

EL MINISTERIO FISCAL EN LA INSTRUCCIÓN PENAL

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina*

1

Una reconsideración y puesta al día de nuestro sistema de administración de justicia son necesarias. Y, en trance de afrontarlas, es una demostración de realismo y de práctica sabiduría apreciar que, no obstante la fuerza atractiva de la disquisición, nada verdaderamente útil puede proponerse sin asentar con firmeza la reflexión, primero, y la recomendación, después, en la planta y demarcación judicial que, al decir de la exposición de motivos de la Ley vigente de 1988, “es el pilar normativo sobre el que se apoya el cumplimiento de los fines constitucionalmente atribuidos al poder judicial en el Estado social y democrático de Derecho”.

El nuevo modelo ha de estar al servicio de la mayor eficiencia en el desempeño de la función jurisdiccional, lo que supone asumir como datos algunos rasgos —ejercitar algunas opciones— si se quieren ofrecer expectativas de futuro razonables.

El informe presentado al Gobierno el 29 de julio de 2011 por el Ministro de Justicia y los correspondientes anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal y de Desarrollo de los Derechos Fundamentales Vinculados al Proceso Penal hicieron que el foco de atención se pusiera y el debate inicial se centrara sobre la instrucción en el proceso penal. Yo soy

* Sesión del día 10 de enero de 2012.

partidario de que el fiscal asuma el peso de la instrucción y de que el juez sea el garante del procedimiento. Anticipo, así, mi posición y justifico la oportunidad de tratar esta cuestión respecto de la que —según se ha visto tras las últimas iniciativas y cambios en la titularidad del Departamento de Justicia y de la Fiscalía General del Estado— la carrera fiscal parece dividida, la judicial no lo termina de ver claro y el PP —partido hoy gobernante— se ha mostrado reticente a entregar la instrucción a los fiscales (a tenor de algunos comentarios de prensa).

Un repaso, aunque necesariamente sintético, a la evolución legislativa —y a la práctica— evidencia que la instrucción penal, inquisitiva primero entre nosotros, ha ido ajustándose a perfiles propios del modelo acusatorio.

La exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, exposición debida a la concepción y a la pluma de D. Manuel Alonso Martínez, es muy ilustrativa:

“El reglamento provisional de 1835 y las disposiciones posteriores introdujeron evidentes mejoras en el procedimiento criminal; pero no alteraron su índole esencialmente inquisitiva. Las leyes de 15 de septiembre de 1870 y 22 de diciembre de 1872, inspirándose en las ideas de libertad proclamadas por la revolución de 1868, realizaron una reforma radical de nuestro sistema de enjuiciar, con el establecimiento de juicio oral y público; pero mantuvieron el principio inquisitivo y el carácter secreto del procedimiento en el período de instrucción, siguiendo —entonces— el ejemplo de Francia Bélgica y otras naciones”. El Ministro Alonso Martínez no vaciló —nos dijo él mismo— en aconsejar que se diera un paso más en el camino del progreso “llevando en cierta medida el sistema acusatorio al sumario mismo que es, después de todo, la piedra angular del juicio y la sentencia”.

“El Gobierno —prosiguió Alonso Martínez— cree ser consecuente con el espíritu liberal que informa su política, introduciendo dentro de ciertos límites racionales el sistema acusatorio en el sumario, lo cual constituye un gran progreso sobre la ley de 22 de diciembre de 1872...”.

“Y aunque pudiera suponerse que algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica, llegará hasta este último límite del sistema acusatorio, el Gobierno de V.M. ha creído que la transición sería hoy demasiado brusca para este país en que los jueces han sido hasta ahora omnipotentes, persiguiendo los delitos por su pro-

