

# Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015)

---

Manuel Ortells Ramos

*Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València*

SUMARIO: 1. La razonable perplejidad de un observador atento. 2. La potestad de dirigir la investigación en el procedimiento preliminar. 3. La potestad de acusar (reglada o discrecional) y el derecho de acusar. 4. Asistencia letrada al detenido y la defensa técnica del imputado en el procedimiento preliminar. 5. La restricción de derechos fundamentales por fines legítimos del proceso penal. 5.1. Restricción de derechos fundamentales y actos de investigación. 5.2. Restricción de derechos fundamentales y medidas cautelares y preventivas. 6. El deber de correlación de la sentencia con la acusación. 7. Materiales sobre los que puede fundar su convicción el tribunal del juicio. 8. Los recursos contra la sentencia. 9. Procedimientos simplificados para la resolución sobre la acción penal. 10. Los intentos (fracasados) de una nueva LECrim y lo que ha quedado de la propuesta de texto articulado de LECrim de 2013. 10.1. Lo que permanece y lo que cambia con la reforma de 2015. 10.2. ¿Una oportunidad perdida para atribuir la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal?

## 1. La razonable perplejidad de un observador atento

Un colega extranjero me preguntó recientemente cuál es el cuerpo legal que rige el proceso penal en España. Le dije que una Ley llamada de Enjuiciamiento Criminal promulgada en 1882. Se sorprendió porque es conocedor de la más que azarosa historia política de España desde el siglo XIX hasta hoy y porque, como no resulta difícil, es consciente de la implicación entre la estructura política de un Estado y su proceso penal. Me recordó la frase de J. Goldschmidt: «La estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de su Constitución».<sup>1</sup> Le expliqué, entonces, la que es

---

1. GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1935, pág. 67.

opinión común; es decir, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LE-Crim) nació en el contexto de una España liberal y había sido, ya desde su origen, un texto legal profundamente respetuoso con las garantías procesales de la persona sujeta a un proceso penal. Mi colega, sin insistir, de momento, en que la criminalidad en la España del último cuarto del siglo XIX sería muy distinta a la que habrá ido siendo en el largo período posterior, me mostró su perplejidad acerca de que tan precioso cuerpo legal hubiera sobrevivido en tiempos del franquismo y de que, a diferencia de lo ocurrido con una ordenación procesal políticamente más neutra como la del proceso civil, en treinta y seis años de régimen democrático no hubiera sido sustituida por una nueva regulación del proceso penal.

Al intentar explicar ese fenómeno a mi colega, fui plenamente consciente de algo que ya sabía: el proceso penal español desde 1978 hasta el presente no puede ser ni conocido, ni entendido, sin la jurisprudencia de los altos tribunales, y no sólo la del Tribunal Constitucional, sino también la del Tribunal Supremo. Deber admitir eso produce perplejidad. En nuestro sistema jurídico la ley, incluida, como primera de ellas, la Constitución, es la principal fuente del Derecho. Además, si la ley, como no es infrecuente en la reguladora del proceso penal, trata de las condiciones de restricción de derechos fundamentales, debe ser ley orgánica, lo que rodea de una mayor garantía democrática la afectación de tales derechos. Por el contrario, el valor normativo de la jurisprudencia de los tribunales era, y continúa siendo, objeto de debate.

Es verdad que no han faltado reformas legales parciales. Sin embargo, incluso estas reformas han estado frecuente y diversamente relacionadas con la labor jurisprudencial. En muchos casos los tribunales han reconocido estar paliando la inactividad de los legisladores, hasta que, conscientes de los límites de esta técnica, han instado abiertamente, y hasta forzado, reformas legales específicas. En otros casos, importantes reformas legales han sido rectificadas por el TC, anulándolas o reinterpretándolas para salvar su constitucionalidad. En fin, algunas reformas han sido interpretadas y aplicadas por los tribunales optando, en unos casos, por la más estricta literalidad, y, en otros, por criterios interpretativos más laxos; en algunos casos esas opciones interpretativas son reveladoras de criterios de política jurídica que los tribunales explicitan más claramente que el propio legislador.

No es posible analizar todas las modificaciones experimentadas por el proceso penal español desde 1978 hasta la actualidad, pero se puede intentar una aproximación suficientemente ilustrativa de lo que acabo de decir. La configuración de un proceso penal se enfrenta siempre con unas cuantas cuestiones estructurales. En los apartados 2 al 9 del trabajo examinaré sintéticamente a cuáles de las mismas se han enfrentado legisladores y jueces, las dos fuerzas reformadoras del proceso penal de la democracia española, y cómo las han resuelto.

Los apartados que se acaban de mencionar están centrados en el estado de cosas anterior a las reformas parciales del proceso penal del año 2015. En el apartado final, me referiré brevemente a los intentos de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y al éxito, solo parcial, del último de ellos que ha dado lugar a diversas leyes promulgadas en 2015.

## 2. La potestad de dirigir la investigación en el procedimiento preliminar

En materia de dirección de la investigación que forma parte de lo que, muy neutramente, puede llamarse procedimiento preliminar, las intervenciones reformadoras han sido obra del legislador, pero han sido poco claras, erráticas y, en todo caso, parciales.

Un proceso penal requiere de una investigación previa para determinar si se puede acusar con suficiente fundamento, de qué y a quién; también para proporcionar base a las resoluciones que sea necesario adoptar sobre medidas cautelares y preventivas. El régimen normativo de esta materia no ha cambiado en lo sustancial en el período histórico considerado. Sigue siendo atribución de un juez, el juez de instrucción, dirigir y conducir esa investigación y dejar constancia de sus resultados.

El legislador abrió algunas brechas en esta solución tradicional en nuestro Derecho, pero los cambios no fueron suficientemente claros e incluso esa tendencia ha acabado por ser rectificada.

La L 10/1980, de 11 de noviembre, en su campo de aplicación, reservaba al juez la dirección de la investigación, pero la realización de gran parte de los actos que la integran se encomendaba a la policía.<sup>2</sup> La reforma de LECrim por LO 7/1988, de 28 de diciembre, estableció el proceso abreviado, en el que era posible distinguir entre dirección judicial de la investigación y realización por la policía y, además y principalmente, se autorizó que, por lo general, los actos de investigación fueran realizados sólo por el MF, sin ser necesaria su repetición por el Juez.<sup>3</sup>

---

2. Me ocupé de esto en ORTELLS RAMOS, M., «El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre», en *Justicia*, 1984, número IV, páginas 775-824, especialmente en el apartado 6 del trabajo.

3. Traté de estas atribuciones del Ministerio Fiscal en la primera regulación del procedimiento abreviado, así como de los defectos en su regulación, en trabajos publicados separadamente y luego reunidos en una colección de estudios: ORTELLS RAMOS, M., «El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales», en *El proceso penal abreviado (Nueve estudios)*, Editorial Comares, Granada, 1997, págs. 4-8; «Ministerio Fiscal y policía judicial en el proceso penal abreviado», en *El proceso penal abreviado*, cit., págs. 65-78; «Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)», en *El proceso penal abreviado*, cit., págs. 103-117.

La reforma operada en LECrim por la L 38/2002, de 24 de octubre, y por la LO 8/2002, de 24 de octubre, produjo un desconcertante retroceso en la tendencia incoada a atribuir al MF competencia de dirección de los actos de investigación.<sup>4</sup>

El art. 773 LECrim, en la redacción de las leyes últimamente citadas, coincidía plenamente con las anteriores redacciones de los arts. 781 y 785 bis LECrim, de modo que parecía poderse concluir que no se habían producido cambios en el régimen de las diligencias de investigación del MF.

Esta primera impresión no es del todo exacta. En el régimen reformado del procedimiento abreviado se alteró la eficacia jurídica de los actos de investigación del MF, de un modo tal vez inconsciente.

La anterior redacción del art. 785 bis investía al MF del poder de practicar él mismo, o de ordenar a la policía judicial que practicara, «las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo». Esta disposición no podía entenderse referida a una instrucción de primeras diligencias, porque ni el contenido de la investigación se limitaba a lo establecido en el art. 13 LECrim, ni se establecía una referencia temporal perentoria para remitirla al juzgado.

A esta disposición se añadía la anterior redacción del art. 789.3, al principio, cuyo significado era, sin duda, el siguiente: si la investigación practicada por el MF, sólo precisaba ser complementada mediante una investigación judicial en el caso de que materialmente fuera insuficiente para fundar acusación, era porque, desde el punto de vista jurídico-formal, aquella investigación formaba parte del material en que podían tener fundamento las resoluciones que debían ser dictadas en las diligencias previas y en la etapa intermedia, sin necesidad de repetición bajo la dirección de un Juez.

De las nuevas disposiciones del procedimiento abreviado, concretamente del conjunto de los actuales artículos 774-777, ha desaparecido la mención que hacía el antiguo artículo 789.3, párrafo primero, al caso en que las diligencias fueran insuficientes para formular acusación como justificativo de la procedencia de practicar diligencias judiciales adicionales. Tras la nueva redacción, unas diligencias judiciales suficientes serán siempre necesarias, cualquiera sea el contenido informativo del atestado policial y de las diligencias del MF. Como, por otra parte, también se deduce del actual art. 779, comparado con el ante-

---

4. Sobre ésta, tal vez inconsciente, modificación, ORTELLS RAMOS, M., «Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado y del nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido», en *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, Valencia, 2003, págs. 17-21. De otra opinión, aunque también lamentando esta modificación legal, Fuentes Soriano, O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 30-51.

rior art. 789.5. El primero, a diferencia del segundo, ha eliminado —en el contexto de los materiales que hay que tener presentes para dictar el «auto de clasificación»— la referencia a «cuando (las diligencias) no sean necesarias».

Sólo en el ámbito del proceso penal de menores, el legislador introdujo decididamente un cambio de modelo, encomendando al MF la potestad de conducir la investigación previa (arts. 6, 16 y 23 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).

La opción por atribuir la conducción de la investigación del procedimiento preliminar al MF tiene una incidencia transversal sobre otras cuestiones estructurales de ordenación del proceso penal.<sup>5</sup> Impone una específica regulación de los actos de investigación cuya práctica requiera restricción de derechos fundamentales, porque la potestad de restringirlos está reservada constitucionalmente a los jueces. Si el MF no tiene el monopolio de la acusación, sino que otras personas o entidades tienen derecho a acusar, debe ser considerado el legítimo interés de los acusadores no oficiales en ejercitar su derecho con eficacia, lo que requiere que tengan acceso a una investigación que también sirva para fundamentar sus posiciones. De modo similar, debe cuidarse la regulación que garantice el derecho del imputado a desarrollar su defensa con eficacia ya en el procedimiento preliminar, lo que comporta que pueda contar con una investigación que también se extienda a los elementos exculpatorios.

Tras los trastabillantes pasos descritos más arriba y la aplicación al proceso penal de menores, el establecimiento claro de la dirección de la investigación por el MF de modo general en los procesos penales sigue siendo una de las cuestiones estructurales pendientes, como veremos en el apartado 10 de este trabajo.

