

INVESTIGACIÓN E INSTRUCCIÓN EN EL PROCESO PENAL

A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral

Juan Montero Aroca

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia.
Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

1. Algunos puntos de partida. A) La naturaleza política de la cuestión. a) El conjunto de las reformas pretendidas. b) El momento de proposición de las reformas. B) El carácter interno del debate. a) La inexistencia de norma internacional. b) La dispersión del derecho comparado. C) La parcial libertad del legislador ordinario. D) La finalidad política a conseguir. 2. ¿Qué es el Ministerio Fiscal español? A) Un órgano integrado en la órbita del Poder Ejecutivo. a) La ficción de la integración en el Poder Judicial con autonomía funcional. b) La realidad de la integración en el Poder Ejecutivo. B) Un órgano sometido a la legalidad y unas personas imparciales. a) Legalidad y sumisión a la ley. b) Interés objetivo e interés individual. 3. ¿En qué consiste la actividad preparatoria en el proceso penal? A) Investigación. B) Instrucción. a) Preparar el posterior juicio oral. b) Impedir que llegue a abrirse el juicio oral (evitar la “pena de banquillo”). 4. Límites de la actividad preparatoria atribuible al Fiscal. 5. El sacrificio de la eficacia material en aras del aumento de los poderes del Fiscal (=poder ejecutivo). A) Del sueño a la pesadilla con el Ministerio Fiscal actual. B) La reiteración inútil de actos preparatorios. a) Referidos a los sistemas de incoación de la actividad preliminar. b) Referidos a la realización de la actividad investigadora. c) Referidos a la adopción de medidas cautelares. d) Referidos a los actos de limitación de derechos. e) Referidos a los juicios jurídico-penales que hacen avanzar la instrucción o la terminan. 6. Muy lejos de la complacencia en la situación actual.

1. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA

No hace mucho tiempo, y entonces con referencia al proceso civil, me vi en la necesidad de advertir, como dato constatado una y otra vez por la experiencia, que una de las actitudes típicas del profesor universitario español consiste en pretender hacernos creer que cuando él habla o escribe lo hace siempre científicamente y, por tanto, alejado de cualquier connotación política. Por ello ese profesor se presenta siempre revestido de la apariencia de que él opina simplemente desde la técnica, afirmando que la política queda muy lejos de su quehacer, aparte de que suele insistir en que la misma es

incompatible con la aséptica neutralidad propia del científico. Se trata de una burda negación de la realidad.

La situación me parece más grave aún, si cabe, cuando quien escribe o habla es un magistrado, pues entonces, escudándose éste en los deberes y prohibiciones que le imponen su estatuto personal, y especialmente desde una pretendida no implicación política, acaba o por no llegar a tomar realmente posición, limitándose a resumir posiciones ajenas, o por tomarla, pero con tal cúmulo de prevenciones, matizaciones y distinguos que acaba por desnaturalizar esa toma de posición. Aquí, el necesario alejamiento de los partidos políticos

necesidad evidente en un juez, se quiere utilizar por los jueces para olvidar su condición de ciudadano implicado, como todos, ni más ni menos, en lo que es mejor para la sociedad en la que vive.

Es el caso, con todo, que la cuestión de a quién debe corresponder tanto la investigación como la instrucción en el proceso penal es una cuestión eminentemente política, y lo es en tal medida que se trata, nada menos, que de decidir si las mismas deben atribuirse al Poder Ejecutivo o al Poder Judicial. Digámoslo con claridad: Lo que está en juego no es una cuestión de mera técnica jurídica, sino algo estrictamente político, por lo que los argumentos a utilizar, naturalmente en uno y otro sentido, no se basan en una pretendida interpretación de una norma u otra, sino en lo que se considera más adecuado para los fines que el derecho y el proceso penal deben cumplir en la actualidad.

Debe darse incluso un paso más para llegar también a afirmar que el debate en torno a quién debe asumir la investigación y/o la instrucción no debería llegar a integrarse en la cuestión de una pretendida eficacia formal del proceso penal, entendiendo por esta eficacia la referida a su duración y a su coste. Esta manera de entender la eficacia responde también a una (otra) manera de ocultar en el fondo del debate.

