

¿MINISTERIO FISCAL O JUEZ INSTRUCTORES DE LA CAUSA?*

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen
(Catedrática de Derecho Procesal. Universidad Salamanca)

La pregunta de si el director de la investigación, en el proceso penal, debe seguir siendo el Juez o si sería preferible que la mencionada dirección pasara al Ministerio Fiscal no puede responderse con un simple monosílabo, ni debe hacerse sin tener claro qué es la investigación, su finalidad, y el valor de las diligencias que la componen; quién es el Ministerio Fiscal, qué funciones tiene encomendadas, y qué principios rigen su organización y función.

La respuesta no puede darse tampoco al margen del modelo de enjuiciamiento penal que deba implantarse, pues no cabe la menor duda que una investigación dirigida por el Fiscal exigiría una fase intermedia o juicio de acusación, necesariamente jurisdiccional y contradictoria, que evitara acusaciones infundadas o juicios innecesarios.

Tampoco creo que pueda aventurarse una respuesta sin analizar las ventajas e inconvenientes de la situación actual de dirección por el Juez de Instrucción y las que se producirían de ser sustituido por el Fiscal.

No quiero ocultarles que junto a estas alternativas que atribuyen la dirección de la investigación al Juez o al Fiscal, que son las que han calado más hondo, aparecen otras como la que apuntaba el Prof. Serra¹ hace

* Este texto se corresponde con la Conferencia pronunciada en la Institución Gran Duque de Alba en Mayo de 1994, al que se le han añadido las pertinentes citas.

¹ SERRA DOMÍNGUEZ Instrucción. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. 1968, Tomo III, pág. 115.

ya algunos años considerando "indispensable que las funciones actualmente atribuidas al juez instructor se atribuyeran a una categoría determinada de funcionarios, judiciales o no, sin más funciones que las investigadoras. Sólo así podrá evitarse que en la práctica la verdadera instrucción no la desarrollem ni el juez ni el Ministerio fiscal..." El tema pues no es ni mucho menos pacífico.

¿Qué es la investigación?

Creo que debo, en primer lugar, justificar la utilización del término investigación y no instrucción.

La expresión instrucción, según el diccionario, significa "curso que sigue un proceso o expediente" es decir "formación" del proceso, aunque esta misma palabra se utiliza también en nuestras leyes de enjuiciamiento como sinónimo de información, de manifestación de las actuaciones realizadas para que las partes tomen conocimiento de ellas a fin de preparar otra.

El término instrucción ha sido utilizado por la doctrina y la práctica como equivalente a sumario; se habla así de la fase de instrucción para referirse a la actividad de investigación y aseguramiento que tiene lugar en el sumario o en sus equivalentes procedimentales, hasta el punto que el legislador, al darle un nuevo giro a la etapa de investigación en el procedimiento de la ya desaparecida L.O. 10/80, que regulaba el enjuiciamiento de delitos dolosos menos graves y flagrantes, huye del empleo del término, como si la recogida de datos y demás actividades a que hacía referencia la citada Ley no constituyeran formación de aquella desdibujada etapa; se ha llegado incluso a distinguir entre investigación e instrucción en atención a la existencia o no de actividad de aseguramiento.

La L.E.Cr. no identifica absolutamente estas dos expresiones utilizando la instrucción como equivalente a formación del sumario en el Capítulo II, Título IV, del Libro II. Como sinónimo de formación la utilizaba SCRICHÉ en su conocido diccionario de 1839 al definirla como "La reunión de pruebas, procedimientos y formalidades para poner un negocio en estado de ser juzgado"².

² SCRICHÉ Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, 2 edic. Madrid 1839, Tomo 11, pág. 462.

Creo que el concepto de instrucción debería ser utilizado en esta línea es decir como sinónimo de formación del proceso y no reconducido a dar nombre a la fase de investigación, ya que instrucción no hay sólo en esta primera etapa sino a lo largo de todo el proceso. Por todo ello pienso que la expresión investigación, o si se quiere ser más precisos fase de investigación y aseguramiento responde con mayor exactitud a su genuino contenido³.

¿Qué se pretende con esta primera etapa? FAIREN decía hace algunos años "Pensar que un proceso penal puede no tener preparación es igual que pensar que un hombre puede y debe actuar sin pensar"⁴.

El legislador parece que opina lo mismo, con la excepción del juicio de faltas⁵; por ello la LECr. cuando en el art. 299 se refiere al sumario, reducido hoy día al procedimiento ordinario, dice expresamente que tiene por finalidad "realizar las actuaciones encaminadas a preparar el juicio"; el mismo texto legal al regular el procedimiento abreviado explicita, con menor acierto, en el art. 789 que las diligencias previas van encaminadas a formular la acusación.