### **3. La potestad de acusar (reglada o discrecional) y el derecho de acusar**

Los legisladores no han modificado significativamente ninguno de los dos aspectos esenciales de la función de acusar en un proceso penal; a saber: si,

---

5. Lo relevante para aceptar o rechazar la opción de atribuir al MF la dirección de la investigación en el procedimiento preliminar es que se den soluciones correctas a los aspectos básicos del proceso penal que resultan afectados por el paso de las potestades de investigación de las manos de un juez a las del MF. Este es el criterio que hay detrás de mis aportaciones sobre la materia, que se reseñan y resumen en Ortells Ramos, M., «La configuración orgánica del MF y sus potestades en el proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2007, núm. 2, págs. 151-194; y, de manera aún más sintética, en el prólogo a Martín Pastor, J., *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.

siendo una potestad jurídico-pública, ha de ser reglada o discrecional, y si, además de esa potestad, debe existir un derecho a acusar de los particulares.

La anterior afirmación sólo necesita dos matices y de muy diferente entidad:

En primer lugar, el constituyente, al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 24.1 CE, y el TC, al considerar que el derecho del ofendido por el delito a tener acceso como parte al proceso penal está comprendido en el contenido esencial del derecho fundamental,<sup>6</sup> establecen límites claros frente a intentos de atribuir al MF el monopolio de la acusación. Por otra parte, si bien es cierto que el modo en que el art. 125 CE se refiere a la acción popular no protege el derecho a ejercerla con la misma intensidad que el derecho a acusar del ofendido, la jurisprudencia empieza a jugar un papel decisivo cuando entra a examinar si el interés no individualizable invocado por el acusador involucra un interés personal del mismo, aunque esté compartido con otras personas, para concluir que, en tal caso, no hay una estricta acción popular, sino un derecho protegido por el art. 24.1 CE.<sup>7</sup>

Por otra parte, en el ámbito especial del proceso penal de menores, el legislador sí que ha introducido cambios radicales en los dos aspectos esenciales. Ha limitado la acusación no oficial al ofendido por el delito (arts. 4, párr. 3, y 25 L de Responsabilidad Penal de los Menores; en adelante, LRPM), excluyendo, en consecuencia la acción popular. Además, dentro de los límites establecidos por los arts. 18 y 19, la LRPM ha configurado la potestad de acusar del MF como una potestad discrecional, ajustada al que suele llamarse principio de oportunidad.

En el proceso penal en general, todo sigue sustancialmente como estaba en el plano de la regulación legislativa. Es decir:

- 1) La potestad de acusar del MF concurre con los derechos de acusar de quien esté legitimado como acusador particular y de quien cumpla los tradicionales mínimos requisitos para estar legitimado como acusador popular.
- 2) Como regla (muy) general, la potestad de acusar del MF es una potestad reglada. El MF que, constitucionalmente, ha de ejercer sus funciones «con sujeción, en todo caso, a los (principios) de legalidad e imparcialidad» (art. 124.2 CE), legalmente debe, según el art. 3.4 del Estatuto Orgánico del

---

6. Una buena síntesis de la jurisprudencia del TC sobre esta cuestión la ofrece JUAN SÁNCHEZ, R., «Las partes», en ORTELLS RAMOS, M., Tapia Fernández, I., dir. y coord., *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 185-191.

7. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 621-668; JUAN SÁNCHEZ, R., «Las partes», en ORTELLS RAMOS, M., TAPIA FERNÁNDEZ, I., dir. y coord., *El proceso penal*, cit., págs. 192-197.

Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF) «ejercitar las acciones penales (...) dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda», y según el art. 105 LECrim, «tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada». Para que la potestad de acusar sea discrecional («principio de oportunidad») es necesario una norma expresa, que en nuestro Derecho sólo existe en el supuesto del art. 171.3 del Código Penal (en adelante, CP), para la clase de amenazas vulgarmente conocida como chantaje.<sup>8</sup>

A falta de reformas legales directas, el primero de los aspectos mencionados ha experimentado, desde hace algunos años, cambios importantes pero teñidos de la característica incerteza propia de su origen jurisprudencial. Me refiero a la eficacia jurídica de la acusación popular cuando su decisión de acusar no es acompañada por la del MF o por la de un acusador particular.

La lectura del Auto de 20 de diciembre de 2006, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (ARP 2007\145), cuyo recurso dio pie a la STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 1045/2007 de 17 diciembre (RJ 2007\8844), pudiera inducir a pensar que es atribuible al legislador, mediante la precisa mención de la acusación particular y sólo de ella en el art. 782.1 LECrim, un importante cambio limitador de los poderes procesales del acusador popular en el procedimiento abreviado. Y a esa misma conclusión podría llegarse tras el estudio de la STS antes mencionada.

No obstante, la motivación de al menos seis de los siete votos particulares que acompañan a la STS citada es muy convincente al explicar que la letra de esa disposición no es el único ni el principal elemento a tener en cuenta para entender producida una restricción de los poderes procesales del acusador popular y que el régimen legal de esos poderes había sido entendido de otro modo, tanto por sentencias del TS, como ampliamente por las Audiencias Provinciales.

Mi objetivo no es, ahora, valorar qué interpretación del art. 782.1 LECrim es la correcta, sino resaltar que la determinación de los poderes del acusador popular en el proceso penal español no puede ser explicada hoy prescindiendo de tomar como parámetro la STS 1045/2007 de 17 diciembre, en el llamado «caso

---

8. Recuérdese que ese precepto dispone que «Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados».

Botín», pero tampoco la STS, Sala de lo Penal, Pleno, 54/2008 de 8 abril (RJ 2008\1325), en el «caso Atutxa», que, como ya han determinado la STS, Sala de lo Penal, 8/2010 de 20 enero (RJ 2010\1268) y —aunque con importantes votos particulares— la STC 205/2013, de 5 diciembre (RTC 2013\205), no sería contradictoria con la primera, porque no versa sobre un caso en el que falta petición acusatoria de un acusador particular, sino sobre otro —relevantemente diferente según las STS 54/2008, STS 8/2010 y STC 205/2013— en el que no hay acusador particular en el proceso, bien por la naturaleza del delito, bien simplemente por no haberse personado quien estuviera legitimado.

Es decir, no habría *overruling*, sino *distinguishing*. En todo caso, no es a la ley a la que se mira para determinar los poderes procesales del acusador popular, dado que ésta se ha revelado insuficiente para definirlos, sino que se atiende a la doctrina jurisprudencial del TS, que el TC no ha considerado viciada de arbitrariedad o error patente, y cuyas hasta ahora diferentes formulaciones tampoco ha apreciado que sean lesivas del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Por lo que se refiere al segundo aspecto básico de la potestad de acusar, la falta de vigencia *lege data* del llamado «principio de oportunidad» tal vez está ocultando una práctica fiscal y judicial que, de hecho, se ajusta a ese principio y que ha crecido al amparo del régimen de la conformidad, en su versión potenciada por su regulación en el procedimiento abreviado por LO 7/1988, de 28 de diciembre, y por las posteriores reformas operadas por la L 38/2002, de 24 de octubre y LO 8/2002 de la misma fecha.

Al regularse el procedimiento abreviado en 1988 llamé la atención sobre un aspecto del nuevo régimen de la conformidad «difícilmente etiquetable, que se introduce en el art. 793.3, I LECrim de manera casi imperceptible y como si de una mera referencia procedimental se tratara, pero que a mi juicio persigue un importante objetivo: la posibilidad de modificar “a la baja” el escrito de acusación, antes de la práctica de la prueba en el juicio oral, para que sea a esa acusación minorada a la que se preste conformidad»; y explicaba que si bien «lo único que establece la disposición es esa posibilidad de modificación de la acusación. Pero, por el momento en que ello se produce, por los límites de la modificación (a la baja), conexión con la conformidad y ausencia de otra justificación razonable (no se han producido nuevas investigaciones que puedan alterar el fundamento de la acusación), resulta evidente que la teleología de la disposición es la de facilitar la obtención de la conformidad. Se supera la rigidez del régimen



de la LECrim sobre la conformidad y se ponen los medios para una negociación de los acusadores —particularmente del Ministerio Fiscal— sobre ella».<sup>9</sup>

Aunque la disposición no atribuía al MF ninguna discrecionalidad sobre los criterios de fondo a los que debía ajustarse el alcance de su acusación, la regulación parecía dar alas a una discrecionalidad de hecho. Precisamente por ser una «discrecionalidad de hecho», la misma no alcanzaría a no acusar, ni a dejar de hacerlo bajo condición de que el sujeto pasivo posible de la acusación cumpliera determinados deberes, sino que estaría limitada a modular «a la baja» la gravedad de la acusación.

Esta introducción de cierta discrecionalidad en la delimitación del alcance de la acusación no puede decirse que haya sido una creación jurisprudencial, pero sin duda es un cambio en el modo de aplicar el Derecho penal que no se ha producido mediante una explícita habilitación legal al MF para que module la amplitud de la acusación, sino dejando abierto un ámbito de decisión para el MF, que solo puede controlarse desde dentro del propio MF y no externamente por el juez en atención a un parámetro de legalidad. El control externo por el juez no alcanza a proteger las exigencias de la legalidad en toda su amplitud, sino que solo puede operar como límite del exceso y no como imposición de un mínimo de condena que el juez pueda considerar debido, salvo que la acusación de un acusador particular o popular de cobertura a ese mínimo.<sup>10</sup>

#### 4. Asistencia letrada al detenido y la defensa técnica del imputado en el procedimiento preliminar

Los legisladores han llevado la iniciativa en la regulación de la defensa técnica del imputado durante el procedimiento preliminar, sin esperar, por tanto, a que adquiriera la condición formal de acusado. No obstante, los jueces han tenido también intervenciones muy relevantes en esa materia y en dos formas distintas. Por un lado, estableciendo jurisprudencia, como es el caso de la STC, Pleno 186/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990\186). Por otro lado, mediante la práctica judicial, dado que los tribunales ordinarios han estado encargados, en gran medida, de especificar la participación de la defensa del imputado en

---

9. ORTELLS RAMOS, M., «El nuevo procedimiento penal abreviado», cit., pág. 15. También, y con cita de otros muchos autores, MIRA ROS, C., *Régimen actual de la conformidad*, Colex, Madrid, 1998, págs. 197-206; AGUILERA MORALES, M., *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, Cedecs, Barcelona, 1998, págs. 131-147.

10. Es cierto que el art. 787.3 LECrim establece un control por parte del juez de que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y que si el acusador que sostiene la acusación de referencia (la más grave) no la modifica, el juez deberá ordenar la continuación del juicio. No obstante, si se atiende al régimen de la correlación que establece el art. 789.3, me parece evidente que semejante incorrección o improcedencia solo darán lugar a lo previsto por el art. 787.3 si el juez considera que la calificación y la pena son incorrectas por exceso, pero no si lo son por defecto.

esa etapa, porque el legislador se ha limitado a establecer un régimen muy genérico, salvo en algunos supuestos.

En la redacción originaria de LECrim, solo desde el procesamiento podía designarse abogado; cualquier otra forma de imputación era irrelevante a este efecto. Por otra parte, la defensa técnica solo era preceptiva desde el traslado de la causa para calificación provisional.

