

EL PROTAGONISMO DIRECTIVO EN LA INSTRUCCIÓN, EL MINISTERIO FISCAL Y EL MODELO PROCESAL PENAL

Andrés de la OLIVA SANTOS*

El asunto que ahora nos reúne ha sido objeto de mi consideración al menos desde 1989.¹ Mis más recientes reflexiones escritas, base de esta intervención, constituyen la breve respuesta que ofrecí a una encuesta sobre la posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta encuesta debía tenerse en cuenta en el diálogo jurídico sobre ese mismo tema, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, diálogo celebrado el 26 de abril de 2005.

Me produce fatiga y hasta pereza la cuestión que hoy es objeto de debate. Pero es que estoy plenamente convencido, desde hace tiempo, de que no es idóneo para un debate. Al respecto, Aristóteles me parece por completo acertado. Veamos dos textos suyos, ambos de la Retórica (I, 2,5 y 4,2):

Deliberamos sobre lo que parece que puede resolverse de dos modos, ya que nadie da consejos sobre lo que él mismo considera que es imposible que haya sido o vaya a ser o sea de un modo diferente, pues nada cabe hacer en esos casos...

Ante todo, se ha de establecer sobre qué bienes o males delibera el que hace un discurso deliberativo, puesto que no cabe deliberar sobre cualquier cosa, sino sólo sobre lo que puede suceder o no, habida cuenta que no es posible ninguna deliberación sobre lo que necesariamente es o será o sobre lo que es imposible que exista o llegue a acontecer. Incluso no cabe deliberar acerca de todos los posibles. Porque, de entre los bienes que pue-

* Catedrático de Derecho procesal, Universidad Complutense de Madrid.

¹ Véase Oliva Santos, Andrés de la, *Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, PPU, 1989.

den suceder o no, hay algunos que acaecen por naturaleza o por suerte, respecto de los cuales en nada aprovecha la deliberación. Resulta evidente, en cambio, sobre qué cosas es posible deliberar. Éstas son las que se relacionan propiamente con nosotros y cuyo principio de producción está en nuestras manos. Y, por eso, especulamos con cierta reserva hasta el instante en que descubrimos si (tales cosas) son posibles o imposibles de hacer por nosotros.

Mi convencimiento sobre la imposibilidad de la cuestión: instrucción a cargo del juez instructor o investigación preliminar a cargo del Ministerio Fiscal, deriva de mi convicción de que esto último es imposible en España. Y, como hemos visto, sobre lo imposible no se delibera. Dejaré para más adelante la explicación de esta imposibilidad.

Ocurre, adicionalmente, que, convocado a este debate, me encuentro abocado a perderlo, dado que la tesis que he de defender está descalificada de una forma sumaria y más bien apodíctica: la tesis conservadora, pero no sólo conservadora, sino conservadora frente a la progresista, lo que significa que conservador es aquí quien se opone al progreso. Por supuesto, esa etiqueta descalificadora y arbitraria,² puede ser desmontada, pero eso requeriría un debate muy profundo y prolongado. Tendríamos que hablar largo y tendido sobre el hombre y su progreso, sobre el pasado, el presente y el futuro (es decir, sobre la historia), sobre revolución, reforma y tradición, etcétera. Demasiados asuntos, de capital importancia, para sustanciarlos aquí incidentalmente.

Entrando en materia, comenzaré con unas consideraciones previas acerca del Ministerio Fiscal, porque suele relacionarse estrechamente su posible papel de principal protagonista de la fase de instrucción (así la denomino provisionalmente) con cambios no accesorios en su diseño institucional, que es asimismo constitucional.

En primer lugar, entiendo que el Ministerio Fiscal goza ya de estructura orgánica y de normativa propia, distinta de la del Ejecutivo de la nación. Los miembros del Ministerio Fiscal no dependen del gobierno, sino del fiscal general, por más que éste sea nombrado a propuesta vinculante del gobierno. Esta posición institucional del Ministerio Fiscal, verdaderamente singular, me parece sustancialmente satisfactoria

² ¿Por qué no denominar *filoyanqui* o *angloyanqui* a la postura favorable a la instrucción dirigida por el Fiscal? Esta denominación, basada en la similitud, sería infinitamente menos discutible que la de *progresista*.

y, desde luego, mucho más razonable que otras, de mayor dependencia del Ejecutivo o de independencia propiamente dicha.

