

EL MINISTERIO FISCAL, DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. La posición del Ministerio Fiscal en el Estado de Derecho. 2. El sentido del proceso penal y de la investigación de los delitos. La relevancia de la fase de investigación. 3. El papel del juez de instrucción y el contenido de la potestad jurisdiccional en la investigación de los delitos. A) La ordenación de oficio de diligencias de investigación. B) La necesaria imputación por el juez. C) El juez de instrucción como garante de los derechos del imputado. D) La conclusión de la instrucción y la decisión sobre la apertura del juicio. 4. El papel de la Policía Judicial en la investigación de los delitos. 5. El Ministerio Fiscal como director de la investigación de los delitos. A) Medidas cautelares. B) Medidas de prevención e interrupción de acciones delictivas y medidas de protección. C) Medidas de obtención y aseguramiento de fuentes de prueba. 6. El mantenimiento del carácter público de la investigación. La garantía de los derechos de las partes. Nota bibliográfica.

1. LA POSICIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ESTADO DE DERECHO

Las dos características que se han mantenido permanentemente vivas en el quehacer del Ministerio Fiscal (en adelante, MF) a lo largo de la historia del Estado moderno han sido, de una parte, su condición de órgano público promotor de justicia, es decir, de órgano de postulación procesal (el MF agota su intervención profesional en las actuaciones ante los tribunales de justicia) y, de otra parte, su carácter de defensor de la sociedad, de los intereses públicos.

El MF es un órgano estatal, con perfiles propios dentro del esquema institucional del Estado, con una organización administrativa jerarquizada y un indudable ámbito de autonomía. Por esa razón, la Constitución española reconoce específicamente este órgano en el art. 124, como lo hacen las recientes Constituciones europeas; pero se ve incapaz de esta-

blecer 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, lo que otorga un amplio margen de decisión al legislador ordinario en su configuración.

Aun cuando el Estatuto Orgánico proclame que el MF está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (art. 2), lo cierto es que no forma parte del mismo, ni cabe una tal integración si se quiere que la expresión legal sea algo más que una pura declaración retórica. El MF no es Poder Judicial, no sólo porque son totalmente distintas las funciones que se le atribuyen a uno y otro, sino también porque difieren radicalmente en su respectiva organización. Mientras que al Poder Judicial se le atribuye de forma exclusiva y excluyente el ejercicio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, el MF no ejerce potestad jurisdiccional alguna, sino que se limita a postular, a pedir ante los tribunales. En lo que hace a la organización, así como el Poder Judicial se

concibe como un poder independiente, con una organización también independiente, el MF no está definido en su estructura de esa manera, sino que se organiza jerárquicamente, de modo que sus miembros se rigen por el principio de dependencia, justamente lo contrario de la organización judicial, aunque debe reconocérsele autonomía de acuerdo con su consideración como órgano del Estado.

Tampoco puede decirse que el MF se integre en el Poder Legislativo, aunque una de sus funciones pueda ser la defensa de la legalidad. El MF no es ni debe convertirse en una suerte de comisionado del Parlamento para defender una correcta interpretación y aplicación de las leyes que emanan de él, puesto que el ejercicio de la potestad legislativa no alcanza más allá de la aprobación de las normas, y no permite hacer un seguimiento del ajuste a la legalidad de las diferentes actuaciones de los poderes públicos. El Poder Legislativo no es requerido cuando esté en cuestión su obra legislativa, pues la interpretación y aplicación de la ley, que es el modo de defenderla en concreto, se sustrae de sus funciones y resulta patrimonio exclusivo de los tribunales de justicia. El MF no es un comisionado o apéndice del Poder Legislativo, que intervenga ante los tribunales para defender la obra del legislador, pues la genuina misión del MF es la promoción de la justicia en defensa del interés público, una manifestación de la actuación ejecutiva, y es evidente que el Parlamento no podría establecer las medidas de ejecución de la política interior sin interferir en la acción de Gobierno, ni podría impartir órdenes, instrucciones o indicaciones a quien ha de llevar las decisiones políticas ante los tribunales, promoviendo la acción de la justicia. Así pues, el MF no está integrado en el Poder Legislativo, ni forma parte del mismo; y, por más que en algún momento se haya estudiado seriamente esta alternativa, como reacción contra la adscripción al Poder Ejecutivo o el mantenimiento de estrechos vínculos con él, ha resultado finalmente desechada. Así, durante los trabajos parlamentarios de la Constitución italiana de 1948 se perfiló con notable nitidez la solución de un “Procurador

General, Comisario para la Justicia”, y durante las discusiones para elaborar nuestra Constitución de 1978 el Grupo Socialista defendió una vinculación decidida del MF con el Poder Legislativo.

Históricamente el MF ha sido un órgano dependiente del Ejecutivo. La estructura actual del MF, organizado militarmente desde Napoleón, se inserta con más o menos intensidad en la órbita del Gobierno. En Francia, tras la reforma constitucional de 1983, modificando el diseño del Consejo Superior de la Magistratura, parece que se ha iniciado algún movimiento de renovación, sugerido por el presidente Chirac, para conferir al MF cierto grado de independencia, por más que el Consejo siga presidido por el Presidente de la República y su vicepresidente sea el Ministro de Justicia. La dependencia del Ejecutivo es todavía mucho más acusada en Bélgica. Por su parte, en Alemania, creado el MF con la finalidad de controlar a los jueces, dependen también del Ejecutivo, federal o de cada uno de los Länder. En Italia, desde la Constitución de 1948, el MF es un órgano de la Magistratura, absolutamente independiente del Ejecutivo, diferenciándose solamente de los jueces por la función, de modo que éstos constituyen lo que se llama magistratura decidente y los fiscales la magistratura postulante, con un notable debilitamiento del principio de jerarquía, que parece quererse corregir con lo que dispone la Ley 150/2005. En Portugal, del mismo modo, el MF no ya es sólo autónomo, sino independiente del Ejecutivo.

En España el MF asumía la “representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial” (así, art. 763 de la LOPJ de 15 septiembre 1870), lo que se mantuvo tanto en el Estatuto de 1926 (art. 1) como en el Reglamento orgánico de 1958 (art. 1). Esa expresión se sustituye más tarde, con la Ley orgánica del Estado de 1967, por otra que parece más aséptica, y se le definió entonces como “órgano de comunicación” entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia (art. 35.I), lo que se incorpora también en el Reglamento orgánico de 1969. Por consiguiente, la subordinación del

Ejecutivo ha sido una constante en la historia del MF, por ser la suya una “típica función de Gobierno con una inmediata significación política”, en expresión de ANDRÉS IBÁÑEZ.

Aun cuando, como se ve, la vinculación del MF con el Poder Ejecutivo ha sido entendida en términos de sumisión y dependencia, en el momento presente aparece concebida sobre bases de autonomía respecto del poder político, aunque naturalmente no ha perdido sus funciones de garantía y control (FLORES PRADA). La autonomía comienza por desgajar institucionalmente al MF del aparato de la Administración, debilitando o atenuando la posición de supremacía del Poder Ejecutivo. Y la Constitución de 1978 pone énfasis en que el MF ejerce sus funciones por medio de órganos propios, a través de los cuales actúa, de modo que se encuentra fuera de la estructura orgánica de la Administración del Estado. El modo en que se articule esta autonomía dependerá esencialmente de la solución que se adopte respecto de su legitimación democrática y, por tanto, del control del MF. Sin desechar la legitimación directa, la legitimación a través del Ejecutivo ha aparecido históricamente como la fórmula más adecuada para conjugar todas las exigencias que demandan sus funciones y su modo de actuación. Esta legitimación y control no puede suponer, como se ha dicho, una dependencia orgánica o institucional del Ejecutivo, sino que debe concebirse con criterios de autonomía de actuación.

Dado que la misión del Fiscal como promotor de justicia es de clara significación política, y entronca con algunas de las responsabilidades que se atribuyen al Ejecutivo, parece abonado considerar que el MF está próximo a él, aunque eso no puede significar una sumisión, como lo ha sido en periodos autoritarios. Debe articularse un juego de equilibrios entre el Ejecutivo y el MF, que sin duda resulta delicado, para mantener entre ambos una relación que vaya más allá del puro acto de designación del Fiscal General del Estado, y que aparezca definida jurídicamente de una manera clara y precisa. Porque lo cierto es que, de acuerdo con las normas vigentes, y fuera del nombramien-

to del Fiscal General, de los Fiscales Jefes y de algunos Tenientes Fiscales (art. 36.1 EOMF), el Estatuto Orgánico reduce las relaciones del MF con el Ejecutivo a la información, a través de la Memoria anual y de informes concretos que debe remitir el Fiscal a solicitud del Gobierno respecto de los asuntos en que intervenga cuando no exista obstáculo legal (art. 9); solamente en el art. 8 se prevé que el Gobierno pueda interesar del MF que promueva ante los órganos del Poder Judicial las oportunas acciones en defensa del interés público.

Es claro que el Poder Ejecutivo ha de asumir la responsabilidad de dirigir la política interior, y así se le atribuye al Gobierno en el art. 97 de la Constitución. En esta responsabilidad se incluye tanto la determinación y la ejecución mediante sus propios órganos de las acciones administrativas, como la definición de la política criminal, uno de los campos en que el MF tiene una intervención más relevante. La política criminal comprende un conjunto ordenado de acciones encaminado a mejorar el bienestar de los ciudadanos, que van desde la definición de las zonas que caen dentro del reproche penal —para lo cual hay que recurrir a la iniciativa legislativa con el fin de aprobar en el Parlamento las leyes penales—, pasando por la ordenación material de los órganos y medios con que cuenta el Ejecutivo —desde las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a la intervención en la ordenación ciudadana o la puesta en marcha de políticas sociales en los ámbitos más afectados por la delincuencia—, hasta llegar al ejercicio de las acciones penales ante los tribunales de justicia cuando se hubiera producido una infracción. Sin embargo, el Gobierno carece de cualquier tipo de órgano propio, desde la perspectiva constitucional, que específicamente le permita intervenir ante los Tribunales en defensa de estos intereses. Por tal motivo, el MF está llamado a promover la acción de la justicia a través de sus propios órganos, en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, pero también de los intereses públicos y pretendiendo la satisfacción del interés social (art. 124.1 CE). La autonomía aparece así como la situación

que debe definir al MF en sus relaciones con el Ejecutivo: es autónomo orgánicamente del Gobierno pues actúa mediante sus propios órganos (las distintas Fiscalías), y carece de toda inserción en el entramado de los diferentes órganos que conforman las Administraciones Públicas. Y también es funcionalmente autónomo del Poder Ejecutivo, pues al no estar subordinado a él no puede recibir órdenes de obligado cumplimiento, ya que el principio de autonomía actúa como filtro y garantía de la legalidad en la ejecución de la política criminal diseñada por el Gobierno.

