

TEMAS

El fiscal investigador: ¿un verdadero riesgo para las garantías?

Guillermo García-Panasco Morales

■ LA LEY

El fiscal investigador: ¿un verdadero riesgo para las garantías?

Guillermo García-Panasco Morales

© **Guillermo García-Panasco Morales**, 2020
© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 — **Fax:** 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: marzo 2020

Depósito Legal: M-6542-2020

ISBN versión impresa: 978-84-9020-973-8

ISBN versión electrónica: 978-84-9020-974-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y las autoras no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

vos⁽²⁵¹⁾), de forma que no fuera necesario crear formalmente la figura del juez de la audiencia preliminar.⁽²⁵²⁾

Sea como fuere, ambos proyectos normativos se han preocupado de regular detenidamente la fase intermedia del proceso, con la finalidad de superar una de las deficiencias que, como ya se expuso, presenta nuestro vigente sistema procesal, consistente es la ausencia de un verdadero juicio de acusación.

2.4. El juicio de acusación

Como se acaba de exponer, una de las principales diferencias entre el AP 2011 y el CPP 2013 es que el órgano judicial encargado de valorar la suficiencia del material probatorio necesario para decretar o no la apertura del juicio oral, no tiene que ser el mismo que ha intervenido durante la fase de investigación.

En el apartado VI de la exposición de motivos del AP 2011 se señala expresamente que *«las competencias jurisdiccionales de esta fase procesal han sido claramente desdobladas a efectos, nuevamente, de asegurar un mayor grado de imparcialidad en el enjuiciamiento del hecho. Así, por una parte, un magistrado del órgano judicial estará llamado a actuar como Juez de la Audiencia Preliminar⁽²⁵³⁾. (...) La misión del juez en la audiencia preliminar del nuevo modelo de proceso es la de proceder al juicio de acusación y determinar, por tanto, si la acción penal interpuesta está suficientemente fundada. (...) La opción tiene su explicación fundamental en la importancia que cobra en el nuevo modelo procesal el juicio de acusación, que, como decisión esencial sobre la admisibilidad de la acción penal, no ha de estar contaminado por las resoluciones previamente adoptadas en los diversos juicios de «garantía» o de «libertad» realizados por la autoridad judicial durante la fase investigadora»⁽²⁵⁴⁾.*

(251) Ver, en tal sentido, el apartado IX de la exposición de motivos del AP 2011, y el apartado III.-I.-A) de la exposición de motivos del CPP 2013.

(252) De hecho, *«la competencia para conocer de la fase intermedia se atribuye a un magistrado de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Instancia que, en ese caso concreto, actuará como Juez de la Audiencia Preliminar y que no intervendrá después en el desarrollo del juicio oral»*, tal y como destaca la exposición de motivos del AP 2011 (apartado LXVI).

(253) Término similar al recogido en la legislación italiana, como se expuso en el capítulo I.

(254) Como señalan López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio, *«en el AP 2011 el juicio de acusación tiene carácter eventual y contradictorio. Eventual, porque se realiza únicamente a instancia de la defensa; y contradictorio, porque se desarrolla en el marco*

Por su parte, el CPP 2013 concentra las funciones de garantía y de juicio de la acusación en el mismo juez de garantías, como se expone en el apartado VI.-IV.-B) de la exposición de motivos CPP 2013, incidiendo en la importancia de que, en cualquier caso, no sea el tribunal del juicio el que deba adoptar decisión alguna en este trámite. En efecto, *«el Tribunal de Garantías ha de pronunciarse sobre la revocación del decreto de archivo para la práctica de nuevas diligencias o la continuación del procedimiento, concediendo a las partes la posibilidad de formular escrito de acusación. De presentarse éste, ya sea a iniciativa del Fiscal que así lo acuerde en el momento de formalizar el decreto de conclusión, ya como consecuencia de la estimación de la impugnación del archivo hecha valer por las acusaciones, el Tribunal de Garantías asume el control y examen de la fundabilidad de la pretensión acusatoria. Se logra así preservar al Tribunal de Juicio de todo contacto con el hecho justiciable antes de que se inicien las sesiones del plenario, reforzando su imparcialidad y descartando el riesgo de incompatibilidad funcional»*.