pia y espontánea iniciativa, instruyendo las causas los mismos que habían de fallarlas, ejerciendo la facultad omnímoda de separarse de los dictámenes fiscales, así durante la sustanciación como en la sentencia definitiva, calificando según su propio juicio el delito y designando la pena sin consideración a las conclusiones de la acusación y de la defensa, y empleando por último la fórmula de la *absolución de la instancia* o, lo que es lo mismo, dejando indefinidamente abierto el procedimiento cuando, faltos de pruebas para condenar, infundían en su mente las diligencias sumariales livianas sospechas contra el acusado. La sociedad debe marchar como la naturaleza, gradualmente y no a saltos: los progresos jurídicos deben irse eslabonando, si han de encarnar en las costumbres del país”. Por esto, el Gobierno propuso (en 1882) la solución contenida en el artículo 733 (LECr): según la estructura de la entonces nueva Ley, “concluido el sumario, las partes hacen la calificación provisional del hecho justiciable; sobre sus conclusiones versan las pruebas que se practican durante todo el juicio y, al término de éste, cuando ya no faltan más que los informes del fiscal y del defensor del acusado, se autoriza a uno y otro para confirmar, rectificar o variar, en vista de las pruebas, su primera calificación.”

El tenor de estas reflexiones está en sintonía con el explícito propósito de algunas de las más recientes reformas de países de nuestro entorno, reformas a cuyo compás pienso que se acomoda la iniciativa española en curso de que se dio cuenta en julio de 2011 y que conduce a colocar la investigación bajo la dirección del Ministerio Fiscal, modelo ya de antiguo considerado razonable y deseado por prominentes figuras de la doctrina y que ha sido objeto de inmediatos reproches y hasta de descalificación, más fruto de prejuicios que de una sosegada reflexión, considerándolo asociado inexorablemente a desviaciones consecuentes a reprobables intereses partidistas. El modelo —ciertamente y como cualquier otro— puede ser manipulado, pervertido y servir a objetivos torticeros. Pero es preciso discurrir desde los presupuestos del Estado de Derecho aceptado y servido con limpieza.

Por ello debe hacerse firme la voluntad de conjurar los peligros reflejados en la doctrina y la experiencia histórica y asociados al delicado papel del Ministerio Fiscal en el proceso penal, dadas sus extensas relaciones y conexiones con el Poder político, y considerado su carácter polifacético, dada la naturaleza multiforme de la institución.

Hay que anticipar una idea central, capital, con ecos de la ya venerable reflexión de Alonso Martínez y que radica en considerar que la instrucción no es sino la preparación del juicio oral en el que se realizan las pruebas, se formaliza el proceso y se llega a la resolución judicial con la que se termina.

El modelo inquisitivo, en abstracto, en los términos más conocidos entre nosotros, acaba por subvertir ese planteamiento, porque —en él— la instrucción, más que la preparación, cabal y exhaustiva del juicio, se erige en la fase nuclear del proceso, de modo que el juicio oral queda postergado más allá de lo que podría parecer razonable y, con harta frecuencia, aparece materialmente devaluado por la extensión y duración de lo que debería ser tan solo su fase preparatoria.

Por tanto, a fin de hacer efectivas las formas modernas de administrar justicia tal como se desenvuelven en las sociedades avanzadas de nuestro entorno, halla justificación material y oportunidad temporal la atribución de la función investigadora penal al Ministerio Fiscal. Sin abordar esta reforma estructural, todo intento de racionalizar las bases de la planta y demarcación puede resultar estéril. No hay que olvidar que la litigiosidad continúa aumentando, sin que la creación de nuevas unidades judiciales reduzca el volumen de asuntos pendientes. De toda la carga de trabajo que soportaron nuestros tribunales en el período 1999-2008, los asuntos penales ingresados anualmente en los órganos jurisdiccionales representaron más de un 75%. A su vez, el porcentaje de la carga penal en los pequeños partidos judiciales, en los que se ubican los juzgados mixtos penales y civiles, se situaba en el año 2007 en un 60 %, con un límite máximo del 80%. Sin embargo, tomando como referencia ese año, de todos los asuntos incoados como “diligencias previas”, un 95% finalizó en esta fase previa instructora, y sólo un 5% alcanzó la fase intermedia —fase preparatoria del verdadero juicio oral— que es el momento procesal que exige la completa judicialización de las actuaciones.

