

Ministerio Fiscal y reforma del proceso penal. Normas y principios

Alberto Manuel López López
Fiscal
Doctor en Derecho

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.—II. RAZONES PARA EL CAMBIO DE SISTEMA PROCESAL.—III. REFORMAS PROCESALES.—IV. REFORMAS ORGÁNICAS.—V. LA RESISTENCIA PSICOLÓGICA AL CAMBIO.

I. PRESENTACIÓN

La modernización de nuestro actual sistema de enjuiciamiento penal ha llegado a convertirse en una aspiración generalmente compartida por todos los españoles, aunque esta unanimidad inicial tampoco sirve para ponernos de acuerdo sobre el sentido y dirección de las reformas. En especial, las más alejadas posiciones las encontramos en la configuración jurídica e institucional de la fase preparatoria del juicio oral o, por mejor decirlo, en el modo de instruir las causas penales¹.

Para unos, el escrupuloso respeto de los derechos individuales que se ponen en juego en toda investigación criminal impone la existencia del Juez de instrucción, por lo que, sacrificando cualesquiera otros intereses en juego, consideran que el sistema procesal actualmente vigente debe ser remozado (ampliando medios; incorporando nuevas tecnologías; simplificando trámi-

¹ Expone los fundamentos de las opciones posibles, con la claridad y precisión que le son habituales, Antonio NARVÁEZ RODRÍGUEZ: *La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*. Ministerio de Justicia. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal VI, pp. 133 y ss.

tes; etc.), pero en ningún caso sustituido por otro en que la dirección personal de la investigación no esté reservada a un órgano jurisdiccional².

Para otros, en cambio, el sucesivo y anunciado fracaso de las diversas fórmulas dinamizadoras del proceso penal que se han venido introduciendo en nuestra centenaria Ley procesal a través de las reformas parciales de los últimos años (la última de ellas por Ley 38/2002, de 24 de octubre) son el mejor exponente de que nos hallamos ante un grave defecto estructural, que sólo podrá solucionar un nuevo y moderno sistema procesal penal³.

El estudio de los múltiples y enjundiosos problemas –jurídicos, materiales, sociológicos y políticos– que entraña el abandono de nuestro obsoleto proceso penal sobrepasaría ampliamente los límites razonables de un trabajo de las presentes características, por lo que vamos a limitar nuestro comentario a la visión que una buena parte de la Carrera Fiscal tiene de las razones que impulsan la reforma, el sentido que debe darse a la misma y alguno de los grandes obstáculos que ésta habrá de salvar.

II. RAZONES PARA EL CAMBIO DE SISTEMA PROCESAL

Cuando una determinada alternativa ideológica o jurídica se admite de forma generalizada –como ocurre ahora con la necesidad apremiante de reformar nuestro proceso penal–, se corre el riesgo de olvidar las razones que la aconsejaban para centrarse en sus consecuencias, lo que nos puede llevar por caminos erróneos o incluso opuestos a nuestras primitivas intenciones.

Será bueno, por tanto, que iniciemos la exposición aclarando que la reforma procesal penal está dirigida, fundamentalmente, a evitar la exasperante lentitud rituarial del sistema acusatorio mixto o formal, por lo que, más allá de cualquier otra utilidad tangencial, el objetivo último de la nueva LECrim será acelerar drásticamente el enjuiciamiento de las causas penales, sin que, desde luego, sus normas supongan limitación o menoscabo alguno del régimen de garantías individuales inherentes a un Estado democrático de Derecho.

Después de esta advertencia preliminar –que informa y justifica todo lo que en adelante se dirá–, procedamos a enumerar, acudiendo a los anteceden-

² Vid. v. gr. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ: «El Ministerio Fiscal entre “viejo” y “nuevo” proceso». En *La reforma del proceso penal*. Tecnos, Madrid, 1990.

³ «Sea como fuere, lo que sí parece razonable –incluso desde la perspectiva económica de evitación del gasto inútil– es sugerir que si se acomete alguna reforma sea para cambiar las cosas, y, a ser posible, para cambiar hacia delante y hacia mejor, y no para dar marcha atrás hacia más de lo mismo. Modificar las leyes procesales para señalar nuevos plazos perentorios que luego no se cumplen, reconvertir el procedimiento para dejarlo en las mismas coordenadas que diseñó hace un siglo Alonso Martínez –con la clarividente advertencia de que llegaría el día de mudar la utopía en realidad– sería tan antihistórico, caro e inútil como desalojar a los Jueces de Instrucción de sus despachos para que los ocupen los Fiscales que sólo se diferencien de ellos en el nombre, que es lo que algunos parecen entender por «dar la instrucción al Fiscal», lo que naturalmente les permite –con la razón que se dan a sí mismos– considerar la reforma innecesaria». Pedro CRESPO BARQUERO: *Las garantías en la instrucción por el Fiscal*. Ministerio de Justicia. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal VI, p. 188.

tes históricos, los defectos principales de nuestro actual sistema procesal, así como las líneas esenciales de la reforma.

El primitivo sistema acusatorio del feudalismo medieval, que abandonaba el ejercicio de la acción penal a la solitaria iniciativa del perjudicado por el delito⁴, fue el punto de partida común de todos los sistemas procesales penales que existen en la actualidad, los que, nada más comenzar la Edad Moderna, tomaron dos caminos divergentes:

En las Islas Británicas pervivieron los modos acusatorios puros⁵, en los que el Estado se limitaba a facilitar a los ciudadanos –salvo para los delitos más graves o con trascendencia para el orden público– los medios judiciales necesarios para la solución contradictoria de sus conflictos.

Mientras que en el continente europeo, la fuerte influencia de los principios procesales del Derecho romano-canónico –sumada a la rígida centralización político-administrativa impuesta por las monarquías absolutas dominantes⁶– determinó la evolución del proceso penal hacia formas procedimentales cada vez más inquisitivas, en las que los poderes públicos terminaron por asumir unilateralmente la defensa del orden social y jurídico perturbado por el delito, valiéndose de un todopoderoso cuerpo profesional de Magistrados que buscaban la verdad material a través del proceso penal.

Con los años, ambos sistemas de persecución penal están evolucionando hacia un mismo modelo de sistema procesal que, sobre los postulados básicos del acusatorio, quiere convertirse en el instrumento jurídico capaz de cumplir y desarrollar el catálogo de derechos individuales reconocidos en los modernos textos internacionales y constitucionales internos.

En el Reino Unido, el dominio que, *de facto*, había llegado a alcanzar la policía sobre el ejercicio de la acción penal ante los Tribunales de Justicia se comportó de forma tan insatisfactoria⁷, que se hizo necesario separar orgánicamente la investigación criminal y la compleja actividad jurídica de acusar,

⁴ Sobre los modelos de procesos penales, Ernesto PEDRAZ PENALVA: *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*. Cit. pp. 51 a 133.

⁵ «La resistencia a la introducción de un Ministerio Fiscal está basada tradicionalmente en el argumento liberal, a veces implícito pero a veces expresado como tal, que da a la acusación privada un valor constitucional fundamental, y consiste en la afirmación de que la acción penal es una opción demasiado importante para las libertades públicas de la nación como para que se confíe al Poder Ejecutivo». *Association de Recherches Pénales Européennes (ARPE)*, bajo la dirección de Mireille DELMAS-MARTY: *Procesos Penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*. Editorial EDIJUS. Zaragoza, 2000, p.105 y p. 417.

⁶ «El giro centralista fue denominador común de las reformas político-administrativas llevadas a cabo en la Europa del XVIII. No obstante, parece lógico que un tal sentido reformador fuera más visible en países como Prusia, Rusia o Austria, que no habían vivido un proceso de uniformación tan intenso como el acaecido en las monarquías occidentales. El centralismo hispánico del setecientos se elaboró preferentemente sobre la unificación del Derecho público, o quedó proyectado más ostensiblemente en los niveles territorial y local; la estructura de la administración central –el sistema de consejos– estaba ya suficientemente centralizada en manos del monarca, por lo que las reformas en este sector tuvieron más que ver con el logro de una mecánica funcional fluida que con ese absolutismo centralista, ya conocido con otra morfología desde el reinado de Felipe II». José Antonio ESCUDERO: *Administración y Estado en la España moderna*. Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León. Madrid, 1999, p. 141.

⁷ «Es tras la creación en 1829 de las fuerzas regulares de policía, que se inicia el camino hacia la institución de un sistema de acusación pública, al encomendarse a la policía junto a la tarea típica de investigar los delitos, dos misiones fundamentales: la de comparecer ante los tribunales menores (las *Magistrate's*

mediante la creación una especie de Fiscalía (*Crown Prosecution Service*, Ley de 1985), dirigida por el llamado *Director of Public Prosecutions (Prosecution of Offences Act*, de 1879).

Por su parte, durante todos estos años, los sistemas procesales del continente europeo se han ido tiñendo de acusatorio hasta prácticamente perder su primitiva condición inquisitiva. Un primer momento evolutivo lo representó el sistema acusatorio formal o mixto que —con el antecedente de las Leyes revolucionarias francesas de 18 de enero, 16 y 29 de septiembre de 1791— alumbró el *Code d' instruction criminelle* napoleónico de 1808, en el que se confirieron las funciones acusadoras a un órgano público independiente del Tribunal de Justicia⁸.

Pero, a los dos siglos de su deslumbrante aparición en la escena jurídica continental el sistema acusatorio formal se ha mostrado absolutamente incapaz de responder a las exigencias legales de los modernos Estados democráticos de Derecho⁹, más que por el palmario compromiso que sufre la imparcialidad judicial durante la instrucción de las causas penales¹⁰, por la exasperan-

Courts) para ejercer directamente la acusación contra los delincuentes, y la de ejercer la acusación a través de abogados (contratados al efecto por ella misma) ante los tribunales superiores.

Pero el hecho de que a lo largo de las cinco décadas siguientes la responsabilidad de llevar adelante las acusaciones fuese recayendo cada vez más sobre la policía, llevó a que los políticos y los juristas se diesen cuenta de que tal tendencia planteaba también sus problemas y carencias. En primer lugar otorgaba exceso de poder a los jefes policiales, y como la naturaleza humana es como es y no como sería de desear, surgió el temor de que las mismas manipulaciones que podían llevar a cabo los particulares las podían realizar los propios policías, y, para colmo, con dinero público.

(...).

