

Notas de Actualidad  
Núm. 1/2021

**EL NUEVO PAPEL DEL FISCAL INVESTIGADOR  
EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY  
DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. Dos lecturas.**



**Autores:**

**Francisco Chamorro Bernal**

Abogado. Presidente de la Sección de Derecho  
Constitucional del ICAB

**David Vallespín Pérez**

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de  
Barcelona

ISSN: 2014-931X

<http://www.idpbarcelona.net>

## **Presentación. Algunas consideraciones sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal**

Desde hace décadas existe cierta unanimidad entre los operadores jurídicos e, incluso, la ciudadanía en la necesidad de abordar una reforma completa de nuestro sistema de justicia penal. No puede pasar desapercibido que nuestra Ley procesal es una Ley decimonónica que, a pesar de las numerosas reformas parciales de las que ha sido objeto y de los loables esfuerzos de los encargados de impartir justicia, no ha sido capaz de adaptarse plenamente a las necesidades de la sociedad actual y a las características de la nueva criminalidad. La modernización y agilización de la Justicia Penal, para dotarla de una mayor eficacia sin reducir a papel mojado las garantías de los justiciables y perjudicados, hace tiempo que se ha convertido en una imperiosa necesidad.

Con esa voluntad de modernización del sistema de justicia penal el Consejo de Ministros aprobó, el 24 de noviembre de 2020, un nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, y a pesar del empuje inicial que desde el Ejecutivo se le dio a esta reforma, las duras críticas que ha recibido permiten avanzar, en el mejor de los casos, una ralentización en su tramitación. Y es que este Anteproyecto, en sintonía con sus antecesores fallidos de 2011 y 2013, implica una reestructuración absoluta de nuestro modelo de justicia penal que carece, desgraciadamente, algo que viene siendo habitual, de un previo y minucioso estudio de las disfuncionalidades y déficits existentes en nuestro actual modelo. En consecuencia, no puede extrañar que este Anteproyecto tampoco haya logrado hasta el momento el consenso necesario entre los principales operadores jurídicos implicados, habiendo sido objeto, incluso, de críticas por el propio Consejo Fiscal. Esta oposición explica la decisión de crear un Grupo de Trabajo, formado por miembros tanto del CGPJ, FGE, el Consejo de la Abogacía y el Consejo General de Procuradores, como de expertos universitarios, que se encargará de revisar nuevamente el texto inicialmente propuesto por el Ejecutivo.

Las Notas de Actualidad que ahora se publican se centran, desde una perspectiva constitucional, en una de las reformas más controvertidas que contempla el Anteproyecto: la redistribución de competencias en el ámbito de la investigación penal. Una constante en los últimos anteproyectos de reforma que hasta ahora se han presentado es la voluntad prelegislativa de traspasar a los representantes del Ministerio Fiscal la dirección de la fase de instrucción, en la que los actuales jueces de Instrucción pasarían a actuar como “Jueces de Garantías”, encargándose de tutelar los derechos de los investigados. Esta redistribución de competencias se acompaña de otras modificaciones dirigidas a reforzar, todavía más, la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso, como sería la introducción del principio de oportunidad en determinados supuestos o la

limitación del ejercicio de la acción popular, con el consiguiente refuerzo de la acusación pública.

Tanto el Dr. David Vallespín, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, como D. Francisco Chamorro, Abogado y Presidente de la Sección de Derecho constitucional del ICAB, en las presentes Notas de Actualidad bajo el título “El nuevo Papel del Fiscal Investigador en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, analizan, desde una perspectiva constitucional, la conveniencia o no de atribuir al Ministerio Fiscal la investigación penal. Partiendo de una premisa básica como es la adecuación del actual sistema procesal penal a las garantías constitucionales, se señalan las dudas derivadas de la introducción de la nueva figura del Fiscal Investigador, no siendo posible abstraerse, claro está, de la estructura jerárquica que establece su actual Estatuto Orgánico y del nombramiento por el Gobierno del Fiscal General del Estado.

De hecho, el propio Anteproyecto asume expresamente la necesidad de reformar tanto el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para atribuir a los Fiscales las nuevas funciones, como otra legislación que pueda ser necesaria. Sin embargo, no se prevé la tramitación de estas modificaciones legales ni previa ni simultáneamente a la aprobación de la nueva LECrim, sino tras su publicación en el BOE. En estas condiciones deviene prácticamente imposible valorar adecuadamente la relevante reforma que se propone. Por ejemplo, ¿Cómo podemos afirmar que el Fiscal Investigador será independiente si no sabemos cómo se organizará orgánica o funcionalmente?

Esperemos que el anunciado nuevo Grupo de Trabajo que se encargará de revisar el texto de Anteproyecto, adopte, ahora sí, una visión completa del nuevo modelo de justicia penal que pretende instaurarse, realice los estudios y consultas previas necesarios para un buen diagnóstico de los problemas que padece nuestra justicia penal y, en consecuencia, aborden simultáneamente las numerosas reformas legislativas que un cambio de tal envergadura exige para su correcta implantación. Y ello sin olvidar los recursos materiales y personales que la misma exigirá.

Barcelona, 20 de octubre de 2021.

