

## LA INSTRUCCIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO (Reflexiones sobre el estado de la cuestión en derecho español)

Manuel ORTELLS RAMOS \*

*SUMARIO: I. Planteamiento general y relatividad de la cuestión; II. Hacia la atribución de nuevos poderes al Ministerio Fiscal en el proceso penal español: intentos, realidades, tendencias; III. Sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal; IV. Sobre la naturaleza jurídica de la instrucción previa en el proceso penal; V. Criterios de valoración de la atribución de nuevos poderes al Ministerio Fiscal; VI. Límites constitucionales derivados del principio de exclusividad de la jurisdicción: los riesgos de una concepción restrictiva de “potestad jurisdiccional”; VII. Garantías para los acusadores no oficiales y para el imputado en la fase previa del proceso penal con investigación encomendada al Ministerio Fiscal: régimen restrictivo o incremento del trabajo judicial por técnicas de complementación de la investigación fiscal; VIII. Comparación de modelos legales y comparación de su funcionamiento real.*

### I. PLANTEAMIENTO GENERAL Y RELATIVIDAD DE LA CUESTIÓN

La atribución de las potestades necesarias para el desarrollo del procedimiento preliminar en el proceso penal, y, específicamente, la posibilidad de atribuir las al Ministerio Público o Ministerio Fiscal, es uno de los problemas básicos de configuración del proceso penal.

La solución del mismo se realiza en cada ordenamiento en función de factores muy diversos. Ya que sería imposible estudiar estos factores en concreto, debo limitarme a apuntar las diferentes clases de los mismos.

En primer término, presupuesta la existencia de una Constitución como norma suprema y fundamental del ordenamiento, son relevantes los factores de naturaleza constitucional, que limitan la li-

\* Catedrático de derecho procesal, Universitat de Valencia (Estudi General)

bertad de configuración normativa del legislador ordinario. En la materia que nos ocupa estos factores pueden referirse, principalmente:

1. A que la Constitución determine los requisitos de unos órganos específicos —los órganos jurisdiccionales—, establezca que a ellos les está en exclusiva atribuida la potestad jurisdiccional e, incluso, configure con mayor o menor precisión en qué consiste esa potestad. Si en el procedimiento preliminar es necesario que se ejercite la potestad jurisdiccional, el legislador estará limitado en cuanto a las posibilidades de su atribución.

2. A que la Constitución establezca el monopolio de la acción penal en favor de un órgano del poder público o, por el contrario, reconozca derecho de acción penal a las personas, o específicamente a los ciudadanos, con extensión objetiva más o menos amplia. En el segundo caso, la efectividad del derecho de acción puede requerir que el Ministerio Fiscal no domine de modo absoluto las actividades del procedimiento preliminar.

3. A la extensión con la que la Constitución reconozca el derecho de defensa en el proceso penal. Si ese reconocimiento comprende todas las etapas del mismo, habrá de cuidarse la efectividad del derecho de defensa del imputado durante el procedimiento preliminar.

Respetados los límites de la constitucionalidad, ante el legislador ordinario se abre un abanico de soluciones de este problema de configuración del proceso penal, entre las que debe escoger con arreglo a criterios de política jurídica relativos al diferente grado de protección que la ley puede dispensar a los derechos e intereses implicados en la actuación jurisdiccional de la ley penal. La opción legislativa puede ser enjuiciada, desde un punto de vista valorativo, como establecedora de un estándar de garantías más o menos elevado de esos derechos e intereses.

Criterios también de política jurídica, aunque de naturaleza distinta a los que acabo de indicar, son los de efectividad del proceso penal. Reconocida la prioridad de que ese proceso debe configurarse de modo que pueda alcanzar su fin, que respete los condicionamientos constitucionales y que responda a un adecuado grado de protección de los derechos e intereses por él afectados, el legislador debe plantearse cómo obtener todo eso con la mayor economía de medios y en el más breve espacio de tiempo posible. Debe analizarse, pues, si un modelo de instrucción previa dirigida por el

Ministerio Fiscal presenta o no ventajas desde este punto de vista de la efectividad.

Una última clase de factores es la de cómo configura el ordenamiento la posición orgánica del Ministerio Fiscal, en especial su relación con el Poder Ejecutivo. El diferente grado de dependencia —en sentido jurídico y en sentido material— del Ministerio Fiscal respecto al Poder Ejecutivo, si bien puede ser irrelevante para verificar si en la atribución de potestades en la instrucción previa se respetan los condicionamientos constitucionales (por ejemplo, el de los de atribución exclusiva de la potestad jurisdiccional a los órganos jurisdiccionales), es, en cambio, decisivo para considerar o no suficiente el estándar de garantías que la ley establece para los derechos e intereses afectados por un proceso penal.

Tras este planteamiento general podrá convenirse en que un análisis fructífero de la cuestión de si la instrucción previa del proceso penal puede atribuirse al Ministerio Fiscal debe hacerse en términos relativos, en el contexto de un ordenamiento jurídico determinado. En las páginas que siguen se analiza en el contexto del derecho español.

## II. HACIA LA ATRIBUCIÓN DE NUEVOS PODERES AL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: INTENTOS, REALIDADES, TENDENCIAS

No es nueva en derecho español cierta tendencia favorable a la ampliación y el reforzamiento de las funciones y poderes del Ministerio Fiscal en la instrucción previa del proceso penal y en el ejercicio de la acusación.<sup>1</sup> En los dos últimos años, esa orientación adquiere más fuerza, más probabilidades de llegar a ser derecho positivo, hasta el punto de que ya ha dejado su precisa impronta en la reforma de LECRIM de diciembre de 1988.

Un primer intento de importancia fue el proyecto de Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. En su memoria se destacaba la novedad de las facultades de investigación de hechos delictivos que

<sup>1</sup> Para algunos antecedentes doctrinales y de reforma legislativa en este sentido véase Fairen Guillen, V., "La reorganización del Ministerio Fiscal español", en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, pp. 516-517; Morenilla Rodríguez, J. Ma., "El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal español, en *Documentación Jurídica*, 1981, enero-diciembre, p. 104 y autores que cita en nota 14.

se atribuían al Ministerio Fiscal (en adelante MF) para una mayor agilización del proceso penal y para la auténtica realización de la oralidad, que requiere limitar el contenido de la fase de instrucción previa.<sup>2</sup> El artículo 3.4 del proyecto atribuía al MF la función de “actuar como órgano de investigación en el proceso penal, a cuyo fin instará de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y dirigirá la actividad de la policía judicial”. El artículo 5 especificaba los actos que le correspondía realizar en la investigación, excluyendo de ellos la adopción de medidas cautelares y limitativas de derechos, salvo la detención.

Frente a este intento reaccionaron dos grupos parlamentarios de muy diferente signo político: el grupo comunista, que justificaba su enmienda núm. 23 en que la relación del MF con el Ejecutivo conduciría, a través de aquella función, a un control político del proceso y la justicia penal; y el grupo Coalición Democrática, que razonaba su enmienda clave —la núm. 211— con argumentos de eficacia (el Ministerio Fiscal no tiene medios, ni preparación para asumir la labor investigadora) y de insuficiencia de garantías de una investigación imparcial por la posición orgánica del MF. Esta reacción tuvo éxito en lo esencial y ya el texto de la ponencia dio a aquellos artículos la redacción que llegó a ser ley.<sup>3</sup> Ese texto, a pesar de la apariencia, no supuso cambio en el régimen de la actuación del MF según LECRIM, salvo la expresa atribución de la potestad de acordar la detención y una norma —que después analizaremos en el contexto adecuado— sobre presunción de autenticidad de diligencias practicadas por el MF o bajo su dirección.

Un segundo intento, que alcanza en parte su objetivo, ha tenido como motivo la STC 145/1988, de 12 de julio, que declaró la inconstitucionalidad del precepto de la LO 10/1980, de 11 de noviembre, que excluía la recusabilidad del juzgador que hubiera sido instructor. Esa declaración de inconstitucionalidad hizo conveniente una reforma de LOPJ y LECRIM para evitar la paralización de la justicia penal respecto a delitos menores. Pero, además, se ha intentado aprovechar esa conveniente reforma para dar entrada a unas ideas sobre la instrucción previa ya expresadas, como luego veremos, en textos oficiales de la FGE y por una corriente doctrinal con influencia en las reformas legislativas.

<sup>2</sup> B.O.C.G. Congreso, Serie A. 23 mayo 1980. Núm. 139-I, pp. 1013-1014.

<sup>3</sup> B.O.C.G. Congreso. Serie A. 23 junio 1981. Núm. 139-I 3, pp. 1032/6, 12 y 13.

El anteproyecto avanzaba considerablemente en esa dirección. Sin establecer preceptivamente una investigación previa exclusiva del MF, ponía, con algunos preceptos clave (artículos 789, II, 786.1, 781.2, d y 781.5 todos del Anteproyecto) la base para que eso fuera realidad en el mayor número de supuestos (canalización hacia el MF de las *notitiae criminis* provenientes de la policía y necesidad de expreso requerimiento judicial para desapoderar al MF de la investigación). En segundo término, era destacable que, junto a la genérica reserva al juez de la adopción de medidas cautelares (artículo 781.2, d Anteproyecto), los números 5 al 8 del artículo 781 bis del Anteproyecto encomendaban al MF la adopción provisional de unas medidas que, como luego veremos, suponía una peligrosa excepción a la regla general.