Siendo cierto que no puede haber juicio oral sin previa petición de parte y sin escrito de acusación o calificaciones provisionales, según el tipo de procedimiento, escrito en el que se ejerce la pretensión punitiva y la de resarcimiento -salvo renuncia o reserva expresa de esta última- y que aparece como presupuesto básico exigido por el principio acusatorio, no es menos cierto que junto al "ius puniendi", cuya titularidad pertenece al Estado, y como contrapeso o resistencia a él en el proceso aparece el derecho del acusado a la absolución, cuyo ejercicio debe propiciarse ya desde la etapa de investigación. Por ello manifestar que la investigación está dirigida a preparar la acusación es un concepto claramente represivo del proceso penal, olvidando el derecho a la absolución y la obligación de recoger, en esa etapa, tanto los elementos de cargo como los de descargo que puedan conducir bien a la formulación de la acusación bien al sobreseimiento de las actuaciones.

En definitiva la fase de investigación pretende ascender en la escala

³ Sobre este aspecto ver más ampliamente mi trabajo. La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la L.O. 7/1988 de 28 de diciembre. La Ley nº 2491, 1990, págs. 1 ss.

⁴ FAIREN GUILLÉN Acción del Fiscal y acción popular. El refuerzo de esta última. Tapia nº 48, 1989, pág. 61.

⁵ Sobre este punto ver mi trabajo El Juicio de Faltas. Comentarios sobre la reforma procesal penal (Ley 10/92 de 30 de abril) Oviedo 1992, págs. 229 ss.

de la que hablaba GÓMEZ ORBANEJA⁶ de la inicial posibilidad a la probabilidad del hecho punible y de su autoría.

Esa probabilidad está separada de la certeza por la fase probatoria del juicio oral, por ello para conseguir la primera no es necesario agotar al máximo la actividad investigadora, sustrayéndola al juicio oral, sino como con buen criterio señala la Ley sólo han de practicarse las diligencias esenciales.

La preparación del juicio se lleva a cabo, según el 299 LECr., averiguando y haciendo constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, a la vez que la probable culpabilidad de los delincuentes; en términos parecidos se pronuncia el art. 785 bis LECr. en relación a la posible investigación del Fiscal y el art. 789 del mismo cuerpo legal respecto a las diligencias previas añadiendo, entre sus fines, la determinación del órgano competente para el enjuiciamiento.

A esta actividad investigadora el art. 299 LECr. suma la de aseguramiento al señalar: "asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos"; actividades que en el abreviado aparecen recogidas en la regla octava del art. 785 LECr.

Para la consecución de estos objetivos la Ley articula todo un conjunto de:

a) medios de investigación: inspección ocular, interrogatorio del imputado, documentos y piezas de convicción, declaraciones testificales, informes periciales, a los que hay que unir los métodos de alcoholemia no regulados en el texto legal⁷

b) Medidas limitadoras de derechos fundamentales: entrada y registro, intervención de comunicaciones personales escritas y orales.

c) Medidas cautelares personales y reales: detención, prisión, libertad provisional, retirada permiso de conducir, fianzas, embargos, ocupaciones de bienes, pensión provisional.

Medios y medidas que presentan toda una serie de variantes para el abreviado que acoge el art. 785. LECr.

⁶ GÓMEZ ORBANEJA El proceso penal. Madrid 1982, pág. 211.

⁷ Base 4, L. 18/1989, 25 de julio; art. 12.2 Texto Articulado aprobado por RD legislativo 339/1990, 2 de marzo; arts. 20 a 25 del Regl. Genral. de Circulación R.D. 13/1992, 17 de enero. Ver sobre el test de alcoholemia, entre otras, STC de 19-9-1994.

La importancia de esta fase de investigación está en la propia finalidad que pretende; el art. 650 LECr. contribuye a ella cuando exige que en el escrito de calificación conste, no cualquier hecho punible, sino los que resulten del sumario, apareciendo como una pieza clave para la posible apertura del juicio oral o el cierre provisional o definitivo de la causa a través del sobreseimiento.

Su importancia no debe sin embargo impedir el correcto entendimiento de su valor. Es bien conocida la tendencia a convertir en prueba las actuaciones del sumario como consecuencia de la intervención de un órgano jurisdiccional imparcial, tendencia que se intentaba desatar en la Exposición de Motivos de la LECr. con estas palabras: "La nueva Ley proscribe y condena una preocupación, hasta ahora muy extendida, que si pudo ser excusable cuando el procedimiento inquisitivo estaba en su auge, implicaría hoy el desconocimiento de la índole y naturaleza del sistema acusatorio, con el cual es incompatible. Alude el infraescrito a la costumbre tan arraigada en nuestros Jueces y Tribunales de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. No de hoy más las investigaciones del Juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional..."

De poco sirvieron las buenas intenciones pues la hipervaloración del sumario ha sido una batalla difícil de ganar ante una práctica a la que se ha contribuido tanto desde el campo de la Abogacía y Fiscalía como desde el personal jurisdicente; confirmando esta tendencia no hace mucho tiempo SERRA afirmaba "El juicio oral es tan sólo una parodia de proceso, cuyos sujetos tienen el máximo interés en que termine lo antes posible, convencidos de antemano por el resultado de la instrucción."⁸

Ha tenido que ser desde la interpretación por el T.C. de los derechos fundamentales desde donde se ha intentado atajar esta práctica viciosa.

