



NACIONAL

LA INSTRUCCIÓN EN MANOS DEL FISCAL: UN GRAVE RIESGO

**Julio Banacloche Palao, Profesor Titular de Derecho Procesal.
Universidad Complutense de Madrid**



FOTO: CORDON PRESS

En los últimos meses están apareciendo en los medios de comunicación noticias acerca de investigaciones sobre presuntas comisiones de delitos que son realizadas no por los Jueces, sino por los miembros del Ministerio Fiscal. De acuerdo con lo que se conoce, son los Fiscales quienes dirigen esas actuaciones, imparten instrucciones a la Policía e incluso ordenan detenciones. El Gobierno ha remitido al Congreso un proyecto de ley que pretende reforzar esas diligencias investigadoras del Fiscal. ¿Estamos, pues, ante un nuevo paso en el camino de conceder al Ministerio Público la instrucción de las causas penales, privando a los jueces de las competencias que tienen en la actualidad sobre una cuestión de tanta importancia para los ciudadanos?

¹ El autor es el investigador principal del Proyecto de Investigación "Acusadores y acusados en el proceso penal: propuestas de reforma" (ref. SEJ2004-06159), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (2004-2007).

Reformas legislativas a favor de la instrucción del Ministerio Fiscal

En el sistema procesal penal español, la instrucción de los delitos corresponde realizarla al Juez de Instrucción (art. 303 LECR). El papel del Ministerio Fiscal en esa primera etapa del procedimiento es la de “inspeccionar” la labor judicial (art. 306 LECR) e intervenir en las diligencias de instrucción; posteriormente, deberá pronunciarse acerca de si existen o no elementos incriminatorios suficientes para abrir juicio oral y para formular acusación contra el sujeto a quien se atribuye la comisión de un hecho delictivo.

“Un caso sonado fue la detención a principios de los noventa del gobernador del Banco de España ordenada por un Fiscal Jefe –Mariano Fernández Bermejo, actual Ministro de Justicia– un día antes de la comparecencia pública del Presidente de Gobierno”

Este modelo de distribución de funciones entre Jueces y Fiscales en la fase preliminar del proceso penal no es común a todos los países de nuestro entorno. En los de cultura jurídica anglosajona corresponde desde siempre al Fiscal el ejercicio de ambas atribuciones: dirigir la investigación realizada por la Policía y decidir si acusa o no en relación con unos hechos determinados. Y en muchos otros países que originariamente respondían a la tradición continental de Juez Instructor (como Alemania, Italia o Portugal), en los años ochenta y noventa se ha producido un cambio de sistema consistente en conceder la instrucción de los delitos al Ministerio Fiscal, y reservar únicamente a los Tribunales la función de decidir, como “Juez de garantías”, sobre la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales (autorización de escuchas telefónicas, registros domiciliarios), medidas cautelares (órdenes de prisión provisional, retirada de pasaporte, orden de comparecencia, etc.) y sobre la práctica de prueba anticipada.

“El Gobierno ha propuesto ampliar a doce meses –prorrogables– el plazo de duración de las diligencias de investigación preprocesales que realiza el Fiscal cuando se trate de delitos atribuidos a la ‘Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada’”

Ese movimiento dirigido a reforzar el papel instructor/investigador del Ministerio Fiscal en detrimento del Juez de instrucción también se desarrolló en España a mediados de los ochenta. Y tuvo su reflejo en algunos textos normativos: así, la reforma de la LECR de 1988 –que es la que incorpora el procedimiento abreviado– introdujo el artículo 785 bis (actual artículo 773.2 LECR), que autorizaba al Ministerio Fiscal a practicar diligencias de investigación de hechos presuntamente delictivos con carácter previo al inicio del proceso. También la Ley del Jurado de 1995 permitía deducir la atribución de un

mayor papel al Ministerio Fiscal en la determinación de la imputación contra un determinado sujeto (artículo 24 LJ), e incluso la Disposición final cuarta de la citada ley anunciaba futuras reformas procesales en las que se potenciaría la investigación en manos del Ministerio Fiscal. Por su parte, el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se dedicó a regular los requisitos con que tenían que practicarse las diligencias de investigación del Fiscal con carácter previo al inicio del proceso, permitiéndosele incluso acordar una detención derivada de la imputación de un delito.

El punto culminante de este cambio de modelo tuvo lugar con la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que otorgaba al Ministerio Fiscal la instrucción de los delitos cometidos por menores de edad.