Dra. Celia Díaz Morgado

Subdirectora  
Observatorio de Derecho Público, IDP

## **LA REFORMA DE LA INSTRUCCIÓN PENAL: FISCAL INVESTIGADOR VS JUEZ INSTRUCTOR**

**Dr. Francisco Chamorro Bernal**

Presidente de la sección de Derecho Constitucional, ICAB

Cuando el 13 de octubre de 2020 el Ministerio de Justicia sacó a información pública el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal en cuestión, la Sección de Derecho Constitucional del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona llevó a cabo un examen del mismo y llegó a la conclusión de que en España y como consecuencia de las garantías que el TC exige a la instrucción penal, ésta no podía ser trasladada al Ministerio Fiscal (MF).

Seguidamente se exponen las razones por las que la Sección entiende que, desde el punto de vista constitucional, no es posible en España el pretendido cambio en la dirección de la instrucción penal:

### *1. Las exigencias constitucionales de la instrucción española*

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (TC), el proceso penal español está estructurado conforme al sistema acusatorio, que tiene dos partes, una de instrucción y otra de enjuiciamiento <sup>1</sup>.

Y a la fase de instrucción, el TC le exige que:

#### *a) El instructor sea independiente e imparcial*

Al respecto, el TC ha manifestado que, en el proceso, la única persona independiente e imparcial es la autoridad judicial <sup>2</sup>. Por ello es tan inexacta la afirmación que se hace en la Exposición de motivos (EM) del Anteproyecto en cuestión, de que el actual Juez de instrucción es parcial, cuando el TC tiene declarado que el actual Juez de instrucción es imparcial porque aunque instruye no juzga y que su función inquisitiva es perfectamente compatible con la Constitución <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> STC 32/1994 de 31 de enero, FJ 3

<sup>2</sup> STC 68/2010 de 18 octubre, FJ 5

<sup>3</sup> Frente al reproche de haber acordado unas diligencias de oficio sin que nadie las hubiera interesado, la STC 174/2001 de 26 julio, FJ 2, señala: "Igualmente este Tribunal ha negado la parcialidad del Juez instructor que actúa de oficio y ha afirmado la compatibilidad con la Constitución del modelo legalmente vigente de Juez instructor que dirige la investigación criminal y puede, en consecuencia, acordar de oficio la práctica de las diligencias necesarias para determinar los hechos y las personas participantes en los mismos (SSTC 32/1994, de 31 de enero, FFJJ 2, 3 y 4; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 14; 87/2001, de 2 de

*b) Que actúe ante la existencia de una notitia criminis*

El actual Juez de instrucción debe incoar diligencias obligatoriamente, sin perjuicio de que con posterioridad pueda producirse una aceptación del decreto fiscal (art. 803 bis a) o un sobreseimiento por la escasa relevancia del delito leve (art. 963 LECR). En cambio, en el Anteproyecto se introduce el principio de oportunidad a discreción del MF.

*c) Que las partes dispongan del ius ut procedatur*

Una vez iniciadas unas diligencias penales, las partes comparecidas pueden ejercer plenamente su *ius ut procedatur*, que les permite exigir que se lleva a cabo “una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste esencialmente en que se indague sobre lo acaecido”<sup>4</sup>.

*d) Que se notifique inmediatamente la imputación*

Desde el momento en que existe la imputación de un acto delictivo a una persona (y lo supone la admisión de una denuncia o de una querrela), el Juez instructor está obligado a poner el hecho en conocimiento de la persona acusada para que ésta pueda proceder a su defensa con carácter inmediato.

*e) Que la instrucción sea contradictoria*

El TC tiene reiteradamente declarado que la instrucción penal es y ha de ser contradictoria de tal forma que permita la plena defensa del ciudadano<sup>5</sup>.

Por su parte, el art. 24 CE prohíbe que el inculpado no tenga participación en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se fragüe a sus espaldas, sin haber tenido conocimiento alguno de ella<sup>6</sup>, pues de lo que se trata, en definitiva, es de garantizar la efectividad del derecho a la defensa y de evitar que puedan producirse contra la persona inculpada en una causa penal, aún en fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión<sup>7</sup>.

Que la instrucción penal ha de ser contradictoria es tan claro para el TC que considera el secreto del sumario una anomalía porque “restringe la posibilidad de contradecir las diligencias probatorias efectuadas en fase

---

abril, FJ 2)”.

<sup>4</sup> STC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 3, dictada en relación a delitos de tortura no investigados plenamente, con consonancia con la doctrina del TEDH

<sup>5</sup> STC 149/1997 de 29 septiembre, FJ 2; STC 68/2001 de 17 de marzo, FJ 3 y las que en ella se citan

<sup>6</sup> STC 18/2005 de 1 febrero, FJ 5 y las que en ella se citan

<sup>7</sup> STC 68/2001 de 17 marzo, FJ 3 y las que en ella se citan

sumarial”<sup>8</sup>. Y por ello el TC entiende que, una vez levantado el secreto, puede la parte “proponer cuantas diligencias considerara necesarias para el desarrollo de su estrategia defensiva, incluida la reiteración de las anteriores a aquel conocimiento”<sup>9</sup>.

