

Debates Jurídicos

Núm. 2 – Abril 2014

El fiscal instructor y el principio de oportunidad

por Gonzalo Boyé Tuset

Boye-Elbal *y* Asociados



Gonzalo Boyé Tuset es abogado y profesor de Derecho Procesal Penal en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. También es miembro de la Independent Fact Finding Committee de la Liga de Estados Árabes para Gaza y abogado del European Centre for Constitutional and Human Rights y del Palestinian Center for Human Rights.

Debates Jurídicos es una plataforma creada por **Rights International Spain (RIS)** donde se busca dar cabida a opiniones de distintos expertos y profesionales del mundo del derecho sobre temas jurídicos de actualidad en materia de derechos humanos que son de interés para la organización. El contenido de estos textos es de responsabilidad exclusiva de sus autores y no refleja necesariamente la posición ni las políticas de RIS.

Boyé-Elbal y Asociados (<http://www.boyeelbal.com/>) es un despacho de abogados especializado en el ámbito penal.

Rights International Spain (<http://rightsinternationalspain.org/>) (**RIS**), es una organización no gubernamental, independiente, formada por juristas especializados en Derecho internacional, cuyo fin principal es la defensa de los derechos y las libertades civiles, y ello a través de un uso más efectivo del Derecho internacional de los Derechos humanos y los mecanismos de protección.



Este obra está publicada bajo una Licencia Creative Commons Atribución-Compartir Igual 4.0 Internacional. Para más información sobre la licencia puede consultar el siguiente link: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

Resumen Ejecutivo

En este *Debate Jurídico* abordamos de nuevo el tema de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este caso, el análisis se centra en lo que la propia reforma califica como “una de las novedades más sobresalientes”, esto es, en la figura del Fiscal Instructor, al que no sólo se le confiará la instrucción de los procesos, también la potestad para aplicar el principio de “oportunidad” y ejercer o no la acción penal.

Según la Exposición de Motivos, desde la perspectiva de la eficacia, el modelo del Fiscal investigador es preferible al del Juez de Instrucción. Aunque, desde una injustificada desconfianza hacia la Fiscalía, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica se esgrimen como argumentos contra la reforma, lo cierto es que los expresados principios constitucionales permiten la aplicación de criterios coherentes, así como el seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal en los distintos ámbitos de la criminalidad y en todo el territorio nacional.

Como afirma el autor, estamos ante argumentos apriorísticos que únicamente reflejan el triunfo de unas tesis fiscalistas sobre otras, pero que no aseguran el éxito en los fines previstos pues el proyecto de reforma ni siquiera viene acompañado de dotaciones humanas y materiales que hagan ese modelo más “eficaz”, como se dice. A la vista del nuevo planteamiento, lo realmente crucial como requisito previo sería convertir la Fiscalía en una institución verdaderamente independiente del poder ejecutivo. Ello exigiría de entrada una reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, cosa que no está prevista.

Además de la restricción de la acción popular como mecanismo de control, la introducción del principio de oportunidad no deja de ser -como sostiene el autor- una simple opción legislativa sin argumentos jurídicos, una decisión que dará lugar a tensiones constitucionales, pues resulta una antinomia del principio de legalidad que dará lugar a situaciones de arbitrariedad. Problemas que también se plantearán por la confusión de conceptos y prerrogativas dentro de las tareas de control de medidas que afectan a derechos fundamentales. Una consecuencia lógica de una reforma plagada de errores técnicos y conceptuales.

Rights International Spain

Introducción

La futura reforma procesal penal en España conllevará no solo el cambio de éste sino que, además, implicará la aparición o potenciación de figuras y principios que afectarán de manera significativa el desarrollo y las características del proceso penal. Una de las figuras que más debate genera es la del Fiscal Instructor; pasaremos del sistema tradicional y decimonónico del Juez Instructor, con sus ventajas y desventajas, a una instrucción penal dirigida por el Fiscal que, además, contará en su desempeño con el principio de oportunidad penal.

Ambas modificaciones, analizadas separadamente, pueden llevar a conclusiones erróneas sobre los aciertos y desaciertos del actual borrador del Código Procesal Penal (en adelante BCPP). Por ello, en este trabajo analizaremos ambas conjuntamente y, a pesar de otras muchas particularidades de dicho BCPP, limitaremos nuestro estudio a lo que podría llegar a ser un Fiscal Instructor dotado de oportunidad penal.

1. Necesidad de una reforma procesal penal

Sobre la necesidad de reforma, o mejor dicho transformar, las normas procesales penales y, por ende, el proceso penal en España, nos adheriremos a lo planteado por Nicolás Cabezudo Rodríguez¹ cuando dice que *"tras casi 120 años y 63 reformas parciales, la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal no admite más remiendos, y ya sea por su ancianidad, ya lo sea por una política legislativa errática y escasamente armónica en la gestión de esas fragmentarias actualizaciones, se nos muestra como un texto caduco y poco apto para afrontar los retos de la sociedad actual. De ahí que la teórica renovación habrá de ser superlativa, esto es, completa, concluyendo en la instauración de un nuevo código procesal penal, cuya trascendencia, no sólo técnica sino también estructural, es difícilmente mensurable al incidir en la propia esencia del Estado de Derecho"*.

Efectivamente, si queremos dotarnos de un proceso moderno, adaptado a las necesidades de la sociedad actual y que refleje el desarrollo doctrinal y jurisprudencial en materia de derecho fundamentales, no queda otro camino que el propio de una reforma integral. Otra cosa es cómo se aborda la misma y desde qué parámetros técnicos, jurídicos, sociológicos y políticos se realiza.

¹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal", en Revista Jurídica de Castilla y León, nº 14, enero 2008.

Una de las áreas a reformar que más debate y tinta han vertido es la que afecta al papel que tendrá que desempeñar el Ministerio Fiscal en el nuevo proceso penal. Las posturas parecen no sólo enfrentadas sino abiertamente irreconciliables y, seguramente, las razones de tal encono podrían radicar en la propia propuesta legislativa así como en el cúmulo de errores técnicos que, sobre este aspecto, contiene.

A quién se le entrega o no la investigación penal no es un elemento menor y, por sorprendente que parezca, las posturas de los principales grupos parlamentarios han ido variando en función de la posición que ocupan en las cámaras legislativas. Cuando gobernaba el Partido Socialista, el opositor Partido Popular se oponía abiertamente al "Fiscal Instructor"; ahora, la propuesta legislativa que incluye tal "traspaso de poderes" la abandera el Partido Popular con la clara oposición del Partido Socialista. Seguramente, las razones de unos y otros radiquen más en cuestiones de control político que de política legislativa y, ello, porque la atribución a un órgano u otro de la investigación penal puede, de hacerse erróneamente, tener claras consecuencias en el plano no solo de política criminal y legal sino, específicamente, en el político.

Aquí, como no podía ser de otra forma, abordaremos el problema desde una perspectiva absolutamente técnica y tratando de construir un debate en torno a lo que nadie discute como necesario: reformar integralmente el proceso penal que se ha quedado obsoleto por las razones ya expuestas.

2. Marco normativo actual

2.1 Respecto de Jueces y Tribunales

De forma resumida puede afirmarse que, con carácter general, nuestro vigente sistema procesal penal tiene encomendada, de forma exclusiva, la instrucción a un Juez al que el propio ordenamiento denomina "Juez de Instrucción" dentro de lo que es la función jurisdiccional que, por imperativo Constitucional, corresponde en exclusiva a Jueces y Tribunales.

En el ámbito de las excepciones, hemos de destacar la introducida por la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORPM), L.O. 2/2000 que introdujo la figura del Fiscal Instructor o, dicho más correctamente, trasladó las funciones instructoras del Juez de Menores al Fiscal de Menores.

Para quienes sostienen que la Instrucción de las causas penales no debe ser radicada en los miembros del Ministerio Fiscal, uno de los principales argumentos radicaría en que la instrucción penal se enmarcaría entre las funciones jurisdiccionales y que ello correspondería, en exclusiva, a los miembros de la carrera judicial. En apoyo de tal tesis habría que acudir a lo previsto en el artículo 117.3 de la Constitución que dice: "*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, **juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado**, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (...)*".

Este sector doctrinal parte de la premisa cierta de que existe una atribución exclusiva de la "*potestad jurisdiccional*" a favor de Jueces y Tribunales, asumiendo que la "*instrucción penal*" formaría parte de esa potestad exclusiva y excluyente. Pensamos que el argumento no es del todo acertado, especialmente porque de la propia lectura de la norma fundamental se desprende que la "*potestad jurisdiccional*", *estricto sensu*, se circunscribiría a juzgar y ejecutar lo juzgado; no a investigar lo pendiente de enjuiciamiento.

Incluso podemos avanzar más en dicho argumento si tenemos en consideración que el apartado 4º del mismo artículo 117 de la Constitución preceptúa que "*Los Juzgados y Tribunales **no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho.***" Es decir, de un análisis sistemático del artículo 117 de la Constitución tenemos que la potestad jurisdiccional, al menos para el constituyente, abarcaría, de forma exclusiva, el juzgar y ejecutar lo juzgado pero que, excepcionalmente y siempre previa disposición legal, podría atribuirse - como ya se hace- a Jueces y Tribunales otras funciones o no, tal cual se acordó en la ya citada LORPM del año 2000.

En resumidas cuentas, se podría entender que investigar un hecho de relevancia penal no entra, *estricto sensu*, dentro de la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales y que, si lo están haciendo, es por mera atribución de carácter legal. Sentada esta base, no existiría impedimento constitucional para radicar la facultad y la obligación de investigar en otro órgano estatal sin perjuicio de la necesidad de intervención de un órgano jurisdiccional a la hora de adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Otro de los argumentos que se pueden utilizar para defender que la instrucción o investigación penal se mantenga en el ámbito del poder judicial es el

A quién se le entrega o no la investigación penal no es un elemento menor. Las razones radican más en cuestiones de control político que de política legislativa.

de la necesaria independencia de quien instruye y que la misma sólo puede ser garantizada por los Jueces y Tribunales.