Sabido es que, según la Ley de 8 de abril de 1967, las diligencias previas en los delitos menores fueron encomendadas al Juez instructor, decisor de la primera instancia, habiéndose advertido que ello prima a la tendencia inquisitiva frente a la acusatoria que se funda en la separación —en el alejamiento— de las funciones de instruir y sentenciar.

En palabras de Carnelutti, “la investigación es un trabajo psíquico y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de arrastrar al investigador a una supervaloración de los resultados de la investigación,

delineándose en él un interés por el éxito de aquélla; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece a la investigación, perjudica la valoración de sus resultados; se ponderan mejor tales resultados cuando se refiere a una investigación de otro que cuando son consecuentes a una investigación propia”.

3

En Europa, a lo largo de las últimas décadas, al menos desde mediados del pasado siglo, el modelo de proceso penal se ha visto sometido a un sustancial movimiento de reforma en el que el principio de orientación radica en la necesidad de considerar y profundizar las conquistas ya alcanzadas por el proceso penal liberal en lo que éste supone de reforzamiento de la imparcialidad, de generalización del principio acusatorio y, en definitiva, de fortalecimiento de la igualdad de partes a través de la contradicción y el ejercicio del derecho de defensa desde el inicio del procedimiento.

La tendencia descrita ha supuesto la necesidad de redefinir -y como su consecuencia la de reasignar- los papeles que desempeñan durante la instrucción el Juez y el Ministerio Fiscal. El resultado ha sido que, en los casos relevantes —valgan los ejemplos de Alemania, Portugal o Italia—, el Ministerio Fiscal no quedara a resultas de la iniciativa judicial y asumiera directamente la actividad tendente al esclarecimiento de los hechos y al acopio de los elementos en los que sustentar la pretensión de punición de aquéllos. El cambio de la estructura del proceso penal en muchos de los países europeos ha supuesto la desaparición de esa doble función, que alguien muy expresivamente calificó como de escudo y espada, que asumía el Juez de Instrucción. Es decir, el dirigir y llevar a cabo la persecución del delito garantizando simultáneamente el estatuto jurídico de todos los afectados por la investigación.

En esta reordenación de los roles del proceso, la persecución del delito es atribuida al Ministerio Fiscal, mientras que el Juez, desde una posición procesal verdaderamente imparcial, se convierte en garante de la corrección de aquella tarea: dicho de otra forma, en juzgador de la investigación.

Quizá el país que mejor encarna el cambio de un modelo de Juez de instrucción a otro de Fiscal investigador sea Alemania. La Ordenanza procesal alemana de 1 de febrero de 1877 fue seriamente reformada en el año 1974 de modo que el Ministerio Fiscal se erigió en institución protagonista de la actividad investigadora. La legislación alemana vigente se propuso así asegurar la atribución en exclusiva de la "dirección de la investigación" a la Fiscalía en un doble sentido:

- 1) Por una parte, limitando la capacidad de actuación autónoma de la Policía a la "primera intervención" (*erste Zugriff*),
- 2) Por otra parte, limitando dos aspectos de la actividad del "juez de la investigación" (*Ermittlungsrichter*):
 - a) primero, por restricción de su ámbito de acción a las medidas de intervención tasadas constitucional y legalmente,
 - b) segundo, por acotamiento del alcance de su intervención a la mera constatación del cumplimiento de los presupuestos legales de la medida solicitada, sin revisar la utilidad u oportunidad de ésta para el buen curso de la investigación.

Con todo ello se procura una doble finalidad: primero, controlar la actividad policial de investigación a través de un órgano objetivo (la Fiscalía) que tiene el deber de obtener tanto los elementos de cargo como los de descargo; segundo, evitar los problemas inherentes al "juez inquisidor", esto es, el riesgo para la imparcialidad que deriva del interés del órgano judicial en el buen fin de la investigación —en la que se halla implicado— y el consiguiente peligro de indefensión del investigado.