En segundo lugar, se ha criticado tal asunción de competencias acusatorias por parte de la policía en base a su inconveniencia psicológica, puesto que el policía que investiga a un supuesto delincuente lo hace precisamente por mor de su sospecha, y ello le va a inclinar fácilmente a sostener contra él una acusación, llevado tanto por el convencimiento que le ha motivado a investigar, como por el afán de ganarle la partida. El policía se ve cegado así por sus propios deseos de hallar al culpable y no resultaba suficientemente objetivo. Incluso su pasión puede llevarle a manipular las pruebas (Caso de los «Scis de Birmingham», en que los policías confundieron a los sospechosos con los autores de un atentado terrorista, y manipularon las pruebas para que su culpabilidad fuese evidente) o a ejercer actos de presión sobre el sospechoso («Caso Confait», en que los inspectores presionaron a dos muchachos sospechosos de haber asesinado a Maxwell Confait hasta obtener una confesión de dudosa calidad).

Por último, y en tercer lugar, y lo que es más importante, los criterios que maneja el policía para fundamentar una acusación no son jurídicos, sino criminalísticos, con lo cual enfoca a menudo mal el asunto, contratando a un abogado que luego se verá fácilmente impotente ante el tribunal a causa de la inadecuación de las pruebas que se facilitan o de la forma en que se ha planteado el caso desde el inicio». José Luis AULET BARROS: *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*. Cedecs. Barcelona, 1998, pp. 631 y 632.

⁸ Sobre el significado, naturaleza y efectos del sistema acusatorio formal, Manuel ORTELLS RAMOS: *Introducción al Derecho Procesal*. Comarcs. Granada, 1999, pp. 194 y ss.

⁹ «(...) el proceso penal continental instaurado tras la Revolución francesa, esto es, el llamado *Mixto*, fruto de la transacción entre los principios autoritarios del sistema inquisitivo y los principios liberales del sistema acusatorio, que mantenía el inquisitivo y secreto para la fase sumarial y el acusatorio público para la del juicio oral, ha hecho crisis por no acomodarse a los actuales sistemas democráticos y a las tendencias doctrinales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Cándido CONDE-PUMPIDO: «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal». *Revista del Poder Judicial*. Número Especial VI. Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, p. 18.

¹⁰ «Dos siglos después, sin embargo, hay probablemente buenas razones para suprimir la figura del Juez de Instrucción y, en especial, para evitar la imagen que proyecta el Juez como acusador. No se trata de recordar únicamente que allí donde rige plenamente el principio acusatorio, según el cual los jueces no deben investigar ni tomar iniciativa alguna, las garantías constitucionales se encuentran mejor protegidas. Se trata, asimismo, de constatar que, hoy más que nunca, la efectividad de esas garantías se juega en la fase anterior al juicio, de manera que cabría afirmar que quien investiga tampoco debe decidir sobre la situación del imputado (registros, detención, fianza, libertad provisional, etc.)». Luis María DIEZ-PICAZO: *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Ariel Derecho. Barcelona, 2000, p. 184.

te lentitud que parece inevitablemente unida a esta forma de encauzar jurídicamente el *ius puniendi* del Estado, lo que ha llevado a algunos países (Alemania, Italia y Portugal¹¹, entre los más significativos) a modificar sus Códigos Procesales Penales inspirándose en el modelo mucho más rápido y eficaz de la justicia angloamericana.

Como advertía GIMENO SENDRA¹², la dilatante resolución de las contiendas jurisdiccionales ha sido un problema generalizado de los sistemas procesales del continente europeo, llegando a ser puesta de manifiesto en algunas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, más que en las sentencias —que prudentemente intentan evitar toda colisión frontal con los sistemas procesales de los Estados miembros—, en los votos reservados de algunos Jueces.

En su momento tuvo mucha difusión el voto reservado del Juez Zequía a la sentencia 27 de junio de 1968 en el caso *Womhoff*, en el que sostenía que el retraso inherente a la instrucción sumarial era el culpable de que los acusados en los países del continente europeo tardaran mucho más en ser juzgados que los acusados de los países del *common law*, que siguen el sistema acusatorio, lo que, en su opinión, podía suponer *per se* una vulneración del derecho a un «Juicio sin dilaciones indebidas», recogido y sancionado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹³.

Ante la contundencia de los hechos, los españoles, unos por convencimiento propio¹⁴ y otros impulsados por el irreversible proceso de convergencia institucional que implica la construcción jurídica de Europa¹⁵, venimos reali-

¹¹ Un didáctico resumen del proceso penal instaurado en cada uno de estos Códigos se puede encontrar en Ernesto PEDRAZ PENALVA: *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*. Colex, pp. 118 a 133.

¹² Vicente GIMENO SENDRA: «El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional». *Revista del Poder Judicial*. Número Especial VI. Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, p. 273.

¹³ «Es más que un adagio muchas veces repetido, aquella frase tan conocida de que una Administración de Justicia lenta y tardía es una forma de no administrar justicia. Aunque en un Estado el ordenamiento jurídico alcance un estimable grado de perfeccionamiento, lo cierto es que perderá gran parte de la utilidad, si no se le provee de un servicio de Administración de Justicia que pueda ser prestado de un modo eficiente y rápido». Arturo GIMENO AMIGUET: «Organización y funcionamiento de la Administración de Justicia». En la obra colectiva *Gestión automatizada en el ámbito de la Justicia*. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. Barcelona, 1983, p. 25.

¹⁴ Se puede leer en la STC 60/1995 que «Un examen global de la reforma operada por la LO 4/1992 pone, en tal sentido, de relieve que su finalidad, tal como se declara en su Exposición de Motivos, radica precisamente en adecuar este proceso a las exigencias derivadas de la doctrina sustentada con la citada STC 36/1991 y, de entre ellas, la de instaurar también en el mismo el principio acusatorio. Para alcanzar este objetivo, la LO 4/1992, inspirándose en el modelo penal anglosajón (secundado hoy por países como Alemania, Italia o Portugal), ha querido separar las funciones instructoras, de un lado, y de enjuiciamiento y decisión, de otro, encomendando la primera de ellas al Ministerio Fiscal y las otras dos al Juez de Menores, con lo que, *prima facie* y sin mayor dificultad, se comprueba que este desdoblamiento y asignación de las enunciadas fases procesales a dos órganos diferentes, no sólo no conculca, sino que viene a restablecer el principio acusatorio en un procedimiento reformador que, como es el caso de menores, con anterioridad a la LO 4/1992, se encontraba manifiestamente informado por el principio inquisitivo, tal como implícitamente tuvimos ocasión de declarar en la precitada Sentencia del Pleno de este Tribunal 36/1991».

¹⁵ El irreversible proceso de convergencia institucional de los países que integran la Unión Europea representa un hecho que expande su eficacia a todos los órdenes jurídicos y cuya verdadera dimensión se oculta tras la aparente lentitud que acompaña a toda obra histórica.

zando tímidos esfuerzos por acercarnos a los nuevos sistemas procesales acusatorios, en un cauteloso viaje por el que lentamente avanzamos a cada reforma procesal¹⁶, hasta tanto nos atrevemos a dar el paso definitivo en la anunciada nueva LECrim, que no debe hacerse esperar por mucho más tiempo, pues nuestro actual sistema procesal se ha convertido en el paradigma de una Justicia lenta e ineficaz.

En efecto, a pesar de los precisos términos en que aparece redactado el —olvidado por todos— artículo 324 LECrim¹⁷, la tramitación de las causas penales se eterniza en los Juzgados de Instrucción, lo que retrasa la fecha del juicio oral mucho más allá de lo humana y jurídicamente aceptable. Resulta comprensible que un sumario económico de especial complejidad (el caso Gescartera, por poner un ejemplo de actualidad) pueda tardar en concluirse varios años, lo que nadie entiende, sin embargo, es que cualquier hecho delictivo necesite también de meses, o incluso de años, para la conclusión de la fase instructora.

En efecto, los renovados principios filosóficos, políticos, económicos y jurídicos que siguieron a la conflagración bélica de 1945 avivaron viejos proyectos de integración europea que, con el transcurso del tiempo, han ido formatando los sistemas jurídicos cuyos respectivos ámbitos han estado al servicio de la aproximación institucional.

El *Statuto del Consejo de Europa*, firmado en Londres el 5 de mayo de 1949, llevó a los países suscriptores a reafirmar «... su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia». Para el logro del confesado propósito de «... la adopción de una acción conjunta en (el) campo jurídico» (art. 1 b), el Consejo de Europa incorporó entre sus recursos el valioso instrumento de las *Resoluciones y Recomendaciones* de su Comité de Ministros. Tales Recomendaciones, tanto por el quórum exigido para su adopción (art. 20) como por la indirecta coactividad implícita en la facultad del Comité de «... invitar a (los Gobiernos) a poner en su conocimiento las medidas que han tomado respecto a dichas recomendaciones» (art. 15 b), representan una vigorosa y eficaz herramienta para la aproximación de sistemas procesales edificados sobre principios comparables». Manuel MARCHENA GÓMEZ: «El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes». Ponencia presentada en el curso sobre *La investigación penal. Policía Científica*, organizado por la Fiscalía General del Estado y celebrado en Madrid los días 17, 18 y 19 de junio de 1996.

¹⁶ «El párrafo segundo del art. 24 C.E. contiene un haz de garantías instrumentales del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, importados del otro lado del Atlántico. Es un resumen o síntesis de las Enmiendas V y XIV de la Constitución de Estados Unidos, con una orientación muy distinta y aun opuesta a la que en ese momento regía en los sistemas judiciales europeos de corte «continental» y por ello, en el nuestro. El proceso público regido por el principio acusatorio así como el de contradicción, con un derecho de defensa reforzado, está en las antípodas de nuestro enjuiciamiento criminal, inquisitivo y dado al secreto. Ese trasplante implica tanto como colocar un torpedo en la línea de flotación de nuestro sistema judicial para su voladura no controlada, pieza a pieza, en su doble aspecto estructura-función, organización y funcionamiento, orgánico y procesal. Hitos de ese desguace anárquico, sin orden ni concierto han sido las sentencias del Tribunal Constitucional o las Leyes que para su cumplimiento o por cuenta propia van desmontando el artilingo del Juez Instructor para dejarlo en cueros vivos despojándole de toda veste judicial, sin ejercicio de potestad alguna (...). Rafael MENDIZÁBAL ALLENDE: *La posición del Ministerio Fiscal en la fase de investigación del proceso penal: de órgano inspector de la formación del sumario a órgano de investigación. Su marco procesal. Presente y futuro*. Ministerio de Justicia. Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal IV. 1999, pp. 70 y 71.