Ya antes de llegar a la calidad de proyecto desaparecieron del texto esas disposiciones, atendiendo a críticas formuladas en los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, los cuales, sin rechazar de plano el modelo de la investigación previa del MF, no compartían su concreta plasmación en el Anteproyecto, ni la oportunidad de la innovación.<sup>4</sup> En los artículos 785 bis.1 y 3 y 789.1 LECRIM puede observarse la suavización de la técnica de derivación de procedimientos hacia el MF.<sup>5</sup>

Ahora bien, de un conjunto de artículos introducidos en esta reforma de LECRIM y especialmente del artículo 789.3, cabe concluir que, al menos parcialmente, ya se ha introducido en nuestro proceso penal una investigación previa del MF. En efecto, si las diligencias de investigación practicadas por éste sólo precisan ser complementadas mediante una instrucción previa judicial o dirigida por el juez, en cuanto sean materialmente insuficientes para fundar la acusación, es que, desde un punto de vista jurídico-formal, tienen la eficacia de actos de la instrucción previa y no requieren ser judicialmente reiterados.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> En cuanto al informe del Consejo General del Poder Judicial véase el *Boletín de Información del Consejo*, 2ª época, año VII, núm. extraordinario, Madrid, octubre 1988, pp. 12-14, 18-19. El Consejo Fiscal emitió informe el 13 de octubre de 1988, de cuyo contenido debe destacarse el apartado II, relativo a la reforma procesal.

<sup>5</sup> Aunque la circular núm. 1/1989, en "suplemento" al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1522, pp. 1359 y 1365 intenta de nuevo reforzar la posición del MF en el aspecto tratado en el texto.

<sup>6</sup> Sobre esto, más ampliamente, mi trabajo "El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales", pendiente de publicación en *Justicia* 1989, apartado 3.

Si del campo de los intentos, ya coronados en algunos supuestos por realizaciones parciales, pasamos al de las tendencias, podemos comprobar que la de renovar la posición del MF en el proceso penal se expresa muy claramente y en instancias que cabe suponer con influencia real en las reformas legislativas.

Ya en su *Memoria* de 1987 la Fiscalía General del Estado, tras apuntar que el grado de judicialización de los conflictos en nuestra sociedad desbordaba la capacidad de la organización judicial, indicaba la conveniencia de la discriminalización de ilícitos poco graves, que podrían someterse a sanción administrativa; de la reforma del proceso penal hacia objetivos de eficacia y aceleración sin pérdida de garantías, lo que se lograría modificando su fase preparatoria, encomendando la investigación al fiscal, sin perjuicio del “control jurisdiccional de las decisiones que afecten a los derechos fundamentales (...) que deberían ser adoptadas por la autoridad judicial”. En fin, invitaba a reflexionar sobre la conveniencia de introducir un principio de oportunidad “reglada” como rector del ejercicio de la acusación en algunos supuestos.<sup>7</sup>

En la *Memoria* de 1988 la tendencia se refuerza. La instrucción judicial, además de causa de ineficacia del proceso penal, es considerada como exceso sobre las atribuciones que al juez le otorga la Constitución. Y, así, dice el fiscal general:

Me atrevo a afirmar que del examen combinado de los artículos 117.3o. y 4o. y 124.1o. de la Constitución se deduce que nuestros constituyentes quisieron separar las dos funciones esenciales de la justicia penal: la de juzgar que corresponde a juzgados y tribunales determinados por la ley (artículo 117.3o.) y la de promover el juicio “promover la acción de la justicia” que otorga al fiscal (artículo 124.1o.). Dicho de otra manera, el sistema que propugna la Constitución supone que el fiscal es el titular del impulso procesal; de cuanto debe acontecer antes del juicio oral. Los jueces y tribunales son los titulares exclusivos de la potestad jurisdiccional, es decir, del juicio y de sus consecuencias: su ejecución.<sup>8</sup>

La *Memoria* de 1989, sin dejar el tema de la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal,<sup>9</sup> añade consideraciones sobre el

<sup>7</sup> *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1987, pp. 12-17.

<sup>8</sup> *Memoria*... , Madrid, 1988, pp. 20-21.

<sup>9</sup> *Memoria*... , Madrid, 1989, p. 15. También ponderando las ventajas de esa atribución la circular 1/1989, en “suplemento”, *cit.*, pp. 1355-1357.

reforzamiento del consenso como estrategia de pacificación social, es decir, de un modo de solución del proceso penal en el que prive el convenio y el consenso, lo que podría favorecer la función resocializadora de la pena.<sup>10</sup>

Esta tendencia es también alentada por una corriente doctrinal en la que participan diversos autores.<sup>11</sup> Es conveniente dejar para después las específicas referencias al modo en que estos autores conciben la eficacia jurídica de la investigación del Ministerio Fiscal y los poderes que deben quedar reservados al juez en la fase previa del proceso penal.

### III. SOBRE LA NATURALEZA DEL MINISTERIO FISCAL

Existe notoriamente una relación entre la naturaleza del Ministerio Fiscal, en el sentido de la integración o encuadramiento del mismo en algunos de los poderes del Estado, y la atribución a aquél de nuevas funciones y poderes en la instrucción penal.

No se trata sólo de que “de sostener la naturaleza jurisdiccional del mismo, nada grave se opondría a que se ampliaran sus facultades dentro de la instrucción”.<sup>12</sup> Esto respondería a un planteamiento estricto de la constitucionalidad de la atribución. Pero, además de ese planteamiento, cabe preguntarse si el régimen orgánico del MF, particularmente en cuanto a su vinculación con el Poder Ejecutivo, legitima objetivamente esa atribución de nuevos poderes y puede experimentarse como legitimador en la opinión pública.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> *Memoria*, 1989, p. 16.

<sup>11</sup> Seguramente sin exhaustividad cabe citar de Gimeno sobre el tema que nos ocupa “El Ministerio Fiscal y la Constitución”, en *Comentarios a la legislación penal*, I, Madrid, 1982, pp. 334-335; “Los procedimientos penales simplificados (Principio de “oportunidad” y proceso penal monitorio)”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, pp. 32-37; “Algunas sugerencias sobre la atribución al MF de la investigación oficial”, en *Justicia*, 1988, pp. 829-834; “El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial*, núm. especial VI, pp. 274-280. Moreno Catena, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, p. 165 y, en general, todo el artículo “La justicia penal y su reforma”, en *Justicia*, 1988, pp. 313-318. Vives Anton, T., “Doctrina constitucional del proceso penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, pp. 93-128. Ruiz Vadillo, E., “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, p.p. 53-89.

<sup>12</sup> Como dice Gimeno en “El Ministerio Fiscal y la Constitución”, en *Comentarios*, cit., p. 328.

<sup>13</sup> En este sentido, no limitado al aspecto de la constitucionalidad, aparece, por ejemplo, planteada la cuestión en la enmienda núm. 23 del grupo parlamentario



La Constitución y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal han reavivado <sup>14</sup> con nuevos datos el debate sobre el encuadramiento del MF entre los poderes del Estado.

Tras una observación bastante difundida sobre la ambigüedad de la referencia constitucional al Ministerio Fiscal, no predomina ciertamente en la doctrina la tesis de que sea una institución inserta en el Poder Judicial.<sup>15</sup> Está más extendida la conclusión de su dependencia respecto al Ejecutivo,<sup>16</sup> conclusión que además es valorada diferentemente por los autores. Unos adoptan frente a ella una actitud crítica, fundada en que esa posición orgánica amenaza la efectividad de los principios funcionales de legalidad e imparcialidad.<sup>17</sup> Por el contrario otros autores se muestran favorables a la vinculación del MF respecto al Ejecutivo porque éste ejerce a través de la actuación del MF ante los tribunales, una de las manifestaciones de su función constitucional de dirigir la política interior (artículo 97 CE), influyendo en que el MF postule ante los órganos jurisdiccionales cuando sea necesario que ejerciten su potestad y el MF esté legitimado para promoverlo.<sup>18</sup> Desde esta segunda postura

comunista al Proyecto de Estatuto Orgánico del MF, y por Andrés Ibáñez, P., *El Poder Judicial*, Madrid, 1986, pp. 396-397.

<sup>14</sup> Para información sobre el estado de la cuestión en España con anterioridad a las citadas referencias constitucional y legislativa Fairén, "La reorganización del Ministerio Fiscal", en *Temas*, I, cit., pp. 483-517; Serra Domínguez, M., "El Ministerio Fiscal en España (Notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de su posición en el derecho procesal español)", en *Documentación jurídica*, núm. 10, 1977, pp. 266-357, y núm. 11, pp. 521-661.

<sup>15</sup> Sostienen, con diversos matices, tesis judicialistas Llobell Muedra, J., "El nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal", en *La Ley*, 1982, pp. 909-912; Aparicio Calvo-Rubio, J., "El Ministerio Fiscal en la Constitución", en *El Poder Judicial*, I, Madrid, 1983, pp. 627-651; Conde-Pumpido Ferreira, C., "La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el nuevo Estatuto Orgánico, en *El Poder Judicial*, I, cit., pp. 847-890.