En definitiva, el modo en que se relaciona el Gobierno y el Fiscal debe estar presidido por el sentido de la autonomía de éste, lo que requiere una clarificación de sus relaciones, que partan de reconocer que existen y se hacen públicas. Las indicaciones o las instrucciones del Gobierno al MF sobre política criminal deben ser transparentes y podrán estar sometidas a debate político; deben ser, además, generales, sin referencia a un caso concreto, y positivas, de persecución de ciertas conductas y no de prohibición de hacerlo. Ahora bien, el sentido de la autonomía del MF se impone tanto en la articulación de sus órganos como en el ejercicio de sus funciones, de modo que la organización jerarquizada encuentre mecanismos que sirvan de contrapeso del poder del Fiscal General o de los Fiscales Jefes, instituyendo o potenciando las instancias de control que fueren precisas para otorgar el debido reconocimiento al conjunto de los miembros del MF, gestionar más eficientemente al personal y prestar del mejor modo posible el servicio público en sus actuaciones ante los tribunales.

Históricamente el MF representó en el proceso los intereses y asuntos del Rey, de modo que sus componentes acabaron convirtiéndose en funcionarios cuya presencia permitía un enjuiciamiento formalmente imparcial, al diferenciarse a la parte procesal, interesada directamente en el resultado del proceso, de la persona imparcial que debía juzgar, aun cuando ambos tuvieran en el Monarca absoluto su legitimidad.

La defensa de la *res publica* —incluidos los intereses patrimoniales de la Corona— ante los tribunales de justicia marcó un hito histórico en el diseño del nuevo Estado de derecho, pues se sometió al imperio de la ley, expresión de la soberanía, y a las decisiones de los tribunales todos los conflictos regulados por el derecho. Desde la Revolución Francesa se da un vuelco a la institución para la defensa de la legalidad y de los intereses generales, bajo la dependencia del Gobierno. En España, durante el siglo XIX, y desde el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835, se estructura ya el MF con una organización suficientemente sólida, desligándose a finales de siglo de la responsabilidad de defender los intereses del Fisco, ya que el Real Decreto de 16 de marzo de 1886 atribuye al Cuerpo de Abogados del Estado la defensa de la Hacienda y de la Administración Pública.

Esta desvinculación de la defensa de intereses estrictamente patrimoniales, que asumen los Abogados del Estado, recolocan al MF en la dirección correcta, para defender ante los tribunales los intereses públicos. Por encima de la defensa de la ley, que se atribuye también a otros órganos, y teniendo en cuenta que los poderes públicos deben regirse en sus actuaciones por el principio de legalidad, el MF conserva como esencial función la salvaguarda del interés público cuando se encuentre amenazado o haya sido conculcado.

Precisamente en todos los supuestos, cada día más frecuentes, en que se producen situaciones sociales de desamparo, es imprescindible que alce la voz el MF en defensa del interés público, y en esta función adquiere un papel primordial, que empieza por su definición de ese interés, habida cuenta de los amplios márgenes de discrecionalidad implícita o entendida en que se mueve la actuación legislativa y procesal.

En esta línea, la Recomendación (2002) 19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa define al MF 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”.

Por lo tanto, el campo en que con más claridad se viene exigiendo desde siempre la intervención del MF en defensa del interés público es el proceso penal, hasta el punto de que en la actualidad existe en todos los países de la Unión Europea, con uno u otro nombre, y puede decirse que se trata de un órgano consustancial a la cultura jurídica occidental. Desde el momento en que se conozca la existencia de un tan grave atentado contra la sociedad, como es la comisión de un delito, el MF debe intervenir para la defensa de la sociedad y, de haberse consumado la agresión, instar la oportuna sanción.

2. EL SENTIDO DEL PROCESO PENAL Y DE LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS. LA RELEVANCIA DE LA FASE DE INVESTIGACIÓN

Con el proceso penal, que es el instrumento para la aplicación del Derecho penal, se deben pretender dos cosas: por un lado, esclarecer los hechos, es decir, proporcionar a las partes los elementos necesarios para sustentar el juicio, para determinar finalmente si el Estado, en el caso concreto, tiene derecho de imponer un castigo al acusado; por otro lado, el proceso penal tiene que resolver el conflicto que ha surgido como consecuencia de esos hechos y debe proporcionar una respuesta jurídica justa a ese conflicto. Es verdad que con demasiada frecuencia esta segunda finalidad no se toma en consideración y, centrados en la estricta idea del cumplimiento de la ley penal, se olvida que en el proceso, junto al conflicto entre la sociedad afectada por el delito y el responsable de los hechos, que efectivamente otorga a la persecución penal una consideración pública, hay otro conflicto, el que se entabla entre la víctima (el ofendido o el perjudicado) y el autor del daño. Este último conflicto no puede ser olvidado; ha de ocupar un puesto principal

en las inquietudes de los juristas, por encima incluso de la prevención general, porque el proceso penal no puede desamparar a ninguno de los que están o deben estar en él, salvo que convirtamos al derecho en un puro ropaje formal. Si se parte de una idea de legalidad estricta, que no puede ceder ante ningún otro interés porque entonces se estaría debilitando la autoridad del derecho penal, y vulnerando el principio de igualdad, en realidad lo que resultaría sería una grave traición de alguna de las otras finalidades, igualmente esenciales, que el sistema penal está llamado a cumplir.

Así pues, el sistema penal debe componer el doble conflicto jurídico que surge como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo: ha de conseguir la represión de una conducta que merece un especial reproche social, respetando las garantías que el ordenamiento jurídico impone y, además, debe atender a todas las consecuencias que los hechos con apariencia delictiva han provocado y dar solución a los distintos elementos implicados y concernidos por el delito.

El proceso penal, que viene abocado a la resolución obtenida del debate y la contradicción de las partes, presenta una singular característica que lo diferencia de los restantes tipos procesales: estructuralmente el proceso penal se inicia con una fase de instrucción, de investigación de los hechos, que sólo de forma excepcional aparece en los demás, habida cuenta de que generalmente los hechos que exigen la apertura del proceso penal no son conocidos para quien debe ejercer la acción penal y sostener la acusación. El autor de un delito generalmente intenta que no se descubra su comisión y, sobre todo, intenta ocultar las circunstancias que le rodearon y su propia responsabilidad; por esta razón, el proceso penal incorpora una fase inicial de esclarecimiento de los hechos, la llamada fase de instrucción, que desde el *Code d'instruction criminelle* de 1808 ha sido encomendada a un juez llamado precisamente juez de instrucción en los países de la Europa continental que siguieron la tradición francesa.

La instrucción se había diseñado como una actividad de mera preparación del juicio oral y,

por tanto, subordinada a este momento culminante del procedimiento (art. 299 LECRIM). Desde esta perspectiva, la instrucción había de ser rápida (el art. 324 de la LECRIM prevé que el sumario no dure por regla general más de un mes) y secreta, para respetar la presunción de inocencia de quienes, en muchos casos sin imputación judicial, se encuentran sometidos a un proceso penal.

Esa previsión legal nunca se cumplió y la instrucción ha cobrado en todos los países europeos una relevancia desmesurada, eclipsando en la inmensa mayoría de los casos al momento procesal del enjuiciamiento; se ha convertido en la piedra angular del proceso penal, no sólo por lo que en ella se obtiene, sino por su trascendencia en la represión, con lo cual se han traicionado sin un ápice de resistencia los dos principios básicos de este momento del procedimiento. En efecto, una de las razones que provoca en la práctica la desmedida duración de la instrucción ha sido precisamente su exhaustividad, debido en buena medida al hecho de que el juez no investiga para sí, y no puede conocer qué busca y cuándo ha obtenido los elementos suficientes para formular acusación; normalmente el juez ha investigado para la acusación, y el fiscal no suele poner coto a las diligencias instructorias que el juez ordena. Esta circunstancia eterniza la investigación de los delitos con grave quebranto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pues indebida es la demora en la resolución cuando las diligencias y actuaciones que se practican, por muchas que sean, no son conducentes de forma inmediata o mediata a la obtención de la respuesta judicial.

Pero, además, la instrucción, concebida como una fase instrumental del juicio, ha acrecentado su valor y relevancia para el resultado del proceso; no sólo por la trascendencia pública de todo lo que en ella acontece, con evidentes repercusiones afflictivas, sino por la eficacia en el juicio y en la sentencia de las diligencias instructoras, en cuanto realizadas con la “garantía” de la presencia judicial la instrucción, aunque se aparten de los principios esenciales que la debían regir, ha adquirido un carácter y decisivo en el curso del enjuiciamiento penal.

Este modelo de proceso penal, vigente en España desde la LECRIM de 1882 y, antes, desde la Ley provisional de 1872, incluida la Compilación general de las disposiciones vigentes en materia criminal de 1879, está sujeto hoy a una profunda reflexión para conseguir, en primer lugar, la incorporación efectiva y el riguroso respeto de las garantías que vienen siendo reconocidas a los intervinientes en el proceso, singularmente a la persona que se ve sujetado en su persona y en sus bienes al desarrollo del proceso; en segundo lugar, la actualización de las estructuras procesales, sobre todo por el papel que deben desempeñar los diferentes sujetos afectados por el sistema penal.

La fase de instrucción del proceso penal recibe hoy una atención esencial en todos los ordenamientos jurídicos porque, cumpliendo con su finalidad de depurar la *notitia criminis*, de esclarecer su correspondencia con la realidad y la identidad de los posibles autores, no sólo consigue *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.