De modo simultáneo al debate parlamentario de la Constitución, y pocos días antes de la aprobación de la misma en referéndum, fue promulgada la L 53/1978, de 4 de diciembre, que reformó disposiciones de LECrim, precisamente para adaptar preventivamente la ley procesal a los que iban a ser imperativos constitucionales. En efecto, la CE, en esta materia, establece una garantía de asistencia de abogado al detenido (art. 17.3 CE) y también reconoce un derecho fundamental a la defensa y asistencia de abogado (art. 24.2 CE).

La L53/1978 estableció normas para desarrollar esos dos contenidos constitucionales. En cuanto al primero de ellos, mediante una nueva redacción del art. 520 LECrim, reguló la asistencia de abogado respecto del imputado que se hallara en situación de detención. En cuanto a la defensa por abogado en la instrucción, una nueva redacción del art. 118 LECrim dejó claro que el derecho de defensa, con asistencia de abogado, podía ser ejercitado desde el momento de la imputación, sin necesidad de esperar a la formalización de ésta mediante el auto de procesamiento, ni menos al acto de acusación y, además, reguló la participación de la defensa técnica del imputado en los actos del procedimiento preliminar con gran amplitud, pero en términos muy genéricos<sup>11</sup> —salvo la precisión de las normas sobre declaración de secreto de actuaciones—, de modo que deja un amplio campo a la discrecionalidad de los jueces de instrucción.

El régimen del abogado del imputado y su actuación en el procedimiento preliminar ha tenido una larga y compleja evolución después de la L 53/1978. En esa evolución se ha puesto de manifiesto la diferencia —y también la aproximación— entre la función del abogado de asistir al detenido y su función, más amplia, de defender los derechos e intereses del imputado en esta etapa del proceso (evitar medidas cautelares o reducir su gravedad, conseguir la revocación de la imputación y evitar la apertura de juicio y ser acusado en el mismo), se ha transitado, dubitativamente, entre la configuración de la defensa técnica

---

11. Así, según la redacción dada al art. 302, «Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento», con las limitaciones derivadas del régimen de declaración de secreto; según el art. 313, «El juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, s no las considera inútiles o perjudiciales».

como un derecho del imputado y su consideración como un presupuesto de validez de las actuaciones, y se ha avanzado, al menos parcialmente, hacia una mayor precisión legal de la participación de la defensa del imputado en los actos del procedimiento.

El siguiente es un repaso sintético de los hitos fundamentales de esa evolución.

- 1) Una reforma de 1983 (LO núm. 14/1983, de 12 de diciembre), mediante una nueva redacción del art. 520, dispuso que la defensa técnica a través de abogado fuera requisito preceptivo para la validez de determinados actos del procedimiento preliminar realizados con el imputado en situación de privación de libertad: los de recepción de su declaración y los de reconocimiento de su identidad. Esta acotación demostraba que la preocupación no era tanto la de garantizar la defensa del imputado en cuanto a los variedad de sus derechos e intereses afectados en el procedimiento preliminar, sino garantizar esa defensa con ocasión de unas diligencias de investigación en cuya práctica existía el riesgo de abuso de la persona del imputado como fuente de información sobre los hechos objeto de la investigación.
- 2) La situación determinante del nombramiento preceptivo de abogado para la defensa del imputado, aunque no estuviera detenido —es decir, la defensa técnica no solo como derecho, sino como requisito de validez de los actos— no cambió ni con la L53/1978,<sup>12</sup> ni con la LO 7/1988, de 28 diciembre.<sup>13</sup> Hubo que esperar a la reforma de LECrim por L 38/2002, de 24 de octubre, que introdujo, por fin, una nueva disposición clarísima sobre la situación a partir de la cual es preceptiva la asistencia de abogado al imputado: el art. 767 no sólo prescinde del inciso «y fuere necesaria la asistencia letrada», sino que dispone que «desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada». No obstante, con la lógica que siempre ha caracterizado los avances en esta materia, ese claro paso adelante fue acompañado de dudas sobre la amplitud de la intervención del abogado en las declaraciones del imputado ante el juez y ante la policía o el Ministerio Fiscal. Para la primera, el nuevo art. 775, párrafo

---

12. El art. 118, párrafo cuarto LECrim (redacción que mantenía la reforma mencionada en el texto) disponía: «Si no hubiesen designado procurador o abogado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación».

13. Como advertí entonces, ORTELLS RAMOS, M., «Las partes no oficiales en el proceso penal abreviado», en *El proceso penal abreviado*, cit., págs. 94-95, el art. 788.1, en la redacción de la Ley citada, no alteraba la regulación, porque lo que podía deducirse del inciso «desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada», quedaba inmediatamente neutralizado por lo que se dispone a continuación «y fuera necesaria la asistencia letrada».

segundo LECrim estableció expresamente el derecho del imputado a una entrevista previa con su abogado. En cambio, la expresa formulación de ese derecho no existía para las declaraciones ante la policía y ante el Ministerio Fiscal.<sup>14</sup>

- 3) Una mayor definición legislativa de las garantías de participación de la defensa del imputado, especificando el régimen de esa participación<sup>15</sup> dentro del abigarrado y desordenado conjunto de actos de comprobación y de resolución que integran el procedimiento preliminar, se introdujo, en primer término, respecto de las actividades preparatorias de la decisión sobre la prisión provisional, sobre la libertad provisional con fianza y sobre la elevación de esa fianza (arts. 504 bis 2 —ahora art. 505— y 539 LECrim, en su redacción por LO 5/1995, de 22 de mayo). Y se extendió, en su momento, a las preparatorias de la adopción de órdenes de alejamiento y de su agravación (art. 544 ter LECrim).

Dejando aparte el requisito de que la adopción de la medida y la determinación de su grado de gravedad deben ser solicitadas por un acusador, la formalización consiste en que, por regla general, el juez sólo se pronunciará sobre la medida cautelar después de una comparecencia a la que, con las demás partes, es citado el imputado con su abogado y en la que la defensa no sólo puede alegar, sino proponer y practicar medios de comprobación disponibles inmediatamente o en breve plazo.

- 4) De nuevo la jurisprudencia fue decisiva para establecer una garantía general de que la defensa técnica del imputado pueda tener incidencia efectiva en la protección de sus derechos e intereses en el procedimiento preliminar.

El TC, mediante una sentencia interpretativa de constitucionalidad —la STC (Pleno) 186/1990, de 15 de noviembre(RTC 1990\186)— concretó esa garantía

14. Sobre un razonable intento para extender ese derecho a estas declaraciones, ORTELLS RAMOS, M., *Criterios para la actuación del abogado del imputado en las etapas previas al juicio oral del procedimiento abreviado y del procedimiento de enjuiciamiento rápido*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, Valencia, 2003, pág. 14.

15. La norma amplia del art. 302 que atribuye el derecho a intervenir en las diligencias del procedimiento plantea problemas de detalle a la hora de ser aplicada. En primer término, parece lógico que si la ley ha establecido un derecho a intervenir, debe realizarse una citación que posibilite en concreto el ejercicio del derecho. Pero la ley no es clara en este sentido. En lugar de establecer ese deber de citación de un modo general, se limita a formularlo en supuestos específicos de diversa amplitud (arts. 333, 336, 646 y 780.2, párrafo tercero —el último en la redacción de la L de 24 de octubre de 2002). Obviamente esto no significa que se le niegue al imputado el derecho a intervenir, pero, salvo que en la práctica la citación se haga aunque la ley no la imponga, para no perder la posibilidad de participación será imprescindible que la defensa técnica desarrolle una especial diligencia.

En segundo lugar, no está determinado en qué puede consistir la intervención de la defensa del imputado en la práctica de las diligencias. No es una buena solución remitir, para integrar la laguna, al régimen de cada una de las diligencias, porque, como ese régimen lo estableció la redacción originaria de LECrim, no tiene previsiones de una práctica con contradicción. En definitiva, la combinación de la potestad del juez de instrucción para dirigir la práctica de la diligencia con el genérico reconocimiento del derecho de intervención conducirá, en la realidad, a una gama de modos de intervención dependiente de la discrecionalidad del juez.

segundo LECrim estableció expresamente el derecho del imputado a una entrevista previa con su abogado. En cambio, la expresa formulación de ese derecho no existía para las declaraciones ante la policía y ante el Ministerio Fiscal.<sup>14</sup>

- 3) Una mayor definición legislativa de las garantías de participación de la defensa del imputado, especificando el régimen de esa participación<sup>15</sup> dentro del abigarrado y desordenado conjunto de actos de comprobación y de resolución que integran el procedimiento preliminar, se introdujo, en primer término, respecto de las actividades preparatorias de la decisión sobre la prisión provisional, sobre la libertad provisional con fianza y sobre la elevación de esa fianza (arts. 504 bis 2 —ahora art. 505— y 539 LECrim, en su redacción por LO 5/1995, de 22 de mayo). Y se extendió, en su momento, a las preparatorias de la adopción de órdenes de alejamiento y de su agravación (art. 544 ter LECrim).

Dejando aparte el requisito de que la adopción de la medida y la determinación de su grado de gravedad deben ser solicitadas por un acusador, la formalización consiste en que, por regla general, el juez sólo se pronunciará sobre la medida cautelar después de una comparecencia a la que, con las demás partes, es citado el imputado con su abogado y en la que la defensa no sólo puede alegar, sino proponer y practicar medios de comprobación disponibles inmediatamente o en breve plazo.

- 4) De nuevo la jurisprudencia fue decisiva para establecer una garantía general de que la defensa técnica del imputado pueda tener incidencia efectiva en la protección de sus derechos e intereses en el procedimiento preliminar.

El TC, mediante una sentencia interpretativa de constitucionalidad —la STC (Pleno) 186/1990, de 15 de noviembre(RTC 1990\186)— concretó esa garantía

14. Sobre un razonable intento para extender ese derecho a estas declaraciones, ORTELLS RAMOS, M., *Criterios para la actuación del abogado del imputado en las etapas previas al juicio oral del procedimiento abreviado y del procedimiento de enjuiciamiento rápido*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, Valencia, 2003, pág. 14.

15. La norma amplia del art. 302 que atribuye el derecho a intervenir en las diligencias del procedimiento plantea problemas de detalle a la hora de ser aplicada. En primer término, parece lógico que si la ley ha establecido un derecho a intervenir, debe realizarse una citación que posibilite en concreto el ejercicio del derecho. Pero la ley no es clara en este sentido. En lugar de establecer ese deber de citación de un modo general, se limita a formularlo en supuestos específicos de diversa amplitud (arts. 333, 336, 646 y 780.2, párrafo tercero —el último en la redacción de la L de 24 de octubre de 2002). Obviamente esto no significa que se le niegue al imputado el derecho a intervenir, pero, salvo que en la práctica la citación se haga aunque la ley no la imponga, para no perder la posibilidad de participación será imprescindible que la defensa técnica desarrolle una especial diligencia.

En segundo lugar, no está determinado en qué puede consistir la intervención de la defensa del imputado en la práctica de las diligencias. No es una buena solución remitir, para integrar la laguna, al régimen de cada una de las diligencias, porque, como ese régimen lo estableció la redacción originaria de LECrim, no tiene previsiones de una práctica con contradicción. En definitiva, la combinación de la potestad del juez de instrucción para dirigir la práctica de la diligencia con el genérico reconocimiento del derecho de intervención conducirá, en la realidad, a una gama de modos de intervención dependiente de la discrecionalidad del juez.

en el sentido de que el procedimiento preliminar no puede terminar —al menos dando lugar a la apertura del juicio oral— sin que conste que el imputado ha tenido oportunidad concreta de defenderse en él, de ejercer, aunque sea por una vez, sus derechos de participación.