<sup>16</sup> En este sentido Fairén Guillén, V., "El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988 (I)", en *Tapia*, 1989, enero-febrero, pp. 63-73; Pérez Gordo, A., "Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981", en *El Poder Judicial*, III, Madrid, 1983, pp. 2347-2382; y los autores que se citan en las siguientes notas.

<sup>17</sup> Morenilla, "El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal", cit., pp. 93-101, 112; Martín Pallín, J. A., "El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales", en *El Poder Judicial*, II, Madrid, 1983, pp. 1791-1804; Muñoz Calvo, J. L., "La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal", en *El Poder Judicial*, III, Madrid, 1983, pp. 2153-2175.

<sup>18</sup> González-Cuellar García, A., "El Ministerio Fiscal", en *Documentación Jurídica*, 1985, enero-junio, pp. 227-239; Jaural de Morgado, E., "El Ministerio Fiscal", en *Poder Judicial*, núm. 1, 1981, diciembre, pp. 46-48.



las críticas se dirigen más bien contra que la vinculación MF-Ejecutivo no haya recibido una expresión normativa más acabada y que elimine ciertas indefiniciones y ambigüedades.<sup>19</sup>

Sin entrar de lleno en esa polémica, y para los efectos de lo que tenemos que analizar después, es conveniente hacer tres observaciones.

Las dos primeras están muy próximas a la obviedad y se refieren a la tesis minoritaria que se inclina por la inserción del MF en el Poder Judicial. Esta inserción, sin duda, no puede significar:

A) Que el Ministerio Fiscal tenga la calidad de órgano jurisdiccional ordinario, es decir, de órgano jurisdiccional cuyos titulares están protegidos por el régimen general de las garantías de la independencia, particularmente la sujeción en aspectos gubernativos al Consejo General del Poder Judicial.<sup>20</sup> Dejando aparte, que no es poco, la falta del requisito de la independencia, los miembros del MF carecen de los requisitos de unidad de cuerpo y de estatuto personal con el de los jueces y magistrados, y, además, no están sujetos a las potestades administrativas del Consejo, ni pueden formar parte del mismo en su específica calidad de miembros del MF.<sup>21</sup>

B) Que el MF constituya una de las excepciones al principio de unidad jurisdiccional (artículo 117.5 CE), es decir, que no siendo “Poder Judicial” en el sentido específico de esta expresión en la Constitución, lo sea en cambio en el sentido que esa expresión tiene en la ciencia jurídico-política. Sería entonces un órgano jurisdiccional dotado de potestad en esa naturaleza, pero de carácter especial y reconocido por la Constitución en su artículo 124.<sup>22</sup>

El MF no puede ser considerado como una clase de órgano jurisdiccional especial constitucionalmente reconocido, en primer lugar y fundamentalmente, porque sus componentes carecen de independencia, a diferencia de lo que es requisito esencial de los titulares de órganos jurisdiccionales. Los principios de unidad de actuación y

<sup>19</sup> Véase especialmente consideraciones en ese sentido en Jiménez-Blanco y A. Carrillo de Albornoz, “Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal”, en *El Poder Judicial*, II, Madrid, 1983, pp. 1625-1645.

<sup>20</sup> Sobre el concepto y requisitos de un órgano jurisdiccional ordinario Montero, J., *Derecho jurisdiccional*, I, Barcelona, 1989, pp. 71-73.

<sup>21</sup> Mosquera, L., “La posición del Poder Judicial en la Constitución española de 1978”, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1980, pp. 701-705.

<sup>22</sup> Sobre los criterios para una calificación del MF como la que se enuncia en el texto Montero, *Derecho jurisdiccional*, I, pp. 62-75.

dependencia jerárquica (artículo 124.2 CE) conducen a que, dejando ahora a un lado la vinculación con el gobierno, cada miembro de MF no pueda hacer por sí una autónoma determinación de cuál debe ser en el caso una actuación con arreglo a la ley, sino que en esa determinación está sometido a las órdenes e instrucciones emanadas de sus superiores (artículos 24, 25 y 26 EOMF), cuyo incumplimiento es sancionable por vía disciplinaria (artículos 62.1 y 63.2 EOMF). Existen, además, instrumentos eficaces para alcanzar el cumplimiento específico de la orden superior, como la sustitución del fiscal en cualquier momento del proceso o de la actividad que esté realizando (artículo 23 EOMF), específicamente cuando ha objetado la ilegalidad de las órdenes e instrucciones (artículos 27, II EOMF), o la facultad de específica designación de fiscales para asuntos determinados (artículo 26 EOMF). Todo esto excluye la naturaleza jurisdiccional del órgano-MF, aun prescindiendo de analizar su posible dependencia respecto al gobierno.

Se añade a lo anterior que, a diferencia de otros órganos jurisdiccionales especiales contemplados por la CE, no hay expresión alguna en el texto constitucional que signifique que le sea atribuible al MF potestad jurisdiccional en alguna medida. El artículo 124.1 CE deja claro que la función del MF no es actuar la justicia, sino promover la acción de la misma en defensa de cierta clase de intereses.

La tercera observación, después de descartar que el MF pueda ser calificado como órgano jurisdiccional en algún sentido, se refiere al grado de garantía con el que el régimen orgánico del MF protege la efectividad de los principios funcionales de legalidad e imparcialidad, evitando que queden muy estrechamente condicionados por las directrices políticas del gobierno. Si, como se ha dicho, “sólo si el Ministerio Fiscal ajusta su difícil tarea a los principios de legalidad e imparcialidad (lo que es obligado, como acabamos de ver) puede desempeñar su función investigadora con plenitud de garantías y la incondicionada confianza de la sociedad”,<sup>23</sup> parece necesario un régimen de garantías que asegure que aquel ajuste se produzca. No es suficiente la voluntarista afirmación de que el ajuste se producirá.<sup>24</sup> Ni son comparables las posibles desviaciones del

<sup>23</sup> Ruiz Vadillo, E., “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, *cit.*, p. 66.

<sup>24</sup> Como la que formula, por ejemplo, Ruiz Vadillo, *cit. supra*, pp. 66, 70-71; también responde a ese matiz voluntarista la opinión que expresa Gimeno, “El

MF respecto a sus principios funcionales, cuando éstos no se dotan de garantías suficientes, con las de un juez respecto a los principios de la sumisión a la ley e independencia,<sup>25</sup> porque la lógica de ese argumento podría conducir a estimar irrelevantes las garantías de la independencia judicial.

El juicio sobre el grado de esas garantías no puede, ciertamente, ser positivo.<sup>26</sup> En primer lugar hay que recordar las técnicas para la dependencia jerárquica dentro de la organización del MF que hace poco hemos apuntado.

Esas técnicas se complementan con otras que instrumentan la dependencia respecto al Ejecutivo y que sintéticamente son éstas:

a) El fiscal general del Estado es nombrado y cesado por el rey, *a propuesta del gobierno*, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial (artículo 29.1 EOMF).

b) Aunque no se dice que el gobierno pueda dirigir instrucciones al FGE, sí puede interesar del mismo que promueva ciertas actuaciones ante los tribunales en orden a la defensa del interés público. El FGE —que ya vimos como fue nombrado y como puede ser cesado— no está vinculado por aquel acto del gobierno y resuelve motivadamente sobre su viabilidad y procedencia, previa audiencia de un órgano colegiado (la Junta de Fiscales de Sala) (artículo 8 EOMF), cuyos componentes (artículo 14.2 EOMF) han sido todos nombrados por el gobierno a propuesta del FGE (artículos 36 en relación con el 35.1 y 34.1º EOMF).

c) Todos los fiscales jefes de los respectivos órganos pueden ser libremente removidos por el gobierno a propuesta del FGE (artículo 41 EOMF en comparación con los 39 y 40 del mismo texto), de modo que está en manos del gobierno y del FGE el control de la composición de la Junta de Fiscales de Sala y el dominio inmediato de los grados intermedios de la estructura jerárquica (artículos 23 al 26 EOMF).

No se está diciendo, obviamente, que las influencias que emanen del Ejecutivo serán en todo caso contrarias a los principios de lega-

Juez imparcial”, *cit.*, p. 280. Sobre este extremo véase la reflexión de De la Oliva, A., *Jueces imparciales, fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988, pp. 71-72.

<sup>25</sup> Hace esta comparación Ruiz Vadillo, “La actuación del Ministerio Fiscal”, *cit.*, p. 69, cuando dice que “Con análoga apoyatura y carencia de justificación podría ponerse en tela de juicio el comportamiento del juez o tribunal”.

<sup>26</sup> En este mismo sentido De la Oliva, *Jueces imparciales, cit.*, pp. 91-94.

lidad e imparcialidad, sino que el Ejecutivo —que dispone de cauces perfectamente efectivos de dirección del MF— no es la entidad más idónea en el ordenamiento español para la realización de aquellos principios, pues en otro caso no se justificaría lo dispuesto en el artículo 106.1 CE (que da a los tribunales la última palabra en el control de la legalidad de la actuación administrativa).