Pero en los países en que se ha mantenido la figura del juez de instrucción, tempranamente la realidad procesal se apartó de la genuina esencia y justificación de esta fase del procedimiento. El modelo de proceso penal se ha adulterado hasta el punto de que su planteamiento original resulta difícilmente reconocible, y no se sostiene por más tiempo. La fase de instrucción, que en un principio se estableció como una fase del procedimiento corta y secreta, se ha convertido en actuaciones interminables y públicas. La permanente contradicción y el desmentido de la práctica forense a las previsiones de la ley, que parece aceptarse sin resistencia, no sólo suponen un apartamiento de las previsiones normativas, lo que de por sí sería algo grave; el problema viene de que tal y como se realiza la instrucción queda irremediablemente afectada incluso la *presunción de inocencia* como regla de tratamiento del imputado, que ha de ser tratado como inocente durante todo el proceso.

Con carácter general las medidas de investigación que se ordenan durante la instrucción carecen en la práctica de cualquier posibilidad de corrección por el órgano superior, y las peticiones de revisión de las diligencias y actuaciones de la instrucción están abocadas casi siempre al fracaso. La Audiencia suele refrendar el criterio del instructor, fundamentalmente porque toma en cuenta que todas las resoluciones de esta fase del procedimiento son por esencia modificables, de modo que si la petición de sobreseimiento y archivo de la causa, o de finalización de las diligencias, han sido rechazadas por el juez de instrucción en un determinado momento, pueden ser atendidas por él mismo más adelante, cuando lo aconsejen nuevas circunstancias, y por esa razón no entra a valorar las diligencias que ya se llevan practicadas. Esta forma de razonar parte de la idea, muy extendida entre la clase judicial, de que solamente la sentencia dictada tras el juicio oral decide sobre la responsabilidad criminal, de modo que todas las actuaciones anteriores nada resuelven con carácter definitivo y, por lo tanto, no son determinantes en la solución del proceso.

Sin embargo, en esa clave se olvidan de un modo imperdonable los efectos afflictivos que produce la apertura de la instrucción contra una persona determinada, las consecuencias de la imputación. Así pues, es necesario dejar sentado con claridad que cuando exista una persona imputada en las actuaciones, la instrucción debe concluirse en el preciso instante en que finalicen las diligencias ordenadas, y que se debe concluir total o parcialmente la instrucción para todos o algunos de los imputados cuando aparezcan indicios relativos a los hechos o a la responsabilidad que desvanezcan la inicial imputación, dictando una expresa resolución levantando la imputación que sujetó a una persona al proceso penal en cuanto aparezcan elementos que la justifiquen. El gratuito mantenimiento de una instrucción vacía, o la falta de una desimputación expresa, deben conducir no sólo a la exigencia de una responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino a la exigencia de responsabili-

dad personal de los jueces de instrucción y de los miembros del MF que realicen o toleren ilegítimas intromisiones en la libertad, en el honor o en el patrimonio de quien se ve sometido a un proceso penal.

En primer lugar, el juez debe ordenar el inmediato cierre de la instrucción desde el instante en que hubieran finalizado las diligencias que se hubiesen ordenado, bien para el esclarecimiento de los hechos, bien para el aseguramiento de las responsabilidades; porque supone una flagrante vulneración de las garantías procesales básicas tanto que si no existe actividad instructora alguna no se clausure rápidamente esta fase del procedimiento, como que se llegue a ordenar la práctica de diligencias que sean innecesarias o inútiles y se acuerden con fines meramente dilatorios, para no permitir que se gane la prescripción. Cuando el juez instructor mantiene *abierto un procedimiento penal* que se ha dirigido contra un concreto imputado *más allá del tiempo absolutamente imprescindible*, no se produce una simple dilación en la actividad de la justicia penal; ni siquiera puede decirse que sólo tenga lugar la infracción del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Las consecuencias van mucho más allá de la infracción del derecho de obtener una pronta justicia: los efectos afflictivos de la instrucción exigen considerar que la continuación innecesaria de las diligencias es una verdadera *medida sancionadora* —una sanción encubierta si se quiere—, que se impone sin ninguna de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y, por tanto, que carece de respaldo constitucional.

Ningún fin constitucionalmente legítimo, tampoco la represión de las conductas delictivas, autoriza para que al imputado se le grave con la carga de soportar la falta de recursos, la ineficacia o la desidia de los órganos públicos encargados de la investigación penal. Antes al contrario, la tutela del derecho a la dignidad y al honor del imputado, y la proporcionalidad de su sometimiento al poder público en el marco de un proceso penal, exigen el *cierre de las actuaciones tan pronto como las diligen-*

cias acordadas finalicen y si éstas no permiten la apertura del juicio oral contra él, si la investigación no ha tenido éxito, no se puede tolerar que el imputado padezca una dilación que le causa inmediatos y ciertos perjuicios, y que se puede convertir en insostenible, pues en ocasiones no existe expectativa alguna de proporcionar nuevos elementos para el avance o la conclusión de las investigaciones.

En segundo término, es imprescindible que cuando de las diligencias practicadas se desprendan indicios que desvirtúen los que dieron lugar a la apertura del procedimiento penal ha de ponerse fin a la instrucción. Las consecuencias aflictivas que derivan de la apertura del procedimiento penal contra el imputado, agravadas por la falta de instrumentos legales efectivos para obtener del juez su terminación, deben imponer una regla inexorable para el instructor, que le exija concluir la instrucción desde que aparezcan en la causa suficientes indicios contrarios a los que justificaron la apertura del procedimiento, sea en cuanto a los hechos, sea en relación con la responsabilidad del imputado o de alguno de los imputados. Desde el momento en que resulte *desvirtuado el elemento objetivo o subjetivo de la imputación, hay que poner fin a la instrucción*, que no se puede mantener abierta por inercia o por comodidad, sobre todo cuando el proceso se ha planteado con fines confesadamente espurios a la investigación penal.

Esta exigencia no supone merma alguna de la eficacia en la persecución penal, pues de aparecer con posterioridad otros elementos que señalen a la misma persona como responsable, siempre podrá el juez reabrir las actuaciones o dirigir de nuevo el procedimiento contra él. El proceso penal no se puede utilizar legítimamente como elemento de presión, señaladamente de presión mediática, en contra de una persona que, por su relevancia pública, por su posición económica, por su vulnerabilidad intelectual o por otras causas, se vea injustamente condicionado por el hecho de que se mantenga o se levante su posición en el proceso.

Esto supone también que la imputación realizada en el curso de un proceso penal debe

levantarse expresamente en cuanto aparezcan indicios suficientes que apunten a la falta de responsabilidad del imputado. Cuando el juez de instrucción llama a una persona a declarar en calidad de imputado, sea porque su posible responsabilidad se desprende de las actuaciones practicadas en la instrucción, sea porque asume como verosímil la imputación realizada en el atestado, en la denuncia o en la querrela, y ordena abrir la investigación para corroborarla, está sujetando al imputado al proceso penal. De esta sujeción derivan consecuencias aflictivas, que pueden provocar efectos aún más devastadores si cabe que la propia sentencia de condena, puesto que en esa condición de imputado y por esa sola circunstancia se han ido recibiendo por anticipado los reproches sociales que se enlazan a la condena. Si a ello se le añaden las medidas cautelares que se hubieran llegado a acordar contra él, tanto las que afecten a su propia esfera de libertad (suspensiones, libertad provisional o prisión provisional) como las de contenido patrimonial (fianzas o embargos), es obvio que esa situación procesal reclama no sólo una decidida y constante atención por parte del responsable de la instrucción sino, al propio tiempo, que se adopten las resoluciones precisas para acomodar las situaciones personales de los imputados a los resultados de las diligencias que se vayan practicando.

La provisionalidad y revisabilidad de las decisiones de la instrucción exigen que, una vez que el juez ha formulado o asumido una imputación, la mantenga solamente mientras resulte necesario, es decir, que *levante la imputación y aparte del procedimiento al imputado desde el momento en que se desvirtúen las razones que le llevaron a oírle en esa calidad*, aunque el desvanecimiento de la imputación aparezca sólo de modo indiciario. La desimputación ha de hacerse de inmediato, en el momento en que se hayan debilitado los indicios contra un concreto imputado, lo que daría cumplimiento efectivo al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y al derecho a no ser sancionado sin previa ley penal y respetando las garantías procesales, sin desatender el ejercicio del *ius*

puniendi del Estado, ni dejar sin sanción las conductas delictivas puesto que, siendo provisional el cierre de la instrucción, si aparecieran nuevos indicios sobre los hechos o sobre la responsabilidad, podría volverse a abrir sin dificultad alguna el procedimiento penal. Eso sí, entonces la gestión procesal de los procedimientos podría ser más engorrosa; sin embargo, esa dificultad no puede amparar ni justificar que padezcan los derechos fundamentales de los ciudadanos. No puede aceptarse que la separación del imputado sólo aparece al final de las diligencias previas, o durante la fase intermedia del proceso ordinario, desimputación que se debe inferir muchas veces de la simple omisión del nombre del imputado en el auto de transformación de las diligencias previas, o de la falta de acusación a esa persona en los escritos de calificaciones; porque si el imputado ha padecido un inicial sometimiento al proceso penal, que en muchos casos ha durado varios años, merece cuando menos la reparación de un pronunciamiento expreso que reconozca lo indebido de su situación procesal hasta ese momento.

Por otra parte, parece haberse asumido que la *publicidad* de la instrucción, de todas las actuaciones y diligencias que en ella se practican, es la regla, sin reparar en las consecuencias que se derivan de esta medida. Porque con la publicidad de las actuaciones, con el conocimiento general de la imputación de una persona, se anticipa sin recato la represión que implica la publicidad propia de la condena penal, pero en este caso sin que un semejante reproche venga sustentado y legitimado por el juicio oral contradictorio; en la generalidad de los casos durante la instrucción el imputado se verá sometido a la recriminación pública con poco que su persona o los hechos que se investigan presenten el más leve interés a los ojos de los medios de comunicación.

Normalmente sin la más mínima oposición de los órganos de gobierno del Poder Judicial, cuando se abre un procedimiento penal se abren también de par en par las puertas del Juzgado, se levantan todas las cautelas y se olvidan todas las garantías, aunque persista el mismo status

para el imputado, y deba rodeársele de todos los derechos, también la presunción de inocencia como regla de tratamiento. El reproche social se anticipa así a un temprano momento del procedimiento, cuando se está actuando sólo a partir de indicios o de imputaciones que incluso puede que la autoridad judicial no haya hecho suyas, y quedan así afectados, de forma muchas veces irreversible, bienes enormemente valiosos para el imputado.