La STC (Pleno) 186/1990 tuvo por objeto una cuestión de inconstitucionalidad del art. 790.2 LECrim (redacción de la LO 7/1988, de 28 diciembre), por contrario a la prohibición de indefensión, al derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa, en cuanto no contemplaba expresamente que, en su trámite —que es el de que los acusadores piden la apertura de juicio o el sobreseimiento—, el imputado pudiera ser oído y se le pudieran admitir diligencias complementarias con vistas a obtener una resolución de sobreseimiento. El TC sostuvo que esa regulación no era inconstitucional porque, de modo previo a ese trámite, el imputado debía haber sido señalado judicialmente como tal y haber tenido oportunidad de defenderse frente a una imputación que podía conducir, posteriormente, a admitir acusación frente a él y a abrir juicio.<sup>16</sup>

En la reforma introducida por la L 38/2002, de 24 octubre, subsiste la limitada referencia a los acusadores, en cuanto al derecho a proponer diligencias de investigación complementarias, inmediatamente antes de la petición de apertura de juicio oral (art. 780 LECrim), pero el legislador ha convertido en norma legal la garantía que diseñó la STC 186/1990. En efecto, el art. 779.1.4ª dispone que la resolución de seguir procedimiento abreviado «contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquella en los términos previstos en el artículo 775». El imputado, conocedor de la imputación y de su alcance objetivo, habrá tenido oportunidad, en la comparecencia mencionada —cuyo contenido hay que integrar con las posibilidades defensivas previstas en el art. 396—, asistido por abogado, de proponer actos de investigación que puedan inclinar en su favor las resoluciones sobre medidas cautelares y acerca de la apertura del juicio.

## **5. La restricción de derechos fundamentales por fines legítimos del proceso penal**

El régimen de la restricción de derechos fundamentales para servir a fines legítimos del proceso penal ha sido escenario de notables negligencias legislativas y de suplencia jurisprudencial, que algunas veces ha ido acompañada

---

16. Más ampliamente sobre esta garantía ORTELLS RAMOS, M., «Las partes no oficiales en el proceso penal abreviado», en *El proceso penal abreviado*, cit., págs. 86-91.

de pronunciamientos admonitivos dirigidos al legislador, más o menos dramáticos.

Esa situación es, en una materia como ésta, especialmente significativa, porque la Constitución, para dotar de una protección reforzada a los derechos fundamentales en el desarrollo de su régimen jurídico, sólo permite regularlos mediante ley orgánica, confiando en la garantía que deberían ofrecer las mayorías reforzadas para la aprobación. La apelación constitucional a la tarea del legislador es más acuciante, y más grave la responsabilidad al desatenderla.

Me limitaré a algunas cuestiones muy destacadas en las dos áreas del proceso penal en las que la restricción de derechos fundamentales puede ser necesaria.

### **5.1. Restricción de derechos fundamentales y actos de investigación**

En esta materia, y en primer lugar, es paradigmática la evolución del régimen de la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Debería llamar la atención, para empezar, que la específica regulación requerida por las limitaciones del derecho reconocido por el art. 18.3 CE solamente se produjera, a nivel legislativo, en 1988, mediante una reforma del art. 579 LE-Crim, que antes solo regulaba la intervención de comunicaciones postales y telegráficas. En ese periodo, diez años desde la promulgación de la Constitución, la jurisprudencia integraría el sistema de protección mediante una difícil analogía con el régimen de las intervenciones de las comunicaciones postales.

La respuesta del legislador, a pesar de ser tardía y presumiblemente meditada, no satisfizo todas, ni siquiera la mayor parte, de las exigencias de un régimen de restricción del derecho al secreto de las comunicaciones por fines de investigación penal.

Esta regulación legal dejó sin respuesta suficiente, ya desde su origen, puntos como la gravedad de los delitos cuya investigación debía considerarse justificativa de la resolución de intervención, el régimen de los hallazgos casuales, la posibilidad de intervenir comunicaciones entre terceros, la precisión de determinados datos en la resolución de autorización y prórroga de la intervención. El TC y el TS integraron lagunas y paulatinamente agriaron sus críticas y requerimientos al legislador. En definitiva, la jurisprudencia del TS y del TC comple-

taron el régimen de estas intervenciones.<sup>17</sup> La mejor prueba de esto es que, en los asuntos que han llegado al TEDH, los parámetros de valoración que utiliza este Tribunal para estimar o desestimar las demandas no solo consisten en la regulación legal, sino en la progresiva consistencia de la jurisprudencia que ha integrado sus vacíos. El TEDH argumenta expresamente en ese sentido en la Sentencia 26 de septiembre de 2006, caso Abdulkadir Coban contra España (TEDH\2006\51), y en la Sentencia de 7 de septiembre de 2010, caso Fernández Saavedra contra España (TEDH\2010\92).

Con el tiempo, la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas del art. 579 LECrim ha añadido a sus defectos de origen los defectos de haber permanecido inalterada durante veinticuatro años. Precisamente durante esos años las innovaciones técnicas en las comunicaciones telemáticas han crecido exponencialmente en variedad y en complejidad. Nuevamente la jurisprudencia ha estado dando las respuestas que el constituyente encargó al legislador orgánico.<sup>18</sup>

Parecido vacío de regulación legal existía, en segundo lugar, en materia de actos de investigación que necesiten de la práctica de inspecciones e intervenciones corporales. En esta materia, una mínima regulación legal se hizo esperar hasta la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que dio nueva redacción a los arts. 363, párrafo segundo, y 326, párrafo tercero. El primero regula, de manera más que parca, la obtención de muestras biológicas del cuerpo del que llama «sospechoso», para determinar su perfil de ADN a efectos de su cotejo con fines de investigación del delito.

Esa regulación legal es insuficiente para su fin específico, incluso con el complemento de la LO 10/2007, de 8 octubre, de base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN.<sup>19</sup> Pero es que, además, continúan estando huérfanas de regulación inspecciones e intervenciones corporales que pueden ser necesarias para otros fines de investigación (averiguación del ocultamiento

---

17. Remito al reciente estudio de CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 2014, págs. 153-168, aunque el conjunto de la obra es ilustrativo de la imprescindible aportación de la jurisprudencia para integrar el régimen de esta limitación del derecho fundamental. Con anterioridad, también denunciando la insuficiente regulación legal y resaltando la integración jurisprudencial de esas insuficiencias, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, *passim*.

18. De esta tarea jurisprudencial ya cumplida cuenta, junto con la jurisprudencia relativa a la intervención de comunicaciones telefónicas, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, a la que puede accederse en [https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares\\_consultas\\_instrucciones](https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones) (última visita 07/12/2015).

19. Véase, por ejemplo, DE HOYOS SANCHO, M., «Obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos en el espacio de libertad, seguridad y justicia», en *Las bases de datos policiales de ADN*, Cabezudo Bajo, M. J., (Dir.), Dykinson, Madrid, 2013, págs. 84-87; MARTÍN PASTOR, J., «La obtención de muestras de ADN, dubitadas e indubitadas, por la policía judicial y el régimen del sometimiento del sospechoso a los actos de inspección, registro e intervenciones corporales», en *Las bases de datos policiales de ADN*, cit., págs. 197-219.



de objetos en el cuerpo de una persona, pruebas corporales para determinar la influencia de sustancias en la conducta de una persona).<sup>20</sup>

El TC fue «condescendiente» con ese defecto al considerar, en su Sentencia (Sala Primera) 37/1989, de 15 de febrero (RTC\1989\37), que la regulación legal podía hallarse en los arts. 339 y 478.1º LECrim —relativos a los reconocimientos que han de preceder un dictamen pericial, que el juez puede ordenar—.

No obstante, la STC (Sala Primera) 207/1996, de 16 de diciembre (RTC\1996\207) referida a un caso de extracción forzosa de muestras de cabello para comprobar si la persona era consumidora de cierta clase de droga, entendió que no había cobertura legal suficiente y que, en el caso concreto, la actuación judicial no había respetado —había violado— los derechos a la integridad física y a la intimidad personal.<sup>21</sup>

## 5.2. Restricción de derechos fundamentales y medidas cautelares y preventivas

Poco más de un año antes de la promulgación de la Constitución, el legislador (L 10/1978, de 20 febrero) había eliminado un presupuesto de la prisión provisional que hacía de esta medida, que debe ser cautelar del proceso penal, una medida de preservación del orden público. La redacción derogada del art. 503, circunstancia 4ª LECrim, imponía como obligatoria la prisión provisional si el delito imputado era un delito contra la seguridad interior del Estado, cualquiera fuera la gravedad de la pena que correspondiera —lo que rompía la lógica de presumir el riesgo de fuga en función de tal gravedad — y mientras la situación alterada por el delito no quedara restablecida.

Con posterioridad hubo varias reformas del régimen de la prisión provisional, pero la difícil convivencia de la regulación legal de la prisión provisional con los postulados constitucionales va a perdurar, sorprendentemente, hasta la reforma operada por la LO 13/2003, de 24 de octubre, a la que se llegó, por cierto, tras una amenazadora advertencia de la jurisprudencia constitucional.

En efecto, la STC (Pleno) 47/2000, de 17 de febrero (RTC 2000\47), examinó en su fundamento jurídico 5º la redacción entonces vigente de los arts. 503 y 504

---

20. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2007, pág. 403.

21. Sobre el mensaje desatendido de esta sentencia y, más en general, sobre los problemas en Derecho español respecto de la imprescindible habilitación legal —para las inspecciones e intervenciones corporales, ETXEBERRIA GURIDI, J. F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Editorial Trivium, Madrid, 1999, págs. 107-135.

LECrím, que establecían los presupuestos de la prisión provisional, para concluir que esa redacción conducía a interpretaciones inconstitucionales, en concreto contrarias al art. 17 CE, como el TC ya había podido constatar en precedentes sentencias de amparo. En esta Sentencia el TC no se limitó a conceder el amparo, sino que planteó al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad de aquellos dos artículos de LECrím, porque tal redacción «ha podido ser determinante de la actuación inconstitucional de los órganos judiciales» en el caso concreto.

Dos eran las principales razones para cuestionar la constitucionalidad de los presupuestos de la prisión provisional, tal como los establecían los arts. 503 y 504 LECrím. Por un lado, el papel que jugaba en la concurrencia de los mismos la gravedad de la pena prevista para el delito imputado que, aunque podía ser contrarrestado si el juez estimaba concurrentes determinadas circunstancias, permitía que el juez decidiera la prisión sólo con referencia a aquella pena, sin necesidad de motivar su resolución sobre concretas razones que justificaran la medida privativa de libertad. Por otro lado, la ley continuaba dando relevancia para las resoluciones sobre la prisión provisional a razones constitucionalmente ilegítimas como la alarma producida por el delito o la frecuencia de su comisión en la demarcación del juzgado. Recordaré que la relevancia de la alarma social tenía el deshonroso antecedente de la *Erregung in der Öffentlichkeit*, motivo de prisión introducido por la Novela nazi sobre procedimiento penal de 1935, suprimido de la StPO en 1945.<sup>22</sup>

No es este el momento de profundizar sobre la medida en que la reforma de 2003 perfeccionó el régimen de la prisión provisional.<sup>23</sup> Sí que quisiera, en cambio, destacar que, de nuevo, los legisladores dejaron la reforma inacabada, al no acometer una regulación completa y sistemática de las medidas alternativas a la prisión provisional.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional había dejado claro que la prisión provisional debía ser de una medida de aplicación excepcional y subsidiaria (STC 128/1995, FJ 3º; STC 47/2000, FJ 7ª). El nuevo art. 502.2 LECrím establecía legalmente esa característica: «La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional».