“Los partidarios de la instrucción del Fiscal consideran que el Juez instructor carece de la imparcialidad debida pues, al investigar y decidir, va adquiriendo un interés cada vez mayor en que no se revoque lo que ha actuado, lo que termina por ir en contra del imputado”

Sin embargo, hay que reconocer que la virtualidad práctica que tales reformas legislativas han tenido a lo largo de estos años –al margen de algún caso especialmente “sonado” (como la detención a principios de los noventa del gobernador del Banco de España ordenada por un Fiscal Jefe –en concreto, Mariano Fernández Bermejo, actual Ministro de Justicia– un día antes de la comparecencia pública del Presidente de Gobierno para dar explicaciones sobre un asunto delictivo en que aquél se hallaba implicado)–, no ha sido demasiada, fundamentalmente porque, por un lado, al mantenerse el modelo de instrucción judicial, las actuaciones practicadas por la Fiscalía con carácter previo al inicio del proceso, no han tenido más efectos para el Juez de Instrucción que los propios de cualquier denuncia; y, por otro, porque bastaba cualquier conocimiento por parte de los tribunales de la existencia de las investigaciones de la Fiscalía (bien por denuncia de los afectados, bien por tener que solicitarse una medida restrictiva de un derecho fundamental) para que debiera procederse a la “judicialización” de las actuaciones, con lo que el ámbito permitido de actuación resultaba a la postre muy limitado.

Pues bien, en este estado de cosas, el actual Gobierno ha propuesto, dentro de un marco más amplio de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la modificación del artículo 5 de la citada norma, en el sentido de ampliar a doce meses –prorrogables– el plazo de duración de las diligencias de investigación preprocesales que realiza el Fiscal cuando se trate de delitos atribuidos a la denominada “Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada”, es decir, delitos contra la Hacienda Pública, prevaricación, abuso o uso indebido de información privilegiada, malversación de caudales públicos, fraudes, tráfico

de influencias, cohecho, negociación prohibida a funcionarios, defraudaciones, insolvencias punibles, alteración de precios, contra la propiedad intelectual e industrial, delitos societarios, blanqueo de capitales, corrupción y demás delitos conexos.

Antes de abordar el sentido y finalidad de la concreta reforma prevista –que a día de hoy aún se encuentra tramitándose en la Comisión de Justicia del Congreso–, conviene reflexionar siquiera brevemente sobre la conveniencia o inconveniencia de implantar en España el modelo de instrucción en manos del Fiscal, que es lo que parece que la reforma pretende instaurar de hecho –si bien de forma indirecta y sibilina–, dada la amplitud temporal prevista para desarrollar la investigación fiscal.

Críticas al modelo de instrucción judicial y supuestas ventajas de la investigación del Fiscal

Los defensores de la teoría de que la investigación de los delitos se debe encomendar al Ministerio Fiscal suelen criticar la instrucción judicial sobre la base de argumentos teóricos y prácticos. Comenzando por éstos últimos, se afirma que la instrucción judicial confiada a los tribunales es muy lenta, porque está concebida sobre la idea de que se descubra toda la verdad sobre el delito, y no sobre la de acumular únicamente indicios que permitan sostener una acusación. De ahí que se prolongue durante años, con el grave riesgo que la amplia duración de los procesos conlleva tanto para las personas como para la propia persecución delictual.

“La investigación no es una actividad ciega, sino perfectamente dirigida por quien tiene encomendada la persecución de los delitos. Y conlleva la adopción de decisiones: imputar o no a un sujeto, realizar diligencias, archivar una denuncia o querrela o proceder según lo que en ellas se contiene”

Desde una óptica teórica, los partidarios de la instrucción del Fiscal consideran que el Juez instructor carece de la imparcialidad debida, pues al ir investigando y decidiendo sobre la causa, va adquiriendo un interés cada vez mayor en que no se revoque lo que ha actuado, lo que termina por ir en contra del imputado.

Por el contrario, a juicio de estas corrientes de pensamiento, si la actual instrucción judicial se sustituyera por otra más breve encomendada al Fiscal, se podrían reducir los plazos de esta fase preparatoria del juicio (porque no habría que investigar de forma exhaustiva, sino que bastaría con que hubiera elementos suficientes para poder acusar), se respetaría estrictamente el principio acusatorio (es decir, la separación de las funciones de acusación y enjuiciamiento) y la contradicción entre las partes (al estar perfectamente definida la función del Fiscal, que no sería una parte imparcial sino quien sostendría la acción penal, en contraposición con el acusado), y se garantizarían los derechos del imputado (al

existir un Juez de Garantías que tendría como función aprobar las medidas que pudieran afectar a derechos fundamentales).

Por supuesto, los que preconizan este cambio de modelo reconocen que habría dificultades “técnicas” que habría que resolver: aumentar –casi triplicar– la plantilla de Fiscales, reforzar su autonomía funcional –especialmente en lo que se refiere a sus relaciones con el Gobierno–, y dotarle de más y mejores medios materiales y económicos; pero también sostienen que el esfuerzo presupuestario merecería la pena, pues con ello España se situaría al mismo nivel que los países de su entorno.