En definitiva, el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado sufre importantes embates durante la fase de investigación de los delitos, lo que demanda una presencia efectiva del juez imparcial no comprometido con el éxito de la investigación, sino comprometido exclusivamente con la garantía de los derechos fundamentales.

3. EL PAPEL DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN Y EL CONTENIDO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

En el proceso penal español los poderes del juez de instrucción en esta primera fase exceden con mucho de los cometidos propios de un juez, que la Constitución (art. 117.4) limita en exclusiva a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y a las competencias que le atribuya la ley en garantía de cualquier derecho. El juez de instrucción español tiene facultades sobre la apertura de la instrucción y debe formular una imputación contra un sujeto; debe ordenar de oficio las diligencias de investigación que considere necesarias y, a la vista de los resultados obtenidos, decidirá sobre la finalización de la instrucción, señalando incluso los contornos fácticos dentro de los que se habrá de desarrollar el juicio oral. Por lo tanto, aunque la ley desde 1995 le impide la adopción de medidas de limitación o de privación de la libertad a menos de sean solicitadas por una parte acusadora, sus facultades a lo largo de esta fase del

procedimiento no permiten reconocer la figura y el papel genuino y exclusivo de un juez.

Fuera de la primera decisión del procedimiento, la apertura de la instrucción, son múltiples las decisiones adoptadas que escapan del cometido propio de la función judicial tal y como viene constitucionalmente definida. El juez de instrucción es el órgano facultado para valorar la *notitia criminis* y rechazar la denuncia o inadmitir la querrela cuando entienda que los hechos no son constitutivos de delito, lo que puede considerarse como una facultad conferida en garantía del imputado, impidiendo de ese modo que se pueda abrir un procedimiento penal sin un sustento en hechos que puedan ser delictivos y que puede considerarse integrada en la función judicial.

A) LA ORDENACIÓN DE OFICIO DE DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Una vez abierto el procedimiento, el juez de instrucción debe ordenar de oficio las diligencias de investigación que considere útiles y pertinentes. En eso precisamente consiste la tarea de quien tiene encomendada la responsabilidad del esclarecimiento de unos hechos que, inicialmente, son desconocidos para los órganos públicos encargados de la represión de los delitos. El sistema responde a la conveniencia de que sea un órgano independiente quien asuma las competencias para investigar, lo que dota a las actuaciones de una cierta garantía de ajenidad en las diligencias que ordene. Pero precisamente por esta atribución el sistema presenta un evidente déficit en su estructura y diseño, porque junto al papel de instructor, es decir, de responsable de que la investigación llegue a buen puerto, el juez debe intervenir también en el proceso como juez de garantías de los derechos del imputado, que se puedan ver amenazados o negados en la instrucción. Por consiguiente, el mismo juez, comprometido con el éxito de su papel de investigador, logrando el total esclarecimiento de los hechos, debe desempeñar al propio tiempo un papel que sólo puede hacer un órgano no sólo independiente sino también imparcial: garantizar

que las injerencias en la esfera de los derechos del imputado sólo se hace cuando resulten necesarias y se respeten todas las exigencias constitucionales y legales.

Aquí es donde el sistema de nuestra LECRIM falla estrepitosamente y esta doble responsabilidad del juez que tiene como objetivo el triunfo de la investigación y que debe proteger los derechos de quien puede obstaculizar esa labor de descubrimiento de los hechos, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías y la protección constitucional de derechos fundamentales, de forma casi tan perniciosa como la asunción por un mismo juez de las funciones de investigación y enjuiciamiento.

La competencia para la búsqueda de elementos de prueba en la instrucción de los procesos penales se atribuye a quien es ajeno al resultado de la investigación, pues ni a él mismo ni al Poder Judicial le aprovecha su actividad, pero viene obligado en todo caso esclarecer los hechos. El juez de instrucción no investiga para sí, ya que su función se agota con la conclusión de la instrucción, y eso significa solamente que el juez ya no tiene más que investigar por haber conseguido todos los resultados que se había propuesto o por haber apurado sin éxito las líneas de investigación marcadas. Por tanto, el instructor se limita conceptualmente a acarrear al procedimiento los elementos que servirán a las partes procesales, y sólo a ellas, para sustentar sus posiciones en el juicio, pero está comprometido con el triunfo de la investigación: habrá cumplido su papel cuando haya recabado el material suficiente para, desde su óptica, dejar explicados los hechos.

Precisamente por eso la iniciativa judicial en la investigación provoca con frecuencia la inhibición del MF, desentendiéndose del desarrollo de la instrucción y respondiendo de modo formulario a los traslados que se confieren desde el Juzgado, sin asumir responsabilidad alguna por el éxito o el fracaso de esta fase del procedimiento. La iniciativa judicial de recabar los elementos de convicción para otro distorsiona la propia figura del juez de la instrucción, que no tiene más límite que lograr la satisfacción de su propio conocimiento, pues

por mucho que la ley permita a las partes instar la terminación, el juez sigue siendo el *dominus* de la instrucción y, probablemente por eso, en la práctica las partes se confían enteramente al criterio del instructor.

Esta iniciativa desfigura el papel confiado al juez, pues la búsqueda de los hechos (al menos, de su confirmación) y de las fuentes de prueba es tarea conceptualmente alejada de la función judicial, ya que el instructor no enjuicia los hechos con efectos de cosa juzgada ni interviene exclusivamente en garantía de derechos, sino en aras de culminar una investigación llamada a ser utilizada por otros.

B) LA NECESARIA IMPUTACIÓN POR EL JUEZ

El juez de instrucción deberá asimismo formular imputación, sea acogiendo la realizada por una parte acusadora, sea realizándola de oficio por resultar de las actuaciones de instrucción; sin una imputación judicial no cabe abrir el juicio oral. La imputación se produce por diferentes vías: bien a través del auto de procesamiento en el proceso común, bien a través de la llamada a una persona en ese concepto con las garantías previstas en la ley en el proceso abreviado, para evitar acusaciones sorpresivas, pues dispone el art. 779.4ª de la LECRIM, que la decisión del instructor de pasar a la preparación del juicio oral “contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan”, y “no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775”.

Este cometido es de todo punto ajeno a la función judicial, y se infiere de la responsabilidad del juez como investigador, pues la imputación deriva de un esclarecimiento exitoso de los hechos y de la intervención del imputado; es decir, la imputación es corolario de la implicación directa del juez en el resultado de “sus” investigaciones y, desde ese punto de vista, es una labor alejada del contenido de la potestad jurisdiccional. Porque es evidente que formular una imputación implica tomar partido por

una concreta idea de responsabilidad del sujeto pasivo sin que haya precedido un juicio contradictorio.

C) EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN COMO GARANTE DE LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

Por otra parte, el juez de instrucción interviene en esta fase del procedimiento en garantía de derechos. Esta competencia es una de las claves de la instrucción tal y como viene actualmente concebida, pues tanto la Constitución como la ley exigen la intervención de un tercero imparcial que autorice determinadas diligencias, con la finalidad de dispensar protección a determinados derechos que se pueden ver afectados con ocasión de la investigación de delitos.

Ahora bien, la posición del juez como tercero *super partes* se ve en ocasiones desdibujada por su papel de investigador, sobre todo cuando adopta de oficio medidas que suponen una intromisión en la esfera de los derechos de los ciudadanos. Es evidente que para el adecuado esclarecimiento de los hechos delictivos puede resultar oportuno, conveniente, o incluso necesario, adoptar medidas de investigación que afecten a los derechos del imputado o, incluso, a derechos de terceros. En esos casos, la finalidad de investigar y sancionar los delitos permite que tales medidas se lleven a cabo pasando por encima de la ordinaria protección de los derechos. Ahora bien, la garantía y la exigencia constitucional de la autorización judicial no solamente supone confiar en la intervención de un órgano del Poder Judicial independiente para que se legitime la intromisión, sino sobre todo que quien autorice la medida sea un órgano imparcial, que no esté condicionado o mediatizado por la investigación, por el éxito o fracaso de la diligencia y, menos, por el triunfo de la línea de investigación que el propio autorizante ha iniciado. Por tanto, el juez al que se refiere la Constitución es pura y estrictamente un juez de garantías, cuya función se debe limitar a la autorización de la diligencia, pero no exactamente un juez que pueda ordenarla de oficio.

Es evidente que esas condiciones de garante en posición de imparcialidad no se dan cuando el juez de instrucción, por propia iniciativa, ordena una medida que afecta a un derecho, incluso a un derecho fundamental, porque en tales casos, por encima o, al menos, junto a la protección del derecho del imputado, está presente el interés del mismo juez por el esclarecimiento de los hechos. La competencia del juez como garante de los derechos de los ciudadanos que la Constitución le atribuye y que forma parte de la potestad jurisdiccional (art. 117.4) no puede desaparecer, ni puede desfigurarse, como ahora sucede, por su interrelación con su competencia de investigación. La función de garantía es un cometido estrictamente jurisdiccional, de tal manera que, cualquiera que sean las responsabilidades en la investigación de los delitos, siempre habrá de intervenir un órgano del Poder Judicial para adoptar legítimamente cualquier medida que implique limitación de derechos, en una genuina posición de imparcialidad, que no sólo se refiere a su posición institucional, sino que ha de venir referida también al desinterés por el resultado de las diligencias de investigación.

Este carácter de tercero no concernido por el resultado, sino meramente por el cumplimiento de las garantías, debe exigirse no sólo si se llega a producir un cambio de papeles, y se atribuye la responsabilidad de la investigación penal al Ministerio Fiscal, sino también con el modelo de procedimiento penal vigente, porque no cumple en este punto los estándares de imparcialidad que la Constitución exige para adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales, al referirse a la necesaria autorización judicial, al confundirse la labor del juez como garante de los derechos con su labor como investigador de los hechos.

