.

GIMENO SENDRA, J. V., *La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)*, La Ley, Madrid, 1990.

GIMENO SENDRA, J. V., “El proceso penal de menores” en *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. II, 3ª parte, (AAVV, coords. J. M. ZUGALDÍA ESPINAR y J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA), Marcial Pons, Madrid, 2004.

GIMENO SENDRA, J. V., *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Madrid, 2012.

GOLDSCHMIDT LANGE, W., “La imparcialidad como principio básico del proceso” en *Revista de Derecho Procesal* núm. 2, 1950.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “Acusación particular, acción popular y sobrecarga de la justicia penal” en *Revista del Poder Judicial* núm. 8, Madrid, 1987.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “El nuevo proceso penal abreviado Aspectos orgánicos y procesales” en *Poder Judicial* núm. 26, 1992.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado” en *La reforma de la justicia penal (Estudios homenaje al Profesor Klaus Tiedemann)*, (AAVV, coords. GÓMEZ COLOMER, J. L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1997.

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

GÓMEZ COLOMER, J. L., “El debate acerca del quien de la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 2001.

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

GÓMEZ COLOMER, J. L., “El sistema procesal alemán: su historia y principios más relevantes” en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 4, 2002.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “Soluciones alternativas al proceso penal: reforma ante el fracaso de la Justicia”, (Jornadas sobre garantías del imputado en el proceso penal), en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Madrid, 2002.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “Tuición procesal de menores y jóvenes” en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, (AAVV.,

coords. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M^a. y GÓMEZ COLOMER, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “¿Es constitucional que instruya el proceso penal el Ministerio Fiscal? Análisis de la cuestión al amparo de los artículos 117.3 y 124 de la Constitución” en *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, (AAVV, dirs. GARCÍA REGUEIRO, J. A., BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., coords. LÓPEZ DE LERMA LÓPEZ, J., PRADA PRESA, A., RUBIALES TORREJÓN, A.), Bosch, Barcelona, 2003.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “El sistema: *Adversarial System*”, *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, (AAVV, coord. GÓMEZ COLOMER, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “Los (futuros), nuevos derechos de la víctima en el proceso penal español” en *El proceso penal en la encrucijada*, Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer, (AAVV, coord. GÓMEZ COLOMER, J. L.), Vol. I, Universitat Jaume I, Col·lecció “Estudis jurídics”, núm. 22, Castelló de la Plana, 2015.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “*Adversarial System*, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica” en *Revista del Poder Judicial* núm. especial 19, monográfico sobre *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2016.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “El nuevo proceso penal abreviado. Aspectos orgánicos y procesales en *Revista del Poder Judicial* núm. 26, 1992. “La Fiscalía española ¿Debe ser independiente?, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, UNED, 2018.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, (AAVV, coords. BARONA VILAR, S. y GÓMEZ COLOMER, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. I, Vol. 2, Bosch, Barcelona, 1951.

GÓMEZ ORBANEJA, E., (con HERCE QUEMADA, V.), *Derecho Procesal Penal*, Artes Gráficas, Madrid, 1987.

GONZÁLEZ CANO, M^a. I., “La mediación en el Proceso Penal. Perspectiva de futuro de la justicia restaurativa en el borrador de Código Procesal Penal de 2012” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, (AAVV, dir. MORENO CATENA, V., coords. RUIZ LÓPEZ, C., LÓPEZ JIMÉNEZ, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GONZÁLEZ CANO, M^a. I., “La integración de la mediación en el sistema procesal penal a través de las medidas de diversión” en *Nuevos horizontes del Derecho Procesal Penal. Libro- Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, (AAVV, coords. JIMENO BULNES, M., PÉREZ GIL, J.), Bosch, Barcelona, 2016.

GONZÁLEZ CUELLAR GARCÍA, A., “El Ministerio Fiscal” en *Documentación Jurídica* núm.45-46, Madrid, 1985.

GONZÁLEZ MONTES, J. L., *Instituciones de Derecho Procesal* T. I., Tecnos, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ MONTES, J. L., “Reforma del proceso penal: proyecto de reforma de la LECrim. para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales” en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6, 2015.

GONZÁLEZ TAPIA, M^a. I., *La prescripción en el Derecho Penal*, Dykinson Madrid, 2003.

GONZÁLEZ ZORRILLA, C., *Quién controla a los controladores?. Policía, justicia y control democrático*, Base, Barcelona, 2013.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales” en *El proceso en el Siglo XXI y Soluciones Alternativas*, (AAVV), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna, Madrid, 2015.

GOYENA HUERTA, J., “La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas” en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5, 2015.

GRANADOS PÉREZ, C., “Presente y futuro del Ministerio Fiscal” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm.4, 1997.

GRANDE SEARA, P., “Incoación del expediente de reforma y fase de instrucción” en *Proceso Penal de Menores*, (AAVV, coord. E. PILLADO GONZÁLEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GUERRA SAN MARTÍN, J., *Lecciones de Derecho Procesal. Introducción*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1992.

GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, 2^a edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GUINCHARD, S., “L’instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour EDH dans le débat français sur la Justice” en *Mélanges Sudre*, Lexis, París, 2018.

GUINCHARD, S., “L’instrumentalisation du contrôle de la proportionnalité dans le débat sur la place de l’autorité judiciaire dans nos institutions” en *Mélanges Teyssié*, LexisNexis, París, 2019.

GUINCHARD, S. y BUISSON, J., *Procedure Pénal*, 13^a ed., LexisNexis, París, 2020.

GUZMÁN FLUJA, V. C., “La investigación penal: ¿jueces o fiscales?” en *Revista del Poder Judicial* núm. 92, Madrid, 2011.

HASSEMER, W., “La persecución penal: legalidad y oportunidad” en *Jueces para la Democracia* núm. 4, 1988.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *La reforma del Ministerio Fiscal*, Madrid, 2003.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., “La investigación del Fiscal desde el punto de vista de las garantías constitucionales y derechos fundamentales”, ponencia en el *Curso La Investigación preliminar por el Ministerio Fiscal*, días 13 y 14 de marzo de 2006, Centro de Estudios Judiciales.

HINOJOSA SEGOVIA, R., “Un siglo de Derecho Procesal” en *Revista ICADE* núm. 46, 19

IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M^a., *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2001.

IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J. M^a., “La investigación preliminar del fiscal: aprendamos de la experiencia” en *Diario La Ley* núm. 7122, 2009.

JIMÉNEZ BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal” en *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso-Instituto de Estudios Fiscales, Vol. II, Madrid, 2009.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “El Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial” en *Poder Judicial* núm 3, 1982.

LACOSTE, G., “Sistema procesal francés” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, 2000.

LACUEVA BERTOLACCI, R., “Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Diario La Ley* núm. 7513, 2010.

LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad” en *Derecho Penal. Parte Especial*, (AAVV), Colex, Madrid, 2011.

LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La Ley, Madrid, 2008.