Estoy firmemente convencido de que no debe atribuirse al Ministerio Fiscal una independencia como la judicial, que comporta exclusividad de la responsabilidad jurídica y ausencia de responsabilidad política. Este régimen excepcionalísimo de independencia (e, insisto, la consiguiente ausencia de responsabilidad política) sólo se justifica para quienes han de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. En garantía de la declaración y realización supremas del derecho, los jueces no son responsables políticamente ante el Parlamento ni lo es su órgano constitucional de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial. En cambio, el Ministerio Fiscal no está ni debe estar exento de responsabilidad no jurídica, que le es y le debe seguir siendo exigible parlamentariamente por medio del gobierno. Además, la independencia del Ministerio Fiscal requeriría una perturbadora reforma de la Constitución (no sólo del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

Por lo demás, probablemente conviene mucho recordar que los puntos clave del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal fueron objeto, en su día, de un amplio debate y de un laborioso consenso, para desarrollo del artículo 124 de la CE. Sería irresponsable modificar sin las mismas bases cualquier pieza esencial de ese Estatuto.

En cambio, sí es necesario, para el estatus del sistema procesal actual y para cualquier otro distinto en el porvenir, determinar supuestos específicos de responsabilidad penal de los miembros del Ministerio Fiscal en el ejercicio de su función. Porque no resulta difícil imaginar posibles comportamientos del fiscal en cuanto tal, que consideramos merecedores del máximo reproche jurídico (acusar sin elementos inculpativos, provocando “penas de banquillo” o dejar de acusar cuando hay serios indicios de criminalidad), pero sobre los cuales nuestro derecho hoy no dispone nada (o, al menos, nada claro). En buenos principios, debiera considerarse insostenible la actual dificultad, por no decir imposibilidad, de que los miembros del Ministerio Fiscal incurran en responsabilidad penal al ejercer lo nuclear de su oficio: promover (o no) la acción de la justicia.³

³ Al tiempo de dar a la publicación este texto, ha iniciado su andadura parlamentaria una iniciativa gubernamental de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En

Tras estas consideraciones preliminares, es de subrayar, entrando de lleno en el núcleo de nuestro asunto, que la investigación que procede sobre los hechos de apariencia delictiva desde el momento en que se tiene noticia de ellos, es propia de la policía. Se trata, pues, de decidir quién dirige esa investigación: si, como hasta ahora, un juez, que, en tal caso, bien puede denominarse instructor, o un servidor público distinto, el fiscal.

Sentado lo anterior, constituye una opción de política legislativa —no un deber o imperativo constitucional, moral o ético— encomendar al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación consustancial a lo que hoy denominamos fase de instrucción. De preferirse esa opción, es obvio 1) que podría desaparecer la figura del juez instructor; 2) que, sin embargo, un juez habría de intervenir en la investigación, para examinar las solicitudes de medidas que, como es sabido, requieren constitucionalmente autorización jurisdiccional previa y control jurisdiccional de sus resultados.

Debieran merecer una atención específica muy cuidadosa, no ya esas facultades inexcusables del juez, sino *a)* la precisa determinación de la actividad judicial relativa a entrada y registro de domicilios, intervención de las comunicaciones, privación provisional de libertad, etcétera, y *b)* el modo o sistema de distribución orgánica del conjunto de la antedicha actividad judicial. Al respecto caben opciones muy diversas, de las que me ocupo enseguida.

En cuanto al concreto papel del juez en la inicial investigación de los hechos de apariencia criminal, pudiera preferirse no limitarlo a lo que constitucionalmente resulta insoslayable, sino añadir un control jurisdiccional más amplio de esa investigación, por ejemplo, de comprobación de los resultados de la intervención de comunicaciones o de entradas y registros domiciliarios. En este caso, cabría seguir hablando de una fase

esa reforma se fija un periodo temporal de desempeño del cargo de fiscal general, se exige una mayoría parlamentaria para proponer la designación de ese fiscal y se establecen unas causas y un procedimiento para su cese. Se trata, obviamente, de desligar aún más del gobierno de la nación al fiscal general del Estado, pero nada se avanza, más bien lo contrario, en cuanto a la responsabilidad política por actos y omisiones del Ministerio Fiscal y no se aborda el verdadero *punctum dolens*: la muy deficiente responsabilidad jurídica (y más en concreto, jurídico-penal) de los fiscales. Por lo demás, la pretendida “parlamentarización” del fiscal general, aunque a primera vista parezca un avance, resultará, como otras “parlamentarizaciones”, un retroceso en lo que, a mi parecer, más importa: que quienes tienen poder estén siempre sujetos a mecanismos efectivos de exigencia de responsabilidad. La experiencia enseña que cuantos más órganos intervienen en un nombramiento, menos clara es la responsabilidad del nombrado.

