

Capítulo I.

El Ministerio Fiscal, director de la investigación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Entre la eficacia y las garantías

MANUEL ORTELLS RAMOS

Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València

I. CAMBIO DE MODELO DEL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR DEL PROCESO PENAL (DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA JUDICIAL A UN PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DIRIGIDO POR EL MINISTERIO FISCAL): TENDENCIAS Y REALIZACIONES FRAGMENTARIAS

El 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. Como regla general, el régimen jurídico de esta materia sigue siendo el de la redacción originaria de la LECrim; es decir, es atribución de un juez, el juez de instrucción, dirigir esa investigación, realizar él mismo la mayor parte de sus actos y dejar constancia de los resultados obtenidos.

Avanzado el último cuarto del siglo pasado se manifestaron, con claridad, tendencias a un cambio de modelo, hacia uno que atribuye al MF la dirección del procedimiento de investigación. Expresivos de esas tendencias han sido no solo planteamientos doctrinales, sino también diversos documentos oficiales que permiten augurar con más seguridad cambios normativos.

Cambios normativos también han llegado a producirse, pero, hasta hoy, han sido fragmentarios, en el sentido de que solo han afectado a una parte de los procesos penales. Además, en algunos casos han sido tácitamente derogados tras un breve periodo de vigencia, al menos formal y tal vez poco efectiva.

Volviendo al capítulo de las tendencias, el cambio de modelo del procedimiento preliminar, con establecimiento general de un procedimiento de investigación dirigido por el MF, estaba previsto en los dos intentos de reforma global del proceso penal de 2011 y 2013.

En los apartados que siguen se revisan brevemente estos hitos del cambio de modelo de procedimiento preliminar, antes de examinar el tratamiento de esta materia en el APLOECrim/2020.¹

1. La tendencia favorable al cambio de modelo

La tendencia a un modelo de procedimiento preliminar en el que el MF asumía la dirección de la investigación fue alentada, con matices

¹ Los artículos citados en el trabajo sin mención del texto normativo del que forman parte corresponden al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

Siglas y abreviaturas utilizadas en el trabajo: *ALECrim/2011*: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. *APLOECrim/2020*: Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020. *EOMF*: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. *Informe CF APLOECrim/2020*: Informe del Consejo Fiscal, de 14 de julio de 2021, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal (Accesible en [Documentación - Fiscal.es](#)). *Informe CGPJ APLOFEuropea*: Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de marzo de 2021, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (Accesible en [C.G.P.J - Informes \(poderjudicial.es\)](#)). *J de G*: Juez de Garantías. *LECrim*: Ley de Enjuiciamiento Criminal. *LOFEuropea*: Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. *LORPM*: LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *MF*: Ministerio Fiscal. *Propuesta LECrim/2013*: Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012.

sobre al modo de concebir la eficacia jurídica de esa investigación y sobre los poderes que deben quedar reservados a un Juez, por una corriente doctrinal representada, entre otros, por GIMENO², MORENO CATENA³, VIVES ANTÓN⁴ y RUIZ VADILLO.⁵

Por otra parte, esta tendencia se expresó, y se ha seguido expresando, desde instancias a las que cabe suponer capacidad de influencia en los cambios normativos.

Ya en su Memoria de 1987, la Fiscalía General del Estado, tras apuntar que el grado de judicialización de los conflictos en nuestra sociedad desbordaba la capacidad de la organización judicial, indicó, entre otras medidas, la conveniencia de reformar el proceso penal hacia objetivos de eficacia y aceleración sin pérdida de garantías, lo que se lograría modificando su fase preparatoria, encomendando la investigación al Fiscal, sin perjuicio del “control jurisdiccional de las decisiones que afecten a los derechos fundamentales (...) que deberían ser adoptadas por la autoridad judicial”.⁶

En la Memoria de 1988, la tendencia se reforzó. La instrucción judicial, además de causa de ineficacia del proceso penal, es considerada como un exceso sobre las atribuciones que al juez le otorga la Constitución. Y, así, dice el Fiscal General: “Me atrevo a afirmar que del examen combinado de los artículos 117.3.º y 4.º, y 124.1.º de la Constitución se deduce que nuestros constituyentes quisieron separar las dos funciones esenciales de la justicia penal: la de juzgar que corre-

² Seguramente sin exhaustividad, cabe citar de este autor sobre el tema que nos ocupa, “El Ministerio Fiscal y la Constitución”, en *Comentarios a la legislación penal*, I, Madrid, 1982, (Dir. COBO DEL ROSAL), pp. 334-335; “Los procedimientos penales simplificados (Principio de “oportunidad” y proceso penal monitorio)”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, pp. 32-37; “Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial”, en *Justicia*, 1988, pp. 829-834; “El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial*, núm. especial VI, pp. 274-280.

³ MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, p. 165 y, en general, todo el artículo; “La justicia penal y su reforma”, en *Justicia*, 1988, pp. 313-318.

⁴ VIVES ANTÓN, T., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, pp. 93-128.

⁵ RUIZ VADILLO, E., “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, pp. 53-89.

⁶ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1987, pp. 12-17.

sponde a Juzgados y Tribunales determinados por la Ley (art. 117.3.º) y la de promover el juicio, “promover la acción de la justicia”, que otorga al Fiscal (art. 124.1.0). Dicho de otra manera, el sistema que propugna la Constitución supone que el Fiscal es el titular del impulso procesal de cuanto debe acontecer antes del juicio oral. Los Jueces y Tribunales son los titulares exclusivos de la potestad jurisdiccional, es decir, del juicio y de sus consecuencias: su ejecución”.⁷

La Memoria de 1989 insistió en el mismo planteamiento.⁸

Pronunciamientos en favor de la atribución al MF de la dirección del procedimiento de investigación se continuaron produciendo en textos oficiales muy relevantes.

En el *Libro Blanco del MF de 1996*⁹ se hizo constar que: “el Consejo Fiscal, por mayoría, es partidario de que el Fiscal asuma la instrucción, siempre que antes de atribuir la instrucción al MF, se lleven a cabo importantes reformas y, en particular, se le dote de medios personales y materiales suficientes y se introduzcan en su Estatuto las necesarias garantías para preservar su imparcialidad”.¹⁰ En el desarrollo de las condiciones para esa atribución, el texto citado postula los siguientes criterios: “Ser idéntica (cabe pensar que se está refiriendo a la función que debe desarrollar el MF) a la que hoy día realizan los jueces, quedando estos para autorizar medidas que supongan merma de derechos fundamentales”. Además, el régimen correspondiente debería: “a) dar posibilidad a los particulares, finalizada la instrucción del Fiscal, para acudir al Juez para que realice una instrucción suplementaria si la cree necesaria. b) Las pruebas practicadas por los Fiscales deberán realizarse con conocimiento e intervención de la defensa, pudiendo ésta en otro caso acudir al Juez. c) La defensa podrá realizar a través del Juez todas las pruebas que le interese y que no

⁷ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1988, pp. 20-21.

⁸ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1989, p. 15. También ponderando las ventajas de esa atribución la *Circular* núm. 1/1989, en Suplemento al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1522, pp. 1355-1357.

⁹ Editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1996. En un apartado inicial titulado “Justificación”, se hace constar el procedimiento de elaboración, debate en el Consejo Fiscal y adopción de acuerdos por este órgano respecto al contenido del Libro.

¹⁰ *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, p. 72.

sean practicadas a iniciativa del MF, que actuará más como preparador de la acusación que como instructor”.¹¹ Hay también en el texto un apunte bastante indefinido relativo a las acusaciones no oficiales. Se propone “reformular la actual normativa en materia de ejercicio de acciones penales, pues si el MF no tiene el monopolio de la acusación (...), y siguen subsistiendo las acusaciones particulares y públicas, tendrían que resolverse previamente los problemas que plantea tal coexistencia, especialmente cuando el ejercicio de ambas no coincida o sean contrapuestas”.¹²

También en el *Libro Blanco de la Justicia*¹³ se expresó la opinión favorable al cambio de modelo: “Tras el análisis de los distintos argumentos a favor y en contra de uno u otro modelo, ha de reconocerse que el modelo acusatorio puro, con una intervención judicial para la resolución de medidas restrictivas de derechos fundamentales y control de garantías, es deseable y digno de todo elogio. Ahora bien: a la hora de poner en práctica este modelo, ha de abordarse una seria y profunda reflexión tendente a la adecuación del Estatuto Orgánico del MF a esas nuevas funciones, así como a la estructura, organización y principios informadores de su actuación en la instrucción de causas penales”.¹⁴

Por fin, en el *Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2013*, elaborado por el Consejo Fiscal,¹⁵ tras hacer notar que el aumento de los casos en los que la denuncia de hechos aparentemente delictivos se dirige al MF, lo que le permite desarrollar cierta actividad investigadora, se postuló que, “mientras no entre en vigor una reforma procesal penal de carácter integral”, se reforme el régimen jurídico de la investigación que actualmente puede desarrollar el MF, para que se pueda “dar validez a las actuaciones realizadas por la Fiscalía con el fin de que no tengan que ser reiteradas en los Juzgados” y para que se habilite al MF “para la realización de determinadas actuaciones como

¹¹ *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, p. 73.

¹² *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, p. 73.

¹³ Fue aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 8 de septiembre de 1997. El texto ha sido editado por el CGPJ, Madrid, 1997.

¹⁴ *Libro Blanco de la Justicia*, p. 228.

¹⁵ Accesible en [Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013](#)

la adopción de medidas cautelares reales urgentísimas de las que en muchas ocasiones depende el éxito de la investigación”.¹⁶

2. Las reformas normativas que han atribuido parcialmente al Ministerio Fiscal la realización de la investigación previa en el proceso penal

Las reformas normativas que han atribuido al MF la dirección de la investigación en el procedimiento preliminar del proceso penal han tenido, hasta ahora, un alcance parcial.

Hubo un intento de reforma de alcance más general con el Proyecto de Ley reguladora del Estatuto Orgánico del MF, pero sus previsiones iniciales fueron recortadas en la tramitación parlamentaria. En la Memoria del Proyecto se destacaba la novedad de las facultades de investigación de hechos delictivos que se atribuían al MF para una mayor agilización del proceso penal y para la auténtica realización de la oralidad, que requiere limitar el contenido de la fase de instrucción previa¹⁷. El artículo 3.4 del Proyecto atribuía al MF la función de “actuar como órgano de investigación en el proceso penal, a cuyo fin instará de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y dirigirá la actividad de la policía judicial”. El artículo 5 especificaba los actos que le correspondía realizar en la investigación, excluyendo de ellos la adopción de medidas cautelares y limitativas de derechos, salvo la detención. Frente a este intento reaccionaron dos grupos parlamentarios de muy diferente signo político: el Grupo Comunista, que justificaba su enmienda número 23 en que la relación del MF con el Ejecutivo conduciría, a través de aquella función, a un control político del proceso y la justicia penal; y el grupo Coalición Democrática, que razonaba su enmienda clave -la núm. 211- con argumentos de eficacia (el MF no tiene medios, ni preparación, para asumir la labor investigadora) y de insuficiencia de garantías de una investigación imparcial por la posición orgánica del

¹⁶ Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013, cit., pp.19-20.

