

CARACTERÍSTICAS DE LOS GRANDES SISTEMAS DE INVESTIGACIÓN PENAL DEL DERECHO COMPARADO**

Fernando GASCÓN INCHAUSTI
Profesor Titular de Derecho Procesal
Acreditado para el cuerpo de Catedráticos
Universidad Complutense de Madrid

1. Algunas apreciaciones preliminares. — 2. El punto de partida: sistemas de *common law* vs. sistemas de *civil law* — 3. Líneas de evolución en los procesos penales y repercusiones sobre la fase de instrucción: garantismo, contradicción, tutela de la víctima y eficacia en la lucha contra la delincuencia más grave: 3.1. Un proceso penal más garantista; 3.2. Un proceso penal más «adversarial»; 3.3. Un proceso penal eficaz en la persecución de la delincuencia más grave. — 4. Elementos que definen en la actualidad los sistemas de investigación penal: 4.1. ¿Cómo se concibe la fase preliminar del proceso penal?; 4.2. ¿Quién dirige la investigación?; 4.3. ¿Qué principios rigen la actuación de los poderes públicos implicados en la investigación?; 4.4. ¿Qué pautas han de seguirse para adoptar medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales?; 4.5. A modo de breve recapitulación.

1. Algunas apreciaciones preliminares

En el marco de las sociedades políticamente organizadas bajo la forma de un Estado de Derecho, la comisión de un hecho delictivo desencadena una reacción por parte del poder público, a la que, de forma sintética, se puede denominar «persecución penal». Por persecución penal hay que entender el conjunto de actuaciones que desarrollarán los poderes públicos, en cuanto tienen conocimiento de la comisión de una conducta punible, que permitirán, en último término, operar la consecuencia jurídica prevista sobre quien resulte ser responsable, de conformidad con las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

La forma ordinaria de persecución penal es, por supuesto, la apertura de un proceso penal que sirva como cauce para la eventual imposición de una pena. Es cierto también, y cada vez con más frecuencia, que para instrumentar el desenlace final del proceso penal tienen cabida fórmulas alternativas, sea por medio de la justicia penal negociada (conformidad) o de la justicia penal restaurativa (mediación penal). Ahora bien, estas alternativas lo son para el

* Publicado en *Cuadernos Digitales de Formación*, 4/2011, *Instrucción penal en el Derecho comparado*.

* Este trabajo es uno de los resultados del Proyecto de Investigación «El proceso penal en España: propuestas para su reforma» (DER 2008-02509) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

desenlace de la persecución, pero no para su inicio: cuando se tiene conocimiento de la comisión de un hecho aparentemente delictivo no resulta posible abrir sin más un juicio oral –al estilo más «clásico» o «tradicional»– o poner en marcha otro procedimiento para llegar a una resolución del asunto – v.g. una negociación o una mediación–. Antes bien, para poder articular un sistema razonable de persecución penal es siempre necesario que se lleven a cabo unas actuaciones preliminares, encaminadas en una doble dirección: investigar y asegurar.

— «Investigar», en este contexto, engloba el conjunto de actuaciones que permiten al Estado tomar conocimiento del hecho cometido, de sus circunstancias relevantes y, por supuesto, de la persona a la que se puede imputar su comisión; pero, por supuesto, no se trata sólo de acceder a la información, sino también de acceder a las fuentes de prueba que permitan convencer a terceros de la certeza de la información.

— El término «asegurar», por su parte, también designa un conjunto heterogéneo de actividades, orientadas en una doble dirección: de un lado, conseguir que las fuentes de prueba se conserven hasta que puedan proyectarse respecto de ellas los medios de prueba oportunos; de otro, garantizar la efectividad del proceso penal –también en su dimensión civil–, impidiendo que puedan sustraerse de la persecución las personas a quienes se imputa el delito y los bienes y derechos sobre los que se ha de proyectar una eventual responsabilidad patrimonial.

Salvo en casos excepcionalísimos de absoluta flagrancia, es de pura lógica que toda persecución penal deba comenzar con una investigación y, en su caso, pudiendo adoptar las medidas de aseguramiento que sean necesarias. De hecho, la existencia de un periodo inicial en el que puedan promoverse estos objetivos es algo que resulta común a todos los sistemas de persecución penal propios de Estados de Derecho. Ahora bien, lo que ya sí que admite variaciones –y muchas– es determinar quién se ocupa de «investigar» y de «asegurar» y, por supuesto, cómo y con qué fin ha de hacerlo.

A través de la presente ponencia se trata de analizar las «Características de los grandes sistemas de investigación penal del Derecho comparado», aunque he de advertir que el examen se ha de ceñir a los sistemas jurídicos occidentales¹ (que cubren en la actualidad toda Europa y toda América, así como Israel, Sudáfrica, Japón, Australia y Nueva Zelanda).

Pues bien, dentro de ese contexto geográfico, creo que, en el momento presente, no resulta sencillo hablar de «grandes sistemas de investigación penal del Derecho comparado», si con ello se quiere hacer referencia a «modelos de investigación».

¹ En términos generales, cfr. R. VOGLER, *A World View of Criminal Justice*, Aldershot, 2005; R. VOGLER – B. HUBER (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Berlín, 2008; M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, trad. de P. MORENILLA ALLARD, Madrid, 2000 (la edición original, en francés, es de 1995); M. DELMAS-MARTY – J.R. SPENCER (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge, 2005; S. THAMAN, *Comparative Criminal Procedure. A casebook approach*, Durham, 2002; C. ROBERTSON – D. DAS, *An Introduction to Comparative Legal Methods of Criminal Justice*, Boca Raton, 2008; R. MACIÁ GÓMEZ, *Sistemas de Proceso Penal en Europa*, Barcelona, 1998.

Un modelo, según el Diccionario de la Real Academia Española, es un «arquetipo o punto de referencia para imitarlo o reproducirlo». Y un sistema, por su parte, es un «Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí».

Ateniéndose a esta división, puede advertirse cómo, en el presente, hay tantos sistemas de investigación penal como ordenamientos nacionales, pues cada uno tiene su conjunto de reglas o principios para articular la investigación penal. En cuanto a los modelos, en sentido propio, quedan cada vez menos y son más tenués: los hubo, a mi juicio, hasta el momento inmediatamente posterior a la II Guerra Mundial; pero desde hace ya bastante tiempo los legisladores nacionales no imitan o trasplantan las reglas de otros países y, por otra parte, las diferencias internas dentro de los modelos preexistentes se agudizan tanto que, con frecuencia, la vigencia del modelo es más aparente que real y, desde luego, ha perdido gran parte de su utilidad.

En efecto, los modelos se construyen través de la identificación de una serie de categorías y elementos básicos y comunes, que definen a los sistemas que se rigen por aquéllos. Una vez definido el modelo, la posterior inclusión de un sistema concreto dentro de un modelo tiene como objetivo permitir conocer –o al menos intuir– los rasgos definitorios de aquél: se trata de una cuestión, hasta cierto punto, de comodidad, pues saber que un sistema nacional se integra dentro de un modelo resulta útil a quien no lo conoce en profundidad pero necesita, de algún modo, ponerse en contacto con ese sistema (v.g., cuando se trata de solicitar o de prestar cooperación judicial internacional para una investigación penal en curso).

Hasta hace unas décadas, había dos grandes modelos de proceso penal y de investigación penal en el ámbito jurídico occidental: el modelo continental o de *civil law* y el modelo angloamericano o de *common law*. Encajar un sistema en uno o en otro podía resultar suficientemente significativo y útil, pues ambas etiquetas tenían un contenido bastante significativo.

Hoy en día la división pervive, por supuesto, pero no es tan útil. La evolución que han experimentado los sistemas nacionales de persecución penal tras la II Guerra Mundial ha sido tan fuerte, que en el presente son otros los parámetros relevantes para hacer la comparación y para hacer esa primera ubicación de un sistema procesal penal. Es evidente que sigue habiendo importantes proximidades, que con frecuencia tienen una justificación histórica, derivada de la mayor o menor influencia sobre cada país de la cultura jurídica inglesa, francesa o germánica. Estas proximidades son las que, de forma muy genérica, pueden permitir hablar todavía de grandes sistemas de proceso penal o de modelos de instrucción penal. Ahora bien, en los momentos actuales, como ha señalado Delmas-Marty, lo que predomina ya no es el *transplante* de regulaciones, sino más bien la *hibridación* entre sistemas². Esa hibridación, es cierto, conduce a que haya elementos comunes a las legislaciones internas; pero las similitudes no derivan de que uno sea el modelo y otros los emuladores, sino a un proceso mucho más complejo de interrelación.