En efecto lo realizado en la fase de investigación es provisional, no tiene valor probatorio alguno para destruir la presunción de inocencia salvo, claro está, la posible prueba anticipada realizada con las garantías de defensa y contradicción y ante la imposibilidad de su realización en el juicio oral.

⁸ SERRA DOMÍNGUEZ Instrucción cit. pág. 118.

¿ Qué Ministerio Fiscal tenemos ?

Cualquier acercamiento analítico a la institución del M.F. va unido a una justificada y profunda preocupación por la complejidad que en sí mismo encierra, sus aparentes contradicciones y sus mil y una competencias, con bastante menor encanto que las noches del cuento, a las que su Estatuto orgánico de 30 de diciembre de 1981 en nada contribuye a clarificar⁹.

Es imposible en cualquier análisis del M.F. prescindir del art. 124 de nuestra Carta Magna, cuyo contenido se repite en el art. 1 del mencionado Estatuto. Desde la dicción literal de ambos preceptos el M.F. es un órgano colaborador de la Jurisdicción, pese a la entelequia del art. segundo del citado Estatuto que lo considera integrado en el Poder Judicial, con autonomía funcional; consideración que el propio Estatuto desdice al excluirlo del régimen de autogobierno del Poder Judicial y de la garantía de inamovilidad, sin que le esté permitido acometer funciones jurisdiccionales.

Este órgano colaborador está en su aspecto orgánico sometido a los principios de unidad y dependencia, y en el funcional a los de legalidad e imparcialidad.

Los dos primeros principios son consecuencia de que el M.F. es único para todo el Estado y sus órganos están estructurados en dependencia jerárquica, cuya Jefatura Superior ostenta el Fiscal General del Estado (art. 22 E.); lo que le faculta para la emisión de órdenes e instrucciones tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos (art. 25 E.)

Los principios de legalidad e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones suponen, el primero, sometimiento a la Constitución y demás normas que integran el ordenamiento jurídico, ejercitando las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas (art. 6 E.), es decir promoviendo la acción de la justicia en defensa de la legalidad (art. 1 E.), aspecto que le ha hecho acreedor al calificativo de parte-imparcial, separándose de las órdenes e instrucciones que considere contrarias a las leyes o improcedentes (art. 27 E.), pudiendo en este caso ser sustituido (art. 27,2 E.).

La imparcialidad, difícil de conseguir sin independencia, ya que como acertadamente dice el Prof. ALMAGRO¹⁰ la independencia es instrumen-

⁹ Ver sobre este punto mi trabajo *Hacia una nueva configuración del Ministerio Fiscal en el futuro modelo de enjuiciamiento civil. La Ley nº 3030, 1992*, págs. 1 ss.

¹⁰ ALMAGRO NOSETE *Instituciones de Derecho Procesal*, con Tomé Paule, Proceso Civil. T.I, Madrid 1993, pág. 67 ss.

tal respecto de la imparcialidad¹¹, supone una actuación con plena objetividad en las funciones que le están encomendadas. (art. 7 E.)

Hablar en estos días de independencia e imparcialidad es un tanto penoso cuando estamos asistiendo a actuaciones, cuya justificación se cuestiona jurídicamente; actuaciones que en nada benefician el prestigio de la institución que está atravesando por un momento especialmente crítico con cotas importantes de falta de credibilidad, ya que esas actuaciones, querámoslo o no, salpican a todo el colectivo.

Tampoco contribuye a mejorar la imagen la duda que genera el que sea el Gobierno quien proponga al Rey el nombramiento y lo que es peor el cese del Fiscal General, o la provisión de puestos del art. 36.1 E. (los destinos correspondientes a la categoría primera, los Fiscales del T.S. y los de Fiscales Jefes se proveerán por el Gobierno, previo informe del Fiscal General... previo informe del Consejo Fiscal... de igual modo serán designados tenientes fiscales... y los de la Fiscalía Especial Antidroga) por citar algunos ejemplos.

Los principios de independencia e imparcialidad informan un número tal de funciones que como diría FAIREN producen "miedo, vértigo y conmiseración hacia quien se hunde bajo ellas"¹² y están necesitadas de una poda importante; este elevado número de funciones unido a las insuficientes plantillas y a la precariedad de la infraestructura son otros datos que en nada favorecen la labor de la institución.

Parece evidente que nuestro Fiscal está alejado, por ejemplo, del portugués que de acuerdo con el art. 54 del C.P.P. de 1987 es recusable, o del italiano que, sin serlo, goza de una gran autonomía, reforzada en el CPP de 1988, sin que pueda recibir órdenes para el caso concreto.

Nuestro Ministerio Fiscal no ha tenido expresamente atribuida en la Ley la dirección de la investigación hasta que la reforma de 1988 introdujo el art. 785 bis articulando la denominada investigación pre-procesal. Y ello a pesar del pafo, segundo del art. 5 del Estatuto del que la Fiscalía no hacía uso, con lo que devendría en un órgano pasivo en relación a la posible recepción de denuncias.