No obstante lo anterior, como ya se expuso, lo esencial es que el juez reúna las condiciones de imparcialidad subjetiva y objetiva que aseguren que la decisión sobre la apertura del juicio oral no va a estar influenciada por la previa toma de contacto con las fuentes de prueba, y para ello pueden ser suficientes las correspondientes normas de reparto.

Por este motivo, las diferencias entre ambos textos van más allá de una mera cuestión de tipo orgánico u organizativo. De hecho, la relevancia que

de un incidente, la Audiencia Preliminar, que se encuentra a cargo de un Juez distinto del encargado de controlar las investigaciones y del competente para el enjuiciamiento. Esta configuración orgánica responde, por una parte, a que el primero, a pesar de no tener a su cargo la investigación, se encuentra comprometido con su resultado. Al fin y al cabo él ha sido quien ha autorizado los actos de injerencia y también ha sido él quien, en su caso, ha acordado la prisión provisional. Y en cuanto al Tribunal encargado del enjuiciamiento es preciso evitar que realice cualquier juicio anticipado sobre la consistencia del material probatorio acumulado contra el investigado. De hecho, el mayor inconveniente de la decisión ordenando la realización del juicio oral reside en que el Juez que decide su apertura, si la decisión es positiva, se ve obligado a incurrir en prejuicios previos al juicio oral, pues abrir el juicio, en último término, supone afirmar que existe la sospecha suficientemente fundada de la realización del hecho punible a cargo del acusado. Para solventarlo existen dos posibilidades: limitar las facultades de control, aunque ello suponga renunciar parcialmente a la función garantizadora que tiene para el inculcado esta actuación procesal, o dejar la decisión de apertura en manos de un Juez distinto al encargado del enjuiciamiento, al que en contrapartida se le faculta para realizar un examen más amplio sobre el fundamento de la acusación». Ese es el diseño del AP 2011. En López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio, *El proceso penal como sistema de garantías (IV): La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio*, op. cit.

ambos proyectos conceden a esta fase intermedia o juicio de acusación se ve reflejada en una normativa extensa y detallada.

Así, el AP 2011 dedica los arts. 494 a 502 y 516 a 539, que se encargan de regular la finalización de la investigación, la posibilidad de practicar diligencias complementarias, la decisión sobre la conclusión y el archivo o la continuación del procedimiento, el ejercicio de la acción penal a través del escrito de acusación, el juicio sobre esta acusación —que incluye el análisis sobre la legitimidad de las acusaciones personadas—, y la decisión final sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento.

Por su parte, el CPP 2013 dedica a esta fase los arts. 417 a 431, con un esquema similar, que se inicia con la decisión sobre la conclusión y archivo o continuación de la causa, la formulación de los escritos de acusación y defensa, y la decisión final sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa.

Se trata de una regulación que, con carácter general, ha sido bien valorada por diversos autores como LÓPEZ LÓPEZ⁽²⁵⁵⁾ quien, en relación con el AP 2011, destaca que «el control de la acción penal por parte del Juez, se sigue viendo reforzado en la fase intermedia, en la que se desarrolla un auténtico juicio de acusación a cargo de un juez que no ha participado en la actividad investigadora y que, por ello, en momento alguno se ha pronunciado sobre las pretensiones acusatorias. En definitiva, se trata de establecer un control judicial sobre la acción penal, que se pretende ejercer una vez finalizada la investigación, resolviendo la prosecución del proceso y la apertura del juicio oral o el sobreseimiento que corresponda».

De la misma opinión son LÓPEZ ORTEGA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁽²⁵⁶⁾ quienes, no obstante, apuntan algunas similitudes y diferencias de concepto entre ambas propuestas.