² Cfr. M. DELMAS-MARTY, “Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale”, en *Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional* (coords. S. GARCÍA RAMÍREZ y O. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL), UNAM, México, 2007, pp. 3-15

En todo caso, son muchas las singularidades que se pueden apreciar en la regulación del proceso penal de cada Estado; y estas peculiaridades son especialmente relevantes cuando se trata de la fase preliminar o de instrucción. De hecho, ni siquiera la terminología es homogénea a la hora de designar esta etapa del proceso: en algunos países, a ese conjunto de actuaciones se le llama «instrucción», con todos los matices y connotaciones que comporta el término (es lo que sucede en España, en Francia o en Bélgica, por ejemplo). En otros países, en cambio, los términos y las expresiones son más sencillos y descriptivos. Así, en el ordenamiento alemán se habla simplemente de *Vorverfahren* (procedimiento preliminar) o de *Ermittlungsverfahren* (procedimiento de investigación) –aunque se trata de términos doctrinales, que la *Strafprozessordnung* (StPO) no utiliza³–; en cambio, la StPO austríaca sí que emplea expresamente el término de *Ermittlungsverfahren* para designar a esta fase del proceso penal (cfr. §§ 91 y sigs. öStPO). En Italia, el *Codice di procedura penale* usa la expresión *indagini preliminari*, es decir, averiguaciones o investigaciones preliminares, y dedica a su regulación su Libro V. El *Código de processo penal* portugués, por su parte, utiliza la expresión más neutra *Fases preliminares* en su Libro VI, aunque posteriormente distingue entre *inquérito* (investigación) e *instrução* (como complemento judicial de lo anterior). El *Código de processo penal* brasileño, en su redacción actual, ha desterrado toda referencia a la instrucción y utiliza únicamente el término de *inquérito* (investigación). En la doctrina estadounidense, de forma aún más descriptiva, se habla en ocasiones de *pre-arrest investigation* y de *post-arrest investigation*, pero siempre para referirse a la actividad de la policía⁴. Y, en la doctrina inglesa, es frecuente utilizar la expresión *pre-trial investigation*⁵, de carácter también eminentemente descriptivo.

2. El punto de partida: sistemas de *common law* vs. sistemas de *civil law*

Cuando se pretende efectuar análisis jurídicos comparativos en el contexto de la cultura jurídica occidental, el criterio divisorio clásico es el que permite distinguir entre sistemas jurídicos de *civil law* o continentales, de un lado, y sistemas de *common law* o angloamericanos, de otro. Geográficamente, integrarían el primer bloque los países de la Europa continental, así como los de Iberoamérica y Japón; el segundo bloque, por su parte, lo conformarían de forma clara el Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica, Israel, Singapur, Australia o Nueva Zelanda.

La vigencia de este criterio era más fácil de sostener en siglos pasados y aún se mantenía con claridad al término de la II Guerra Mundial. En el presente, sin embargo, se halla fuertemente difuminada.

³ Cfr. por todos C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 24 ed., 1995, p. 276

⁴ Cfr. Y.H. ISRAEL, Y. KAMISAR, W.R. LAFAVE, N.J. KING, *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court cases and Introductory Text*, St. Paul, 2006, pp. 4 y ss.

⁵ Cfr. P. DARBYSHIRE, "England and Wales", en *Criminal Procedure in Europe* (eds. VOGLER y HUBER), cit., pp. 76 y ss.

En su enunciación más genérica, suele decirse que los sistemas angloamericanos se definirían por un carácter más acusatorio o adversarial, que se suele traducir en la ausencia de una fase de instrucción como pieza del proceso en sentido propio. Los sistemas jurídicos continentales, por el contrario, tendrían un modelo de proceso penal mixto, que tiene su origen más o menos directo en el *Code d'Instruction Criminelle* napoleónico de 1808, con unos tintes fuertemente inquisitivos en la fase preliminar del proceso; y a ello debe sumarse la impronta de los regímenes autoritarios que ocuparon el poder en muchos países europeos e iberoamericanos antes o después incluso de la II Guerra Mundial.

Desde el punto de vista de quiénes son los protagonistas, puede sostenerse que el modelo adversarial propio de los sistemas de *common law* da lugar a un proceso penal de partes –*rectius*, de abogados–, con una investigación preliminar policial que no está judicializada. En cambio, el rasgo más característico de los ordenamientos de corte continental es la existencia de una fase de instrucción, bajo control judicial, que tiene como objetivo efectuar una investigación que conduzca a una reconstrucción exhaustiva de lo acontecido, que se acaba plasmando en un expediente escrito de gran trascendencia en la fase de juicio oral (nuestro «sumario»): es, por tanto, un modelo de proceso penal más de jueces que de partes. Esta dualidad, en la fase inicial de la persecución penal, permitía apreciar cómo, frente a un modelo de proceso penal con una fase preliminar apenas regulada y muy desjudicializada –similar en sus rasgos estructurales a un proceso civil–, se hallaba un modelo de proceso penal en el que el peso relevante se encontraba justamente en esa fase preliminar.

Finalmente, y en lo relativo a la regulación en sí misma del proceso penal, hay que tener en cuenta que los sistemas procesales penales de corte continental se han caracterizado siempre por poseer genuinos códigos procesales penales; por el contrario, los sistemas de *common law* no han experimentado un genuino fenómeno de codificación, en buena medida debido al valor primordial atribuido al precedente judicial, también en materia penal y procesal penal. Esto hace que, a día de hoy, países como Inglaterra carezcan de un Código Penal⁶ y de un Código Procesal Penal: son cada vez más frecuentes las normas escritas procedentes del poder legislativo o de otras fuentes, pero el rasgo definitorio es la dispersión; en los últimos años se está dando impulso a una cierta compilación normativa a través de las *Criminal Procedure Rules*⁷, pero están aún muy lejos de ser algo parecido a un Código procesal penal. En los Estados Unidos, sin embargo, el esfuerzo codificador viene de más lejos y se ha traducido, en el plano federal, en la aprobación de las *Federal Rules of Criminal Procedure* y las *Federal Rules of Evidence*, mientras que en el plano de la legislación estatal la existencia de textos similares es también la regla. No obstante, son en gran medida normas programáticas, que no cubren de forma exhaustiva todos aquellos extremos que se abordan ordinariamente por los códigos procesales penales europeos.

⁶ Cfr. P. DARBYSHIRE, “England and Wales”, cit., pp. 47 y ss.

⁷ Se puede tener acceso a ellas –y a sus actualizaciones– en la siguiente dirección electrónica: http://www.justice.gov.uk/criminal/procrules_fin/

Es evidente que la división entre *civil law* y *common law* aún conserva buena parte de su virtualidad en diversos planos generales, como el terreno de las fuentes de producción normativa o el del valor de la jurisprudencia. Pero, en lo relativo al proceso penal y, más en concreto, a su fase preliminar, se trata de un criterio que resulta cada vez menos útil, si se tiene en cuenta la evolución en la regulación de los procesos penales que se ha experimentado en los ordenamientos occidentales, a medida que los fenómenos de armonización y de hibridación se han ido agudizando y se ha difuminado la línea divisoria entre lo inquisitivo y lo acusatorio. El resultado es que las fronteras geográficas entre ambos sistemas ni siquiera serían las mismas ahora que tras la II Guerra Mundial: hay países que han optado por modelos en apariencia más adversariales, a veces por impulsos internos (como ha sucedido en Italia⁸), a veces como consecuencia de la exitosa expansión del modelo de proceso penal estadounidense en países de Europa del Este y de Iberoamérica. Más aún: entre los países que conforman cada supuesto «bloque» –y en especial en el continental– son tantas las diferencias que perviven o que se han creado, que no resulta sencillo encontrar vínculos comunes que sean a la vez rasgos definitorios de un modelo o sistema.

Puede decirse, con la salvedad de los Estados Unidos –empecinados en mantener su acendrado *American exceptionalism* y su resistencia al cambio–, que en los ordenamientos occidentales el proceso penal está en una evolución constante, gracias a la cual se está produciendo esa «hibridación» a la que se ha hecho referencia: en los países de Europa, algunos cambios encuentran su justificación en la armonización necesaria para reforzar la cooperación judicial penal a nivel europeo; en otros casos, no puede descartarse la influencia de los modelos de proceso ante los tribunales penales internacionales –que son ellos mismos un buen ejemplo de híbrido entre *civil law* y *common law*–; y, por supuesto, sería absurdo negar la influencia de la acción expansiva de la cultura jurídica estadounidense.

3. Líneas de evolución en los procesos penales y repercusiones sobre la fase de instrucción: garantismo, contradicción y eficacia en la lucha contra la delincuencia más grave

Que en la actualidad resulte cada vez más difícil identificar verdaderos sistemas o modelos de proceso penal y de investigación penal es el fruto de una evolución, cuyo punto de partida se puede situar en la época posterior a la II Guerra Mundial, momento en el cual coexistían en el ámbito jurídico occidental tres modelos procesales penales diversos: el adversarial de los países de la familia de *common law*; el mixto de los países de tradición jurídica continental; y el modelo de proceso penal, fuertemente inquisitivo, que se implantó en los países pertenecientes al llamado «bloque comunista»⁹.

⁸ Cfr. P. TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, 6ª ed., Milán, 2005, pp. 1-51. Para una primera aproximación en lengua española al sistema procesal penal italiano, cfr. A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *La acusación en el proceso penal italiano*, Madrid, 2006.