D) LA CONCLUSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN Y LA DECISIÓN SOBRE LA APERTURA DEL JUICIO

Además de todo eso, el juez de instrucción concluye la investigación cuando lo considere procedente, de forma que puede mantener

abierta la investigación siempre que continúe ordenando y practicando las diligencias que, siendo pertinentes, crea oportunas para los fines propios de la instrucción. Esta decisión no conoce más límites que una posible instancia de las partes solicitando la terminación del procedimiento, a la que el juez podrá acceder o no. Por tanto, queda al libérrimo criterio del instructor determinar de oficio la suficiencia de las averiguaciones obtenidas, sin necesidad de contar con el parecer ni de los acusadores, que como regla general deben partir del resultado de las diligencias de instrucción para sustentar su posición en el juicio, ni del imputado, que intentará hacer valer los resultados de las investigaciones que le sean propicias para conseguir una resolución favorable.

Carece de contenido jurisdiccional esta competencia, que es la consecuencia de atribuir la investigación al juez de instrucción, y no puede considerarse como manifestación de la potestad jurisdiccional. El juez no concluye la instrucción desde una posición imparcial, pues no sólo toma en consideración los elementos que le hubieran presentado la policía, el Ministerio Fiscal o las demás partes, sino también lo que él mismo haya investigado—y tiene el deber legal de hacerlo—; por consiguiente, se rompe o se pierde entonces un elemento capital de su posición como titular de la jurisdicción.

Como el juez de instrucción debe formular de oficio una imputación, en nuestro proceso penal ha carecido siempre de valor el llamado juicio de acusación, esto es, la resolución judicial que, a la vista del escrito de las partes acusadoras, y ponderando su seriedad y consistencia, la admite, le da curso y manda abrir el juicio oral. En efecto, dado que se encomienda al juez de instrucción la decisión sobre la apertura del juicio en el procedimiento abreviado, resulta obvio que carecerá de razón alguna para rechazar el escrito de acusación, puesto que se ha pronunciado sobre la imputación en el momento procesal inmediatamente anterior, excepto que en los hechos delictivos o en las personas responsables la acusación se

apartara de lo decidido poco tiempo antes por el propio juez.

Por lo tanto, esta función estrictamente jurisdiccional ha perdido casi por entero su virtualidad, precisamente porque el juez de instrucción es un juez comprometido con la investigación y con la imputación, de modo que salvo que se pretendan incluir en la acusación elementos ajenos a los de la resolución judicial de transformación de las diligencias previas, la intervención judicial carece de todo sentido.

Aunque en el proceso común la situación pueda parecer diferente, pues la Audiencia Provincial está facultada para valorar la acusación formulada como órgano imparcial, la verdad es que este modelo procesal es residual y tampoco está exento de problemas. En efecto, por una parte, cabe poner serios reparos a la acumulación en la Audiencia Provincial tanto de la resolución sobre la apertura del juicio como de la competencia para dictar la sentencia de fondo; por otra parte, este tribunal se ha debido pronunciar con anterioridad sobre la cuestión, aunque sea de forma indirecta, al confirmar el auto de conclusión del sumario, y en esta decisión se incluye la conformidad con el contenido del auto de procesamiento; finalmente, la Audiencia Provincial ha podido conocer, junto con la valoración de los escritos de calificaciones provisionales, las impugnaciones que las partes acusadoras hubieran planteado por la negativa del instructor a dictar un auto de procesamiento, y en ese caso la Audiencia, si estimara el recurso, habría de ordenar al instructor que acuerde el procesamiento, perdiendo entonces su imparcialidad para controlar el juicio de acusación.

4. EL PAPEL DE LA POLICÍA JUDICIAL EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

El órgano público que con más frecuencia tiene la iniciativa en el proceso penal es la

Policía Judicial, porque suele recibir la *notitia criminis* a través de una denuncia ciudadana, o porque en sus funciones de prevención de la seguridad pública descubre la comisión de un hecho delictivo. La Policía Judicial, en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, depende de los jueces y tribunales y del MF (art. 126 CE). Eso significa que las facultades de investigación autónomas de los cuerpos policiales se encuentran constitucionalmente mediatizadas por su dependencia respecto de los órganos del Poder Judicial y del MF, de modo que sólo para realizar las averiguaciones tendentes al inicial esclarecimiento de los hechos (al amparo del art. 17.2 CE), cabe reconocer un ámbito propio de investigación a la Policía Judicial. La dependencia funcional marca la pauta en el papel que debe desempeñar la Policía en el proceso penal, partiendo de que es quien profesionalmente se halla capacitada para la investigación criminal, ya que ni los jueces ni los fiscales han recibido una formación específica para descubrir los hechos delictivos de que tengan noticia.

No se puede desconocer la necesidad de contar con la policía científica para una eficaz persecución de los hechos delictivos. Sin embargo, su intervención en el proceso penal no es del todo satisfactoria, pues al depender de todos (del Gobierno, de los jueces y de los fiscales) no dependen exactamente de nadie y por eso se ha dicho que la instrucción penal queda en buena medida en sus manos.

Pues bien, en aras de una mayor eficacia del esclarecimiento de los delitos, el factor de la dependencia de la policía de investigación criminal, de la policía judicial, no es una cuestión en absoluto despreciable, pues en múltiples ocasiones se ha denunciado que el juez de instrucción no sólo no realiza materialmente las diligencias de investigación, que manda practicar a la policía como órgano de auxilio a la justicia, sino que es la policía quien en realidad dirige toda la investigación y el juez se echa en brazos de aquélla. Sin embargo, es claro que para lograr la dependencia hay que ejercer sobre las fuerzas policiales una dirección real,

logrando además evitar la intervención directa del Ejecutivo en las actuaciones procesales.

La policía científica había ido adquiriendo, desde la creación en los siglos XVIII y XIX de la Policía profesional, y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, un merecido reconocimiento a su específica capacitación en el ámbito de la investigación criminal y en su quehacer profesional propio, ajeno a los conocimientos y habilidades profesionales de los juristas integrantes de los órganos públicos, jueces y fiscales, que intervenían en el proceso penal. Por este motivo, la consideración decimonónica de la policía judicial, comprendiendo en este concepto a todo aquel que tuviera directa o indirecta relación con la seguridad pública, como hace nuestra LECRIM (art. 282), da paso a una verdadera y propia policía judicial según invoca la Constitución (art. 126), y a ella se le confía la función de realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (art. 17.2 CE), inconcebible en 1882, cuando la LECRIM exigía poner de inmediato al detenido a disposición judicial.

La policía judicial, de acuerdo con el diseño constitucional, conoce una doble dependencia: una dependencia orgánica del Ministerio del Interior (y de las Consejerías de Interior de las Comunidades Autónomas con policía foral) y una dependencia funcional de los jueces y tribunales y del MF. La dependencia funcional se ha convertido en una suerte de disponibilidad relativa de los funcionarios a cualquiera de los órganos jurisdiccionales de la provincia donde tiene su sede la Unidad Orgánica a que pertenece el policía. Como ni los jueces ni los fiscales tienen conocimientos de investigación criminal, son los funcionarios policiales quienes, adiestrados profesionalmente para investigar los hechos delictivos, representan un pilar básico de la investigación penal. Por eso mismo debe clarificarse la posición de la Policía Judicial, poniendo remedio, de un lado, a la calculada ambigüedad que supone la dependencia funcional, sobre todo en relación con los jueces, titulares cada uno de ellos de la potestad jurisdiccional e independientes y, de otro lado, a la entrada de cuerpos policiales di-

ferentes a las Unidades Orgánicas o Adscritas, creadas por la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que actúan en funciones de policía judicial, como sucede con Cuerpos de Policía Local o con el Servicio de Vigilancia Aduanera.

Así como no cabe articular una dependencia real de la policía judicial respecto de los jueces, porque toda la policía estaría subordinada al criterio de todos y cada uno de los miembros del Poder Judicial, al estar organizados de acuerdo con el principio de independencia, no cabe decir lo mismo si la dependencia se estableciera respecto del MF, pues éste actúa de acuerdo con el principio de unidad y dependencia jerárquica (art. 124 CE), de modo que los superiores en rango podrían determinar los criterios y dictar las órdenes que rigieran la actividad de la policía judicial. Una solución de este tenor permitiría a un tiempo atribuir en exclusiva las funciones de investigación criminal a un cuerpo específico y erradicar las graves intromisiones o interferencias que en ocasiones han provocado la competencia entre distintos cuerpos policiales en detrimento de la persecución penal.

5. EL MINISTERIO FISCAL COMO DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

Habiendo sentado que el juez de instrucción español no es idóneo para responsabilizarlo de la instrucción penal, y que la investigación de la policía judicial debe someterse a la dirección de los jueces y magistrados o del MF, parece necesario concluir que la investigación de los delitos debe corresponder al MF. Sin embargo, eso no significa que se deba sustituir el actual juez por un fiscal instructor, pues no se trata de reproducir los esquemas procesales vigentes, cambiando a uno por el otro, sino de superar el modelo que históricamente ha regido en la Europa continental por más de un siglo. De otra manera, la reforma no supondría

más que modificar la ubicación y el centro de imputación de los males que aquejan al actual modelo de proceso penal, pero poco o nada se habría avanzado.

El modelo del proceso penal liberal ha conocido en las últimas décadas —después de la Segunda Guerra Mundial— un importante movimiento de reforma que se ha extendido por diferentes países europeos, tomando como referencia el proceso anglonorteamericano y, esencialmente, en la idea de reasignar los papeles que desempeñaban durante la instrucción el Juez y el MF, dejando al primero los cometidos estrictamente jurisdiccionales, y encomendando al segundo la responsabilidad y el peso de la investigación. Junto con este nuevo reparto se pretendía llevar el principio acusatorio a la fase de investigación y hacer valer los principios de publicidad, contradicción e igualdad en el inicio del procedimiento.

Las dos modificaciones esenciales se refieren, por un lado, a atribuir la responsabilidad en la investigación de los hechos delictivos al MF, convirtiéndole en protagonista esencial de toda esta fase del procedimiento y, por otro lado, de acuerdo con los textos internacionales sobre derechos humanos —en Europa el CEDH y el PIDCP— se pretende garantizar desde el inicio de las actuaciones el derecho de defensa del imputado.