No se discute que en la regulación del proceso penal habrá de atenderse a la eficacia meramente formal (la referida fundamentalmente al tiempo y al coste) y que ello precisará, sin duda, de reformas orgánicas y procesales (a veces simplemente procedimentales), pero la atribución de la investigación y/o la instrucción al Poder Ejecutivo o al Poder Judicial no puede decidirse atendiendo ni exclusiva ni principalmente a esta eficacia. Esa atribución sólo puede decidirse desde la verdadera eficacia del proceso penal, la material, esto es, desde las funciones propias del sistema de imposición de penas (seguridad y libertad) y desde la comprensión política de las funciones de los poderes en el estado. Se trata de atender, en primer lugar, a las garantías de las personas

frente al estado a la hora de la aplicación del derecho penal, garantías referidas sin duda al imputado, pero también a las víctimas, a cada uno de los ciudadanos y a la sociedad en su conjunto.

A) LA NATURALEZA POLÍTICA DE LA CUESTIÓN

El debate sobre quién debe tener atribuida la investigación y/o la instrucción en el proceso penal es en España un debate reciente y con connotaciones referidas a algo más complejo que una mera atribución de competencia. Para entender ese debate debe advertirse la concurrencia de, al menos, dos circunstancias.

a) *El conjunto de las reformas pretendidas*

La primera de las circunstancias a examinar se refiere al encuadramiento de esta cuestión, pues la misma no se presenta sola. En las páginas que siguen me centro en la investigación y/o instrucción por el fiscal, pero tengo que dejar constancia que esa reforma concreta no se presenta aislada, sino en un cuadro mucho más general de reformas del sistema procesal penal. Algunas de esas reformas son las siguientes:

1ª) El Ministerio Fiscal —se sostiene por estos reformadores— debe ser el titular en régimen de monopolio de la acusación penal; el único que debe poder sostener esa acusación tiene que ser un órgano público y ello implica, bien la desaparición de otros posibles acusadores (tanto particulares como populares), bien la reducción de estas otras acusaciones a lo mínimo que no choque frontalmente con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución, y sin olvidar la inclusión de esa acción penal por el ofendido por el delito en el artículo 24.1 de la misma norma fundamental. No puede dejar de reconocerse por los reformadores que en nuestro sistema constitucional el reconocimiento de legitimación a los particulares, por lo menos en algunos casos, comporta la atribución de un derecho de rango fundamental, pero esto se ve como un simple obstáculo al

ideal perseguido del monopolio público, obstáculo que debe vencerse con medidas imaginativas (esta frase no es, naturalmente, mía).

Este es, otra vez, el momento apropiado para recordar a Solón. Según Plutarco (*Vidas paralelas, Solón, XVIII, in fine*): «Se preguntaba Solón: ¿Cuál es la ciudad mejor regida? Y se respondía: Aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa». Y añadía Plutarco: «Concedió indistintamente a todos el poder presentar querrela en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o quería de citar o perseguir en juicio al ofensor; acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo». Parece claro que Solón se sentiría decepcionado por quienes pretenden, dos mil seiscientos años después, que la acusación la asuma en exclusiva el Poder Ejecutivo, apartando de ella a los ciudadanos, como si éstos hubieran de considerarse ajenos al cuerpo que ha sentido la ofensa de los insolentes.

2ª) Junto con el monopolio anterior —siguen sosteniendo los reformadores— debe reconocerse que el ejercicio de la acusación penal por el fiscal no debe estar sujeta rígidamente al principio de legalidad, sino que debe darse entrada al principio de oportunidad, con más o menos garantías y con mayor o menor extensión. No es del caso entrar ahora en este pretendido principio (que, desde luego, no es tal), pero sí es necesario recordar que el mismo suele defenderse desde un aparente criterio de eficacia de la justicia penal (siempre en sentido formal, y no en el material de garantía).

Realmente lo sostenido ahora es que, dado que los insolentes son muchos y no pueden perseguirse todas sus ofensas a quienes forman parte del cuerpo social, el Poder Ejecutivo tiene que tener la facultad de decidir, caso por caso, a quién y qué es lo que persigue y a quién y qué, digamos, se olvida. La prohibición general de la autotutela, con la promesa de la tutela judicial efectiva, pasando por la tipificación de conductas en el Código Penal, acaba quedando

en nada; acaba quedando en lo que el Poder Ejecutivo decida cuando llegue cada caso. No se perseguirá a todos los que realicen acciones u omisiones previstas en el Código Penal, no; se perseguirá sólo a quienes el Gobierno considere «oportuno» llegados los casos concretos.