⁹ El curso de los acontecimientos históricos ha conducido a su práctica desaparición en Europa –al menos a su desaparición formal, pues algunas de las estructuras y categorías propias de aquel periodo parecen pervivir dentro de los nuevos Códigos procesales penales que han ido aprobando los países de Europa

A partir de ese momento, y aunque con ritmos muy distintos, se abren tres grandes líneas de evolución en la concepción del proceso penal, cada una con su propio ritmo –sobre todo a uno y otro lado del Atlántico–. En primer término, se fue desarrollando una clara tendencia hacia el garantismo y hacia la toma en consideración del acusado como titular de derechos procesales, que ha conducido a un mayor grado de «humanización» del proceso penal. Junto a ella, la tendencia a potenciar la adversarialidad del proceso penal, es decir, su carácter contradictorio. Con posterioridad, sin embargo, se ha ido abriendo paso la tendencia a potenciar la función del proceso penal como herramienta al servicio de la seguridad, individual y/o colectiva. Obviamente, la influencia y los resultados de estas corrientes han sido diferentes en cada país, pues también lo eran las premisas y la coyuntura política de cada uno. El camino del garantismo se ha recorrido con mayor rapidez en Europa que en Iberoamérica, pues sólo ha sido posible en contextos democráticos estables; y, al mismo tiempo, es mayor la preocupación por la seguridad en los ordenamientos de aquellos países que se han visto afectados por el terrorismo. Pero se trata en todo caso de tendencias claramente reconocibles. Veámoslo con algo más de detenimiento.

3.1. *Un proceso penal más garantista*

La primera línea de evolución en la concepción del proceso penal es la tendencia hacia el garantismo: el centro de atención se desplaza hacia el sujeto pasivo del proceso penal y se asienta la idea de que la aplicación judicial del Derecho Penal ha de ser respetuosa con una serie de garantías y de límites vinculados con la dignidad del ser humano –es decir, con los derechos fundamentales, cuyo alcance y contenido experimentan, por otra parte, un importante desarrollo, en especial en el ámbito de la administración de justicia.

El factor que más ha influido en esta tendencia y que ha fomentado los avances que se han experimentado en esa dirección ha sido, sin duda, la preocupación doctrinal y política por la protección de los derechos humanos. En efecto, uno de los impulsos –al mismo tiempo ético, político, jurídico y cultural– que más han condicionado la evolución de los sistemas legales occidentales ha sido el movimiento a favor de los derechos humanos, que cobró un valor definitivo al término de la II Guerra Mundial ante hechos y resultados sobradamente conocidos. Este movimiento se plasma a nivel mundial en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; en Europa, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; y en América, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Carta de San José) de 1969.

El proceso penal es claramente uno de los sectores de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos en que con más fuerza se pone de manifiesto la necesidad de establecer límites al poder público y de respetar la dignidad del ser humano como sujeto pasivo de la actividad estatal. La plasmación por

oriental, así como en su praxis cotidiana (cfr. R. Vogler, *A World View of Criminal Justice*, cit., pp. 64-78, 87-89 y 177-190).

escrito en estos textos supranacionales de ciertas garantías, como las inherentes a la libertad personal y al derecho a un juicio justo, fuerza a los Estados a concebir de manera diversa sus procesos penales o, al menos, a reformular ciertas estructuras o prácticas de unos procesos penales que ya en aquella época eran sustancialmente respetuosos de esas garantías.

En Europa este constreñimiento es más vigoroso en los Estados signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues quedan sujetos a la actividad y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y la jurisprudencia del Tribunal Europeo es claramente favorable a las garantías del sujeto pasivo del proceso penal y se esfuerza por poner coto a los excesos frente al acusado que aparecen en la legislación y en la praxis de los Estados signatarios del Convenio. Las resoluciones del TEDH han sido, con frecuencia, el punto de partida para cambios legales o, cuando menos, para cambios en la práctica y en la jurisprudencia internas¹⁰. Y, en todo caso, han influido fuertemente sobre la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales y de los Tribunales Supremos¹¹. Además, en algunos países, como Francia y el Reino Unido, el Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo han tenido una influencia más directa, en la medida en que en ellos no existe un instrumento para la tutela de los derechos fundamentales equivalente a nuestro recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional¹².

Gracias a ello, han quedado sometidas a mayores límites y controles las labores de investigación de los poderes públicos, en especial cuando puedan incidir sobre los derechos fundamentales del imputado; y, por supuesto, también se han impuesto límites más claros a las medidas cautelares que se proyectan sobre la persona del imputado.

Eso sí, los logros a veces han sido modestos. En Francia, por ejemplo, sorprende lo escuetas que son algunas garantías procesales penales aún a día de hoy, así como lo recientes que son algunas «conquistas», sobre todo si tenemos en cuenta la tradición jurídica francesa en la defensa de las libertades y de los derechos humanos. El *punctum dolens* del sistema procesal penal francés se encuentra en la regulación de la llamada *garde à vue*, esto es, de la detención policial (arts. 63 y sigs. CPP): tradicionalmente había venido siendo un terreno inmune a las garantías y a los controles, sobre todo en lo relativo al control por la Fiscalía y a los derechos del detenido –especialmente el derecho

¹⁰ Respecto de España una muestra muy clara es la sentencia dictada el 6 de diciembre de 1988 en el asunto *Barberá, Messegué y Jabardo* en relación sobre todo con la prueba penal, la presunción de inocencia y la eficacia probatoria de las diligencias sumariales; y también lo son las sentencias dictadas el 30 de julio de 1998 en el asunto *Valenzuela Contreras* y el 18 de febrero de 2003 en el asunto *Prado Bugallo*, así como la decisión de 26 de septiembre de 2006 en el asunto *Abdulkadir Coban*, todas ellas en relación con las intervenciones telefónicas.

¹¹ De nuevo tenemos en España buenos ejemplos con las SSTC 49/1999, de 5 de abril, y 184/2003, de 23 de octubre, respecto de las intervenciones telefónicas.

¹² Una clara muestra de esto, en el Reino Unido, la ofrece la sentencia por la que la *House of the Lords* anuló el 16 de diciembre de 2004 la legislación antiterrorista aprobada tras los atentados de Nueva York – en concreto, la Sección 23 del *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*–, en la medida en que permitía una detención indefinida y sin juicio de los extranjeros que fueran sospechosos de terrorismo, por considerarla contraria al art. 5 del Convenio. Sentencia dictada en el asunto *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2004] UKHL 56, disponible, entre otras, en la siguiente dirección web:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld/ldjudgmt.htm#2004>

de asistencia letrada—. El primer paso importante para someter a control la *garde à vue* se dio con la ley de 4 de enero de 1993: se estableció el deber de informar al fiscal de la detención desde su inicio, se consagraron por primera vez los derechos del detenido y se permitió que éste tuviera derecho a un abogado, aunque sólo tras 20 horas desde el inicio de la detención policial. Y otro paso decisivo tuvo lugar con la ley de 15 de junio de 2000¹³ (la llamada *Ley Guigou*, que tuvo su origen en el trabajo de la *Comisión Truche*), que le garantizó al detenido el derecho a la asistencia letrada desde el comienzo de la detención y que también le quitó al juez de instrucción el poder de decretar la prisión provisional, que se atribuía en lo sucesivo a una figura nueva, creada entonces, el «*juge des libertés et de la détention*»: un juez necesariamente distinto de aquél que, en su caso, estuviera dirigiendo la instrucción¹⁴.

3.2. Un proceso penal más «adversarial»

El segundo factor de relevancia en la evolución de los sistemas procesales penales occidentales tras la II Guerra Mundial ha sido, a juicio de algunos¹⁵, la progresiva asunción por los legisladores europeos y americanos de algo que, con terminología un poco ajena, podría llamarse la «metodología adversarial» y que, en el fondo, se traduce en la voluntad de atribuir un carácter mucho más contradictorio o acusatorio al proceso penal y de ir reduciendo sus rasgos inquisitivos¹⁶. En definitiva, se trata de convertir el proceso penal en un proceso con mayor protagonismo de las partes, en el que quede más limitada la influencia del juez o del tribunal: el proceso penal se tiene que estructurar como una contienda entre partes formalmente iguales que defienden pretensiones opuestas. Que el proceso penal sea cada vez más un proceso «de partes» conduce inevitablemente a realzar la figura del acusado y fuerza la necesidad de reconocerle frente al acusador público una posición de igualdad

¹³ El propio nombre de la ley («ley de refuerzo de la protección de la presunción de inocencia y de los derechos de las víctimas») es ya significativo de su intención, pues constituye una de las reformas más amplias del proceso penal en Francia. En lo que ahora interesa, la ley contiene medidas encaminadas, entre otros, a los siguientes objetivos: a) reforzar los derechos de la defensa y el carácter contradictorio del proceso (en este ámbito se modifica la *garde à vue*, el control de la autoridad judicial sobre la policía, la designación de abogado y otros derechos procesales durante la instrucción, la figura del testigo asistido de letrado o los derechos de las partes durante el acto del juicio); b) regular con mayores garantías la prisión preventiva (a través, sobre todo, de la creación del *juge des libertés et de la détention* y de la regulación de su duración); c) reforzar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

¹⁴ La regulación de la detención policial ha sido siempre una cuestión delicada en el sistema penal francés, como lo evidencia la evolución de su regulación, que ha sido objeto de numerosas reformas en los últimos años (en concreto, a través de la ley nº 2 de 4 de enero de 1993, la ley nº 1013 de 24 de agosto de 1993, la ley nº 516 de 15 de junio de 2000, la ley nº 307 de 4 de marzo de 2002, la ley nº 239 de 18 de marzo de 2003, la ley nº 204 de 9 de marzo de 2004 y la ley nº 291 de 5 de marzo de 2007). Cada reforma supone un paso adelante en el reconocimiento de las garantías del acusado y en el establecimiento de límites a la labor policial (la última de las reformas citadas, v.g., tuvo por objeto establecer el deber de grabar en soporte audiovisual todos los interrogatorios con detenidos que tuvieran lugar en dependencias policiales). Cfr. S. GUINCHARD – J. BUISSON, *Procédure pénale*, 6ª ed., París, 2010, pp. 607-634.