LEROY, J., “Premier aperçu sur le renforcement de la justice de proximité et de la réponse pénale. À propos de la loi n.º 2021-401 du 8 avril 2021 en *Semanaire Juridique* núm. 16, 2021.

LEHMAN, H., *Le procès Fillon*, Éditions du Cerf, París, 2018.

LIBANO BERISTAIN, A., *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de lege lata y propuestas de lege ferenda*, Bosch Editor, Barcelona, 2020.

LLOPES DA MOTA, J. L., “Le rôle du Ministère Public dans la construction d’un véritable espace de liberté, de sécurité et de justice” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 8, 2001.

LLORENTE SALINAS, M. A., “La mediación como medio complementario de resolución de conflictos” en *El Proceso Penal. Cuestiones fundamentales*, (AAVV, coord. FUENTES SORIANO, O.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., “El Ministerio Fiscal como problema” en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* núm.130, 1996.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996.

- LÓPEZ AGUILAR, J. F., “La crisis de la justicia. Marco para un análisis” en *Estudios de Derecho Público*, Vol. II, Homenaje a Juan José Ruiz Rico, Civitas, Madrid, 1997.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “El principio de dependencia jerárquica en el Ministerio Fiscal español” en *Actualidad Penal* núm. 26, 1991.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “Las diligencias del Fiscal investigador” en *Actualidad penal* núm. 15, 1993.
- LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *Ministerio Fiscal. Principios orgánicos y funcionales*, Colex, Madrid, 2001.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento penal de menores*, Comares, Granada, 2002.
- LÓPEZ LÓPEZ, M. A., *La ley Penal del Menor y el Reglamento para su aplicación*, Comares, Madrid, 2007.
- LÓPEZ LÓPEZ, M., “La motivación de los actos del Ministerio Fiscal” en *Diario La Ley* núm. 8358, *Sección Doctrina*, La Ley, Madrid, 2014.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. Y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “El proceso penal como sistema de garantías (I). La imparcialidad del Juez en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código Procesal Penal” en *Diario La Ley* núm.8086, 2013.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “El proceso penal como sistema de garantías (II). La dirección de la investigación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Procesal Penal en *Diario La Ley* núm.8091, 2013.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. Y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “El proceso penal como sistema de garantías (III). La contradicción previa al juicio en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código Procesal Penal” en *Diario La Ley* núm. 8111, 2013.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. Y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “El proceso penal como sistema de garantías” (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio en *Diario La Ley* núm. 8121, 2013.
- LORENTE HURTADO, F., *El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.
- MAGRO SERVET, V., “Ante la nueva conformidad penal en el texto de Ley de medidas de eficiencia procesal” en *Diario La Ley* núm. 9799, *Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna*, 25 de febrero de 2021.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDO, A., *La atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2007.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002.
- MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

MARINI, L., “Las funciones del Ministro de Justicia y Consejo Superior de la Magistratura en Italia”, (traducción Carmen Casado Navarro) en *Jueces para la Democracia* núm.53, 2005.

MARINI, L., “La contrarreforma del ordenamiento judicial en Italia” en *Jueces para la Democracia* núm. 57, 2006.

MARTÍN DIZ, F., “Mediación y Justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal” en *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*, (AAVV, dir. MORENO CATENA, V., coords. RUIZ LÓPEZ, C., LÓPEZ JIMÉNEZ, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MARTÍN PALLÍN, J. A., “El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales” en *El Poder Judicial* Vol. II, Dirección General de los Contencioso Administrativo, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

MARTÍN PALLÍN, J. A., “Actuación policial ante la averiguación de la verdad en el proceso penal. Especialidades de la prueba ante el jurado”, en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto vasco de Criminología* núm. 12, San Sebastián, 1998

MARTÍN PALLÍN, J. A., ¿Es constitucional la conformidad? en *Poder Judicial* núm. especial 19, 2006.

MARTÍN PASTOR, J., “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia y la prueba en el proceso penal. Consideración especial sobre el valor probatorio de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal a propósito de la STC 306/2003 (Sala 1ª), de 1 de diciembre” en *Revista General de Derecho Procesal* núm. 5, octubre 2004.

MARTÍN PASTOR, J., “El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal” en *Studia Albornotiana* núm.LXXXIX, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 2005.

MARTÍN PASTOR, J., “La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. ¿Un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?” en *Revista General de Derecho Procesal* núm.14, 2008.

MARTÍN PASTOR, J., “Cuestiones orgánicas y constitucionales sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de la fase de instrucción en el proceso penal” en *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal de a Coruña*, (dirs. NEIRA PENA A., PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., FERREIRO BAHAMONDE, X.), La Coruña, 2011.

MARTÍN PASTOR, “Algunas manifestaciones de la aproximación entre el proceso penal y el proceso civil”, *La convergencia entre el derecho civil y penal* (AAVV, coord. ARMENTA DEU, T.), 2013.

MARTÍN PASTOR, J., “La tímida introducción de la potestad discrecional de acusar en el proceso penal español” en *El Proceso Penal. Cuestiones fundamentales*, (AAVV, coord. FUENTES SORIANO, O.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MARTÍN y MARTÍN, J. A., *La instrucción penal*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MELERO BOSSH, L. V., *La agilización del proceso penal y las garantías de defensa del imputado en la instrucción de los juicios rápidos*, Universidad de La Laguna, 2007.

MELERO BOSCH, L. V., La restricción de garantías procesales como denominador común de los procesos penales simplificados españoles” en *Anales de la Facultad de Derecho* núm. 25, Universidad de la Laguna, 2008.

MERKL, A., “Teoría General del Derecho Administrativo” en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935.

MONTALBÁN HUERTAS, M. I., “Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)” en *Jueces para la Democracia* núm. 32, 1998.

MONTERO AROCA, J., “La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal” en *Primeras Jornadas sobre los problemas actuales de la Justicia Penal*, Granada, 1994.

MONTERO AROCA, J., (con GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MONTERO AROCA, J., “El juez que instruye no juzga. La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso” en *Diario La Ley* núm.4735, 1, 1999.

MONTERO AROCA, J., (con GÓMEZ COLOMER, J. L. MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional. Parte General*, T. I., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MONTERO AROCA, J., “El significado actual del llamado principio acusatorio”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, (AAVV, coords. GÓMEZ COLOMER, J. L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MONTERO AROCA, J., “Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral” en *Revista Teoría y Derecho*, núm. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 27ª de. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MORALES PRATS, F., y GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Código Penal*, (AAVV, dir. QUINTERO OLIVARES, G., coord. MORALES PRATS, F.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “Investigaciones transfronterizas y cooperación judicial internacional en la Fiscalía Europea” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 9, 2020, Fiscalía General del Estado, Madrid, 2020.

MORENO CATENA, V., *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, (AAVV, dir. MORENO CATENA, V., con COQUILLAT VOCENTE, A., JUANES PECES, A., DE DIEGO DIEZ, A. y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MORENO CATENA, V., “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho” en *Cuadernos de Derecho Público* núm. 16, 2002.