¹¹ Sobre la imparcialidad Vid. más ampliamente mi trabajo *El derecho al Juez imparcial en la doctrina del T.E.D.H.* La Ley 1989, nº 2352, págs. 1 ss. Asimismo mi trabajo sobre *La recusación de Jueces y Magistrados*. Revista Universitaria de Derecho Procesal, nº1, 1988, p. gs. 73 ss.

¹² FAIREN GUILLÉN *El Ministerio Fiscal en la reforma de 1988*. Tapia 1989, nº 45, pág. 66; del mismo autor *El retraso en el despacho de los asuntos. La defensa de los intereses difusos*. Temas del Ordenamiento Procesal. Madrid 1982. T.III, pág. 1532.

La reforma de 1988 amplía las facultades del Fiscal pero en mucha menor medida de lo que hubiera sido la intención del Ejecutivo. En efecto cuando el tema de la coincidencia instructor-decisor se lleva por primera vez al TC y éste resuelve con la llamada de atención que supuso la STC 113/1987, el Ministerio con Ledesma comenzó a elaborar un Anteproyecto en el que se atribuía la investigación en la llamada "delincuencia menor" al M.F. y se conservaba la figura del Juez instructor para la investigación del resto de los supuestos delictivos, separando eso sí el órgano instructor del decisor; se intentaba dar un primer paso en lo que sería atribución gradual de la investigación al Fiscal.

El Ministerio se apoyaba en la decisión de la CEDH, en el caso HAUSCHLIDT 16 de julio de 1987, que había entendido que no vulneraba el 6.1 del Convenio, ni comprometía la imparcialidad, el que el Juez hubiera dictado un auto de prisión, a petición de parte, y luego hubiera juzgado y condenado. Bien es cierto que el Ministerio olvidaba que esta decisión de la Comisión había tenido siete votos en contra.

Cuando en la segunda ocasión el TC en la sentencia 145/1988 no asume la posición de la Comisión sino la doctrina del TEDH en los casos DE CUBBER, PIERSAK, DELCOURT¹³ etc. de que siempre que se hubiera realizado algún acto que supusiera prejuzgamiento la imparcialidad quedaba comprometida, y las medidas cautelares personales estaban entre ellos, recordemos los "Motivos bastantes" del art. 503 LECr., el Ministerio modificó el Anteproyecto ante el temor de su posible inconstitucionalidad, abandonando la idea anterior Juez "semiinstructor-sentenciador" e intentando que la investigación por el Fiscal se estableciera de forma flexible y en las fiscalías donde pudiera realizarse. Las críticas fueron durísimas ante lo que se denominó "doble ventanilla" y el Ministerio volvió a dar marcha atrás en el art. 785 bis LECr. y especialmente en el pafº 3¹⁴.

Las facultades que se ampliaban al fiscal en la reforma que se convirtió en Ley en 1988 no eran tantas y a parte de poder dar a la policía órdenes generales de acuerdo con el nuevo art. 781 LECr. y no sólo las concretas del art. 5.2 E., se le autorizaba para realizar la citación coercitiva del 785 bis,2, LECr. en los términos que los arts. 486 y ss establecen para la judicial y por ello pudiendo convertir esta citación, ante la incomparecencia injustificada, en detención; siguiéndole vedadas, como no puede ser menos, la adopción de medidas que limiten derechos fundamentales.

¹³ Ver mi trabajo citado El derecho al Juez imparcial en la doctrina del TEDH.

¹⁴ Sobre estos aspectos ver más ampliamente GIMENO SENDRA El nuevo Proceso Penal, con Almagro, Cortés y Moreno. Valencia 1989, págs. 94 ss., al que sigo.

El art. 781 LECr, introducía un elemento de confusión al señalar que el Fiscal aportaría “los medios de prueba de que pudiera disponer...” lo que nos colocaba ante el interrogante de si el M.F. podía generar actos de prueba. No creo que deba detenerme ahora en los requisitos de los actos de prueba pero es evidente que la intervención de un órgano jurisdiccional, la inmediación respecto del órgano decisor, el contradictorio y el derecho de defensa han de respetarse; y asimismo es evidente que el carácter de autenticidad de las actuaciones que el Fiscal realice o que se lleven a cabo bajo su dirección, carácter que le confiere el art. 5 del E. no significa que éstas tengan valor probatorio.

Aunque el tema no es pacífico, sí parece que existe una sólida tendencia doctrinal a considerar estas actuaciones como prueba preconstituida pero sólo cuando: a) existiera peligro real de pérdida de esa fuente de prueba, b) que no pueda reproducirse en el juicio oral, c) que fuera de todo punto imposible la intervención del órgano jurisdiccional, d) que se respeten el resto de las exigencias probatorias¹⁵.