*f) Que incluya también lo que pueda favorecer al imputado*

El actual Juez instructor debe incluir en la investigación también lo que pueda favorecer al imputado<sup>10</sup>, esa obligación no se recoge en los mismos términos contundentes en el anteproyecto en relación al MF.

En resumen, el actual Juez instructor cumple con todas las transcritas exigencias constitucionales y además, toda su actividad instructora puede ser permanentemente controlada por la Audiencia Provincial, a diferencia de lo que ocurre con el MF en el Anteproyecto

*2. El Ministerio Fiscal no podría mantener las garantías constitucionales que hoy protege el Juez instructor*

Lamentablemente, esas garantías constitucionales que hemos visto protege el actual Juez instructor no podrían ser mantenidas por el MF y en ese sentido, el Anteproyecto analizado no sólo no está a la altura constitucional del vigente proceso de instrucción penal, sino que constituye un evidente retroceso, como puede verse seguidamente

*2.1 En primer lugar, la situación del MF nada tiene que ver con la independencia del Juez instructor*

Es obvio que la estructura jerárquica del MF y el nombramiento por el Gobierno del Fiscal General no garantizan la independencia de la que dispone el Juez de instrucción. El propio autor del Anteproyecto es consciente de que el MF actual no podría asumir las funciones que en el mismo se le encomiendan y así, en la disposición final segunda prevé que, en el plazo de 6 meses a la publicación en

---

<sup>8</sup> STC 174/2001 de 26 julio, FJ 3

<sup>9</sup> STC 220/1998 de 16 noviembre, FJ 2

<sup>10</sup> STC 32/1994 de 31 enero, FJ 3: “Como dijimos en la STC 186/1990 al analizar el procedimiento abreviado “el contenido de la instrucción judicial ha de responder a la finalidad perseguida que no es otra que la prevista en el art. 789.3 LECrim., esto es, la realización de las diligencias esenciales para poder determinar los hechos, las personas participantes en los mismos y, en su caso, el órgano competente para el enjuiciamiento, entre los cuales hay que incluir no sólo las necesarias para formular la acusación, sino también las que, apreciada su esencialidad por el Juez, puedan favorecer al imputado a los efectos de acordar luego alguna de las resoluciones contempladas en el art. 789.5.” En el mismo sentido, la STC 19/2000 de 31 enero, FJ 6

el BOE de la nueva ley, se elevaría al Parlamento un proyecto de ley para adecuar al MF a lo establecido en el Anteproyecto.

Hay que destacar la incoherencia que supone el hecho de admitir que el MF actual debe ser reformado para poder asumir las funciones del Anteproyecto y no hacer esa reforma previa o simultáneamente a la aprobación de la nueva LCER. En cualquier caso, por pura lógica, la entrada en vigor del Anteproyecto debería estar condicionada a esa reforma del MF y no lo está, sino que se remite a una posterior regulación, sin precisar las bases de la misma.

Por tanto, el Anteproyecto no debería ni siquiera empezar a tramitarse sin que se supiera antes cuáles serían las modificaciones que se realizarían en el estatuto orgánico del MF para llevar a cabo, con total independencia, la labor que se le encomienda en el mismo.

2.2 En cuanto a la imparcialidad del MF en el Anteproyecto, debemos señalar en primer lugar que el Ministerio Fiscal, cuando actúa como parte acusadora, por definición, no es imparcial.

Y que no es imparcial, también lo ha reconocido el TC, por ejemplo, cuando, en una actuación ante la jurisdicción de menores y en relación a la corroboración de la declaración de un menor coimputado, señala que dicha declaración no se puede tener en cuenta porque se realizó “no ante un órgano judicial investido constitucionalmente de imparcialidad, sino ante el Ministerio Fiscal” <sup>11</sup>.

Por otra parte, en el propio Anteproyecto se encuentran expresiones que confirman que el MF no sería imparcial. Así, en la pág. 65 de la EM se dice textualmente: “... en el nuevo sistema la investigación ya ha sido “dirigida” a un fin concreto por el sujeto competente para ejercitar la acción pública, que está en disposición de tomar la decisión de acusar o no acusar”. Sin embargo, como hemos visto, la instrucción no debe ir “dirigida” a ejercitar la acción pública sino a determinar si se ha cometido un hecho delictivo y su posible autoría.

Por último, el MF del Anteproyecto no superaría la doctrina del TEDH sobre la imparcialidad objetiva, de acuerdo con la cual el MF no sólo ha de ser imparcial, sino que ha de parecerlo, a los ojos del ciudadano. En efecto, no es razonable exigir al ciudadano investigado un acto de fe en que quien dirige la instrucción, en ese caso el MF, no la encauzaría principalmente hacia la búsqueda de elementos para la acusación y que va a atender de la misma forma a los aspectos favorables al mismo.

---

<sup>11</sup> STC 30/2005 de 14 de febrero, FJ 6

2.3 En cuanto a si en el Anteproyecto se garantiza el carácter contradictorio de la instrucción, la Sección entiende que no. Para que exista contradicción debe haber igualdad entre las partes, igualdad de armas y un órgano imparcial que dirima los contenciosos entre las partes.