MORENO CATENA, V., “El proceso penal español. Algunas alternativas para su reforma” en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 4., 2002.

MORENO CATENA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, (AAVV, con GIMENO SENDRA, J. V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Madrid, 2003.

MORENO CATENA, V., “El papel del juez y del fiscal durante la investigación del delito” en *Manuales de de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial núm. 32, 2005.

MORENO CATENA, V., *Fiscalía Europea y Derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MORENO CATENA, V., “Sobre la presunción de inocencia” en *El derecho penal en la encrucijada*, Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer, (AAVV, coord. GÓMEZ COLOMER, J. L.), Vol. II, Universitat Jaume I, Col·lecció “Estudis jurídics”, núm. 22, Castelló de la Plana, 2015.

MORARTI, C., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, T. I., 10ª ed., Casa Editrice Dott. Antonio Milani, CEDAM, Padova, 1991.

MONTESINOS GARCÍA A., “La nueva fiscalía antifraude europea” en *Revista General de Derecho Europeo* núm. 46, Valencia, 2018.

MUERZA ESPARZA, J., (con ARAGONESES MARTÍNEZ, S., DE LA OLIVA SANTOS, A., HINOJOSA SEGOVIA, R.) en *Derecho procesal Penal*, Ramón Areces, Madrid, 2004.

MUÑOZ CUESTA, J., “Plazo máximo de instrucción en las causas penales” en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 914, 2015.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Madrid, 1998.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “La acusación y la apertura del juicio oral; las cuestiones previas” en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, T. I-2002.

NICOD, J. C., “El Ministerio Público en Francia” en *Jueces para la Democracia* núm. 18, 1993.

NIETO GARCÍA, A., Conferencia pronunciada bajo el título “Ejecución e inejecución de Sentencias”, en enero de 2005.

NIEVA FENOLL, J., *La incoación de oficio de la instrucción penal*, Bosch, Barcelona, 2001.

OCHOA MONZÓ, V., “La acción popular” en *La reforma del proceso penal*, (AAVV, dirs. ASENCIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O., coord. CUADRADO SALINAS, C.), La Ley, Madrid, 2011.

ORDEÑANA GUEZURAGA, I., “Mediación Penal: una alternativa que funciona”, *XVII Congreso de Estudios Vascos. Innovación para el progreso social sostenible*, (AAVV, coord. BORJA ÁLVAREZ, J. A.), Eusko Ikaskuntza, Donostia, 2012.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los*

menores, reformada por la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774, de 30 de julio, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 2007.

ORTEGA CALDERÓN, J. I., “La conformidad en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal” en *diariolaley.com*, 19-01(2021).

ORTELLS RAMOS, M., “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional” en *Cuadernos de Derecho Judicial* núm. 12, 1996.

ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, (AAVV, dir. y coord. ORTELLS RAMOS, M.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

ORTELLS RAMOS, M., “Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015)” en *Nuevos horizontes del Derecho procesal. Libro-homenaje al prof. Pedraz Penalva*, (AAVV, coords JIMENO BULNES, M. y PÉREZ GIL, J.), Bosch, Barcelona, 2016.

OUBIÑA BARBOLLA, S., “Dilaciones indebidas” en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* núm. 10, 2016, págs. 250 a 264, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3062>.

PASTOR LÓPEZ, M., *El proceso de persecución*, Universidad de Valencia, Valencia, 1979.

PASTOR, D. R., *El plazo razonable en el proceso del estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus soluciones*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.

PAUNIER CHULVI, C., “El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia. El proyecto de reforma de la dependencia jerárquica” en *Poder Judicial* núm. 55, 1999.

PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad” en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” en *Poder Judicial* núms. 43-44, 1996.

PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal. Principios de Derecho Procesal*, T. I., Colex, Madrid, 2000.

PEÑARANDA LÓPEZ, A., *Proceso Penal Comparado (España, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Rusia). Descripción y terminología*, 2ª ed., Comares, Granada, 2015.

PEPINO, L., “Algunas consideraciones sobre el Ministerio Público italiano” en *Jueces para la Democracia* núm. 73, 2012.

PERAMATO MARTÍN T., “Diligencias de investigación o preprocesales” en *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada núm. 46, Madrid, 2007.

PERELLÓ DOMÉNECH, I., “Sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” en *Jueces para la Democracia* núm.39, 2000.

- PÉREZ GORDO, A., “Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981” en *Poder Judicial*, T. III, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- PÉREZ MARÍN, M.^a Á., “La actuación de la Fiscalía Europea y la posible afectación de los derechos y garantías procesales. Algunas consideraciones preliminares” en *La Ley Penal*, núm. 132, Madrid, 2018.
- PERRODET, A., *Étude pour un Ministère Public européen*, L.G.D.J., París, 2001.
- PICÓ i JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosch, Barcelona, 2011.
- PIZZORUSSO, A., *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Piccola Biblioteca Einaudi, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1990.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., “La mediación ante las recientes reformas procesales penales” en *El Proceso Penal. Cuestiones fundamentales*, (AAVV, coord. FUENTES SORIANO, O.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- POLO RODRÍGUEZ, J. J., “El Fiscal investigador e instructor” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Madrid, 1997.
- POLO RODRÍGUEZ, J. J., “La investigación del Fiscal. Su incidencia en la instrucción de los procesos penales” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Madrid, 1998.
- PORTERO GARCÍA, L., “La estructura del Ministerio Fiscal en la investigación e instrucción” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI*, Madrid, 1998.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. “El derecho a la legalidad penal y los acuerdos no jurisdiccionales” en *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008.
- QUINTERO OLIVARES, G., “La autotutela. Los límites al poder sancionador de la administración y los principios inspiradores del derecho penal” en *Revista de Administración Pública* núm. 126, 1991.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial” en *Revista Poder judicial* núm. especial XVII, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (AAVV, dir. QUINTERO OLIVARES, G., coord. MORALES PRATS, F), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004.
- RAMÍREZ ORTÍZ, J. L., “Jueces y policías. Algunas razones de una relación disfuncional” en *Revista del Poder Judicial* núm. 88, 2009.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, Atelier, Barcelona, 2004.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal. Novena lectura constitucional*. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2010.

RASCÓN ORTEGA, J. L., “Una instrucción preliminar posible” en *La ley del Jurado: problemas de aplicación práctica*, Estudios de Derecho Judicial núm. 45, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

RASSAT, M. L., *Le Ministère Public. Entre son passé et son avenir*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967.

RENAULT-BRAHINSKY, C., *Procédure pénale* 22ª ed., Gualino Lextenso, París, 2021.

RIAÑO BRUN, I., *La instrucción criminal en el proceso penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

RIBA TREPAT, C., *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997.

RÍOS MARTÍN, J. C., *Justicia Restaurativa y Mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia*. CGJ, 2010. Disponible en www.poderjudicial.es-Mediación.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “¿Reformas para garantizar la autonomía del Ministerio Fiscal?. Reflexiones a raíz del decaído Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal” en *Jueces para la Democracia* núm. 74, 2012.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., y CONTRERAS ALFARO, L. H., “Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal”. (Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal)” en *Diario La Ley* núm. 6255, 2005.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. I., “La conexidad por analogía o relación en el nuevo art. 17.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” en *diariola ley.laleynext.es*. 5-12 (2020).