Parece asimismo que el art. 785 bis intentaba obligar al Fiscal a investigar el hecho y la responsabilidad de los partícipes en el mismo, cuando tuviera noticia de un hecho aparentemente delictivo bien directamente, por denuncia, o atestado de la policía, ante el imperativo “practicará” del precepto citado; cometía no obstante una contradicción al olvidar que en el art. 789.1 ordenaba a la policía entregar los atestados al Juez, que abriría diligencias previas, y que el nº 3 del art. 785 bis establecía que el Fiscal cesará en sus diligencias tan pronto como tenga noticia de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.

Por otra parte no dejaba de sorprender el que por un lado le obligara a investigar y por otro se olvidara de esta investigación en el apartado 3 del 789 al señalar “Sólo en el caso de que las diligencias *practicadas en el atestado*¹⁶ no fueren suficientes para formular la acusación, el Juez ordenará a la Policía o practicará por sí las diligencias esenciales ...” lo que en ningún caso debe entenderse como postergación o minusvaloración de las diligencias de investigación del Fiscal.

Esta tendencia investigadora en favor del M.F. no se llevó sólo, aunque hemos visto que atenuada, al proceso penal sino que también se implantó en el enjuiciamiento de menores ante los Juzgados del mismo

¹⁵ Ver en este punto ASENCIO MELLADO Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid 1989, págs. 159 ss. 16 El subrayado es mío.

¹⁶ El subrayado es mío.

nombre por obra de la L.O. 4/1992 de 5 de junio, que en su art. 2 apartado 2, reforma el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores declarado inconstitucional por STC 36/1991 de 14 de febrero, señalando en el nº 1, del mencionado art. 15, regla 2 "Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos, la observancia de sus garantías, el cuidado de la integridad física y moral del menor, *dirigirá la investigación* de los hechos ordenando que la Policía Judicial practique las actuaciones que estime pertinentes para su comprobación y la participación del Menor..."¹⁷.

No parece que esté dando mal resultado la medida, aunque los expertos en menores dicen que dada la colaboración y coordinación del personal de estos Juzgados es indiferente quien dirija la investigación y que no se puede extrapolar este resultado al proceso penal de mayores. Si resulta más preocupante la eliminación de otros acusadores por lo que de precedente pudiera tener.

Sin embargo en el Proyecto de Ley del Tribunal del Jurado, en el que parece que se adelanta cierto modelo de enjuiciamiento, nada se dice de la dirección de la investigación por el Fiscal.

Una vez que hemos visto brevemente que pretende la investigación, cual es su valor, analizado el tipo de fiscal que tenemos y las prerrogativas que tiene en este campo, conviene que nos preguntemos cuáles serían las ventajas e inconvenientes de que el Fiscal asumiera la dirección la investigación y qué papel jugaría el Juez en esa fase, así como el modelo de enjuiciamiento que sería el adecuado.

Ventajas de la dirección de la investigación por el Fiscal

Se alega en favor de la investigación por el Fiscal la obsolescencia del modelo francés de Juez Instructor que comprometía el acusatorio cuando concentraba la funciones investigadoras y las decisorias; superada esta fase la quiebra se centra en el hecho de que al acordar, de oficio, medidas como el procesamiento o la prisión provisional, apoyadas en indicios racionales de criminalidad o motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión, provoca un condicionamiento que le lleva preferentemente a acumular prueba de cargo que facilitará al Tribunal la sentencia de condena¹⁸. Se dice que esto no ocurriría con

¹⁷ El subrayado es mío.

¹⁸ Vid. GIMENO SENDRA. El nuevo proceso ... cit. págs. 98 ss.

el Fiscal ya que no tendría competencia para acordar ese tipo de medidas.

Da la impresión de que desde estos planteamientos se pasa por alto la necesaria imparcialidad del Juez de Instrucción, que legalmente exige su función y parten de cierto empecinamiento del mismo en mantener una medida limitadora de derechos fundamentales, que parece se hubiera tomado con cierta ligereza, olvidándose que si la ley permite que se acuerden de oficio también autoriza a que de oficio puedan reformarse cuando han desaparecido sus causas, art. 239 LECr.

Olvidan asimismo que la característica de imparcialidad en la actuación del Juez motivó la investigación judicial y el empeño del legislador por evitar lo que se denunciaba en la Exposición de que "... los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostíl que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la Sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que puedan favorecerle".

No es fácil de aceptar que el M.F. vaya a ser más imparcial y menos inquisitivo que un Juez por el sólo hecho de que no puede acordar estas medidas, olvidándose que también el Fiscal puede estar interesado en la acusación y prevalerse de su calidad de director de la investigación para propiciarse una posición de ventaja.

Parece que no interesa recordar la Recomendación (87) 18 del C.M.C.E. de 17 de septiembre de 1987 que establece "La instrucción realizada por una autoridad judicial con carácter previo al enjuiciamiento de la causa, constituye, cuando exista, una garantía para los justiciables ..." garantía que se conservaría sólo en los delitos clásicos de sangre o contra la propiedad, cuya investigación la seguiría llevando a cabo el Juez.