3ª) La oportunidad anterior tiene que permitir la introducción de un fuerte componente transaccional o pactista, por medio del cual los reformadores pretenden disminuir drásticamente el número de procesos penales, siempre con la vista puesta, desde luego no en la justicia (esto es, no en el cumplimiento de lo dispuesto en el Código Penal), sino en la eficacia (digamos otra vez formal del sistema penal). Naturalmente la posibilidad de acusaciones populares o particulares se ve aquí también como un obstáculo a superar.

El proceso penal, concebido constitucionalmente como garantía de las personas en la aplicación del derecho penal, acaba con esta otra auspiciada reforma convirtiéndose en algo que debe ser preferentemente evitado, y ello atendiendo a razones de economía de esfuerzos personales y de medios materiales. De este modo, el proceso mismo se convierte de hecho, no ya en garantía, sino en amenaza; el acusado no ve ya en el proceso la garantía básica de sus derechos, sino algo que utiliza la acusación como instrumento para la agravación de las penas, de modo que la persona es coaccionada para que prefiera una pena menor, impuesta administrativamente, a una pena mayor, aunque ésta se imponga con todas las garantías del proceso

4ª) Ni que decir tiene que en este caldo de cultivo la ejecución de la pena debe corresponder al fiscal. Los jueces —se concluye finalmente— han de limitarse a realizar el juicio oral sólo cuando el fiscal así lo inste y, en su caso, a condenar (que es la vieja *iurisdictio*), pero una vez impuesta la condena su misión acaba, pues en la ejecución de las penas no hay ejercicio de jurisdicción.

Todo lo anterior es una mera síntesis del cuadro de reformas perseguidas desde una (¡naturalmente!) política manera de entender

el sistema de aplicación del derecho penal. El principio esencial a nuestra civilización de que los únicos que aplican el derecho penal son los jueces y de que lo hacen sólo por medio del proceso, puede tener que reconocerse si bien por algunos de los reformadores sólo formalmente y a regañadientes, pues lo que sostienen es que, primero, el proceso no sea siempre necesario para imponer penas y, después, la aplicación del derecho penal por los jueces se haga sólo cuando y de la manera que el Poder Ejecutivo, y por su instrumento que es el Ministerio Fiscal, estime oportuno.

Esta pretensión de pasar la aplicación del derecho penal por el filtro de la voluntad del Gobierno se califica por sus propugnadores como «progresista», lo que, a contrario sensu, debe significar que los que no compartimos semejante aumento del poder del Gobierno debemos ser considerados «conservadores» o puede que incluso «reaccionarios». Estas «etiquetas» ni siquiera merecen respuesta, al tratarse de meros improperios indignos de quien debería utilizar la razón, el argumento y la experiencia para un debate político. Las etiquetas y los eslóganes de ese estilo pueden llegar a ser los más adecuados para vender detergentes, por ejemplo, pero el uso en un debate político descalifica a quien los utiliza. Por mi parte nunca osaré calificar a los propugnadores de las reformas dichas de totalitarios, tampoco de autoritarios y, desde luego, no de negadores de la libertad.

Con todo, no estará demás recordar que el «progreso» no puede consistir, positivamente, en estar a favor del aumento del poder de los detentadores del mismo y, negativamente, en estar en contra de la libertad de las personas. Mi manera de entender el progreso radica en estar a favor de todo lo que de pasos por el camino favorecedor de la libertad de las personas y en oponerme a todo aquello que, de una u otra manera, pueda limitarla. No estará de más recordar que la libertad (o la limitación de la misma) no es un medio para conseguir un fin político más alto; la libertad es en sí misma el fin político más alto (Lord Acton).

b) El momento de proposición de las reformas

La otra circunstancia es temporal y atiende a cuándo política y doctrinalmente surgió en España la idea de que debe atribuirse al fiscal la investigación y/o la instrucción en el proceso penal. Dejando a un lado las alusiones a otros sistemas procesales penales (el falaz recurso al derecho comparado), alusiones a las que me referiré seguidamente, deben advertirse dos coincidencias, que no dos casualidades:

1ª) Sin perjuicio de antecedentes —que siempre pueden encontrarse para todo— es en la década de los ochenta cuando en España se suscita la pretendida necesidad de que la investigación y/o la instrucción se atribuya al Ministerio Fiscal. Por ejemplo, la primera Memoria de la Fiscalía General del Estado que entra en el tema es la de 1987 y, a partir de ahí, hasta la correspondiente a 1994, se insiste machaconamente en el tema, aunque en esta última ya se acaba por admitir que esa instrucción por los fiscales no suscita precisamente entusiasmo en la carrera fiscal. De la misma manera el intento legislativo en el que se llegó más lejos es el del borrador de Ley del Tribunal del Jurado realizado por el Ministerio de Justicia, intento al que se renunció políticamente en buena medida, como se advierte en el proyecto remitido a las Cortes y luego ya en la Ley Orgánica 5/1995 (y dejó a un lado la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, por la especialidad de la misma, caso del llamado principio del interés superior del menor, detrás del que se han podido ocultar otras intenciones). No puede ser casualidad que parte de la doctrina (y no sólo la procesal, sino casi principalmente la penal) inicie la batalla de la investigación y/o de la instrucción por el fiscal precisamente en esos años.

2ª) Como nada es casualidad cuando de decisiones del hombre se trata, debo simplemente evocar la situación de la Fiscalía General del Estado por esas fechas de los ochenta, con muy reveladores sucesos, algunos de los cuales se han referido a procesos muy importantes con-

tra muy altas autoridades del Estado. Debería bastar la mera evocación de la inadmitida que-rella de Eligio Hernández pero, sobre todo, la «inhibición» de la Fiscalía General del Estado en casos tan importantes como los de los GAL, Filesa o los Fondos reservados, para tener un elemento de juicio muy importante a la hora de entender lo que ha estado sucediendo y, especialmente, los datos prácticos a la hora de tomar decisiones futuras.

Nunca como en los últimos tiempos los fiscales generales del Estado han insistido en que desde la Constitución de 1978 el Gobierno no ordena la actuación del Ministerio Fiscal y, posiblemente también, nunca ha sido más evidente en la práctica su dependencia del Gobierno. Cuanto más han proclamado (presumido) su independencia, más claramente se ha visto su sumisión (de lo que carecen).

Es cierto que la sociedad actual o, mejor, la mayoría de las personas que la integran, carece de memoria, tanto que a buena parte de ellas no les «sonarán» muchos nombres de fiscales generales del estado, pero habrá de reconocerse que alguno de esos nombres forman parte del anecdotario que ha de integrar una parte de nuestra historia (con minúscula). A los que seguimos la evolución político-jurídica en general de España nos siguen sonrojando una y otra vez las actitudes de algunos fiscales generales, los cuales, a pesar de ser meros lacayos al servicio del Gobierno, quieren, encima, que la sociedad española se crea que actúan de modo independiente (a veces dicen autónomo).

B) EL CARÁCTER INTERNO DEL DEBATE

Desde esa visión política hay que empezar despejando algunas apariencias de argumentación:

a) La inexistencia de norma internacional

No existe norma internacional alguna, por lo menos de aquellas que obligan a España, que determinen la decisión que el legislador

interno debe tomar sobre quién debe realizar la investigación y/o la instrucción.

Me he releído en estos días, no se si atreverme a decir de cabo a rabo o si sería más prudente decir desde la cruz hasta la raya: 1) La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, 2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, 3) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950 (éste en la versión del Protocolo 11, de 11 de mayo de 1994) y 4) También el por ahora defenestrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (sin fecha, claro), y después de la paciencia que hace falta para llegar al final de todas estas normas puedo hacer la afirmación con que he encabezado este apartado: Nada obliga a España a modificar su sistema actual sobre la investigación y/o instrucción del proceso penal.

Es cierto que en algún voto particular de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede haberse deslizado por algún juez de formación no europea continental alguna opinión no propicia a ese sistema europeo continental, basado tradicionalmente como es sabido en el juez de instrucción, pero esto no afecta a lo que digo. Ese Tribunal lo que ha dejado claro es que:

1) El juez que ha intervenido en la instrucción no puede luego formar parte del tribunal juzgador de la causa. Esto se ha reiterado con matices por lo menos desde 1984 (caso *De Cu-ber*).