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿El Juez de Instrucción es inconstitucional?” en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 261, 1996.

RODRÍGUEZ SOL, L., “Medidas cautelares reales decididas o propuestas por el Fiscal Europeo en el proceso penal tramitado en España” en *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 9, 2020, Fiscalía General del Estado, Madrid, 2020.

RUIZ DE LA CUESTA, FERNÁNDEZ, S., “El procedimiento monitorio penal y su eventual adopción en el ordenamiento jurídico español” en *La reforma del proceso penal* (con LÓPEZ YAGÚESA, V., OCHOA MONZÓ, V., RIZO GÓMEZ, B., FUENTES SORIANO, O., DURAN SILVA, C., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., ASECIO MELLADO, J. M., CUADRADO SALINAS, C., DOIG DÍAZ, Y.), La Ley, Madrid, 2011.

RUIZ MAGAÑA, I., “La Fiscalía Europea como órgano instructor. Actos de imputación y garantías procesales del sujeto pasivo” en *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico 1, Madrid, 2017.

RUIZ VADILLO, E., “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal” en *Poder Judicial* núm. especial 2, 1987.

RUIZ VADILLO, E., “El futuro inmediato del Derecho Penal. Las tendencias descriminalizadoras y las fórmulas de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración” en *Poder Judicial*, núm. 7, 1987.

SÁEZ VALCÁRCEL, R., “La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización” en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2062-1, 2008.

SAINZ ROBLES, F., (1991) “Sobre los plazos del proceso” en *Tapia* núm. 57.

SÁNCHEZ GÓMEZ, R., “Fiscalía Europa (naturaleza, atribuciones y principios de actuación)” en *Integración Europa y Justicia Penal*, (AAVV, dir. GONZÁLEZ CANO, M^a. I.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, Cap. VIII.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

SANCHIS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Comares, Granada, 1995.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación al problema de las organizaciones estatales no administrativas” en *Revista de Derecho Político* núm.9, 1981.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Ministerio Fiscal, Gobierno y Parlamento”, *Cuadernos de Derecho Público* núm. 16, 2002.

SANTOS MARTÍNEZ, A.M., “La instrucción de los delitos leves” en *El Proceso Penal. Cuestiones fundamentales*, (AAVV, coord. FUENTES SORIANO, O.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, BdF, Montevideo, 2006.

SOLETO MUÑOZ, H., “Órganos de investigación y enjuiciamiento. La Administración y el personal colaborador” en *Proceso Penal de Menores* (AAVV, coord. GONZÁLEZ PILLADO, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

SOLETO MUÑOZ, H., “La Justicia Restaurativa, mecanismo adecuado para mejorar la reparación a la víctima en el proceso penal” en *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*, (AAVV, dirs. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., y SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., editoras SOLETO, H., VARONA, G. y PORRES, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., “El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa” en *Revista Eguzkilore* núm.26, 2012.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., “La Justicia Terapéutica: un modelo para la salud mental y las adicciones tóxicas” en *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*, (AAVV, dirs. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., editoras SOLETO, H., VARONA, G. y PORRES, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

TAMARIT SUMALLA, J. M., “La mediación reparadora en la Ley de Responsabilidad penal del Menor” en *Justicia penal de menores y jóvenes (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, (AAVV., coords. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- TAMARIT SUMALLA, J. M., “La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico” en *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicación*, (AAVV, coord. TAMARIT SUMALLA, J. M.), Comares, Granada, 2012.
- TARDÓN OLMOS, M., “El estatuto jurídico de la víctima” en *Revista Cuadernos de Pensamiento Político* núm. 19, 2008, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES).
- TORRES ROSELL, N., *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- TORRES-DULCE LIFANTE, “Necesidades de armonización de los Ministerios Públicos de la Unión Europea. El modelo de propuesta de propuesta del Ministerio Europeo Corpus Iuris” en *Revista Ministerio Fiscal* núm. 9, 2001.
- TORRES-DULCE LIFANTE, E., “Las señas de identidad del Fiscal custodio de la Ley: autonomía e imparcialidad” en *Revista del Poder Judicial* núm. 96, 2013.
- URBANO CASTRILLO, E., “Dilaciones indebidas, pero no siempre” en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2, 2015.
- VARELA CASTEJÓN, P., “El proceso por aceptación de decreto en la LECrim.” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 2, 2016.
- VARONA MARTÍNEZ, G., *La evaluación externa de la actividad del servicio de mediación penal de Barakaldo (Julio-Diciembre de 2007)*, disponible en www.jusizia.net.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Comentarios sobre la reforma procesal (Ley 10/92 de 30 de abril)*, Forum, Oviedo, 1992.
- VELLANI, M., *Il Pubblico Ministero nel processo*, Nicolla Zanichelli Editore, 1970.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., *El sobrestamiento provisional en el proceso penal*, Centro de Estudios Areces, Madrid, 2003.
- VIVES ANTÓN, T. S., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal” en *Poder Judicial* núm. especial 2, 1987.
- ZARAGOZA TEJADA, J. A., “El Ministerio Fiscal español y la Fiscalía Europea. Su configuración institucional. La autonomía e independencia en su estatuto jurídico. Conflictos de competencia y mecanismos de resolución. La Fiscalía Europea y la orden europea de detención” en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 9, Madrid, 2020.
- ZARATE CONDE, A., “Las órdenes e instrucciones particulares del Ministerio Fiscal: una propuesta de reforma a la luz del sistema francés” en *Diario La Ley* núm. 7942, 2012.
- ZARZALEJOS NIETO, J., (con BENACLOCHE PALAO, J.), *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*, 4ª edición, La Ley, Madrid, 2018.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA, DOCUMENTOS INSTITUCIONALES Y NORMAS DE DERECHO COMPARADO CITADOS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Autos

- ATC 47/1994, del Pleno, de 8 de febrero
- ATC 94/2003, de 24 de marzo
- ATC 151/2003, de 8 de julio
- ATC 275/2005, del Pleno, de 22 de junio
- ATC 172/2013, de 9 de septiembre
- ATC 122/2016, de 7 de junio