Lo que no se dice sobre la instrucción del Fiscal

Cuando se postula atribuir al Ministerio Fiscal la instrucción de los delitos, se da por supuesto que todos los elementos configuradores del actual modelo de instrucción van a permanecer incólumes: se seguirían persiguiendo todos los delitos de los que se tuviera conocimiento (principio de legalidad); junto al Fiscal continuarían existiendo las acusaciones particular y popular; al imputado se le permitiría entrar en el proceso en cuanto se concrete su imputación (actual art. 118 LECR); y existiría un control judicial sobre las medidas que se adopten durante la instrucción y posteriormente, sobre si se abre el juicio o se procede al sobreseimiento.

“En el sistema español, por imperativo constitucional, existe una estrecha dependencia entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno, dado que éste nombra a aquél”

Pues bien, nada de esto se da en los países de nuestro entorno que han concedido al Fiscal la instrucción de los delitos. En todos ellos corresponde al Ministerio Público el monopolio en el ejercicio de la acción penal (Estados Unidos, Italia, Alemania), no existiendo acusación particular (y si se permite, cumple una función subordinada y no independiente) ni mucho menos popular; está consagrado el principio de oportunidad o el de oportunidad reglada, que faculta a la Fiscalía a perseguir o no determinados delitos; el imputado no tiene conocimiento de las investigaciones hasta el final de la investigación y ve mermado su derecho de defensa, que sólo comienza verdaderamente cuando se abre el juicio; y las facultades de control de los Jueces son limitadísimas, puesto que no pueden realmente entrar en la valoración conjunta de las circunstancias –que desconocen– de las que dependen las medidas a adoptar, debiendo “fiarse” generalmente de lo que le dicen la Policía y el Fiscal.

El cambio operado es tan radical y está resultando tan problemático que en algunos países ya se escuchan voces que reclaman una vuelta al Juez instructor (Alemania), mientras que en otros se han debido introducir reformas urgentes para permitir la defensa del imputado (Italia).

Es decir, que los que preconizan entregar la instrucción al Ministerio Público no nos dicen cómo pretenden compatibilizar una fase preliminar breve, dirigida a obtener únicamente material acusatorio, en la que la Fiscalía dirige la investigación, con un imputado presente desde prácticamente el principio de las actuaciones, unas acusaciones particulares pidiendo diligencias, un Juez controlador recabando información para poder aprobar las medidas solicitadas, y un sistema que exige perseguir todos los delitos que se cometan.

Y todo ello sin haber entrado aún en los dos aspectos que harían muy inconveniente, por no decir imposible, atribuir al Fiscal la dirección de esta fase preliminar: el carácter jurisdiccional de la instrucción y la dependencia gubernativa de la institución fiscal.

“En esas circunstancias de falta de independencia, no se puede postular la entrega de la instrucción de las causas penales al Ministerio Fiscal, porque sería tanto como conceder una patente de corso a la Fiscalía en relación con la persecución de delitos con relevancia política”

Pese a que se intenta convertir en algo puramente rutinario y material lo que se desarrolla en la fase preparatoria del proceso penal –hasta el punto de que algunos no le llaman ya instrucción, sino investigación–, lo cierto es que está integrada de constantes decisiones que afectan a derechos de las personas y que suponen aplicación de las normas jurídicas procesales y sustantivas. La investigación no es una actividad ciega, sino perfectamente dirigida por quien tiene encomendada la persecución de los delitos. Y conlleva la adopción de decisiones de indudable trascendencia: imputar o no a un sujeto, acordar la realización de determinadas diligencias, archivar una denuncia o querrela o proceder según lo que en ellas se contiene. A juicio de muchos autores, esta actividad no es meramente gubernativa, sino jurisdiccional: y según el art. 117.3 CE, sólo puede ser ejercitada por los Juzgados y Tribunales. En consecuencia, nuestro modelo constitucional no permitiría que se concediera al Fiscal la instrucción de los delitos.

Pero, además de lo anterior, en el sistema español, y también por imperativo constitucional, existe una estrecha dependencia entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno, dado que éste nombra a aquél (art. 124.4 CE), cosa que no sucede en otros países. Como la jerarquización del Ministerio Público está asimismo consagrada en la Carta Magna (art. 124.2 CE), la posible influencia gubernativa, desplegada a través de la cúspide de la pirámide, se termina extendiendo a todo el colectivo. No hay más que observar el comportamiento del actual Fiscal General del Estado para tomar conciencia de hasta qué punto el Gobierno puede determinar la conducta de la Fiscalía en aquellos asuntos en los que existe un interés gubernamental. En esas circunstancias de falta de in-

dependencia, no se puede postular la entrega de la instrucción de las causas penales al Ministerio Fiscal, porque sería tanto como conceder una patente de corso a la Fiscalía en relación con la persecución de aquellos delitos con relevancia política o que afecten al partido del Gobierno o al propio Gobierno —e incluso al resto de partidos, puesto que siempre existiría la duda de si la investigación obedece a un impulso político—.