¹⁷ B.O.C.G., Congreso, Serie A, 23 de mayo de 1980, núm. 139-I, pp. 1013-1014.

MF Esta reacción tuvo éxito en lo esencial y ya el texto de la ponencia dio a aquellos artículos la redacción que llegó a ser Ley¹⁸.

La reforma de la LECrim por la LO 7/1988, de 28 de diciembre introdujo las normas necesarias para que la actividad de investigación desarrollada por el MF tuviera la eficacia jurídica propia de los actos del procedimiento preliminar, en el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado establecido por aquella reforma.

El Anteproyecto de la Ley mencionada era más ambicioso en cuanto a la atribución de potestades al MF. Sin establecer preceptivamente una investigación previa exclusiva del MF, ponía, con algunos preceptos clave [arts. 789, 11; 786.1; 781.2, d), y 781.5, todos del Anteproyecto] la base para que eso fuera realidad en el mayor número de supuestos (canalización hacia el MF de las *notitiae criminis* provenientes de la policía y necesidad de expreso requerimiento judicial para desapoderar al MF de la investigación). En segundo término, era destacable que, junto a la genérica reserva al Juez de la adopción de medidas cautelares [artículo 781.2, d), del Anteproyecto], los números 5 al 8 del artículo 781 bis del Anteproyecto encomendaban al MF la adopción provisional de unas medidas que suponían una peligrosa excepción a la regla general. Ya antes de llegar a la calidad de Proyecto, desaparecieron del texto esas disposiciones, atendiendo a críticas formuladas en los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, los cuales, sin rechazar de plano el modelo de la investigación previa del MF, no compartían su concreta plasmación en el Anteproyecto, ni la oportunidad de la innovación¹⁹. En los artículos 785 bis, 1 y 3, y 789.1 de la LECrim (redacción LO 7/1988) puede observarse la suavización de la técnica de derivación de procedimientos hacia el MF.²⁰

¹⁸ B.O.C.G., Congreso, Serie A, 23 de junio de 1981, núm. 139-I 3, pp. 1032/6, 12 y 13.

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

²⁰ Aunque la *Circular* núm. 1/1989, en Suplemento al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1522, pp. 1359 y 1365, intenta de nuevo reforzar la posición del MF en el aspecto tratado en el texto.

Ahora bien, de un conjunto de artículos introducidos en esta reforma de LECrim, y especialmente del artículo 789.3 (redacción LO 7/1988), se podía concluir que, al menos parcialmente, se introducía en nuestro proceso penal una investigación previa del MF. En efecto, si las diligencias de investigación practicadas por éste sólo precisaban ser complementadas mediante una instrucción previa judicial o dirigida por el Juez, en cuanto fueran materialmente insuficientes para fundar la acusación, es que, desde un punto de vista jurídico, se les reconocía la eficacia de actos de la instrucción previa, sin necesidad de que fueran judicialmente reiterados²¹.

El art. 785 bis LECrim (redacción LO 7/1988) habilitó al MF del poder de practicar por sí mismo y de ordenar a la Policía Judicial que practicara -por tanto, ya tampoco la Policía, cuando actuara bajo las órdenes directas del Fiscal, estaba sujeta a los límites de “contenido” propios de las diligencias de prevención o primeras diligencias- “las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo”. Aquel artículo no aludía a una prevención de diligencias o a la instrucción de las primeras diligencias, cuyo contenido está legalmente tasado (art. 13 LECrim), sino que autorizaba a realizar todos los actos de investigación que el MF considerara pertinentes respecto a los objetivos apuntados, salvo aquellos -y éste es un límite que se refiere no al contenido de la investigación, sino a los medios para llevarla a cabo- que requieran el ejercicio de poderes que exclusivamente están atribuidos al juez. Otro dato que excluía que la investigación del MF estuviera limitada a unas diligencias de prevención era la ausencia de un plazo y de cualquier otra referencia temporal perentoria para remitir la investigación al Juzgado. Consiguientemente, a diferencia de lo que podía ocurrir con el contenido del atestado policial, la posibilidad de que las diligencias de investigación presentadas por el MF “sean suficientes para formular acusación” (art. 789.3) era mucho mayor, por el más completo contenido del que podía dotarse a las mismas.

²¹ Sobre esto, más ampliamente, ORTELLS RAMOS, M., “El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales”, en *El proceso penal abreviado* (Nueve estudios), Comares, Granada, 1997, pp. 4-8.

Esa habilitación tenía dos clases de límites. En primer lugar, unos límites que podríamos denominar instrumentales o mediales: el MF podía extender el contenido de su investigación a todo lo pertinente para la comprobación del hecho y de la responsabilidad de los partícipes, pero no podía realizar aquellos actos de investigación (eventualmente necesarios) que requirieran una potestad de la que sólo el juez está investido. La segunda clase de límites era de carácter temporal y se expresaba en el art. 785 bis. 3 LECrim (redacción LO 7/1988). Respecto de estos últimos límites había que precisar²² que el deber de cesar en las diligencias de investigación, no podía entenderse en el sentido de que estaba prohibida toda investigación sobre los mismos hechos, sino en el de extinción de la competencia del MF para realizar actos de investigación con la especial eficacia de formar parte de la instrucción previa del procedimiento. Podía, en cambio, continuar realizando actos de investigación, con la eficacia prevista en las disposiciones generales de LECrim; es decir, para proponer al Juzgado de Instrucción la práctica de diligencias de investigación y para proponer pruebas. En cuanto al conocimiento que determinaba la extinción de la competencia del MF, debía ser un conocimiento oficial.²³

La reforma operada en LECrim por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, y por la Ley Orgánica 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.²⁴ El art. 773

²² Era un tema que suscitó dudas; véase *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989*, suplemento al Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, núm. 1522, pp. 33-35; MARCHENA GÓMEZ, M., *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado)*, con PORTERO, L., REIG, J.V., sin lugar de edición, 1989, pp. 1113-1114; VARELA CASTRO, L., “Investigación y preparación del juicio oral”, en *La reforma del proceso penal*, Madrid, 1990, pp. 135-136).

²³ Así *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989*, cit., pp. 33-35; MARCHENA, *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988*, cit., pp. 1113-1114; en contra, VARELA, “Investigación y preparación del juicio oral”, cit., 135-136

²⁴ Sobre ésta 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, pp.17-21. De otra opinión, aunque también lamentando esta modificación legal, FUENTES SORIANO, O.,

LECrím (reforma de 2002) coincide plenamente con los arts. 781 y 785 bis LECrím (reforma de 1988), 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 nuevo régimen del procedimiento abreviado ha sido alterada la eficacia jurídica de los actos de investigación del MF, de un modo tal vez inconsciente, y, en todo caso, no acompañado de una explicación de las razones. De las nuevas disposiciones del procedimiento abreviado, concretamente del conjunto de los actuales artículos 774-777 (reforma de 2002), ha desaparecido la mención que hacía el antiguo artículo 789.3, párrafo primero, (reforma de 1988) al caso en que las diligencias fueran insuficientes para formular acusación como justificativo de la procedencia de practicar diligencias judiciales adicionales. Ahora 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 (reforma de 2002), comparado con el anterior art. 789.5 (reforma de 1988). 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”.

Al examinar la reforma de 2002, apunté que era difícil “predecir qué trascendencia práctica va a tener este notable cambio normativo. ¿Se concluirá, coherentemente, que las investigaciones del MF han de ser judicialmente reiteradas para proporcionar base de apoyo a las resoluciones de las diligencias previas y de la etapa intermedia? ¿Se entenderá que la documentación de tales investigaciones ya es una base, una especie de acreditamiento documental, adornado, además, de la eficacia prevista en el art. 5, párrafo tercero EOMF -presunción de autenticidad-?.²⁵ Parece que en la práctica se haya impuesto la respuesta afirmativa a la primera pregunta, porque en el *Libro Blanco del Ministerio Fiscal (2013)* se echa en falta una regulación de “los términos en que se puede dar validez a las actuaciones realizadas

La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 30-51.

²⁵ ORTELLS RAMOS, “Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado”, cit., p. 18.

por la Fiscalía con el fin de que no tengan que ser reiteradas en los Juzgados”.²⁶

En el proceso penal de menores –por tanto, también solo en una parte de los procesos penales-, el legislador introdujo decididamente un cambio de modelo, encomendando al MF la potestad de conducir la investigación previa. La Ley de responsabilidad penal de los menores, aprobada por Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero -aunque ha tenido diversas modificaciones posteriores-, atribuye al MF la dirección y realización directa de los actos de la instrucción previa (arts. 6, 16 y 23), aunque ha de instar del juez de menores las actuaciones que impliquen restricción de derechos fundamentales (art. 23.3) y, en particular, la adopción de medidas cautelares (arts. 17 y 28). Por lo demás, la ley establece derechos de intervención de los acusadores particulares (arts. 25 y 26).

Por fin, otra reforma que introduce en el ordenamiento español la dirección del procedimiento de investigación por el MF en una parte de los procesos penales es la producida por el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. En el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939, el procedimiento preliminar judicial, que sigue siendo la regla general en Derecho español, es sustituido por un procedimiento de investigación dirigido por el MF (la Fiscalía Europea a través de sus diversos agentes), en cuyo desarrollo los órganos jurisdiccionales tienen reservados determinados poderes. Para facilitar la aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 se ha aprobado la LOFEuropea. El informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de esa ley es revelador de la especial dificultad de esta reforma del Derecho interno orientada a engarzar el modelo de procedimiento de investigación del Reglamento (UE) 2017/1939 en una estructura del proceso penal español actualmente tan ajena a ese modelo.²⁷

²⁶ Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013, cit., pp. 19-20.

²⁷ CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, accesible en [C.G.P.J.- Informes \(poderjudicial.es\)](http://C.G.P.J.-Informes(poderjudicial.es)).

3. La oportunidad de un cambio general de modelo de procedimiento preliminar con los textos pre-legislativos de una nueva LECrim de 2011 y 2013

La tendencia favorable a un cambio de modelo en la dirección y realización del procedimiento de investigación ha dominado los dos intentos de una nueva regulación legal de conjunto del proceso penal, aunque ninguno de ellos llegó a iniciar su tramitación parlamentaria.

En cuanto al primero de tales intentos, 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 segundo intento, el Ministerio de Justicia constituyó una comisión institucional encargada de elaborar una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, 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.