#### IV. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA EN EL PROCESO PENAL

La cuestión puede plantearse en un doble plano: naturaleza jurídica de la instrucción previa tal como hoy está configurada por el derecho positivo, y, en otro nivel, su naturaleza jurídica en atención a los fines a los que responde esta fase previa del proceso penal y a las posibilidades de configuración de la misma de modo conforme a la Constitución.<sup>27</sup>

En el primer plano, entiendo que, salvo la brecha que abrió la Ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre,<sup>28</sup> y que ha profundizado la L. O. 7/1988, de 28 de diciembre,<sup>29</sup> la conclusión es la naturaleza jurisdiccional de la instrucción previa. Se trata de un proceso previo, regido por los principios procesales de oficialidad, investigación e impulso oficiales, y por el procedimental de escritura, dirigido principalmente (pero no sólo: también adopción de

<sup>27</sup> Sobre la naturaleza jurídica de la instrucción previa —cuando el tema tenía una trascendencia preferentemente dogmática y no, como ahora, una repercusión sobre la constitucionalidad del régimen de la instrucción— han tomado postura en la doctrina española algunos autores, entre los que cabe citar a Serra Domínguez, M., “El juicio oral” y “La instrucción de los procesos penal y civil: El sumario”, ambos trabajos en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 764-769 y 716-738, respectivamente; Fairén, V., “La disponibilidad del derecho de la defensa en el sistema acusatorio español”, en *Temas*, II, *cit.*, pp. 1210-1212, nota 30; Fenech, M., *Derecho procesal penal*, II, Barcelona, 1960, pp. 939-942; Jiménez, Asenjo, E., “Concepción técnico-jurídica de la instrucción criminal”, en *RDPro Iberoam-filip.*, 1960, pp. 575-606; Pastor López, M., “El sumario: su función y naturaleza jurídica”, en *RDPro*, 1965-I, pp. 61-94; del mismo autor, *El proceso de persecución*, Valencia, 1979, pp. 152-155; Alcalá-Zamora y Castillo, N., “En torno a la noción del proceso preliminar”, en *Scritti giuridici in onore de la Cedam*, II, Padova, 1953, pp. 304-311; Viada López-Puigcerver, C., *Curso de derecho procesal penal*, II, Madrid, 1962, pp. 5-30.

<sup>28</sup> Explico la entidad de esta reforma en “El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre”, en *Justicia*, 1984, pp. 789-800.

<sup>29</sup> Véase sobre esto mi *El nuevo procedimiento penal*, *cit.*, apartado 3.

medidas cautelares) a un acto jurisdiccional final sobre la admisibilidad de una acusación.<sup>30</sup>

Los actos necesariamente previos a las resoluciones jurisdiccionales que repercuten en la admisibilidad de la acusación, son dirigidos y realizados, con menor o mayor intervención de las partes, por un órgano jurisdiccional. Esto último del mismo modo en que, en la estructura más frecuentemente considerada de un proceso de declaración, el órgano jurisdiccional no se limita a dictar la sentencia, sino que dirige los actos necesariamente previos a la misma.

En este trabajo importa, sin embargo, el segundo plano en el que puede plantearse la cuestión de la naturaleza jurídica. Como se trata de valorar la tendencia reformadora de atribuir al MF nuevas funciones y poderes en la instrucción previa, lo decisivo es precisar qué componentes de ésta constituyen ejercicio de potestad jurisdiccional (de acuerdo con un concepto de ésta con arreglo a la Constitución) y cuáles no tienen esa calidad.

En una primera aproximación puede sostenerse que son ejercicio de potestad jurisdiccional:

- a) Las resoluciones sobre medidas cautelares.
- b) Las resoluciones restrictivas de derechos sin carácter cautelar, generalmente instrumentales respecto a la obtención y examen de las fuentes de prueba.
- c) Las resoluciones sobre la admisión de la acusación (admisión de querella y de personación del acusador particular, procesamiento y sobreseimiento-apertura de juicio oral), en cuanto son ejercicio de potestad de dirección procesal respecto al proceso de declaración.
- d) Práctica anticipada de prueba.

Los actos de obtención que realizan las partes<sup>31</sup> en relación con las resoluciones y actos acabados de enumerar no son, ciertamente, ejercicio de potestad jurisdiccional, pero han de estar dirigidos y han de ser valorados por el órgano investido de esa potestad, precisamente porque persiguen influir en su ejercicio.

No supone, en cambio, ejercicio de potestad jurisdiccional la actividad material dirigida a descubrir:

<sup>30</sup> En realidad la admisibilidad de la acusación se somete a varios enjuiciamientos durante la instrucción, el último de los cuales es el que sirve para decidir entre apertura del juicio o sobreseimiento. Sobre esto Gómez Orbaneja, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, II, Barcelona, 1951, pp. 188-191.

<sup>31</sup> Sobre el concepto de esta clase de actos Ortells, *Derecho jurisdiccional*, I, cit., pp. 572-577.

a) Contra qué persona se puede dirigir la acusación.

b) De qué hechos se la puede acusar.

c) De qué fuentes de prueba se dispone para demostrar (en el juicio) el fundamento de la acusación, y (antes del juicio) la probabilidad de ese fundamento a los efectos de que se acuerden medidas cautelares y de que la acusación sea admitida. Descubrir las fuentes de prueba requiere examinarlas y se acompaña de una documentación del resultado de ese examen y de la conservación de objetos que van a servir para las pruebas reales.

Ahora bien, hay que puntualizar: todo eso no supone ejercicio de potestad jurisdiccional a condición de que la eficacia de los resultados de esa actividad quede limitada a que el acusador los utilice para formular (con fundamento, en el sentido de hacerlo con conocimiento de causa) solicitudes de medidas cautelares, la acusación y proposiciones de prueba. Limitada a eso, tal actividad es en todos los procesos una actividad desarrollada por las partes y, en muchos casos, privada. Incluso en el proceso penal no está excluida, sólo que para introducir sus resultados en una instrucción previa judicial ha de instarse la práctica de las correspondientes diligencias.<sup>32</sup>

La puntualización es necesaria, porque la tesis de la no jurisdiccionalidad de la actividad de investigación previa al proceso, no podría sostenerse sin grave dificultad —como después se explicará—, si tuviera que entenderse que la documentación que el acusador ha formado de dicha actividad es eficaz, *per se*, para que el juez funde en la misma sus resoluciones sobre medidas cautelares y admisión de la acusación y puede sustituir a una prueba que debe ser practicada ante y bajo la dirección del órgano jurisdiccional que ha de dictar la resolución.

## V. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE NUEVOS PODERES AL MINISTERIO FISCAL

Los criterios para apreciar esa tendencia legislativa son de un doble orden. Unos de carácter constitucional: las normas constitucionales como límite a la libertad de configuración normativa del legislador. Otros de política jurídica, que entran en juego tras resolver el problema de una configuración conforme a Constitución.

<sup>32</sup> Así sobre la investigación realizada por la policía, en su caso por orden del Fiscal, y a la que se refiere el artículo 287 LECRIM, véase mi *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980*, pp. 790-791.

Una valoración desde criterios constitucionales debe partir principalmente del artículo 117.3 CE, es decir, de la exclusiva atribución a los órganos jurisdiccionales de la potestad jurisdiccional, y también de otros preceptos que específicamente formulen esa reserva (artículos 17, 18.2, 18.3, 20.5, 22.4, 25.1 CE). Si el Ministerio Fiscal no es un órgano jurisdiccional no será conforme a Constitución atribuirle en la fase previa del proceso penal poderes que sean potestad jurisdiccional.

Ahora bien, así como no es discutible la inconstitucionalidad de una atribución al MF de potestad jurisdiccional, no creo que sea cierto, como se está empezando a sostener por algunos autores<sup>33</sup> y por la propia Fiscalía General del Estado,<sup>34</sup> que precisamente el modelo de la instrucción previa judicial sea disconforme con la Constitución, presupuesta, en todo caso, la separación orgánica de instructor y sentenciador. Pienso, por el contrario, que el artículo 117.4 CE, que permite que la ley expresamente atribuya a los órganos jurisdiccionales funciones distintas al ejercicio de potestad jurisdiccional en garantía de cualquier derecho, da cobertura constitucional suficiente a aquel modelo.

Esto abre paso a una valoración ya no constitucional, sino de política jurídica: presupuesta la no inconstitucionalidad de la atribución al MF de ciertas funciones en la fase previa del proceso penal. ¿Se producirá con ese cambio una importante disminución de garantías para los derechos de los acusadores no oficiales y del imputado? Si, para evitar esa importante disminución, resulta conveniente establecer determinados complementos judiciales a la investigación fiscal ¿se alcanzarán los objetivos de reducción de la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y de aceleración del proceso penal, que también se persiguen con las nuevas atribuciones del MF?

## VI. LÍMITES CONSTITUCIONALES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN: LOS RIESGOS DE UNA CONCEPCIÓN RESTRICTIVA DE “POTESTAD JURISDICCIONAL”

La verificación del respeto al límite constitucional que deriva del artículo 117.3 CE presenta toda la dificultad de determinar en qué

<sup>33</sup> Vives Anton, *Doctrina constitucional*, cit., pp. 99-102; Moreno Catena, *La justicia penal y su reforma*, cit., pp. 314-315.