---

22. Una reflexión sobre este motivo para la prisión provisional ya le expuse en ORTELLS RAMOS, M., «Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, núm. 5, págs. 439-489, específicamente en el apartado 5, B del trabajo.

23. Remito a la monografía de Gutiérrez de Cabiedes, P., *La prisión provisional*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, *passim*.

Los fines de la prisión provisional que el TC consideró constitucionalmente legítimos, y que ahora recoge el art. 503 LECrim, son evitar la fuga, evitar la manipulación de la prueba y contrarrestar el peligro de reiteración delictiva.

Cuando se asume que la prisión provisional ha de cumplir otros fines, además de los estrictamente cautelares de posibilitar la realización del proceso y la ejecución de la sentencia, lo coherente es que el ordenamiento regule medidas menos lesivas del derecho de libertad del imputado, que sean funcionales no sólo —como lo es la libertad provisional— respecto de los fines cautelares, sino también respecto de los demás fines que han sido considerados como legítimos de la prisión provisional.

Las medidas alternativas a la prisión provisional también estaban insuficientemente reguladas. En este materia no fue la jurisprudencia de los altos tribunales la que vino a paliar las insuficiencias, sino la práctica judicial de los Juzgados y las Audiencias Provinciales. Me referiré a dos muestras significativas.

Por un lado, la medida de libertad provisional, que, dadas las obligaciones accesorias de las que la ley permitía acompañarla, era imperfecta para cumplir de modo distinto a la prisión provisional los fines legítimos de ésta, fue complementada en la práctica judicial con la retención de pasaporte. El TC, sin embargo, consideró que faltaba habilitación legal para que los jueces adoptaran esta medida complementaria.<sup>24</sup> La reforma de LECrim por LO 10/2003, de 24 de octubre, estableció esa habilitación en el art. 530.

Por otro lado, hasta 1999, en el que, mediante el nuevo art. 544 bis, se introdujo en la LECrim la orden de alejamiento, el art. 13 LECrim y su, en aquel momento, genérica referencia a que, entre las primeras diligencias, debían estar las de protección del ofendido o perjudicado por el delito y de sus familiares, sirvió de base para la adopción de medidas distintas a la prisión, pero dirigidas a evitar la reiteración delictiva.<sup>25</sup> A falta de una más específica cobertura legal, algunos jueces y, de modo muy definido, la Fiscalía General del Estado,<sup>26</sup> estimaron que podía amparar la adopción judicial de restricciones a la libertad de circulación o de residencia del imputado, sin llegar a la privación de su libertad. No obstante, esta tesis sólo podía aceptarse con la provisionalidad que, expresamente, se reclamó al formularla. La regulación

---

24. STC, Sala 2ª, núm. 169/2001 de 16 julio, RTC\2001\169

25. Ortells Ramos, M., «Tratamiento de la violencia doméstica en la LECrim (Un comentario a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la ODP de las víctimas de violencia doméstica)», en *Encuentros «Violencia doméstica»*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 403-405.

26. Circular número 1/1998, de 24 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, accesible en [https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares\\_consultas\\_instrucciones](https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones) (última vista 08/12/2015)

restrictiva de los derechos fundamentales a la libertad de residencia y de circulación por el territorio nacional (art. 19 CE) requería ley orgánica (art. 81.1 CE) que estableciera los presupuestos y el alcance de las limitaciones, como en definitiva, vino a hacer la LO 14/1999, con la introducción del nuevo art. 544 bis LECrim.

## 6. El deber de correlación de la sentencia con la acusación

Por regla general, ha sido el TC el que ha liderado las que podemos llamar «reformas jurisprudenciales» del proceso penal español. Sin embargo, en una materia la iniciativa ha sido indiscutiblemente del TS. Me refiero a una concepción del principio acusatorio, a la que el TS llegó con fundamento en los derechos fundamentales procesales reconocidos por la CE y por el CEDH, y que ha conducido a un desapoderamiento del tribunal del juicio oral, consistente en una más estrecha limitación de su potestad de sentenciar.

El cambio del proceso penal, por vía principalmente jurisprudencial, ha sido radical en cuanto al deber de correlación de la sentencia con la acusación, al planteamiento de tesis y cuestiones por el tribunal y a los derechos procesales de las partes subsiguientes a ese planeamiento.<sup>27</sup>

Entre las interpretaciones posibles del art. 733 LECrim, regulador de la conocida como «tesis de desvinculación», predominó, desde el inicio de la vigencia de esa Ley, la que lo interpretaba en el contexto de la muy deficiente regulación que la LECrim hacía de la correlación entre acusación y sentencia. La principal razón de esto se halla en la descripción que la LECrim hacía, y sigue haciendo, de la infracción del deber de correlación como motivo de casación. El art. 851.4º establece como motivo de casación que la sentencia haya condenado por «delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiera procedido previamente como determina el art. 733». La mención expresa de este último artículo en la disposición que sanciona el exceso en la potestad de sentenciar pasó a dominar la configuración legal de la falta de correlación como límite a la potestad de resolver y, además, limitó la virtualidad —ya de por sí escasa— del art. 733 como técnica de protección del derecho a la contradicción sobre los hechos y sobre el Derecho concretamente relevantes para la sentencia.

---

27. Para mayores detalles sobre el inicio de este cambio jurisprudencial del proceso penal español, su evolución y, también, para el planteamiento crítico frente al mismo, remito a Ortells Ramos, M., «Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales», en *Justicia*, 1991, número III, págs. 529-550; Ortells Ramos, M., «Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia», en *Justicia*, 1991, número IV, págs. 775-798.

En definitiva, el deber de correlación quedaba centrado en la gravedad de los tipos delictivos, más que en el grado de identidad entre los hechos objeto de la acusación y los hechos objeto de la sentencia. Además, en el supuesto de diferencias entre acusación y sentencia en cuanto a las valoraciones jurídicas conducentes a una agravación de la pena, sólo quedaba garantizado el derecho a contradecir si la diferencia consistía en que el tribunal estimaba concurrente un tipo de delito de mayor gravedad. La garantía del art. 733 no era aplicable a otras diferencias de valoración jurídica, ni a diferencias en cuanto a los hechos entre acusación provisional y definitiva.

A mediados de los años ochenta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia abandonó la orientación uniforme y estable que había tenido hasta el momento. La nueva jurisprudencia, aunque se fundó en una argumentación bastante uniforme (principio acusatorio, prohibición de indefensión, derecho a ser informado de la acusación), no siguió una única orientación.

Principalmente, había divergencias en el punto básico de la interpretación que debía darse al art. 733 en el contexto del régimen normativo de la correlación.

Según una de las corrientes esa disposición debía ser reinterpretada en el sentido de ampliar el requisito del planteamiento de la tesis a otros supuestos, además del de la posible apreciación de un tipo de delito de mayor gravedad. Específicamente, para apreciar, si no habían sido alegadas por los acusadores, circunstancias agravantes, formas de participación, tipos de delito distinto — aunque su gravedad fuera igual o menor a la del acusado y salvo que fuera homogéneo con éste—, cualquier elemento inculpatario o agravatorio e incluso para no atender a la apreciación de un elemento favorable al acusado

Según otra orientación, para evitar la ineficacia de la sentencia por falta de correlación, no es suficiente con dar al planteamiento de la tesis esa mayor amplitud, sino que es necesario que algún acusador haga suya la nueva tesis apuntada por el tribunal. Otras sentencias añaden la exigencia de que, ante esos cambios asumidos por algún acusador, la defensa ha de poder haber reaccionado con alegaciones y con nuevas pruebas, no exclusivamente con alegaciones, como resulta de la letra del art. 733.

Para una tercera orientación el párrafo tercero del art. 733 habría quedado derogado, porque, si el artículo es correctamente interpretado, el tribunal ha quedado vinculado por las calificaciones definitivas de los acusadores y no tiene poder para plantear tesis agravatorias.

En la LO 7/1988, de 28 de diciembre, al establecer el procedimiento abreviado, el legislador decidió intervenir en la regulación de la materia, aunque lo hizo de manera ambigua.

No modificó el art. 733, ni los demás artículos relacionados con su interpretación, sino que se limitó a regular la materia de un modo distinto, aunque sólo para el nuevo procedimiento abreviado.

Por una parte, esa nueva ordenación optaba por una de las nuevas líneas jurisprudenciales al establecer, en el art. 794.3, que «La sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones», y, en el art. 793.7, que los cambios de la acusación definitiva respecto de la provisional, lo hayan sido, o no, en respuesta a cuestiones planteadas por el tribunal, permiten a la defensa obtener una suspensión del juicio para preparar una contradicción no sólo consistente en alegar, sino también en probar.

Por otra parte, yendo más allá de la nueva orientación jurisprudencial, aunque sin traspasar su campo temático, el art. 793.7 atribuía a la defensa ese derecho de alegar y probar aunque los cambios en la acusación fueran debidos a la iniciativa de los acusadores y no a una reacción ante cuestiones del tribunal, y, de manera muy destacada, el art. 794.3 estableció, por vez primera en la LE-Crim, una norma de correlación esencialmente correcta: «La sentencia no podrá... condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado».

La interacción de jueces y legisladores en la reforma del proceso penal ha continuado en esta materia con dos intervenciones, una de cada centro de poder y cada una con diferente acierto.

Los legisladores, tan frecuentemente callados cuando se necesita que hablen, tuvieron en la reforma de 2003 una intervención perfectamente prescindible. Trasladaron al nuevo art. 789.3 los mismos límites que el antiguo art. 794.3 fijó a la potestad de sentenciar, pero les añadieron un estrambote,<sup>28</sup> que lleva de la mano a una insostenible interpretación literal. En efecto, según esa interpretación, el tribunal podría, si plantea la cuestión y ésta es asumida por algún acusador, no sólo imponer pena más grave que la solicitada por alguna acusación definitiva inicialmente formulada, sino también «condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o muta-

---

28. Recuérdese que el art. 789.3 dispone, tras esa reforma, lo siguiente —la cursiva es mía—: «La sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3».

ción sustancial del hecho enjuiciado». Lo primero podría considerarse correcto con matices. Lo segundo significaría desconocer las exigencias más elementales de los principios de contradicción y de igualdad.<sup>29</sup>

Por parte de los jueces, la Sala Segunda del TS, mediante Acuerdo de su Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006 (JUR 2007\30007), decidió que «el tribunal sentenciador no podrá imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa». Con esto el Tribunal Supremo ha cerrado la operación de reforma del procedimiento ordinario en esta materia, cabe pensar que no sólo en cuanto a la regla de vinculación, única que formula expresamente, sino también incorporando al procedimiento ordinario la regulación establecida, en principio, sólo para el procedimiento abreviado. Ahora sí que el art. 733 LECrim ha de entenderse derogado, con la correspondiente repercusión sobre el art. 851.4º.