Aunque con diferencias, tanto el ALECRim/2011 como la Propuesta LECrim/2013 optaban por modificar el modelo de procedimiento preliminar y por atribuir al MF la dirección y realización de la investigación. Una reforma legal de esa entidad está condicionada por muchos factores, pero la proximidad en el tiempo y las importantes coincidencias de esas dos iniciativas constituyeron una buena oportunidad para hacerla realidad.

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.²⁸

²⁸ 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,

Con posterioridad, el ALECrím/2011 y la Propuesta LECrím/2013 revelaron que las posturas sobre esta cuestión de política jurídica se habían acercado en lo sustancial.

Por una parte, el ALECrím/2011, preparado por 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 ALECrím/2011).

La Propuesta LECrím/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 LECrím/2013). El texto se preocupaba por mantener el respeto al derecho de la defensa del encausado a una plena actividad investigadora durante el procedimiento preliminar (principalmente, art. 427.3 al 5 Propuesta LECrím/2013), así como también 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 LECrím/2013) y en cuanto a la protección del legítimo interés de los acusadores no oficiales respecto de un plena actividad investigadora (arts. 420.1, a y 423 Propuesta LECrím/2013).

Varias razones pueden haber impedido que se aprovechara esta oportunidad,²⁹ pero creo que la fundamental ha sido la inevitable incidencia en el gasto público de una operación de esta naturaleza. La

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”.

²⁹ MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, p. 30, mencionan “la negativa de un importante sector del Ministerio Público al control judicial de la actividad investigadora que se le encomendara”. Por otra parte, 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.

misma requiere una reordenación de medios materiales y de efectivos personales en uno de los sectores del servicio público de la Justicia que 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, estaba incluida en los dos textos pre-legislativos a los que he hecho referencia: “Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal”.

II. LA DIRECCIÓN POR EL MF DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN EN EL APLECRIM DE 2020

El MF, como todo titular de poder público, ejerce las potestades que la ley le atribuye y dentro de las limitaciones de esa atribución.

El APLECRim atribuye al MF la potestad de dirección del procedimiento de investigación en el proceso penal y delimita esa potestad por el objeto sobre el que debe recaer la actividad investigadora (arts. 521-524: hechos concretos constitutivos de delito y su atribución a personas responsables de los mismos), por la finalidad de esa actividad (arts. 522, 523.1 y 91.2: obtener, mediante actos de investigación imprescindibles y realizados sin dilaciones indebidas, la información suficiente para decidir fundadamente sobre el ejercicio de la acción penal, esclareciendo las circunstancias relevantes del hecho punible, sean favorables o adversas a la persona investigada, asegurar el resultado del proceso, proteger los derechos de ofendidos y perjudicados y asegurar las fuentes de prueba) y también regulando el modo en el que la actividad investigadora debe desarrollarse.

La última limitación mencionada es la más difícil de exponer. En teoría, la ley podría no regular el modo de realización de la actividad investigadora y dejarlo en manos de su director, que, autónomamente, establecería, con arreglo a criterios técnicos, qué actos de investigación hay que realizar y cómo hay que realizarlos para alcanzar, con la mayor eficiencia, la finalidad de la misma. Ahora bien, en los ordenamientos concretos, y específicamente en el ordenamiento español, eso no es así.

No lo es, en parte, porque jurídicamente no puede serlo. La Constitución establece unos límites a esa actividad, que la ley debe respetar. Y, más allá de eso, porque, además de respetar los condicionamientos constitucionales, el legislador puede, en su libertad de configuración normativa, atender a diferentes valores y criterios y establecer, en atención a los mismos, normas sobre el modo de desarrollar la actividad de investigación.

Por otra parte, el ejercicio de potestades atribuidas por la ley a un titular de poder público no puede sustraerse a que los órganos jurisdiccionales ejerzan su potestad jurisdiccional sobre los actos y la inactividad de ese titular. Por abundantes y enfáticas que sean las normas que imponen al titular del poder público el deber de actuar con arreglo a la ley, con imparcialidad y con objetividad (arts. 89, 91 y 92), solamente la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales, mediante el ejercicio de su exclusiva potestad, puedan verificar si ha actuado así, constituye garantía de ese modo de actuación y, en su defecto, de que el mismo se impondrá y de que serán ineficaces los actos que no lo respeten. Consiguientemente, la atribución al MF de la potestad de dirección de la investigación va acompañada de un régimen del acceso a los órganos jurisdiccionales para que adopten resoluciones sobre los actos o sobre la inactividad del MF. Ese régimen puede ser configurado de manera diversa en cuanto, principalmente, a en qué supuestos se podrá acceder a los órganos jurisdiccionales, quién podrá hacerlo y mediante qué actos se llegará a obtener el pronunciamiento de los mismos.

Lo que sigue es una exposición sintética y, en principio, meramente descriptiva de la regulación que propone el APLOECrim/2020 sobre la potestad de dirección del procedimiento de investigación por el MF y las potestades de los órganos jurisdiccionales respecto de ese procedimiento que, de algún modo, afectan a la potestad del MF.

1. Potestad de dirección del procedimiento de investigación y potestades del juez respecto del conjunto del procedimiento o de periodos del mismo

Los actos de investigación que se practican en el procedimiento dirigido por el MF sirven para proveer de fundamento: a) a la de-

cisión del MF sobre el ejercicio de la acción penal (en sentido negativo -art.586- o en sentido positivo -art. 589-, que puede conducir directamente a la apertura del juicio oral si el acusado no impugna la acusación -art. 616.2-); b) a la resolución del J de G autorizando a ejercer la acción a los acusadores particulares o populares en caso de impugnación del decreto de archivo del MF (art. 587); c) a la resolución del juez de la fase intermedia en caso de impugnación del acto de acusación por la parte acusada (arts. 622-628); y d) a diversas resoluciones sobre medidas cautelares, en cuanto al presupuesto de la probabilidad de los hechos que presenten caracteres de delito y de la participación en los mismos de la persona encausada.

Este apartado no tiene por objeto ninguno de esos supuestos. El considerado bajo la letra a), porque no consiste en ejercicio de ninguna potestad del juez. El de la letra d), porque la potestad que se ejercita no es de investigación, sino de aseguramiento del proceso y su resultado. Los de las letras b) y c) porque las potestades que ejerce el juez no afectan al desarrollo de la investigación, sino que representan la resolución final sobre el resultado de la misma en cuanto actividad orientada a decidir sobre el ejercicio de la acción penal, bien cuando el MF deniega el ejercicio y hay otros acusadores que quieren ejercitarla, bien cuando los acusadores la ejercitan y el acusado considera que no hay presupuestos para su admisión, dado que estos no son solo presupuestos procesales, sino que también requieren cierto fundamento de la acusación.

Objeto de este apartado son los supuestos en los que el APLOE-Crim/2020 atribuye al juez potestades no limitadas a la realización jurídicamente válida y eficaz de actos de investigación específicos, sino que inciden sobre una parte o sobre el conjunto del procedimiento de investigación, y que, por ello, afectan a la potestad de dirección del mismo, en cuanto capacidad de decidir sobre si la investigación debe iniciarse o terminar y qué actos han de realizarse, en qué orden y momento y en qué forma.

Los supuestos en los que esto ocurre son los que, brevemente, se mencionan a continuación, acompañados de una sintética referencia al modo en que la potestad de dirección del MF resulta afectada por las potestades del juez.

- 1) La impugnación ante J de G del decreto del MF archivando la denuncia por determinadas causas (arts. 551, 552, 585) puede determinar que el juez imponga que se inicie un procedimiento y deba desarrollarse una investigación que el MF había decidido que no debía iniciar.
- 2) La impugnación ante el J de G del decreto del MF archivando el procedimiento cuya apertura había decretado previamente (arts. 586.2, e), 588, 586.4, 587), puede dar lugar a que el MF deba realizar actos de investigación adicionales (art. 587.2) y completar con ello un procedimiento que había decidido dar por terminado.
- 3) La impugnación ante el J de G, en los términos que autoriza el art. 180, del decreto del MF por el que ordena de archivo del procedimiento por razones de oportunidad (art. 175), puede determinar que se imponga al MF seguir el curso del procedimiento de investigación hasta su terminación del modo ordinario. Algo similar a los anterior puede ocurrir si se impugna ante el J de G el decreto del MF de suspensión por razones de oportunidad (art. 176) o el decreto del MF de archivo por colaboración activa contra una organización criminal (art. 179).
- 4) La impugnación ante el J de G del decreto del MF que no haya admitido la “personación” de un acusador particular (arts. 566, 567 y 585) determina, en caso de estimación, que, en el conjunto del procedimiento de investigación, el acusador particular tenga las posibilidades de actuación previstas por la ley.
- 5) La admisión de la “personación” de un acusador popular (art. 568) y la extinción de su personación por ciertas causas sobrevinidas (art. 569) son resoluciones que inicialmente corresponde dictar al J de G. Las mismas inciden en el conjunto del procedimiento de investigación, porque posibilitan o excluyen que un acusador popular pueda o no tener en ese procedimiento las posibilidades de actuación previstas por la ley.
- 6) La resolución judicial de ratificar, o no, la declaración de secreto del procedimiento del MF y las resoluciones judiciales de prórroga del secreto (arts. 578-582) influyen en el conjunto de actos que se realicen durante el periodo de secreto y en lo que debe hacerse cuando se alce el mismo.

- 7) Afectan al conjunto del procedimiento de investigación, porque incide en las posibilidades de comunicación de la persona encausada y, en consecuencia, en la eventual influencia que eso pueda tener en otras personas y objetos de interés para la investigación, las potestades del J de G de autorizar, respecto de personas investigadas por su relación con organizaciones criminales terroristas y delitos de terrorismo, la prórroga de la detención (art. 194) y, en general, la de autorizar y controlar las condiciones en que se desarrolla la incomunicación del detenido o preso (art. 212.3 y 213.1).
- 8) La actividad de investigación y la dirección de la misma resulta condicionada por las resoluciones del J de G sobre la fijación de plazos de finalización del procedimiento de investigación (arts. 574-577).
- 9) La necesidad de autorización del J de G para reabrir el procedimiento de investigación, si estaba dirigido contra persona determinada y fue archivado por el MF (art. 590 en relación con los arts. 586-588), limita la libertad del MF de decidir la reapertura cuando estime que existen nuevos elementos relevantes.
- 10) Inciden en el conjunto del procedimiento de investigación, porque afectan al desarrollo en el mismo del derecho de defensa de la persona encausada, una serie de potestades del J de G respecto de su abogado defensor -exclusión del abogado designado si el MF considera que aquél colabora o contribuye a la acción delictiva del investigado (art. 56)-, respecto de la persona encausada con discapacidad -establecer el apoyo adecuado de la misma en los actos y con la extensión que expresamente se determine (art. 63); establecer una institución de apoyo que la asista durante el proceso (art. 65); adoptar de oficio las medidas necesarias para salvaguardar su derecho de defensa (art. 71); declarar su falta plena de capacidad procesal (art.79)-, y respecto de la persona jurídica encausada -designar supletoriamente al representante de la misma (art. 81-).
- 11) Afectan al conjunto del procedimiento de investigación, porque inciden en la delimitación de su objeto, la potestad del J de G de excluir el ejercicio de la acción civil cuando la complejidad de su tratamiento pueda originar graves retrasos del proceso penal

(art. 126) y la de decidir sobre la admisión e intervención de un responsable civil ((art. 133).