El movimiento innovador se inicia en Alemania con la Gran reforma del proceso penal de 1974, y ha encontrado eco más tarde en Portugal —*Ley Orgánica del Ministerio Público* de 1986 y *Código de processo penal* de 1987— y en Italia —*Codice di procedura penale* de 1988—. El MF deja de ser el pasivo espectador de la investigación, que debía pasar por una instrucción dirigida por el juez, para luego presentar su acusación, y a quien sólo se facultaba para vigilar o inspeccionar el curso de las actuaciones y solicitar del instructor la práctica de diligencias. La evolución legislativa en estos tres países europeos ha colocado al procedimiento penal bajo una óptica distinta, con el cambio en su estructura, ya que se pasa del modelo acusatorio formal o mixto (o inquisitivo formal) a un modelo en que la igualdad

y la contradicción se respetan desde el comienzo de la persecución penal y el juez no toma la iniciativa ni debe posicionarse respecto de las líneas y de las estrategias de investigación en ningún momento.

La evolución que se experimentó en los países europeos tuvo también reflejo en España, y en la Memoria que acompañaba el Proyecto de ley del EOMF, aprobado finalmente como Ley 50/1981, de 30 de diciembre, se decía que el proyectado art. 5 “confiere al Ministerio Fiscal facultades de investigación de los hechos delictivos, pudiendo recibir declaraciones a testigos, practicar reconocimientos e inspecciones, ordenar la emisión de informes y dictámenes periciales, practicar careos y ordenar en general, cuantas diligencias prevean las Leyes que no supongan inculpación de persona alguna o adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos respecto de la misma, facultades que quedan lógicamente reservadas a los jueces y tribunales. También puede ordenar la detención preventiva y podrá recibir denuncias y atestados, cursándolos a la Autoridad judicial o acordando su archivo definitivo o provisional cuando los hechos no fueran constitutivos de delito o careciesen de autor conocido”. Como fundamento de estas disposiciones se afirmaba que se trataba de dar “agilidad al proceso penal y de ajustar las normas legales a la propia lógica procesal. Si el Fiscal es quien titulariza la, acción penal es lógico que sea él quien dirija la preparación de los elementos que necesite para su ejercicio”.

Todo esto hizo plantearse a la doctrina española la posibilidad de que el MF jugara un papel diferente en el proceso penal. El debate científico salió a la luz y tuvo un amplio eco a mediados de los años 80, reclamando algunos para el MF una mayor responsabilidad en la investigación de los hechos delictivos. El Gobierno acogió tímidamente la iniciativa, y cuando se modificó el proceso penal por la LO 7/1988, se articuló un nuevo rol para el MF. Esta solución normativa implicaba desapoderar a los jueces de instrucción de su papel hegemónico en la instrucción penal, donde hacían y deshacían de acuerdo sólo con su criterio, y

con una tímida y escasa intervención del MF para corregir alguna vez excesos judiciales. Las reacciones contrarias a este cambio no se hicieron esperar y provinieron tanto de los jueces como de los fiscales y, a la postre, la idea primera perdió su vigor y todo quedó en un tímido art. 785 de la LECRIM, donde se aludía a una investigación del MF preliminar al inicio de las actuaciones judiciales, y que debía cesar tan pronto como éstas dieran comienzo.

Con posterioridad, en la modificación de 1992, cuando se introdujeron en la LECRIM medidas de aceleración del procedimiento abreviado, también medrosamente se pretendió otorgar mayor protagonismo al MF, con poco éxito, salvo en lo que se refiere a la negociación con el imputado.

Más recientemente, la LO 5/1995, del tribunal del jurado, ha terciado en el problema de la instrucción, mostrando un deseo ferviente del legislador de seguir avanzando en otorgar responsabilidades al fiscal, aunque sin decidirse a abordar definitivamente una nueva estructura del proceso penal en España. Esta LO pretende de forma velada dar un mayor protagonismo al MF, implicándolo en la formulación y sostenimiento de la imputación, de tal forma que el juez de instrucción se ha de limitar a valorar la verosimilitud de la imputación, deberá pronunciarse sobre la fundamentación de la imputación, etc., pero no la puede formular. Se trata de una modificación de gran calado, que viene luego reconocida en la disp. final 4ª, rubricada “futuras reformas procesales”, cuando se ordena al Gobierno que presente un proyecto de modificación de la LECRIM “generalizando los criterios procesales instaurados en esta ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución, simplificando asimismo el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva”. Con el mismo criterio se sigue disponiendo en dicha LO que se deberán adoptar las reformas legales necesarias para adaptar a ese procedimiento el Estatuto y las funciones del MF. Obviamente

que tal disposición, al cabo de los diez años, no se ha cumplido.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, da un paso decisivo en el procedimiento para depurar las infracciones cometidas por menores y deja en manos del MF todas las actuaciones que no sean las de puro enjuiciamiento o la necesaria intervención judicial en garantía de derechos fundamentales del menor.

Por último, se ha modificado el EOMF, reconociéndole expresamente la facultad de dirigir una investigación preliminar con una duración máxima de seis meses (art. 5.4).

Ahora bien, atribuir la investigación de los delitos al MF no supone que éste pueda asumir de propia autoridad la práctica de cualquier diligencia con objeto de esclarecer los hechos delictivos, pues hay actuaciones y medidas reservadas a la autorización y control judicial, cuando supongan limitación o injerencia en la esfera de derechos fundamentales, o se pretenda dispensar una especial garantía. Estaríamos entonces ante el juez de la instrucción, o el juez de garantías, que desde una posición procesal imparcial, sin implicarse en la investigación y sin poder ordenar de oficio diligencias de investigación o medidas cautelares, debe tutelar los derechos de todos los implicados en un proceso penal (dando así cumplimiento a una de las funciones que le puede encomendar la ley en garantía de un derecho, como dice el art. 117.4 CE).

Resulta obvio que, cuando menos, las medidas restrictivas de derechos fundamentales están reservadas, por imperativo constitucional, a la autoridad judicial, como sucede con las injerencias en la esfera de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3, “salvo autorización judicial”), así como el secuestro de publicaciones o la suspensión de actividades de asociaciones (arts. 20.5 y 22.4). Por lo demás, como regla general, las limitaciones de derechos fundamentales exigen para su validez constitucional de una previa resolución judi-

cial suficientemente motivada y proporcional al fin lícito que se persiga.

A) MEDIDAS CAUTELARES

Para adoptar *medidas cautelares personales*, que afecten al derecho a la libertad ambulatoria (art. 17 CE) y a la libertad de circulación o de residencia (art. 19 CE), el MF habrá de instar una resolución judicial que acuerde la prisión provisional, la libertad provisional o cualquier otra medida privativa, restrictiva o limitativa de la libertad personal, cuando estas medidas reconozcan como su fuente inmediata el desarrollo de un proceso penal. Porque es evidente que la libertad de circulación puede limitarse para cumplir finalidades ajenas a la persecución penal, que son igualmente legítimas desde la perspectiva constitucional y, al no venir expresamente exigida la intervención judicial por la norma fundamental, pueden acordarse por autoridades administrativas (v.gr., para preservar la seguridad pública o la seguridad vial), sin necesidad de acudir a la autorización de un juez.

Queda a salvo de la exigencia de intervención judicial solamente la medida de la *detención cautelar*, es decir, la detención preordenada al proceso penal, por expresa previsión constitucional, pues el art. 17.2 de la CE dispone que esta privación de libertad no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y fija un plazo máximo absoluto de setenta y dos horas, dentro del cual el detenido inexcusablemente habrá de ser puesto en libertad o entregado a disposición de la autoridad judicial. Así pues, el MF podrá ordenar la detención de una persona a los fines de la investigación penal, con las aludidas restricciones de doble plazo (no más del tiempo indispensable y nunca más de 72 horas).

Del mismo modo, es necesaria la intervención de la autoridad judicial para la adopción de cualquier medida cautelar, aunque tal cosa no venga directamente exigido por la Constitución, tanto si se trata de *medidas cautelares personales* (localización, retirada de documen-

tación, etc.) como de *medidas cautelares reales* (fianzas, embargo de bienes, etc.)

Resulta imprescindible residenciar en la autoridad judicial la competencia para ordenar las medidas cautelares que hayan de ejecutarse a lo largo del proceso penal, esencialmente porque en ningún caso se le puede encomendar esta tarea al órgano implicado en la investigación, aunque se trate del MF, porque es una parte procesal y carece por ello de imparcialidad. La adopción de una medida cautelar requiere siempre de una decisión contradictoria, pues supone nada menos que la limitación o la expropiación de un derecho, de modo que resulta incompatible con la posición de parte que ocupa el MF.

B) MEDIDAS DE PREVENCIÓN E INTERRUPTIÓN DE ACCIONES DELICTIVAS Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN

De naturaleza y finalidad diferente, aunque puedan resultar en algún caso materialmente idénticas, son las medidas que pretenden prevenir o poner fin a una acción delictiva. Se trata de medidas que se adoptan en el curso del proceso penal, pero que no van dirigidas a facilitar el desarrollo del proceso ni el cumplimiento de la sentencia, sino que se adoptan para la defensa de la sociedad o de las víctimas, ante la inminencia de la comisión de un delito o, cuando se está cometiendo, para ponerle fin e impedir que se agraven más los efectos dañosos que se han producido.

Su contenido material y el modo en que se practican, como queda dicho, no se diferencian del establecido para las medidas cautelares ni de las que se pueden acordar para obtener y asegurar fuentes de prueba. Estas medidas exigen y se concretan en una limitación o privación tanto de un derecho o facultad de la persona, como pueden ser de contenido meramente patrimonial, y en algunos casos puede afectar a un derecho fundamental.

Dentro de las que se refieren a derechos o facultades de la persona, se encuentran las pri-

vaciones de libertad, sean de corta duración, o más prolongadas. Así, en razón de la prevención de un delito y de la protección a las víctimas, se puede detener a una persona en el momento de ir a cometer un delito o cuando lo esté cometiendo (art. 492 LECRIM), pero también cabe acordar la prisión provisional (art. 503.4 LECRIM) con fines de protección de la víctima. Por otro lado, se pueden ordenar limitaciones a la libertad de circulación, como cuando se acuerda una orden de protección o se acuerda una medida de alejamiento (arts. 544 bis y 544 ter LECRIM). Por otra parte, con esta misma finalidad protectora se establece la posibilidad de suspender licencias o autorizaciones administrativas (permiso de conducción), puede acordarse la suspensión de empleos o cargos públicos, o la suspensión o cierre de las actividades de sociedades, empresas o establecimientos (art. 129 CP).