Sentencias

- STC 7/1981, de la Sala Primera, de 30 de marzo, (Ponente: Begué Cantón, Gloria)
- STC 24/1981, de la Sala Primera, de 24 de julio, (Ponente: Díez de Velasco Vallejo, Manuel)
- STC 31/1981, de 28 de julio, de la Sala Primera, (Ponente: Begué Cantón, Gloria)
- STC 42/1982, de la Sala Segunda, de 5 de julio, (Ponente: Rubio Llorente, Francisco)
- STC 46/1982, de la Sala Segunda, de 12 de julio, (Ponente: Fernández-Viagas, Plácido)
- STC 76/1982, del Pleno, de 14 de diciembre, (Ponente: Truyol Serra, Antonio)
- STC 32/1999, de la Sala Segunda, de 8 de marzo, (Ponente: González Campos, Julio Diego)
- STC 18/1983, de la Sala, de la Sala Segunda, de 14 de marzo, (Ponente: Truyol Serra, Antonio)
- STC 36/1984, de la Sala Segunda, de 14 de marzo, (Ponente: Rubio Llorente, Francisco)
- STC 63/1984, de la Sala Primera, de 21 de mayo, (Ponente: Díez de Velasco Vallejo, Manuel)
- STC 124/1984, del Pleno, de 18 de diciembre, (Ponente: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis)
- STC 5/1985, de la Sala Segunda, de 23 de enero, (Ponente: Arozamena Sierra, Jerónimo)
- STC 42/1985, del Pleno, de 22 de marzo, (Ponente: Rubio Llorente, Francisco)
- STC 13/1985, de 31 de enero, de la Sala Segunda, (Ponente: Tomás y Valiente, Francisco)
- STC 43/1985, de la Sala Segunda, de 22 de marzo, (Ponente: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis)
- STC 54/1985, de 18 de abril, de la Sala Primera, (Ponente: Escudero del Corral, Ángel)
- STC 108/1986, del Pleno, de 29 de julio, (Ponente: Latorre Segura, Ángel)
- STC 30/1987, de la Sala Primera, de 11 de marzo, (Ponente: Rubio Llorente, Francisco)

- STC 40/1988, de 10 de marzo, de la Sala Primera, (Ponente: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis)
- STC 137/1988, de la Sala Segunda, de 7 de julio, (Ponente: Leguina Villa, Jesús)
- STC 145/1988, del Pleno, de 12 de julio, (Ponente: Latorre Segura, Ángel)
- STC 161/1990, de la Sala Primera, de 19 de octubre, (Ponente: López Guerra, Luis)
- STC 185/1990, del Pleno, de 15 de noviembre, (Ponente: Gabaldón López, José)
- STC 36/1991, de 14 de febrero, del Pleno, (Ponente: Rubio Llorente, Francisco)
- STC 138/1991, de la Sala Primera, de 20 de junio, (Ponente: García-Mon y Fernández-Regueral, Fernando)
- STC 381/1993, de la Sala Segunda, de 20 de diciembre, (Ponente: Viver Pi-Sunyer, Carlos)
- STC 33/1994, de la Sala Segunda, de 31 de enero, (Ponente: Rodríguez Bereijo, Álvaro)
- STC 34/1994, de la Sala Segunda, de 31 de enero, (Ponente: Díaz Eimil, Eugenio)
- STC 35/1994, de la Sala Segunda, de 31 de enero, (Ponente: Viver Pi-Sunyer, Carlos)
- STC 56/1994, del Pleno, de 24 de febrero, (Ponente: Gabaldón López, José)
- STC 7/1995, de la Sala Primera, de 10 de enero, (Ponente: Gimeno Sendra, Vicente)
- STC 36/1995, de 6 de febrero, de la Sala Primera, (Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel)
- STC 39/1995, de la Sala Segunda, de 13 de febrero, (Ponente: Díaz Eimil, Eugenio)
- STC 51/1995, de la Sala Primera, de 23 de febrero, (Ponente Cruz Villalón, Pedro)
- STC 60/1995, del Pleno, de 17 de marzo, (Ponente: Gimeno Sendra, Vicente)
- STC 116/1997, de la Sala Segunda, de 23 de junio, (Ponente: de Mendizábal Allende, Rafael)
- STC 162/1997, de la Sala Primera, de 3 de octubre, (Ponente: García Manzano, Pablo)
- STC 41/1998, de la Sala Primera, de 24 de febrero (Ponente: Cruz Villalón Pedro)
- STC 50/1998, de la Sala Segunda, de 2 de marzo, (Ponente: Gabaldón López, José)
- STC 67/1998, del Pleno, de 18 de marzo, (Ponente: García Manzano, Pablo)
- STC 81/1998, del Pleno, de 2 de abril, (Ponente: Vives Antón, Tomás Salvador)
- STC 38/2008, de la Sala Segunda, de 25 de febrero, (Ponente: Gay Montalbo, Eugeni)
- STC 223/1998, del Pleno, de 24 de noviembre, (Ponente: Díaz Eimil, Eugenio)
- STC 133/1998, de la Sala Primera, de 4 de julio, (Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo, Miguel)
- STC 56/1999, de la Sala Primera, de 12 de abril, (Ponente: Cachón Villar, Pablo)
- STC 58/1999, de la Sala Segunda, de 12 de abril, (Ponente: Jiménez Sánchez, Guillermo)
- STC 64/1999, de la Sala Segunda, de 26 de abril, (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente)
- STC 124/1999, de la Sala Segunda, de 28 de junio, (Ponente: González Campos, Julio Diego)
- STC 162/1999, de la Sala Segunda, de 27 de septiembre, (Ponente: Vives Antón, Tomás Salvador)
- STC 215/1999, de la Sala Segunda, de 29 de noviembre, (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente)
- STC 231/1999, de la Sala Segunda, de 13 de diciembre, (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente)
- STC 38/2000, de la Sala Segunda, de 14 de febrero, (Ponente: de Mendizábal Allende, Rafael)
- STC 79/2000, de la Sala Segunda, de 27 de marzo, (Ponente: Jiménez Sánchez,

Guillermo)