- 12) El conjunto del procedimiento de investigación puede ser condicionado por el ejercicio de una potestad del J de G previsto por el art. 555, que posibilita a la persona encausada solicitar, en cualquier momento de aquel procedimiento, el sobreseimiento por carecer manifiestamente de relevancia penal los hechos objeto del mismo. También es potestad del J de G poner fin al procedimiento de investigación constatando la renuncia del acusador particular a la acción penal por delito respecto del cual la ley penal permite el perdón como causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 118).
- 13) Las acusaciones particular y popular pueden aportar informaciones de interés para la investigación, proponer la realización de actos de investigación e intervenir en la misma. La admisión de esas actividades depende de la decisión del MF (arts. 571, 572 y 573), pero el J de G puede corregir las decisiones adoptadas por el MF -en el sentido de admitir lo previamente denegado- al finalizar el procedimiento, si éste concluye con decreto de archivo y las acusaciones no públicas piden ser autorizadas para acusar (art. 587, especialmente apartado 2, inciso segundo).
- 14) La defensa de la parte investigada puede aportar elementos de descargo, proponer actos de investigación e intervenir en su práctica. La admisión de todo lo anterior depende de decisiones del MF (arts. 563, 564 y 565), pero esas decisiones pueden ser corregidas por el Juez de la Audiencia Preliminar si la parte acusada impugna la acusación y, para fundar la impugnación, vuelve a proponer actos de investigación que el MF denegó (art. 617.2 y 3).

2. Actos de investigación cuya validez y eficacia depende del ejercicio de potestades judiciales

Aparte de las potestades del juez que pueden afectar al conjunto o a un periodo del procedimiento de investigación dirigido por el MF, determinados actos de investigación solo pueden realizarse válida y

eficazmente si son autorizados por el J de G. A continuación, precisaré cuáles son, así como las limitadas excepciones a tal requisito.

A) Actos de investigación que impliquen afectación del cuerpo de una persona

- a) Pruebas médicas para determinar la edad de la persona investigada que requieran realizar inspecciones o intervenciones corporales (art. 314.2).
- b) Inspecciones corporales que consistan en la observación directa o la exploración de las cavidades vaginal o rectal (art. 325.2, b).
- c) Realización coactiva de intervenciones corporales leves (arts. 327.2 y 329) y de la intervención corporal grave consistente en la obtención de una muestra de sangre por venopunción o punción digital (art. 328.1, párr. 2). Este régimen es aplicable a la obtención de muestras de sangre para la detección de alcoholemia (art. 341.3) y, tal vez, de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (art. 342).
- d) Realización, aun no coactiva, de intervenciones corporales graves (art. 328.1, párr. 1 y 329).
- e) Observación psiquiátrica de la persona investigada para evaluar su capacidad que requiera internamiento (art. 332, 333).
- f) Toma de muestras de la persona investigada para actividad de investigación mediante marcadores de ADN, salvo que aquella persona muestre su consentimiento (art. 335.1 y 2), utilización de muestras de la persona investigada abandonadas por la misma (art. 335.3) y utilización de muestras u otras informaciones para el perfil genético de la persona investigada que fueron obtenidas para fines diagnósticos, terapéuticos o de investigación biomédica (art. 335).
- g) Toma coactiva de muestras de persona no investigada para actividad de investigación mediante marcadores de ADN (art. 336).

B) Actos de investigación que impliquen interceptación de comunicaciones privadas a distancia por diversos medios y de conversaciones privadas directas

a) En general, corresponde al J de G “acordar la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, de la correspondencia postal o telegráfica, faxes y burofaxes, así como de las conversaciones” privadas (art. 345.1), incluidas las que comuniquen con terceros no investigados (art. 346); controlar la ejecución de este medio de investigación autorizado (art. 347); autorizar ampliaciones temporales de ese medio de investigación (art. 348); autorizar el uso de sus resultados en un procedimiento de investigación o proceso penal distinto a aquel en el que fue autorizado y realizado (art. 349); extender la autorización en caso de “hallazgos casuales” (art. 350).

b) Específicamente respecto de comunicaciones telefónicas o telemáticas es potestad del J de G autorizar su interceptación (art. 354.1), ampliar la autorización a la investigación de hechos punibles distintos al que fue objeto de la autorización inicial (art. 359), prorrogar la interceptación autorizada (art. 363), autorizar su mantenimiento si la persona investigada ha sido detenida (art. 364) y autorizar un plazo especial para la notificación a la persona investigada de la resolución que autorizó este acto de investigación (art. 365.3)

En caso de urgencia y en caso de investigación de delitos relacionados con organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, la intervención podrá ser ordenada por el Fiscal General del Estado, siendo preceptiva la posterior ratificación por el J de G (art. 354.2)

c) Específicamente respecto de comunicaciones postales, telegráficas, faxes y burofaxes es potestad del J de G autorizar la interceptación (art. 372), salvo la de determinados envíos postales (art. 372.2), autorizar la ampliación del ámbito objetivo y subjetivo de la interceptación (art. 376), También controlar la ejecución de este medio de investigación determinando quién debe ejecutarlo y en qué plazos debe informar al MF (art. 377) y proceder, en caso de rebeldía de la persona investigada, a la

apertura y registro de la correspondencia postal intervenida (art. 380).

- d) Específicamente respecto de la interceptación de conversaciones privadas con medios técnicos de grabación de sonido e imagen es potestad del J de G autorizarlas para cada encuentro que deba ser objeto de observación (arts. 384.1, 391) y controlar su ejecución de modo similar al de las comunicaciones telefónicas (art. 391)

C) Actos de investigación consistentes en observación y vigilancia de la actividad de personas, si es sistemática o se utilizan medios técnicos

Es potestad del J de G autorizar la vigilancia sistemática de la actividad de las personas y el uso de medios técnicos de localización, seguimiento y captación de imágenes de esa actividad (art. 396.1), autorizar esa vigilancia respecto de actividades que se produzcan en espacios cerrados en los que se desarrollen actividades divisibles desde el exterior (art. 397.1), autorizar prórrogas de la ejecución de este medio de investigación (art. 399) y autorizar la utilización de sus resultados en procesos penales distintos a aquel en el que fue inicialmente autorizado el medio de investigación (art. 400.3).

Como excepción, podrá acordar este medio de investigación el MF si hay urgente necesidad y se realiza en espacios públicos, pero se requerirá ratificación del J de G (art. 396.2). También es excepción, y puede acordarla el Fiscal General del Estado, si hay urgencia y se investigan delitos relacionados con actividades terroristas, aunque se trate de captar imágenes de actividad en espacios cerrados divisibles desde el exterior, pero se requiere ratificación del J de G (art. 397.3).

D) Actos de investigación consistentes en entrada y registro en domicilios y determinados lugares cerrados con acceso a documentos que se hallen en los mismos

Es potestad del J de G autorizar la entrada y registro coactivos en domicilios (arts. 406, 407, 411), la extensión de efectos de una resolución inicial en caso de hallazgos casuales (art. 418) y la extensión de efectos a un procedimiento de investigación distinto a aquel en el que

se dictó la resolución inicial (art. 419). También se requiere ejercicio de esa potestad si se trata de “entrada y registro en la sede de partidos políticos, sindicatos y medios de comunicación, así como en los despachos u oficinas donde se desarrollen actividades respecto a las cuales se reconozca el secreto profesional” (art. 421.3) y de “apertura y registro de cajas de seguridad que se hallen en entidades bancarias u otras instalaciones específicamente dedicadas a su custodia” (art. 422.3).

Son excepción al requisito de la autorización judicial el caso de flagrante delito (art. 416) y la realización de esta actividad en caso de urgente necesidad en investigaciones referentes a organizaciones terroristas o de delitos de terrorismo (art. 413.2 y 3).

La autorización del J de G da cobertura al “examen de libros, papeles y otros documentos que se encuentren en el lugar del registro”, si así se ha dispuesto genéricamente en la resolución de autorización a petición del MF. No obstante, si se tratara del examen “de cartas personales, diarios íntimos o papeles o efectos equivalentes” será necesaria una autorización específica del J de G (art. 423.3).

E) Actos de investigación consistentes en el registro de la información contenida en dispositivos informáticos

Es potestad del J de G autorizar específicamente el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, hayan sido incautados en un acto de entrada y registro o en otra circunstancia (arts. 425. 1 y 2, 426), la ampliación del registro a otros dispositivos si está justificada por razones que se constatan al hacer el registro primeramente autorizado (art. 427). Como excepción, en caso de urgencia, estos registros pueden autorizarse por el MF con posterior revocación o confirmación del J de G (425.2 y 427.2).

Es potestad del J de G autorizar el registro remoto de los dispositivos mencionados (art. 430) y su eventual ampliación a otros dispositivos (art. 431).

F) Actos de investigación mediante la actuación de agente encubierto

Es potestad del J de G autorizar actividades de investigación mediante agente encubierto, con determinación de los hechos delictivos que puede investigar y de las ampliaciones de ese límite (art. 500.4), ampliar las actuaciones del agente encubierto a la posibilidad de afectación de derechos fundamentales diferentes al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de domicilio (art. 505.2 y 3) y extender los efectos de la investigación autorizada a otros procedimientos de investigación o procesos penales (art. 508).

También requiere autorización del J de G que el agente encubierto actúe como tal en canales cerrados de comunicación (art. 509.1, 511), la ampliación de esta actividad de investigación a otros hechos o personas diferentes a los inicialmente determinados (art. 512), la obtención y grabación de imágenes de situaciones en las que intervenga el agente (art. 513) y la extensión de los efectos de la investigación autorizada a otros procedimientos de investigación o procesos penales (art. 509.6).

G) Actos de investigación mediante la utilización de datos protegidos

La obtención de datos personales de la persona investigada que estén disponibles en canales abiertos de información requerirá autorización del J de G si ha de realizarse de manera sistemática y continuada para crear un registro histórico de la actividad de aquella persona (art. 514.2). También se requerirá esa autorización si los datos relevantes están en ficheros públicos o privados cuya regulación legal someta la cesión de datos a autorización judicial (art. 515.1). Si se trata de bases para uso personal y doméstico rige lo apuntado en el anterior apartado E.

Requiere autorización del J de G la actividad de investigación consistente en el cruce automatizado de datos procedentes de diferentes bases a las que se ha tenido acceso de acuerdo con la ley, lo que, en algún caso, habrá requerido autorización judicial (arts. 516, 517).

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con las instrucciones de acceso

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado

Capítulo I.