Este argumento encuentra fundamento en el ya citado artículo 117 de la Constitución, especialmente en sus apartados 1º y 2º que establecen la independencia, imparcialidad e inamovilidad de los Jueces. No es un argumento menor siempre y cuando se considere que para investigar un hecho de relevancia penal se necesite ser independiente e imparcial y, más aún, si esa imparcialidad se pierde o no durante el proceso de investigación. La imparcialidad genérica de los Jueces y Tribunales no nos parece un argumento suficiente a efectos del mantenimiento de la instrucción en el ámbito del Poder Judicial; incluso existen voces muy cualificadas, cuyo criterio compartimos, que apuntan justo en la dirección contraria².

El propio acto de investigar un hecho de relevancia o posible relevancia penal incide, directa o indirectamente, en la pérdida de imparcialidad de quien lo está investigando - cosa que es lógica porque se van construyendo tesis, incluso en el subconsciente, respecto al cómo, cuándo y quién. Y, si al mismo tiempo, para desplegar su actividad y alcanzar sus objetivos, debe adoptar resoluciones restrictivas o no de derechos, lo que hace es adoptar una determinada posición con la consiguiente pérdida de la imparcialidad.

Ahora bien, no se trata en esta sede de decantarse por una u otra posibilidad sino que, ante el marco normativo actual, bien se puede optar por uno u otro modelo, es decir atribuir o no la investigación penal al Juez pero, sin duda, no existe inconveniente constitucional alguno a la hora de tomar esa decisión.

2.2 Respetto del Ministerio Fiscal

Revisada someramente la normativa actual respecto de Jueces y Tribunales en relación con la investigación penal, corresponde ahora realizar el mismo trabajo respecto del Ministerio Fiscal.

² Entre otros, destacamos a MORENO CATENA, V.: «La Justicia Penal y su reforma», en *Justicia* 88, núm. II, pp. 313 a 318; y más recientemente en «La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Pamplona, 2005, pp. 54 a 56; en «El papel del Juez y del Fiscal durante la investigación del delito», en *Hacia un nuevo proceso penal* (Manuales de formación continua de la Escuela Judicial), Madrid, 2005, pp. 55 a 92; y en «El Ministerio Fiscal, Director de la investigación de los delitos», en *Teoría & Derecho*, I, junio/diciembre de 2007, pp. 80 y ss; o, también, VIVES ANTÓN, T.S.: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en *Poder Judicial*, núm. especial II (Jornadas sobre la Justicia Penal), 1987, pp. 93 a 128; y acerca de la imparcialidad en «Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito», en *Teoría & Derecho*, I, junio/diciembre de 2007, pp. 99 a 121.

Como primer paso, y siguiendo en esto a Rubén Martínez³, el análisis del actual marco normativo debemos comenzar en el ámbito Constitucional. Así tenemos que el artículo 124 de la Constitución⁴ establece que el Ministerio Fiscal **tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad** ejerciendo dichas funciones conforme a los **principios de unidad de actuación y**

Las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal las tiene que hacer sobre la base de los principios de "unidad de actuación", "dependencia jerárquica", "legalidad" e "imparcialidad", no todos ellos compatibles entre sí.

dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad y que **la Ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal**. De esta norma se desprende que es obligación de este ministerio público la promoción de la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, tanto de oficio como a petición de los interesados. Ahora bien, las funciones encomendadas (promoción de la acción de la Justicia) las tendrá que hacer sobre la base de los principios de "unidad de actuación", "dependencia jerárquica", "legalidad" e "imparcialidad", no todos ellos compatibles entre sí, y mucho menos con la nueva función que se le pretende encomendar: la instrucción o investigación penal.

Sí resulta necesario analizar, dentro del vigente marco normativo, algunas otras normas como son las contenidas en la Ley 50/1981 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y, especialmente las consignadas dentro del Capítulo II, Funciones y, específicamente cuando en su artículo 3 las enumera⁵. Sin perjuicio

³ MARTINEZ, R., "El Ministerio Fiscal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Derecho Procesal Penal, Noticias Jurídicas, Enero 2010.

⁴ **Artículo 124** de la Constitución: "1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, **tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad**, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, **de oficio o a petición de los interesados**, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los **principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad**. 3. **La Ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal**. 4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial."

⁵ **Artículo 3** del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: "Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: 1. Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes. 2. Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales. 3. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa. 4. **Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda**. 5. **Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores**, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas. 6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley. 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación. 8. Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e

de lo previsto en el artículo 1 del citado Estatuto, que básicamente es una transposición del mandato constitucional, estableciendo la misión del Ministerio Público, traemos a esta sede lo previsto en el artículo 3 por la relevancia que lo aquí preceptuado tendrá a la hora de adoptarse una u otra solución legislativa en la futura reforma del proceso penal.

En cualquier caso, y con independencia de las posturas favorables o desfavorables a la entrega de la investigación o instrucción penal al Ministerio Fiscal, lo cierto y verdad es que, al igual que ocurre con el caso de los Jueces y Tribunales, una interpretación de conjunto, en el plano de la legalidad vigente, permitiría esa atribución sin grandes problemas. **Otra cosa es cuando ello se combine con el principio de oportunidad penal** como analizaremos más adelante.

3. Borrador de Código Procesal Penal

No siendo esta la sede para adentrarnos en un estudio historio o historicista de las diferentes propuestas de reforma procesal penal, lo cierto es que en la actualidad contamos con un BCPP elaborado bajo los auspicios del actual Ministro de Justicia, Alberto Ruíz Gallardón, y sobre esta base realizaremos nuestro análisis, partiendo, como se ha indicado, del vigente marco normativo y relacionándolo con el propuesto.

En los años previos a la aparición del reciente BCPP muchos han sido los debates y muy enconadas las posiciones doctrinales⁶ respecto del concreto tema de este trabajo: el traslado de la investigación desde el ámbito jurisdiccional del Juez de Instrucción al del Fiscal investigador, así como la introducción del principio de oportunidad penal.

Finalmente tenemos un documento plagado de **errores técnicos y conceptuales** pero que, al menos, permite centrar la discusión sobre algunos temas que son relevantes para todos los operadores jurídicos. Sobre esta base

intervenir en las promovidas por otros. 9. Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social. 10. Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas."

⁶ Entre los contrarios a la "tesis Fiscalista" destacamos a ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal», en *Teoría & Derecho*, I, junio/diciembre de 2007, p. 18. El mismo autor, ya hacía hincapié en esta circunstancia hace años en «El Ministerio Fiscal entre el «viejo» y «nuevo» proceso», en AA.VV., *La reforma del proceso penal*, Madrid, 1990, pp. 110 a 113 y, entre los favorables a ella, podríamos destacar la postura de ARMENTA DEU, T., «El Fiscal instructor», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16 (mayo/agosto, 1982), pp. 216 a 218, planteaba serias dudas al respecto. En el mismo sentido se manifiesta BLASCO SOTO, M.C., «El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo», en *Documentos Penales y Criminológicos*, V. I (2001), pp. 465 a 470 (nótese que la planteaba ya en 1982).

trabajaremos e iremos interrelacionando el análisis de las atribuciones al Fiscal, durante la fase de investigación, y la omnipresencia del principio de oportunidad que recorre la integridad del BCPP.

Sin ambages, el BCPP se ha decantado por la potenciación del papel del Ministerio Fiscal⁷. Las claves de esta decisión las podemos encontrar en la propia Exposición de Motivos y bien podemos resumirlas, al igual que se hace en ella, en que *"configura un sistema de investigación y enjuiciamiento moderno, ágil y equilibrado, que se atreve a romper con la perniciosa tradición inquisitorial y atribuye la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, sin duda una de las novedades más sobresalientes"*. Las razones para decantarse por el Fiscal como motor del proceso penal nos las da la misma Exposición de Motivos al afirmar que: *"(..) desde la perspectiva de la eficacia el modelo del Fiscal investigador es preferible al del Juez de Instrucción. Aunque, desde una injustificada desconfianza hacia la Fiscalía, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica se esgrimen como argumentos contra la reforma, lo cierto es que precisamente los expresados principios constitucionales permiten la aplicación de criterios coherentes y el seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal, en los distintos ámbitos de la criminalidad y en todo el territorio nacional"*.

En realidad son **argumentos apriorísticos** que reflejan un triunfo de las tesis fiscalistas⁸ sobre otras muchas, especialmente la de los jueces; pero que **no aseguran ningún tipo de éxito en los fines previstos**. Nada permite aventurar que este cambio en la dirección del proceso vaya a conseguir una mayor eficacia, es más un deseo voluntarista que otra cosa y, especialmente, si tenemos en consideración que -al menos en la configuración actual de la Fiscalía- se **carece de los medios humanos y materiales para abordar la tarea, sin siquiera entrar en criterios de eficiencia**⁹.

Ahora bien, argumentar como se hace que los **principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica** servirán de base para una más **eficiente actuación** en el ámbito de la investigación penal nos parece una **auténtica**

Al menos en la configuración actual de la Fiscalía, se carece de los medios humanos y materiales para abordar la tarea, sin siquiera entrar en criterios de eficiencia

⁷ Que como dice Ernesto Pedraz Penalva en **Organización Judicial y Ministerio Fiscal**, Revista de Derecho, Vol. VI, diciembre 1995, pp. 39-78, sería una suerte de corriente dominante que se acerca, con matizaciones, al modelo anglosajón.

⁸ En este punto hay que estar de acuerdo con Nicolás Cabezudo Rodríguez en que *"si algo caracteriza a tales menciones es un enfoque panegírico y escasamente crítico"*, en "Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal", *op. cit.*

⁹ En realidad *"se carece de datos que avalen el resultado presupuesto, esto es, la aceleración procedimental que comportaría la reforma"*, tal cual afirma Cabezudo Rodríguez, *op. cit.*

falacia¹⁰. Y lo es porque no podemos olvidar que el modelo por el que opta el BCPP incluye también la atribución al Ministerio Público de algunos instrumentos que, por vía de principios, son incompatibles con una serie de derechos constitucionales, tal y como veremos más adelante.