- STC 103/2000, de la Sala Segunda, de 14 de marzo, (Ponente: Viver Pi-Sunyer, Carles)
- STC 146/2000, de la Sala Primera, de 29 de mayo, (Ponente: Gaecía Manzano, Pablo)
- STC 292/2000, del Pleno, de 30 de noviembre, (Ponente: González Campos, Diego)
- STC 11/2001, de la Sala Primera, de 7 de mayo, (Ponente: Cruz Villalón, Pedro)
- STC 16/2001, de la Sala Segunda, de 29 de enero, (Ponente: Jiménez Sánchez, Guillermo)
- STC 62/2001, de la Sala Primera, de 11 de marzo, (Ponente: García Manzano, Pablo)
- STC 178/2001, de la Sala Segunda, de 17 de septiembre, (Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente)
- STC 190/2001, de la Sala Primera, de 2 de diciembre, (Ponente: Pérez Tremps, Pablo)
- STC 12/2002, de la Sala Primera, de 28 de enero, (Ponente: García-Calvo y Montiel, Roberto)
- STC 155/2002, del Pleno, de 22 de julio, (Ponentes: Vives Antón, Tomás Salvador y Gay Montalvo, Eugeni)
- STC 184/2003, de 23 de octubre, del Pleno, (Ponente: Casas Baamonde, María Emilia)
- STC 206/2003, de la Sala Primera, de 1 de diciembre, (Ponente: Delgado Barrio, Francisco Javier)
- STC 63/2005, de 14 de marzo, (Ponente: Gay Montalvo, Eugeni)
- STC 311/2006, de la Sala Primera, de 19 de octubre, (Ponente: Casas Baamonde, María Emilia)
- STC 57/2007, de la Sala Primera, de 12 de marzo, (Ponente: Casas Baamonde, María Emilia)
- STC 8/2008, de la Sala Segunda, de 21 de enero, (Ponente: Gay Montalvo, Eugeni)
- STC 38/2008, de la Sala Segunda, de 25 de febrero, (Ponente: Gay Montalvo, Eugeni)
- STC 67/2011, de la Sala Segunda, de 16 de mayo, (Ponente: Ortega Álvarez, Luis Ignacio)
- STC 165/2014, del Pleno, de 8 de octubre, (Ponente: Enríquez Sancho, Ricardo)
- STC 33/2015, de la Sala Segunda, de 2 de marzo, (Ponente: Valdés Dal-Ré, Fernando)
- STC 85/2016, de 19 de julio, del Pleno, (Ponente: Roca Trías, Encarnación)
- STC 103/2016, de 6 de junio, de la Sala Segunda, (Ponente: Asua Batarrita, Adela)
- STC 13/2017, de 30 de enero, de la Sala Segunda, (Ponente: Enríquez Sancho, Ricardo)
- STS 24/2018, de 5 de marzo, del Pleno, (Ponente: Ollero Tassara, Andrés)
- STC 3/2019, de 14 de enero, de la Sala Segunda, (Ponente: Roca Trias, Encarnación)
- STC 29/2019, de 28 de enero, del Pleno, (Ponente: Balaguer Callejón, María Luisa)
- STC 30/2019, de 28 de febrero, del Pleno, (Ponente: Balaguer Callejón, María Luisa)
- STC 36/2019, de 25 de marzo, de la Sala Segunda, (Ponente: Valdés Dal-Ré, Fernando)
- STC 97/2019, de 16 de julio, del Pleno, (Ponente: Montoya Melgar, Alfredo))
- STC 147/2020, de 19 de octubre, de la Segunda (Ponente: Narváez Rodríguez, Antonio)
- STC 71/2021, de 18 de marzo, del Pleno, (Ponente: Balaguer Callejón, María Luisa)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA)

Acuerdos del Pleno no jurisdiccionales

- Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006
- Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 24 de abril de 2013
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 3 de junio de 2015
- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 23 de enero de 2018

Autos

- ATS 3701/1996, de 25 de junio
- ATS 151/2020, de 30 de enero

Sentencias

- STS 1272/1993, de 5 de marzo, (Ponente: Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido)
- STS 1020/1995, de 19 de octubre, (Ponente: Martín Pallín, José Antonio)
- STS 1044/1997, de 10 de julio, (Ponente: Granados Pérez, Carlos)
- STS 1616/1998, de 21 de diciembre, (Ponente: Martínez Arrieta, Andrés)
- STS 1236/1999, de 21 de julio, (Ponente: García-Calvo y Montiel, Roberto)
- STS 1335/2001, de 19 de julio, (Ponente: Ramos Gancedo, Diego)
- STS 687/2002, de 29 de julio, (Ponente: Martín Pallín, José Antonio)
- STS 1497/2002, de 23 de septiembre, (Ponente: Bacigalupo Zapater, Enrique)
- STS 1940/2002, de 21 de noviembre, (Ponente: Andrés Ibáñez, Perfecto)
- STS 991/2003, de 3 de julio, (Ponente: Martínez Arrieta, Andrés)
- STS 751/2003, de 28 de noviembre, (Ponente: Conde-Pumpido Tourón, Cándido)
- STS 27/2004, de 13 de enero, (Ponente: Giménez García, Joaquín)
- STS 416/2005, de 31 de marzo, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 77/2006, de 1 de febrero, (Ponente: Giménez García, Joaquín)
- STS 167/2006, de 21 de febrero, (Ponente: Soriano Soriano, José Ramón)
- STS 986/2006, de 19 de junio, (Ponente: García Pérez, Siro Francisco)
- STS 778/2006, de 12 de julio, (Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 29/2021, de 20 de enero (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 559/2020, de 29 de octubre, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 528/2020, de 21 de octubre, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 457/2020, de 17 de septiembre, (Ponente: Llarena Conde, Pablo)
- STS 366/2020, de 2 de julio, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 273/2020, de 3 de junio, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel)
- STS 400/2016, de 11 de mayo, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel)
- STS 486/2007, de 30 de mayo, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel)
- STS 1045/2007, de 17 de diciembre, (Ponente: Bacigalupo Zapater, Enrique)
- STS 54/2008, de 8 de abril, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel)
- STS 463/2008, de 23 de junio, (Ponente: Maza Martín, José Manuel)
- STS 505/2009, de 14 de mayo, (Ponente: Sánchez Melgar, Julián Artemio)
- STS 8/2010, de 20 de enero, (Ponente: Martínez Arrieta, Andrés)
- STS 271/2010, de 30 de marzo, (Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan)

Ramón)

- STS 652/2010, de 1 de julio, (Ponente: Giménez García, Joaquín)
- STS 971/2010, de 12 de diciembre, (Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 53/2011, de 10 de febrero, (Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 739/2011, de 14 de julio, (Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 988/2011, de 30 de septiembre, (Ponente: Sánchez Melgar, Julian Artemio)
- STS 101/2012, de 27 de febrero, (Ponente: Martínez Arrieta, Andrés)
- STS 578/2012, de 26 de junio, (Ponente: del Moral García, Antonio)
- STS 636/2012, de 13 de julio, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel)
- STS 974/2012, de 5 de diciembre, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 228/2013, de 22 de marzo, (Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 318/2013, de 11 de abril, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel)
- STS 546/2013, de 17 de junio, (Ponente: Jorge Barreiro, Alberto Gumersindo)
- STS 526/2013, de 25 de junio, (Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 907/2013, de 18 de noviembre, (Ponente: del Moral García, Antonio)
- STS 890/2013, de 4 de diciembre, (Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 969/2013, de 18 de diciembre, (Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 949/2013, de 19 de diciembre, (Ponente: Conde-Pumpido Touron, Candido)
- STS 966/2013, de 20 de diciembre (Ponente: Marchena Gómez, Manuel)
- STS 360/2014, de 21 de abril (Ponente: Jorge Barreiro, Alberto Gumersindo)
- STS 228/2015, de 21 de abril, (Ponente: Martínez Arrieta, Andrés)
- STS 54/2015, de 24 de abril, (Ponente: González Rivas, Juan José)
- STS 174/2015, de 14 de mayo, (Ponente: del Moral García, Antonio)
- STS 338/2015, de 2 de junio, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 217/2016, de 11 de enero 2017, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel)
- STS 373/2017, de 24 de mayo, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 375/2017, de 24 de mayo, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel)
- STS 583/2017, de 19 de julio, (Ponente: Del Moral García, Antonio)
- STS 817/2017, de 13 de diciembre, (Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 34/2019, de 30 de enero, (Ponente: de Porres Ortíz de Urbina, Eduardo)
- STS 163/2019, de 26 de marzo, (Ponente: Magro Servet, Vicente)
- STS 211/2019, de 23 de abril, (Ponente: Menéndez de Luarca, Miguel)
- STS 579/2019, de 26 de noviembre, (Ponente: Magro Servet, Vicente)
- STS 272/2020, de 6 de febrero, (Ponente: Magro Servet, Vicente)
- STS 280/2020, de 4 de junio, (Ponente: del Moral García, Antonio)
- STS 286/2020, de 4 de junio, (Ponente: del Moral García, Antonio)
- STS 287/2020, de 4 de junio, (Ponente: Magro Servet, Vicente)
- STS 327/2020, de 18 de junio, (Ponente: Marchena Gómez, Manuel)
- STS 415/2020, de 21 de julio, (Ponente: Ferrer García, Ana María)
- STS 507/2020, de 14 de octubre, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón)
- STS 607/2020, de 13 de noviembre, (Ponente: de Porres Ortíz de Urbina, Eduardo)
- STS 14/2021, de 14 de enero, (Ponente: Ureste García, Concepción Rosario)
- STS 66/2021, de 28 de enero, (Ponente: Hernández García, Javier)
- STS 190/2021, de 3 de marzo, (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón)