Ninguno de esos requisitos se da en el Anteproyecto: Las partes no son iguales (hay una parte acusadora pública que asume la dirección de la investigación y se impone sobre todas las demás) y que resuelve las divergencias entre esas partes, aunque sólo sea provisionalmente, hasta la finalización de la investigación

Por tanto, si en el Anteproyecto no hay verdadera contradicción, tampoco puede haber verdadero derecho de defensa, como se comprueba en las siguientes infracciones del mismo:

*a) No existe igualdad sino asimetría entre el MF y las otras partes acusadoras*

Se dice en la pág. 62 de la EM, en cuanto a los acusadores particulares, que “Estos pueden conocer la investigación, aportar elementos útiles a la misma y proponer diligencias – con la misma posibilidad de control judicial de la denegación – pero carecen, de entrada, de la facultad de participar en la realización de los concretos actos investigadores”, algo totalmente distinto a lo que ocurre en la actual instrucción penal

*b) Se impide a las partes una intervención activa en las declaraciones de testigos y peritos*

Se dice en la pág. 61 de la EM: “El nuevo modelo de proceso penal ha de eludir cualquier confusión entre las diligencias de investigación y las verdaderas pruebas”, algo que notoriamente está presente en toda la doctrina del TC y añade, incomprensiblemente, a continuación:

“De ahí que se excluya deliberadamente la intervención activa de las partes en las declaraciones de testigos o exposiciones de peritos que se realicen ante el Fiscal – que no constituyen actos de aseguramiento de prueba y que por tanto no pueden acceder al juicio oral”

Ante esa afirmación del Anteproyecto hay que preguntarse en qué queda convertido el derecho de defensa si en la instrucción se excluye deliberadamente la intervención activa de las partes en las declaraciones testificales o exposiciones de peritos.

¿En qué podría consistir ese derecho de defensa no activa, en ser un convidado de piedra? Eso contrasta enormemente con la doctrina constitucional sobre la plenitud del derecho de defensa, incluso en la fase de instrucción

2.4 Se impide a las partes recurrir las denegaciones de diligencias interesadas al MF, hasta la terminación de la investigación, lo que supone una evidente desigualdad de armas entre las partes

El Anteproyecto intenta justificarlo diciendo (pág. 61) que “un control basado en la posibilidad de impugnación durante todo el curso del procedimiento habría supuesto un claro riesgo de implicación del juez en la dirección de la investigación ...”

Es decir, para justificar el Anteproyecto se dice, erróneamente desde luego, que el actual Juez instructor es parcial y por eso se atribuye la instrucción al MF, pero luego se afirma que el Juez de Garantías tampoco puede implicarse. Entonces, qué ocurre ¿es que el Juez de Garantías no podría tener una visión global de la instrucción? ¿Quiere ello decir que cada impugnación correspondería a un Juez de Garantías distinto, para que no se implicara?

2.5 Se limita el derecho de aportación de pruebas que ahora es libre y así, en lugar del más amplio derecho de contradicción que ahora tiene el investigado y las partes acusadoras, en el Anteproyecto, hay un evidente recelo ante todas las aportaciones de las partes y se prefieren los documentos que “no implican actividad alguna del órgano investigador” y se fomenta, si la testifical es rechazada, la aportación de declaraciones juradas – como si ello fuera lo mismo – introduciendo el anglosajón *affidavit*

2.6 Frente a la permanente y total vigilancia de la Audiencia Provincial sobre el actual Juez de instrucción, el MF del Anteproyecto sólo estará controlado por el Juez de garantías cuando se vulneren derechos fundamentales del investigado, no de forma general como en la actualidad.

2.7 En cuanto al principio de oportunidad que, en su regulación actual queda siempre supeditada al Juez, en cambio, en el Anteproyecto el art. 148.2 dice:

“2. Corresponde al MF la apreciación discrecional de las causas que permiten concluir el procedimiento por razones de oportunidad”, pudiendo el Fiscal General dictar las Circulares e Instrucciones generales que sean necesarias para asegurar la unidad de actuación en el ejercicio de esta facultad.

Asimismo, el art. 155 del Anteproyecto prevé que el Fiscal General del Estado podrá decretar el archivo de cualquier procedimiento de investigación cuando la continuación del mismo pueda suponer un grave riesgo para la seguridad nacional (ap. 1); cuando la persona investigada haya contribuido a impedir un grave daño para la seguridad nacional o para el orden constitucional (ap.2); o se pueda causar daño a las relaciones internacionales (ap.3)

Esa aplicación del principio de oportunidad podrá serle interesada al Fiscal General por acuerdo del Consejo de Ministros. Al respecto ¿alguien piensa que la sociedad consideraría como una actuación independiente que el Fiscal General del Estado, a petición del Gobierno, hiciera uso de ese principio de oportunidad?

### *3. Dadas las exigencias constitucionales de la instrucción penal es lógico deducir que la misma constituye una actividad jurisdiccional*

Si, como hemos visto, la instrucción penal exige un órgano independiente, imparcial y que pueda garantizar la contradicción como árbitro, no es de extrañar que pueda llegarse a la conclusión que esa actividad sea materialmente jurisdiccional.