Como en la integridad del proceso previsto, pero especialmente la fase inicial (de investigación), el auténtico protagonista es el Fiscal, no son pocas las atribuciones que se le conceden. Incluso algunas son abiertamente cuestionables como, por ejemplo, que sea el Fiscal quien aprecie, *ab initio*, la conexidad de hechos a efectos de competencia. Sin duda existirá un control jurisdiccional de la misma, pero eso no ocurre sino hasta avanzada la investigación.

Algunas atribuciones

son abiertamente cuestionables como, por ejemplo, que sea el Fiscal quien aprecie, ab initio, la conexidad de hechos a efectos de competencia.

Especial atención merece, a los efectos de este trabajo, lo expuesto en la Exposición de Motivos y referido al Título III del Libro I del BCPP cuando anuncia la introducción del principio de oportunidad penal y lo justifica de la siguiente forma: "*Mediante la nueva regulación de la acción penal se instauro con carácter general en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad, el cual sólo regía con anterioridad en reducidísimos casos. Se ha considerado que la **atribución de discrecionalidad a la Fiscalía para la persecución penal en virtud de criterios legalmente previstos, aplicables según las circunstancias de los supuestos concretos, ofrece más ventajas para el interés público que el mantenimiento de un ciego automatismo en el ejercicio del ius puniendi estatal derivado de una comprensión simplemente retributiva del principio de legalidad. No obstante, la posible impugnación de la decisión de archivo de las diligencias de investigación por parte de la acusación popular¹¹ o particular asegura el control judicial de la aplicación del principio de oportunidad en interés de la justicia***".

En realidad no estamos más que ante unas manifestaciones voluntaristas o ante una opción legislativa, pero no ante unos auténticos y sopesados argumentos jurídicos. Sin adentrarnos en grandes disquisiciones, es evidente que no resulta desacertado la introducción del principio de oportunidad penal sin más pero, qué

¹⁰ O más bien algo que se corresponde con una "campaña de imagen(...) montada (...) sobre la denuncia sesgada de los incuestionables defectos —y sólo defectos— del Juez de instrucción; y sobre el apologético sobredimensionamiento de las virtudes —y sólo virtudes— del Fiscal» según ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal», en *Teoría & Derecho*, I, junio/diciembre de 2007, p. 18.

¹¹ En realidad tal afirmación es incierta porque si hay algo en lo que se caracteriza este borrador es en el "asesinato" de la acusación popular como instrumento o canal de la sociedad civil para participar en la Administración de Justicia, lo que no forma parte de este trabajo pero si de una constante preocupación. En este sentido véase, por ejemplo, BERNABÉU, A.: "La legitimación popular de la justicia. Salvar la acusación popular", *Rights International Spain, Debates Jurídicos*, núm. 1, febrero de 2014,

duda cabe, el mismo debería estar acotado a algunos delitos concretos: los de menor relevancia o de bagatela o claramente reglado como proponen diversos autores¹².

En cualquier caso, es evidente que la **introducción del principio de oportunidad generará tensiones constitucionales o de constitucionalidad** porque, como sostiene Conde-Pumpido Ferreiro, *"la Constitución, de las dos opciones que caben adoptar como criterio de actuación del Ministerio Fiscal, la legalidad o la oportunidad, ha optado por la primera, lo que significa que los imperativos de conducta del Fiscal, la adopción de iniciativas en orden a la persecución del delito o la de sus posturas procesales, vienen prefijados por el ordenamiento jurídico"*¹³. Razonamiento matizado posteriormente, cuando llega incluso a admitir que *"(...) disponer caprichosamente de su capacidad de acusar o no, sino que la opción (venga) ordinariamente determinada por razones legalmente preestablecidas... (obedeciendo) a un criterio axiológico que las (haga) prevalecer sobre el eventual beneficio del castigo del hecho concreto"*¹⁴, es decir que se pueda admitir una "oportunidad reglada", criterio nada desdeñable.

Decimos lo anterior porque, como hemos analizado con anterioridad, la actuación del Ministerio Fiscal viene configurada bajo el principio de legalidad y, por tanto, nada impediría que si la Ley prevé la conformidad así pueda actuar el Fiscal investigador; sin confundir conformidad con un más amplio principio de oportunidad. Sin embargo, es norma de rango superior la contenida en el artículo 14 de la Constitución donde se preceptúa la igualdad ante la Ley y, qué duda cabe, la aplicación arbitraria o no reglada del principio de oportunidad generaría tensiones de carácter constitucional por poder dar lugar a desigualdades no deseadas por el Legislador constitucional.

El BCPP, presenta una serie de novedades y, entre ellas y al objeto de lo que forma parte de este estudio, debemos destacar cómo, y por contradictorio que parezca, en su propia Exposición de Motivos se avanza que: *"En el ámbito de las partes que ostentan legitimación activa, el Código contempla primero al Ministerio Fiscal, cuyo papel se ha potenciado notablemente, como se ha explicado con anterioridad. Digna de ser resaltada es, también, la integración de la Policía Judicial en la Fiscalía, un radical cambio de modelo que blindo la independencia de la investigación penal frente al Poder Ejecutivo"*. Para acto seguido afirmar que: *"(...) el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio de la acción penal. La víctima de*

¹² Entre ellos destaco a MORENO CATENA, V.: "La Justicia penal y su reforma", *op. cit.*, esp. p. 316; así como a VIVES ANTON, T.S.: "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", *op. cit.*, pp. 93 y ss. y pp. 108 y ss.

¹³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: "El Ministerio Fiscal en la Constitución", en RGLJ, 1981, pp. 583 y ss., esp. p. 590.

¹⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: "Legalidad 'versus' oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios públicos", en *Primeras Jornadas de Derecho judicial*, *ob. cit.*, pp. 717 y ss.

cualquier delito puede constituirse en parte acusadora, solicitar medidas de investigación y cautelares y solicitar la condena, como se ha reconocido en nuestro ordenamiento con una amplitud sin parangón en el entorno jurídico al que pertenecemos".

Es en esa propia Exposición de Motivos, y a reglón seguido de lo anterior, donde se anuncia el **cercenamiento drástico de la legitimación activa por parte de la Acusación Popular** y que sin ser eso materia de este estudio, sin duda es uno de los desaciertos dignos de resaltar.

Dicho lo anterior, corresponde realizar un somero análisis de lo previsto en el Título Preliminar del BCPP de reforma; especialmente por la incongruencia que del mismo se desprende respecto de los elementos esenciales que son objeto de este trabajo, como son el traslado de la instrucción al Ministerio Fiscal y la introducción del principio de oportunidad penal. Por razones de sistemática, dividiremos inicialmente el análisis del BCPP entre las normas que otorgan la instrucción al Ministerio Fiscal para luego adentrarnos en las normas referidas a la introducción del principio de oportunidad penal que presenta como otra gran novedad la reforma procesal.

3.1 Instrucción o investigación por parte del Ministerio Fiscal

En este apartado nos limitaremos a analizar aquellos preceptos contenidos en el BCPP que establecen, perfilan y delimitan las funciones del Fiscal como director de la investigación en sustitución del Juez de Instrucción previsto en nuestro actual ordenamiento procesal penal.

Parte el borrador anunciando del principio de legalidad. Al respecto, decir que se trata de una mención a la prohibición de penar conductas que no se hayan previamente previstas como delito, aclaración necesaria desde la perspectiva de la introducción del principio de oportunidad que se realiza en el mismo borrador de cuerpo legal. Otro tanto sucede con los principios de contradicción e igualdad de armas y de oralidad y de publicidad, como veremos más adelante.

En cuanto a lo que interesa en este trabajo, la atribución no ya de la investigación penal al Ministerio Público sino su atribución cuasi exclusiva, aparece a partir del artículo 55 del BCPP cuando prevé que: "**El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Fiscal, que habrá de interponerla y mantenerla ante el Tribunal competente cuando entienda que al encausado le debe ser impuesta sanción penal conforme a la Ley**" lo cual es luego ratificado al mismo tiempo, aunque matizado, en el artículo 89 al afirmar que: "*La acción penal es*

pública y se atribuye al Ministerio Fiscal. En los casos y en las formas previstas por este Código también puede ser ejercida por el acusador particular y popular."

Es evidente, con las excepciones legalmente previstas, que se atribuye al Ministerio Público una "cuasi exclusiva" sobre la postulación de la acción penal al avanzarse en lo que sería la cuasi desaparición de la acusación popular, tan útil en la persecución de determinados delitos.

De forma errónea, a nuestro entender, se lleva a la sede el Título II los "actos del Ministerio Fiscal", siendo esa la sede en la que se le atribuye una parte importante de sus funciones de cara a lo que podría llegar a ser el nuevo proceso penal.

Partiendo del Artículo 126 del BCPP tenemos, respecto de los actos del Ministerio Fiscal, que lo más relevante junto con la posición que se otorga al Ministerio Público, sería su potestad para acordar la detención o la práctica de diligencias de investigación o el aseguramiento de pruebas¹⁵. Básicamente, se trata de la forma en que deberán adoptarse las decisiones por parte de los Fiscales, pero la trascendencia irá mucho más lejos que una mera cuestión formal, toda vez que, entre otras cosas, se le concede la potestad de adoptar decisiones y, sin duda, ello conllevará una responsabilidad añadida como es la de poder prevaricar¹⁶.

La reforma le concederá la potestad de adoptar decisiones y, sin duda, ello conllevará una responsabilidad añadida como es la de poder prevaricar.

De la previsión proyectada aquí se desprende que, entre las atribuciones del Ministerio Fiscal, también estará la de solicitar detenciones. Posteriormente, del apartado 5º del artículo 126,¹⁷ se desprende que será el Ministerio Fiscal quien fije y establezca la legitimación activa y pasiva de las distintas partes del proceso, lo que también representa una novedad y refleja el empoderamiento que el borrador realiza a favor del Ministerio Público, sin perjuicio

¹⁵ **Artículo 126** del BCPP: 3.- "Las decisiones del Ministerio Fiscal adoptadas durante el curso del proceso penal adoptarán la forma de decreto cuando: a) **acuerde la detención o la práctica de diligencias de investigación o aseguramiento**; o b) **así se prevea en este Código o en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal**".