de instrucción en el proceso penal, aunque el juez no dirigiese la investigación. Si, por el contrario, el papel del juez se limita al constitucional (otorgar o denegar las autorizaciones), probablemente carecería de sentido referirse a tal fase y habría que determinar cuándo y cómo comienza el proceso penal. Esto apunta ya, muy claramente, a la necesidad de contar con un entero diseño nuevo del proceso penal cuando se plantea la sustancial modificación de “roles” de los jueces y de los fiscales en un aspecto decisivo de la persecución jurídica de la criminalidad: la inmediata investigación, con fines procesales, de las *notitiae criminis*.

En cuanto a la segunda de esas cuestiones (la distribución del trabajo), cabe optar entre establecer unas normas concretas de competencia territorial y de reparto o limitarse a una sola norma que faculte a los miembros del Ministerio Fiscal para acudir a cualquier juez con competencia objetiva, que, a su vez, estaría legalmente habilitado para resolver sobre peticiones de entrada y registro, intervención de las comunicaciones y privación cautelar de libertad, etcétera.

Volviendo al hilo de las dos hipótesis sobre la sustancia del quehacer judicial, si se opta por la segunda, no deja de resultar notoria la relevancia de la investigación preprocesal para las personas eventualmente “encartadas” (utilizo este término para no prejuzgar) y la necesidad de salvaguardar sus derechos (comenzando por los constitucionales) e intereses legítimos. No se trata, como muestra: la experiencia italiana, de un conjunto de cuestiones de fácil respuesta acertada. Y no estoy en absoluto seguro de que resulte aceptable, desde el punto de vista de las necesidades de tutela jurídica, una “desjudicialización” plena de la investigación previa.

Otra interrogante que habría de resolverse de modo muy distinto del actual es el de a quién (o a quiénes) se atribuye la responsabilidad del comienzo y desarrollo del proceso penal y quién o quiénes decidirían si, por el contrario, ha de cesar (¿provisionalmente?, ¿definitivamente?) la investigación que un día se inició, por iniciativa o, en todo caso, bajo la dirección del Ministerio Fiscal.

La lectura de no pocos trabajos, clásicos unos y mucho más recientes otros, me confirma que, en el plano teórico (adjetivo que en mí carece de cualquier connotación negativa, al contrario, no conozco seres humanos con una praxis desprovista de teoría), las cuestiones abiertas (no reducidas a la independencia del Ministerio Fiscal, que en todo caso, estimo indeseable) son muchas, de mucha importancia y con respuestas precisas

aún pendientes en gran medida (aquí y en otros países). Sin embargo, no considero que ante ninguna de ellas se haya de cerrar la reflexión porque pueda prever una imposible respuesta satisfactoria.

En cambio, en cuanto a la situación histórica, real, en que se plantea este debate, situación que sería imperdonable desconocer o infravalorar, no me parece, en absoluto, propicia a un cambio radical (otra cosa son perfeccionamientos importantes) del modelo procesal penal. Sin duda, bastantes jueces de instrucción acogerían de buen grado verse en el nuevo papel de “jueces penales de garantías”,⁴ pero me parece que las cosas serían muy distintas, en diversos aspectos, si se mirara al Ministerio Fiscal. Ni por número de sus miembros (número que ningún aumento de plantilla,⁵ dotación económica y cambio legal más activación de repetidos mecanismos de provisión, puede modificar a mediano plazo) ni por formación, mentalidad y hábitos profesionales considero simplemente posible que funcione de modo aceptable, a corto y mediano plazo, un nuevo proceso penal en que desaparezcan los juzgados de instrucción y la fase jurisdiccional de instrucción del proceso penal y, en cambio, el Ministerio Fiscal asuma (sin abandonar su función de parte en el equivalente a la actual fase de juicio oral) el papel de director de la investigación policial, promotor de medidas judiciales restrictivas de derechos fundamentales y otras “funciones” de impulso y desarrollo del procedimiento que dependerían de las respuestas a interrogantes antes suscitadas.⁶

Según lo que acabo de decir, parecería que dejo abierta la esperanza para el “largo plazo”. Pero no es así, no veo tal esperanza ilusoria o, más bien, ingenua e imprudente, porque ocurre, en materias de justicia, que los cambios que no sean menores o de detalle (y no es el ca-

⁴ Esta conversión sería muy distinta de otra que se comenta como posible y, para algunos, muy deseable: la conversión de los jueces instructores en fiscales. Las dimensiones cuantitativas de ese problemático cambio de profesión sólo son especulaciones extremadamente subjetivas, sin fundamento en estudio alguno.