El Ministerio Fiscal, director de la investigación en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Entre la eficacia y las garantías

MANUEL ORTELLS RAMOS

Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València

I. CAMBIO DE MODELO DEL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR DEL PROCESO PENAL (DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA JUDICIAL A UN PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DIRIGIDO POR EL MINISTERIO FISCAL): TENDENCIAS Y REALIZACIONES FRAGMENTARIAS

El 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. Como regla general, el régimen jurídico de esta materia sigue siendo el de la redacción originaria de la LECrim; es decir, es atribución de un juez, el juez de instrucción, dirigir esa investigación, realizar él mismo la mayor parte de sus actos y dejar constancia de los resultados obtenidos.

Avanzado el último cuarto del siglo pasado se manifestaron, con claridad, tendencias a un cambio de modelo, hacia uno que atribuye al MF la dirección del procedimiento de investigación. Expresivos de esas tendencias han sido no solo planteamientos doctrinales, sino también diversos documentos oficiales que permiten augurar con más seguridad cambios normativos.

Cambios normativos también han llegado a producirse, pero, hasta hoy, han sido fragmentarios, en el sentido de que solo han afectado a una parte de los procesos penales. Además, en algunos casos han sido tácitamente derogados tras un breve periodo de vigencia, al menos formal y tal vez poco efectiva.

Volviendo al capítulo de las tendencias, el cambio de modelo del procedimiento preliminar, con establecimiento general de un procedimiento de investigación dirigido por el MF, estaba previsto en los dos intentos de reforma global del proceso penal de 2011 y 2013.

En los apartados que siguen se revisan brevemente estos hitos del cambio de modelo de procedimiento preliminar, antes de examinar el tratamiento de esta materia en el APLOECrim/2020.¹

1. La tendencia favorable al cambio de modelo

La tendencia a un modelo de procedimiento preliminar en el que el MF asumía la dirección de la investigación fue alentada, con matices

¹ Los artículos citados en el trabajo sin mención del texto normativo del que forman parte corresponden al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

Siglas y abreviaturas utilizadas en el trabajo: *ALECrim/2011*: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. *APLOECrim/2020*: Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020. *EOMF*: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. *Informe CF APLOECrim/2020*: Informe del Consejo Fiscal, de 14 de julio de 2021, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal (Accesible en [Documentación - Fiscal.es](#)). *Informe CGPJ APLOFEuropea*: Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de marzo de 2021, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (Accesible en [C.G.P.J - Informes \(poderjudicial.es\)](#)). *J de G*: Juez de Garantías. *LECrim*: Ley de Enjuiciamiento Criminal. *LOFEuropea*: Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. *LORPM*: LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *MF*: Ministerio Fiscal. *Propuesta LECrim/2013*: Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012.

sobre al modo de concebir la eficacia jurídica de esa investigación y sobre los poderes que deben quedar reservados a un Juez, por una corriente doctrinal representada, entre otros, por GIMENO², MORENO CATENA³, VIVES ANTÓN⁴ y RUIZ VADILLO.⁵

Por otra parte, esta tendencia se expresó, y se ha seguido expresando, desde instancias a las que cabe suponer capacidad de influencia en los cambios normativos.

Ya en su Memoria de 1987, la Fiscalía General del Estado, tras apuntar que el grado de judicialización de los conflictos en nuestra sociedad desbordaba la capacidad de la organización judicial, indicó, entre otras medidas, la conveniencia de reformar el proceso penal hacia objetivos de eficacia y aceleración sin pérdida de garantías, lo que se lograría modificando su fase preparatoria, encomendando la investigación al Fiscal, sin perjuicio del “control jurisdiccional de las decisiones que afecten a los derechos fundamentales (...) que deberían ser adoptadas por la autoridad judicial”.⁶

En la Memoria de 1988, la tendencia se reforzó. La instrucción judicial, además de causa de ineficacia del proceso penal, es considerada como un exceso sobre las atribuciones que al juez le otorga la Constitución. Y, así, dice el Fiscal General: “Me atrevo a afirmar que del examen combinado de los artículos 117.3.º y 4.º, y 124.1.º de la Constitución se deduce que nuestros constituyentes quisieron separar las dos funciones esenciales de la justicia penal: la de juzgar que corre-

² Seguramente sin exhaustividad, cabe citar de este autor sobre el tema que nos ocupa, “El Ministerio Fiscal y la Constitución”, en *Comentarios a la legislación penal*, I, Madrid, 1982, (Dir. COBO DEL ROSAL), pp. 334-335; “Los procedimientos penales simplificados (Principio de “oportunidad” y proceso penal monitorio)”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, pp. 32-37; “Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial”, en *Justicia*, 1988, pp. 829-834; “El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial*, núm. especial VI, pp. 274-280.

³ MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, p. 165 y, en general, todo el artículo; “La justicia penal y su reforma”, en *Justicia*, 1988, pp. 313-318.

⁴ VIVES ANTÓN, T., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, pp. 93-128.

⁵ RUIZ VADILLO, E., “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en *Poder Judicial*, núm. especial II, pp. 53-89.

⁶ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1987, pp. 12-17.

sponde a Juzgados y Tribunales determinados por la Ley (art. 117.3.º) y la de promover el juicio, “promover la acción de la justicia”, que otorga al Fiscal (art. 124.1.0). Dicho de otra manera, el sistema que propugna la Constitución supone que el Fiscal es el titular del impulso procesal de cuanto debe acontecer antes del juicio oral. Los Jueces y Tribunales son los titulares exclusivos de la potestad jurisdiccional, es decir, del juicio y de sus consecuencias: su ejecución”.⁷

La Memoria de 1989 insistió en el mismo planteamiento.⁸

Pronunciamientos en favor de la atribución al MF de la dirección del procedimiento de investigación se continuaron produciendo en textos oficiales muy relevantes.

En el *Libro Blanco del MF de 1996*⁹ se hizo constar que: “el Consejo Fiscal, por mayoría, es partidario de que el Fiscal asuma la instrucción, siempre que antes de atribuir la instrucción al MF, se lleven a cabo importantes reformas y, en particular, se le dote de medios personales y materiales suficientes y se introduzcan en su Estatuto las necesarias garantías para preservar su imparcialidad”.¹⁰ En el desarrollo de las condiciones para esa atribución, el texto citado postula los siguientes criterios: “Ser idéntica (cabe pensar que se está refiriendo a la función que debe desarrollar el MF) a la que hoy día realizan los jueces, quedando estos para autorizar medidas que supongan merma de derechos fundamentales”. Además, el régimen correspondiente debería: “a) dar posibilidad a los particulares, finalizada la instrucción del Fiscal, para acudir al Juez para que realice una instrucción suplementaria si la cree necesaria. b) Las pruebas practicadas por los Fiscales deberán realizarse con conocimiento e intervención de la defensa, pudiendo ésta en otro caso acudir al Juez. c) La defensa podrá realizar a través del Juez todas las pruebas que le interese y que no

⁷ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1988, pp. 20-21.

⁸ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1989, p. 15. También ponderando las ventajas de esa atribución la *Circular* núm. 1/1989, en Suplemento al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1522, pp. 1355-1357.

⁹ Editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1996. En un apartado inicial titulado “Justificación”, se hace constar el procedimiento de elaboración, debate en el Consejo Fiscal y adopción de acuerdos por este órgano respecto al contenido del Libro.

¹⁰ *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, p. 72.

sean practicadas a iniciativa del MF, que actuará más como preparador de la acusación que como instructor”.¹¹ Hay también en el texto un apunte bastante indefinido relativo a las acusaciones no oficiales. Se propone “reformular la actual normativa en materia de ejercicio de acciones penales, pues si el MF no tiene el monopolio de la acusación (...), y siguen subsistiendo las acusaciones particulares y públicas, tendrían que resolverse previamente los problemas que plantea tal coexistencia, especialmente cuando el ejercicio de ambas no coincida o sean contrapuestas”.¹²

También en el *Libro Blanco de la Justicia*¹³ se expresó la opinión favorable al cambio de modelo: “Tras el análisis de los distintos argumentos a favor y en contra de uno u otro modelo, ha de reconocerse que el modelo acusatorio puro, con una intervención judicial para la resolución de medidas restrictivas de derechos fundamentales y control de garantías, es deseable y digno de todo elogio. Ahora bien: a la hora de poner en práctica este modelo, ha de abordarse una seria y profunda reflexión tendente a la adecuación del Estatuto Orgánico del MF a esas nuevas funciones, así como a la estructura, organización y principios informadores de su actuación en la instrucción de causas penales”.¹⁴

Por fin, en el *Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2013*, elaborado por el Consejo Fiscal,¹⁵ tras hacer notar que el aumento de los casos en los que la denuncia de hechos aparentemente delictivos se dirige al MF, lo que le permite desarrollar cierta actividad investigadora, se postuló que, “mientras no entre en vigor una reforma procesal penal de carácter integral”, se reforme el régimen jurídico de la investigación que actualmente puede desarrollar el MF, para que se pueda “dar validez a las actuaciones realizadas por la Fiscalía con el fin de que no tengan que ser reiteradas en los Juzgados” y para que se habilite al MF “para la realización de determinadas actuaciones como

¹¹ *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, p. 73.

¹² *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, p. 73.

¹³ Fue aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 8 de septiembre de 1997. El texto ha sido editado por el CGPJ, Madrid, 1997.

¹⁴ *Libro Blanco de la Justicia*, p. 228.

¹⁵ Accesible en [Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013](#)

la adopción de medidas cautelares reales urgentísimas de las que en muchas ocasiones depende el éxito de la investigación”.¹⁶

2. Las reformas normativas que han atribuido parcialmente al Ministerio Fiscal la realización de la investigación previa en el proceso penal

Las reformas normativas que han atribuido al MF la dirección de la investigación en el procedimiento preliminar del proceso penal han tenido, hasta ahora, un alcance parcial.

Hubo un intento de reforma de alcance más general con el Proyecto de Ley reguladora del Estatuto Orgánico del MF, pero sus previsiones iniciales fueron recortadas en la tramitación parlamentaria. En la Memoria del Proyecto se destacaba la novedad de las facultades de investigación de hechos delictivos que se atribuían al MF para una mayor agilización del proceso penal y para la auténtica realización de la oralidad, que requiere limitar el contenido de la fase de instrucción previa¹⁷. El artículo 3.4 del Proyecto atribuía al MF la función de “actuar como órgano de investigación en el proceso penal, a cuyo fin instará de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y dirigirá la actividad de la policía judicial”. El artículo 5 especificaba los actos que le correspondía realizar en la investigación, excluyendo de ellos la adopción de medidas cautelares y limitativas de derechos, salvo la detención. Frente a este intento reaccionaron dos grupos parlamentarios de muy diferente signo político: el Grupo Comunista, que justificaba su enmienda número 23 en que la relación del MF con el Ejecutivo conduciría, a través de aquella función, a un control político del proceso y la justicia penal; y el grupo Coalición Democrática, que razonaba su enmienda clave -la núm. 211- con argumentos de eficacia (el MF no tiene medios, ni preparación, para asumir la labor investigadora) y de insuficiencia de garantías de una investigación imparcial por la posición orgánica del

¹⁶ *Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013*, cit., pp.19-20.