En ese sentido se ha pronunciado el TC en tres recientes sentencias <sup>12</sup>, afirmando la STC 131/2020 de 22 de septiembre, en su FJ 5, b), que: “Tratándose de infracciones penales, la capacidad para investigarlas a partir del momento en que aparecen indicios de que se ha producido un hecho delictivo corresponde, por tanto, a la autoridad judicial y, en su caso, al Ministerio Fiscal (art. 124 CE) auxiliados por la policía judicial en sus funciones de indagación del delito bajo la dependencia de jueces, tribunales y el Ministerio Fiscal (art. 126 CE)”.

### *4. Conclusiones*

---

<sup>12</sup> STC 85/2018 de 19 de junio FFJJ 5 y 6; STC 83/2020 de 15 de julio, FJ 10 y STC 131/2020 de 22 de septiembre, FJ 5, en relación a leyes forales navarras que pretendían investigar posibles hechos delictivos cometidos por grupos de extrema derecha y funcionarios

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, la Sección de Derecho Constitucional cree que puede llegarse a las siguientes conclusiones:

1ª. El actual Juez instructor es independiente, imparcial y garantiza la igualdad de las partes en el ejercicio del derecho de defensa. En cambio, el MF actual y el del Anteproyecto analizado, no es independiente -- ni constitucionalmente puede serlo -- y tampoco podría ser objetivamente imparcial si instruye y acusa, ni puede garantizar una instrucción contradictoria, con igualdad de las partes ni el pleno ejercicio del derecho de defensa

2ª. De prosperar el Anteproyecto analizado, desaparecería la instrucción como tal, convirtiéndose en una mera preparación de la acusación pública y por tanto, también desaparecería un elemento básico del sistema acusatorio.

3ª. Para que el MF pudiera llevar a cabo la instrucción penal con respeto a las garantías que exige el TC, habría que dotarlo de las mismas características que tiene hoy el Juez instructor. Es decir, habría que transformarlo radicalmente, bien creando un doble del actual Juez instructor o algo parecido al magistrado instructor italiano. Y la pregunta que surge es para qué crear una copia del actual Juez instructor si ya tenemos el original.

4ª. Mientras se emplea el tiempo elucubrando sobre una imposible instrucción penal a cargo del MF se han perdido muchos años en los que podrían haberse llevado a cabo reformas parciales de la LECR que agilizaran la instrucción, dando por ejemplo más iniciativa y autonomía en la investigación al MF así como a la policía judicial, siempre bajo la dirección del Juez instructor, que es por donde entendemos deberían ir las reformas

5ª. Por ello, la Sección secretamente espera y desea que, para bien de todos, este Anteproyecto no siga adelante en el Ministerio de Justicia y se disuelva, como ha ocurrido con otros varios intentos anteriores

## **LA REFORMA DE LA INSTRUCCIÓN PENAL: FISCAL INVESTIGADOR VS JUEZ INSTRUCTOR**

**Prof. Dr. David Vallespín Pérez**

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona.

Miembro del Observatorio de Derecho Público, UB.

En esta presentación centraré mi intervención en analizar la conveniencia o no de atribuir la investigación al Ministerio Fiscal, así como también en reflexionar acerca del encaje de ese nuevo modelo de instrucción respecto al complejo y cuestionado ejercicio de la acción popular. Sin ánimo exhaustivo, a continuación, expondré las principales reflexiones y conclusiones que acompañaron a mi ponencia.

### **La atribución de la investigación al Ministerio Fiscal: ventajas e inconvenientes**

Muchos de los problemas que aquejan, desde hace años, al enjuiciamiento penal, tienen que ver con la configuración legal de una instrucción, con reminiscencias inquisitivas, así como también con su tradicional lentitud. En este contexto, la sustitución del modelo de instrucción judicial por otro en que el Ministerio Fiscal se convierta en protagonista de la investigación, constituye uno de los principales caballos de batalla sobre los que giran los sucesivos intentos de reforma integral de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. Modelo éste, además, que a medio plazo bien pudiera constituir también la punta de lanza en orden a apostar, entre nosotros, por el sistema de monopolio del ejercicio de la acción penal en manos del Ministerio Público.

La atribución al Ministerio Fiscal de la investigación se ha defendido y atacado, a partes iguales, con argumentos plurales y de cierta solidez. Algunos de los argumentos a favor tienen que ver con su hipotética mejor adaptación al modelo constitucional de juicio justo (lo cierto es, sin embargo, que tanto el TC como el TEDH han reconocido el ajuste constitucional de la instrucción judicial, siempre que se garantice la separación entre juez instructor y juez sentenciador); la confianza en que pueda comportar la agilización del procedimiento (convendría no caer en espejismos); o la necesidad de armonizar nuestra legislación a la Fiscalía Europea (quienes así se manifiestan obvian, de forma consciente o inconsciente, que dicha Fiscalía es compatible con el sistema instructor por el que opte todo Estado miembro; que sus actuaciones vienen limitadas a hechos justiciables cometidos contra los contribuyentes europeos y el fraude presupuestario de la Unión Europea; y que, puestos a armonizar, quizás fuere interesante comenzar por reducir los excesivos aforamientos políticos o suprimir las puertas giratorias de la política a los juzgados y fiscalías y viceversa).