¹⁶ Decimos lo de prevaricar porque se sitúa al Fiscal de forma tal que puede adoptar resoluciones: "Los decretos identificarán la causa a la que se refieren, **expresarán la decisión adoptada** e informarán si cabe su impugnación judicial con indicación del Tribunal competente, en su caso. Cuando el Ministerio Fiscal lo considere conveniente los decretos incluirán una motivación sucinta. Cuando el decreto tuviere por objeto la detención de una persona deberá ser motivado, salvo urgencia acreditada".

¹⁷ **Artículo 126** del BCPP: 5.- "Los actos del Ministerio Fiscal se comunicarán a la **representación del encausado y de las demás personas a las que tenga por parte**, salvo que se haya declarado el secreto de las actuaciones. **Las diligencias y decretos serán comunicadas directamente por el Ministerio Fiscal**. Los actos procesales del Ministerio Fiscal dirigidos al Tribunal serán notificados a las restantes partes por el Tribunal, **salvo en el caso de que el Ministerio Fiscal haya dado traslado de los mismos directamente a la representación de las partes y les haya advertido del plazo establecido por la Ley para la realización de cualquier actuación procesal de postulación o alegación que sea consecuencia del acto del Ministerio Fiscal, en cuyo caso dicho traslado tendrá el mismo efecto que una notificación judicial**."

que por ser una decisión que puede afectar a Derechos Fundamentales¹⁸ es susceptible de recurso ante el Juez de Garantías.

Mayor problema generarán las notificaciones de dichas resoluciones al establecerse un sistema dual de difícil control y que, sin duda, será un nuevo germen de litigiosidad. Lo ideal habría sido la previsión de un único responsable en materia de notificaciones¹⁹.

Un aspecto positivo es la introducción de los apartados 7º y 8º, aparentemente intrascendentes, pero que reflejan una voluntad de modernización - y así hemos de interpretarlo- al referirse a la utilización de medios modernos como el correo electrónico, de igual manera a cómo se usa actualmente en otros países²⁰.

Un acierto inicialmente visto es la introducción de unos plazos máximos para la investigación por parte del Fiscal²¹. Lo negativo viene dado para la prolongación de la misma por periodos que podrán llegar a ser de hasta 3 años y medio si nos atenemos a lo proyectado en el apartado 2º de dicho artículo. Lo que no está mal es la supresión de una posible inseguridad jurídica al preverse en el apartado 3, lo que se debe entender por "investigación compleja"²².

Como no podía ser de otra forma, por afectar a un proceso con las debidas garantías, entre otros, al derecho constitucional, lo previsto en el apartado 5º también nos parece un acierto²³: la radicación, como función jurisdiccional, de la potestad de limitar el plazo máximo para la investigación.

¹⁸ Por ejemplo, al derecho de defensa y al derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros.

¹⁹ **Artículo 126** del BCPP: 6.- "Las comunicaciones que haya de realizar el Ministerio Fiscal se cursarán a través de cualquier medio idóneo. En caso de que la comunicación se frustre por circunstancias ajenas a la voluntad y razonable diligencia del destinatario no se tendrán por precluidas las posibilidades actuación e impugnación sometidas a plazo dependiente de la comunicación".

²⁰ **Artículo 127** del BCPP: 7.- "El Ministerio Fiscal podrá acordar para la práctica de las diligencias de investigación la utilización de los medios a que se refiere el artículo 121 de este Código. 8.- Todos los días y horas son hábiles para las actuaciones de investigación del Ministerio Fiscal".

²¹ **Artículo 127** del BCPP.- **Plazo de las Diligencias de Investigación:** 1.- Las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal se practicarán **durante el plazo de seis meses desde la fecha del decreto de apertura**. 2.- **Si la investigación es compleja el plazo de duración de las Diligencias de Investigación será de dieciocho meses, que podrá ser prolongado por igual plazo o por uno inferior** por el Tribunal de Garantías, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, por escrito que podrán presentar ante el Tribunal en el plazo de tres días.

²² **Artículo 127:** 3.- "A los efectos previstos por el apartado anterior se considerará que la investigación es compleja cuando: a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales; b) tenga por objeto numerosos hechos punibles; c) involucre a gran cantidad de encausados o víctimas; d) exija la realización de pericias que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis; e) implique la realización de actuaciones en el extranjero; f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico privadas o públicas; o g) sea un delito de terrorismo."

²³ **Artículo 127:** 4.- "El Ministerio Fiscal concluirá las Diligencias de Investigación cuando entienda que han cumplido su finalidad, aun cuando el plazo no hubiere vencido. 5.- Con la suficiente antelación al transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido concedidas, el Fiscal habrá de poner en conocimiento del Tribunal de Garantías las razones por las que no ha sido posible su conclusión. El Tribunal de Garantías, a instancia de parte y previa audiencia del Fiscal, fijará a éste un plazo máximo para la clausura de la investigación".

De este proyecto de norma se pueden extraer interesantes conclusiones, especialmente respecto de dónde ha residenciado el borrador la potestad jurisdiccional que, como no podía ser de otra forma, la mantiene en el ámbito judicial. Las decisiones del Fiscal instructor son impugnables y, siguiendo el régimen de impugnaciones previsto en el propio borrador, lo serán ante el Juez o Tribunal de Garantías²⁴.

Acto seguido se procede a establecer el sistema de tramitación de las impugnaciones, siendo lo más relevante la previsión de inexistencia de efectos suspensivos de dichos recursos, como tampoco podía ser de otra forma en un borrador que prima, en muchos casos, la celeridad por encima de las garantías procesales, sin perjuicio de aquellas excepciones que acuerde el propio Tribunal de Garantías *"para evitar la frustración de la finalidad de la impugnación, ponderando los intereses concurrentes."*

Siguiendo con el mismo orden -o desorden- sistemático que utiliza el BCPP, resulta interesante detenernos en las previsiones contenidas en los artículos 136 y 137 sobre la previsión de secreto de las actuaciones²⁵. Se atribuye también al Fiscal la **facultad de decretar el secreto de las actuaciones** mediante decreto motivado, como no podía ser de otra forma. Sin embargo, es evidente que la declaración de secreto de las actuaciones es una merma o restricción del derecho fundamental a la defensa y, por tanto, desde una perspectiva constitucional, dicha atribución no puede recaer en el Fiscal sino que ha de ser adoptada mediante resolución del Juez de Garantías, toda vez que es en él donde radica la potestad jurisdiccional²⁶.

Es evidente que la declaración de secreto de las actuaciones (atribuida al Fiscal) es una merma o restricción del derecho fundamental a la defensa.

²⁴ **Artículo 128.- Impugnación de los decretos del Ministerio Fiscal** "1.- Son impugnables los decretos del Ministerio Fiscal en los que se acuerden o denieguen medidas de investigación o de recogida instrumentos, efectos del delito o fuentes de prueba, los que acuerden o denieguen tener por parte a quienes pretendan intervenir como tales en las Diligencias de Investigación y los restantes decretos cuya impugnación esté expresamente autorizada por la Ley. Mediante la impugnación de los decretos se puede solicitar la declaración de su nulidad o su anulación por infracción del ordenamiento jurídico."

²⁵ **Artículo 136.- Motivos del secreto.** "Excepcionalmente, durante la fase de investigación, la causa podrá ser declarada secreta, total o parcialmente, para el encausado y las demás partes personadas cuando el conocimiento de su contenido suponga un riesgo relevante para el esclarecimiento del hecho, el aseguramiento de fuentes de prueba o de las responsabilidades exigibles o la protección de la víctima".

Artículo 137.- Declaración de secreto. "La declaración de secreto la realizará el Ministerio Fiscal por decreto motivado, que no será susceptible de impugnación. En el plazo de diez días la declaración de secreto habrá de ser ratificada por el Tribunal de Garantías por auto, que podrá ser recurrido en apelación."

²⁶ A este respecto valga recordar las Directivas de la UE relativas al derecho a la información en los procesos penales (Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012) y al derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención (Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013).

Incluso con el matiz de ratificación que se incluye en el artículo 137, la medida, por las causas ya expuestas, sólo puede ser adoptada por quien ostente la función jurisdiccional que, como venimos diciendo, no está residenciada en el Fiscal. Obviamente, la adopción de una resolución de este tipo introduce también al Fiscal en un ámbito que, como ya hemos expuesto, le es aún ajeno: el de la prevaricación.

Dentro de las nuevas atribuciones que se conceden al Ministerio Fiscal, en la fase de instrucción, no podemos evitar detenernos en la prevista en el artículo 165 que establecería, como se ha dicho con anterioridad, la de detención²⁷.

La facultad de ordenar la detención de cualquier afectado pasivamente por la investigación o proceso viene compartida parcialmente entre el Fiscal y el Tribunal, según se establece en el artículo 166²⁸. Un análisis más detallado demostrará que en "fase de Instrucción" la detención es competencia exclusiva del Fiscal²⁹, sin perjuicio de la posibilidad de detención por parte de un ciudadano que también encuentra cabida en el BCPP.

Una de las atribuciones que el BCPP entrega al Ministerio Fiscal y que bien puede entenderse como de marcado carácter Jurisdiccional y que, por tanto, difícilmente superará el control de constitucionalidad, es la contenida en el artículo 177³⁰. La incomunicación es una restricción adicional dentro del ámbito de un

En "fase de Instrucción" la detención sería competencia exclusiva del Fiscal, sin perjuicio de la posibilidad de detención por parte de un ciudadano.