<sup>34</sup> *Memoria*, 1988, pp. 20-21.



consiste esa potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la potestad jurisdiccional que no puede ser atribuida al MF. Y existe el riesgo de que esa determinación, que ineludiblemente tendrá que hacer el legislador, se resuelva en una versión cicatera y reductora de la potestad jurisdiccional, que tenga por consecuencia un incremento efectivo de los poderes del MF a costa del propio ámbito de la potestad jurisdiccional, y no sólo de lo que claramente queda fuera de esa potestad.

Dentro del carácter, lógicamente no del todo definido e impreciso, de la corriente cuyas manifestaciones expusimos al principio, aparecen unos datos y apuntes que preanuncian esa orientación restrictiva en el modo de entender la potestad jurisdiccional. Vamos a examinar los supuestos más importantes en los que esto ocurre.

*A. Uno de los aspectos en los que puede sufrir menoscabo la integridad de la potestad jurisdiccional es el de la recepción y dirección de la prueba procesal*

Algún autor ha llegado a sostener, en un plano de construcción teórica, que los actos del juez en el proceso, salvo la sentencia de fondo, son de naturaleza administrativa,<sup>35</sup> de modo que administrativa sería también la potestad de realizarlos y cabría, por consiguiente, cuestionar su exclusiva atribución a un órgano jurisdiccional. Esa tesis me parece inaceptable,<sup>36</sup> porque el proceso como actividad jurídica realizada con intervención del órgano jurisdiccional es impuesta por la propia Constitución.

El artículo 117.3 CE no permite que la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado pueda ejercitarse de cualquier modo, sino que somete su ejercicio a las normas de procedimiento que las leyes establezcan. E incluso la regulación legal del procedimiento específicamente judicial no es indiferente al legislador constitucional, que establece normas tanto respecto a la forma del mismo (artículo 120 CE), como respecto a los derechos de las partes (artículo 24.1 y 2 CE) y los poderes del juez (artículo 118 CE).

<sup>35</sup> Ballbe, M., "La esencia del proceso", *RGLJ*, 1947, pp. 42-46.

<sup>36</sup> Ya Chiovenda previó y criticó concepciones de ese estilo en *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. Gómez Orbaneja), II, Madrid, 1936, p. 11. También críticamente en la doctrina española Gutiérrez de Cabiedes, E., "Una nueva reflexión acerca del concepto del derecho procesal", en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, pp. 50-51; De la Oliva, A., "Sobre conceptos básicos del derecho procesal", en *RDPro Iberoam*, 1976, pp. 198-199.

Considero, en consecuencia, que la tesis de que las potestades del órgano jurisdiccional en la relación jurídica procesal no son jurisdiccionales o son, de algún modo, “menos” jurisdiccionales, está llamada a permanecer en un plano puramente teórico y no puede tener ninguna incidencia en el derecho positivo, porque el ordenamiento constitucional impide que esas potestades le sean sustraídas al órgano jurisdiccional.

No afirmaré que el sistema de investigación a cargo del MF suponga un riesgo de que una actividad probatoria recibida y dirigida por un juez sea totalmente sustituida por la documentación que hubiera formado el MF. Lo que quiero advertir es que, generalizada la investigación fiscal, en los casos de excepción, pero prácticamente nada infrecuentes, en que sea necesario suplir la práctica de una prueba por la lectura de una documentación previa sobre el examen de la correspondiente fuente de prueba, no será, por regla general, la documentación de una actividad judicial la que servirá para la sustitución.

Si se atiende a algunas manifestaciones sobre este tema de partidarios de la investigación fiscal, podría pensarse que el riesgo apuntado nunca se hará real.<sup>37</sup> Es paradigmática, en tal sentido, esta afirmación:

el MF es una autoridad carente de independencia judicial y, por tanto, nunca puede generar actos de prueba, sino meros actos de investigación, por lo que *en momento alguno* (subrayado mío) el tribunal decisor podría fundamentar su declaración de hechos probados de la sentencia en los referidos actos investigatorios.<sup>38</sup>

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la imposibilidad de practicar una prueba en el juicio oral, no siempre es previsible antes de su celebración, sino que en muchos casos se manifiesta *a posteriori*, en el mismo momento del juicio.<sup>39</sup> Eso conduce a que otras

<sup>37</sup> Moreno Catena, *Garantía de los derechos fundamentales*, cit., p. 165; circular FGE núm. 1/1989, apartado IV,B,c.

<sup>38</sup> Gimeno Sendra, V., *Algunas sugerencias sobre la atribución al MF*, cit., p. 830 y también p. 833.

<sup>39</sup> En definitiva, una práctica anticipada de la prueba no siempre puede ser el tratamiento aplicable a los supuestos de imposibilidad de practicarla en el acto del juicio. Más ampliamente sobre este tema Ortells, M., “Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECRIM”, en *RGD*, 1979, pp. 33-47 (también en *RDPro-Iberoam*, 1982, pp. 365-427).

opiniones sobre el régimen de esta materia en un nuevo sistema de investigación fiscal sean más matizadas. Así, puede leerse en la circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989 que “las diligencias de investigación del fiscal carecen *en principio* de valor probatorio”<sup>40</sup> y que no pueden invocarse como prueba “salvo aquellas irrepetibles (reconocimientos oculares, test de alcoholemia, etcétera) en las que la práctica probatoria deberá consistir en que la persona que ha recogido la prueba o practicado la pericia se ratifique en juicio...”.<sup>41</sup> Otro autor significativo apunta que “a instancia de cualquiera de las partes, si el tribunal lo autoriza podrían leerse las diligencias practicadas en la fase de investigación que por causas ajenas a la voluntad de quien lo propone no puedan ser reproducidas, si su integración en el proceso no vulnera el derecho de defensa”<sup>42</sup> y que el respeto a las garantías que establece la LECRIM, es esencial para que, dentro de ciertos temperamentos, puedan tener eficacia en la decisión final “por ejemplo, ocupación de efectos, reconocimientos, toma de huellas, fotografías, croquis, etcétera”.<sup>43</sup>

En caso de pruebas irreproducibles será admisible introducir en el material probatorio la documentación de la actividad de investigación del MF, realizada con garantías sí, pero por el MF en definitiva y no por un órgano jurisdiccional. Y, ciertamente, los casos de pruebas irreproducibles no serán escasos, porque junto a los de imposibilidad absoluta de práctica de pruebas, estarán los de imposibilidad relativa, es decir, aquellos en que para practicar una prueba tuviera que acordarse una suspensión de la vista que la ley no autorice.<sup>44</sup>

¿Será eficaz la doctrina de la “mínima actividad probatoria” para poner coto a estos riesgos? Entiendo que no del todo. A pesar de que para esa doctrina, principalmente, esa actividad probatoria debe realizarse con intervención de un juez, también ha admitido que pueden preconstituirse pruebas sin esa intervención, siempre que

<sup>40</sup> En la edición del suplemento al núm. 1522 del *Boletín de Información* del Ministerio de Justicia, p. 24.

<sup>41</sup> En la edición que se cita en nota 43, p. 30.

<sup>42</sup> Ruiz Vellido, “La actuación del Ministerio Fiscal”, *cit.*, p. 82.

<sup>43</sup> *Op cit.*, p. 87. Obsérvese que en todo caso se trata de actos realizados sin intervención judicial.

<sup>44</sup> Ortells, *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial*, *cit.*, pp. 40-45.

se cumplan determinados requisitos.<sup>45</sup> Es cierto que, además, se exige que se ratifique en el juicio oral el funcionario que hubiera realizado la “actividad probatoria”, no bastando con un formal “por reproducida”. Ahora bien será suficiente que el funcionario, aunque no recuerde aspectos concretos, manifieste que él siempre practica correctamente las actuaciones correspondientes para que la documentación entre a formar parte del material de convicción y adquiera eficacia probatoria.

Queda, por fin, la influencia en este punto de una norma ya vigente y de no fácil interpretación: <sup>46</sup> el artículo 5, III EOMF, que dispone que “todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección, gozarán de presunción de autenticidad”. La Fiscalía de Barcelona, además de entender que esto supone que tales diligencias tienen el valor de prueba documental, apuntaba equívocamente una carga de la prueba de la parte acusada o perjudicada por el contenido de la diligencia para “destruir la presunción de autenticidad”.<sup>47</sup> La Fiscalía General establece correctamente que se trata de una autenticidad formal (prueba que la diligencia se ha practicado y su resultado es el que consta documentado) y también que esa autenticidad se limita a la fase previa al juicio oral y no es efectiva dentro de éste.<sup>48</sup> Comparto esta última limitación, pero habrá que convenir en que no resulta del propio artículo 5, III EOMF y en que esta presunción de autenticidad podría llegar a argumentarse para evitar la ratificación personal en el juicio del fiscal investigador, que habría formado unos documentos fehacientes.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Sobre estas excepciones STC 3 octubre 1985; STC 28 octubre 1985; STC 18 febrero 1988; STC 23 septiembre 1987; STC 1 octubre 1987. En doctrina Martín Pallín, J. A., “Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial VI, pp. 119-136; Juanes Peces, A., “El principio de presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción”, en *Poder Judicial*, núm. especial VI, pp. 143-151; Gimeno Sendra, V., “El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida”, en *Constitución y proceso*, Madrid, 1988, pp. 128-136.