Por si fuera poco, el “cambio de sistema” se pretende afrontar sin la previa y urgente reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. De este modo, la

instrucción dejaría de estar en manos del Juez de Instrucción, órgano no perfecto, pero independiente; para ser atribuida a un Ministerio Fiscal sometido a la dependencia jerárquica del propio Gobierno de turno. Siendo así, no resulta nada extraño que no falten quiénes, como es el caso del Magistrado de la Audiencia Nacional, Sr. Eloy Velasco, se hayan preguntado ¿qué pensaría la Fiscalía si alguien abogase por una investigación dirigida por la defensa y se pusiera la policía al servicio y órdenes de su asistencia letrada? o ¿cómo vamos a ser capaces de compadecer con el principio de igualdad de armas u oportunidades procesales un modelo en que quien investiga, en paralelo, ostente la condición de parte acusadora en el mismo proceso?

Otro argumento en contra de la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal, al menos en sus condiciones organizativas actuales, tiene que ver con la confianza ciega de nuestro prelegislador en que los fiscales, con su actual dotación de medios personales y materiales, podrán investigar mejor que los actuales jueces de instrucción. Frente a esta confianza en los “milagros”, resultan especialmente ilustrativas las palabras pronunciadas por el que en su día fuera Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sr. José María Mena quien, pese a defender que la figura del Fiscal investigador pueda funcionar, no ha dejado de señalar, sin embargo, que estamos ante una propuesta de reforma legislativa que, de nacer, lo hará, una vez más, sin el soporte material suficiente, sin oficinas preparadas, y con una más que manifiesta carencia de personal.

Desde luego, no parece una buena idea legislar sin acompañar cualquier reforma de su correspondiente memoria económica y, por extensión, de los medios económicos que la hagan posible. Los deseos bien están, pero no cristalizarán, en positivo, si no cuentan con una adecuada inversión económica. Tan es así, que bien pudiéramos encontrarnos ante un sistema en que los fiscales se vean obligados a ejercer una nueva y esencial función: la investigación, pero con las manos atadas y dependiendo de la iniciativa de investigación de la propia policía.

Nuestro prelegislador de 2020 también ha justificado el tránsito hacia la investigación en manos del Ministerio Fiscal en lo que él ha denominado “razones de Derecho Comparado”. Convendría recordar, sin embargo, que aquellos otros Estados en los que, con más o menos matices, la investigación viene atribuida al Ministerio Público, distan mucho de vivir una situación perfecta. Así, por ejemplo, en Portugal, el pasado 4 de febrero el Fiscal General, al hilo del Caso Tancos (robo de material bélico de una base militar portuguesa que llevó a los fiscales investigadores a solicitar el interrogatorio del Presidente de la República y del Primer Ministro), reiteró la sujeción de los fiscales a sus superiores jerárquicos (en este asunto, mostraron su rechazo a dichos interrogatorios sobre la base de “motivos de dignidad”). Francia, por su parte, ha recibido del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa, reiterados avisos acerca de la conveniencia de reforzar la independencia real de la Fiscalía frente al Ejecutivo. En Alemania se ha tenido que escuchar como el TJUE ha llegado a decir que su Fiscalía no ofrece garantías suficientes de independencia. Y, finalmente, en Italia, tampoco faltan

casos mediáticos, politizados o de alta corrupción, en los que la respuesta penal pública ha devenido inexistente o ineficaz.

Es cierto que el modelo del Fiscal investigador se acompaña de la creación del llamado “Juez de Garantías”, pero convendría vigilar que dicho juez, de implantarse, no acabe por conocer, casi en exclusiva, la versión que le quiera trasladar el representante del Ministerio Público que está preparado y conoce el asunto desde mucho antes, en contraposición a la opinión del resto de partes implicadas que bien pudiera no llegarle con igual intensidad y nitidez. Los riesgos de convertir al Juez de Garantías en un “juez autómatas”, fiel seguidor acrítico de las opiniones de la Fiscalía, son más que evidentes.

Con todo, llegados a este punto, resulta obligado señalar que el mayor obstáculo para atribuir la investigación al Ministerio Fiscal, cual cuadratura del círculo, tiene que ver con la dependencia jerárquica que rige el funcionamiento de la Fiscalía y, muy en particular, ante la actual politización de la justicia (pensemos, por ejemplo, en nuestro modelo de nombramiento del Fiscal General del Estado).

Todo lo anterior pueda explicar, en buena medida, que en pleno siglo XXI el Juez de Instrucción siga perviviendo entre nosotros. No puede bastar con decir que el Ministerio Fiscal es imparcial y autónomo. Su imparcialidad solo es creíble desde su independencia. Nuestro aprendiz de legislador nos quiere aplicar experiencias de fuera para mejorar nuestra realidad interna, pero lo hace olvidando que no es buena idea sacarlas, sin más, de su particular contexto de aplicación, así como que el cambio de todo modelo procesal requiere, como es fácil pensar, no solo la modificación de una pieza del sistema, por importante que ésta sea, sino de todo su engranaje.