Y así, en primer lugar, destacan con carácter general que «el objeto del juicio de acusación —en relación con la suficiencia de la prueba— debe entenderse (...) en términos de probabilidad objetiva. Su constatación no exige la certeza o la alta probabilidad de una futura condena, sino la simple aptitud abstracta del material de que dispone la acusación para producirla.

(255) López López, Enrique, *El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal*, op. cit.

(256) López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio, «El proceso penal como sistema de garantías (III): La contradicción previa al juicio en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal», *Revista Diario La Ley*, n.º 8111, 24 de junio de 2013.

En otros términos, se trata de verificar la existencia de una base razonable en la acusación que se formula».

Sin embargo, no existe un desarrollo normativo o jurisprudencial sobre, al menos, «un elenco de estándares negativos que determinen necesariamente el rechazo de la procedencia de la acción penal. Frente a la apreciación de la duda razonable, que sólo puede realizarse tras la práctica de la verdadera prueba en el acto del juicio, la presencia efectiva de una mínima actividad probatoria de cargo puede ser valorada anticipadamente en el juicio de acusación —esto es, en el momento en que el Fiscal presenta al Juez los cargos definitivos y los fundamentos de su pretensión acusatoria—».

La cuestión es particularmente relevante ya que, para estos autores, se debe «distinguir (...) entre el archivo acordado por el Fiscal en la fase investigadora, carente de todo efecto de cosa juzgada —en la medida en que la autoridad que lo acuerda carece de potestad jurisdiccional—, y el verdadero sobreseimiento, como decisión judicial definitiva —y previa al juicio oral— sobre la acción penal que el Fiscal pretende presentar. (...) Con esta distinción puede alcanzarse una doble garantía. Por un lado, la más clara articulación de la división del proceso en una fase preparatoria —dirigida por el órgano público que debe determinar si procede ejercer la acción penal— y otra principal —dominada por los órganos jurisdiccionales que han de decidir sobre la acción penal que pretende ejercitarse— redundará en beneficio del ciudadano afectado. Éste debe tener la certeza de que los cargos definitivos que contra él se formulan en el juicio de acusación han de encontrar una respuesta judicial igualmente definitiva».

No obstante, ni el AP 2011 ni el CPP 2013 «han llegado a realizar esta división estructural. El primero de los dos textos sí que procuraba establecer un sobreseimiento en la audiencia preliminar con efecto general de cosa juzgada. Sin embargo, en una extraña inercia del actual sistema de instrucción —en el que las funciones directivas de la investigación y las jurisdiccionales están confundidas en un mismo sujeto—, mantiene, con carácter general, el instituto del sobreseimiento en la fase investigadora. Hace, así, que toda decisión de archivo del Fiscal tenga que ser refrendada a través de una decisión judicial de sobreseimiento del Juez —de efectos diferentes según los casos, siendo unas veces provisional y otras definitivo—».

El CPP 2013, por su parte, «se limita a reproducir la institución del sobreseimiento tal y como está contemplada hoy día en la regulación vigente (...) aunque mantienen el «sistema por el que toda decisión de archivo del Fiscal

debe quedar judicialmente refrendada a través de un sobreseimiento de distintos efectos».

De hecho, en otro de los trabajos publicados sobre el CPP 2013⁽²⁵⁷⁾, señalan que «la principal actuación que se realiza en el período intermedio es adoptar una decisión a cargo de un juez sobre la apertura del juicio oral, verificando el fundamento de la acusación. Su importancia reside en su función de control negativo, estableciendo un marco procesal para discutir y decidir sobre la necesidad de proceder contra el inculcado en el marco del juicio oral. (...) Hacer efectiva la garantía de la presunción de inocencia en esta fase preliminar también supone evitar la realización del juicio cuando la acusación se funde en un medio de prueba objetivamente inidóneo para servir de fundamento a una sentencia condenatoria y, por tanto, aboque irremisiblemente a la absolución. (...) La depuración de la prueba ilícita también debe formar parte del conjunto de actuaciones que se desarrollan en la fase intermedia. Independientemente de que el control de la validez del material probatorio que accede al juicio oral se encomiende al juez de la fase intermedia o al Tribunal encargado de realizar el enjuiciamiento, lo que sí resulta esencial es que la prohibición probatoria opere como una auténtica regla de exclusión impidiendo el acceso de la prueba ilícita al juicio oral».