²⁷ **Artículo 165:** 1.- "El Fiscal ordenará por decreto la detención en cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 162. 2.- La Policía Judicial se limitará a cumplir estrictamente la orden de detención, poniendo de modo inmediato al detenido a disposición del Fiscal, si no hubieran recibido instrucciones de cumplimiento de diligencias previas a dicha puesta a disposición. 3.- En el plazo máximo de setenta y dos horas el Fiscal pondrá al detenido en libertad o a disposición judicial solicitando la prisión preventiva o la libertad condicionada a la prestación de fianza u otra condición. 4.- Cuando la detención se produzca en un buque que por su situación impida la puesta a disposición judicial física del detenido dentro del plazo de setenta y dos horas, la detención se comunicará de inmediato al Ministerio Fiscal, el cual en el tiempo imprescindible, dentro de las veinticuatro horas siguientes, acordará la libertad o habrá de obtener autorización del Tribunal de Garantías para el mantenimiento de la privación de libertad hasta que el detenido pueda ser llevado ante el Tribunal."

²⁸ **Artículo 166:** "1.- De oficio o a instancia de parte el Tribunal podrá ordenar la detención en los supuestos previstos en los números 4º y 5º del artículo 162 de este Código y cuando resulte imprescindible para asegurar la presencia en una comparecencia o en el acto del juicio oral del encausado, de un testigo o de un perito que injustificadamente no se haya presentado practicada en forma la citación. 2.- La Policía Judicial pondrá a disposición del Tribunal al detenido en la fecha y hora indicada, si constara en la orden de detención, o en el plazo de veinticuatro horas. La autoridad judicial decidirá la situación personal del detenido en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la práctica de la detención."

²⁹ La revisión de los apartados 4º y 5º del artículo 162 del BCPP establecen que: 4º. Del que se encuentre en situación de quebrantamiento de la pena de prisión. 5º. De la persona que no haya ingresado voluntariamente en prisión en el plazo señalado en ejecución de sentencia o cumplido el término de un permiso penitenciario. Es decir se trata de supuestos muy posteriores a la "fase de Instrucción".

³⁰ **Artículo 177:** 1.- "La incomunicación del detenido o preso habrá de ser autorizada o denegada por el Tribunal de Garantías, mediante auto que habrá de ser dictado en el plazo de veinticuatro horas desde que la acuerde el Ministerio Fiscal con simultánea solicitud motivada de autorización. 2.- El encausado quedará incomunicado en el momento de acordar esta medida el Ministerio Fiscal mediante decreto que

derecho fundamental como es el de la libertad personal, su adopción no puede quedar en manos del Fiscal ni mucho menos de la Policía. Obviamente, y llegado el caso, este precepto no lograría sortear el filtro de constitucionalidad. Aquí, como ocurre en diversas ocasiones dentro del BCPP, se **confunden conceptos, instituciones y prerrogativas**. El Fiscal instructor carece de las facultades jurisdiccionales propias del Juez y, por tanto, no puede adoptar este tipo de medidas.

La incomunicación es una restricción adicional dentro del ámbito de un derecho fundamental como es el de la libertad personal, su adopción no puede quedar en manos del Fiscal ni mucho menos de la Policía.

Dentro de este análisis del papel que se le atribuye al Fiscal en el analizado BCPP, merece mención aparte el Título I, referido a las Diligencias de Investigación. Es ahí donde el papel del Fiscal como investigador cobra su auténtica dimensión³¹.

El BCPP atribuye al Fiscal la investigación, pero mantiene el control de la misma en el Tribunal de Garantías³², como no podía ser de otra forma. Este balance entre dirección y control de la investigación es razonable y se ajusta a criterios lógicos: quien tiene la potestad jurisdiccional es el Juez o Tribunal y la actuación del Fiscal ha de ser investigadora no jurisdiccional.

Los Fiscales, por razones tasadas, podrán abrir procedimientos de investigación; la apertura de los mismos deberá ser notificado a las partes afectadas salvo declaración de secreto y, como refuerzo del control jurisdiccional, las diligencias deberán ser registradas ante el Tribunal de Garantías³³. Precisamente, en ejercicio de esa potestad jurisdiccional, el Tribunal deberá dictar

no será susceptible de impugnación, de oficio o a instancia de la Policía. 3.- **La Policía podrá mantener incomunicado al detenido desde que se produzca una detención por su propia iniciativa, si considera que deviene imprescindible, hasta que pueda comunicarse con el Fiscal, durante el plazo máximo de tres horas.**" Asimismo, ver "Directiva UE relativa al derecho de acceso a un abogado en los procesos penales: en España también" en <http://ris.hrahead.org/home/blog/directiva-ue-relativa-al-derecho>.

³¹ Define el **Artículo 239** el objeto de las diligencias de investigación afirmando que: "...tienen por objeto el esclarecimiento del hecho punible, la averiguación de los responsables, la protección de la víctima y el aseguramiento de las responsabilidades exigibles." El **Artículo 240** prevé que: "La dirección de las Diligencias de Investigación corresponde al Ministerio Fiscal, incluidas las abiertas en ejecución de una resolución del Tribunal de Garantías a petición del querellante. En la investigación de los delitos las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cumplirán las órdenes del Ministerio Fiscal." De esta forma se sitúa al fiscal al mando, no absoluto, de esta dinámica investigativa y decimos no absoluta porque el siguiente artículo establece que "Corresponde al Tribunal de Garantías el control de la fase de investigación mediante las actuaciones previstas expresamente por la Ley".

³² Así lo establece el **Artículo 241**: "Corresponde al Tribunal de Garantías el control de la fase de investigación mediante las actuaciones previstas expresamente por la Ley. Durante el transcurso de las Diligencias de Investigación, el Tribunal de Garantías sólo podrá acordar el sobreseimiento de la causa a instancia de alguna de las partes, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, por plazo de cinco días, cuando los hechos carezcan manifiestamente de relevancia penal. El auto de sobreseimiento será recurrible en apelación".

³³ **Artículo 246.- Inscripción de la causa ante el Tribunal de Garantías** 1.- "Al dictar el decreto de apertura de Diligencias de Investigación el Ministerio Fiscal solicitará la inscripción de la causa ante el Tribunal de Garantías que considere competente."

el correspondiente auto de inscripción³⁴ al igual que en caso de ampliación del objeto de la investigación³⁵. Esto, sin duda nos parece un acierto de cara a un efectivo control jurisdiccional de las pesquisas, con clara intención de evitar la tentación de incurrir en investigaciones de carácter prospectivo.

Una novedad que introduce el BCPP es que la querella se presentará ante el Fiscal y será éste, y no el Juez, quien tenga la inicial facultad de admitirla a trámite o no. Sin perjuicio de la posterior ratificación, o no, por parte del Tribunal de Garantías³⁶.

Una novedad que introduce la reforma es que la querella se presentará ante el Fiscal y será éste, y no el Juez, quien tenga la inicial facultad de admitirla a trámite o no.

En el Título II se establece todo el elenco de actividades que constituirán la fase de investigación y es donde mejor se evidencia la completa entrega de esta fase al Ministerio Fiscal. Entre esas normas, son de destacar aquellas que prevén una finalización adelantada o rápida del procedimiento por confesión y conformidad por parte del encausado. Obviamente, alcanzado un acuerdo de condena, la sentencia será dictada por el Tribunal de Garantía. Es un ejemplo más de cómo se ha tratado de diferenciar lo que son las funciones de investigación de aquellas propias del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

³⁴ **Artículo 247.- Resolución del Tribunal de Garantías:** "El Tribunal de Garantías dictará auto de inscripción de la causa comunicada por el Ministerio Fiscal, salvo que no ostente jurisdicción o competencia, en cuyo caso dictará auto en el que se abstendrá de conocer y remitirá la solicitud del Ministerio Fiscal y su resolución al Tribunal que entienda competente."

³⁵ **Artículo 248.- Ampliación del objeto de las Diligencias de Investigación:** "Si durante el desarrollo de las Diligencias de Investigación el Ministerio Fiscal amplía su objeto a un hecho que pueda y deba ser investigado y enjuiciado en la misma causa conforme a las disposiciones de este Código, dictará decreto de ampliación, con el contenido previsto para el decreto de apertura y al que se aplicará el mismo régimen de inscripción ante el Tribunal de Garantías."

³⁶ **Artículo 255.- Contenido 1.-** "La querella debe formularse por escrito ante la Fiscalía y debe incluir: a) La identificación del querellante y de su domicilio, del letrado que la firme y del procurador si el abogado no asume la representación. b) La identificación y domicilio del querellado, a quien se atribuye responsabilidad penal, si dichos datos resultan conocidos. c) Relación circunstanciada de los hechos. d) Manifestación de la voluntad de apertura o prosecución del procedimiento penal y de constitución como parte acusadora del querellante. Además la querella podrá incluir fundamentos jurídicos y la solicitud de práctica de diligencias de investigación o prueba anticipada, de adopción de medidas de protección y cautelares. 2.- El Letrado o Procurador que asuma la representación procesal para interponer querella habrá de contar con poder especial notarial u otorgado apud acta." Por su parte, tenemos el **Artículo 256.- Decreto del Ministerio Fiscal 1.-** "En el plazo de diez días desde la fecha de la presentación de la querella el Ministerio Fiscal dictará decreto en el que acordará: a) la apertura de Diligencias de Investigación sobre el hecho relatado en la querella si se cumplen los requisitos legalmente previstos para ello; b) la unión de la querella a las Diligencias que se encuentren abiertas cuando tengan por objeto el mismo hecho u otro hecho conexo que resulte conveniente investigar y, en su caso, enjuiciar en la misma causa; c) su inadmisión y el archivo si el hecho no presenta caracteres de delito, es inverosímil o no puede ser perseguido. En los casos previstos por las letras a) y b) el decreto del Ministerio Fiscal acordará también tener al querellante por parte acusadora si se cumplen los requisitos legalmente previstos para su actuación como acusador popular o particular o como actor civil. 2.- El decreto será notificado al querellante". Y en vía de recursos **Artículo 257.- Impugnación del decreto de archivo o de la inactividad del Ministerio Fiscal por el querellante:** "Dictado el decreto previsto por el artículo anterior o transcurridos cinco días desde la finalización del plazo para su emisión, el querellante podrá impugnar el decreto que acuerde el archivo o que deniegue tenerle como parte o la inactividad del Ministerio Fiscal ante el Tribunal de Garantías que entienda competente para conocer de la causa."