Lo más importante, al fin y al cabo, no es quién instruye (o investiga), sino cómo se instruye (o investiga). De ahí, precisamente, que no falten quienes nos cuestionemos, con sospechas fundadas, si nuestro prelegislador de 2020 quiere mejorar, realmente, nuestro modelo procesal penal, o si, por el contrario, tan solo pretende, con más o menos disimulo, desplazar a jueces independientes, aunque no perfectos, por fiscales subordinados jerárquicamente al Fiscal General del Estado y, por extensión, al Gobierno de turno, tenga el color que tenga.

### **Acción popular y falta de ejercicio de la acusación pública**

Todo lo anterior también guarda relación con el debate abierto acerca del ejercicio de la acción popular. Desde hace años, el Libro Blanco del Ministerio Fiscal, así como también sucesivas Memorias de la Fiscalía, vienen abogando por la necesidad de limitar el uso de la acusación popular y redimensionar la acusación privada. Intento éste que, acompañado de una investigación en manos del Ministerio Fiscal y la potenciación del principio de oportunidad, bien pueden acabar por limitar, sensiblemente, la igualdad de armas por lo que respecta a los acusadores no oficiales. De hecho, ya no solo se habla de limitar

la acción popular, sino también de su eliminación, en tanto que como se ha reflejado en más de una Memoria de la Fiscalía, ésta pudiere constituir un notable obstáculo en cuanto a la configuración del Fiscal investigador.

Un modelo con ejercicio exclusivo (o casi exclusivo) de la acción penal en manos de quien dirige la investigación, ofrece serias dudas acerca de la imparcialidad en el juicio de acusación y la propia división de poderes. El fundamento de la acción popular (arts. 101 y 270 LECrim) tuvo que ver, en buena medida, con el establecimiento de un mecanismo de control de la acusación pública (necesidad que, hoy día, sigue plenamente vigente). Sin embargo, también lo es que el ejercicio de la acusación popular, en no pocos casos (muchos de ellos mediáticos), ha sido objeto de un ejercicio espurio. De ahí, que parezca conveniente defender a ultranza la pervivencia de la acción popular (amparada a nivel constitucional por el art. 125 de la Constitución Española de 1978 y objeto de evolución jurisprudencial en los casos Botín y Atutxa); pero en el bien entendido que también es inaplazable afrontar su reforma.

Una reforma de la acción popular que bien pudiera pasar por limitar el número de hechos justiciables perseguibles por ella, mediante la fijación de un “numerus clausus” en el que tuvieran cabida, entre otras, aquellas figuras delictivas que puedan afectar al ejercicio fraudulento de la política y la economía, pensando en particular en los casos de corrupción. Igualmente, también parece conveniente negar (o limitar) la legitimación activa, por ejemplo, a los partidos políticos, sindicatos o asociaciones carentes de un auténtico interés legítimo. Todo ello teniendo presente, además, que la fijación de fianza, exigible como requisito de forma, debiera atender a un criterio de proporcionalidad entre su cuantía y las posibilidades económicas del querellante, en tanto que no deben ser irrisorias (lo que puede convertir su ejercicio en un “deporte nacional”), pero tampoco tan elevadas que acaben por cercenar, por la puerta de atrás, el obligado respeto del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

En esta línea, siguiendo la senda ya marcada por los Proyectos Caamaño, de 2011, y Gallardón, de 2013, es lo cierto que el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal presentado en noviembre de 2020 por el Ministro Juan Carlos Campo, pasa por reducir la aplicación de la acción popular en nuestro proceso penal de forma significativa. La acción popular, en dicho Anteproyecto es objeto de regulación concreta en sus arts. 120 a 125.

El primero de dichos preceptos (art. 120) viene a definir la acusación popular, sobre la base recogida en su Exposición de Motivos de priorizar la acusación pública. Por su parte, el art. 121 dispone que no podrán ejercer la acción popular, dados los riesgos de instrumentalización policia, ni los sindicatos ni los partidos políticos, así como tampoco las personas jurídicas públicas. Como es sabido, son muchas las causas en que los partidos políticos han acudido a los órganos judiciales como acusación popular (entre otros, el caso Procés, el caso Noos, el caso Gürtel, los casos Púnica, Lezos, Papeles de Bárcenas, los ERE de Andalucía, Bankia, o diferentes piezas del caso Villarejo y el asunto Delcygate).

Una opción que parece razonable, si bien es cierto que no deja de “chocar” que quien tilda a la acción popular de ser una herramienta peligrosa en manos de los partidos políticos; en paralelo, al otorgar la investigación al Ministerio Público, no se haya acordado, con igual celeridad e interés, de diseñar un nuevo EOMF. Con todo, la reconocida afición de nuestros legisladores al “efecto péndulo” bien puede provocar que pasemos de una realidad en que los partidos políticos han acabado por convertir el proceso penal en un plató televisivo en que dirimir la contienda política, a otra, antagónica, en la que nunca puedan ejercer la acción popular. Como tantas veces ocurre en la vida, quizás en el término medio pudiere encontrarse la solución. Siendo así, pudiera parecer razonable que su admisión o no como acusación popular pudiera quedar en manos de la autoridad judicial, por resolución motivada en función de las circunstancias y particularidades de cada caso concreto.