⁵ Es de señalar que ahora ya se advierte que faltan fiscales. Y no podemos olvidar su inasistencia a las vistas de los juicios de faltas o las quejas por falta de personas y medios para afrontar su función en la aplicación de la llamada Ley del Menor. Piénsese que, por cada proceso penal, el Ministerio Fiscal, además de ser parte (de ordinario, acusadora) en la fase de juicio oral, habría de ocuparse también del equivalente a la actual fase de instrucción.

⁶ Dicho queda todo esto, sin perjuicio de otras importantes objeciones a la posible desaparición de los juzgados de instrucción y de la fase de instrucción de los procesos penales.

so) tienen que ser posibles a corto plazo o, para ser más exactos, posibles de inmediato y con previsible buenos resultados. Estos “buenos resultados” significan, en el conocido equilibrio de valores y bienes jurídicos tan expresivamente formulado por Alonso Martínez, mejor protección jurídica de la sociedad y mejor protección de los derechos de los encartados. En ambas direcciones entiendo que un mayor protagonismo del Ministerio Fiscal, en España, ahora, no supondría avances, sino, muy probablemente, claros y ominosos retrocesos.

En el plano de las garantías individuales, basta considerar que si el Ministerio Fiscal fuese a dirigir la instrucción y continuase siendo parte acusadora, el Ministerio Fiscal sentiría inevitablemente una inclinación incriminatoria, de búsqueda de indicios y pruebas de cargo, sólo contrarrestable por quienes, incriminados, dispongan de importantes recursos económicos.⁷

Finalizaré haciendo notar algo que bien pude señalar inicialmente. Según mi criterio (no infalible, sino discutible, pero también respetable, porque no carece de fundamento racional y empírico), las reformas legales útiles y no perturbadoras (desde hace décadas hemos visto que son perturbadoras, cualesquiera que sean los gobiernos promotores, las que se suscitan como mera conveniencia de imagen de cambio o progreso) deben estar movidas por el deseo de resolver problemas reales bien identificados, mucho más que por impulsos teóricos (sean calificables de ideológicos, políticos, doctrinales, etcétera). Pues bien: descartada como un grueso disparate la coloración ideológica o política de uno u otro modelo procesal (de los que nos ocupan), sigo echando de menos (no en el aludido “diálogo jurídico”, sino en general, desde hace años, en relación con la reforma que nos ocupa) una exposición detallada de los problemas reales que suscita la existencia y actuación del juez instructor, con una propuesta razonada de las ventajas que, respecto de esos problemas, presentaría el cambio o los cambios que se quieren proponer.

La apelación al “principio acusatorio” conduce a tautologías aún mayores que la delimitación de su preciso significado y resulta un motor muy problemático para una reforma cabalmente relativa a la investiga-

⁷ Si se conoce algo del sistema procesal penal de los Estados Unidos de América, con un alto porcentaje de casos resueltos sin juicio, por “negociación” y con un defensa generalizadamente deficiente de los acusados carentes de importantes recursos económicos, se podrá valorar la gravedad de tal innovación en España.

ción previa de los hechos de apariencia delictiva, respecto de la cual me adhiero a la advertencia de Schünemann: “la utopía de una instrucción completamente contradictoria”⁸.

En el plano de la realidad, es cierto que el juez instructor acumula un gran poder, pero esta afirmación general, lo mismo que la sucesión de relatos de casos de mal uso (pretendido o real) de ese poder, no se aproximan siquiera al estudio o exposición detallada que echo de menos. Y constituiría una paradoja insufrible que, para sustituir a un poderoso juez instructor, se encomendara la iniciativa de la persecución penal a un Ministerio Fiscal cuyos miembros, hoy, están mucho menos sometidos a controles jurídicos que los jueces de instrucción, ni sus decisiones son susceptibles de recurso, ni sus errores son jurídicamente relevantes ni incurren en responsabilidad civil ni prevarican.

Por eso, insisto, para terminar en esta idea, cualquier reforma procesal penal que no deje antes muy clara, legal y socialmente, la responsabilidad, de toda clase, de los miembros del Ministerio Fiscal me parece una lamentable frivolidad, de consecuencias contrarias a la represión jurídica de la criminalidad y a los derechos y libertades de todos.

⁸ Véase *Sicherheit durch Strafe?*, 26. Strafverteidigertag, Mainz 8-10. 3. 2002, pp. 271 y ss.