¹⁵ Cfr. R. VOGLER, «Introduction», en *Criminal Procedure in Europe*, cit., pp. 12-15.

¹⁶ Aunque las referencias sean al sistema de justicia penal estadounidense, cfr. sobre el significado de lo «adversarial», cfr. J.L. GÓMEZ COLOMER, «*Adversarial System*, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica», *Revista del Poder Judicial*, 2006, vol. XIX, núm. especial *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, pp. 25-77.

en derechos y posibilidades procesales: de nuevo, pues, el acusado y sus derechos se encuentran en el centro de la atención.

Es difícil negar la influencia sobre este fenómeno de la cultura jurídica estadounidense, en especial tras la II Guerra Mundial. De hecho, es muy claro que el influjo estadounidense es una de las principales causas de las transformaciones hacia la «adversarialidad» que se han vivido en los procesos penales de Iberoamérica y de buena parte de Europa Oriental a finales del siglo XX y principios del siglo XXI¹⁷. En el caso europeo, sin embargo, es más que probable que no haya sido el único factor, al menos en lo que se refiere a la atribución de un carácter más «adversarial» o acusatorio a los procesos penales en Europa en la segunda mitad del siglo XX: esta línea de evolución también se explica por un cierto rechazo innato o endógeno –un hartazgo, si se quiere– ante los excesos de un proceso penal con una instrucción que era demasiado inquisitiva y que acababa condicionando más de lo razonable el desarrollo y el desenlace del posterior juicio oral.

En cualquier caso, esta tendencia hacia lo adversarial, hacia la forma contradictoria, se ha proyectado sobre el juicio oral, pero de modo especial lo ha hecho sobre la fase de instrucción. En países como Alemania, Italia, Portugal, Brasil o, mucho más recientemente, en Chile (2000), Perú (2004) o Colombia (2004), este movimiento está en el origen de la supresión de la instrucción judicial y en su sustitución por una investigación preliminar dirigida por la Fiscalía. Y, al margen de este aspecto, la lucha a favor de la contradicción y la igualdad de armas también ha servido para forzar una mayor participación del sujeto pasivo en esta fase del proceso –como ha sucedido en nuestro país–: la instrucción ya no se desarrolla íntegramente a espaldas del imputado, sino contando con un ejercicio activo de su derecho de defensa¹⁸. Eso sí, los logros en ocasiones han sido modestos.

Así, a modo de ejemplo, en Alemania, la doctrina pone el acento crítico en el hecho de que la posición del sujeto pasivo de una investigación penal no resulta nada sencilla ni cómoda: la asunción por la Fiscalía de la dirección de la investigación ha servido para eliminar el carácter formalmente inquisitivo de la instrucción, pero lo cierto es que la posición procesal en que ha quedado el imputado durante esta fase no es óptima, pues no siempre tiene acceso al expediente, lo que limita su derecho de defensa y su iniciativa para proponer diligencias de investigación que podrían conducir a su descargo. Éste es, de hecho, uno de los puntos sobre los que se concentran periódicamente las propuestas de reforma procesal penal en ese país¹⁹.

En Francia también hubo que esperar a la reforma de 1993 para que se vieran aumentados los derechos del imputado para acceder al contenido del sumario, ya que en la práctica le resultaba bastante difícil lograrlo, lo que dificultaba su participación activa y su defensa en esta fase del proceso.

¹⁷ Cfr. R. VOGLER, *A World Wide View of Criminal Justice*, cit., pp. 173-174 y 177-178

¹⁸ Otra manifestación de esta tendencia es la que se operó por la Disposición Final 2ª de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en virtud de la cual las medidas cautelares de mayor gravedad (la prisión provisional y la libertad provisional con fianza) no pueden ser adoptadas de oficio por el Juez instructor, sino a instancia de alguna de las partes acusadoras.

¹⁹ Cfr. B. HUBER, “Germany”, en *Criminal Procedure in Europe*, cit., p. 357.

En Italia, para reforzar la posición del imputado durante la investigación, se hizo necesario dar carta de naturaleza legal a las *indagine difensive* (arts. 391-bis a 391-nonies del *Codice di procedura penale*) como contrapeso frente al poder del Ministerio Fiscal: con ellas se concedió a los abogados defensores ciertas iniciativas investigadoras, así como acceso a información relevante de la investigación preliminar²⁰.

Otra de las paradojas a las que ha conducido esta tendencia a la mayor «adversarialidad» del proceso penal puede apreciarse en Inglaterra, en relación con el deber de *disclosure*: en principio, esta institución tiene sentido, en el marco de un proceso penal, para que la defensa pueda tener conocimiento de la información conseguida por las autoridades encargadas de la investigación, dada la desigualdad de ambas partes a la hora de poder acceder a datos y realizar pesquisas. En este sentido, el *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* establece el deber por parte de la acusación de suministrar al acusado toda la información que podría beneficiarle; sin embargo, sus secciones 5 y 6 (modificadas en este punto por las secciones 33 a 36 del *Criminal Justice Act 2003*) establecieron el deber del acusado de poner ciertas informaciones en conocimiento de la acusación (*compulsory disclosure*)²¹: de forma singular, se debe informar de las líneas generales de defensa –en el terreno de lo fáctico y de lo jurídico– y también de la eventual existencia de una coartada –con un buen número de detalles–²².

Puede apreciarse, en definitiva, cómo el camino del garantismo no es ni uniforme ni cerrado: no está cerrado, porque todavía existen piezas o aspectos, en todos los sistemas procesales penales, en que el sujeto pasivo se encuentra en posición de mayor debilidad; y no es un camino uniforme, porque no todos los ordenamientos lo han recorrido del mismo modo ni han llegado, movidos por esta tendencia, a resultados homogéneos.

3.3. Un proceso penal eficaz en la persecución de la delincuencia más grave

Si durante la segunda mitad del siglo XX los ejes, los centros de atención del proceso penal y de las reformas procesales penales han sido la figura del imputado y del acusado, así como las garantías a que tiene derecho durante la instrucción y el juicio oral, en lo sucesivo se pretende colocar el centro de atención del proceso penal y de sus reformas en otros aspectos, que tal vez se pueden condensar en las ideas de «eficacia» y de «seguridad».

Al menos en las dos últimas décadas, el factor que más nítidamente ha inspirado el enfoque del proceso penal y su tratamiento legislativo ha sido la idea de la eficacia en la persecución de las formas más graves de delincuencia.

²⁰ En concreto, se dio carta de naturaleza a las *indagini difensive* a través de la ley 397, de 7 de diciembre de 2000, que reformó el *Codice di procedura penale*. Esta norma se encuadra en el contexto de la llamada *riforma del giusto processo*, que comportó la modificación del art. 111 de la Constitución italiana, para consagrar en él el derecho a un proceso justo –efectuado por la *legge costituzionale* n. 2, de 23 de noviembre de 1999–, así como una importante reforma del CPP por medio de la ley n. 63, de 1 de marzo de 2001. Cfr. P. TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, cit., pp. 499-540.

²¹ Este deber de transmitir información a la acusación se vio reforzado por la sección 33 del *Criminal Justice Act 2003*, que modifica en este punto el *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*.

²² En relación con la debilidad de la situación en que se encuentra el sujeto pasivo del proceso, cfr. P. DARBYSHIRE, “England and Wales”, cit., p. 57

Se trata, sin duda, del *leitmotiv* de la gran mayoría de las propuestas y de las reformas efectivas que han experimentado los procesos penales occidentales en los últimos años: el Estado se va viendo cada vez más indefenso ante el terrorismo y la delincuencia organizada, porque los instrumentos tradicionales de que dispone para combatirlos se han quedado insuficientes, con la consiguiente sensación de inseguridad ciudadana y la percepción social de que ciertas modalidades delictivas son impunes; esta situación hace que resulte imprescindible lograr que la persecución penal sea más eficaz. Esta exigencia, a su vez, descansa sobre otro postulado, en el que también han tenido una influencia decisiva los medios de comunicación, y que afecta a la propia concepción de lo que ha de ser la función del proceso penal: no sólo el instrumento para la aplicación del Derecho penal, sino una herramienta más para la consecución de un bien colectivo como es la «seguridad».

La «seguridad», en este contexto, va unida de forma indisoluble al combate contra dos formas graves de delincuencia, características de las últimas décadas: el terrorismo (nacional e internacional) y la delincuencia organizada. El proceso penal, por tanto, debe asumir una función de herramienta de lucha contra estas modalidades delictivas y se convierte así en un instrumento más de la política criminal. No se trata de una idea necesariamente desacertada y, de hecho, su realidad resulta evidente en aquellos ordenamientos en que la Fiscalía está sujeta a algún tipo de dependencia gubernamental y tiene el poder de disposición sobre la acción penal.