La experiencia alemana tuvo un influjo decisivo en el Código de procedimiento penal portugués de 1987 y en la creación de una investigación autónoma del fiscal denominada "*inquerito*". La "instrucción" pasó a identificarse en Portugal con la fase intermedia, en la que eventualmente el juez puede complementar la investigación del fiscal tanto a instancia de la defensa como del acusador particular.

También cabe resaltar las singulares reforma y contrarreforma que ha sufrido el proceso penal en Italia. Estas han conducido a un modelo de base adversarial, con investigaciones separadas de la acusación, un modelo en el que la figura del fiscal tiene también la peculiaridad de estar incardinada en el poder judicial.

Sería excesivo el intento de acometer ahora el análisis más pormenorizado de las reformas en cada uno de los distintos Estados de nuestro entorno. No se puede olvidar, empero, que también Francia, país con el que compartimos todavía un modelo creado por nuestros vecinos, se encuentra en un periodo de reconsideración del mismo. El *Rapport du Comité de Reflexión sur la Justice Pénale*, encargado por la Presidencia de la República y el Primer Ministro y presentado por el Comité de Reforma del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, presidido por Philippe Léger, hace poco más de dos años, el 1 de septiembre de 2009, somete a dura crí-

tica el sistema de investigación caracterizado por la figura del Juez de Instrucción.

Y es que, como ya he dicho, la instrucción, configurada en origen como una actividad de mera preparación del juicio oral y, por tanto, subordinada a ese momento culminante del procedimiento, ha experimentado una transformación a consecuencia de la cual se ha sobredimensionado, de un lado, su duración y, de otro, se ha desnaturalizado por desbordamiento su carácter instrumental. De esta suerte se ha convertido la instrucción en una fase excesivamente dilatada en el tiempo, con perjuicio para los que sufren las secuelas aflictivas del sometimiento a un proceso penal. A la vez, se ha difuminado la exclusividad del Plenario en cuanto verdadero momento de la prueba.

En nuestro caso, como muchos autores han señalado, estos efectos —a todas luces inconvenientes— son consecuencia del hecho de que sea el Juez quien lleve a cabo la instrucción, alcanzándose la conclusión de que quien dirige, ordena y realiza la investigación no puede, a la vez, no ya enjuiciarla en su fondo, naturalmente, sino tampoco juzgar con las debidas garantías de imparcialidad si se investiga correctamente, si se da a las defensas las mismas oportunidades que a la acusación o si las medidas cautelares poseen el adecuado fundamento.

A este respecto se ha dicho que algunos de los males que destacó Alonso Martínez hace más de ciento veinticinco años, como los de la excesiva duración de los procesos o la desmedida importancia atribuida al material probatorio recopilado durante la instrucción, en demérito del juicio oral, todavía persisten en nuestros días. Y conviene recordar que ya entonces se planteaba como vía para superar aquellas deficiencias la de llevar el sistema acusatorio hasta sus últimos límites y consecuencias.

En este contexto, con las diferencias que los caracterizan, los sistemas de nuestro entorno parten de la idea de que el juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales realizados por el fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de recursos, porque el papel que debe desempeñar el juez durante la investigación no es más (ni menos) que el de garante de los derechos de las partes, esencialmente del sujeto pasivo del proceso. Parece —yo así lo creo— que esta vía es la única que nos podemos plantear en el marco del fortalecimiento de las garantías en el proceso penal. En efecto, sólo de este modo opera con firmeza el principio de imparcialidad judicial y se aplica mejor el principio de exclusividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional por los jueces y magistrados.

La anunciada nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (789 artículos) incorpora, entre otros muchas prescripciones innovadoras según el anteproyecto publicado, la de que el Ministerio Fiscal asuma la dirección de la investigación, pero siempre bajo un control judicial imparcial, pues el juez, al no dirigir la investigación, puede resolver los conflictos sin estar contaminado de ningún posible prejuicio. En definitiva, investigará el fiscal, pero habrá "más juez" en el proceso penal.