Sí resulta preocupante la configuración que se da en el BCPP a las ruedas de reconocimiento, tanto físicas como fotográficas o de voz. Las normas reguladoras de las mismas no incluyen ningún tipo de garantía sobre su forma y resultado. Dichas ruedas de reconocimiento se realizarán con la sola presencia del Fiscal, del encausado y de su abogado y se omite la necesidad obvia de la certificación de su realización, desarrollo y resultado por parte de un fedatario público, por ejemplo un secretario judicial³⁷.

La consecuencia de tal omisión debería conllevar que esas diligencias de investigación careciesen de la condición posterior de prueba preconstituída; es decir se limitan los efectos de las mismas a una mera diligencia de investigación en base a las funciones que tendría el Fiscal, de investigador. Otro tanto ocurre con las exploraciones e intervenciones corporales, aunque en estos casos, por afectar a derechos fundamentales, requerirán de la preceptiva aprobación por parte del Tribunal de Garantías en caso de oposición por parte del encausado.

³⁷ **Artículo 274.- Rueda de reconocimiento:** "El Fiscal acordará la práctica de una diligencia de identificación en rueda de reconocimiento cuando ésta resulte necesaria para determinar la identidad del autor del hecho objeto de investigación". **Artículo 275.- Práctica** "1.- La identificación mediante rueda de reconocimiento se realizará en presencia del Fiscal y con la asistencia del Abogado del encausado. Se practicará poniendo a la vista del testigo que haya de efectuar el reconocimiento a la persona sospechosa, haciéndola comparecer en unión de al menos otras cuatro personas que presenten rasgos físicos semejantes. Quien deba realizar el reconocimiento se situará en un lugar desde el que no pueda ser visto y manifestará si se encuentra en la rueda o grupo la persona a quien hubiese hecho referencia en sus declaraciones, designándola, en caso afirmativo, clara y terminantemente. 2.- Si el reconocimiento tuviera que ser realizado por varios testigos, se llevará a cabo separadamente por cada uno de ellos, sin que puedan comunicarse entre sí hasta que se haya efectuado el último reconocimiento. 3.- Si el encausado se encontrara detenido, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que pueda alterar su aspecto exterior de un modo que dificulte su identificación. 4.- No se podrá incluir en la misma rueda a más de un sospechoso".

Artículo 276.- Documentación "1.- La diligencia será documentada en un acta en la que se consignarán los datos de identificación de las personas que hubieran intervenido, así como de aquellas que hubiesen formado la rueda. Se harán constar asimismo todas las circunstancias del acto y se reflejarán las incidencias que se hubieran producido. 2.- El acta será firmada por el Fiscal, el Abogado defensor y el testigo que hubiera llevado a cabo el reconocimiento". **Artículo 277.- Identificación fotográfica** "1.- El reconocimiento también podrá llevarse a cabo mediante la exhibición de un número razonable de fotografías, imágenes o retratos de personas que reúnan los rasgos identificativos a que hubiera hecho referencia el testigo en su denuncia o declaración. 2.- El acta del reconocimiento se ajustará a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo anterior." **Artículo 278.- Reconocimiento de voces:** "1.- El Fiscal acordará la práctica de una diligencia de identificación mediante el reconocimiento de voces cuando, a la vista de la forma en que hubiera sido cometido el delito investigado, aquélla resulte necesaria para determinar la identidad del autor del hecho. 2.- Para su práctica el Fiscal requerirá a quienes integren la rueda con el fin de que pronuncien una determinada frase o palabra. El reconocimiento se practicará oyendo el testigo, de forma sucesiva, las distintas voces, manifestando si alguna de ellas coincide con la de la persona a la que hubiere hecho mención en su testimonio. 3.- La diligencia de reconocimiento de voces también podrá practicarse escuchando la persona que hubiere de verificarlo las voces grabadas. El testigo podrá repetir la audición de las voces cuando le resulte necesario para formarse criterio. 4.- Si el reconocimiento tuviera que ser realizado por varios testigos, se llevará a cabo separadamente por cada uno de ellos, sin que puedan comunicarse entre sí hasta que se haya efectuado el último reconocimiento."

Artículo 279.- Documentación: "1.- La diligencia será documentada en un acta en la que se consignarán los datos de identificación de todas las personas que hubieran intervenido en la práctica de la diligencia, así como de aquellas cuya voz hubiera sido reproducida durante su desarrollo. Se harán constar todas las circunstancias del acto y se reflejarán las incidencias que se hubieran producido. El acta será firmada por el Fiscal, el Abogado defensor y el testigo que hubiera llevado a cabo el reconocimiento. 2.- Se conservarán las grabaciones utilizadas para la realización de la diligencia, que serán destruidas cuando se acuerde la terminación del procedimiento por resolución firme."

En cuanto a otro tipo de diligencias de investigación, específicamente aquellas que implican una injerencia manifiesta en derechos fundamentales, el papel que han de cumplir el Fiscal investigador y el Tribunal de Garantías viene perfectamente regulado; el primero las solicitará y el segundo las acordará o no. Sin embargo, y por sorprendente que parezca, el **control regular de la medida radicará en el Fiscal (nos referimos específicamente al de las intervenciones telefónicas)**, lo que nos parece no ya un error, sino un desplazamiento de la figura del Fiscal a un ámbito más propio de quien ostenta la potestad jurisdiccional³⁸.

No se prevé un control judicial de una medida que implique una injerencia manifiesta en derechos fundamentales, sino que el mismo lo realizará el Fiscal.

Más aún, el **cese de una medida que genera una injerencia en un derecho fundamental, como la que venimos comentando, también se deja a criterio y arbitrio del Fiscal**³⁹. Es decir, el Fiscal acordará el cese cuando lo considere oportuno e informará posteriormente al Tribunal, tanto del cese como del resultado de la medida. De dicha dicción se desprende que, efectivamente, no se prevé un control judicial de la medida sino que el mismo lo realizará el Fiscal. **La propuesta, así redactada no traspasará el control de constitucionalidad.** Otro tanto ocurre cuando se trata de escuchas ambientales, una nueva modalidad de intromisión en la intimidad de las personas.

En lo que a declaraciones testificales en fase de investigación se refiere, el BCPP asigna un relevante papel al Fiscal pero, para el caso de prueba anticipada, acierta al determinar que la misma se practicará ante el Tribunal de Garantías⁴⁰. La razón es muy sencilla: al tratarse de una auténtica prueba y no de una diligencia de investigación, la misma habrá de practicarse con las garantías y requisitos propios

³⁸ **Artículo 301.- Control de la medida** "1.- **La Policía Judicial pondrá a disposición del Fiscal, con la periodicidad que por éste se determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que se considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas, indicando el origen y destino de cada una de ellas y asegurando, mediante cualquier sistema de sellado o firma electrónica, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas.** 2.- **Se conservarán por el Fiscal las grabaciones íntegras, cualquiera que sea el sistema de grabación utilizado, hasta el momento de su destrucción conforme a lo previsto en el artículo 308.** 3.- **El Fiscal informará al Tribunal de Garantías sobre el desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que por aquél se determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma."**

³⁹ **Artículo 305.- Cese de la medida de intervención:** "1.- La intervención de las comunicaciones cesará: a) por la desaparición de las circunstancias que justificaron la adopción de la medida. b) por el transcurso del plazo para el que hubiera sido autorizada. 2.- En todos estos casos, **el Fiscal dispondrá el cese de la interceptación de las comunicaciones, lo podrá en conocimiento del Tribunal de Garantías y le informará del resultado de la medida."**

⁴⁰ **Artículo 385.- Prueba testifical anticipada:** "Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una declaración no podrá ser recibida en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Ministerio Fiscal o cualquiera de las demás partes podrán **solicitar al Tribunal de Garantías que practique inmediatamente la misma con anterioridad a la celebración del juicio, de conformidad con lo previsto en el Título IV de este Libro."**

de la prueba. Este acierto no se tuvo cuando se trató el tema de las ruedas de reconocimiento, tal y como hemos señalado con anterioridad.

A pesar de la inutilidad práctica de la diligencia de careo, el BCPP la incluye y, al mismo tiempo, atribuye al Fiscal investigador los cometidos y potestades que tenía el Juez de Instrucción. Evidentemente, estamos ante un error legislativo porque, en primer lugar, la práctica viene demostrando que el careo es un muy subjetivo instrumento de investigación y, en segundo lugar, porque **para apreciar quién ha resultado más convincente se requiere una imparcialidad que no se puede predicar de un Fiscal que investiga y acusa**⁴¹.

Para apreciar quién ha resultado más convincente (en un careo) se requiere una imparcialidad que no se puede predicar de un Fiscal que investiga y acusa.

Otro tanto ocurre con la circulación y entregas controladas de efectos delictivos. Si bien en la actualidad la circulación y entrega controlada puede hacerse con autorización del Fiscal, la misma habrá de ser notificada a un órgano jurisdiccional. El BCPP no ha tenido esa previsión y creemos que, a la larga, la práctica demostraría que es un **error importante de cara a la validez de la diligencia** llegado el momento de elevarla a prueba.

Finalmente, el Título III del BCPP se dedica a regular, entre otras cosas, la conclusión de la investigación, bien por agotamiento del plazo para investigar o por haberse finalizado la investigación⁴², previéndose dos finales: el sobreseimiento o la remisión de las diligencias al Tribunal con el correspondiente escrito de acusación.

Como no podía ser de otra forma, es en este título donde se regula el equivalente a nuestra actual fase intermedia. Sin embargo, ni esa ni la fase de juicio oral forman parte del objeto de este trabajo, por lo que nos limitaremos a lo previsto en el artículo 418.f) del BCPP, que es donde se regula el archivo por aplicación del principio de oportunidad⁴³. Contra el decreto de archivo procederá la impugnación en el plazo de cinco días y, **de no realizarse, el Tribunal vendrá**

⁴¹ **Artículo 388.- Práctica del careo:** "1.- El careo se verificará ante el Fiscal, leyendo a los encausados o testigos entre quienes tenga lugar el acto las declaraciones que hubiesen prestado, preguntándoles si se ratifican en ellas o tienen alguna variación que hacer. 2.- El Fiscal pondrá de manifiesto las contradicciones que resulten en dichas declaraciones, e invitará a los careados a que se pongan de acuerdo entre sí. 3.- Solamente podrán formularse a los encausados o testigos preguntas relacionadas con el objeto del careo. Las preguntas se realizarán, en todo caso, a través del Fiscal, al que corresponderá la valoración de su pertinencia. 4.- El Fiscal no permitirá que los careados se insulten o amenacen."