- STS 312/2021, de 13 de abril, (Ponente: Llarena Conde, Pablo)
- STS 455/2021, de 27 de mayo, (Ponente: Magro Servet, Vicente)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA TERCERA)

- STS 680/2020, de 5 de junio, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, (Ponente: Teso Gamella, María del Pilar)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Autos

- AAP 291/2017, de 9 de febrero, Sección 5ª de Valencia
- AAP 282/2017, de 5 de junio, Sección 8ª de Barcelona
- AAP 244/2017, de 10 de julio, Sección 2ª de Ciudad Real
- AAP 665/2017, de 25 de julio, Sección 3ª de Murcia
- AAP 845/2018, de 5 de febrero, Sección 5ª de Valencia
- AAP 107/2018, de 9 de febrero, Sección 6ª de Las Palmas
- AAP 676/2018, de 15 de junio, Sección 3ª de León
- AAP 435/2018, de 29 de junio, Sección 1ª de La Rioja
- AAP 397/2018, de 5 de septiembre, Sección 3ª de Huelva
- AAP 457/2018, de 1 de octubre, Sección 8ª de Barcelona
- AAP 820/2018, de 17 de diciembre, Sección 2ª de Granada
- AAP 520/2018, de 20 de diciembre, Sección 3ª de Murcia
- AAP 1140/2019, de 5 de diciembre, Sección 3ª de Sevilla

COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE (FRANCE)

- Cass. Crim., 6 mars 2013, n.º 12.90.078: JCP 2013, 471, note Maréchal

TRIBUNAL CORRECTIONNEL de NANTERRE (FRANCE)

- Arrêt 14 nov.2012: JCP 2013, doct. 323, Quentin

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH Caso Ringeisen contra Austria, de 16 de julio de 1971
- STEDH Caso Schiesser contra Suiza, de 4 de diciembre de 1979
- STEDH Caso Piersack contra Bélgica, de 1 de octubre de 1982
- STEDH Caso De Cubber contra Bélgica, de 26 de octubre de 1984
- STEDH Caso Pauwells contra Bélgica, de 26 de mayo de 1988
- STEDH Caso Langborger contra Suecia, de 22 de junio de 1989

- STEDH Caso Doustaly contra Francia, de 23 de abril de 1997
- STEDH Caso Estima Jorge contra Portugal, de 21 de abril de 1998
- STEDH Caso Castillo Algar contra España, de 28 de octubre de 1998
- STEDH Caso Bottazzi contra Italia, de 28 de julio de 1999
- STEDH Caso Bouilly contra Francia, de 7 de diciembre de 1999
- STEDH Caso Kudla contra Polonia, de 26 de octubre de 2000
- STEDH Caso Soto Sánchez contra España, de 25 de noviembre de 2003
- STEDH Caso Kiroc contra Bulgaria, de 22 de mayo de 2008
- STEDH Caso Vera Fernández-Huidobro contra España, de 6 de enero de 2010
- STEDH Caso Medvedyev y otros contra Francia, de 29 de marzo de 2010
- STEDH Caso Moulin contra Francia, de 20 de noviembre de 2010
- STEDH Caso Societe Canal Plus contra Francia, de 21 de diciembre de 2010
- STEDH Caso Pekárny contra República Checa, de 2 de octubre de 2011
- STEDH Caso Serrano Contreras contra España, de 20 de marzo de 2012
- STEDH Caso Joos contra Suiza, de 15 de noviembre de 2012
- STEDH Caso Alexandre contra Portugal, de 20 de noviembre de 2012
- STEDH Caso Tseber contra República Checa, de 22 de noviembre de 2012
- STEDH Caso Vilanova Goterris y Llop García contra España, de 27 de noviembre de 2012
- STEDH Caso Gani contra España, de 19 de febrero de 2013
- STEDH Caso Peltrenau-Villeneuve contra Suiza, de 28 de octubre de 2014
- STEDH Caso Balta y Demir contra Turquía, de 23 de junio de 2015
- STEDH Caso Menéndez García y Álvarez González contra España, de 15 de marzo de 2016

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencias

- STJUE (Asunto C-467/2008), de 21 de octubre de 2010
- STJUE (Asunto C-483/2009), de 15 de septiembre de 2011
- STJUE (Asunto C-205/2015), de 30 de junio de 2016
- STJUE (Asunto C-566-2019), de 12 de diciembre de 2019

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE ESTADOS UNIDOS

- TSF, Sentencia Brady contra Mariland, 376 US 1963
- TSF, Sentencia Escobedo contra Illinois, 378 US 1964
- TSF, Sentencia Kirby contra Illinois, 906 US 1972

DOCUMENTOS DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circulares

- Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 2 de septiembre de 1884. *Perjuicio*

de testigos en juicio oral.

- Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo 5/1967, de 1 de diciembre. *Caracteres principales del proceso de urgencia atribuido a los Jueces de Instrucción.*
- Circular 7/1978, de 30 de septiembre, *sobre el Ministerio Fiscal ante la Constitución.*
- Circular 4/1980, de 19 de diciembre, *sobre aplicación de la LO 10/1980, de 11 de noviembre de persecución de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes.*
- Circular 1/1989, de 8 marzo, *sobre el procedimiento abreviado, introducido por Ley Orgánica 7/1988, de 28 diciembre.*
- Circular 1/2000, de 18 diciembre, *relativa a criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 de la FGE, de 12 de enero, por la que regula la responsabilidad penal de los menores.*
- Circular 1/2003, de 7 de abril, *sobre procedimiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado.*
- Circular 1/2004, de 22 de diciembre, *sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003.*
- Circular 2/2004, de 22 de diciembre, *sobre la aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte).*
- Circular 3/2009, de 10 de noviembre, *sobre protección de los menores, víctimas y testigos*
- Circular 1/2010, de 23 de julio, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de menores contra sus ascendientes.*
- Circular 1/2011, de 1 de junio, *relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.*
- Circular 6/2011, de 2 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.*
- Circular 9/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.*
- Circular 2/2012, de 26 de diciembre, *sobre unificación de criterios en los procedimientos de sustracción de menores recién nacidos.*
- Circular 4/2013, de 30 de diciembre, *sobre las diligencias de investigación.*
- Circular 1/2015, de 19 de junio, *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.*
- Circular 5/2015, de 13 de noviembre, *sobre los plazos máximos de la fase de instrucción*
- Circular 3/2018, de 13 de junio, *sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales.*
- Circular 1/2021, de 8 de abril, *sobre los plazos de la investigación judicial del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