Por su parte, el art. 122, desde la óptica de los límites objetivos de la acusación popular, establece un “catálogo cerrado” de hechos justiciables en los que su ejercicio será factible, con especial referencia a aquellas figuras que contemplan infracciones que suponen la protección de intereses difusos o actividades de corrupción. A continuación, el art. 123, bajo la rúbrica de la “vinculación con el interés público tutelado”, nos dice que quienes pretendan ejercer la acción popular deberán actuar en virtud de un vínculo concreto, relevante y suficiente con el interés público tutelado en el proceso penal correspondiente, para lo cual, al tiempo de personarse, deberán acreditar la relación o vínculo personal, social o profesional con el interés público que motiva su intervención en el procedimiento, así como la relevancia y suficiencia de éste.

De este modo, se toma en consideración el control judicial acerca de la “seriedad” y “legitimación del interés” de la acusación popular en el caso concreto. Ahora bien, la utilización concurrente en dicho precepto de un amplio elenco de conceptos jurídicos indeterminados, no parece la mejor de las opciones, pues, en última instancia, bien puede suponer también, por la puerta de atrás, un nuevo resquicio en orden a la mutilación del ejercicio de la acción popular.

El art. 123 también dispone que, admitida su personación, si más tarde se produjeren hechos o circunstancias que pusieren de manifiesto la falta de dicho requisito (vinculación con el interés público tutelado), la autoridad judicial competente en cada etapa del proceso, a instancia de la defensa o del Ministerio Fiscal, podrá excluir la acusación popular. Regla ésta que bien pudiera servir para, por ejemplo, “atar en corto” a aquellos partidos políticos que, de admitirse su intervención como acusadores populares (quizás con ello no habría que llegar a su exclusión como legitimados activamente), tuvieran la intención de “portarse bien” al principio, para más tarde hacer lo que querían desde el primer minuto, que no es otra cosa que obtener el mayor rédito electoral que pueda derivar de su “espectáculo judicial”).

A continuación, el Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 dispone, con acierto y seguimiento de la propia jurisprudencia constitucional, que el ejercicio de la acción popular pudiera venir condicionado a la prestación de caución que, en todo caso, tendrá que ser proporcionada a los medios económicos del querellante, a la naturaleza del hecho justiciable, y a los perjuicios y costas que puedan derivar del procedimiento. Caución que se exigirá, en todo caso, cuando el Ministerio Fiscal no ejerza la acusación. Y, finalmente, sus arts. 124 y 125 refieren el tiempo y forma para personarse como acusación popular, así como diferentes matices en orden a su defensa y representación en juicio.

## **Conclusión**

Ante la realidad y contexto que se acaba de exponer, debo decir que prefiero, por ahora, máxime ante la falta de una profunda reforma del EOMF, que la instrucción siga en manos del Juez de Instrucción. Una opción, por cierto, que goza de pleno respaldo constitucional, pues los Jueces y Magistrados no solo asumen la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que también pueden asumir cualesquiera otras funciones, como es el caso de la instrucción, que le puedan ser atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho (art. 117.4 CE). Un modelo en el que, además, la necesaria “racionalización” en el ejercicio de la acción popular jamás debiera pasar por su supresión o configuración como meramente subsidiaria de la acusación pública, pues de ser así, bien podríamos encontrarnos, por “orden política”, ante la no persecución de aquellos hechos justiciables, como los vinculados con los casos de corrupción, que más escandalizan a la ciudadanía.

No olvidemos, como ya señaló RADBRUCH en su día, que *“quien tiene un acusador por juez, necesitará a Dios como abogado”*, así como que si nos parece lógico que quien acuse no asuma la función de juzgar, no menos razonable resulta concluir que quien investiga tampoco debiera tener atribuida la acusación.

## NOTA DE LA DIRECCIÓN DEL OBSERVATORIO

Los textos aquí recogidos constituyen una adaptación de las ponencias de los dos autores presentadas el pasado 19 de mayo de 2021, en el marco de un Webinar organizado por la Sección de Derecho Constitucional del ICAB y el Observatorio de Derecho Público de la Universitat de Barcelona, sobre “La reforma de la instrucción penal: Fiscal investigador vs Juez instructor”.

Dicho Webinar fue moderado por el Sr. Francisco Javier Béjar García, Abogado y Secretario de la Sección de Derecho Constitucional del ICAB, y contó con la presencia e intervenciones de una mesa de expertos compuesta por el Sr. José María Planchat Teruel, Magistrado y Presidente de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Barcelona; la Sra. Cristina Dexeux Trías de Bes, Fiscal de la Audiencia de Barcelona y Presidenta de la Asociación de Fiscales; el Sr. Francisco Chamorro Bernal, Abogado y Presidente de la Sección de Derecho Constitucional del ICAB; el Sr. Manuel Eiriz García, Magistrado-Juez Decano de El Vendrell; y el Prof. Dr. David Vallespín Pérez, Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona.

El Observatorio agradece a la Sección de Derecho Constitucional del *Il.lustre Col.llegi d'Advocats de Barcelona* así como a los dos autores la oportunidad de esta colaboración así como su disponibilidad para adaptar sus respectivas intervenciones.

**Observatorio de Derecho Público IDP Barcelona**

Avda. Diagonal, 684

Edificio Ilerdense Despacho 103-104

08034 Barcelona

idp@ub.edu

Tel. (+34) 93 403 45 35