<sup>46</sup> Pérez Gordo, *Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución*, cit., p. 2374.

<sup>47</sup> Estas manifestaciones aparecen en un estudio recogido en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1983, p. 235.

<sup>48</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/1989, pp. 29-30 en la edición del suplemento al núm. 1522 del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*.

<sup>49</sup> Efectivamente la cualidad del documento auténtico es la de hacer fe “por

**B. *La resolución sobre medidas cautelares y otras medidas restrictivas de derechos no específicamente reservada por la Constitución a órganos jurisdiccionales***

En esta materia el riesgo de una configuración reductiva de la potestad jurisdiccional se manifiesta de un doble modo. En primer lugar, limitando la intervención de un órgano jurisdiccional en la fase previa del proceso penal a los supuestos en los que la Constitución la dispone de manera específica. En segundo término, concibiendo la potestad jurisdiccional como una potestad de control *a posteriori* de actos de la policía judicial y del MF, en este caso.

Es verdad que, por ahora, estas orientaciones se manifiestan vaga e imprecisamente, pero, como se verá después, el anteproyecto de reformas orgánicas y procesales penales de finales de 1988 demostró la probabilidad de una evolución en ese sentido.

Para ilustrar la primera modalidad de reducción de la potestad jurisdiccional llamo la atención sobre la determinación de los supuestos de preceptiva intervención de un órgano jurisdiccional en la fase previa del proceso penal, que realizan el artículo 5, II EOMF y algunos autores representativos de la corriente en estudio.

Según el artículo 5, II EOMF, el MF no puede adoptar medidas cautelares (salvo la detención) ni otras limitativas de derechos. Sin embargo, en algunas formulaciones doctrinales el círculo que no podría invadir el MF ya no parece ser tan amplio.<sup>50</sup> Así, para Gimeno no podrían encomendarse al MF actividades estrictamente jurisdiccionales, como lo son la adopción de resoluciones que puedan limitar el libre ejercicio de los derechos fundamentales (verbi-

sí mismo sin apoyo exterior alguno, frente al documento adicionado, que es heterónomo, pues deriva su eficacia del acto y documento adicional o de reconocimiento”, como dice Núñez Lagos, R., “Concepto y clases de documentos”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1957, pp. 29-30.

<sup>50</sup> No es el caso de Ruiz Vadillo, “La actuación del Ministerio Fiscal”, *cit.*, pp. 77 y 87, que, entre las resoluciones reservadas al juez, comprende, además de las expresamente señaladas en diversos preceptos de la CE, las relativas a embargos, entrada en domicilio de personas jurídicas. También con una concepción amplia de la reserva Varela Castro, L., “El principio de contradicción: igualdad y derecho de defensa”, en *Congreso extraordinario sobre proceso penal* de la Asociación Jueces para la Democracia, sin lugar ni fecha de edición (aunque son los trabajos del Congreso celebrado en San Sebastián, 22, 23 y 24 de junio), p. 22.

gracia: autos de entrada y registro, intervención de la correspondencia, prisión e incomunicación)".<sup>51</sup>

Similarmente afirma Moreno Catena que "la autoridad judicial, . . . , estaría llamada a actuar para garantizar los derechos fundamentales, ordenando a instancia de parte las diligencias que supongan su restricción (entrada y registro, prisión provisional o levantamiento del secreto de las comunicaciones personales). . ." <sup>52</sup>

A mi modo de ver estas formulaciones doctrinales, muy claramente cuando acometen una enumeración de los supuestos, están restringiendo la intervención del órgano jurisdiccional al mínimo constitucionalmente ineludible, a los supuestos de reserva literal y expresa a un órgano jurisdiccional de las decisiones respecto a ciertos derechos (artículos 17.2, 18.2 y 3, 20.5 y 22.4 CE). Esa interpretación no puede compartirse, porque margina completamente la relevancia del artículo 117.3 CE para determinar la potestad (jurisdiccional) exclusivamente atribuible a órganos jurisdiccionales. En nuestra Constitución no sólo aquellos preceptos antes citados y de alcance específico determinan el contenido de esa potestad exclusiva, sino que el artículo 117.3 contiene elementos para una determinación más general de esa potestad.<sup>53</sup> Lo que resulte de esta determinación también debe ser exclusivamente atribuido.

Precisamente por esa determinación general entiendo que deben quedar comprendidas en la potestad jurisdiccional las resoluciones sobre medidas cautelares y otras próximas a éstas, como son las medidas preventivas personales.<sup>54</sup> Las resoluciones sobre estas medidas no son más que una especial manifestación del juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 CE), caracterizada por su función de garantía de efectividad de un proceso (jurisdiccional) principal.<sup>55</sup> Por eso, aunque no se disponga en una norma constitucional específica, sólo un órgano jurisdiccional debe poder dictarlas.

Lo mismo cabe decir del poder de limitar o restringir derechos sin finalidad cautelar, pero con carácter instrumental para practicar

<sup>51</sup> Gimeno, *El Ministerio Fiscal y la Constitución*, cit., p. 335. También de este mismo autor *Algunas sugerencias sobre la atribución al MF*, cit., p. 833.

<sup>52</sup> Moreno Catena, *La justicia penal y su reforma*, cit., p. 315.

<sup>53</sup> Sobre esta materia he meditado más ampliamente en mi "Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 3, pp. 438-455.

<sup>54</sup> Acerca de estas medidas véase mi "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal", en *RGLJ*, 1978, pp. 478-482.

<sup>55</sup> Ortells, M., *Derecho jurisdiccional*, Barcelona, 1989, II, 2º, pp. 270-271.

actos de investigación en la fase previa de un proceso penal. Si tuviera que aceptarse que el nuevo modelo de investigación previa comporta que el MF pueda asumir esos poderes sin otros límites que los específicos constitucionales, nos hallaríamos ante la mejor prueba de la anómala expansión de la administración a costa del ámbito tradicional de la jurisdicción, porque la técnica de la autotutela administrativa penetraría en el procedimiento para la realización del derecho penal.<sup>56</sup>

Un segundo modo de reducir la potencialidad de la potestad jurisdiccional es configurarla como una potestad de control —se entiende que de actos previos de otros, en este caso del MF—, en vez de como una potestad de primera resolución. El matiz no pasa desapercibido en los escritos producidos dentro de la corriente reformadora.<sup>57</sup> Gimeno ha sostenido, explícitamente, que los órganos jurisdiccionales han de tener, en las intervenciones que les estén reservadas, no sólo la última, sino también la primera palabra.<sup>58</sup>

Sin embargo, en algunos textos oficiales se deslizan expresiones nada claras —quisiera pensar que simplemente incorrectas— que parecen apuntar a la mera función de control. Así, cuando en la *Memoria* de la FGE de 1987 se dice que “la dirección de la investigación por el fiscal, puede ser plenamente compatible con el control jurisdiccional de las decisiones que afecten a los derechos fundamentales (...) que deberían ser adoptadas por la Autoridad judicial”.<sup>59</sup>

La demostración cumplida de la realidad de estos riesgos vinieron a darle algunas disposiciones del anteproyecto de reforma de LOPJ y LECRIM que, con grandes modificaciones, culminó en la LO 7/1988 de 28 de diciembre. Concretamente:

<sup>56</sup> Debo remitir, en este punto, a la fundamental aportación de García de Enterría, E., muy accesible en su *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1983, I, pp. 455-498. También a mis reflexiones en *Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional*, cit., y pp. cit. en nota 56.

<sup>57</sup> Ni tampoco a la fina crítica de De la Oliva, *Jueces imparciales*, cit., pp. 69, 80-81.

<sup>58</sup> Gimeno, *El Ministerio Fiscal y la Constitución*, cit., p. 335; *Algunas sugerencias sobre la atribución al MF*, cit., p. 833.

<sup>59</sup> *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1987, p. 15. De entrada cabría pensar en un simple defecto de expresión, pues simultáneamente se afirma el control jurisdiccional de las decisiones y la adopción de las mismas por la autoridad judicial. Sin embargo, lo que a continuación se expone en el texto revela que puede ser real reducir la intervención del juez a un control de decisiones previas de otro órgano.



a) En el artículo 781.2,b se disponía que el fiscal “Solicitará del Juez de Instrucción competente la adopción de las medidas cautelares que exijan resolución judicial, *sin perjuicio de las que pueda adoptar por sí mismo con carácter urgente*”. No quedaba claro si lo último era remisión a otras disposiciones —que específicamente autorizaran la intervención del fiscal— o una norma general de competencia a prevención para adoptar medidas cautelares en favor del MF.

b) El artículo 781, bis, atribuía al MF los siguientes poderes:

5. Acordar lo pertinente acerca de la ocupación y depósito de las piezas de convicción y objetos provenientes de la infracción, pudiendo ordenar la entrega provisional a sus poseedores legítimos de los pertenecientes a terceros no responsables, con las cautelas necesarias, sin perjuicio de lo que en definitiva resuelva el Juez, en su caso.