## **7. Materiales sobre los que puede fundar su convicción el tribunal del juicio**

La LECrim de 1882 introdujo en España un nuevo proceso penal, superador del proceso inquisitivo, en el que se distinguían dos etapas, sumario y juicio oral, con atribución a diferentes órganos jurisdiccionales de la competencia para conocer de cada una de ellas. En un precepto clave de la Ley, el art. 741, se disponía que el tribunal debía formar su convicción apreciando las pruebas practicadas en el juicio. Esta regla general era luego reforzada por la excepción regulada en el art. 730, que permitía la lectura de la documentación sumarial de actos de prueba si fuera imposible practicarlos en el acto del juicio.<sup>30</sup>

Desde la introducción del nuevo sistema de enjuiciamiento se hicieron patentes dos concepciones diferentes sobre las relaciones entre material de investigación del sumario y prueba del juicio:

- 1) Según una postura, la práctica de la prueba en el juicio tiene la función propia y autónoma de convencer al tribunal de los hechos aportados por la acusación y la defensa, reservándose al sumario una función subordinada,

---

29. ORTELLS RAMOS, «Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado...», en *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 29-30.

30. Al estudio de este cambio esencial del proceso penal español, de su fracaso en la práctica y a establecer las bases para su recuperación dedique mi atención hace ya tiempo: ORTELLS RAMOS, M., «Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista General de Derecho*, edición separada, Valencia, 1979, pp. 1-64, y, también, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, abril-septiembre, núms. II-III, 1982, págs. 365-427.

en el doble sentido de proporcionar los datos para la aportación de hechos e indicación de las fuentes de prueba y de servir, en supuestos excepcionales, para sustituir la práctica imposible de un medio de prueba.

- 2) Según la otra posición, la práctica de la prueba en el juicio tiene una función correctora y complementaria de la investigación sumarial, de lo que deriva que esta última es, por principio, apreciable junto a la prueba del juicio para dictar la sentencia.

Este segundo modo de entender la LECrim dominó, en buena medida, la práctica judicial española hasta que, en la década de los ochenta, el Tribunal Constitucional, mediante la jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia, restableció una correcta interpretación del sistema de la LECrim.

En la formación de esa jurisprudencia, el Tribunal Constitucional tuvo que plantearse y resolver la cuestión de sobre qué base podía el juzgador fundar su convicción acerca de los hechos, destructora de aquella inicial presunción. La respuesta era obvia: sobre la base de la prueba. En las palabras de una resolución muy temprana del TC (STC, Sala Primera, núm. 31/1981 de 28 julio, RTC\1981\31, Fj. 3º): «El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el artículo 741 de la LECrim, supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso».

Esta proposición abría otro interrogante: ¿Qué constituye prueba en un proceso como el penal, en el que, previamente a la actividad que estrictamente conocemos como prueba, tiene lugar una actividad de averiguación y comprobación de hechos, realizada en gran medida por órganos jurisdiccionales y, en lo demás, por otros órganos de poderes públicos, cuya documentación podría servir materialmente para formar la convicción?

Quedaba así nuevamente planteado el viejo problema de la eficacia probatoria de la investigación sumarial y de otras investigaciones desarrolladas en procedimientos preliminares. Ese problema estaba resuelto en la LECrim de un modo esencialmente correcto: no se reconoce eficacia probatoria a la documentación de esas investigaciones como regla general, aunque sí como excepción en



casos determinados. La rutina histórica y algunos defectos de la LECrim (forma de la motivación de la sentencia e insuficiencia de los motivos de casación para preservar este aspecto tan básico del sistema) permitieron, sin embargo, una práctica forense totalmente divergente de la ordenación legal. La jurisprudencia constitucional sobre el principio de presunción de inocencia impulsó nuevamente una correcta interpretación del sistema de la LECrim en este punto y también introdujo alguna novedad en ese sistema con fundamento en una interpretación conforme a la Constitución.<sup>31</sup>

Esta aportación de la jurisprudencia, que ha sido esencial para la renovación del proceso penal español, deja como cuestión problemática la de determinar, con la máxima precisión, las excepciones a la regla general. Es decir ¿En qué supuestos y cumpliendo qué requisitos puede ser valorada para dictar sentencia la documentación de actos de investigación no practicados como medios de prueba en el juicio? Especialmente ¿Qué resultado puede ser valorado, y a qué efecto, si ha sido practicado el medio de prueba pero su resultado ha sido diferente o hasta contradictorio con el resultado al que dio lugar el correspondiente acto de investigación documentado?

La jurisprudencia del TC y la del TS también han dado respuesta a estas cuestiones, pero la técnica con la que se forma la jurisprudencia hace que sus formulaciones sean más difícilmente aprehensibles que las de un texto legal correctamente elaborado. En una obra que dirigí hace diez años, la exposición de la doctrina jurisprudencial del TC sobre estas excepciones hasta el año 2004 ocupaba más de doscientas páginas.

Desde la promulgación de la CE y tras largos años de formación de la jurisprudencia del TC sobre esta materia, el único intento que ha hecho el legislador de regular de modo general las excepciones a la regla ha sido el de la Ley del Jurado. Dos artículos se refieren a la materia: el art. 34 de Ley del Jurado, que limita la remisión al tribunal a, entre otros documentos que no tienen finalidad probatoria, la «documentación de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral», y el art. 46 de la Ley del Jurado, que se refiere a cómo actuar en caso de contradicción entre declaraciones prestadas en el juicio y las prestadas con anterioridad al mismo. Ninguno de los dos

---

31. No tendría sentido pretender resumir la extensa y compleja jurisprudencia del TC en esta materia, pero puedo remitir a la cuidadosa exposición de veintitrés años de formación de esa jurisprudencia en ORTELLS RAMOS, M., MARTÍN PASTOR, J., «Derecho a la presunción de inocencia (I): Cuestiones generales. "mínima actividad probatoria" y fuentes de prueba obtenidas con violación de derechos fundamentales»; CÁMARA RUIZ, J., MARTÍN PASTOR, J., «Mínima actividad probatoria» y medios o instrumentos que pueden ser utilizados por el tribunal para formar su convicción»; ORTELLS RAMOS, M., «Derecho a la presunción de inocencia (III): "mínima actividad probatoria" como resultado probatorio. Regla de solución de la duda sobre la cuestión de hecho. Tutela por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional», todos en ORTELLS RAMOS, TAPIA FERNÁNDEZ, dir. y coord., *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., respectivamente págs. 571-653, 655-845 y 847-959.

ha dado buen resultado si se atiende a la jurisprudencia producida en aplicación de los mismos.<sup>32</sup>

## 8. Los recursos contra la sentencia

La jurisprudencia del TC y, en parte, la del TS han integrado durante mucho tiempo una parte importante del régimen jurídico de los recursos contra las sentencias finales en los procesos por delitos. Me refiero al régimen jurídico del recurso de apelación, tanto en los supuestos en los que el legislador lo había previsto y dotado de regulación procesal, como en los casos en los que el legislador, primero, simplemente omitió establecer este recurso, y, después, tras haber previsto la competencia funcional para conocer del mismo, ha dejado transcurrir casi once años sin acometer su regulación.

La regulación legal del recurso de apelación contra sentencias de primera instancia en procesos por delitos menos graves no tomó en consideración, ni en su origen, ni en las varias oportunidades de reforma posteriores, las exigencias constitucionales y de convenios internacionales acerca de cómo han de presentarse al tribunal de apelación los materiales de hecho y las pruebas con base en los cuales se pretende obtener una modificación de la sentencia apelada.<sup>33</sup> La recuperación, debida a la jurisprudencia del TC, del valor del acto del juicio como base de la sentencia de primera instancia era una clara advertencia de que algo similar debía ocurrir en la apelación, al menos en función de cuál fuera el contenido de la impugnación del apelante y de la necesidad de que la sentencia de apelación se basara en la valoración de medios de prueba personales. La doctrina sentada, principalmente, por la STC 167/2002, de 18 de septiembre, continuada y matizada en sentencias posteriores, está integrando una regulación de la apelación que el legislador no ha completado.

Por otra parte, la jurisprudencia ha contribuido también a configurar un recurso amplio contra las sentencias de instancia en aquellos casos, como los de los procesos por delitos graves, en los que el legislador sólo había previsto un recurso de casación. Es sabido que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el caso Cesáreo Gómez Vázquez, consideró que, dejando a un lado las cuestiones de denominación del recurso previsto por la ley, «la informa-

---

32. Véase el análisis de la jurisprudencia en ORTELLS RAMOS, M., «La prueba en el juicio ante el tribunal del jurado. Ley, práctica judicial y consideraciones *lege ferenda*», en *La ley del Jurado. Problemas de aplicación práctica*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 45, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 241-305.

33. Acerca de las deficiencias de la ley y de la tarea de la jurisprudencia en este aspecto del régimen de la apelación, TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 27-139.

ción y los documentos presentados por el Estado Parte no desmienten la afirmación del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueron revisados íntegramente» en el recurso de casación que intentó y que era el previsto por la ley para su caso, y que intentó, por lo que concluyó que «la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2 puesto que dicha revisión se limita a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple las garantías que exige el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto».<sup>34</sup> La línea argumentativa de las alegaciones del Estado español en el caso es ilustrativa de que había hecho valer que, más allá de la denominación del recurso y de las normas legales que lo regulan, está establecido un modo de practicar el recurso de casación, alentado por el TC, y asumido por el TS, que ha servido, o ha intentado servir, como el tipo de recurso que posibilita un suficiente reexamen de las sentencias condenatorias.<sup>35</sup>

No obstante, confiar la solución del problema a esta técnica de suplencia jurisprudencial es insatisfactorio en un doble sentido. Por un lado, la falta de previsión, en todos los procesos por delitos, de un recurso del tipo de la apelación contra sentencias de condena, pone al Estado español en riesgo continuo de violar el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP). Por otro lado, la amplitud de los motivos de recurso y la sobrecarga de trabajo que implica tal solución obstaculizan que el Tribunal Supremo pueda cumplir unas funciones que se consideran apreciables e idóneas para un tribunal de esa clase, como la unificación de la jurisprudencia.<sup>36</sup>

El legislador pareció decidido a encarar directamente este problema cuando en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ, incluyó dentro de las competencias atribuidas al Tribunal Superior de Justicia, el conocimiento, como Sala de lo Penal, «de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes» (art. 72. 3, c) LOPJ). Esa

34. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo*, Volumen 7, Períodos de sesiones 66º a 74º (julio de 1999-marzo de 2002), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, págs. 48-53.

35. Sobre esta práctica del recurso de casación, VARELA GÓMEZ, B., *El recurso de apelación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 96-106; BONET NAVARRO, J., *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, págs. 29-31, 68-72, 235-242; VECINA CIFUENTES, J., *La casación penal. El modelo español*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 154-160; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La implantación generalizada de la segunda instancia*, cit., pág. 18-26; TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Los recursos», en ORTELLS RAMOS, Tapia Fernández, dir. y coord., *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., págs. 1099-1100, 1114-1122.