¹⁷ B.O.C.G., Congreso, Serie A, 23 de mayo de 1980, núm. 139-I, pp. 1013-1014.

MF Esta reacción tuvo éxito en lo esencial y ya el texto de la ponencia dio a aquellos artículos la redacción que llegó a ser Ley¹⁸.

La reforma de la LECrim por la LO 7/1988, de 28 de diciembre introdujo las normas necesarias para que la actividad de investigación desarrollada por el MF tuviera la eficacia jurídica propia de los actos del procedimiento preliminar, en el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado establecido por aquella reforma.

El Anteproyecto de la Ley mencionada era más ambicioso en cuanto a la atribución de potestades al MF. Sin establecer preceptivamente una investigación previa exclusiva del MF, ponía, con algunos preceptos clave [arts. 789, 11; 786.1; 781.2, d), y 781.5, todos del Anteproyecto] la base para que eso fuera realidad en el mayor número de supuestos (canalización hacia el MF de las *notitiae criminis* provenientes de la policía y necesidad de expreso requerimiento judicial para desapoderar al MF de la investigación). En segundo término, era destacable que, junto a la genérica reserva al Juez de la adopción de medidas cautelares [artículo 781.2, d), del Anteproyecto], los números 5 al 8 del artículo 781 bis del Anteproyecto encomendaban al MF la adopción provisional de unas medidas que suponían una peligrosa excepción a la regla general. Ya antes de llegar a la calidad de Proyecto, desaparecieron del texto esas disposiciones, atendiendo a críticas formuladas en los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, los cuales, sin rechazar de plano el modelo de la investigación previa del MF, no compartían su concreta plasmación en el Anteproyecto, ni la oportunidad de la innovación¹⁹. En los artículos 785 bis, 1 y 3, y 789.1 de la LECrim (redacción LO 7/1988) puede observarse la suavización de la técnica de derivación de procedimientos hacia el MF.²⁰

¹⁸ B.O.C.G., Congreso, Serie A, 23 de junio de 1981, núm. 139-I 3, pp. 1032/6, 12 y 13.

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

²⁰ Aunque la *Circular* núm. 1/1989, en Suplemento al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1522, pp. 1359 y 1365, intenta de nuevo reforzar la posición del MF en el aspecto tratado en el texto.

Ahora bien, de un conjunto de artículos introducidos en esta reforma de LECrim, y especialmente del artículo 789.3 (redacción LO 7/1988), se podía concluir que, al menos parcialmente, se introducía en nuestro proceso penal una investigación previa del MF. En efecto, si las diligencias de investigación practicadas por éste sólo precisaban ser complementadas mediante una instrucción previa judicial o dirigida por el Juez, en cuanto fueran materialmente insuficientes para fundar la acusación, es que, desde un punto de vista jurídico, se les reconocía la eficacia de actos de la instrucción previa, sin necesidad de que fueran judicialmente reiterados²¹.

El art. 785 bis LECrim (redacción LO 7/1988) habilitó al MF del poder de practicar por sí mismo y de ordenar a la Policía Judicial que practicara -por tanto, ya tampoco la Policía, cuando actuara bajo las órdenes directas del Fiscal, estaba sujeta a los límites de “contenido” propios de las diligencias de prevención o primeras diligencias- “las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo”. Aquel artículo no aludía a una prevención de diligencias o a la instrucción de las primeras diligencias, cuyo contenido está legalmente tasado (art. 13 LECrim), sino que autorizaba a realizar todos los actos de investigación que el MF considerara pertinentes respecto a los objetivos apuntados, salvo aquellos -y éste es un límite que se refiere no al contenido de la investigación, sino a los medios para llevarla a cabo- que requieran el ejercicio de poderes que exclusivamente están atribuidos al juez. Otro dato que excluía que la investigación del MF estuviera limitada a unas diligencias de prevención era la ausencia de un plazo y de cualquier otra referencia temporal perentoria para remitir la investigación al Juzgado. Consiguientemente, a diferencia de lo que podía ocurrir con el contenido del atestado policial, la posibilidad de que las diligencias de investigación presentadas por el MF “sean suficientes para formular acusación” (art. 789.3) era mucho mayor, por el más completo contenido del que podía dotarse a las mismas.

²¹ Sobre esto, más ampliamente, ORTELLS RAMOS, M., “El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales”, en *El proceso penal abreviado* (Nueve estudios), Comares, Granada, 1997, pp. 4-8.

Esa habilitación tenía dos clases de límites. En primer lugar, unos límites que podríamos denominar instrumentales o mediales: el MF podía extender el contenido de su investigación a todo lo pertinente para la comprobación del hecho y de la responsabilidad de los partícipes, pero no podía realizar aquellos actos de investigación (eventualmente necesarios) que requirieran una potestad de la que sólo el juez está investido. La segunda clase de límites era de carácter temporal y se expresaba en el art. 785 bis. 3 LECrim (redacción LO 7/1988). Respecto de estos últimos límites había que precisar²² que el deber de cesar en las diligencias de investigación, no podía entenderse en el sentido de que estaba prohibida toda investigación sobre los mismos hechos, sino en el de extinción de la competencia del MF para realizar actos de investigación con la especial eficacia de formar parte de la instrucción previa del procedimiento. Podía, en cambio, continuar realizando actos de investigación, con la eficacia prevista en las disposiciones generales de LECrim; es decir, para proponer al Juzgado de Instrucción la práctica de diligencias de investigación y para proponer pruebas. En cuanto al conocimiento que determinaba la extinción de la competencia del MF, debía ser un conocimiento oficial.²³

La reforma operada en LECrim por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, y por la Ley Orgánica 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.²⁴ El art. 773

²² Era un tema que suscitó dudas; véase *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989*, suplemento al Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, núm. 1522, pp. 33-35; MARCHENA GÓMEZ, M., *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado)*, con PORTERO, L., REIG, J.V., sin lugar de edición, 1989, pp. 1113-1114; VARELA CASTRO, L., “Investigación y preparación del juicio oral”, en *La reforma del proceso penal*, Madrid, 1990, pp. 135-136).

²³ Así *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989*, cit., pp. 33-35; MARCHENA, *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988*, cit., pp. 1113-1114; en contra, VARELA, “Investigación y preparación del juicio oral”, cit., 135-136

²⁴ Sobre ésta 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, pp.17-21. De otra opinión, aunque también lamentando esta modificación legal, FUENTES SORIANO, O.,

LECrím (reforma de 2002) coincide plenamente con los arts. 781 y 785 bis LECrím (reforma de 1988), 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 nuevo régimen del procedimiento abreviado ha sido alterada la eficacia jurídica de los actos de investigación del MF, de un modo tal vez inconsciente, y, en todo caso, no acompañado de una explicación de las razones. De las nuevas disposiciones del procedimiento abreviado, concretamente del conjunto de los actuales artículos 774-777 (reforma de 2002), ha desaparecido la mención que hacía el antiguo artículo 789.3, párrafo primero, (reforma de 1988) al caso en que las diligencias fueran insuficientes para formular acusación como justificativo de la procedencia de practicar diligencias judiciales adicionales. Ahora 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 (reforma de 2002), comparado con el anterior art. 789.5 (reforma de 1988). 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”.

Al examinar la reforma de 2002, apunté que era difícil “predecir qué trascendencia práctica va a tener este notable cambio normativo. ¿Se concluirá, coherentemente, que las investigaciones del MF han de ser judicialmente reiteradas para proporcionar base de apoyo a las resoluciones de las diligencias previas y de la etapa intermedia? ¿Se entenderá que la documentación de tales investigaciones ya es una base, una especie de acreditamiento documental, adornado, además, de la eficacia prevista en el art. 5, párrafo tercero EOMF -presunción de autenticidad-?.²⁵ Parece que en la práctica se haya impuesto la respuesta afirmativa a la primera pregunta, porque en el *Libro Blanco del Ministerio Fiscal (2013)* se echa en falta una regulación de “los términos en que se puede dar validez a las actuaciones realizadas

La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 30-51.

²⁵ ORTELLS RAMOS, “Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado”, cit., p. 18.

por la Fiscalía con el fin de que no tengan que ser reiteradas en los Juzgados”.²⁶

En el proceso penal de menores –por tanto, también solo en una parte de los procesos penales-, el legislador introdujo decididamente un cambio de modelo, encomendando al MF la potestad de conducir la investigación previa. La Ley de responsabilidad penal de los menores, aprobada por Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero -aunque ha tenido diversas modificaciones posteriores-, atribuye al MF la dirección y realización directa de los actos de la instrucción previa (arts. 6, 16 y 23), aunque ha de instar del juez de menores las actuaciones que impliquen restricción de derechos fundamentales (art. 23.3) y, en particular, la adopción de medidas cautelares (arts. 17 y 28). Por lo demás, la ley establece derechos de intervención de los acusadores particulares (arts. 25 y 26).

Por fin, otra reforma que introduce en el ordenamiento español la dirección del procedimiento de investigación por el MF en una parte de los procesos penales es la producida por el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. En el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939, el procedimiento preliminar judicial, que sigue siendo la regla general en Derecho español, es sustituido por un procedimiento de investigación dirigido por el MF (la Fiscalía Europea a través de sus diversos agentes), en cuyo desarrollo los órganos jurisdiccionales tienen reservados determinados poderes. Para facilitar la aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 se ha aprobado la LOFEuropea. El informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de esa ley es revelador de la especial dificultad de esta reforma del Derecho interno orientada a engarzar el modelo de procedimiento de investigación del Reglamento (UE) 2017/1939 en una estructura del proceso penal español actualmente tan ajena a ese modelo.²⁷

²⁶ Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013, cit., pp. 19-20.

²⁷ CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, accesible en [C.G.P.J.- Informes \(poderjudicial.es\)](http://C.G.P.J.-Informes(poderjudicial.es)).

3. La oportunidad de un cambio general de modelo de procedimiento preliminar con los textos pre-legislativos de una nueva LECrim de 2011 y 2013

La tendencia favorable a un cambio de modelo en la dirección y realización del procedimiento de investigación ha dominado los dos intentos de una nueva regulación legal de conjunto del proceso penal, aunque ninguno de ellos llegó a iniciar su tramitación parlamentaria.

En cuanto al primero de tales intentos, 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 segundo intento, el Ministerio de Justicia constituyó una comisión institucional encargada de elaborar una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, 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.