6. Acordar la intervención inmediata del vehículo utilizado en la comisión del hecho punible y la retención del permiso de circulación, cuando fuera necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las posibles responsabilidades pecuniarias en tanto no conste acreditada la solvencia del imputado o del tercero civil responsable, si bien en tal caso deberá solicitar del Juez de Instrucción el embargo pertinente, y siempre sin perjuicio de la resolución de éste, si el interesado reclamare.

7. En los hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, dentro de los límites del seguro obligatorio, requerir a la compañía aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros para que abonen a los perjudicados la correspondiente pensión provisional en la cuantía que, según las circunstancias, el Fiscal estime necesaria.

Los requerimientos de pago podrán alegar ante el Fiscal lo pertinente y, si se mantuviere el requerimiento en los mismos términos, reclamar ante el Juez de Instrucción lo que estimen oportuno. Si el Juez lo confirmare, el requerido abonará las cantidades devengadas con un interés anual del 25 por 100.

8. Requerir a los imputados no residentes en España, en los procedimientos por delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, para que dejen suficientemente garantizadas las responsabilidades pecuniarias de todo orden derivadas del hecho a enjuiciar, designando persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubiere que hacerle, con la prevención contenida en el artículo 789, en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, y pres-

ten caución no personal, cuando no esté ya acordada fianza de la misma clase, para garantizar la libertad provisional que responda de su presentación en la fecha o plazo que le señale.

En el informe del Consejo General del Poder Judicial estas disposiciones fueron seriamente criticadas<sup>60</sup> y ya no pasaron al proyecto. Ciertamente que, como apuntaba el informe, los previstos requerimientos del MF carecían, en caso de incumplimiento, de consecuencias efectivas, pero no menos cierto el claro anuncio de una preocupante tendencia a reconocer eficacia inicialmente vinculante a actos del MF limitativos de derechos (de carácter patrimonial), dejándolos expuestos sólo a un posterior control judicial.

## VII. GARANTÍAS PARA LOS ACUSADORES NO OFICIALES Y PARA EL IMPUTADO EN LA FASE PREVIA DEL PROCESO PENAL CON INVESTIGACIÓN ENCOMENDADA AL MINISTERIO FISCAL: RÉGIMEN RESTRICATIVO O INCREMENTO DEL TRABAJO JUDICIAL POR TÉCNICAS DE COMPLEMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN FISCAL

Abandonemos ahora la perspectiva de valoración constitucional. Supongamos que, con un ajuste exquisito a los límites constitucionales, sólo quedara atribuida al MF la estricta actividad de investigación. ¿Qué valoración cabría hacer del modelo desde un planteamiento de política jurídica procesal? A la hora de hacer esa valoración entiendo que deberán tenerse presentes dos inconvenientes de peso que apunto y luego desarrollaré.

En primer lugar, las insuficientes garantías de la imparcialidad y de la actuación según el principio de legalidad del MF, no aseguran objetivamente los intereses de las partes no oficiales (acusadores e imputado) respecto a la actividad de investigación, actividad cuyo resultado influye decisivamente en los derechos procesales de aquellas partes.

Pero, en segundo término, si se intenta corregir el anterior defecto, concediendo a esas partes un adecuado acceso a un órgano jurisdiccional para que éste supla las insuficiencias de la actividad investigadora del MF, no se obtiene —con el cambio de modelo— un especial progreso hacia los objetivos de mayor rapidez y eficacia,

<sup>60</sup> Puede verse ese informe en *Boletín de Información* del Consejo General del Poder Judicial, núm. extraordinario, octubre 1988; concretamente las críticas que se indican en el texto en pp. 18-19.

salvo que estas técnicas de complementación se configuren restrictivamente, lo que nos devuelve a la primera objeción.

### *A. Investigación fiscal y efectividad del derecho a la tutela judicial del ofendido y de la acción popular*

El nuevo modelo para la fase previa del proceso penal ciertamente no podrá alcanzar a conferir al MF el monopolio de la acusación, ni siquiera en el ámbito en que se pretende introducir el principio de oportunidad. A esto se oponen precisos límites constitucionales: de un lado, el derecho a la tutela judicial de los ofendidos por el delito, que el Tribunal Constitucional ha reconocido como incluido en el artículo 24.1 CE;<sup>61</sup> de otro, el artículo 125 CE que impone un reconocimiento legal, aunque sea mínimo, de la acción popular.

No puede afirmarse, sin embargo, que corran buenos tiempos para estos derechos tan arraigados en el ordenamiento procesal penal español. Pueden leerse frases significativas de una tendencia a configurar las acusaciones no oficiales como subsidiarias de la del MF.<sup>62</sup> Cabe encontrar actitudes genéricamente poco favorables a las mismas, que afloran al propugnarse interpretaciones restrictivas de preceptos rectores de la acción popular,<sup>63</sup> o planteamientos de *lege ferenda* en los que los antes citados preceptos constitucionales son “sentidos” como límites a un fortalecimiento de la oficialidad de la acusación, que se estima preferible.<sup>64</sup>

No centro ahora la atención sobre ese tema, sino sobre otro de menor calado constitucional. Aunque no se introdujeran especiales limitaciones a las acusaciones no oficiales, la sola atribución al MF de las funciones de investigación merma la efectividad de las mismas, en el sentido de que éstas, para alcanzar su efecto de que se abra el juicio oral frente a una persona determinada, efecto que no sólo depende de presupuestos procesales, sino también de un juicio de probabilidad sobre el fundamento de la acusación,<sup>65</sup> quedan com-

<sup>61</sup> Ortells, *Derecho jurisdiccional I*, pp. 415-416.

<sup>62</sup> Ruiz Vadillo, *La actuación del Ministerio Fiscal*, cit., p. 76; Gimeno, *Los procedimientos penales simplificados*, cit., p. 46; Moreno Catena, *La justicia penal y su reforma*, cit., p. 315.

<sup>63</sup> Por ejemplo la que aflora en el estudio de la Fiscalía de Las Palmas recogido en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1989, pp. 314-320.

<sup>64</sup> Vives, *Doctrina constitucional*, cit., p. 107.

<sup>65</sup> Gómez Orbaneja, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 1951, II, pp. 198-207.

pletamente a expensas de la investigación que hubiera desarrollado el MF. Esto es insatisfactorio porque, objetivamente, el MF no está rodeado, en términos relativos con un órgano jurisdiccional, de garantías suficientes para una actuación imparcial y acorde con el principio de legalidad, y, por consiguiente, es legítimo que los acusadores no oficiales puedan desconfiar de la suficiencia y corrección de la investigación.<sup>66</sup>

No vale decir que los acusadores no oficiales siempre podrán desarrollar investigaciones fuera del procedimiento y obtener así fuentes de prueba con las que lograr primero, la admisión de su acusación y, ya en el juicio, eventualmente la condena. Estas investigaciones siempre serán menos efectivas que las del MF, porque —como es lógico— la ley no pone a disposición de los particulares los instrumentos para la investigación disponibles para un representante del poder público.

La realidad de este inconveniente ha sido reconocida y se han propuesto correcciones para obviarlo. Doctrinalmente se apunta que el juez tendría que “asegurar el acceso a la fuente de prueba por los legitimados para el ejercicio de la acción popular, obviando eventuales inhibiciones del Ministerio Fiscal y ordenando, en su caso, las investigaciones necesarias”.<sup>67</sup> O bien, que “El acusador particular ha de gozar de un recurso judicial para el supuesto de que el Ministerio Fiscal no cumpliera las diligencias por él interesadas”.<sup>68</sup> Ya en el plano legislativo, los artículos 789.3 y 790.2 LECRIM (redacción de la LO 7/1988, de 28 de diciembre) están puestos para resolver la cuestión en el procedimiento abreviado.

Si tales soluciones van a ser suficientes y reales y no meramente nominales, importaría determinar, con métodos adecuados, la incidencia de esos necesarios controles jurisdiccionales sobre la investigación del MF en la duración y en la complejidad de la tramitación

<sup>66</sup> Se apunta esta objeción en el *Informe del Consejo General del Poder Judicial*, cit., p. 13; Bardaji, L. y García, Ma. A., Del juez instructor al fiscal instructor: razones políticas del cambio, comunicación presentada al tema “El Fiscal y la investigación criminal” en el III Congreso de la Unión Progresista de Fiscales, junio de 1988. La desconfianza que se menciona en el texto crece cuando los que son o pueden ser imputados son agentes del Poder Ejecutivo, como se advierte en una de las aportaciones a la primera ponencia del *Congreso extraordinario sobre el proceso penal*, de la asociación “Jueces para la democracia”, cit., p. 11.

<sup>67</sup> Varela Castro, *El principio de contradicción: igualdad y derecho de defensa*, cit., p. 22.

<sup>68</sup> Gimeno, *Algunas sugerencias sobre la atribución al MF*, cit., p. 834.

de la fase previa del proceso penal. Tal vez esto revelara las limitadas ventajas del cambio de modelo de fase previa, incluso desde un punto de vista de eficacia.<sup>69</sup>

*B. Tutela de los derechos e intereses del imputado en la fase previa: evitación de medidas cautelares y de acusaciones infundadas*

La investigación que se desarrolla en la fase previa del proceso no sólo tiene o debe tener por finalidad proveer de fundamento suficiente a la acusación, sino también otros fines respecto a los que el imputado ostenta un interés digno de tutela: proveer el necesario fundamento para la adopción de medidas cautelares y preventivas y excluir las acusaciones infundadas.<sup>70</sup> El imputado tiene interés en que consten resultados de investigación que sirvan para que no se adopten medidas frente a él (o para que se alcen las adoptadas) y para revelar el carácter no fundado de la acusación.