⁴² **Artículo 417.- Decreto de conclusión:** "Practicadas las diligencias de investigación indispensables para el esclarecimiento del hecho o, en su caso, concluido el plazo fijado por este Código para la duración de esta fase, el Fiscal dictará decreto de conclusión."

⁴³ **Artículo 418.- Procedencia:** "Procederá el decreto de conclusión y archivo en los casos siguientes: f) Cuando el Ministerio Fiscal inste el sobreseimiento por razones de oportunidad conforme a lo establecido en este Código."

vinculado a la decisión del Fiscal de archivo por aplicación del principio de oportunidad⁴⁴. Obviamente, y como veremos posteriormente, en muchos casos ese **decreto de archivo no podrá ser recurrido por nadie**, lo que deja al criterio del Fiscal la persecución o no de determinados hechos y respecto de personas concretas.

3.2 El principio de oportunidad, con especial significación a lo propuesto en el BCPP

Enlazando con lo expuesto anteriormente debemos indicar que resulta de elevado interés lo previsto en el proyectado artículo 90 del BCPP, el titulado: "Legalidad y Oportunidad", como si fuesen éstos conceptos plenamente compatibles⁴⁵ y donde se establece que **"El Ministerio Fiscal estará obligado a ejercer la acción penal cuando entienda suficientemente fundada la atribución del hecho punible al encausado, salvo que concurra motivo bastante para la suspensión o sobreseimiento de la causa por razón de oportunidad conforme a lo previsto en los artículos siguientes"**.

En principio, nos decantamos por aquella corriente doctrinal según la cual existiría una antinomia entre principios de oportunidad y legalidad en materia penal. Ahora bien, y por contradictorio que parezca, compartimos la postura de Goldschmidt⁴⁶ respecto a la compatibilidad relativa de ambos principios en un mismo ordenamiento en aras de la consecución de una mejor justicia material. Dicho objetivo se puede alcanzar con una introducción reglada de la "oportunidad" penal, y por ello resulta necesario que esa normativización sea la adecuada a fin de evitar situaciones indeseadas o vulneraciones de normas de carácter Constitucional.

⁴⁴ **Artículo 419.- Sobreseimiento:** "1.- El decreto de conclusión y archivo será notificado a las partes y remitido al Tribunal de Garantías. 2.- Transcurrido el término a que se refiere el artículo siguiente sin que se haya formalizado impugnación por alguna de las partes, **el Tribunal mediante auto confirmará el decreto de archivo y acordará el sobreseimiento de la causa.**"

⁴⁵ PEDRAZ PENALVA, E.: "Organización Judicial y Ministerio Fiscal" en Revista de Derecho, Vol. VI, diciembre de 1995 - pags. 39-78, disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501995000100003&script=sci_arttext#r164.

⁴⁶ GOLDSCHMIDT, J.: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, pp. 75 y ss.: "El principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva. Por lo mismo logrará el dominio en un tiempo que se preocupa principalmente de la constitución del Estado de Derecho y de las garantías del mismo. Frente a esto, el principio de la oportunidad puede justificarse de dos modos completamente distintos, a saber: por un lado, partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del Gobierno sobre la justicia penal; por otro, en el interés de la verificación de la justicia material, en contraste con un formalismo legal. Al dominio del principio de la oportunidad en el primer sentido se opuso la tendencia del Estado de Derecho de la segunda mitad del siglo XIX, mientras que hoy día el principio de la legalidad tiene que ceder ante un principio de la oportunidad en el segundo sentido, es decir, en favor de la justicia material"

Dicho lo anterior, a partir de aquí tendremos que ver cómo se ha previsto este principio de "oportunidad" que se pretende configurar como una nueva institución en nuestro ordenamiento penal. Sin duda, sin llegar a los extremos del "Plea Bargaining" y el "Plea Guilty" del sistema norteamericano, que generan auténticas aberraciones jurídicas al "negociar a la sombra de la Ley"⁴⁷.

EI "Plea Bargaining" y el "Plea Guilty" del sistema norteamericano generan auténticas aberraciones jurídicas al "negociar a la sombra de la Ley".

A pesar de que la materia que abordamos en estos momentos, sobre la conveniencia o no de introducir el principio de oportunidad en nuestro ordenamiento penal, fue ampliamente discutida en nuestro entorno allá por los años cincuenta del siglo pasado, hoy se nos muestra como un nuevo foco de debate. Comenzaremos por acercarnos a la definición que consideramos más acertada y según la cual el "principio de oportunidad" sería *"la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado"*⁴⁸.

Desde la perspectiva del presente trabajo limitaremos el ámbito de análisis al contenido en el BCPP, que como primer borrador nos permite un marco de discusión o una base sobre la cual opinar en términos prácticos. Según se dice en la Exposición de Motivos del BCPP, y respecto de la introducción del principio de oportunidad, *"Se ha considerado que la atribución de discrecionalidad a la Fiscalía para la persecución penal en virtud de criterios legalmente previstos, aplicables según las circunstancias de los supuestos concretos, ofrece más ventajas para el interés público que el mantenimiento de un ciego automatismo en el ejercicio del ius puniendi estatal derivado de una comprensión simplemente retributiva del principio de legalidad"*. Sin embargo, creemos que hubiese sido necesaria una mayor y mejor justificación en la propuesta de cambio de ordenamiento procesal, especialmente si tenemos en consideración algunos de los postulados de Beling.⁴⁹

⁴⁷ FRIEDMAN, L.-M.: *Introducción al derecho norteamericano*, Barcelona, 1988, p. 86. Asimismo ver, PEDRAZ PENALVA, *op. cit.*

⁴⁸ GIMENO SENDRA, V. "Los procedimientos penales simplificados (principio de 'oportunidad' y proceso penal monitorio)", en *Revista de Derecho Procesal*, Nº 2, 1987, págs. 355-376.

⁴⁹ BELING, E.: *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1943, p. 25 "aceptándose el principio de la investigación oficial combinada con el de la acusación formal, se plantea la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación, en los casos en los que la ley parece justificar la condena, puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ejemplo, por razón de la nimiedad de la infracción (*mínima non curat praetor*) o por temor al escándalo público o por temor a costas procesales considerables. El principio de legalidad niega tal facultad a la autoridad encargada de la acusación (coacción de persecución), mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad se la concede"

En el articulado del BCPP se desarrolla un principio de oportunidad reglado, básicamente limitado a unos concretos supuestos⁵⁰. El problema es que dichos supuestos son de una amplitud tal que bien podemos decir nos conducirán a situaciones indeseadas desde la perspectiva constitucional. A los efectos de este trabajo parece necesario revisar los supuestos en que cabría la aplicación de dicho principio o, visto desde otra perspectiva, los casos en que se otorgaría al Fiscal la discrecionalidad de perseguir o no hechos que tengan relevancia penal; así tendríamos que:

1º. Cuando el delito sea de escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución, atendidas todas las circunstancias. Estaríamos ante el supuesto de los denominados delitos de "bagatela"⁵¹ y, al respecto no tendríamos nada que objetar siempre⁵² y cuando dicha "escasa gravedad" viniese legalmente definida (principio de legalidad). Un criterio interpretativo podría ser el de aquellos delitos que conlleven pena menos grave, pero siempre tendríamos que acudir a rellenar la norma o definir por vía jurisprudencial, un concepto jurídico indeterminado.

2º. Cuando la causa hubiera sido suspendida, conforme al artículo siguiente, por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones aceptadas por el mismo y dichas condiciones hubieran sido cumplidas satisfactoriamente. Aquí nos encontramos ante otro de los muchos

⁵⁰ **Artículo 91.- Motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad** "1.- Podrá sobreseerse la causa por motivo de oportunidad en los siguientes casos: 1. **Cuando el delito sea de escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución, atendidas todas las circunstancias.** Si el delito se imputare a una persona jurídica, cuando ésta carezca de toda actividad y patrimonio y esté incurso en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente. 2. **Cuando la causa hubiera sido suspendida, conforme al artículo siguiente, por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones aceptadas por el mismo y dichas condiciones hubieran sido cumplidas satisfactoriamente.** 3. **Cuando la sanción que pudiera llegar a imponerse al encausado por el hecho sea irrelevante a la vista de la condena que le haya sido impuesta en otro proceso o que le pueda llegar a ser impuesta en el mismo proceso.** 4. **Cuando el autor o participe en el hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito, si ha prestado plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma ha sido de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado.** 5. **Cuando el autor o participe en un delito leve o menos grave denuncie un delito de extorsión o amenazas condicionales relativas al mismo y el sobreseimiento facilite la persecución de la extorsión o las amenazas.** 6. **Cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o participe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público."**

⁵¹ Aplicación de la máxima de *mínima non curat praetor*. En este sentido compartimos el análisis de Cabezudo, op cit. p. 205, cuando dice que "Esta tesis engarza con el principio economicista que ha animado algunas de últimas reformas por las que se pretende una simplificación, y a la postre abaratamiento, de los procedimientos penales, cuando no su mero abandono en favor de otras vías alternativas de carácter transaccional, como es la conformidad".