Comunicaciones

- Comunicación, de 28 de octubre de 2019, en aplicación del art. 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dirigida a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Cantabria, *sobre la posibilidad de aplicación analógica de la conformidad premial de los ats. 801 y 787 LECrim a los delitos leves.*

Consultas

- Consulta 2/1995, de 19 de abril, *acerca de dos cuestiones sobre las diligencias de investigación del fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad.*
- Consulta 1/2005, de 31 de marzo, *sobre competencia de las Fiscalías para tramitar diligencias de investigación que afecten a personas aforadas.*
- Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, *sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.*
- Consulta 1/2015, *sobre el acceso a lo actuado en las diligencias de investigación por quien invoca interés legítimo.*

Dictámenes

- Dictámen 1/2017 de 19 de mayo, *Sobre el régimen aplicable debido a la no transposición en plazo de la Directiva de la Orden Europea de Investigación y sobre el significado de la expresión “Disposiciones Correspondientes” que sustituye dicha directiva.*

Instrucciones

- Instrucción 1/1987, de 30 de enero, *sobre normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal.*
- Instrucción 6/1992, de 22 de septiembre. *Aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.*
- Instrucción 3/1993, de 16 de marzo, *sobre la función del Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas. Su deber de velar por el secreto del sumario. La denuncia anónima: su virtualidad como “notitia criminis”.*
- Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, *sobre aspectos organizativos de las secciones de menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores.*
- Instrucción 1/2003, de 7 de abril, *sobre aspectos organizativos de las Fiscalías y sus adscripciones con motivo de la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*
- Instrucción 1/2005, de 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal.*
- Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE.*
- Instrucción 12/2005, de 13 de julio, *sobre atribuciones y competencias de la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y sus fiscales delegados.*
- Instrucción 4/2006, de 13 de julio, *sobre atribuciones y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los fiscales especialistas en delincuencia organizada.*
- Instrucción 4/2007, de 10 de abril, *sobre el Fiscal Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo y las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías.*
- Instrucción 1/2008, de 7 de marzo, *sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial.*
- Instrucción 2/2008, de 11 de marzo, *sobre las funciones del Fiscal en la fase de instrucción*
- Instrucción 2/2011, de 11 de octubre, *sobre el/la Fiscal de Sala de Criminalidad informática y las secciones de criminalidad informática de las fiscalías.*
- Instrucción 4/2011, de 2 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación*

especializada del Ministerio Fiscal en materia de siniestralidad laboral.

- Instrucción 2/2013, de 5 de agosto, *sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis.*

Instrucción 3/2013, de 12 de noviembre, *sobre régimen de sustituciones en la Carrera Fiscal.*

- Instrucción 1/2017, de 27 de marzo, *sobre la actuación del fiscal para la protección de los derechos del honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual.*

- Instrucción 1/2019, de 25 de abril, *sobre las Juntas de Fiscalía.*

- Actualización (realizada el 21 de septiembre de 2021) de la Instrucción de la Instrucción 2/2011, 11 de octubre.

Memorias

- Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1888

- Memoria de la FGE de 1979

- Memoria de la FGE de 1982

- Memoria de la FGE de 1983

- Memoria de la FGE de 2005

- Memoria de la FGE de 2013

- Memoria de la FGE de 2014

- Memoria de la FGE de 2015

- Memoria de la FGE de 2016

- Memoria de la FGE de 2017

- Memoria de la FGE de 2018

- Memoria de la FGE de 2019

- Memoria de la FGE de 2020

- Memoria de la FGE de 2021

Otros

- Informe de 7 de junio de 2021, del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 24 de noviembre de 2020.

LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL DE LA REPUBLICA FRANCESA

- *Code de Procédure Pénale*

- *Code Pénale*

- *Loi 99-515 du 23 juin 1999, relative aux alternatives aux poursuites et la composition pénale*

- *Loi n.º 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.*

- *Loi n.º 2007-287 du 5 mars 2007, sur le recrutement, la formation et la responsabilité des magistrats*

- *Loi n.º 2007-291 du 5 mars 2007, tendant á renforcer l'équilibre de la procédure pénale*
- *Loi 2011-1862 du 13 décembre 2011, suppression de la juridiction de proximité*
- *Loi n.º 2016-1547 du 18 novembre 2016, de modernisation de la Justice du XXIe siècle*
- *Loi n.º 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*
- *Loi n.º 2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice*
- *Loi n.º 2020-936 du 30 juillet 2020, visant á protéger les victimes de violences conjugales*
- *Loi n.º 2021-218 du 26 février 2021 (ratifiant l'ordonnance n.º 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs dont l'entrée en vigueur est prévue le 30 septembre 2021)*
- *Loi n.º 2021-401 du 8 avril 2021, améliorant l'efficacité de la justice de proximité et de la réponse pénale*
- *Loi n.º 2021-403 du 8 avril 2021, Garantie du droit au respect de la dignité en détention*
- *Loi n.º 2021-645 du 25 mai 2021, pour une sécurité globale préservant les libertés*
- *Projet de loi et projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire (examen en commission au Sénat le 15 septembre 2021, première lecture au Sénat les 28, 29 et 30 septembre 2021)*

- *Ordonnance n.º 2019-964 du 18 septembre 2019, prise en application de la loi n.º 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022*

- *Décret n.º 2017-429 du 28 mars 2017 pris pour l'application des articles 495-25 et 506-111-1 du code procédure pénale*
- *Décret n.º 2019-507 du 24 mai 2019 pris pour l'application des dispositions pénales de la loi n.º 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022.*
- *Décret n.º 2020-1640 du 21 décembre 2020 renforçant l'efficacité des procédures pénales et les droits des victimes.*
- *Décret 2021-1093 du 18 août 2021 relatif à la procédure de l'amende forfaitaire délictuelle.*

RESOLUCIONES DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS

- *Décision 93-326 du 11 août*
- *Décision 93-323 du 5 août*
- *Décision 2004-492 du 2 mars*

CIRCULAIRES DU GARDE DES Sceaux

- *Circulaire CRIM 04-12 E8 du 2 septembre 2004, Présentant les dispositions de la loi n.º 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de*

culpabilité

- Circulaire JUST 2034764C du 15 décembre 2020 relative à la mise en oeuvre de la justice de proximité.