Por lo que ahora importa, se puede comprobar en las últimas décadas cómo las propuestas de crear un «Derecho Penal del enemigo» hace tiempo que han cruzado la barrera de lo sustantivo y se han adentrado también en el ámbito de lo procesal: se ha fomentado con ello la elaboración de leyes especiales y la introducción en la legislación procesal penal de excepciones a las reglas generales –algunas de ellas alcanzadas con esfuerzo en la lucha por las garantías del imputado y del acusado–. Igual que se propugnan penas más graves para estas modalidades delictivas, se insta también a una mayor dureza procesal frente a los responsables de actividades terroristas o de delincuencia organizada. Y es que, inevitablemente, poner el foco en la seguridad y en la eficacia obliga a dejar en penumbra ciertas garantías y libertades del sujeto pasivo. De hecho, a la hora de justificar esta creación de un «Derecho Procesal Penal del enemigo»²³, no es infrecuente que se traiga a colación el argumento de que precisamente el exceso en las garantías concedidas a los imputados ha sido aprovechado por la delincuencia organizada para alcanzar las cotas de presencia y de impunidad que han generado la actual situación de alarma social.

Un análisis somero de la evolución legislativa pone de manifiesto que la mayor parte de las reformas emprendidas en los últimos años en los procesos

²³ Cfr. S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004; G. PORTILLA CONTRERAS, “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, *Jueces para la democracia*, nº 49, 2004, pp. 43-50; J. DAMIÁN MORENO, “¿Un Derecho Procesal de enemigos?”, en *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (coords. R. CANCIO MELIÁ y C. GÓMEZ-JARA DÍEZ), Madrid, 2006, vol. 1, pp. 457-472; F. MUÑOZ CONDE, “De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo”, *Revista Penal*, nº 23, enero de 2009, pp. 73-114.

penales de los Estados occidentales han ido dirigidas hacia este fin y se han centrado en dos ámbitos preferentes:

— De un lado, se suelen introducir previsiones especiales en la regulación de la detención y de las medidas cautelares personales, que guardan relación con su duración y con los derechos de la persona privada de libertad.

En Alemania, por ejemplo, el §112a StPO aligera en cierta medida los requisitos que han de concurrir para la adopción de la prisión preventiva cuando se trata de la persecución de ciertos delitos vinculados a la criminalidad organizada.

En Inglaterra, el *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* permitía la detención indefinida de los sospechosos de terrorismo que fueran extranjeros; como ya se señaló antes, la *House of the Lords* consideró que esta previsión infringía el art. 5 CEDH y la dejó sin efecto; no obstante, el *Terrorism Act 2006* ha establecido en sus secciones 23 a 25 como posible una detención de hasta 28 días para estos supuestos.

Y en Francia, la *Loi Perben II* permitió extender la duración de la detención (*garde à vue*) en los casos de delincuencia organizada hasta las 96 horas o incluso las 120 horas, difiriendo también el momento a partir del cual el detenido tiene derecho a acceder a un abogado (cfr. art. 706-88 CPP).

— De otro lado, estas normas especiales han servido para incorporar al proceso penal las llamadas «nuevas técnicas de investigación», que suelen ir acompañadas de dos factores adicionales: una mayor inmisión en la esfera de los derechos fundamentales de las personas objeto de investigación y una mayor atribución de poderes de actuación autónoma a la policía.

En efecto, la década de los 90 y lo que llevamos de siglo XXI han visto cómo se regulaban legalmente en diversos países medidas de investigación como la infiltración policial de agentes encubiertos, las operaciones de entrega vigilada o controlada, el recurso a informantes anónimos, la realización de escuchas ambientales, la intervención de las comunicaciones electrónicas o las vigilancias personales. La esfera de la privacidad de los ciudadanos que acaba siendo inmune en términos absolutos es, pues, cada vez más reducida: visto desde otro ángulo, se comprueba cómo son cada vez más los derechos fundamentales susceptibles de restricción y cómo es cada vez más intensa la restricción a los derechos fundamentales que se considera admisible para satisfacer el interés público en la persecución penal.

4. Elementos que definen en la actualidad los sistemas de investigación penal

Como consecuencia de la evolución que han experimentado los ordenamientos procesales penales en las últimas décadas, nos encontramos en el presente con una situación bastante heterogénea, en la que se han difuminado mucho las diferencias entre sistemas y modelos, al tiempo que también se han acentuado las divergencias dentro de cada uno de ellos.

Así, la barrera entre procesos adversariales y procesos mixtos (inquisitivos en la instrucción preliminar) ha quedado reducida a la mínima

expresión. En efecto, la gran mayoría de los procesos penales mixtos, que tenían una instrucción de corte más inquisitivo, han pasado a reconocer más protagonismo a las partes y a sus abogados. De hecho, la figura del juez de instrucción, asociada indefectiblemente –aunque erróneamente– a una concepción inquisitiva de la fase de investigación, está en claro retroceso en todos los modelos occidentales.

Por otra parte, el establecimiento de estándares mínimos en cuanto al respeto a las garantías de los imputados, fomentado por la armonización legislativa y por la labor de tribunales supranacionales como el TEDH, ha contribuido también a borrar diferencias y a introducir parámetros equivalentes.

Piénsese, a modo de ejemplo, en la progresiva asunción en los sistemas continentales de la teoría estadounidense de los «frutos del árbol envenenado» en relación con la eficacia de las pruebas obtenidas ilícitamente.

Finalmente, y en un sentido en parte inverso, la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada ha servido para crear en la mayoría de los ordenamientos una especie de «subsectores», en los que prima una mayor dureza normativa frente al imputado, que consiente una inmisión más agresiva en la esfera de sus derechos. Y esto es algo que puede apreciarse con independencia de la «familia» o del «modelo» al que en abstracto pudiera adscribirse un sistema procesal penal nacional.

Me parece, por ello, que los sistemas procesales penales ya no pueden definirse sin más a través de su encuadre en alguno de los bloques tradicionales que se reflejan en la dicotomía entre modelo continental y modelo angloamericano. Hasta hace unas décadas, señalar que nos hallábamos ante un sistema continental o ante uno de *common law* podía resultar suficientemente significativo y útil para quien necesitara efectuar una primera aproximación a sus grandes rasgos. La evolución descrita en el epígrafe anterior ha hecho que, hoy en día, la adscripción formal a uno de estos bloques sea poco útil, pues ya no tienen un contenido tan definido, máxime si la atención se centra en la fase preliminar del proceso penal.

Por eso, si lo que se quiere es poder aproximarse con perspectivas de acierto a un sistema procesal penal, es preferible atender a criterios más funcionales o descriptivos, que reflejen las grandes opciones por las que se tiene que haber decantado el legislador de cada país. Esas grandes disyuntivas, a mi juicio, se pueden reconducir a las cuatro siguientes: cómo se concibe la fase preliminar del proceso penal; quién dirige la investigación penal; qué principios rigen la actuación de los poderes públicos implicados en la investigación; y qué pautas han de seguirse para adoptar medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales.

4.1. *¿Cómo se concibe la fase preliminar del proceso penal?*

Ya se ha dicho antes que, una vez conocida la existencia de un delito, la persecución penal se inicia desarrollando labores de investigación y, en su caso, de aseguramiento de personas u objetos.

Según el esquema clásico de los procesos continentales, esas labores conforman la fase inicial del proceso penal en sentido propio: en otros términos,

esta instrucción forma parte del proceso penal y tiene como objetivo el de efectuar una investigación exhaustiva acerca del delito y sus responsables, que sirva para la reconstrucción de la verdad de lo acontecido. El objetivo de conocer la verdad de los hechos justifica atribuir a esta investigación un carácter fuertemente inquisitivo y, asociado a ello, encomendar su dirección a un juez de instrucción.

Ésta es la concepción de la fase de investigación en el sistema francés, al menos cuando se trata de las infracciones penales más graves, para las que está previsto el desarrollo de una instrucción judicial: según el art. 81 CPP, «*Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge.*» Y, por supuesto, también es el vigente en nuestro país, según se deduce con claridad del art. 299 LECrim: «Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.»

No es ésta, sin embargo, la única forma de concebir la fase preliminar. En muchos ordenamientos, de manera diversa, la investigación tiene como finalidad, más modesta, preparar el ejercicio de la acción penal, es decir, obtener la información necesaria para decidir si se formulará o no la acusación por parte del órgano público que tenga encomendada esa función. Éste ha sido siempre el enfoque que la fase de investigación había recibido en los ordenamientos de corte angloamericano: según sus esquemas, la investigación preliminar ni siquiera forma parte del proceso penal, pues éste sólo comienza cuando se ejerce la acusación. Preparar la acusación, según estos esquemas, no es muy distinto a la preparación de una demanda civil: cada parte tiene la carga de buscar sus fuentes de prueba, con los medios a su alcance. En efecto, si se quiere que el proceso penal sea un proceso «de partes», ha de reforzarse no sólo el protagonismo de la parte acusada, sino también el de la parte acusadora: y se entiende que una de las formas de hacerlo es encomendándole a la Fiscalía la dirección de la investigación preliminar, que se concibe así como herramienta para obtener la información necesaria a partir de la cual decidir si procede o no ejercer la acción penal y en qué términos.

Esta forma de concebir la investigación preliminar ha desbordado con creces sus límites geográficos originales y se ha convertido en la predominante en la mayoría de los sistemas nacionales, especialmente en aquellos países en que la dirección de la instrucción se ha encomendado a la Fiscalía. Así sucede, entre otros, en Alemania, según el § 160 (1) StPO: «*Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen.*» También es la regla en Austria, con más claridad aún, en virtud del § 91 (1) StPO: «*Das Ermittlungsverfahren dient dazu, Sachverhalt und Tatverdacht durch Ermittlungen soweit zu klären, dass die Staatsanwaltschaft über Anklage, Rücktritt von der Verfolgung oder Einstellung des Verfahrens entscheiden kann und im Fall der Anklage eine zügige Durchführung der Hauptverhandlung ermöglicht wird.*» También en Italia se optó por esta concepción, en virtud del art. 326 CPP, que, con la rúbrica «*Finalità delle indagini preliminari*», establece lo siguiente: «*Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito*

delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale». Y también lo es en Portugal, con el art. 262.1 CPP, con la rúbrica «*Finalidade e âmbito do inquérito*», que señala cómo «*O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação*».