36. VECINA CIFUENTES, *La casación penal*, cit., págs. 160-167.

norma necesitaba ser completada con la regulación procesal del recurso. Y esa regulación era tanto más urgente cuanto que el Estado español ratificó (instrumento de ratificación publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009) el Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1984, cuyo art. 2 tiene un contenido no igual, pero sí próximo, al del art. 14.5 PIDCP. Se presentó un proyecto de ley con esa regulación,<sup>37</sup> pero caducó por disolución de las Cámaras. Más de diez años después de la reforma que habilitaba la competencia funcional seguíamos a la espera de la ordenación procesal del recurso.

## 9. Procedimientos simplificados para la resolución sobre la acción penal

Los procedimientos simplificados pueden ser establecidos con diferentes fundamentos. Pueden justificarse en que, dado el modo en que se han realizado los hechos aparentemente delictivos, no es necesaria la investigación previa o es la misma muy simple. Una simplificación procedimental también puede justificarse en que el imputado ha reconocido su responsabilidad o en otras soluciones consensuales sujetas a control judicial. En algunos casos las circunstancias mencionadas deben ir acompañadas del requisito de un máximo de gravedad de las penas previstas, aunque este último criterio puede también ser el único relevante para seguir un procedimiento simplificado, como ocurre con el juicio de faltas.

En 1978 el proceso penal español, además del juicio de faltas y de la conformidad del acusado, tal como había sido regulada en 1882, contaba con el llamado procedimiento de urgencia de los Juzgados de Instrucción, aplicable en atención a la gravedad —menor— de los delitos y caracterizado por que un mismo Juez era competente para las «diligencias preparatorias», como para presidir el juicio y dictar sentencia.

El legislador ya constitucional actuó con rapidez en materia de tratamiento procesal de delitos menores, aunque, como enseguida se verá, con más preocupación por las estadísticas sobre carga de trabajo y duración de los procesos,<sup>38</sup> que por el respeto a los derechos fundamentales, cuyo reconocimiento solemne se acababa de estrenar.

---

37. Proyecto de ley 121/000069, Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal, fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley 27 de enero de 2006 Núm. 69-1.

38. ORTELLS RAMOS, «El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980», cit., págs. 775-777.

El conocido en la jerga judicial como PELO —por procedimiento especial LO, la 10/1980, de 11 de noviembre— se propuso establecer la figura entonces llamada del «juez del mazo», sobre la base de que la hipotética facilidad de investigación de los hechos delictivos objeto de este procedimiento permitía reducir a mínimos la instrucción previa y centrar la actividad judicial en el acto del juicio. Tal vez por esa razón, y porque, al menos en la letra de la ley, los actos de investigación quedaban en manos de la policía, el legislador no dio importancia —aunque sí que se preocupó por derogar, para este procedimiento, la causal de recusación de haber sido instructor de la causa— a que un mismo juez podía dirigir la etapa previa al juicio, presidir el juicio y dictar sentencia, lo que violaba el derecho fundamental a ser juzgado por un juez imparcial. En la realidad, ni los delitos eran necesariamente de investigación simple, porque habían sido seleccionados solo en atención a la gravedad de la pena, ni el juez quedaba al margen de la instrucción previa, sino que impartía órdenes de investigación a la policía, realizaba imputaciones y adoptaba medidas cautelares contra el imputado.<sup>39</sup>

Las bases estaban puestas para una intervención de los jueces en el diseño de nuestro proceso penal. La STC (Pleno) núm. 145/1988 de 12 julio (RTC\1988\145) declaró inconstitucional, por lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, entre ellas la de un juez imparcial, el art. 2, II de la LO 10/1980, que establecía la inaplicabilidad de la causal de recusación de haber sido instructor de la causa. Esta declaración dinamitó la base organizativa para la aplicación del procedimiento de esa ley y lo mismo quedaba anunciado para el procedimiento de urgencia de los Juzgados de Instrucción.

El legislador había sido advertido por alguna sentencia anterior que, si bien no estimó el amparo porque, aun siendo el mismo Juzgado, casualmente habían sido distintos el Juez de las diligencias y el Juez del juicio, incluía un claro *obiter dicta* sobre la garantía de imparcialidad. La advertencia fue desatendida y el pronunciamiento del TC puso al Legislador —¿o deberíamos decir al Ejecutivo que es quien puede presentar proyectos de ley?— ante una dificultad organizativa tal en materia de enjuiciamiento de delitos menores —las normas de sustitución de jueces dejan de ser de aplicación episódica— que esta vez no pudo evitar una acción legislativa rápida. Tampoco demasiado. Fue la LO 7/1988, de 28 de diciembre, reguladora del procedimiento abreviado que, aparte de otras materias que ha habido oportunidad de tratar, también realizó nuevas aportaciones a los procedimientos simplificados. Me refiero a los cambios profundos en la institución de la conformidad, en los que esta Ley<sup>40</sup> abrió

39. Sobre este procedimiento, ORTELLS RAMOS, «El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980», cit., págs. 775-824.

40. ORTELLS RAMOS, «El nuevo procedimiento penal abreviado», cit., págs. 13-15; y, analizando con detalle la conformidad en su nueva configuración, MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad*, cit., *passim*; AGUILERA MORALES, *El*

un camino por el que continuaron la L 38/2002, de 24 de octubre y la LO 8/2002, de 24 de octubre.

Esa reforma de 2002 dio un paso más en la promoción de la finalización del proceso por sentencia de conformidad. Por un lado, el art. 801 estableció en el procedimiento de enjuiciamiento rápido una conformidad premiada con determinadas ventajas penales. Por otro lado (art. 779.1.5ª), si en diligencias previas del abreviado el imputado, asistido de abogado, reconoce hechos que pueden calificarse como delitos a los que es aplicable lo previsto por el citado art. 801, se dispone que el juez reconducirá el proceso al procedimiento de enjuiciamiento rápido, en el que podrá aplicarse el régimen de la conformidad premiada. Lo realmente llamativo de estas dos posibilidades de desarrollo procedimental es que la sentencia ha de ser dictada por el mismo juez que ha sido competente para las diligencias previas y para las llamadas diligencias urgentes,<sup>41</sup> sin que esto haya sido considerado lesivo de la garantía del juez imparcial. Esto solo puede explicarse bien porque se entienda que ese juez no ha sido, en realidad, instructor de la causa, bien porque se considere que dictar sentencia de conformidad, por las vinculaciones a las que está sujeta, no encierra ningún riesgo para la imparcialidad.

## 10. Los intentos (fracasados) de una nueva LECrim y lo que ha quedado de la propuesta de texto articulado de LECrim de 2013

Tras escuchar mis explicaciones, el colega al que me referí al principio de este artículo manifestó su extrañeza por la actitud del legislador, negligente y de reacción episódica, y me preguntó sobre si se habían elaborado proyectos de una nueva LECrim.

Desde 1978 —le dije— los intentos de una nueva regulación legal de conjunto del proceso penal han sido tres,<sup>42</sup> aunque ninguno de ellos llegó a iniciar su

---

*principio de consenso, cit., passim.*

41. Precisamente para permitir esto fue necesario establecer normas con calidad de ley orgánica (contenidas en la LO 8/2002, de 24 de octubre), reformadoras de LECrim y LOPJ: Ortells Ramos, «Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado», cit., 31-33.

42. En cuanto al primero, no ha sido muy conocido el resultado del trabajo de una comisión formada en el Ministerio de Justicia en 2005, pero puede encontrarse información en ASENCIO MELLADO, J. M., y otros autores, *La reforma del proceso penal*, La Ley, Madrid, 2011. Respecto del segundo intento, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia publicó en 2011 un soporte electrónico con dos Anteproyectos de ley, un Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal y un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal; ninguno de los dos llegó a ser proyecto. En cuanto al último intento, hasta hoy, en el sitio web del Ministerio de Justicia ([www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)> áreas temáticas > Propuestas de comisiones y Grupos de expertos Comisiones Institucionales), puede verse (último acceso 15/12/2015) la composición de la comisión institucional encargada de

tramitación parlamentaria. El último de esos intentos, la Propuesta de Texto Articulado de LECrim de 2013 (en adelante, Propuesta de 2013), no se tramitó como proyecto en su conjunto, pero ha dado lugar a dos proyectos y a dos leyes<sup>43</sup> que, junto con otras tres leyes,<sup>44</sup> constituyen la que puede llamarse atropellada reforma del proceso penal de 2015.

Una consideración general de esa reforma, desde la perspectiva en la que se sitúa este trabajo, lleva a destacar que (apartado 10.1) algunas cuestiones han recibido respuesta del legislador, mientras que para otras seguirá operando la suplencia jurisprudencial y, especialmente (apartado 10.2), que el legislador ha desaprovechado una oportunidad de despejar la incógnita sobre una gran cuestión pendiente, la dirección de la investigación preliminar por el MF.

### 10.1. Lo que permanece y lo que cambia con la reforma de 2015

Sobre el derecho de acusación de los particulares (apartado 3) no se han producido cambios legales, aunque los arts. 65, 67 y 69 al 73 de la Propuesta de 2013 si que preveían un nuevo régimen para la acusación popular.

El carácter discrecional de la potestad de acusar del MF (apartado 3) ha quedado claramente definido por los arts. 963.1 y 964.2, b, en el contexto del procedimiento por delitos leves, cuya regulación la LO 1/2015, de modificación del Código Penal, ha introducido en la LECrim.<sup>45</sup> Otra cuestión es si esta precisa previsión contribuirá a reforzar una práctica ajustada al carácter reglado de la potestad de acusar en los supuestos que no están amparados por la nueva norma.

#### La asistencia letrada al detenido y el derecho de defensa de la persona frente a la que se dirige la investigación en el procedimiento preliminar (apartado 4)

elaborar una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la propuesta que la comisión hizo pública en 2013, si bien en abril de 2014 los medios de comunicación ya difundieron la dificultad, reconocida por el Ministerio, de llegar a tramitar el texto como anteproyecto de ley.

43. LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, y Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

44. Me refiero a la LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y a LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

45. Para un primer análisis, González-Cuellar Serrano, N., en MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, págs. 414-426.

han sido objeto de dos sucesivas intervenciones legislativas, no con finalidad correctora, sino por falta de coordinación entre una reforma impuesta por la Unión Europea —la de la LO 5/2015, de 27 de abril— y otra que respondía a una iniciativa autónoma —LO 13/2015, de 5 de octubre—. De la nueva regulación<sup>46</sup> son destacables, por un lado, la clarificación de que el derecho a una entrevista previa con el abogado también existe respecto de las declaraciones ante el MF y ante el juez (arts. 118.2, 520.6, d y 775.2), y, de otro lado, la especificación del derecho al conocimiento previo de las actuaciones, como derecho instrumental del derecho de defensa (art. 118.1, b), si bien esta especificación no es muy favorable a la persona investigada durante la etapa policial de la investigación y que ejercita este derecho en situación de detención.<sup>47</sup>

El régimen de la restricción de derechos fundamentales por razón de actos de investigación (apartado 5.3) es la aportación más apreciable de la reforma de 2015.<sup>48</sup> No obstante, sorprende que, a pesar de haberse completado la regulación legal de algunas intervenciones corporales para la toma de muestras a efectos de comprobación de ADN (art. 520.6, c),<sup>49</sup> no se haya aprovechado para dotar de expresa habilitación legal otras intervenciones corporales dirigidas a otros fines de la investigación.