Es cierto que algunas de estas medidas pueden ser ordenadas por autoridades administrativas en el marco de un expediente puramente administrativo, como antes se apuntó para las restricciones a la libertad de circulación, y aquí sucede con la suspensión del permiso de conducir o con la suspensión cautelar de empleo o cargo público. Ante esta realidad no han faltado quien han sostenido la posibilidad de facultar al MF para ordenar medidas restrictivas de derechos en el curso de un proceso penal, sin apreciar en ello inconveniente alguno.

Sin desconocer las circunstancias aludidas, parece que la competencia para acordar medidas que limiten o restrinjan derechos de los ciudadanos, cuando tiendan a prevenir la comisión de un delito, a amortiguar o paliar los efectos de su comisión, o a proteger específicamente a las víctimas, deberían quedar en todo caso reservadas a la autoridad judicial y a solicitud de parte.

En efecto, si se tiene en cuenta que atribuyendo la investigación al MF se potencia el principio acusatorio, y que debe adoptar en el proceso una neta posición de parte, resultaría contradictorio con ese carácter permitirle ordenar por sí mismo medidas de protección, sean de los intereses generales o de los derechos

particulares de las víctimas. No puede perderse de vista que el título por el cual la autoridad administrativa puede adoptar de oficio medidas restrictivas de derechos en el curso de un expediente se debe esencialmente al hecho de que actúa en una posición de cierta o relativa imparcialidad, y que está llamada a emitir un juicio sobre una conducta, en un papel que se asemeja en muy buena medida al de un juez.

Todo eso no quita para que el MF, como las autoridades administrativas y singularmente en el ejercicio de funciones de policía de seguridad, estén facultados para adoptar medidas restrictivas de derechos en supuestos excepcionales, por razones de especial urgencia o necesidad. En efecto, la propia Constitución, en la regulación de la protección de derechos fundamentales, ya excepciona en algún caso la autorización judicial, como ocurre con la entrada en domicilio cuando se esté en presencia de un flagrante delito (art. 18.2). Al propio tiempo, como indirecto reconocimiento de la licitud de algunas medidas, el Código Penal exime de responsabilidad en caso de legítima defensa de un tercero (art. 20.3º) o de cumplimiento de un deber (art. 20.8º).

Pues bien, con estas premisas, en el marco de una investigación penal, cabría legitimar al MF para ordenar, por razones de urgencia o necesidad, medidas restrictivas de derechos con fines de prevención o protección siempre que la ley expresamente lo estableciera y respetando el principio de proporcionalidad, llegando incluso a comprender la restricción de derechos fundamentales cuando expresamente la Constitución lo autorizara (como la detención o la entrada en domicilio en caso de delito flagrante). La medida del MF debería estar sometida al control de la autoridad judicial de la instrucción, a quien se habría de dar cuenta inmediata.

C) MEDIDAS DE OBTENCIÓN Y ASEGURAMIENTO DE FUENTES DE PRUEBA

Probablemente la finalidad más relevante de la investigación penal sea la obtención de las

fuentes de prueba con la finalidad de ser aportadas y practicadas en el juicio. Como regla general, el acusador —sobre todo el acusador público— desconoce absolutamente los hechos delictivos y su dinámica comisiva; fueron ajenas a los acusadores las diferentes circunstancias que los rodearon, porque el proceso penal trata siempre de hechos pasados, acaecidos fuera de la presencia de los acusadores. Por tal motivo, éstos precisan conocer primero y conseguir después los elementos probatorios que resultan imprescindibles para sustentar la acusación; el acusador deberá saber cómo se cometió el delito y qué medios puede proponer para acreditar sus iniciales afirmaciones acerca de la existencia de un delito y de la responsabilidad en que haya incurrido el acusado (si le resulta útil llamar a un testigo, si debe aportar un determinado informe pericial, etc.)

Pues bien, en la labor de descubrir las circunstancias de un delito y obtener huellas, efectos o instrumentos del mismo, trayendo al proceso las fuentes de prueba, puede resultar conveniente —y a veces imprescindible— utilizar medidas que efectivamente representan una limitación o una restricción de los derechos de los ciudadanos, incluso de derechos fundamentales, porque de otro modo sólo un “golpe de suerte” permitiría descubrir elementos esenciales de la actuación criminal. En aras de una mayor eficacia en la persecución de los delitos, la ley regula en ciertos casos y bajo ciertas condiciones la utilización de medios o técnicas de investigación criminal por medio de los que el poder público, para descubrir hechos o circunstancias relevantes para el enjuiciamiento, llega a realizar una intromisión en la esfera de algunos derechos fundamentales; se trata de intromisiones legítimas, dado que no se trata de derechos absolutos y cabe que su protección resulte exceptuada frente al interés público por la persecución de los delitos.

Ahora bien, a diferencia de otros medios de investigación —como las declaraciones de testigos o la realización de un informe técnico— los medios que representan un menoscabo de derechos fundamentales no pueden ser utilizados ni en la investigación preliminar

de la Policía ni en la que pueda realizar el MF (STS de 14 junio 1933); quedan reservados a la instrucción judicial, precisamente porque la intervención de un juez garantiza el cumplimiento de los requisitos y de los límites de la injerencia, en uso de sus propios cometidos constitucionales (la función de garantizar los derechos del art. 117.4 CE). En todo caso se trata de medios de investigación que, por su propia naturaleza, deben realizarse solamente durante la instrucción, ya que carece de que se practiquen en el momento del juicio oral, pues sirven para determinar las circunstancias en que se produjeron los hechos y por eso no se pueden realizar en el momento del juicio, en que han de estar incorporados a las actuaciones.

Para utilizar alguno de estos medios de investigación es necesario, por imperativo constitucional, que se haya dictado una *resolución judicial* y que hubiera razones para considerar que con ella pueden comprobarse o descubrirse *hechos o circunstancias importantes* para la investigación.

La resolución judicial deberá ser *motivada*, como resolución que es limitativa de un derecho fundamental (STEDH de 25 marzo 1998 [caso Kopp], de 30 julio 1998 [caso Venezuela], SSTC 299/2000, 236, 171, 166, 141 y 49/1999, 229 y 58/1998, 54 y 49/1996, 85/1994, 37/1989, 62/1982 ó 26/1981), y habrá de revestir la forma de *auto*, de modo que nunca puede decretarse a través de una providencia, como con rotundidad lo ha expresado en la STC 181/1995, declarando la nulidad de la diligencia de intervención de comunicaciones.

Además, será necesario determinar el *hecho delictivo que se investiga*, sin que resulte legítimo amparar bajo una sola resolución judicial la investigación de hechos diferentes. Así pues, inmediatamente que aparezca la comisión de otros delitos deberá darse noticia al juez, y sólo cabrá continuar con la medida bajo un nuevo auto judicial motivado, que específicamente la ordene para los nuevos hechos descubiertos, puesto que si se produce una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de

hecho se investiga, la medida constituiría una injerencia no legítima.

Este tipo de medidas sólo pueden ordenarse *excepcionalmente*, de modo que la motivación del auto habrá de expresar las razones que llevan al juzgador a considerarla necesaria y, por tanto, justificada para obtener datos relevantes en la investigación penal, siempre con una rigurosa ponderación de los intereses en conflicto y teniendo en cuenta que la investigación penal no es, desde luego, un valor supremo. De aquí que si hubiera otras alternativas menos gravosas para el derecho fundamental, o medios de investigación que no le afecten, se habrá de optar por ellos (SSTC 236 y 171/1999; SSTS de 23 febrero 1994 y 14 junio 1993, que alude al carácter excepcional).

De lo dicho se desprende que los medios de investigación que afectan a derechos fundamentales sólo pueden acordarse en el marco de una *investigación penal* en curso. Esto supone que la autoridad judicial únicamente puede autorizarlo una vez que ha procedido a la *apertura de un procedimiento*; sin embargo, no resulta absolutamente necesaria una previa imputación.

Por último, la adopción de la medida requiere que se trate de un procedimiento por *delito grave*, aun cuando no exista en nuestro ordenamiento un criterio limitativo sea por razón de los tipos delictivos (como en Alemania, Bélgica, Finlandia o Grecia), sea por razón de la pena (como en Austria, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo o Portugal). Para el TS la intervención de comunicaciones (con referencia a las telefónicas) tan sólo se justifican para la investigación de delitos muy graves, aunque también pueden ser objeto de intervención telefónica ilícitos penales leves «con trascendencia social», como es el caso de los «delitos cometidos por funcionarios» o que afecten al «buen funcionamiento y al crédito de la Administración del Estado» (STS de 14 junio 1993).

Naturalmente que el cumplimiento de todos los presupuestos expresados carecería de sentido y trascendencia, como garantía y pro-

tección del derecho fundamental, si la actuación judicial se limitara a ordenar la diligencia y desde ese momento perdiera todo control de su práctica, o pudiera olvidarse de su función de garante de los derechos fundamentales.

Por consiguiente se exige un *control judicial* en la ordenación, desarrollo y cese de la medida, control que, dado el desconocimiento por parte del afectado, ha de ser riguroso en grado sumo (SSTS de 26 enero 1996, 11 y 19 diciembre, 28 marzo y 23 y 12 enero 1995, 14 junio 1993 y 18 abril 1991 y, entre otras, STC 49 y 236/1999, 49/1996).

Con las referidas limitaciones, cuando en el juicio oral se pretenden introducir diligencias de instrucción para que sean apreciadas por el juez en la sentencia como prueba, es preciso apreciar la disponibilidad de la fuente de prueba en el momento del juicio y las circunstancias en que este elemento se obtuvo. Estos dos elementos, la *disponibilidad* de la fuente de prueba y las *garantías* que se observaron *en su adquisición*, resultan determinantes para la utilizabilidad y la validez de la prueba en el juicio, en definitiva, para la posibilidad de fundar en ellas una sentencia de condena.

Si la fuente de prueba se halla *disponible* para ser aportada como medio probatorio, debe ser propuesta y practicada de ese modo; es lo que sucede normalmente con los documentos, o con el testigo que, habiendo declarado durante la fase de investigación, es citado y comparece en el juicio, de manera que entonces esa prueba cumple con los principios de contradicción, intermediación, publicidad y concentración.