⁵² Aquí seguiríamos a Listz cuando dice que: "La lucha contra las penas cortas de privación de libertad... que en la forma en que hoy se aplican ni corrigen, ni intimidan ni inoculizan; pero en cambio arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen" y de aquí que "Debía pensarse si no merecería ser restaurado el antiguo principio *Mínima non curat praetor*, bien como precepto jurídico del procedimiento (quebrantamiento del principio legal), bien como regla de derecho material (impunidad por insignificancia de la infracción)". LISZT, FRANZ V.: *Tratado de Derecho penal*, trad. por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, II, Madrid, 1916, pp. 16-17.

errores técnicos y conceptuales que contiene el BCPP, toda vez que si se han impuesto condiciones y las mismas han sido aceptadas por el encausado, lo que no existiría sería una "*disposición de la acción penal*" en el sentido antes expuesto⁵³, sino una paralización o suspensión del procedimiento. Se trataría, por tanto, de cosas distintas.

3º. Cuando la sanción que pudiera llegar a imponerse al encausado por el hecho sea irrelevante a la vista de la condena que le haya sido impuesta en otro proceso, o que le pueda llegar a ser impuesta en el mismo proceso. Creemos que este motivo resulta redundante porque se puede acudir a lo previsto en el primero de los apartados.

4º Cuando el autor o participe en el hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito, si ha prestado plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma ha sido de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado. Esta previsión nos genera una mayor preocupación. En realidad, lo que se busca es una actuación de política criminal, pero la misma generará desde una perspectiva práctica serios inconvenientes. Por ejemplo, que en todos los casos en que se quiera aplicar deberán pasar por el tamiz del Fiscal General del Estado, con lo que ello representará en materia de ralentización del proceso. Incluso, podrá generar situaciones abiertamente injustas -por ejemplo, y como se expondrá a continuación- que se sobresea a quien más responsabilidad tiene y se condene a quien menos sólo por razones de oportunidad.

Aquí se ha residenciado en el Fiscal General del Estado la decisión de la aplicación del principio de oportunidad. Ello viene a recordarnos que la actuación del Fiscal está regida por el principio de jerarquía, pero al mismo tiempo evidencia lo ya dicho: se tratará de criterios más bien políticos que jurídicos.

La criminalidad organizada es un fenómeno lo suficientemente complejo como para que parte de su persecución pueda sustentarse en una aplicación del principio de oportunidad en los términos expuestos, especialmente si tenemos en consideración aspectos sociológicos y políticos que afectarían a la misma, como podrían ser casos **graves de corrupción en los cuales los autores participarían dentro del marco de un grupo u organización criminal**. Desde una perspectiva práctica, creemos que trasladar al Fiscal General del Estado, cargo de designación política, la valoración de la relevancia de la colaboración del arrepentido, es agregar una innecesaria carga de trabajo a dicho responsable, levantará, más si cabe, un manto de sospecha sobre su aplicación y, sobre todo, contraviene el

⁵³ Siguiendo a GIMENO SENDRA, V. "Los procedimientos penales simplificados (principio de 'oportunidad' y proceso penal monitorio)", *op. cit.*

deseo de celeridad que se predica a lo largo del BCPP para aplicar la necesaria reforma.

Uno de los más recientes fenómenos de criminalidad (en algunos casos organizada), como decimos arriba, es el que afecta a graves casos de corrupción y que ha conllevado, como plantea Weber, una suerte de politización de la Justicia y de Judicialización de la política⁵⁴. Esto debería llevarnos a la conclusión lógica de que, así como se prevé la aplicación del principio de oportunidad, en este caso concreto, se debió excluir expresamente su aplicación a delitos relacionados con la corrupción. La razón es clara: si la decisión última de la aplicación de dicho principio de oportunidad- se radica en un cargo de designación política, como es el Fiscal General del Estado, al mismo ha de privársele de la facultad de aplicación cuando se trata de delitos relacionados con el "mundo de la política".

Otro aspecto no menor, y ya desde una perspectiva más amplia, es el de no vulneración del principio de igualdad, que en nuestro ordenamiento alcanza el rango de derecho fundamental. Nos referimos expresamente a que de la **aplicación del principio de oportunidad a miembros concretos de una organización criminal se podría estar vulnerando el derecho a la igualdad ante la Ley**. Un ejemplo clarificador: si un jefe de una organización criminal decide colaborar en el pleno esclarecimiento de las actividades ilícitas cometidas por su grupo, por aplicación de la regla referenciada, cabría que se le sobreesayera y, al mismo tiempo, se continuase el procedimiento en contra de otros miembros que, por ejemplo, hubiesen desplegado conductas objetivamente menos graves que dicho "jefe". Además, se produce el efecto perverso de la delación como instrumento de negociación de beneficios materiales y procesales en perjuicio de otros.

La aplicación del principio de oportunidad a miembros concretos de una organización criminal podría estar vulnerando el derecho a la igualdad ante la Ley.

No podemos olvidar que la actuación del Fiscal en España viene marcada no sólo por el principio de jerarquía sino, antes que ese, por su irrestricto sometimiento a la legalidad antes que la ordinaria a la constitucional, lo que conlleva que aquellas actuaciones que vaya a desplegar, por mucho amparo legal que tengan, deberán tenerlo también a nivel constitucional.

5º. Cuando el autor o partícipe en un delito leve o menos grave denuncie un delito de extorsión o amenazas condicionales relativas al mismo y el sobreseimiento facilite la persecución de la extorsión o las amenazas. Tal cual

⁵⁴ WEBER, W.: *Weimarer Verfassung und bonner Grundgesetz*, Göttingen, 1949, pp. 25 y ss, ("juridifizierung der Politik und der politisierung der Justiz").

ocurría en el apartado anterior, creemos que es un precepto redundante, por tanto inútil, toda vez que si estamos ante un hecho menos grave bastaría con la aplicación del primero de los criterios tasados de aplicación del principio de oportunidad.

6°. Cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o partícipe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público. Este apartado nos indica que la voluntad contenida en el BCPP es la de potenciar la delación por parte de los particulares que participan en el cohecho o tráfico de influencia. Hubiese sido más razonable que se introdujese a cualquier partícipe en dichos delitos o, incluso más, que no abarcase a los delitos de cohecho y tráfico de influencias.

Tal cual hemos indicado ya, es evidente que este fenómeno delictivo está lastrando al sistema judicial y, sobre todo, a la credibilidad de las instituciones, especialmente las políticas y a la propia fiscalía. Ante ello, una buena forma de potenciar el papel del Fiscal Investigador y de consolidar la utilidad del principio de

En delitos que tienen una vinculación directa con la clase política, lo más sano sería impedir que se pudiese acudir al principio de oportunidad.

oportunidad sería con la introducción del mismo de una forma más certera pero descartándose en aquellos casos en que el "interés público" se solapa con el "interés político", especialmente si tenemos en consideración que el nuevo Fiscal Investigador estará enmarcado en una estructura jerarquizada dependiente de un cargo políticamente designado. Dicho más claramente, en **delitos que tienen una vinculación directa con la clase política, lo más sano sería impedir que se pudiese acudir al principio de oportunidad**, compartiendo el criterio de Montero Aroca⁵⁵ que lo define como "delegado de su jefe respectivo".

No podemos olvidar que de acuerdo con el contenido del BCPP y ante el sobreseimiento en base al principio de oportunidad, la actuación del Tribunal de Garantías parecería de obligado cumplimiento,⁵⁶ sin perjuicio de que se prevé una reglada excepción: el sostenimiento de la acción penal por alguna parte acusadora.

⁵⁵ MONTERO AROCA: «Investigación e instrucción en el proceso penal...», *op. cit.*, califica de «único Fiscal (...), pues todos los demás actúan, bien como representantes (de la institución), bien como delegados (de su jefe respectivo)» (p. 51).

⁵⁶ **Artículo 91** del BCPP: "2.- El sobreseimiento por motivo de oportunidad será acordado por el Tribunal de Garantías a instancia del Ministerio Fiscal. El sobreseimiento sólo podrá ser denegado por el Tribunal de Garantías si existe parte acusadora personada en la causa que manifieste su voluntad de sostener la acción penal y ofrece motivo fundado para efectuar el enjuiciamiento del hecho en interés de la justicia."

Lo cierto y verdad es que del análisis del BCPP podemos concluir que **en la mayor parte de delitos no existirá parte acusadora**, no sólo por la sonrojante limitación que se realizaría de la Acusación Popular, también porque muchos de los hechos a los que se le podría aplicar el principio de oportunidad son delitos sin víctimas directas

3. Conclusiones

Analizado el BCPP, sólo desde la perspectiva anunciada en la introducción del presente trabajo, podemos concluir que:

1º.- Puede ser un acierto la entrega de la investigación penal a los Fiscales pero, para que la misma no sea más que una sustitución de instituciones, debería **venir acompañada de otras muchas reformas legales** -especialmente de carácter Constitucional y Estatutario- que permitiesen colocar esta nueva figura en un ámbito que superase el filtro de constitucionalidad. El BCPP contiene, como hemos detallado, una serie de **errores técnicos y conceptuales** que harán inviable la atribución de la investigación al Fiscal de forma eficiente y eficaz.

2º.- Las características actuales del Ministerio Fiscal hacen de **dudosa constitucionalidad la combinación del Fiscal Investigador como titular de la investigación penal con la introducción de un principio de oportunidad** que, aunque bien reglado, dista mucho de ser respetuoso con imperativos derechos constitucionales.

3º.- De la forma en que vienen regulados tanto el papel del Fiscal Investigador como el propio principio de oportunidad en el BCPP, es impensable que esta reforma pueda alcanzar un estado tal que sea asumida como válida por el conjunto de la sociedad. Cosa distinta es que pudiese llegar a ser aprobado por razón de aritmética política. Si se pretende una reforma integral del proceso penal, ésta deberá sustentarse en un amplio consenso político, social y, también, técnico.

4º.- El BCPP aporta un marco inicial para la sana discusión jurídica, pero del mismo -al menos en el ámbito al que se ha circunscrito este trabajo- se desprende una voluntad política poco acorde con los intereses sociales actuales, con los problemas que enfrentará la sociedad española en el futuro más inmediato y, sobre todo, con el respeto de consolidados derechos fundamentales que se tensionan o vulneran en función de cómo se pretendería regular el binomio Fiscal Investigador - Principio de Oportunidad, generándose **amplios márgenes para la arbitrariedad**