Aunque con diferencias, tanto el ALECRim/2011 como la Propuesta LECrim/2013 optaban por modificar el modelo de procedimiento preliminar y por atribuir al MF la dirección y realización de la investigación. Una reforma legal de esa entidad está condicionada por muchos factores, pero la proximidad en el tiempo y las importantes coincidencias de esas dos iniciativas constituyeron una buena oportunidad para hacerla realidad.

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.²⁸

²⁸ 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,

Con posterioridad, el ALECrím/2011 y la Propuesta LECrím/2013 revelaron que las posturas sobre esta cuestión de política jurídica se habían acercado en lo sustancial.

Por una parte, el ALECrím/2011, preparado por 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 ALECrím/2011).

La Propuesta LECrím/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 LECrím/2013). El texto se preocupaba por mantener el respeto al derecho de la defensa del encausado a una plena actividad investigadora durante el procedimiento preliminar (principalmente, art. 427.3 al 5 Propuesta LECrím/2013), así como también 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 LECrím/2013) y en cuanto a la protección del legítimo interés de los acusadores no oficiales respecto de un plena actividad investigadora (arts. 420.1, a y 423 Propuesta LECrím/2013).

Varias razones pueden haber impedido que se aprovechara esta oportunidad,²⁹ pero creo que la fundamental ha sido la inevitable incidencia en el gasto público de una operación de esta naturaleza. La

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”.

²⁹ MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, p. 30, mencionan “la negativa de un importante sector del Ministerio Público al control judicial de la actividad investigadora que se le encomendara”. Por otra parte, 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.

misma requiere una reordenación de medios materiales y de efectivos personales en uno de los sectores del servicio público de la Justicia que 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, estaba incluida en los dos textos pre-legislativos a los que he hecho referencia: “Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal”.

II. LA DIRECCIÓN POR EL MF DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN EN EL APLECRIM DE 2020

El MF, como todo titular de poder público, ejerce las potestades que la ley le atribuye y dentro de las limitaciones de esa atribución.

El APLECRim atribuye al MF la potestad de dirección del procedimiento de investigación en el proceso penal y delimita esa potestad por el objeto sobre el que debe recaer la actividad investigadora (arts. 521-524: hechos concretos constitutivos de delito y su atribución a personas responsables de los mismos), por la finalidad de esa actividad (arts. 522, 523.1 y 91.2: obtener, mediante actos de investigación imprescindibles y realizados sin dilaciones indebidas, la información suficiente para decidir fundadamente sobre el ejercicio de la acción penal, esclareciendo las circunstancias relevantes del hecho punible, sean favorables o adversas a la persona investigada, asegurar el resultado del proceso, proteger los derechos de ofendidos y perjudicados y asegurar las fuentes de prueba) y también regulando el modo en el que la actividad investigadora debe desarrollarse.

La última limitación mencionada es la más difícil de exponer. En teoría, la ley podría no regular el modo de realización de la actividad investigadora y dejarlo en manos de su director, que, autónomamente, establecería, con arreglo a criterios técnicos, qué actos de investigación hay que realizar y cómo hay que realizarlos para alcanzar, con la mayor eficiencia, la finalidad de la misma. Ahora bien, en los ordenamientos concretos, y específicamente en el ordenamiento español, eso no es así.

No lo es, en parte, porque jurídicamente no puede serlo. La Constitución establece unos límites a esa actividad, que la ley debe respetar. Y, más allá de eso, porque, además de respetar los condicionamientos constitucionales, el legislador puede, en su libertad de configuración normativa, atender a diferentes valores y criterios y establecer, en atención a los mismos, normas sobre el modo de desarrollar la actividad de investigación.

Por otra parte, el ejercicio de potestades atribuidas por la ley a un titular de poder público no puede sustraerse a que los órganos jurisdiccionales ejerzan su potestad jurisdiccional sobre los actos y la inactividad de ese titular. Por abundantes y enfáticas que sean las normas que imponen al titular del poder público el deber de actuar con arreglo a la ley, con imparcialidad y con objetividad (arts. 89, 91 y 92), solamente la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales, mediante el ejercicio de su exclusiva potestad, puedan verificar si ha actuado así, constituye garantía de ese modo de actuación y, en su defecto, de que el mismo se impondrá y de que serán ineficaces los actos que no lo respeten. Consiguientemente, la atribución al MF de la potestad de dirección de la investigación va acompañada de un régimen del acceso a los órganos jurisdiccionales para que adopten resoluciones sobre los actos o sobre la inactividad del MF. Ese régimen puede ser configurado de manera diversa en cuanto, principalmente, a en qué supuestos se podrá acceder a los órganos jurisdiccionales, quién podrá hacerlo y mediante qué actos se llegará a obtener el pronunciamiento de los mismos.

Lo que sigue es una exposición sintética y, en principio, meramente descriptiva de la regulación que propone el APLOECrim/2020 sobre la potestad de dirección del procedimiento de investigación por el MF y las potestades de los órganos jurisdiccionales respecto de ese procedimiento que, de algún modo, afectan a la potestad del MF.

1. Potestad de dirección del procedimiento de investigación y potestades del juez respecto del conjunto del procedimiento o de periodos del mismo

Los actos de investigación que se practican en el procedimiento dirigido por el MF sirven para proveer de fundamento: a) a la de-

cisión del MF sobre el ejercicio de la acción penal (en sentido negativo -art.586- o en sentido positivo -art. 589-, que puede conducir directamente a la apertura del juicio oral si el acusado no impugna la acusación -art. 616.2-); b) a la resolución del J de G autorizando a ejercer la acción a los acusadores particulares o populares en caso de impugnación del decreto de archivo del MF (art. 587); c) a la resolución del juez de la fase intermedia en caso de impugnación del acto de acusación por la parte acusada (arts. 622-628); y d) a diversas resoluciones sobre medidas cautelares, en cuanto al presupuesto de la probabilidad de los hechos que presenten caracteres de delito y de la participación en los mismos de la persona encausada.

Este apartado no tiene por objeto ninguno de esos supuestos. El considerado bajo la letra a), porque no consiste en ejercicio de ninguna potestad del juez. El de la letra d), porque la potestad que se ejercita no es de investigación, sino de aseguramiento del proceso y su resultado. Los de las letras b) y c) porque las potestades que ejerce el juez no afectan al desarrollo de la investigación, sino que representan la resolución final sobre el resultado de la misma en cuanto actividad orientada a decidir sobre el ejercicio de la acción penal, bien cuando el MF deniega el ejercicio y hay otros acusadores que quieren ejercitarla, bien cuando los acusadores la ejercitan y el acusado considera que no hay presupuestos para su admisión, dado que estos no son solo presupuestos procesales, sino que también requieren cierto fundamento de la acusación.

Objeto de este apartado son los supuestos en los que el APLOE-Crim/2020 atribuye al juez potestades no limitadas a la realización jurídicamente válida y eficaz de actos de investigación específicos, sino que inciden sobre una parte o sobre el conjunto del procedimiento de investigación, y que, por ello, afectan a la potestad de dirección del mismo, en cuanto capacidad de decidir sobre si la investigación debe iniciarse o terminar y qué actos han de realizarse, en qué orden y momento y en qué forma.

Los supuestos en los que esto ocurre son los que, brevemente, se mencionan a continuación, acompañados de una sintética referencia al modo en que la potestad de dirección del MF resulta afectada por las potestades del juez.

- 1) La impugnación ante J de G del decreto del MF archivando la denuncia por determinadas causas (arts. 551, 552, 585) puede determinar que el juez imponga que se inicie un procedimiento y deba desarrollarse una investigación que el MF había decidido que no debía iniciar.
- 2) La impugnación ante el J de G del decreto del MF archivando el procedimiento cuya apertura había decretado previamente (arts. 586.2, e), 588, 586.4, 587), puede dar lugar a que el MF deba realizar actos de investigación adicionales (art. 587.2) y completar con ello un procedimiento que había decidido dar por terminado.
- 3) La impugnación ante el J de G, en los términos que autoriza el art. 180, del decreto del MF por el que ordena de archivo del procedimiento por razones de oportunidad (art. 175), puede determinar que se imponga al MF seguir el curso del procedimiento de investigación hasta su terminación del modo ordinario. Algo similar a los anterior puede ocurrir si se impugna ante el J de G el decreto del MF de suspensión por razones de oportunidad (art. 176) o el decreto del MF de archivo por colaboración activa contra una organización criminal (art. 179).
- 4) La impugnación ante el J de G del decreto del MF que no haya admitido la “personación” de un acusador particular (arts. 566, 567 y 585) determina, en caso de estimación, que, en el conjunto del procedimiento de investigación, el acusador particular tenga las posibilidades de actuación previstas por la ley.
- 5) La admisión de la “personación” de un acusador popular (art. 568) y la extinción de su personación por ciertas causas sobrevinidas (art. 569) son resoluciones que inicialmente corresponde dictar al J de G. Las mismas inciden en el conjunto del procedimiento de investigación, porque posibilitan o excluyen que un acusador popular pueda o no tener en ese procedimiento las posibilidades de actuación previstas por la ley.
- 6) La resolución judicial de ratificar, o no, la declaración de secreto del procedimiento del MF y las resoluciones judiciales de prórroga del secreto (arts. 578-582) influyen en el conjunto de actos que se realicen durante el periodo de secreto y en lo que debe hacerse cuando se alce el mismo.

- 7) Afectan al conjunto del procedimiento de investigación, porque incide en las posibilidades de comunicación de la persona encausada y, en consecuencia, en la eventual influencia que eso pueda tener en otras personas y objetos de interés para la investigación, las potestades del J de G de autorizar, respecto de personas investigadas por su relación con organizaciones criminales terroristas y delitos de terrorismo, la prórroga de la detención (art. 194) y, en general, la de autorizar y controlar las condiciones en que se desarrolla la incomunicación del detenido o preso (art. 212.3 y 213.1).
- 8) La actividad de investigación y la dirección de la misma resulta condicionada por las resoluciones del J de G sobre la fijación de plazos de finalización del procedimiento de investigación (arts. 574-577).
- 9) La necesidad de autorización del J de G para reabrir el procedimiento de investigación, si estaba dirigido contra persona determinada y fue archivado por el MF (art. 590 en relación con los arts. 586-588), limita la libertad del MF de decidir la reapertura cuando estime que existen nuevos elementos relevantes.
- 10) Inciden en el conjunto del procedimiento de investigación, porque afectan al desarrollo en el mismo del derecho de defensa de la persona encausada, una serie de potestades del J de G respecto de su abogado defensor -exclusión del abogado designado si el MF considera que aquél colabora o contribuye a la acción delictiva del investigado (art. 56)-, respecto de la persona encausada con discapacidad -establecer el apoyo adecuado de la misma en los actos y con la extensión que expresamente se determine (art. 63); establecer una institución de apoyo que la asista durante el proceso (art. 65); adoptar de oficio las medidas necesarias para salvaguardar su derecho de defensa (art. 71); declarar su falta plena de capacidad procesal (art.79)-, y respecto de la persona jurídica encausada -designar supletoriamente al representante de la misma (art. 81-).
- 11) Afectan al conjunto del procedimiento de investigación, porque inciden en la delimitación de su objeto, la potestad del J de G de excluir el ejercicio de la acción civil cuando la complejidad de su tratamiento pueda originar graves retrasos del proceso penal

(art. 126) y la de decidir sobre la admisión e intervención de un responsable civil ((art. 133).