¹⁷ Art. 324 LECrim:

«Cuando al mes de haberse incoado un sumario no se hubiere terminado, el Juez dará parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principiarse aquél de las causas que hubiesen impedido su conclusión.

Con vista de cada uno de estos partes, los Presidentes a quienes se hubiesen remitido y el Tribunal competente acordarán, según sus respectivas atribuciones, lo que consideren oportuno para la más pronta terminación del sumario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, los Jueces de instrucción están obligados a dar a los Fiscales de las Audiencias cuantas noticias les pidieren, fuera de estos términos, sobre el estado y adelanto de los sumarios».

Como se podrá suponer, las causas que favorecen el retraso de la instrucción penal son variadas. Entre las que habitualmente se citan, encontramos las siguientes:

- La mentalidad inquisitiva de nuestra Magistratura, que impidió que el sumario se limitara a cumplir con la misión que le había reservado el artículo 299 LECrim, es decir, preparar el juicio oral¹⁸, no convertirse en el juicio mismo.
- La larga y costosa tramitación de los medios de impugnación.
- O la falta de recursos materiales y personales. Aunque la verdad es que esta última excusa, habitual y recurrente en determinados sectores de opinión, ha perdido mucha de su fuerza argumental tras el considerable esfuerzo presupuestario que supuso la incesante ampliación del número de Jueces de los últimos veinte años o la creación de los Juzgados de lo Penal.

Sin embargo, reconociendo la dilatante influencia de las que acabamos de mencionar, lo cierto es que no son éstas las verdaderamente determinantes del endémico retraso que sufre la Administración de Justicia española, sino la pervivencia de un modelo procesal penal en el que la instrucción de los procedimientos se encomienda a un órgano jurisdiccional, circunstancia que se basta y se sobra para provocar la lentitud e ineficacia actuales¹⁹. Aunque suenen

¹⁸ Hasta el día de hoy siguen plenamente vigentes las palabras de ALONSO MARTÍNEZ en la Exposición de Motivos LECrim, cuando se quejaba de 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».

Sobre este problema, partiendo del art. 622.1 LECrim, GIMENO SENDRA comenta lo siguiente:

«Practicadas las diligencias decretadas de oficio o a instancia de parte por el Juez de Instrucción, si éste considera terminado el sumario, lo declarará así, mandando remitir los autos y las piezas de convicción al Tribunal competente para conocer del delito» (art. 622.1 LECrim).

Aunque no nos indique el mencionado precepto cuáles son las diligencias que habrá de practicar el Juez para estimar finalizado el sumario, tales diligencias no pueden ser otras más que las previstas en el art. 299, las cuales pueden resumirse en las siguientes: a) actos de investigación tendentes a determinar la preexistencia del hecho y su tipicidad penal; b) actos de investigación que determinen la participación del procesado, y c) medidas cautelares penales y reales.

La LECrim no exige una exhaustividad en la práctica de dichos actos de investigación. Es más, tal y como hemos tenido ocasión de examinar, para dictar el auto de procesamiento es suficiente la existencia de «un indicio racional de criminalidad». Por lo tanto, la fase instructora ha de concluirse cuando el Juez Instructor haya reunido en el sumario el material fáctico suficiente para que las partes acusadoras puedan fundamentar su pretensión penal o cuando, por el contrario, se haya evidenciado la imposibilidad de fundamentar dicha pretensión.

Pero nuestra práctica forense nunca ha secundado esta tesis. Por una inercia histórica, que quizá se mantenga desde el Antiguo Régimen (en la que el juicio oral o «plenario» era concebido como un mero apéndice del «sumario»), nuestros Jueces de Instrucción suelen manifestarse partidarios de dilatar en el tiempo la conclusión del sumario por la vía de acceder a cualquier diligencia que le soliciten las partes, lo que, en ocasiones, lleva a la defensa a adoptar una táctica «chicanas» o sinuosa, tendente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional o dilatar al máximo la celebración del juicio oral». VICENTE GIMENO SENDRA: *Derecho Procesal*. Tomo II. Proceso Penal. VVAA. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991, pp. 492 y 493.

¹⁹ También llegan a esta misma conclusión, además de GIMENO SENDRA, entre otros: GONZALO QUINTERO OLIVARES: *La Justicia Penal en España*. Aranzadi. Pamplona, 1998, pp. 165 y ss. EMILIO DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA: *El modelo constitucional de investigación penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, pp. 101 y ss.

duras las palabras —en especial con la impagable y demostrada abnegación de los directamente afectados—, la experiencia acumulada durante estos últimos años nos lleva a pensar que, por mucho que se aligeren los trámites o se reduzcan los plazos procesales existentes en la actualidad, los Jueces de Instrucción se mostrarán, como hasta ahora, absolutamente incapaces de acelerar la tramitación de las causas que diariamente se agolpan en sus Juzgados.

Pues bien, ahora que conocemos donde se encuentra la fuente principal de nuestros problemas, es el momento de indicar las posibles soluciones, para lo que distinguiremos entre las de naturaleza procesal u orgánica, aunque lo cierto es que todas ellas se encuentran estrecha y axiológicamente entrelazadas.

III. REFORMAS PROCESALES

Demostraríamos una candorosa ingenuidad si esperáramos que la simple supresión funcional del Juez de Instrucción se mostrara suficiente para solucionar los problemas seculares de nuestra Justicia penal. El alcance de la reforma no puede limitarse a la sustitución de un órgano por otro. A levantar de su asiento al Juez de Instrucción para colocar en su lugar a un representante del Ministerio Fiscal que repita los defectos y usos procesales de su atribulado predecesor, sino que debe alcanzar a los principios jurídicos sobre los que se asienta nuestro obsoleto sistema de enjuiciar.

En nuestra opinión, los principales problemas que plantea el sistema de instrucción jurisdiccional son tres, por otra parte, epistemológicamente imbricados entre sí:

Primero. La configuración de la instrucción sumarial como parte del proceso penal.

Extraer la investigación criminal del proceso jurisdiccional se nos antoja el primer e imprescindible presupuesto de la búsqueda de una mayor eficacia y rapidez procedimental.

Si la instrucción de las causas penales se encuentra integrada en el proceso penal, como una fase o etapa del mismo, participará del mismo régimen jurídico de éste, lo que tiene como inmediata consecuencia que también en la instrucción se desplegarán, con total plenitud y eficacia, las garantías constitucionales que amparan la posición jurídica del acusado en juicio.

Sucede, sin embargo, que, como en su día indicó VIVES ANTÓN, la eficacia de la investigación criminal y el hipergarantismo procesal se oponen desde ciertas perspectivas²⁰, ya que el riguroso reconocimiento de los principios publicidad, contradicción y defensa en los albores procedimentales obstaculiza el progreso de la investigación, que irremediamente retrasará la tramita-

²⁰ T. S. VIVES ANTÓN: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal». *Poder Judicial*. Número especial II. Justicia Penal, p. 96.

ción judicial de incesantes formalidades rituarías, los escritos y recursos de las diferentes partes personadas.

Por tanto, si queremos ser verdaderamente eficaces en la persecución pública de la criminalidad no nos queda otra salida que administrativizar la investigación criminal, extrayéndola del proceso, para ofrecerla a la Policía Judicial—como ocurre en Inglaterra y propone DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA²¹—o al órgano público constitucionalmente encargado de promover la acción de la justicia ante los Tribunales (art. 124 CE), lo que a nosotros nos parece mucho más adecuado.

Segundo. El principio de obligatoriedad en la acción penal.

En nuestra LECrim toda sospecha de criminalidad da lugar a la inmediata apertura de un proceso penal, con todas sus consecuencias. No existen unas diligencias preliminares que administrativamente filtren las acciones penalmente improcedentes, pues, según los artículos 259 y ss. de la LECrim, las denuncias no se hacen ante la Policía, sino directamente ante el Juez de Instrucción que, a partir de ese momento, está obligado a asumir personalmente la dirección de la investigación e incoar un proceso penal.

Esta opción legal, claramente inquisitiva e innecesaria en un Estado de Derecho, tiene más inconvenientes que ventajas, pues además de evitar que la Policía y el Ministerio Fiscal asuman su verdadero papel y responsabilidad en la lucha contra la criminalidad, sobrecargan los Juzgados de trabajo basura, al que se dedican cantidades ingentes de tiempo y esfuerzo que, lógicamente, han de sustraerse de los procedimientos que verdaderamente merecen la pena.

Mucho más razonablemente, la mayor parte de los procesos penales de nuestro entorno cultural y político conceden un alto grado de discrecionalidad a los órganos administrativos encargados de la persecución y represión de la delincuencia o de sostener el ejercicio de la acción penal ante los Tribunales de Justicia. Más allá de las amplias facultades que sucesivamente se reconocen a las autoridades investigadoras (Policía y Ministerio Fiscal) para archivar el expediente por simples razones de oportunidad penal, instituciones procesales como el *plea bargaining* de los países anglosajones o la llamada *correctionnalisation judiciaire* de Francia y Bélgica permiten abrir una negociación entre defensa y acusación, que incide directamente sobre la calificación jurídica de los hechos punibles que finalmente se someten al conocimiento judicial.

En España, sin embargo, hemos asistido a una verdadera satanización del principio de oportunidad que se supone acabará con todos y cada uno de los logros alcanzados por el sacrosanto principio de legalidad²².

²¹ Emilio DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA: *El modelo constitucional de investigación penal*. Op. cit.

²² NIETO resume, con su habitual maestría, las dos opiniones contrapuestas:

«Por un lado, están quienes, convencidos de la insuficiencia de los planteamientos liberales, han puesto el énfasis en la eficacia de la Administración, o sea, en la necesidad de una prestación real de servicios públicos, al margen de los derechos individuales. Para ellos la vertiente garantizadora del Derecho administrativo es una antigüalla inoperante, y la democracia una fachada. El centro de gravedad está en el interés público, interpretado exclusivamente por el grupo de expertos que maneja el poder, dando la menor inter-

Empero, a diferencia de lo que muchos piensan, la discrecionalidad u oportunidad en el ejercicio de la acción penal no tiene por qué mostrarse contraria al principio de legalidad penal, ni la legalidad y la oportunidad ser necesariamente dos principios conceptualmente incompatibles.

El principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), tal y como viene definido en el artículo 7.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²³, o el artículo 1.1 de nuestro Código Penal de 1995²⁴, no obliga a que todos los hechos definidos por la Ley como delito tengan que dar lugar forzosamente a un proceso penal. El principio de legalidad y el de oportunidad tienen un momento distinto de intervención, por lo que pueden convivir perfectamente dentro del mismo proceso penal sin negarse el uno al otro. El principio de legalidad se limita a indicarnos qué hechos son constitutivos de delito, mientras que el de oportunidad nos permite decidir cuál de entre éstos merece ser castigado penalmente.

Por tanto, el principio de oportunidad no crea nuevos delitos —ni destipifica los existentes— al margen de la legalidad, sino que, dentro de ésta, permite a la Administración del Estado concentrar sus esfuerzos y medios materiales en la persecución y castigo de aquellos hechos delictivos que por su gravedad o trascendencia afectan en mayor medida a la pacífica convivencia ciudadana.

Así lo ha entendido, por ejemplo, la nueva Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, para permitir al Ministerio Fiscal desistir unilateralmente del ejercicio de la acción penal en el caso de «delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales» (arts. 18

vección posible a los ciudadanos. Los individuos son mero objeto de la benéfica acción administrativa: no son ciudadanos, sino administrados, y si no se les niega formalmente la protección jurisdiccional, se manipula el poder de una manera tal, que su defensa queda reducida a parcelas muy estrechas, que no entorpecen la estrategia del capitalismo monopolista, cuyos intereses representan. En su peculiar concepción del Derecho, tienden a prescindir de las formas y conciben al individuo como un límite y un estorbo para la acción administrativa. Su base técnica es la conformación social como grado más intenso de la intervención. El sacerdote de la nueva religión es el tecnócrata; su ídolo, la planificación; sus oficios rituales, la productividad y la rentabilidad; y su conjuro, la *eficacia*.

En el extremo opuesto están quienes se aferran a la tradición liberal escarmentados tanto de las dictaduras políticas como de las tecnocráticas, contra las que combaten con energía admirable. Para ellos la Administración es un animal peligroso, que sólo los jueces y los abogados pueden mantener a raya, y la eficacia es un verbalismo que encubre la corrupción. Carecen de sensibilidad ante buena parte de los temas de contenido económico, tanto por su radical individualismo jurídico como por concebir el Derecho como una forma. Para ellos la Administración es un límite y un estorbo a las actividades de los particulares, y su base técnica es la defensa del individuo. Los oficianes de esta religión siguen siendo los jueces y abogados; su ídolo, la sentencia; sus ritos, los del Derecho procesal, y su conjuro, la *legalidad*. Alejandro NIETO GARCÍA: «La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo». *Revista de Administración Pública*. Número 76. Madrid, 1975, pp. 23 y 24.

²³ Art. 7.1:

«Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que se haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional».

²⁴ Art. 1.1:

«No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración».

y 19)²⁵, sin que ello haya supuesto la negación del principio de legalidad en la jurisdicción especializada de menores.

El principio de oportunidad a lo que se opone es la pretendida exhaustividad del Derecho penal («De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable...» art. 100 LECrim.), que tiene su origen en la legalidad ordinaria, concretamente, en las normas procesales que obligan a Policías²⁶, Jueces²⁷ y Fiscales²⁸ a proceder penalmente contra todo hecho sospechoso de criminalidad²⁹. Las cuales, como es de sobra conocido, no resultan demasiado

²⁵ Art. 18. «Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar.

El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley».

Art. 19. «Sobresimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta».

²⁶ Art. 282 LECrim.:

«La Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial.

Si el delito fuere de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto».

²⁷ Art. 269 LECrim.:

«Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciere a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquélla indebidamente».

²⁸ Art. 105 LECrim.:

«Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad».

²⁹ «En el extremo de la obligatoriedad se encuentran aquellos ordenamientos que imponen, sin condiciones o excepciones, el ejercicio de la acción penal siempre que haya un indicio racional de delito. Tal es paradigmáticamente el caso de Italia, donde la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal está prevista a nivel constitucional (art. 112 de la Constitución italiana); y tal es también el caso de España, por más que la obligatoriedad no tenga expresamente rango constitucional —el 124 de la Constitución española habla de los principios de «legalidad e imparcialidad»—, sino meramente legal (art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Es claro, sin embargo, que la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal tienen un significado distinto según esté consagrada por una norma constitucional, como ocurre en Italia, o por una norma de rango legal, como sucede en España; y ello no sólo por razones de jerarquía y rigidez normativas, sino también porque los preceptos constitucionales gozan de una innegable fuerza expansiva a la hora de interpretar las disposiciones dictadas por el legislador. Así, en particular, si la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal está recogida en el texto constitucional, será inevitable interpretar a la luz de la misma todo el estatuto del Ministerio Fiscal». Luis María Díez-PICAZO: *El poder de acusar...* Op. cit., pp. 13 y 14.

difíciles de modificar siempre y cuando se disponga de la adecuada mayoría parlamentaria.

Tercero. La confusión entre actos de investigación y actos de prueba.

La práctica judicial de la actividad instructora ha propiciado la perniciosa identificación –heredada del proceso penal inquisitivo del Antiguo Régimen³⁰– entre los actos de investigación, destinados a justificar el ejercicio futuro de la acción penal, y los actos de prueba, que tienen capacidad suficiente para destruir por sí mismos el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado en juicio³¹.

Tal confusión, contradiciendo la literalidad expresa de los textos legales y la conteste jurisprudencia constitucional, ha venido induciendo a nuestros Jueces de Instrucción a ser absolutamente exhaustivos en la incorporación del material instructorio –y a las Audiencias Provinciales a revocar los sumarios que no agotaran la instrucción penal–, por lo que generalmente admiten y practican todas las diligencias de prueba propuestas por las partes antes de la apertura del juicio oral.

Sin embargo, esta desviación procesal se soluciona radicalmente en los modernos procesos acusatorios, que se inician tras una investigación administrativa preliminar, cuyo único fin es justificar ante los Tribunales de Justicia la necesidad de abrir el procedimiento penal contra el presunto responsable de una infracción criminal. Opción legal que produce dos inmediatas consecuencias:

Primera. La Autoridad instructora –el Ministerio Fiscal, en nuestra opinión– atiende exclusivamente a las necesidades de la acusación durante la tramitación del expediente penal.

La nueva investigación preliminar no puede configurarse como un proceso adversarial en que las partes, con igualdad de derechos y deberes, comparecen ante un tercero imparcial en defensa de sus respectivas y enfrentadas pretensiones, sino como un simple trabajo administrativo de investigación en que el Ministerio Fiscal investiga en solitario la comisión de un hecho punible a los solos efectos de valorar, primero, y justificar, después, ante los órganos encar-

³⁰ «(...) nuestros Jueces y Magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos convertida en vana formalidad; que, en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil 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 pueden favorecerle; y que, en fin; de este conjunto de errores, anejos a nuestro sistema de enjuiciar, y no imputable, por tanto, a los funcionarios del orden judicial y fiscal, resultan dos cosas a cual más funestas al ciudadano: una, que al compás que adelanta el sumario se va fabricando una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y que subleva la conciencia del procesado; y otra, que cuando éste, llegado al plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado». Exposición de Motivos de la LECrim de 1882.

³¹ A estos efectos, el Código de Procedimiento Penal italiano distingue entre «Medios de investigación» (arts. 224 a 271) y «Medios de Prueba» (arts. 194 a 243), permitiendo al *Pubblico Ministero* la realización de actos de investigación, y reservando a los órganos jurisdiccionales la práctica de los medios de prueba a los que se les reconoce la capacidad de destruir la presunción de inocencia del acusado.

gados del ejercicio de la potestad jurisdiccional, la necesidad o conveniencia de ejercitar la acción penal contra el presunto responsable de una infracción criminal.

Como consecuencia del limitado papel probatorio que se le concede al trabajo preparatorio del Ministerio Fiscal, carece de sentido hablar de un derecho a la defensa jurídica o a los recursos en el seno de las diligencias preliminares de Fiscalía. Estos derechos procesales habrán de encontrar su adecuado acomodo, precisamente, en el seno del proceso jurisdiccional, una vez que el Juez competente, con absoluta imparcialidad de criterio y valorando jurídicamente la actividad investigadora del Ministerio Fiscal, acuerde la apertura del mismo.

Segunda. El trabajo instructorio del Ministerio Fiscal no puede contener actos de prueba.

De lo expuesto hasta ahora fácilmente podemos colegir que —salvo que se pretenda dejar maniatado al Poder Judicial frente ante una todopoderosa acusación pública— el Fiscal instructor debe tener vetada la práctica de todas aquellas diligencias que se muestren jurídicamente capaces de destruir la presunción de inocencia del acusado en juicio.

Nadie pone en tela de juicio que, desde un punto de vista funcional, la Fiscalía española está perfectamente capacitada para realizar por sí misma cualquier diligencia de investigación, otra cosa es que tal disponibilidad orgánica sea jurídicamente aceptable. Ya que, dejando de lado el infranqueable terreno de los derechos fundamentales de las personas —cuya reserva judicial tiene distinto fundamento—, la absoluta inhabilidad del Ministerio Fiscal para elaborar pruebas de cargo ha de señalarle los límites de su propia competencia instructora. Entre ellas se encuentran las denominadas pruebas anticipadas o preconstituidas³² que, aun practicadas en la instrucción, se muestran bastantes para fundamentar una futura sentencia de condena³³.

A) Las diligencias de prueba preconstituida

³² Vid. José María ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Trivium. Madrid, 1989, pp. 170 y ss.

³³ STC 209/2001, 22 octubre, fundamento jurídico cuarto:

«En lo que atañe a la jurisprudencia constitucional aplicable al derecho a la presunción de inocencia, se ha de comenzar por recordar que su contenido esencial se identifica como el derecho a no ser condenado si no es en virtud de pruebas de cargo, obtenidas con todas las garantías, a través de las cuales sea posible considerar acreditado, de forma no irrazonable conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, el hecho punible en todos sus elementos y la intervención del acusado en los mismos (por todas TC SS 31/1981, de 28 Jul., FJ 3; 124/1990, de 2 Jul., FJ 3; 189/1998, de 28 sep., FJ 2; 229/1999, de 13 dic., FJ 4). Ahora bien, una vez expuesta esta afirmación genérica, hemos de realizar algunas precisiones que resultan pertinentes para el examen del presente recurso de amparo.