Se introduce, así pues, un mayor control judicial. Frente al gran avance que supone la dualidad que separa al juez instructor que investiga del juez o tribunal que juzga, el nuevo modelo dispone la existencia de un juez de garantías (que controla la investigación del fiscal), un juez de la audiencia preliminar (que determina si existen elementos suficientes para sostener la acusación) y el juez o tribunal que finalmente juzgará la causa.

En suma, con el nuevo modelo de proceso penal la investigación la dirige el fiscal y el proceso de investigación es controlado por el juez.

El Ministerio Fiscal actuará con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad y, por ello mismo, se crea la figura del "fiscal responsable de la investigación", que queda individualmente determinado y estará asistido de todas las garantías previstas en su Estatuto Orgánico. Además, ese fiscal podrá dirigir un equipo de fiscales cuando la naturaleza de la investigación así lo exigiera.

El fiscal inicia la investigación mediante decreto que, salvo en los casos en que se haya acordado secreto, será comunicado a los denunciantes, ofendidos o perjudicados, así como a las personas investigadas, informándoles de sus derechos.

Si el fiscal decidiese archivar la denuncia, esta decisión podrá ser recurrida ante el juez de garantías. Asimismo, si el fiscal denegase la práctica de alguna diligencia de investigación interesada por la defensa, ésta también dispone de recurso ante el citado juez.

Todas las diligencias de investigación que acuerde practicar el fiscal y que afecten a derechos fundamentales requerirán siempre de la previa autorización judicial.

El fiscal cuenta con un plazo legalmente fijado para llevar a cabo la investigación (doce meses y hasta dieciocho meses en investigaciones de la Fiscalía de Audiencia Nacional o de las fiscalías especiales) y sólo podrá ser

prorrogado cuando el juez lo autorice expresamente previa audiencia de las partes.

Concluida la fase de investigación, si el fiscal considera que existe prueba suficiente, ejercerá la acción penal presentando escrito de acusación ante el juez de la audiencia preliminar, celebrándose el denominado “juicio de acusación”, en el que se tendrán presentes las pruebas aportadas y las alegaciones de las partes.

Si el juez considera que existen motivos para procesar, se iniciará ante otro juez o tribunal el juicio oral en el que se decidirá la culpabilidad o la inocencia de los acusados. En todas estas otras fases del proceso las funciones del fiscal son sustancialmente similares a las que ejerce en la actualidad, incluidas las que le habilitan para la interposición de recursos.

5

Un control judicial objetivo e independiente es la clave de bóveda del sistema propugnado. El juez pasa a ser una figura ajena a la investigación, situado por ello en posición idónea para resolver los conflictos que se generen en el curso de la investigación; al no dirigir ésta, puede dirimir dichos conflictos sin estar contaminado con los prejuicios y sesgos propios del investigador.

La importancia y amplitud del control judicial se infieren de una simple enunciación de algunas de las funciones del Juez de garantías en la fase de investigación (funciones consignadas en el artículo 2.2 del título preliminar de la LECr en preparación):

1° autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos; 2° resolver sobre las peticiones de medidas cautelares; 3° asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de pérdida de la misma; 4° controlar la duración de la investigación; 5° autorizar el secreto de la investigación y su prórroga; 6° disponer el sobreseimiento del procedimiento de investigación; 7° resolver las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal; 8° autorizar la reapertura del procedimiento cuando éste se haya dirigido contra una persona determinada; 9° ordenar, a instancia de la defensa o de los acusadores particulares o populares, la realización de diligencias de investigación complementarias a las practicadas por el Ministerio Fiscal; 10° amparar a la víctima del delito cuando esta condición le sea denegada por el fiscal en el curso de la investigación; 11° adoptar medidas de protección a favor de las víctimas especialmente vulnerables; 12° decidir sobre la personación e intervención de los acusadores populares; 13° resolver sobre la

exclusión de la acción civil cuando ésta pueda originar retrasos graves en la tramitación del procedimiento.

No menor importancia tiene el control judicial en la fase intermedia en la que se desarrolla un auténtico juicio de acusación a cargo de un juez que no ha participado en la actividad investigadora y que, por tanto, en ningún momento ha respaldado la tesis acusatoria. Se trata de someter a control judicial la acción penal que pretende ejercerse una vez concluida la investigación.