La reforma de la LECRIM, por ley de 4 de diciembre de 1978, vino a dar a ese interés una adecuada protección: No bastaba con el deber del juez de instrucción de actuar según el artículo 2 LECRIM, sino que debía reconocerse el derecho a la defensa del imputado para participar en la investigación, proponiendo actos de investigación e interviniendo en su práctica.<sup>71</sup>

Un modelo de fase previa con investigación encomendada al MF no es el más adecuado para la protección de esa posición del imputado.<sup>72</sup>

Es cierto que se afirma que el MF debe proceder en la investigación con arreglo al principio de imparcialidad, y, en ese sentido, orientar aquélla también hacia la búsqueda de elementos exonerantes

<sup>69</sup> Se intuye este problema en una de las aportaciones a la segunda ponencia del *Congreso extraordinario sobre el proceso penal*, cit., p. 84.

<sup>70</sup> Pastor López, *El proceso de persecución*, cit., pp. 131-139; Morenilla, *El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal español*, cit., pp. 103-104.

<sup>71</sup> Dejando a un lado la influencia que pudo tener en esa reforma la corruptela de la sobrevaloración del contenido de la instrucción previa —Moreno Catena, *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, cit., pp. 162-163—, la introducción de la contradicción y el derecho de defensa en la fase de instrucción por los efectos que de ésta derivan es, sin duda, una justificación objetiva, suficiente y correcta de tal reforma.

<sup>72</sup> En efecto, en Alemania se reconoce que éste es uno de los puntos débiles de su régimen de instrucción previa; véase Riess, P., en Lowe-Rosemberg, *Strafprozessordnung. Grosskomentar*, II, Berlín-Nueva York, 1989, pp. 23, 218.

para el imputado.<sup>73</sup> Ni más ni menos que lo que ya dispone, también para el fiscal, el artículo 2 LECRIM. Ahora bien, el MF no es el órgano más idóneo para desarrollar esa investigación imparcial, porque su estatuto no le rodea de garantías suficientes para ello, al menos en comparación con las de un órgano jurisdiccional.

Por otra parte, esta materia aparece relacionada con el razonable objetivo de poner coto a una investigación previa excesiva y desbordada, que puede ir en detrimento de la importancia de la prueba en el juicio. Pues bien, al menos en la reforma de 28 de diciembre de 1988, esto ha conducido a una fijación de límites unilateralmente orientada a que en la investigación se recojan los elementos necesarios para la acusación.<sup>74</sup> Hasta tal punto es así que la circular que FGE dedicó al nuevo procedimiento, junto a manifestaciones conformistas con esa restricción legal,<sup>75</sup> ha resaltado la parquedad del tratamiento de la posición del imputado y propugnado interpretaciones que permitan tutelar su derecho de defensa en la fase previa.<sup>76</sup>

No se trata sólo de que el imputado pueda ofrecer a un órgano jurisdiccional, en un debate contradictorio previo a la resolución sobre una medida cautelar<sup>77</sup> o sobre la apertura del juicio oral-admisión de la acusación, el resultado de investigaciones de efecto exonerante que haya podido practicar privadamente, sino, además de eso, de que el imputado pueda servirse de los medios potentes que el aparato estatal (la policía, el MF o el juez de instrucción) tiene a su disposición para realizar la investigación en el proceso penal y que no son asequibles a un particular.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989, en la edición que se cita en nota 43, p. 25; punto VII de la “Propuesta sobre la proyectada atribución de la investigación criminal al Ministerio Fiscal”, adoptada en el III Congreso de la Unión Progresista de Fiscales; Gimeno, *Algunas sugerencias sobre la atribución al MF*, cit., pp. 833-834.

<sup>74</sup> Ortells Ramos, *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, cit., apartado 8.

<sup>75</sup> En la edición citada en nota 43, pp. 24-25.

<sup>76</sup> En la edición que cito en nota 43, pp. 25, 40-41.

<sup>77</sup> Gimeno, *Algunas sugerencias sobre la atribución al MF*, cit., pp. 830-831; del mismo autor, *El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 278-279.

<sup>78</sup> Me parece en este aspecto un poco cínica la consideración que se formula en la circular de la Fiscalía General del Estado (p. 35 de la edición que cito en nota 43), según la cual: “Es de notar también que la prohibición de una investigación subsidiaria y paralela a la judicial no se predica de las demás partes, que podrán realizar investigaciones propias al no existir prohibición legal, lo que, por el principio de igualdad de las partes (subrayado mío), tampoco puede estar vedado al Fiscal”.

Si no se quiere admitir la reducción de las garantías del imputado en la fase previa, deberá establecerse la intervención de un órgano jurisdiccional para que resuelva, en definitiva, sobre sus solicitudes de investigación no debidamente atendidas por el MF. Esto tendrá, como ya advertimos para el caso similar de los acusadores no oficiales, una lógica incidencia en la complejidad y duración de la fase previa.

### VIII. COMPARACIÓN DE MODELOS LEGALES Y COMPARACIÓN DE SU FUNCIONAMIENTO REAL

En la polémica sobre la atribución a un órgano jurisdiccional o al MF de la investigación previa, se han utilizado argumentos no referidos a la configuración legal del modelo de investigación judicial, sino a las corruptelas que se producen en su funcionamiento real.

Se ha dicho que ese modelo genera una tendencia a conferir valor probatorio a la investigación realizada, precisamente porque lo es con intervención de un órgano jurisdiccional, y por esa vía contribuye a la vaciedad probatoria del juicio oral.<sup>79</sup> Un estudio detenido del tema revela que ésta no es una consecuencia del sistema de LECRIM, sino una corruptela que se puede corregir con pequeñas reformas en esa ley.<sup>80</sup>

También se ha apuntado que no es muy efectiva la garantía de la atribución a un juez, porque la práctica lleva frecuentemente esa intervención a manos del personal auxiliar del juzgado. A la vista de esto, la atribución al MF no supondría, en un planteamiento realista, una disminución apreciable de las garantías.

Evidentemente una argumentación centrada en las posibilidades de corrupción práctica de los modelos legales, sólo es aceptable en la medida en que se reconozca que esa posibilidad afecta a todos los modelos. También al de investigación fiscal. Y, en verdad, corruptelas en este sistema son muy razonablemente previsibles y hay experiencia de las mismas en países que lo tienen introducido en su proceso penal.

<sup>79</sup> Vives, Anton, *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*, cit., pp. 99-100; Moreno Catena, *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, cit., p. 162.

<sup>80</sup> El tema lo estudié muy ampliamente en mi *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial*, cit., y en "Eficacia probatoria del sumario en el juicio ante el Jurado", en *Justicia*, 1987, pp. 347-354.



Por una parte, la carencia de medios materiales del MF, la insuficiencia del personal fiscal y auxiliar del mismo y el escaso peso que tiene en la formación de los fiscales la específica preparación en técnicas de investigación criminal, representan un obstáculo considerable a la asunción real por el MF de la investigación o de la dirección efectiva de la misma.<sup>81</sup> Es, por ello, muy previsible que la actividad de investigación acabe por recaer realmente en la policía, que por la preparación técnica, por su infraestructura y organización asume más “naturalmente” esa función.

Y esa ha sido, en efecto, la experiencia alemana. Como advierte Riess, en la realidad jurídica, de antiguo y con extensión considerable, la incoación y realización del procedimiento de investigación y particularmente la investigación de los hechos, está en manos de la policía. En el campo de la pequeña y mediana criminalidad la policía lleva autónomamente la investigación hasta el final. El MF ordena pocas investigaciones complementarias y se limita a dictar la disposición de conclusión. Una asunción amplia por la policía de las competencias a prevención para adoptar medidas de coacción, conduce a eludir también el recurso al MF, que es quien debe pedir tales medidas al juez.<sup>82</sup>

Considerando, pues, con realismo el nuevo modelo no hace más que incrementarse la desconfianza frente a la formación de un material de investigación al que se vinculan importantes efectos ordinarios (proporcionar los fundamentos necesarios para resolver sobre medidas cautelares y sobre apertura del juicio) y, más aún, los extraordinarios en caso de imposibilidad de reproducción del medio de prueba.

<sup>81</sup> Muy ilustrativa en este aspecto la enmienda 211 que el Grupo Coalición Democrática presentó al proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Se reconocen estas insuficiencias en el Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de reforma de LECRIM que culminó en la LO 7/1988, apartado II.d; y en la circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989, pp. 25-27 de la edición citada en nota 43. De gran interés Del Toro Marzal, A., “La reforma del Ministerio Fiscal y la realidad sociojurídica, en *Anuario de sociología y psicología jurídicas*, 1980, pp. 58-64.

<sup>82</sup> Riess en Lowe-Rosemberg, *Strafprozessordnung*, II, cit., p. 16, pero más ampliamente pp. 15-19; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 53-54; Peters, K., *Strafprozess*, Heidelberg, 1985, pp. 182-183.