Se alega también en favor de la dirección de la investigación por el Fiscal el reforzamiento del acusatorio en la adopción de las medidas cautelares limitadoras de derechos fundamentales, ya que éstas se acordarían a instancia de parte y con carácter contradictorio por un Juez que nada tiene que ver con la investigación, lo que puede ser una realidad si llega a convertirse en Ley el Proyecto de Ley del Tribunal del Jurado, que en su Disposición final segunda, nº 5, pretende incorporar un nuevo art. 504 bis.2 en el que se determina que la adopción del auto de prisión o de libertad provisional es rogada y contradictoria, salvo imposibilidad de celebrar la comparecencia. Afortunadamente el legislador no se ha olvidado de condicionar esta exigencia a cuando el imputado esté detenido, lo contrario supondría frustrar la efectividad de la medida.

De todas formas es preocupante que siendo en la actualidad el Juez quien dirige la investigación y observando que existen los mencionados motivos no pueda acordar la prisión corriendo el peligro de fuga del imputado por una actuación negligente o acaso interesada de la futura acusación.

Se argumenta asimismo en contra del Juez director de la investigación, la hipervaloración de las diligencias sumariales por la capacidad del Juez de convertir los meros actos de investigación en actos de prueba conversión que, aunque es difícil de justificar ante los requisitos que a la prueba le son exigibles y a los que hemos hecho referencia, ya denunciaba la Exposición de Motivos al señalar "que al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio, que más tarde se convierte en verdad legal... y subleva la conciencia del procesado y que cuando éste, llegado al plenario quiera defenderse no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado". SERRA¹⁹ afirmaba que en la práctica ocurre que instruyendo un Juez y resolviendo otros distintos se corre el grave peligro de que éstos segundos descansen en la labor del primero.

Creo que la doctrina del Constitucional es un freno importante en este campo, a lo que también podría contribuir una adecuada intelección de la Ley por los órganos jurisdiccionales y una mayor preocupación por parte del resto de los llamados operadores jurídicos que evitarán condenas como la del TEDH en sentencia de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá-Mesegué-Jabardo, al declarar la violación del art. 6.1 del Convenio por la "falta de la adecuada presentación y discusión en la vista de pruebas bajo el control público", con las consecuencias que ha traído su ejecución por nuestro T.C. en sentencia de 16 de diciembre de 1991, creando vías de rescisión de sentencias firmes al margen de las de "lege data".

Es justo reconocer que esta hipervaloración no podría darse si quien dirige la investigación es el Fiscal porque, como decíamos antes, no puede generar actos de prueba.

Otro argumento que se esgrime es que se ganaría en celeridad; qué duda cabe que uno de los mayores problemas que tiene la Administración de la Justicia es la imposibilidad de hacer efectivo el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, consagrado en el art. 24.2 de la C.; que desde el Ejecutivo con su pasividad y con la cooperación necesaria de los diferentes operadores a los que nos hemos referido,

¹⁹ SERRA DOMÍNGUEZ. La instrucción cit. pág. 119.

este derecho fundamental está prácticamente vacío de contenido, lo que propicia la huida hacia medios alternativos en la solución de los conflictos en aquellos campos en que la disponibilidad de la materia lo permite.

Tampoco nuestro T.C. ha contribuido en nada a su aseguramiento pues ya en la famosa sentencia de 23 de enero de 1985, caso Sanders, por el que el Estado español fue condenado más tarde por el TEDH, añade a los criterios del mencionado Tribunal, en la interpretación del plazo razonable, el standar medio de duración admisible de los procedimientos, desde donde se propicia la conversión de lo anormal en normal.

La condena al Estado español, en este campo, no se ha producido sólo a nivel supra-estatal en la sentencia citada del Caso Sanders, la Sala de la Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 12-4-1994, ha condenado, por primera vez a nivel interno, al Estado al pago de una indemnización por funcionamiento anormal de la administración de la Justicia debido a dilaciones indebidas producidas en un proceso civil de separación.

La duración de los sumarios es una honda preocupación en la citada Exposición de Motivos de la L.E.Cr., reflejada al afirmar que "... sería temerario negar que aun bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos..." para terminar el párrafo diciendo "... el ciudadano de un pueblo libre no debe ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado".

De poco han servido las indicaciones de la Ley contenidas en el art. 324, "en la práctica se acostumbra a dar al sumario un carácter amplísimo y se considera erróneamente que en él deben practicarse todas las diligencias imaginables, procediendo su conclusión tan sólo cuando no cabe la práctica de nuevas diligencias"²⁰; atribuyendo tal celo de exhaustividad a que la "Audiencia no le revoque el sumario"²¹.

La exigencia de simultanear funciones civiles y penales se alega también como causa que influye en la duración y dejación de funciones, ya en la citada Exposición se decía: "... que confundido lo civil con lo criminal y abrumados los Jueces de primera instancia por el cúmulo de sus múltiples y variadas atenciones, delegan frecuentemente en el Escribano, quien, a solas con el procesado y los testigos, no siempre interpreta el pensamiento, ni retrata con perfecta fidelidad las impresiones de cada uno por grande que sea su celo..."