Sin embargo, cuando la fuente probatoria *no está disponible en el juicio por causas previsibles* (el testigo se hallaba en peligro de muerte) o *por la propia naturaleza* de la prueba (la comunicación telefónica, que naturalmente tuvo lugar durante la investigación, aunque se haya grabado), la ley debe establecer especiales cautelas y garantías en su obtención y en su incorporación a las actuaciones. Así se debe exigir en la práctica de la diligencia el cumplimiento estricto de la *contradicción* y de la *intermediación judicial*, por lo que el imputado deberá tener

oportunidad y medios de intervenir (si no en la intervención telefónica, sí en su incorporación a los autos, depurando el contenido de las grabaciones) y contradecir la prueba durante la investigación, pues en otro caso el elemento probatorio no podría ser utilizado en el juicio.

Por lo tanto, en una investigación dirigida por el MF, las fuentes de prueba que se pretendan utilizar en el juicio y no vayan a estar previsiblemente disponibles en ese ulterior momento, habrán de incorporarse al proceso a través de un medio de prueba practicado ante la autoridad judicial, en este caso ante el juez de la instrucción o juez de garantías. Si no se hubiera hecho de este modo, la fuente no podrá ser utilizada como prueba en el juicio oral, y si se aporta debe ser ignorada. Así se trata de estimular la diligencia de las partes en orden a asegurar la utilización de sus elementos de prueba.

Cuando la fuente de prueba *no estuviera disponible por causas imprevisibles* (el testigo fallece repentinamente), o porque se trata de un *descubrimiento casual* o inesperado (en un control rutinario de carretera se descubre un alijo de droga; en un cacheo se descubre un arma ilegal en poder de una persona), es obvio que en su adquisición están ausentes la contradicción y la intermediación judicial, con lo que la utilizabilidad de esta prueba en el juicio deberá depender no sólo de que se acrediten las circunstancias en que se obtuvo, sino sobre todo del escrupuloso cumplimiento de las garantías en su adquisición y custodia hasta el momento del juicio, así como en la necesidad de la prueba. En estos casos, cuando se trata de una indisponibilidad imprevista, se elevan por encima de otras consideraciones las garantías tanto en la obtención del elemento probatorio como en su incorporación a los autos, por lo que la ley ha de regular con sumo detalle y minuciosidad todas estas circunstancias.

Precisamente por haberse adquirido la prueba sin contradicción y sin intermediación judicial, resulta especialmente oportuno habilitar un trámite de depuración de los elementos probatorios que se pretendan practicar en el juicio, que podría consistir en una audiencia

tras el escrito de acusación, en donde inexcusablemente deberían constar los medios de prueba propuestos. En este trámite se podría denunciar la inutilizabilidad de la prueba en el juicio, debido a un posible incumplimiento de garantías en la obtención de la fuente de prueba, o en razón de las irregularidades que se hubieran producido en su custodia y conservación, obteniendo una resolución judicial que no dé paso a la práctica del medio probatorio, excluyéndolo del proceso.

En una investigación dirigida por el MF resulta más relevante si cabe la ponderación de las circunstancias de previsibilidad en la disposición de la fuente de prueba para el juicio, porque inicialmente sólo cuando una fuente de prueba se ha obtenido en la instrucción con la garantía de contradicción simultánea y a presencia judicial, si luego resultara indisponible para el juicio oral, dicha fuente puede ser tomada directamente de la instrucción y alcanzaría valor probatorio, incorporándola al juicio al través del medio de prueba que corresponda.

6. EL MANTENIMIENTO DEL CARÁCTER PÚBLICO DE LA INVESTIGACIÓN. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PARTES

Finalmente, cuando se defiende la atribución de la investigación al MF se dice que estaríamos abocados a un encarecimiento del proceso y a una privatización de la justicia penal, puesto que tanto el acusador particular como el imputado deberían buscar fuera de esa investigación oficial del Fiscal los elementos precisos para sustentar su posición en el proceso.

Esta posibilidad resulta a todas luces inconcebible en nuestro sistema jurídico (por más que esté vigente en otros ordenamientos, como en USA) y debería paliarse sin lugar a dudas con un acceso rápido y efectivo a la autoridad judicial que, a la vista de las alegaciones del solicitante y de las razones de la negativa del

MF, pudiera ordenar la práctica de la diligencia requerida.

Tal opción no implica dejar en desamparo al imputado, pues el encargado de la investigación ha de respetar escrupulosamente, a lo largo de toda ella, los derechos procesales de aquél, garantizando el ejercicio del derecho de defensa y todos los derechos reconocidos en nuestras normas procesales. La infracción de estos derechos puede encontrar un mecanismo de petición o de recurso a la autoridad judicial, quien, como garante de los derechos de los ciudadanos (art. 117.4 CE), resolverá contradictoriamente lo que proceda, preservando su propia imparcialidad.

Como es obvio, encomendar a un mismo órgano toda la actividad que se ha de realizar durante la investigación de un hecho delictivo, sin tener en cuenta la naturaleza de cada actuación, carece de justificación y de sentido. El juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales realizados por

el fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de recursos (VIVES), porque el papel que debe desempeñar el juez durante la investigación no es más (ni menos) que el de garante de los derechos de las partes, esencialmente del sujeto pasivo del proceso. De este modo se fortalece el principio de imparcialidad judicial y se aplica mejor el principio de exclusividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional por el Poder Judicial.

El modelo de investigación penal a cargo del MF introduce no sólo mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, suprimiéndose la duplicidad de diligencias, sino que sitúa estas actuaciones en su verdadera dimensión, otorgando las facultades de esclarecimiento de los hechos y la iniciativa de aseguramiento del delincuente tanto al órgano público de la acusación como a quien, con el carácter de actor popular o de acusador particular, pretenda intervenir en el procedimiento y asegurar las fuentes de prueba.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Sobre esta materia se ha consultado, entre otras obras, el siguiente aparato bibliográfico:

AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegno di studio Enrico de Nicola. Problemmi attuali di diritto e procedura penale, núm. 20, Giuffrè, Milano, 1997. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Entre política y derecho. El estatuto del actor público”, en *Proceso Penal y actuación de oficio de jueces y Tribunales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995. ARMENTA DEU, “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, en *Revista del Poder Judicial* nº 41-42. 1996 (I). ASENSIO MELLADO, “El imputado en el proceso penal español”, en “*Restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*”; Cuadernos del CGPJ, XXIX, 1993. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El Ministerio Fiscal*, Pamplona, 1999. DÍEZ-PICAZO, L.M., “La acusación penal en Inglaterra”, en *Tribunales de Justicia*, nº 11/1997; *El poder de acusar*, Barcelona, 2000. DELMAS-MARTY, «El proceso penal en Europa: perspectivas», en *Poder Judicial*, 2ª época, marzo, 1995. FAIRÉN GUILLÉN, “El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988”, en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, tomo III, Madrid, 1992. «Ley del Jurado de 23 de mayo de 1995 y modelo inquisitivo. Un apunte», en *Revista de Derecho procesal*, núm. 1, 1996. FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999. “Un presupuesto y algunas propuestas para el nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”, Ponencia presentada al XIII Congreso de la Asociación de Fiscales (Coruña, 9-10 de noviembre de 2001). GIMENO, “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)”, en *Justicia-87*; “Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial”, en *Justicia-88*. GÓMEZ COLOMER, “El Fiscal instructor”, en *Justicia-96*. GONZÁLEZ CANO, “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad penal en la LO 5/2000”, en *Tribunales de Justicia*, nº 4/2001. GUARNIERI, *Pubblico Ministero e Sistema Politico*, Padova, 1984; *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrapesi*, Bologna, 1992. GUARNIERI y PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *La acusación en el proceso penal italiano*, Madrid, 2006. LANZAROTE MARTÍNEZ, “La víctima del delito y el sistema jurídico penal: ¿hacia un sistema de alternativas?”, en *Revista del Poder Judicial* nº 34, 1994. LÓPEZ AGUILAR, *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Madrid, 1996. LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel, “Independencia, imparcialidad, objetividad del Juez”, en *Justicia* 86, núm. IV. LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, “La inculpación. Examen especial en el procedimiento abreviado”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, II. MARCHENA, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992. “El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes”, en *La Ley*, 1996, D-331. MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Valencia, 1999. MIRANDA

ESTRAMPES Y GUASCH FERNÁNDEZ, “El Ministerio Fiscal: consideraciones en torno a un modelo constitucional”, en *Revista del Poder Judicial* n° 54, 1999. MIRANDA RODRÍGUES, “La fase de investigación del proceso penal. Tendencias en Europa. El caso portugués”, en *El Ministerio Fiscal-Director de la instrucción* (dir. por Gimeno), Madrid, 2006. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, (con CORTÉS), 3ª ed., Valencia, 2004; “Libertad y seguridad en los procesos. Las garantías del Poder Judicial en el Estado democrático” en *Libertad y seguridad*, Coloquio de la Fundación para la modernización de España, 2002; “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 16, 2002; “El proceso penal español: algunas alternativas para la reforma”, en *Sistemas penales europeos*, CGPJ, 2003. NOBILI, «Accusa e burocrazia», en *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, AA.VV., Giustizia penale oggi/4, Zanichelli, Bologna, 1979. DE LA OLIVA SANTOS, “Jueces imparciales, fiscales ‘investigadores’ y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal”, Barcelona, 1988. «El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal», en *Tribunales de Justicia*, núm. 1, enero, 1997. ORTELLS RAMOS, “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica”, en *Revista de Derecho procesal*, 1990, 2. *El proceso penal abreviado (nueve estudios)*, Granada, 1997. PERRON y LÓPEZ-BARAJAS, “El Ministerio Fiscal-Director de la investigación en el proceso penal alemán”, en *El Ministerio Fiscal-Director de la instrucción* (dir. por Gimeno), Madrid, 2006. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿El Juez de instrucción es constitucional?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VI, núm. 261, 19 de septiembre de 1996. ROXIN “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, en *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania. Cuadernos del CGPJ*, 1991. SAINZ MORENO, “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 108, septiembre-diciembre, 1985, págs. 149 y ss. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal”, en *Revista del Poder Judicial* n° 54, 1999. VERGER GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994. VIVES ANTÓN, *Comentarios a la Ley de medidas urgentes de reforma procesal. II. La reforma del proceso penal*, Valencia, 1992. *Derecho Penal* (con COBO DEL ROSAL), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 29 de mayo de 2007.