En el juicio de acusación, el juez de la audiencia preliminar puede disponer el sobreseimiento por inexistencia del hecho, por no ser éste constitutivo de delito o por inexistencia de responsabilidad criminal, por cosa juzgada o por prescripción de la infracción. Éstos son los motivos que se identifican en la legislación actual con los que fundan el sobreseimiento libre.

También procede el sobreseimiento por insuficiente fundamento de la acusación:

- Cuando, atendidos los medios de prueba que la parte acusadora pretende hacer valer en el acto del juicio, la acción penal no pueda prosperar.
- Cuando la acusación sólo se sustente en la declaración del coacusado, el testimonio de referencia o la identificación visual sin elementos suficientes de corroboración.

Se introduce, pues, un verdadero juicio de acusación que abarca los antiguos motivos de sobreseimiento provisional y los liga al derecho a la presunción de inocencia. Se proyecta que produzca efecto de cosa juzgada, impidiendo un ejercicio meramente exploratorio de la acción penal.

Procede también el sobreseimiento judicial cuando se haya causado un perjuicio irreparable para la defensa por haberse retrasado indebidamente la celebración de la primera comparecencia, sancionándose así cualquier táctica dilatoria en el ejercicio del derecho de defensa (un ejemplo paradigmático del perjuicio de que se trata podría ser el haber impedido la obtención de una prueba que evidenciara la falta de responsabilidad).

Procede igualmente el sobreseimiento cuando la acusación particular y el fiscal no ejercen la acusación en los delitos que tutelan bienes individuales. En los delitos que tutelan bienes colectivos, puede ser acusación única la del actor popular.

El Juez podría proceder en el juicio de acusación a la exclusión de los acusadores cuando apreciara su falta de legitimación, bien por no tener la condición de víctima, bien por no defender un interés público justificativo de la acción popular.

6

Es manifiesto que el proyecto de encomendar la investigación al Ministerio Fiscal suscita —no obstante sus ventajas y racionalidad— el recelo derivado de la consideración de que el principio de jerarquía en la organización de dicho Ministerio lo convierte en instrumento sujeto a la decisión del poder político y, derivadamente, a los intereses partidistas.

Frente a ello es necesario proclamar un principio de identidad institucional que antepone, a las consecuencias de la jerarquía interna, las primarias exigencias incondicionadas de los principios de legalidad, de objetividad y de imparcialidad, que han de señorear la cultura jurídica vigente, en general, y la actuación personalmente responsable de cada miembro del Ministerio Fiscal (artículo 124 de la Constitución española).

Un elemental sentido de la posición institucional asumida por cada uno y la consecuente lealtad a esa posición debieran prestar soporte a la fiabilidad de la nueva concepción proyectada y a la atribución consiguiente de funciones y obligaciones. La dicha posición se sustenta con fundamento en la propia Constitución y ha de prevalecer frente a cualesquiera intentos de ser torpemente interferida a partir de la organización, del sistema de selección y de nombramientos o de la articulación del complejo representado por el Ministerio Fiscal. Si la actuación de los miembros de éste se desvía o la de quienes nombran o eligen desvirtúa su misma concepción, sólo cabe corregir con firmeza o llegar a la desoladora conclusión de que no se dan los supuestos primarios del orden democrático de convivencia ni las condiciones necesarias para desplegar y lograr las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho.

En todo caso, bueno es advertir, finalmente, que unos y otros deben poner en valor las más estrictas garantías (inamovilidad, limitación temporal del cargo de Fiscal General del Estado, por ejemplo) y hacer visible la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, conforme el artículo 9.1 del texto constitucional.

Quede así afirmado ahora y quede hecha la remisión a una ulterior exposición sobre los términos y requisitos en los que cabe confiar para ase-

gurar la posición propia del Ministerio Fiscal en el sistema procesal del Estado democrático y social de Derecho en que España se halla constituida por inicial prescripción de nuestra Constitución.