²⁰ SERRA DOMÍNGUEZ La instrucción cit. pág. 122.

²¹ GIMENO SENDRA El nuevo proceso ... cit. pág. 100.

Hay que decir, no obstante, que si este problema no se ha sido corregido en su totalidad, el de la agilización se ha hecho en buena parte en la regulación las diligencias previas.

No parece sin embargo tan claro que el Fiscal vaya a conseguir una mayor celeridad en la tramitación, ya que también puede sentirse inclinado hacia esa exhaustividad queriendo hacer ahora lo que debería hacerse en el juicio oral; no olvidemos que el Fiscal tiene su tanto de culpa en esta excesiva duración. Tengo mis dudas de que las posibles combinaciones al Fiscal de cara a la agilización de la investigación sea semilla que caiga en campo más abonado que el jurisdiccional; la solución portuguesa del art. 276 del CPP de que el Procurador General de la República "avoque", es decir llame a sí, la investigación y proceda en la forma establecida en el art. 109, no se que resultados habrá dado si es que se ha producido en nuestro vecino país.

Inconvenientes

La atribución de la dirección de la investigación al fiscal puede generar toda una serie de inconvenientes entre los que voy a destacar los siguientes.

Dejación de funciones en manos de la Policía Judicial; la amplitud de cometidos que al Fiscal se le encomiendan a los que hemos hecho referencia, unido a las carencias en materia de personal e infraestructura ya expuestas, podrían propiciar esta dejación, con el consiguiente riesgo; hecho que hace algunos años ya se denunció en Alemania.

Desigualdad entre las partes acusadoras que ya propició la reforma de 1967 y mantiene en algunos puntos la de 1988, una situación de favor para el Fiscal en detrimento de otros acusadores que, en calidad de parte principal y no como meros coadyuvantes, pueden actuar junto a él, en el proceso penal, en virtud de la legitimación concedida por los arts. 124, 125 C, 19.1 LOPJ y 101 LECr. La solución no puede hallarse suprimiendo o recortando la acción popular, como se pretendió en otras épocas, amparándose en los intereses espurios que podían guiar su ejercicio y en la, al parecer, probada inutilidad de la misma.

Desventajas para el acusado derivadas de la posible identificación del papel del Fiscal con el de acusador, identificación que es una realidad a nivel popular lo que no deja de resultar preocupante, con lo que podría verse tentado a utilizar su papel de director de la investigación para obtener una posición de ventaja de cara al juicio oral, pese al principio de imparcialidad que debe informar su actuación.

Parcial aceptación de este nuevo cometido por parte del cuerpo de fiscales, lo que me inclino a creer que es más por causa de exceso de responsabilidad que por desidia.

Si analizadas las ventajas e inconvenientes se pensara que conviene, siguiendo el ejemplo de las últimas reformas en Portugal e Italia, atribuirle al Fiscal de dirección de la investigación, la pregunta que deberíamos hacernos es qué tipo de reformas orgánicas y procedimentales serían necesarias, así como el papel que desempeñaría el Juez de instrucción en la investigación.

Reformas orgánicas

A nivel orgánico la primera exigencia sería la reestructuración de las funciones del M.F. con la eliminación de aquellas que dificulten la defensa de la legalidad fundamentalmente en el proceso civil. (Labor dictaminadora, representación de intereses particulares etc.)

No menos importante es la necesaria especialización del Cuerpo, en consonancia con los distintos órdenes jurisdiccionales que quizás debería retrotraerse al ingreso (El Reglamento Provisional Admón. de Justicia de 1835 hacía posible, art. 100, un fiscal para lo civil y otro para lo penal) Ello evitaría la realidad de las palabras de ALLORIO "El P. M. es un órgano de la justicia penal, para la justicia civil no hay preparación ni interés"

Creación de la infraestructura necesaria para la realización de sus funciones y no sólo de la infraestructura material, que es importante, sino también de la humana a través de la ampliación de las plantillas en lo que fuera necesario y mediante la creación de una verdadera Policía Judicial dependiente, no sólo desde el punto de vista funcional sino orgánico, de Jueces y Fiscales; quizás a través de lo que ha venido denominándose "opa jurídica" Justicia-Interior, lo contrario sería funesto para un Estado de Derecho, pudiera ser un buen momento para conseguirlo.

Pero nada de esto sería eficaz sino se establece como logro prioritario dotar al M.F. de independencia frente al Ejecutivo, independencia que de no existir podría condicionar su papel de director y que es absolutamente imprescindible para realizar sus funciones, todas sus funciones. El tema pasa por una decidida voluntad política, no fácil de conseguir pues el Ejecutivo históricamente no ha podido resistirse al atractivo de someter al Judicial, y por las necesarias reformas orgánicas que, como cuestión técnica, son perfectamente factibles, reformas que eliminan, en consonancia con la doctrina jurisprudencial, cualquier sombra de duda sobre posibles vinculaciones.