2) El fiscal que ha intervenido como tal en la instrucción no puede luego integrar el tribunal juzgador. Esto se indicó por primera vez en el caso *Piersack* de 1982.

Insisto: Desde el punto de vista de las normas internacionales que obligan a España no puede afirmarse que exista nada que afecte a una pretendida necesidad de que España reforme su sistema procesal penal, de modo que esa reforma consista en conferir al Ministerio Fiscal la investigación y/o la instrucción. Ni

siquiera en proyectos (caso del Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, de 1992) se encuentra tal imposición internacional.

b) La dispersión del derecho comparado

La apelación al llamado derecho comparado carece de utilidad a la hora de legislar sobre la investigación y/o la instrucción penal y, de modo muy especial, cuando se trate de configurar las funciones del Ministerio Fiscal.

Es fácil recordar como en el llamado derecho comparado se encuentran argumentos para defender cualquier posición, pero lo preocupante es que cuando se quieren utilizar otros sistemas políticos de organizar el proceso penal como argumento para defender una determinada posición en España, esa utilización es siempre parcial, en el sentido de no completa. Cabe poner muchos ejemplos.

a) El caso más citado es el de la justicia penal de los Estados Unidos, con su llamado proceso acusatorio o de sistema *adversarial*, pero es difícil dejar de recordar que en ese sistema, simplemente a título de ejemplo:

1) El 90 por 100 de las personas que están en la cárcel cumpliendo una pena de privación de libertad lo están, no por haber sido condenados después de un proceso, sino por acuerdos entre el fiscal y el abogado defensor (alguien ha llegado a hablar de «condenas impuestas por autoridades encargadas de la investigación sin que exista un serio control judicial»). El sistema ha conducido a la aberración política de que el proceso (el juicio ante el jurado que promete la Constitución norteamericana) no sea ya garantía sino instrumento de coacción en manos del fiscal para forzar la conformidad del acusado; también se ha dicho que el consentimiento del acusado «se compra» con una rebaja importante en la pena.

2) Los fiscales de los Estados Unidos tienen poco que ver con los de España. El Fiscal Federal es parte del Gobierno Federal, no es que dependa de ese Gobierno, sino que for-

ma parte del mismo, y por ello se acaba imputando sólo a los que el Gobierno decide; más aún, cuando la presión ciudadana (sobre todo de los medios de comunicación) impone esa acusación al Gobierno, éste tiene que nombrar un fiscal independiente. Todos recordamos a Clinton, a Monica Lewinsky y al fiscal especial Kenneth Starr (y habría que saber qué ha sido de éste) como consecuencia de lo que se quiso llamar, bien «contactos íntimos inapropiados», bien «comportamiento inadecuado», a pesar de que tiene un nombre latino y otro español más contundentes. Por otro lado los fiscales de los estados y de los distritos son elegidos, como todos los demás cargos públicos, y la fiscalía es una etapa en una carrera política que se pretende que sea de largo recorrido.

La «fascinación» que algunos sienten en España por el sistema de justicia penal de los Estados Unidos es algo que escapa a la comprensión de cualquiera que se acerque al mismo con ojos de búsqueda de la justicia y de la garantía procesal. Naturalmente que no faltan grandes aciertos parciales (por ejemplo en la prueba ilícita), pero ello no es obstáculo para poder concluir que ese sistema no es desde luego asumible por España. Y ello aunque la fascinación haya llevado a Alemania a asumir buena parte de este sistema, con la consecuencia, por ejemplo, de que en más del 50 por 100 de los casos la pena no se impone después de un verdadero proceso. Tampoco suele citarse que también en Alemania, incluso con otro fiscal, éste ha archivado frecuentemente casos en que se hallaban implicados personajes del mundo político y de las altas finanzas.

b) En las antípodas se encuentra el fiscal italiano, pues éste está plenamente integrado en el Poder Judicial, del que es uno de sus componentes. Baste recordar que en Italia jueces y fiscales (la llamada magistratura) está unificados por el concurso de ingreso, por el aprendizaje, por la antigüedad, siendo posible el paso de los magistrados de una a otra función y a solicitud de los mismos. La única diferencia se acaba refiriendo a la capacitación para las funciones, bien enjuiciadoras, bien requirentes. Otra cosa que entre los llamados procuradores se haya

mantenido el principio jerárquico dentro de la organización del Ministerio Público y que el jefe de la oficina correspondiente tenga libertad para asignar asuntos a los «magistrados» integrados en la misma. El fiscal italiano es un magistrado, con las garantías propias de ese estatuto, y ello marca todas las diferencias.