En aquellos países en que el Fiscal instruye los procesos penales, aquél suele gozar de un estatuto de independencia (Italia) o tiene una legitimidad democrática de origen (Estados Unidos), pero no la situación que se produciría en España: un Fiscal en teoría autónomo, aunque de hecho sometido a las instrucciones de un jefe nombrado por el Gobierno y con la protección del funcionario que no responde ante nadie de sus decisiones discrecionales.

“¿Para qué necesita la Fiscalía doce meses prorrogables para investigar un presunto delito? No hay que olvidar que estaríamos hablando de una actuación policial, dirigida por la Fiscalía, en la que no interviene el Juez”

A la vista de todo lo anterior, el otorgamiento al Ministerio Fiscal de la instrucción/investigación de los delitos conllevaría todo tipo de inconvenientes: constitucionales (posible inconstitucionalidad del cambio de modelo, al concederse funciones jurisdiccionales a órganos que no tienen tal carácter), estructurales (no se podría mantener la pluralidad de acusaciones, al menos en esa fase inicial del proceso), materiales (exigiría una profunda transformación orgánica de la Fiscalía y multiplicar sus efectivos y presupuestos), políticos (la actuación en determinados delitos estaría siempre bajo sospecha) y, lo que es más importante, técnicos (entre otros e importantes reajustes, habría que redefinir el papel del imputado en la instrucción, pudiendo retrocederse en las garantías que le corresponden desde 1978).

“Lo que no se dice en ningún momento es qué sucede con las diligencias practicadas cuando al final no se envían a los Jueces, ni si existe responsabilidad por una actuación inquisitiva realizada sin fundamento”

La proyectada reforma del art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

Como se señaló al inicio de este trabajo, el Gobierno pretende ampliar el plazo de duración de las investigaciones que la Fiscalía Anticorrupción puede desarrollar con carácter previo al inicio de la causa judicial. Y la pregunta que inmediatamente surge a este respecto es la siguiente: ¿para qué necesita la Fiscalía doce meses prorrogables para investigar un presunto delito, en un modelo de instrucción judicial como es el que aún está vigente en España? Porque no hay

que olvidar que estaríamos hablando de una actuación policial, dirigida por la Fiscalía, en la que no interviene el Juez –porque cualquier actuación judicial, como sería por ejemplo la que acordara una medida restrictiva de derechos fundamentales (intervención telefónica, registro domiciliario), determinaría la inmediata judicialización de las investigaciones, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo–.

Para la anterior pregunta no hay otra respuesta posible que la de entender que con la nueva reforma se pretende legalizar la actuación del Fiscal dirigida a realizar una labor inquisitiva de carácter exhaustivo sobre la persona y el patrimonio de un determinado sujeto, con absoluto desconocimiento por parte de éste –a pesar de que el artículo 5 del Estatuto habla de que las diligencias del Fiscal deben respetar la contradicción y la defensa–, y con vistas a culminar las actuaciones, en su caso, con una detención del afectado y una puesta a disposición del Juez de unos elementos incriminatorios que, desde un punto de vista jurídico, no tendrían más valor que el de una denuncia. Se pretende, pues, dar carta de naturaleza a una pre-instrucción del Fiscal realizada sin las garantías que para el ciudadano tiene el que las investigaciones sobre su intimidad deban estar controladas por un Juez.

“La nueva reforma pretende legalizar la actuación del Fiscal dirigida a realizar una labor inquisitiva exhaustiva sobre la persona y su patrimonio, con su absoluto desconocimiento”

Porque lo que no se dice en ningún momento es qué sucede con las diligencias practicadas cuando al final no se envían a los Jueces, ni si existe responsabilidad por una actuación inquisitiva realizada sin fundamento. Nadie discute la necesidad de dotar a nuestras fuerzas policiales de todos los mecanismos necesarios para la persecución de los delitos. Pero para tranquilidad suya, y de todos los ciudadanos, su conducta debe estar ordenada y controlada judicialmente. Que se pretenda ahora que, por la puerta de atrás, sea el Fiscal quien lleve a cabo esa doble función, no parece ni oportuno ni procedente. No es oportuno porque, cada vez más, la Fiscalía está bajo sospecha en su comportamiento relativo a delitos relacionados con la política. Y no es procedente porque supone una merma de garantías para los ciudadanos, y una forma de establecer un sistema de investigación que, como se ha dicho, no es el que existe en nuestro ordenamiento procesal.