La primera, se refiere a que, en principio, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que se desarrolla, en forma oral, ante el mismo juez o Tribunal que ha de dictar sentencia (entre muchas, TC SS 31/1981, de 28 Jul., FJ 3; 217/1989, de 21 dic., FJ 2). Con carácter excepcional ha admitido este Tribunal la validez de la prueba preconstituida, siempre que «se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 LECrim.), subjetivos (la necesaria intervención del juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para lo cual se debe proceder de Abogado al imputado...) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730)» (por todas, TC S 303/1993, de 25 oct., FJ 3).

Tienen naturaleza de prueba preconstituida las diligencias sumariales que, por razones de urgencia investigadora o irrepitibilidad posterior, no pueden realizarse dentro del juicio oral.

En ocasiones, la extrema urgencia temporal de determinadas diligencias de prueba hace que éstas se anticipen, incluso, a la misma apertura del procedimiento penal, como ocurre, por ejemplo, con los registros e inspecciones oculares realizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado³⁴.

En otros, desaparecida la urgencia investigadora —aunque, desde luego, manteniéndose siempre la irrepitibilidad en juicio—, la práctica sumarial de diligencias con fuerza de prueba preconstituida debe quedar siempre reservada a la autoridad judicial³⁵, por lo que, resultando procedente durante la instrucción de la causa la inspección ocular del lugar de los hechos, el levanta-

La segunda se refiere a que, si bien en principio la prueba testifical debe practicarse en el juicio oral, pues de sus propias características no deriva ni su carácter irrepitible ni una imposibilidad genérica de ser practicada en el mismo, no obstante, excepcionalmente, puede ser incorporada al proceso como prueba anticipada si, dadas las circunstancias del caso, existe una imposibilidad real de que sea practicada en el juicio oral (por todas TC S 10/1992, de 10 Enc., FJ 4), así, por ejemplo, en los casos de imposibilidad del testigo de acudir al juicio oral por fallecimiento (TC S 41/1991, de 25 Feb.).

(...)

En este contexto, se ha de señalar que el TEDH ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrs. 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (además de las citadas, en especial S TEDH de 20 Nov. 1989, caso Kostovski, § 41; 15 Jun. 1992, caso Lüdi, § 47; 23 Abr. 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51). Como el Tribunal Europeo ha declarado recientemente (S 27 Feb. 2001, caso Lucà, § 40), «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario».

³⁴ STS 25 de junio de 2001, fundamento de derecho cuarto:

«La policía judicial está, no sólo autorizada, sino obligada, a actuar en su misión de averiguar el delito y descubrir y asegurar a los delincuentes [art. 126 CE, arts. 282 y ss. LECrim. y art. 11 g) LO 1/1986, sobre Cuerpos y Fuerzas de Seguridad]. Y en tales funciones está facultada para efectuar registros e inspecciones oculares sin autorización judicial cuando acceden al juicio oral a través de las correspondientes declaraciones testificales de los funcionarios policiales que actuaron en el atestado correspondiente (...).

Se requiere razones de urgencia y necesidad para que la actuación de la policía en las inspecciones oculares solo para que las diligencias correspondientes puedan tener valor como prueba preconstituida, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en su Sentencia 330/1993».

³⁵ STS 16 de mayo de 2001, fundamento de derecho primero:

«(...) la Sala no es contraria al criterio que se mantiene por el TC en la S 303/93, de 25 oct., en la que se ha referido a los supuestos excepcionales de prueba sumarial preconstituida y anticipada que se manifiesta apta para fundamentar una sentencia de condena siempre cuando se observen el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 LECrim.), subjetivos (la necesaria intervención del juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se le debe proveer de Abogado al imputado —cfr.: arts. 448.1.º y 333.1.º— y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730. Añade esta sentencia que «de lo dicho no se desprende, sin embargo, la conclusión de que la policía judicial no esté autorizada, en ningún caso, a preconstituir actos de prueba». Y tras afirmar esta sentencia que el hecho de que «la policía judicial pueda o, mejor dicho, esté obligada a custodiar las fuentes de prueba no significa que tales diligencias participen, en cualquier caso, de la naturaleza de los actos de prueba», añade a continuación que «para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza se hace preciso que la policía judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues, no en vano la policía judicial actúa en tales diligencias «a prevención» de la Autoridad judicial (art. 284). Una vez desaparecidas dichas razones de urgencia, ha de ser el juez de Instrucción, quien previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional (art. 117.3 CE) de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una sentencia de condena».

miento del cadáver o el reconocimiento en rueda del imputado, el Ministerio Fiscal deberá solicitarlas del Juez competente en cada caso, si no quiere que la ulterior virtualidad probatoria de sus investigaciones se vea seriamente perjudicada.

B) Las diligencias de prueba anticipada

De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 657 LECrim, las partes podrán solicitar la práctica judicial anticipada de «aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieran motivar su suspensión».

A diferencia de la naturaleza esencialmente irrepetible de la prueba preconstituida, aquí nos encontramos ante diligencias que normalmente se desarrollan dentro de las sesiones del juicio oral, pero que, por circunstancias de hecho excepcionales, concurrentes en el caso concreto, no pueden esperar a su celebración. Tal ocurre, por ejemplo, con las declaraciones de testigos que no puedan asistir al juicio oral por trasladarse al extranjero o hubiere motivo bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual (arts. 448 y 449 LECrim). Acreditado alguno de estos extremos durante la instrucción de la causa, el Fiscal habrá de solicitar la práctica judicial de la prueba como anticipada al juicio, ya que la misma carecería de todo valor probatorio si procediera a practicarla por sí mismo.

Finalmente, y a modo de conclusión, podemos resumir las anteriores propuestas de reforma procesal afirmando un tanto lapidariamente que, a nuestro modesto entender, la pretendida sumariedad procedimental sólo será posible si la antesala del nuevo proceso penal se configura como una instrucción administrativa preliminar, exclusivamente destinada a preparar el ejercicio de la acción penal ante los Tribunales de Justicia, bajo el principio de oportunidad.

IV. REFORMAS ORGÁNICAS

Como claramente se desprende de lo expuesto hasta ahora, la búsqueda de una mayor eficacia en la función instructora exige que ésta sea jurídicamente administrativizada y orgánicamente atribuida al Ministerio Fiscal.

Después de enumerar *supra* los principales presupuestos jurídicos de la administrativización de la fase investigadora previa al proceso penal, es hora de explicar las razones que aconsejan entregársela al Ministerio Fiscal.

Tras la experiencia que ha supuesto la entrada en vigor de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la asunción de la investigación criminal por la Fiscalía acelerará la tramitación de los procedimientos, pero no porque los Fiscales sean mejores trabajadores que los Jueces, sino porque —dando por supues-

tos los cambios legales del apartado anterior— unos y otros se enfrentan de una forma esencialmente distinta a su trabajo.

Las resoluciones judiciales no persiguen mejorar la eficacia en el ejercicio de la jurisdicción, ni ésta es una meta genuina del Poder Judicial, que sólo está sometido al imperio de la ley en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. El Juez absuelve o condena sin otros parámetros que la aplicación objetiva de la legalidad vigente. Poco importa la evolución de la criminalidad, la reprochabilidad social de determinadas conductas o la alarma social provocada por otras, si la observancia de las normas penales o procesales le marcan un camino distinto.

La Fiscalía, por el contrario, como explicaremos más detenidamente en el último apartado de este trabajo, estando encargada de coadyuvar —mediante su actuación forense ante los Tribunales de Justicia— a la puesta en práctica del programa de política criminal diseñado por el Gobierno de la nación, no puede perder de vista las consecuencias ulteriores de sus actos, la incidencia que éstos puedan tener sobre la gestión de sus recursos personales y materiales, o las circunstancias sociales, económicas y culturales que coyunturalmente puedan incidir sobre la misión que legalmente tiene conferida, pues, como cualquier otro organismo o institución encargado de la gestión de un servicio público³⁶, ha de responder ante los ciudadanos de la calidad del servicio prestado y, en particular, del éxito o fracaso de las acciones emprendidas.

Éste y no otro es el fundamento de que la Fiscalía adopte el mismo esquema organizativo que sirve de modelo a la Administración del Estado. La Administración central del Estado —en la que, sin duda alguna, se halla integrado el Ministerio Fiscal³⁷— se organiza básicamente sobre el principio de jerarquía, según el cual los órganos superiores de la escala jerárquica son los encargados de diseñar el plan general de actuación administrativa de cada

³⁶ «La administración de justicia soporta muy bien el que se la llame «cenicienta», pero no acaba de digerir el que se la equipara a un «servicio público» cualquiera. Aunque, dicho sea de paso, tampoco ha encontrado en el mercado demasiadas píldoras que le faciliten tamaña digestión. Me refiero concretamente, y por ahora, a los juristas, es decir, a quienes llamamos «doctrina». Ni los procesalistas se han cuidado excesivamente de la cuestión organizativa, ni los administrativistas, al estudiar la función pública, han dedicado las páginas que debieran a la función judicial.

Concebida como Poder, no le importa vivir detrás de fachadas góticas y envuelta en togas de armiño, nostalgia de un pasado, que quizás nunca fue. Lo que importa —cenicienta o no— es que se la siga llamando *Fundamentum regnorum*, que por supuesto es un apelativo más mayestático que el de «S. P.».

Para mí, una gran parte de lo que llamamos y entendemos como problema de la administración de justicia es haber prescindido de un ensayo de aproximación a la teoría del servicio público, cuya sola denominación casi nadie pronuncia. Éste es el problema; un problema que no quiere tener nombre, pero que es la clave de otros nuevos y viejos problemas que nos están torturando continuamente». Arturo GIMENO AMIGUET: «Organización y funcionamiento de la Administración de Justicia». En la obra colectiva *Gestión automatizada en el ámbito de la Justicia*. Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. Barcelona, 1983, p. 63.

³⁷ Todos los vigentes Estatutos de Autonomía declaran, prácticamente con las mismas palabras, que es al Estado central a quien corresponde íntegramente, de conformidad con las leyes generales, la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal.

Art. 53.4 Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 6/1981, de 30 de diciembre).

Art. 23.2 Estatuto de la Generalitat de Cataluña (LO 4/1979, de 18 de diciembre).

Art. 13.2 Estatuto de Autonomía del País Vasco (LO 3/1979, de 18 de diciembre).

Art. 24.2 Estatuto de Autonomía de la Xunta de Galicia (LO 1/1981, de 6 de abril).

departamento. Estos planes generales de intervención administrativa en la vida pública tienen un límite, que es el cumplimiento de la legalidad vigente, y una meta, la máxima eficacia en la prestación de los servicios públicos.