Cada una de estas concepciones acerca de lo que debe ser la fase de instrucción tiene claras repercusiones en su funcionamiento y en su diseño legal.

Cuando la investigación preliminar se orienta a la búsqueda de la verdad –o, si se prefiere, al conocimiento exhaustivo de lo sucedido–, cabe esperar de ella que no termine hasta haber agotado todas las posibilidades de obtención de información y de acceso a las fuentes de prueba. La consecuencia práctica más evidente es clara: la investigación puede ser más larga, sin que resulte razonable establecerle limitaciones legales, pues lo impide el objetivo del descubrimiento de la verdad de forma exhaustiva. Una derivada de esta posible mayor duración es la necesidad de asociar a la instrucción medidas cautelares personales muy gravosas –en tanto que prolongadas en el tiempo–, siendo la muestra más clara de ello los plazos máximos de duración de la prisión provisional en ordenamientos como el nuestro.

La exhaustividad de la investigación genera otra consecuencia poco deseable: la instrucción condiciona en exceso el desarrollo y el desenlace del juicio oral, que puede quedar desvirtuado. Y es que el juicio oral puede acabar siendo una reproducción de las diligencias de investigación más relevantes y, de hecho, el tribunal sentenciador puede hallar con frecuencia la fórmula para sustentar su decisión también en lo sucedido durante la instrucción.

Como contrapartida, ha de reconocerse que una investigación exhaustiva y prolongada lo es tanto de cargo como de descargo, lo que permite al inculpado beneficiarse de la maquinaria investigadora del Estado para disolver los indicios o las apariencias de criminalidad que pudiera haber en su contra: según el art. 81 CPP francés, «*// [el juez de instrucción] instruit à charge et à décharge*»; y recuérdese también que, según el art. 2 LECrim, «*Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo*».

Por el contrario, la opción por una investigación encaminada a la preparación de la acusación, quíerese o no, atribuye a esta actividad un enfoque más parcial o tendencioso, por mucho que se insista en la imparcialidad –como lo hace, de forma palmaria, el § 160 (2) de la StPO alemana, cuando señala que «*Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist*»–. Y es que, se quiera o no, quienes dirijan la investigación tenderán a darla por terminada en cuanto se hayan obtenido fuentes de prueba suficientes para sostener una acusación en juicio. De ello se deriva una situación de clara desventaja para el inculpado, a quien no resulta sencillo lograr que los recursos del Estado para investigar se pongan al servicio de una investigación en su descargo. Si la investigación se deja al margen del proceso en sentido propio, y

si se asume que a cada parte le incumbe la búsqueda de los elementos probatorios que le beneficien con los medios a su alcance, debe constatarse que, de ordinario, los medios al alcance del Estado suelen ser mucho mayores y muchos más eficaces que aquéllos a disposición de un imputado ordinario. De hecho, como se señaló antes, la constatación de este defecto motivó en Italia la introducción de figura de las *indagine difensive*; y, en Estados Unidos, con este mismo propósito, existen en determinados lugares las *Public Defender Offices*, sufragadas por entes públicos²⁴.

Por otro lado, si se sigue este enfoque resulta más sencillo poner límites temporales preestablecidos a la investigación: si el fin ya no es la búsqueda de la verdad –que, como tal, parece irrenunciable e ilimitable–, el legislador sí que puede establecer duraciones máximas a la preparación de la acusación. Al fin y al cabo, la investigación va encaminada a comprobar si resulta posible un acto de parte –la acusación– y los actos de parte pueden someterse a límites temporales. Si en el plazo legalmente establecido la acusación no ha conseguido obtener elementos suficientes –y dando por descontado que puede haber cabida para excepciones–, habrá que asumir que no hay acusación que pueda válidamente formularse. Esta limitación temporal resulta, sin duda, beneficiosa para el inculpado: de un lado, porque disminuye la necesidad, la intensidad y/o la duración de las medidas cautelares personales; pero, sobre todo, porque limita en el tiempo la incertidumbre acerca de su *status* jurídico en tanto que sujeto pasivo de la investigación.

Como puede verse, son enfoques muy diversos que conducen a divergencias importantes. La opción entre uno y otro, sin embargo, no depende de conveniencias técnicas o de la preferencia por unas consecuencias u otros: en el fondo, subyace la forma en que la sociedad o el Estado han decidido afrontar la persecución penal.

4.2. ¿Quién dirige la investigación?

En clara conexión con lo anterior se encuentra una variable adicional, la determinación de a quién le corresponde la función de dirigir la fase de investigación y cuál es su estatuto legal al hacerlo.

En este punto las variedades que se producen son enormes y, desde luego, también en este aspecto se pone de manifiesto la evolución que se ha experimentado en la mayoría de los ordenamientos que cabría considerar como continentales.

Existen, en primer término, ordenamientos en los cuales la dirección de la investigación está atribuida a un Juez de Instrucción en sentido propio: en el contexto europeo, esto es algo que ya sólo ocurre prácticamente en España; en América, se mantiene también en Argentina o en Uruguay. Es el Juez quien «dirige la orquesta» de la investigación, sin apenas espacio para la iniciativa y la investigación por parte de autoridades distintas.

²⁴ Cfr. Y.H. ISRAEL, Y. KAMISAR, W.R. LAFAYE, N.J. KING, *Criminal Procedure and the Constitution*, cit., pp. 25 y ss.

La figura del Juez de Instrucción también «sobrevive» en otros Estados y, de forma señera, en Francia, en Bélgica, en los Países Bajos y en Portugal. Sucede, sin embargo, que en ellos el Juez de Instrucción convive como director de la investigación con el Ministerio Fiscal: en algunos casos, porque se acude al Juez de instrucción sólo para ciertas infracciones y, en ocasiones, únicamente a instancia de la Fiscalía; en otros, porque su función es subsidiaria, de modo que únicamente actúa si se considera incorrecta o incompleta la investigación del Fiscal. En la práctica esto hace que, en la mayoría de las ocasiones, la investigación preliminar esté dirigida por la Fiscalía.

En el sistema francés, por ejemplo, su actuación queda restringida a la investigación de los delitos más graves (*crimes*: art. 79 CPP) y, de hecho, parece hallarse ya al borde de la extinción, pues desde hace ya bastante tiempo se viene proponiendo de forma reiterada su supresión, para convertirlo en un Juez encargado de controlar el correcto desarrollo de una investigación que habrá de dirigirse por los fiscales: así lo hace el último de los múltiples informes sobre la reforma de la justicia penal, aparecido en junio de 2009 (*Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, conocido también como *Rapport Léger* por el nombre de su presidente)²⁵. La polémica, sin embargo, está abierta y, de hecho, un sector importante de la sociedad francesa se resiste a perder la posibilidad de que se desarrolle una investigación independiente en asuntos delicados²⁶.

La gran alternativa, por supuesto, la representan aquellos Estados en que la dirección de la investigación está atribuida al Ministerio Fiscal: la labor de los jueces, en estos casos, se ciñe a la autorización y/o al control de las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales, así como a la adopción de medidas cautelares personales –como regla, siempre a instancia de parte–. Ahora bien, la dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal,

²⁵ Además de las críticas de parte de la doctrina y de la clase política, diversos escándalos –de amplias repercusiones mediáticas– han propiciado el cambio de mentalidad necesario para llegar a un alto nivel de consenso político y social acerca de la supresión de esta figura. El último de ellos fue el llamado *affaire d'Outreau*, que discurrió entre 2004 y 2005, con ocasión de un proceso penal por abusos sexuales a menores que acabó con la absolución de todos los acusados (diecisiete, en total) entre la primera y la segunda instancia y con una petición pública de disculpas por parte del Ministro de Justicia. La relevancia social del asunto fue de tal dimensión que se nombró una Comisión parlamentaria para analizar las razones de la disfuncionalidad del sistema de justicia penal. Las principales conclusiones –y los principales reproches– se centraron en la figura del Juez de instrucción: se criticó su carácter unipersonal –la soledad con la que debe adoptar decisiones de gran trascendencia–, su falta de formación y experiencia –en Francia, como en España, los Juzgados de instrucción los suelen ocupar quienes acaban de acceder a la carrera judicial– y los excesivos poderes de oficio que tiene encomendados, que otorgan a la instrucción un fuerte carácter inquisitivo. El actual Presidente de la República, Nicolas Sarkozy, anunció en enero de 2009 ante la *Cour de cassation* que impulsaría la supresión de la figura del Juez de instrucción; al mismo tiempo, se había formado una comisión especial para la reforma de la justicia penal (el llamado *comité Léger*), cuyo informe provisional (el *pré-rapport Léger*) se hizo público en junio de 2009 y será oficialmente remitido al Presidente el 3 de septiembre. El texto del proyecto resume sus conclusiones en doce propuestas concretas: la primera de ellas consiste en «transformar al juez de instrucción en juez de la investigación y de las libertades, investido únicamente de funciones jurisdiccionales». Cuenta, no obstante, con una fuerte oposición de la magistratura y de la abogacía, que critica la pérdida de independencia que supone encomendar la instrucción a la Fiscalía. [Se puede acceder al contenido del informe a través de la web del diario *Le Monde*, edición digital del 19 de junio de 2009 –www.lemonde.fr–].