Es en este punto donde se observa, según estos autores, una diferencia sustancial entre ambos textos, ya que el AP 2011 opta por un modelo en el que, con carácter previo al juicio oral, se examina no sólo la suficiencia de la prueba (en el juicio de acusación propiamente dicho que se celebra ante el juez de la audiencia preliminar) sino también sobre la pertinencia y la validez de la prueba (dentro de la fase intermedia y ante el tribunal de enjuiciamiento)⁽²⁵⁸⁾; mientras que la propuesta de regulación del CPP 2013 difiere menos del sistema vigente ya que, en lo relativo a la prueba ilícita, «su impugnación (...) sigue el modelo del procedimiento abreviado, es decir, la vulneración de derechos fundamentales puede alegarse como una cuestión previa al comienzo del juicio oral, el Tribunal puede resolverla en ese acto o diferir la resolución para la sentencia⁽²⁵⁹⁾».

Sea como fuere, ambos autores coinciden en señalar que «tanto desde el punto de vista de la depuración de la prueba como desde la óptica de la

(257) López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio, *El proceso penal como sistema de garantías (IV): La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio*, op. cit.

(258) Ver, en tal sentido, los arts. 543 y 544 AP 2011.

(259) Ver, en tal sentido, el art. 443 CPP 2013.

depuración de los cargos, la atribución de la dirección de la investigación al órgano público que debe decidir sobre el ejercicio de la acción penal conduce a mejorar el estándar de garantías. La mayor eficacia del nuevo modelo se extiende, pues, al ámbito mismo de los derechos fundamentales y de la presunción de inocencia» ⁽²⁶⁰⁾.

Una vez analizadas las deficiencias del actual modelo de instrucción, así como las propuestas que se han formulado en los últimos años para superarlas, estamos en condiciones de proponer un nuevo diseño de investigación penal que, recogiendo muchas de las ideas que se han ido exponiendo, permita conciliar de manera adecuada la ineludible garantía de los derechos fundamentales de los implicados con la irrenunciable eficacia del sistema.

(260) López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio, *El proceso penal como sistema de garantías (III): La contradicción previa al juicio en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*, op. cit.



¿Puede ser más eficaz y garantista la investigación penal de un fiscal que la de un juez de instrucción? Esta es la pregunta a la que trata de responder esta obra.

En ella se hace un estudio riguroso sobre la realidad del proceso penal en nuestro país, se analizan datos estadísticos y se ofrecen opiniones doctrinales plurales que conducen a un panorama sombrío: la cronificación de la ineficiencia de un modelo basado en unas estructuras que ya no pueden ofrecer una adecuada respuesta a la criminalidad del siglo XXI.

Se trata de una de las primeras publicaciones que hace un análisis detallado de las reformas procesales del año 2015 y, más en concreto, de los arts. 284.2 y 324 LECrim, para constatar que no han servido para superar la dilación estructural del sistema de Justicia penal.

Y esto es así porque el problema es el sistema, como ponen de manifiesto los dos intentos de reforma integral de la LECrim que, desde gobiernos con distinto signo político, coinciden en lo esencial: atribuir la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal y reconvertir al juez de instrucción en un verdadero juez de garantías. En esta monografía se exponen las razones que permiten avanzar hacia ese sistema.

En el nuevo modelo que se propone el juez asume su verdadera posición como tercero imparcial en el marco de una controversia entre las partes. Y, en ese marco funcional, las defensas y las acusaciones podrán intervenir en la investigación del fiscal, sin merma alguna de su eficacia, y podrán acudir al juez de garantías para hacer valer sus pretensiones.

En definitiva, el sistema que se plantea en esta obra permite conjugar dos principios que sólo pueden ser considerados como complementarios: la eficacia y las garantías.



Wolters Kluwer