Pues bien, la mayor eficacia de la Justicia se consigue mediante la adecuada y racional utilización de los medios materiales y personales disponibles, dirigiendo voluntades y esfuerzos hacia metas alcanzables, evitando aquellas que se saben perdidas de antemano o que implican un coste demasiado alto para el beneficio social que reportan. La labor —y la responsabilidad— de los órganos de dirección de cada unidad administrativa es alcanzar la máxima eficacia posible en la gestión de los servicios que tienen encomendada³⁸, y esto sencillamente resulta incompatible con la afirmación del principio de independencia que protege a los órganos jurisdiccionales³⁹.

Art. 23.2 Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (LO 5/1982, de 9 de junio).

Art. 48.3 Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (LO 3/1983, de 25 de febrero).

Art. 51.2 Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Balear (LO 2/1983, de 25 de febrero).

Art. 28.4 Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Canarias (LO 10/1982, de 10 de agosto).

Art. 25.2 Estatuto de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (LO 9/1982, de 10 de agosto).

Art. 32.2 Estatuto de la Comunidad Autónoma de Aragón (LO 8/1982, de 10 de agosto).

Art. 39 Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (LO 4/1982, de 9 de junio).

Art. 40 Estatuto de Autonomía para Asturias (LO 7/1981, de 30 de diciembre).

³⁸ Comentando la directiva del Comité de Gestión Pública de la OCDE (PUMA) de junio de 2001,

RODRÍGUEZ-ARANA comenta lo siguiente:

«Hoy parece que la gente exige a los Gobiernos más calidad en su actuación y menos coste burocrático. Es decir, hacer más con menos, algo que es posible, siempre desde parámetros de austeridad y dignidad, lo que es muy distinto de la miseria y desatención social por motivos de eficacia económica. Hoy se demanda, nos guste o no, mejores y más ágiles servicios públicos. Hoy la gente expresa sus necesidades colectivas e inquietudes públicas en el marco de unas sociedades cada vez más diversas, más plurales, más complejas y más fragmentadas. Y, por otra parte, no se debe olvidar que hoy, en términos generales, los ciudadanos disponen de más conocimientos que antes, lo cual plantea nuevas oportunidades y nuevas expectativas. Hoy, como reconoce el documento de la OCDE que ahora comentamos, el ritmo de los cambios es permanente por lo que los Gobiernos y las Administraciones no pueden dormirse a partir de un cuadro fijo de soluciones. Hoy, es necesario que los Gobiernos y las Administraciones dispongan del hábito de la escucha continua de las siempre nuevas inquietudes sociales. Pero no sólo es suficiente la tarea de la escucha y la consulta. Lo decisivo es adelantarse en la determinación y selección de políticas y, así, proponerlas en el momento adecuado». Jaime RODRÍGUEZ-ARANA: «Sobre la reforma de la gestión pública». *La Ley*. Número 5620. 26 de septiembre de 2002.

³⁹ GIMENO SENDRA, aunque con un diferente matiz, también considera que la celeridad instructora es incompatible con la independencia judicial:

«Como es sabido, y frente a la histórica dición del art. 324 LEC, que obliga a los Jueces de Instrucción a concluir el sumario en el plazo de un mes, el mayor mal de nuestra justicia penal reside en la excesiva e injustificada dilación de la fase instructora, lo que suele acontecer siempre que en la causa exista un acusador particular. Si ello es así, es debido, no sólo a la escasa preparación investigadora de nuestros Jueces (la policía en tres días hace mucho más trabajo que los Jueces en meses e incluso años), sino, sobre todo, a la existencia de la independencia judicial que impide que se le pueda al Juez someter a apremios o a correcciones disciplinarias por dilaciones indebidas, que, a la larga, podrían atentar a su independencia.

Debido a la circunstancia de que el MF aunque «imparcial» (superior aquí a la de los jueces, pues se trata de una «imparcialidad colectivamente reflexionada») no es independiente, pueden puntualmente sus dilaciones corregidas mediante el establecimiento de plazos (por ej. tres, seis o doce meses en función de la gravedad y complejidad del delito), cuyo incumplimiento permitiría, con independencia de la determinación de la oportuna responsabilidad disciplinaria, la interposición por la parte gravada de un recurso, del que conocería el Juez de Instrucción, tal y como acontece en el ordenamiento portugués». Vicente GIMENO SENDRA: «La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». *La Ley*. Número 5619, miércoles, 25 de septiembre de 2002.

V. LA RESISTENCIA PSICOLÓGICA AL CAMBIO

Examinados los presupuestos jurídicos y orgánicos del cambio de sistema procesal, es el momento de ocuparnos de las dificultades que le acechan a su entrada en vigor.

Las objeciones que habitualmente se esgrimen en contra de la asunción por el Ministerio Fiscal de las funciones instructoras son muchas, variadas y consistentes. De entre todas ellas, nosotros vamos a centrarnos en las de naturaleza interna, que suelen ser obviadas por los tratadistas, y muchas veces son las responsables directas del fracaso de brillantes iniciativas legislativas. Me estoy refiriendo a la resistencia psicológica al cambio que existe dentro del propio Ministerio Fiscal⁴⁰.

Como señala AULET BARROS, «uno de los rasgos más acusados de los sistemas jurídicos es su notable conservadurismo. Tan notable que en realidad podríamos considerar que llega a puntos extremos. Creado el modelo, difícilmente rompe con él, y, cuando así se hace, al menos trata de conservar su forma»⁴¹. Pues bien, después de siglos de estrecha convivencia, la mayoría de los Fiscales⁴² se consideran orgánicamente integrados en el Poder Judicial⁴³, lo

⁴⁰ «Las reformas, como también señala el documento de la OCDE, deben buscar un cambio a largo plazo en el comportamiento del Gobierno a través del cambio en la denominada cultura organizativa. Se puede hacer introduciendo incentivos en los esfuerzos de la reforma, de tal manera que los trabajadores del sector público obtengan determinados reconocimientos si consiguen resultados. Además, deben conducirse estos programas fomentando la cooperación y desde una perspectiva global y general. Es necesario intentar que los funcionarios colaboren en la reforma emprendida para lo que se deben comunicar las expectativas, subrayar las oportunidades que supone la reforma, crear un liderazgo para el cambio, recompensar los cambios y ofrecer a los funcionarios la formación y ayuda que necesiten para ser capaces de entender el sentido de las reformas». Jaime RODRÍGUEZ-ARANA: «Sobre la reforma de la gestión pública». Op. Cit.

⁴¹ José Luis AULET BARROS: *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*. Op. Cit., p. 629.

⁴² Son muchos los Fiscales que se han pronunciado en favor de la judicialidad del Ministerio Fiscal. Por ejemplo, véanse dos opiniones autorizadas:

«Al margen de casos concretos, en los que el M.F. defiende intereses de sujetos particulares, sobre todo en el campo civil, es claro que en esencia es un órgano defensor de la legalidad y de la justicia, intereses abstractos propios del Estado, no del Ejecutivo, y que por tanto y en la medida en que este último cuenta con sus propios abogados que lo defienden ante los Tribunales, debe sostenerse la configuración del M.F. como una Magistratura autónoma, independiente del Ministerio de Justicia e integrada en el ámbito jurisdiccional...». José Luis MUÑOZ CALVO: *La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal*. El Poder Judicial. Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales. Vol. III, p. 2156.

«El art. 124 de la Constitución dice lo que dice y no lo que se querría que dijese desde los prejuicios de cada cual y si en él se encomienda al Ministerio Fiscal, con claridad meridiana, la defensa de la legalidad —no es de una parcial interpretación de la legalidad sino de ésta— y velar por la independencia de los Tribunales, es sencillamente porque la norma parte del supuesto de que no es un brazo del Ejecutivo sino una pieza esencial y básica del Judicial». José JIMÉNEZ VILLAREJO: «El Ministerio Fiscal, dentro del Poder Judicial (notas para el planteamiento de unas relaciones)» *El Poder Judicial*. Núm. 3, p. 83. Madrid, 1982.

Pero con diversos matices podemos encontrar muchas más, *vid.* p. ej.: J. ZAFRA: «Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal». *Revista de Derecho Procesal*. Madrid, 1961, pp. 779 y ss. José APARICIO CALVO-RUBIO: «El Ministerio Fiscal en la Constitución». *El Poder Judicial*. A.A.VV., Volumen I. Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1983, págs 638 y ss. Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO: *El Ministerio Fiscal*. Civitas. Pamplona, 1999, pp. 45 y ss.

⁴³ Confusión que llega hasta el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, cuyo artículo 2 comienza señalando que el Ministerio Fiscal se encuentra «integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial».

que les lleva a observar el ejercicio de su función desde el prisma de la judicatura, reverenciando el principio de imparcialidad procesal⁴⁴, con la misma intensidad que emplean para denostar el de dependencia jerárquica.

Ya es hora de que el Ministerio Fiscal —y con él también buen número de sus componentes—, sin escudarse en seculares indefiniciones legales, asuma el papel que institucionalmente le ha correspondido en el diseño constitucional de la Administración de Justicia española, esto es, como el órgano de la Administración central del Estado encargado de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

Algo que, en nuestra opinión, confirma tanto la naturaleza administrativa del órgano, como la dependencia gubernamental del Fiscal General del Estado. Dos extremos que, nada más ser nombrados, levantan ampollas de indignación dentro de determinados sectores de la Carrera Fiscal, por lo que quizás necesiten una explicación algo más detenida.

A) Naturaleza administrativa del Ministerio Fiscal

Parece fuera de toda duda razonable que el Ministerio Fiscal no es poder legislativo, y como entre sus funciones tampoco se encuentra la de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», tampoco puede ser considerado Poder Judicial⁴⁵. De forma que, salvo que pretendamos crear una nueva categoría de órganos al margen de los tres clásicos poderes, habremos de convenir que la Fiscalía es un organismo de la Administración central del Estado —por lo tanto, Poder Ejecutivo⁴⁶— al que el ordenamiento jurídico reconoce determinadas singularidades administrativas, entre las que destaca su autonomía funcional, atendiendo a

⁴⁴ Por ejemplo, Cesáreo ORTIZ ÚRCULO, quien, en su comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, de 22 de octubre de 1996, decía cosas como estas:

«Estas ideas de que el Ministerio como institución debe ser independiente para, después, ejercer con imparcialidad, han sido expresadas por mí en múltiples foros y estoy seguro que, después de hacerlo, he sido designado Fiscal General del Estado porque se cree en estas ideas mías y tengo que manifestarles que estas ideas subsisten en mí hoy en día, después de haber aceptado el cargo de Fiscal General».