Las medidas cautelares y preventivas personales alternativas de la prisión provisional (apartado 5.4) no han sido tocadas por la reforma de 2015. La estructurada previsión de estas medidas en los arts. 180 a 206 de la Propuesta de 2013 hace, con su contraste, más patente la defectuosa regulación que sigue vigente.

Tampoco el régimen del deber de correlación de la sentencia con la acusación (apartado 6) ha merecido ninguna intervención legislativa que perfeccione su formulación. También en esta materia la Propuesta de 2013 contiene previsiones más claras y correctas que las disposiciones vigentes (arts. 95, 96 y 468.3 Propuesta de 2013), junto con una decidida opción por desapoderar al tribunal del juicio de toda potestad de acordar pruebas de oficio (art. 446 Propuesta de 2013).

Permanece legalmente inalterado el régimen sobre los que puede fundar su convicción el tribunal del juicio (apartado 7). Las previsiones al respecto de los

---

46. Véase, *in extenso*, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 99-128.

47. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 121-124.

48. Para una exposición detallada MARCHENA GÓMEZ, M., en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 200-403.

49. GONZÁLEZ-CUELLAR, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., pág. 126.



arts. 430, 432, 433, 449, 456 y 462 a 565 de la Propuesta de 2013 no fueron incluidas en los proyectos que llegaron a ser leyes en 2015.

La doble insuficiencia, suplida por la jurisprudencia, de regulación legal del recurso contra la sentencia final en procesos por delito (apartado 8) ha sido eliminada por la reforma de 2015 mediante una respuesta legal aparentemente única y simple: la apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que hasta la reforma no podía ser puesta en práctica porque carecía de procedimiento, se regirá por las mismas normas que rigen la apelación contra sentencias de los Juzgados de lo Penal (art. 846 ter.3 en la redacción de la L 41/2015).

Ahora bien, y con esto se trata el otro aspecto deficiente del régimen legal de la apelación:

- 1º) Si recurren las partes acusadoras, pretendiendo la condena o la agravación de la condena, el recurso de apelación se convierte en un recurso de nulidad, no por la calidad de sus posibles fundamentos (art. 790.2, párrafo 3, en la redacción de la L 41/2015, se refiere al error en la apreciación de la prueba y acota la clase de error), pero sí por la naturaleza de los efectos de su estimación (art. 792, en la redacción de la L 41/2015). Como, en caso de estimación, siempre deberá dictarse nueva sentencia por el tribunal de la primera instancia, siempre quedará a salvo el derecho del condenado a recurrir una sentencia eventualmente condenatoria. Además, si ha resultado necesario extender la nulidad al acto del juicio, la nueva sentencia será precedida por un juicio oral ajustado al régimen ordinario de esta actividad procesal.
- 2º) Si el recurso lo interpone el condenado, pretendiendo la absolución o una condena menos grave, con fundamento en razones de fondo, de Derecho o por incorrecto juicio sobre los hechos, sí que puede obtener, en apelación, un nuevo pronunciamiento de fondo más favorable, que modifique la sentencia de primera instancia sin necesidad de un nuevo juicio oral.

Es cierto que la L 41/2015 también ha reformado algunos preceptos del recurso de casación, pero ninguno de ellos parece relevante para una nueva definición de las funciones del Tribunal Supremo en este recurso.<sup>50</sup>La repercusión de

---

50. Hay que reconocer, no obstante, que la nueva redacción del art. 889 va a suponer una ayuda impagable para la tarea del Tribunal Supremo a la que nos referiremos después en el texto. Ese artículo introduce, yo diría que con cierto disimulo, una referencia al «interés casacional» y le da una función en el control de admisión. Dado que el concepto de «interés casacional» no tiene en la LECrim ninguna concreción normativa, quedará como un concepto jurídico indeterminado expuesto a su concreción por la Sala 2ª del TS.

la reforma sobre esas funciones volverá a las manos de la jurisprudencia, en el sentido de que la Sala 2ª del TS, liberada de la necesidad de paliar la carencia de un recurso amplio en favor del condenado, reconducirá el alcance de la casación a su carácter extraordinario, con especial atención a la tarea de unificación de la jurisprudencia.<sup>51</sup>

La cuestión de los procedimientos simplificados para resolver sobre la acción penal (apartado 9) ha sido tratada por la reforma de 2015 principalmente siguiendo la estela de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que, en la modificación del Código Penal ha suprimido las faltas y creado la categoría de los delitos leves.

Junto con el régimen de la conformidad, que no ha experimentado reformas expresas, en el ámbito del procedimiento por delitos leves se regula el carácter discrecional de la potestad de acusar del MF, que ya hemos mencionado en este apartado y que simplifica la resolución sobre la acción penal mediante la técnica radical de habilitar para no ejercitarla.

En segundo lugar, de modo coherente con lo anterior y acabando de recorrer un camino abierto por las regulaciones de la conformidad, se establece un procedimiento llamado «por aceptación de decreto» (arts. 803bis a 803bis f, en la redacción de la L 41/2015);<sup>52</sup> en definitiva, un procedimiento monitorio penal, que no necesita una gran actividad del Juzgado y del Juez y que, en consecuencia, reduce su carga de trabajo.

Por fin, el régimen del procedimiento por delitos leves tiene una forma simplificada, el juicio en la guardia.<sup>53</sup> No sólo en esta forma simplificada, sino en general en este procedimiento, la escasa gravedad de los delitos y el pronóstico de que el Juez no necesitará realizar actos en la etapa preliminar que pongan en riesgo su imparcialidad han llevado a prescindir de tratar ese riesgo con la solución organizativa de atribuir a órganos jurisdiccionales diferentes el procedimiento preliminar y el juicio-sentencia. La competencia para ambas es del Juzgado de Instrucción, en su caso del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, por lo que es posible que, en función de los actos concretos que el Juez haya realizado en la etapa preliminar<sup>54</sup> los riesgos de parcialidad deban ser tratados con la episódica solución procesal de la abstención-recusación. Es decir, se re-

---

51. Así creo que puede interpretarse lo que dice Marchena Gómez, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., pág. 539.

52. Una primera aproximación en GONZÁLEZ-CUELLAR, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 76-89.

53. Acerca del mismo, GONZÁLEZ-CUELLAR, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 426-428.

54. Véase GONZÁLEZ-CUELLAR, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., págs. 410-412.

edita la situación tratada por la STC (Pleno) núm. 145/1988 de 12 julio (RTC\1988\145) respecto del procedimiento de la LO 10/1980.

## **10.2. ¿Una oportunidad perdida para atribuir la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal?**

La Propuesta de 2013 puede considerarse una oportunidad perdida para un cambio del proceso penal español que solo puede producirse por vía legislativa: la atribución al MF de la dirección de la investigación previa al juicio oral.

Son muchos los factores que condicionan una reforma legal de esa entidad, pero en esta ocasión parecía concurrir un factor decisivo favorable al cambio.

En el llamado Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, que el Gobierno y los dos partidos mayoritarios firmaron el 28 de mayo de 2001, las posturas de las dos fuerzas políticas parecían alejadas en esta materia, porque, si bien el texto no omitió referirse a la misma, los términos no expresan puntos de acuerdo, sino simplemente una descripción de las opciones abiertas para la regulación.<sup>55</sup>

Con posterioridad las posturas sobre esta cuestión de política jurídica se han acercado en lo sustancial.

Por una parte, el Anteproyecto de LECrim que publicó en 2011 el Ministerio de Justicia de un Gobierno del Partido Socialista atribuía al MF la potestad de dirigir la investigación (principalmente, arts. 55.2, 452, 456 y 457 y siguientes del Anteproyecto).

La Propuesta de 2013, preparada por una Comisión constituida por el Ministerio de Justicia de un Gobierno del Partido Popular, optaba, también, por atribuir la dirección de la investigación al MF (art. 240 Propuesta de 2013). En mi opinión, el texto consigue mantener el respeto a la efectividad de las acusaciones particular y popular en cuanto a dotar de garantías a la relevancia de su posición acusadora en momentos críticos de colisión con la posición del MF (arts. 91.2, 92.2 y 110 Propuesta de 2013) y en cuanto a la protección del legítimo interés de los acusadores no oficiales respecto de una plena actividad investigadora (arts. 420.1, a y 423 Propuesta de 2013). Tam-

---

55. En el punto 17 del Pacto se puede leer lo siguiente: «La tramitación de esta reforma de conjunto afrontará y resolverá para el futuro el debate sobre la investigación previa al proceso penal de los procedimientos por el Fiscal o por el Juez, que asegurará que la misma se realice en un plazo proporcionado y razonable y todas las consecuencias y responsabilidades derivadas de la observancia del mismo, como el esfuerzo de medios personales y materiales necesarios para modificar, en su caso, con garantías el sistema actual, o el nuevo papel diferenciado del Juez como Juez de garantías, que ha de adoptar las medidas limitativas de derechos fundamentales».

bién respeta el derecho de la defensa del encausado a una plena actividad investigadora durante el procedimiento preliminar (principalmente, art. 427.3 al 5 Propuesta de 2013).

Las razones que impidieron que la Propuesta de 2013, y con ella ese cambio de modelo en la dirección de la investigación, avanzara en el proceso pre-parlamentario y parlamentario habrán sido variadas,<sup>56</sup> pero creo que la fundamental ha sido la inevitable incidencia en el gasto público de una operación de esta naturaleza.

Si el MF ha de asumir la dirección de la investigación será necesaria la asignación de nuevos recursos a la institución o una reasignación de recursos actualmente asignados a los juzgados.<sup>57</sup> Esa reordenación de medios materiales y efectivos personales en uno de los sectores del servicio público de la Justicia no puede ser asumida sin aumento del gasto público. En definitiva, es una reforma que no puede acometerse con normas como la que, sin excepción, se incluye en todas y cada una de las leyes que hemos mencionado en el apartado 10: «Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal».

---

56. MARCHENA y GONZÁLEZ-CUELLAR, en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., pág. 30, mencionan «la negativa de un importante sector del Ministerio Público al control judicial de la actividad investigadora que se le encomendará». Tal vez se haya avanzado en la superación de la desconfianza hacia la independencia del MF respecto del Poder Ejecutivo, pero, en la medida en que esa desconfianza subsista, es electoralmente peligroso, especialmente en un momento de abundantes e importantes causas penales por corrupción, propiciar un cambio esencial en las funciones del MF.

57. De hecho, respecto de sus actuales y limitadas funciones de investigación, el MF ha advertido de la imperiosa necesidad de aumento de los medios personales a su disposición (*Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013*, elaborado por el Consejo Fiscal a partir de las aportaciones de las Fiscalías, accesible en [https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/documentos\\_consejo\\_fiscal](https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/documentos_consejo_fiscal), págs. 19-20 —última visita 29/12/2015). Con vistas a la asunción de las funciones de dirección de la investigación serían necesarios tanto la adaptación de la plantilla del MF (*Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013*, cit., pág. 65), como cambios en la Oficina Fiscal y un aumento del personal de la misma (*Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013*, cit., págs. 67-73).