²⁶ Cfr. S. GUINCHARD – J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., pp. 153 y ss.

por sí sola, no resulta suficientemente reveladora del sistema elegido, pues el *status* del Fiscal varía bastante de unos países a otros.

En la mayoría de los casos –piénsese en Alemania, Austria, Portugal, los países escandinavos y de Europa Oriental o en Iberoamérica, pero también en países como Francia, donde la investigación en gran medida también le corresponde–, la Fiscalía presenta una estructura jerarquizada y se encuentra vinculada al Poder Ejecutivo de forma más o menos directa. Se integran en la Fiscalía funcionarios públicos en sentido estricto, que pueden desarrollar en ella su trayectoria profesional completa. Esta falta de independencia es a menudo el origen de críticas, especialmente respecto de procesos penales en materias política o socialmente delicadas: se percibe el riesgo de una injerencia indebida del poder dentro del proceso penal. Ahora bien, una Fiscalía diseñada de este modo presenta la ventaja de que permite al Estado disponer de una estructura organizada a través de la cual desarrollar una política criminal coherente, en beneficio de la sociedad.

En Estados Unidos –donde se encuentra en gran parte el origen del modelo– la situación es muy diferente: las Fiscalías tienen una posición de gran independencia en su actuación, al tiempo que puede ser muy diversa la forma de acceso al cargo: para ocupar la jefatura de la Fiscalía, según el lugar y el ámbito, se puede pasar desde la elección popular hasta la designación política; para desempeñar un puesto como fiscal dentro de una Fiscalía, en cambio, se contrata a abogados, como si de un bufete privado se tratara –a menudo se trata de abogados jóvenes, que lo hacen como forma de adquirir experiencia profesional e impulsar su carrera–. Estos factores determinan un modelo de investigación penal al servicio de una política criminal mucho más difusa, que se ve definida sobre todo a niveles y en ámbitos muy locales: se trata de cumplir el programa de política criminal que marcó el fiscal en su campaña electoral, o bien el cargo político que designó al fiscal. Para la cultura jurídica estadounidense, de hecho, no cabe otra opción: la política criminal no se percibe como una cuestión que pueda diseñarse en un plano federal, sino que debe estar muy vinculada a las singularidades de cada lugar²⁷.

En Italia, finalmente, la Fiscalía goza de un *status* de independencia no sólo en su funcionamiento –cada unidad funciona de forma autónoma, sin que exista una figura jerárquicamente superior que imparta órdenes vinculantes–, sino también en su posición dentro de la estructura política del Estado: el gobierno de la Fiscalía se efectúa también por medio del *Consiglio Superiore della Magistratura*, fuera del alcance del Poder Ejecutivo. El resultado práctico es el de que los fiscales investigadores italianos, en su actuación, se asemejan mucho más a los Jueces de instrucción españoles que a sus homólogos de otros países europeos.

Junto a las dos opciones descritas, tampoco puede olvidarse que en algunos Estados la dirección de la investigación penal recae directamente sobre la Policía: la investigación penal es, por tanto, una labor estrictamente administrativa, que queda fuera del proceso penal. A este esquema obedece en buena medida el sistema brasileño, aunque la Fiscalía ostenta ciertos

²⁷ Cfr. Y.H. ISRAEL, Y. KAMISAR, W.R. LAFAYE, N.J. KING, *Criminal Procedure and the Constitution*, cit., *Leading Supreme Court cases and Introductory Text*, St. Paul, 2006, pp. 21 y ss.

poderes sobre la Policía²⁸. Y sobre todo, esto es lo que sucede, claramente, en Inglaterra y Gales: hasta mediados de la década de los 80 no existía una estructura remotamente parecida a una Fiscalía; y la creación entonces del *Crown Prosecution Service* tampoco supuso entonces un cambio real. El *Crown Prosecution Service* sólo se equipara a una Fiscalía en la medida en que tiene atribuido el ejercicio de la acusación –facultad ésta que, desde entonces, le ha sido suprimida a la Policía en los ámbitos de concurrencia–; pero los miembros del CPS sólo reciben los expedientes que les remite la Policía y no tienen el poder de dar órdenes a la policía, ni pueden forzar la incoación de una investigación penal. Es más, cada uno de los 42 distritos policiales en que se halla dividido el país funciona con un alto índice de autonomía y su director (*Chief Constable*) tiene reconocido jurisprudencialmente un margen de discrecionalidad muy amplio, incluida su decisión de no perseguir un delito²⁹. La política criminal, por tanto, se encuentra por completo en manos de la Policía.

Las ventajas y los inconvenientes de cada una de estas opciones son muy claras y han sido objeto de análisis hasta la saciedad. Se trata, de hecho, de una decisión muy ligada a la variable abordada en el apartado anterior: las investigaciones dirigidas por la Fiscalía suelen concebirse como herramientas para la preparación de la acusación, mientras que la entrada en juego del Juez de Instrucción conduce a un mayor grado de exhaustividad.

Está claro que la dirección de la investigación penal es uno de los elementos al servicio del diseño y la ejecución de políticas criminales. Pero, sobre todo, es importante valorar hasta qué punto es necesario o conveniente que la dirección de la investigación esté en manos de un sujeto independiente: éste es el principal rasgo definitorio de la figura del Juez de Instrucción y del que carece, como regla, la figura del Fiscal.

En algunos países, como Francia, Bélgica o Italia, se entiende que existe un cuerpo único de magistrados, que pueden desempeñar funciones como titulares de órganos judiciales o como fiscales. Con mayor o menor holgura, existen «pasarelas» entre ambas funciones, de modo que una misma persona, a lo largo de su trayectoria profesional, puede haber servido como juez y como fiscal. Ello pone de relieve que la formación requerida es la misma y que la consideración que merecen unos y otros también lo es. No obstante, en tanto que fiscal no se es independiente: así ha tenido que reconocerlo, en fechas muy recientes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 25 de noviembre de 2010 (asunto *Lilly France c. Francia*).

La dirección en sentido estricto de una investigación es algo para lo que, en puridad, puede no resultar necesario ocupar una posición de independencia. Pero tampoco puede obviarse que:

— De un lado, existen actuaciones imprescindibles para el desarrollo de una investigación penal que sólo pueden ser acordadas por un sujeto independiente, dada la trascendencia que tienen sobre los derechos de las personas involucradas en la investigación;

²⁸ Cfr. E. MOUGENOT BONFIM, *Curso de Processo Penal*, Sao Paulo, 2006, pp. 99 y ss.

²⁹ Cfr. P. DARBYSHIRE, "England and Wales", cit., pp. 126 y ss.

— De otro, existen decisiones –sobre la apertura y el cierre de la propia investigación– en relación con las cuales merece la pena valorar con seriedad si es preferible o no la independencia de quien esté llamado a tomarlas.

Los elementos de juicio son ya muy claros; nuevamente, no son razones técnicas las que respaldan una u otra opción, sino más bien el modo en que se concibe la persecución penal por el Estado.

4.3. *¿Qué principios rigen la actuación de los poderes públicos implicados en la investigación?*

Para comprender adecuadamente el modo en que está estructurada la investigación penal en un ordenamiento es necesario también tener en cuenta los principios o criterios conforme a los cuales debe regirse la actuación de los sujetos que toman sus decisiones en esa primera etapa de la persecución penal. En este punto, las opciones de los legisladores vuelven a moverse entre dos variables: sujetar la persecución penal a criterios de oportunidad o bien mantener la vigencia de los principios de legalidad y oficialidad³⁰.

El binomio principio de legalidad / principio de oportunidad, por supuesto, condiciona la decisión acerca de si se formula o no acusación por el órgano público que tenga encomendada la función de hacerlo (normalmente, la Fiscalía); y es ésta una decisión que habitualmente ha de tomarse cuando la investigación penal ya ha concluido. Sin embargo, también se ven influidas por esta opción decisiones que se toman desde el inicio de la persecución penal y que afectan de lleno a la investigación en sí misma, al menos en los tres planos siguientes:

— La mayor o menor libertad a la hora de abrir una investigación y de iniciar con ello una persecución penal: la vigencia del principio de legalidad convierte en necesaria la apertura de una persecución penal en cuanto se tenga conocimiento de un hecho punible; en cambio, la vigencia del principio de oportunidad permitiría decidir la no persecución de una conducta punible y, por consiguiente, su no investigación.

— La mayor o menor libertad a la hora de cerrar una investigación penal previamente abierta, impidiendo con ello el desarrollo del proceso penal correspondiente, a pesar de que subsista una apariencia delictiva: esto es algo que no es posible si rige el principio de legalidad, pero que puede tener cabida en modelos regidos por el principio de oportunidad.

— La mayor o menor libertad a la hora de decidir qué es lo que será objeto de investigación y, en consecuencia, qué es lo que será objeto del proceso penal y podrá, en su caso, llegar a ser objeto de enjuiciamiento en un eventual juicio oral.