⁴⁵ En este mismo sentido, Manuel ORTELLS RAMOS: «Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica». *Revista de Derecho Procesal*. Año 1990, núm. 2, pp. 230 y ss.

⁴⁶ Es el modelo francés, seguido por la mayor parte de los países europeos y que en nuestro país —fuera de la Carrera Fiscal— guarda mayor predicamento.

Luis MOSQUERA: «El Poder Judicial y la Constitución». En *La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático*. Civitas, Madrid, 1980, p. 733.

JIMÉNEZ-BLANCO y CARRILLO DE ALBORNOZ: «Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal». *El Poder Judicial*. A.A.VV. Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales. Tomo II.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS: *Jueces imparciales, Fiscales «investigadores» y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. PPU. Barcelona 1988.

Francisco GRANADOS CALERO: *El Ministerio Fiscal: del presente al futuro*. Tecnos. Madrid, 1989.

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ: «El Ministerio Fiscal entre «viejo» y «nuevo» proceso». En *La Reforma del Proceso Penal*. Tecnos. Madrid, 1990.

Carolina SANCHÍS CRESPO: *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*. Comarcas. Granada, 1995.

que nos hallamos ante un cuerpo especial de funcionarios que con su actuación profesional es capaz de condicionar el correcto desempeño del Poder Judicial.

De otra parte, aunque sea salirse un poco del orden expositivo, no podemos dejar de comentar que, en nuestra opinión, la dependencia gubernamental no emana de la naturaleza administrativa del Ministerio Fiscal, pues en el diseño constitucional del Estado aparecen órganos administrativos –como el Consejo General del Poder Judicial, el Defensor del Pueblo o los órganos de gobierno de los Tribunales– dotados de independencia funcional. Lo verdaderamente trascendente para la autonomía o subordinación del Ministerio Fiscal, más que el lugar donde se considere integrado, será que las normas que determinen sus relaciones con los poderes del Estado y las que gobiernen sus relaciones internas se inclinen en uno u otro sentido, pues resulta perfectamente imaginable que la dependencia administrativa del Ministerio de Justicia se compatibilice con el respeto escrupuloso de la autonomía funcional de los Fiscales y, a la inversa, que una configuración institucional separada dentro del organigrama de la Administración Central del Estado permita al Gobierno, no obstante, condicionar a su gusto la actividad procesal de la Fiscalía.

B) Dependencia gubernamental del Fiscal General del Estado

La prevención y, en su caso, la represión inmediata de cualquier forma de criminalidad es la condición previa y necesaria del mantenimiento de esa realidad inefable que se engloba dentro de lo que se ha dado en llamar seguridad ciudadana⁴⁷.

La paz pública, el orden social, la seguridad ciudadana son conceptos que comprenden una ingente cantidad de medidas que definen la acción de gobierno en este campo y que van, desde las más remotas decisiones de prevención general (lucha contra la marginación, eliminación de la pobreza, facilitar el acceso a la vivienda, proporcionar un hábitat humanizado, favorecer el empleo de los necesitados, instruir a la población, etc...), hasta la más concreta detención y castigo de los delincuentes⁴⁸.

⁴⁷ Sobre el concepto de seguridad ciudadana y su diferenciación con el de orden público César HERRERO HERRERO: *Estudios de Derecho Penal, Procesal-Penal y Criminología. Prevención policial. Un instrumento necesario en la lucha contra la delincuencia*. Servicio de publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1993, pp. 259 y ss.

También, José Carlos DE BARTOLOMÉ CENZANO: « Los límites de los derechos y libertades. Evolución jurisprudencial del límite de orden público en España». *Boletines de Información del Ministerio de Justicia*. Año LIV. 1 y 15 de junio 2000. Núms. 1870 y 1871.

⁴⁸ «En el Estado social y democrático de Derecho no se puede pretender reducir la defensa del orden público y de la seguridad ciudadana a la actividad que desempeñan los Cuerpos de Policía, que monopolizan esa acción en una fase anterior de la evolución del Estado. En el Estado moderno la actividad del orden público no es algo *a posteriori* de la ruptura del orden jurídico, con mínimos establecidos en el Código Penal. Es una actividad preventiva, correctora de equilibrios y desigualdades. La determinación de quién sea competente para garantizar la tranquilidad ciudadana y el pacífico disfrute de los derechos deberá determinarse de acuerdo con el reparto competencial que existe entre los distintos Entes territoriales en diversas mate-

Corresponde al Gobierno, como rector único de la política interior del Estado, la responsabilidad de que la inseguridad ciudadana se mantenga dentro de los límites de lo razonable. A estos fines, el ordenamiento jurídico concede al Gobierno la disponibilidad y el control de todos los mecanismos jurídicos, materiales y personales existentes, para abarcar, desde la prevención delictiva más general, hasta el agotamiento de las consecuencias jurídicas del delito con el cumplimiento efectivo de la pena.

Pero sucede que, a lo largo de la vida lógico-jurídica de un hecho típico, el responsable último de la política criminal sufre un paréntesis de oscuridad que se abre con el procedimiento judicial y se cierra con la sentencia firme. Durante todo este lapso de tiempo, en el que se decide la impunidad o el castigo de los delincuentes, el sistema político de división de poderes deja la custodia de la sociedad en manos exclusivas de otras instituciones independientes del Estado: los Tribunales de Justicia.

Evidentemente, el sentido de las resoluciones judiciales tiene una trascendental incidencia sobre el éxito o fracaso de una política criminal determinada, por lo que la interpretación que hagan los Tribunales de los tipos penales al Gobierno no le es, en modo alguno, indiferente.

Entraría dentro de la lógica del sistema de separación de poderes que el Gobierno pudiera válidamente trasladar a los Jueces independientes la visión de conjunto que implica la puesta en práctica del plan general de política criminal que ha diseñado para su mandato⁴⁹. Que el Director coyuntural de la

rias, conectadas, mediante el principio de entrecruzamiento, a esa seguridad ciudadana entendida en sentido amplio». STC 123/1984, de 18 de diciembre.

«Dicho concepto material, la seguridad ciudadana, entendido como actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano,... engloba, como se deduce de estos pronunciamientos, un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido. Dentro de este conjunto de actuaciones hay que situar, incluso de modo predominante, las específicas de las organizaciones instrumentales destinadas a este fin y, en especial las que corresponden a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad a que se refiere el artículo 104 de la CE. Pero, por relevantes que sean, esas actividades policiales, en sentido estricto, o esos servicios policiales, no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública en cuanto que concepto delimitador de la competencia, aun sólo ejecutiva, de los poderes público. Otros aspectos y otras funciones distintas de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas —por no hablar de los aspectos legislativos o judiciales, que no se hallan en cuestión— componen, sin duda, aquel ámbito material y entre ellas se encuentran las facultades ejecutivas en relación con las medidas de seguridad en entidades y establecimientos públicos y privados, que prevén y regulan los preceptos del Real Decreto 1338/1984 en conflicto» STC 104/1989, de 8 de junio.

⁴⁹ Como dijo VIVES ANTÓN, «la política criminal no es sino una parte de la política interior. Y cae dentro de la realización de una determinada política criminal la distribución de los medios, necesariamente escasos, con que se cuenta para conseguir la más adecuada investigación de los delitos. Esa es, por tanto, tarea gubernativa. Es, en principio, al Gobierno a quien corresponde trazar las directrices de la lucha contra la delincuencia en cada momento y orientar según ellas la tarea de los organismos investigadores. Ello no significa, en modo alguno, que el Gobierno pueda dejar de perseguir este o aquel delito, por simples razones de conveniencia. Para impedir que ello suceda están, de una parte, el Código Penal, que en su artículo 359 (actual art. 408)...y, de otra, los institutos de la acción popular y de la del ofendido o perjudicado.

En el modelo de proceso vigente, las decisiones político-criminales del Gobierno inciden sobre el conocimiento del delito que pueden llegar a tener los Jueces y Tribunales pues, por regla general, éste depende de la previa actuación policial; pero el aspecto más técnico y, por así decirlo, menos sospechoso de la política criminal (en el sentido en que aquí se habla de ella), es decir, el aspecto que se refiere a la coordinación de los medios de investigación, al orden en que se realizan las investigaciones, a la manera de practicarlas, etc., queda librado a las iniciativas individuales y necesariamente dispares de los Jueces de Instrucción.

política interior del Estado también pudiera influir sobre la aplicación forense del Derecho, accionando unitariamente ante los Tribunales de Justicia su particular forma de entender la legalidad⁵⁰.

Pues bien, el Ministerio Fiscal es el mejor instrumento de que dispone el Ejecutivo para poder influir en la interpretación y aplicación que lleve a cabo el Poder Judicial de los diferentes tipos penales⁵¹. Siguiendo esta línea argumental, la Fiscalía sólo cumplirá con la misión para la que fue concebida, cuando sea capaz de modular la respuesta penal de los Tribunales según las directrices genéricas de política criminal marcadas por el Gobierno democráticamente elegido por los ciudadanos.

Ésta, y no otra, es la causa de que esté dirigida por un Fiscal General⁵², elegido por el Gobierno, entre juristas de su confianza (art. 22.1 EOMF)⁵³, y gobernado por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárqui-

Con ello no solamente se sustraen al Gobierno competencias que son propiamente gubernativas, sino que, en el ámbito de la investigación, resulta muy difícil llevar a cabo una auténtica política criminal, pues la política criminal implica un modo de proceder ordenado y sistemático que se desvanece como tal si depende de una multitud de decisiones singulares carentes de toda coordinación y, muchas veces, de la más elemental congruencia.»

Por esto el sistema que propone es el siguiente: «la responsabilidad de la investigación y, consiguientemente, la responsabilidad de que se administre justicia, se atribuye al Gobierno. Los Jueces responderán de cómo desenvuelven sus atribuciones propias (la defensa de los derechos, la adecuada dirección de los procedimientos y la razonable resolución de los conflictos en ellos planteados); pero, de todo lo demás, de que los delincuentes sean habidos, de que la investigación aporte las pruebas necesarias para su condena, si es procedente, etc., responderá el Gobierno. Esta distribución de competencias es la constitucionalmente adecuada. Y también lo es el correlativo reparto de responsabilidades: porque el fracaso de una política criminal genera, ante todo, una responsabilidad política a la que el Gobierno está sujeto y los Jueces no». T. S. VIVES ANTÓN: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal». *Poder Judicial*. Número Especial II, pp. 100 y 101.