Esta voluntad política no parecía muy clara cuando se plasmaron por la Sección Especial para la Reforma Procesal, de la que formé parte, los denominados "Criterios para redactar el Proyecto de Ley de Bases para la Reforma Procesal" donde se decía en el XXI "La dirección de la investigación corresponderá al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las reformas estatutarias precisas. Se regularán las atribuciones judiciales para adoptar aquellas medidas cautelares que requieran autorización o intervención judicial"; quizás la falta de esa voluntad impidió que se trabajara más profundamente en el necesaria reforma del enjuiciamiento penal.

Reformas procedimentales²²

A nivel procedural esta medida debería ir acompañada de la reforma del modelo de enjuiciamiento penal, siendo absolutamente necesario, a fin de evitar acusaciones infundadas y juicios innecesarios, que la fase de investigación fuera seguida, salvo contadísimas y regladas ocasiones, de un juicio de acusación o audiencia preeliminar, jurisdiccional y contradictoria tendente a comprobar el fundamento de la acusación o la posibilidad de sobreseimiento de las acusaciones, con lo que la investigación habría cumplido su fin. Es absolutamente cierta la afirmación de que no hay juicio más injusto que aquel que no debió iniciarse.

La reforma procedural debe afectar también a la propia fase de investigación que debería estar ordenada, por lo que al Fiscal se refiere, a la recogida de instrumentos y datos tanto referidos al hecho y sus circunstancias, como los relativos a la posible autoría de los mismos, tanto los de cargo como los de descargo, en la forma que haga posible la formulación del escrito de acusación o en su caso el archivo, garantizando los derechos del resto de los acusadores, del imputado y de la víctima.

Dada la finalidad de esta etapa y la existencia de la siguiente se podría pensar si acaso conviniera, una atenuación de la contradicción sin que ello, en ningún caso, conlleve la conculcación del derecho de defensa, el olvido de la víctima y sin perder de vista la importancia de esta etapa inicial; creo que desde estas consideraciones se ha de regular la intervención de las partes en esta fase.

Cuando ALONSO MARTÍNEZ se proponía llevar, en cierta medida, el acusatorio al sumario afirmaba que habría de instaurarse "... desde el momento en que la publicidad y la contradicción no sean un peligro para la sociedad interesada en el descubrimiento de los delitos..." afir-

²² Vid. mi trabajo Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal.

mando más adelante que "Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo del procedimiento por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro, desigualdad calculadamente introducida por el criminal...Para restablecer pues la igualdad es menester que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos siquiera sea para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor..."

Creo asimismo que debe potenciarse y ampliarse la acción popular, procurando que la misma cumpla la triple función que tiene de vigilar, complementar y suplir; el nuevo modelo ha de regularse de manera que ninguno de esos aspectos quede o pueda quedar mediatisado o contrarrestado por la actuación del M.F.; lo que sería trasladable a la posibilidad del art. 642 LECr.

Esta potenciación de la acción popular tambien aparecía en los criterios de la Sección Especial, a los que antes hice referencia, en el mismo n° XXI se decía "Se reforzará de acuerdo con la Constitución la función de la acción popular en la incoacción y desarrollo del proceso penal".

No menos importancia tiene la regulación de las posibles delegaciones por parte del Fiscal que creo deben ser pormenorizadamente reguladas para evitar que el final sea la Policía el verdadero director de esta fase.

Papel del Juez

La posible dirección de la investigación por el Fiscal no podría significar nunca la eliminación del Juez de Instrucción en esta fase, su papel puede ser relevante no sólo como órgano, más que controlador, garante sino desde la realización o autorización de determinadas actuaciones cuya competencia es exclusiva del personal jurisdicente.

Su papel de órgano garante tiene mucho que ver con la "paridad" de las partes, evitando por ejemplo denegaciones injustificadas de diligencias de averiguación por el M.F., o archivos de actuaciones que, por lo que de denegación de tutela pudieran suponer, debe acordarlos el Juez. Ese equilibrio podría quedar asegurado mediante el oportuno trámite de control ante el Juez.

Hay además, como acabo de señalar, actuaciones que son competencia exclusiva del personal jurisdiccional, me refiero a las actividades de aseguramiento, a las medidas, cautelares o no, que impliquen limitación de derechos fundamentales.

Lo mismo ocurre en materia de posible prueba anticipada, valedera para el juicio oral, donde la presencia del Juez es imprescindible, de ahí la necesidad de interpretar adecuadamente los arts. 726, (del examen de oficio deberían excluirse las actuaciones del Fiscal que no puedan ser tenidas en cuenta a efectos de los hechos probados) y 730 (referido a prueba anticipada) LECr.

Desde todas estas consideraciones la dirección de la investigación por el Fiscal parece más bien un tema de voluntad política, de aceptación por el colectivo y reformas técnicas que podrían llevarse a cabo; otra cosa es que no sea el mejor momento; que pensemos fundamentalmente que no compensan las ventajas; o que sería preferible encauzar nuestros esfuerzos en la línea de poner fin a las deficiencias que la investigación judicial tiene hoy en día porque al final ésta resulta más garantista.

Ávila, 18 de marzo de 1994