Podría pensarse que la vigencia de los principios de legalidad o de oportunidad se halla ligada a la determinación de quién dirige la propia investigación: sin embargo, no existe una vinculación necesaria entre Fiscal

³⁰ Sobre este extremo, resulta imprescindible la obra de T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991.

instructor y principio de oportunidad, por un lado, y Juez de Instrucción y principio de legalidad, de otro; es cierto que la vigencia del principio de oportunidad suele estar ligada a un fuerte protagonismo del Fiscal en el proceso y, en especial, en su fase preliminar, pero lo cierto es que la experiencia comparada demuestra cómo hay cabida para combinaciones diversas:

— En algunos países, la dirección de la investigación está encomendada a un Juez de instrucción y las decisiones que se han de tomar se rigen por los principios de legalidad y de oficialidad: éste es el caso, entre otros, de España.

— Ahora bien, en países en que la investigación puede estar dirigida por un Juez de Instrucción rige pacíficamente de forma tradicional el principio de oportunidad: esto es lo que sucede en Francia, Bélgica o en los Países Bajos, por ejemplo. Los amplios poderes otorgados a la Fiscalía le permiten como regla limitar la persecución penal a los supuestos en que se considere oportuno; no obstante, también existen mecanismos que permiten a los perjudicados por el delito forzar la apertura de un proceso penal, justamente acudiendo al Juez de Instrucción.

— Existen también ordenamientos en los que, por supuesto, la investigación es dirigida por un Fiscal, que actúa siguiendo criterios de oportunidad: el ejemplo más visible son los Estados Unidos.

— Pero, en otros países, la dirección de la investigación por el Fiscal se sigue ateniendo a las exigencias del principio de legalidad: así ocurre tanto en Alemania como en Italia.

— Finalmente, en aquellos países, como Inglaterra y Gales, en los que la dirección de la investigación se halla en las manos exclusivas de la Policía, son criterios de oportunidad los que guían su actuación. La entrada en juego del *Crown Prosecution Service* se produce, según se vio, únicamente cuando la Policía da por concluida la investigación, de cara a decidir si se formula una acusación: y también esa decisión se guía por criterios de oportunidad. De hecho, según el *Code for Crown prosecutors*³¹, la decisión ha de tomarse en dos pasos: primero, verificando si existen pruebas suficientes (*evidential stage*); segundo, valorando el interés público en el caso concreto (*public interest stage*).

Debe advertirse, en todo caso, que la vigencia de los principios de legalidad y de oficialidad se ve en la práctica bastante mermada por las fuertes concesiones que los legisladores van haciendo a instituciones que son reflejo del principio de oportunidad. Así se ve en España y en Italia con la conformidad y el *patteggiamento* (arts. 444 a 448 CPP) aunque su marco de actuación es ya la fase de juicio oral y en ningún caso permiten obviar el dictado de una sentencia. En Alemania (§§ 153 y ss. StPO), en cambio, se ha dado entrada al principio de oportunidad en momentos anteriores, de modo que la decisión del Fiscal —a veces de forma autónoma, a veces con el consentimiento de un juez— puede provocar la terminación del proceso y la no apertura de la fase de

³¹ Se puede acceder a su texto en <http://www.cps.gov.uk/publications/docs/code2010english.pdf>

enjuiciamiento: y, aunque en principio estas decisiones presuponen una investigación ya concluida, en la práctica nada impide que se adopten en los momentos más iniciales de la persecución penal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta la incidencia en este punto de una variable adicional: si el monopolio en el ejercicio de la acción penal se halla en manos de la Fiscalía o si, por el contrario, se conceden facultades acusatorias a sujetos diversos. En nuestro país, como es de sobra sabido, la existencia de la acusación particular y de la acusación popular es uno de los mayores obstáculos a una eventual introducción abierta del principio de oportunidad –al margen de factores de índole constitucional–. Y, como se ha señalado ya, también en Francia la víctima del delito puede forzar el desarrollo de un proceso penal constituyéndose en actor civil (arts. 85 y ss. CPP). No se trata, en rigor, de que los acusadores «privados» fuercen la vigencia del principio de legalidad, sino más bien de que también han de tenerse en cuenta los criterios de oportunidad que barajan estos otros sujetos: no es el Estado, a través del Fiscal, el único que mide la oportunidad de la persecución penal en un caso concreto.

Una vez más, ha de decirse que lo que subyace a esta opción es la visión que cada sociedad tiene sobre el tipo de reacción que merece el fenómeno delictivo y sobre el mayor o menor grado de confianza que tiene en su Fiscalía.

4.4. ¿Qué pautas han de seguirse para adoptar medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales?

La última de las cuestiones que pueden servir para definir a grandes rasgos un sistema de investigación penal es la relativa al modo en que se admite la restricción de derechos fundamentales para acceder a informaciones y fuentes probatorias. Es común a todos los ordenamientos supeditar las medidas de investigación más invasivas a la autorización judicial, pues ésta se ve siempre como la garante de los derechos fundamentales de las personas que se ven afectadas. Ahora bien, aún contando con ese, los diseños normativos son muy variados.

De un lado, hay diferencias a la hora de definir los supuestos en los que se puede investigar restringiendo derechos fundamentales. En efecto, en algunos ordenamientos las medidas de investigación que pueden afectar a derechos fundamentales se hallan reguladas de forma detallada y, por ejemplo, se establece con precisión respecto de quién se pueden autorizar, por qué plazo, respecto de qué delitos y/o dentro de qué umbrales penológicos: el paradigma de esto son los §§ 100a y 100b de la StPO alemana para la intervención de las comunicaciones telefónicas o el art. 266 a 271 del CPP italiano para esta misma medida. En otros sistemas, en cambio, la regulación existe, pero no resulta tan detallada, de modo que se abren márgenes de valoración para los órganos judiciales, que pueden ser generadores de falta de seguridad jurídica: el caso más notorio es, sin duda, el art. 579 de nuestra LECrim, también en relación con la intervención de las comunicaciones telefónicas.

También se detectan algunas divergencias a la hora de definir qué medidas se consideran restrictivas de derechos fundamentales y cuáles no: y esto se comprueba cuando se analiza respecto de qué medidas es necesaria la autorización judicial previa y cuáles, en cambio, pueden ser practicadas con la mera iniciativa de la Policía o de la Fiscalía. Aunque parezca difícil de asumir, no en todos los ordenamientos las mismas diligencias de investigación están sujetas a las mismas garantías. Está claro que en todos los ordenamientos las intervenciones telefónicas o los registros domiciliarios se consideran medidas restrictivas de derechos fundamentales y se las dota de un régimen jurídico acorde con esa especial gravedad. Pero no sucede lo mismo, v.g., con la infiltración de agentes encubiertos.

En relación con ello, se es más o menos laxo con el control judicial y se admiten mayores o menores excepciones a su exigencia, especialmente en aquellos países en que la dirección formal de la investigación está en manos de la Fiscalía o de la Policía. En Alemania, v.g., todas las medidas restrictivas de derechos fundamentales están reservadas a la autoridad judicial, pero en casos de urgencia (*Gefahr im Verzug*) las puede decretar la Fiscalía, aunque pierden su validez si en tres días hábiles no se solicita su ratificación judicial, en principio la información obtenida durante esos tres días podría utilizarse como prueba. En otros ordenamientos, en cambio, ese apoderamiento general a la Fiscalía no existe: así ocurre en Portugal, donde el art. 269 CPP no prevé excepción alguna a la competencia exclusiva del Juez de instrucción para decretar o autorizar registros e intervenciones de comunicaciones.

A lo anterior debe añadirse, según se vio antes, que la progresiva introducción de un «Derecho procesal penal del enemigo», como manifestación de la voluntad política de convertir el proceso penal en una herramienta al servicio de la seguridad colectiva, comporta también una mayor flexibilidad legal y, en cierto modo, una mayor facilidad para restringir derechos fundamentales en el curso de la investigación criminal. Y es que, con frecuencia, se corre el riesgo de que la autorización judicial se convierta en una mera formalidad, forzada por la urgencia de muchas situaciones y por el hecho de que el juez a quien se solicita la autorización no tiene un conocimiento completo de la investigación –sobre todo en los países donde no existe una instrucción judicial–: y es que, en muchos casos, la decisión judicial ha de fundarse únicamente en los datos ofrecidos por la Policía o por la Fiscalía, lo que convierte la garantía del control judicial en algo que puede resultar vacío si los jueces no son especialmente exigentes con quienes solicitan su autorización para proceder a la práctica de alguna medida restrictiva de derechos fundamentales.

4.5. A modo de breve recapitulación

Con las páginas anteriores se ha tratado de demostrar que, en la actualidad, la clasificación tradicional entre sistemas penales continentales y angloamericanos ya no resulta especialmente útil para tratar de acceder a las líneas maestras del modelo de proceso e investigación penal vigente en un Estado. A tal fin es preciso comprobar el modo en que interactúan las variables analizadas en los apartados anteriores; y el resultado es, como ha podido

advertirse, una heterogeneidad mayor de la que podría esperarse. Se trata de algo lógico, en todo caso, pues el ámbito de lo procesal es siempre uno de aquéllos en que son mayores las singularidades cuando se efectúan análisis comparados. Y las singularidades se exageran en el caso del proceso penal, pues es el reflejo del modo en que cada sociedad quiere que se reaccione ante el fenómeno delictivo: y en esto, a pesar de las apariencias, la historia y la sociología de cada país siguen marcando diferencias importantes.