- 12) El conjunto del procedimiento de investigación puede ser condicionado por el ejercicio de una potestad del J de G previsto por el art. 555, que posibilita a la persona encausada solicitar, en cualquier momento de aquel procedimiento, el sobreseimiento por carecer manifiestamente de relevancia penal los hechos objeto del mismo. También es potestad del J de G poner fin al procedimiento de investigación constatando la renuncia del acusador particular a la acción penal por delito respecto del cual la ley penal permite el perdón como causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 118).
- 13) Las acusaciones particular y popular pueden aportar informaciones de interés para la investigación, proponer la realización de actos de investigación e intervenir en la misma. La admisión de esas actividades depende de la decisión del MF (arts. 571, 572 y 573), pero el J de G puede corregir las decisiones adoptadas por el MF -en el sentido de admitir lo previamente denegado- al finalizar el procedimiento, si éste concluye con decreto de archivo y las acusaciones no públicas piden ser autorizadas para acusar (art. 587, especialmente apartado 2, inciso segundo).
- 14) La defensa de la parte investigada puede aportar elementos de descargo, proponer actos de investigación e intervenir en su práctica. La admisión de todo lo anterior depende de decisiones del MF (arts. 563, 564 y 565), pero esas decisiones pueden ser corregidas por el Juez de la Audiencia Preliminar si la parte acusada impugna la acusación y, para fundar la impugnación, vuelve a proponer actos de investigación que el MF denegó (art. 617.2 y 3).

2. Actos de investigación cuya validez y eficacia depende del ejercicio de potestades judiciales

Aparte de las potestades del juez que pueden afectar al conjunto o a un periodo del procedimiento de investigación dirigido por el MF, determinados actos de investigación solo pueden realizarse válida y

eficazmente si son autorizados por el J de G. A continuación, precisaré cuáles son, así como las limitadas excepciones a tal requisito.

A) Actos de investigación que impliquen afectación del cuerpo de una persona

- a) Pruebas médicas para determinar la edad de la persona investigada que requieran realizar inspecciones o intervenciones corporales (art. 314.2).
- b) Inspecciones corporales que consistan en la observación directa o la exploración de las cavidades vaginal o rectal (art. 325.2, b).
- c) Realización coactiva de intervenciones corporales leves (arts. 327.2 y 329) y de la intervención corporal grave consistente en la obtención de una muestra de sangre por venopunción o punción digital (art. 328.1, párr. 2). Este régimen es aplicable a la obtención de muestras de sangre para la detección de alcoholemia (art. 341.3) y, tal vez, de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (art. 342).
- d) Realización, aun no coactiva, de intervenciones corporales graves (art. 328.1, párr. 1 y 329).
- e) Observación psiquiátrica de la persona investigada para evaluar su capacidad que requiera internamiento (art. 332, 333).
- f) Toma de muestras de la persona investigada para actividad de investigación mediante marcadores de ADN, salvo que aquella persona muestre su consentimiento (art. 335.1 y 2), utilización de muestras de la persona investigada abandonadas por la misma (art. 335.3) y utilización de muestras u otras informaciones para el perfil genético de la persona investigada que fueron obtenidas para fines diagnósticos, terapéuticos o de investigación biomédica (art. 335).
- g) Toma coactiva de muestras de persona no investigada para actividad de investigación mediante marcadores de ADN (art. 336).

B) Actos de investigación que impliquen interceptación de comunicaciones privadas a distancia por diversos medios y de conversaciones privadas directas

a) En general, corresponde al J de G “acordar la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, de la correspondencia postal o telegráfica, faxes y burofaxes, así como de las conversaciones” privadas (art. 345.1), incluidas las que comuniquen con terceros no investigados (art. 346); controlar la ejecución de este medio de investigación autorizado (art. 347); autorizar ampliaciones temporales de ese medio de investigación (art. 348); autorizar el uso de sus resultados en un procedimiento de investigación o proceso penal distinto a aquel en el que fue autorizado y realizado (art. 349); extender la autorización en caso de “hallazgos casuales” (art. 350).

b) Específicamente respecto de comunicaciones telefónicas o telemáticas es potestad del J de G autorizar su interceptación (art. 354.1), ampliar la autorización a la investigación de hechos punibles distintos al que fue objeto de la autorización inicial (art. 359), prorrogar la interceptación autorizada (art. 363), autorizar su mantenimiento si la persona investigada ha sido detenida (art. 364) y autorizar un plazo especial para la notificación a la persona investigada de la resolución que autorizó este acto de investigación (art. 365.3)

En caso de urgencia y en caso de investigación de delitos relacionados con organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, la intervención podrá ser ordenada por el Fiscal General del Estado, siendo preceptiva la posterior ratificación por el J de G (art. 354.2)

c) Específicamente respecto de comunicaciones postales, telegráficas, faxes y burofaxes es potestad del J de G autorizar la interceptación (art. 372), salvo la de determinados envíos postales (art. 372.2), autorizar la ampliación del ámbito objetivo y subjetivo de la interceptación (art. 376), También controlar la ejecución de este medio de investigación determinando quién debe ejecutarlo y en qué plazos debe informar al MF (art. 377) y proceder, en caso de rebeldía de la persona investigada, a la

apertura y registro de la correspondencia postal intervenida (art. 380).

- d) Específicamente respecto de la interceptación de conversaciones privadas con medios técnicos de grabación de sonido e imagen es potestad del J de G autorizarlas para cada encuentro que deba ser objeto de observación (arts. 384.1, 391) y controlar su ejecución de modo similar al de las comunicaciones telefónicas (art. 391)

C) Actos de investigación consistentes en observación y vigilancia de la actividad de personas, si es sistemática o se utilizan medios técnicos

Es potestad del J de G autorizar la vigilancia sistemática de la actividad de las personas y el uso de medios técnicos de localización, seguimiento y captación de imágenes de esa actividad (art. 396.1), autorizar esa vigilancia respecto de actividades que se produzcan en espacios cerrados en los que se desarrollen actividades divisibles desde el exterior (art. 397.1), autorizar prórrogas de la ejecución de este medio de investigación (art. 399) y autorizar la utilización de sus resultados en procesos penales distintos a aquel en el que fue inicialmente autorizado el medio de investigación (art. 400.3).

Como excepción, podrá acordar este medio de investigación el MF si hay urgente necesidad y se realiza en espacios públicos, pero se requerirá ratificación del J de G (art. 396.2). También es excepción, y puede acordarla el Fiscal General del Estado, si hay urgencia y se investigan delitos relacionados con actividades terroristas, aunque se trate de captar imágenes de actividad en espacios cerrados divisibles desde el exterior, pero se requiere ratificación del J de G (art. 397.3).

D) Actos de investigación consistentes en entrada y registro en domicilios y determinados lugares cerrados con acceso a documentos que se hallen en los mismos

Es potestad del J de G autorizar la entrada y registro coactivos en domicilios (arts. 406, 407, 411), la extensión de efectos de una resolución inicial en caso de hallazgos casuales (art. 418) y la extensión de efectos a un procedimiento de investigación distinto a aquel en el que

se dictó la resolución inicial (art. 419). También se requiere ejercicio de esa potestad si se trata de “entrada y registro en la sede de partidos políticos, sindicatos y medios de comunicación, así como en los despachos u oficinas donde se desarrollen actividades respecto a las cuales se reconozca el secreto profesional” (art. 421.3) y de “apertura y registro de cajas de seguridad que se hallen en entidades bancarias u otras instalaciones específicamente dedicadas a su custodia” (art. 422.3).

Son excepción al requisito de la autorización judicial el caso de flagrante delito (art. 416) y la realización de esta actividad en caso de urgente necesidad en investigaciones referentes a organizaciones terroristas o de delitos de terrorismo (art. 413.2 y 3).

La autorización del J de G da cobertura al “examen de libros, papeles y otros documentos que se encuentren en el lugar del registro”, si así se ha dispuesto genéricamente en la resolución de autorización a petición del MF. No obstante, si se tratara del examen “de cartas personales, diarios íntimos o papeles o efectos equivalentes” será necesaria una autorización específica del J de G (art. 423.3).

E) Actos de investigación consistentes en el registro de la información contenida en dispositivos informáticos

Es potestad del J de G autorizar específicamente el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, hayan sido incautados en un acto de entrada y registro o en otra circunstancia (arts. 425. 1 y 2, 426), la ampliación del registro a otros dispositivos si está justificada por razones que se constatan al hacer el registro primeramente autorizado (art. 427). Como excepción, en caso de urgencia, estos registros pueden autorizarse por el MF con posterior revocación o confirmación del J de G (425.2 y 427.2).

Es potestad del J de G autorizar el registro remoto de los dispositivos mencionados (art. 430) y su eventual ampliación a otros dispositivos (art. 431).

F) Actos de investigación mediante la actuación de agente encubierto

Es potestad del J de G autorizar actividades de investigación mediante agente encubierto, con determinación de los hechos delictivos que puede investigar y de las ampliaciones de ese límite (art. 500.4), ampliar las actuaciones del agente encubierto a la posibilidad de afectación de derechos fundamentales diferentes al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de domicilio (art. 505.2 y 3) y extender los efectos de la investigación autorizada a otros procedimientos de investigación o procesos penales (art. 508).

También requiere autorización del J de G que el agente encubierto actúe como tal en canales cerrados de comunicación (art. 509.1, 511), la ampliación de esta actividad de investigación a otros hechos o personas diferentes a los inicialmente determinados (art. 512), la obtención y grabación de imágenes de situaciones en las que intervenga el agente (art. 513) y la extensión de los efectos de la investigación autorizada a otros procedimientos de investigación o procesos penales (art. 509.6).

G) Actos de investigación mediante la utilización de datos protegidos

La obtención de datos personales de la persona investigada que estén disponibles en canales abiertos de información requerirá autorización del J de G si ha de realizarse de manera sistemática y continuada para crear un registro histórico de la actividad de aquella persona (art. 514.2). También se requerirá esa autorización si los datos relevantes están en ficheros públicos o privados cuya regulación legal someta la cesión de datos a autorización judicial (art. 515.1). Si se trata de bases para uso personal y doméstico rige lo apuntado en el anterior apartado E.

Requiere autorización del J de G la actividad de investigación consistente en el cruce automatizado de datos procedentes de diferentes bases a las que se ha tenido acceso de acuerdo con la ley, lo que, en algún caso, habrá requerido autorización judicial (arts. 516, 517).