⁵⁰ Este argumento, como puede suponerse, ni es nuevo, ni ha sido inventado por nosotros.

Cuando se dictó en Alemania la Ley del Ministerio Fiscal de 15 de julio de 1941 (*Staatsanwaltschaftsgesetz*), justificaba la configuración estrictamente gubernamental de la Fiscalía por dos razones:

- La necesidad de que los Tribunales sean auxiliados y orientados para adquirir una mejor conciencia de las directrices superiores de la política legislativa y acerca de las posibles consecuencias y efectos de sus resoluciones.
- Y la urgencia de establecer un lazo de unión, que faltaba, entre la jefatura política del Estado y los Tribunales, para hacer llegar a éstos la voluntad política y el criterio de la misma, mostrándoles los aspectos que, desde el punto de vista de la comunidad popular, merecieran ser tenidos en cuenta. Leonardo PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ: *La construcción dogmática...*, cit., pp. 35 y 36.

⁵¹ Juan Francisco LÓPEZ AGUILAR: *La Justicia y sus problemas en la Constitución*. Tecnos. Madrid, 1996, p. 195.

⁵² En las siempre certeras palabras de Pedro CRESPO: «Sin necesidad de grandes reformas legislativas, la abierta y sincera aceptación de que el Fiscal General del Estado nombrado por el Gobierno asume sustancialmente —como en realidad no puede ser de otro modo— las líneas generales de la política criminal del mismo permitiría controlar con mayor eficacia sus errores —que serían inequívocamente suyos, y no «injerencias» del Ejecutivo— y facilitaría al Parlamento y a la opinión pública (véase el artículo 4.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) la posibilidad de exigir explicaciones y responsabilidades ante decisiones que pudieran considerarse no ajustadas al objetivo constitucional de la satisfacción del interés social». Pedro CRESPO BARQUERO: «Las garantías en la instrucción por el Fiscal». *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal VI*. Ministerio de Justicia. Madrid, p. 232.

⁵³ Un excelente trabajo —como, por otra parte, todos los suyos— sobre el sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado por el Gobierno, sus alternativas y consecuencias, se puede hallar en Antonio NARVÁEZ RODRÍGUEZ: *El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno*. Ministerio de Justicia. *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. V-2000*, pp. 551 a 562.

ca⁵⁴. Escudándose en su aspiración estatutaria de imparcialidad procesal, el Ministerio Fiscal no puede permanecer de espaldas a los principios generales que sustentan la política criminal de los dirigentes democráticamente elegidos por el pueblo español, ni la autonomía funcional del Instituto representar un obstáculo permanente para la puesta en práctica de aquélla.

Asegurar la conveniente participación de la Fiscalía en los objetivos político-criminales que el Gobierno se ha marcado al comienzo de la legislatura, es la razón de ser del órgano que políticamente la dirige: el Fiscal General del Estado. Éste es, y debe ser —como, por ejemplo, ocurre con el Presidente del Banco de España⁵⁵—, un órgano político⁵⁶, no porque tenga capacidad para emitir actos de esta naturaleza, que, como sabemos, sólo están reservados al Gobierno y al Parlamento, sino porque es elegido por el Gobierno de la nación, entre juristas de su confianza, con la misión de facilitar la puesta en marcha y efectividad de la política criminal que ha diseñado y no otra distinta, por muy legítima y fundada técnicamente que esta última pudiera parecer a los Fiscales de Carrera⁵⁷.

Cierto es que la afirmación precedente no cuenta todavía con el suficiente apoyo jurídico, lo que servirá a los legalistas⁵⁸ para, sin más, rechazarla. Pero,

⁵⁴ «(...) el Ministerio Fiscal fue originariamente concebido como un instrumento de control de las decisiones judiciales, tanto en lo referente a su legalidad como a su oportunidad. Es más, la configuración del Ministerio Fiscal como un cuerpo unitario, dotado de una estructura jerárquica y dependiente del Gobierno tien su razón de ser, precisamente, en la profunda desconfianza hacia la independencia judicial». Luis María Díez-PICAZO: *El poder de acusar...* Op. cit., p. 183.

⁵⁵ «El modelo de esta independencia en sentido débil ya no son los jueces, sino los Bancos Centrales y, más en general, las llamadas «agencias independientes». El problema, no obstante, es que, mientras la noción de independencia judicial está muy asentada y, tiene un significado suficientemente preciso, no puede decirse lo mismo de las agencias independientes. Éstas no excluyen la subsistencia de vínculos con el Gobierno, incluso en aquellos supuestos en que se les garantiza una libertad de criterio prácticamente absoluta, como ocurre, precisamente, con los Bancos Centrales tras el Tratado de Maastricht: la relación con el Gobierno sobrevive indirectamente a través de la facultad de nombramiento y, en su caso, de renovación o cese de los miembros de la agencia independiente». Luis María Díez-PICAZO: *El poder de acusar...* Op. cit., p. 176.

⁵⁶ Reconoce implícitamente el carácter político del cargo de Fiscal General del Estado la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1998 cuando, en su fundamento de derecho sexto, dice:

«El Fiscal General responde ante el Gobierno, que lo nombra y lo cesa libremente sin otras limitaciones que respetar los requisitos fijados por el artículo 29.1 del Estatuto Orgánico, quien puede requerirle en los términos del artículo 8 del mismo Estatuto, y el Fiscal General, además, debe comparecer ante las Cortes Generales para informar de aquellos asuntos para los que especialmente fuese convocado, con las que debe colaborar siempre que no exista obstáculo legal (artículo 10 del Estatuto)».

⁵⁷ El Gobierno, en realidad, no se limita a la elección del Fiscal General del Estado, pues no olvidemos que todos «los destinos correspondientes a la categoría primera, los de los Fiscales Jefes de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales se proveerán por el Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado, de acuerdo con lo previsto en el art. 13 de este Estatuto. De igual modo, serán designados los Tenientes Fiscales de aquellos órganos cuyo Jefe pertenezca a la categoría primera y los de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas» (art. 36.1 EOMF).

⁵⁸ El Fiscal ahora no es el representante del Gobierno, como ocurría en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y el Estatuto de 1926, ni el órgano de comunicación del Gobierno con los Tribunales de la Ley Orgánica del Estado de 1967. Es más, la Comisión Constitucional del Congreso suprimió del actual art. 124 la expresión «órgano de relación» que figuraba en el anteproyecto y en la ponencia.

No existe texto legal alguno que faculte al Gobierno a dar órdenes al Fiscal General. Según el art. 8 EOMF, el Gobierno sólo puede interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público, pero no ordenar que haga o deje de hacer. Por ello el apartado segundo de este mismo artículo dice que «el Fiscal General del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada».

sencillamente esto es lo que viene sucediendo en la práctica, sin que la promulgación del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1981 haya logrado romper una tradición jurídica consolidada por el uso y amparada por el sistema de nombramiento y remoción del Fiscal General del Estado.

Nosotros no podemos caer en un inmovilismo formalista o, lo que es peor, en la ingenuidad juvenil de pensar que el Derecho escrito es fiel reflejo de la realidad cotidiana. Ésta a menudo va por otros derroteros, y en nuestro caso ocurre que, por más que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal proclame la autonomía funcional o incluso, si se quiere, la independencia del Fiscal General del Estado respecto del Gobierno que lo nombró, nunca, ni antes ni ahora, se ha roto la sólida relación de dependencia orgánica y funcional que une al Fiscal General con el Ministerio de Justicia⁵⁹.

Todos ganaríamos si, de una vez por todas, nos decidiéramos a hacer coincidir el Derecho escrito con el mundo real y a bajar a la Fiscalía de ese limbo institucional en que actualmente se encuentra perdida, ayudándole a encontrar lo que es su verdadera naturaleza.

Por todo lo cual, sería deseable que la venidera LECrim fuera acompañada de un nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal –y no una simple reforma parcial– en el que se fijaran las diferencias existentes entre el Fiscal General del Estado, órgano político, dependiente del Gobierno de la nación, que preside y dirige el Ministerio Fiscal, sin estar integrado en él, y la Carrera Fiscal, formada por un cuerpo de funcionarios del Estado, que, con autonomía funcional, tienen por misión promover imparcialmente la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

Y, como dice CALVO-RUBIO, «si un órgano puede resolver, denegándolo si procede, lo que otro le interesa, es evidente su total independencia funcional del mismo». José Aparicio CALVO-RUBIO: «El Ministerio Fiscal en la Constitución». *El Poder Judicial*. A.A.VV. Volumen I. Dirección General de lo Contencioso. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1983, p. 640

⁵⁹ La definición legal de esta dependencia se hizo en el art. 841 de la Ley Provisional de 1870, repetido en el art. 42 del Estatuto de 1926, que decía:

«El Fiscal del Tribunal Supremo será el jefe del Ministerio Fiscal de toda la monarquía, bajo la inmediata dependencia del ministro de Justicia».

El art. 74 del Estatuto ampliaba esta relación de dependencia a toda la Carrera Fiscal, pues «el Ministro de Justicia podrá..., excitar el celo del Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones y cumpla los deberes que le corresponden».

El Reglamento orgánico de 1969 ajustaba aún más esta relación de dependencia en su art. 86.2, según el cual:

«El Ministro de Justicia podrá dirigir al Fiscal del Tribunal Supremo orden escrita o verbal, en caso de urgencia respecto de asuntos genéricos o especialmente determinados en los que, conforme a las funciones que le son propias, deba intervenir el Ministerio Fiscal. El Fiscal del Tribunal Supremo cumplirá dichas órdenes ejercitando las acciones procedentes conforme a las Leyes».

Incluso este mismo artículo del Reglamento rompía con el orden jerárquico de la Administración del Estado, permitiendo al Ministro de Justicia dirigirse directamente a los Fiscales de las Audiencias:

«4. En los casos de excepcional urgencia, el Ministro de Justicia dará las órdenes y pedirá las noticias a que los párrafos anteriores se refieren a los Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales, dando cuenta al Fiscal del Tribunal Supremo, tanto el Ministro como los referidos Fiscales. Éstos tendrán, en tal caso, las mismas facultades y obligaciones que el del Tribunal Supremo respecto al cumplimiento de las órdenes del Ministro».