No se trata, obviamente, de ir desgranando ejemplos de sistemas de organización de procesos penales y de fiscales de unos u otros países. Estoy tratando simplemente de decir que lo que haya sucedido o lo que esté sucediendo en otros países, sean o no de nuestro entorno, es útil conocerlo, pero no es criterio determinante para la toma de nuestras propias decisiones políticas.

C) LA PARCIAL LIBERTAD DEL LEGISLADOR ORDINARIO

La decisión sobre el sistema procesal penal es naturalmente interna, y ahora lo que debemos preguntarnos es, ya dentro de nuestro sistema, cuáles han de ser las relaciones entre lo predeterminado por la Constitución y el ámbito de los poderes del legislador ordinario. A esta cuestión debe responderse de manera clara que, en principio, en la Constitución no existe norma alguna desde la que pueda calificarse de inconstitucional, ni el mantener la completa atribución de la instrucción a un llamado juez de instrucción (la denominación es indiferente), ni la solución de optar por conferir algunos elementos de la instrucción (no, desde luego, el conjunto de ella) al fiscal (basta aquí citar las SSTC 45/1988, de 12 de julio, 32/1994, de 31 de enero, 41/1998, de 24 de febrero, y 87/2001, de 2 de abril y simplemente como meros ejemplos). En general, pues:

a) No pueden compartirse las opiniones que, de modo más o menos indirecto, parecen sostener que el sistema procesal penal actual, basado en la instrucción por un juez, es contrario al sistema que pareciera quererse determinar por la Constitución.

El esquema argumental de quienes sostienen lo anterior pareciera ser éste: 1) El ámbito

de la función jurisdiccional, según el artículo 117.3 de la Constitución, es solo juzgar y ejecutar lo juzgado, 2) La investigación (no ya la instrucción, pues normalmente se elude emplear esta palabra) no es ejercicio de potestad jurisdiccional, 3) Pugna con la Constitución la idea de «investigación judicial», la cual, además, no es garantía, sino engorro. Desde otros puntos de vista se insiste en que hay que proceder al reparto de papeles en el proceso penal de modo que la investigación (también suele usarse esa palabra) tiene que corresponder al fiscal.

Dejando a un lado que no es lo mismo hablar de investigación que de instrucción, como intento explicar seguidamente, lo cierto es que esta corriente de opinión pareciera partir, además de una idea muy imprecisa de lo que es el proceso llamado acusatorio, de que el Poder Judicial no puede asumir funciones atinentes a la garantía de cualquier derecho, a pesar de lo que dice el artículo 117.4 de la Constitución. Esa norma ampara que los integrantes del Poder Judicial asuman, no ya el Registro Civil, sino papeles determinantes en el sistema electoral, pero a una parte de la doctrina y de la práctica le parece que no es base suficiente para la asumir la instrucción.

Tampoco faltan quienes, mezclando la investigación y la instrucción, parecieran sostener que esa única función tiene que quedar excluida de los titulares de la potestad jurisdiccional. Se pretende así que el juez previsto en la Constitución no puede ser un juez instructor en el proceso penal. Todas estas afirmaciones suelen partir de configurar un juez a la medida del autor de turno y luego sostener que ese es el único juez constitucional. Hecho lo anterior, ya resta sólo decir que el juez instructor es contrario a la Constitución. Naturalmente no se explica cómo desde la Constitución de 1978 hasta la actualidad no se ha declarado la inconstitucionalidad de toda la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni cómo se han dictado leyes procesales penales por distintas mayorías parlamentarias en las que se ha partido de la constitucionalidad del juez instructor. Según estas opiniones estaríamos viviendo en el pecado (digo, per-

dón por el lapsus) en la inconstitucionalidad casi treinta años, y ello a pesar de que la STC 87/2001, de 2 de abril, simplemente como ejemplo, ha declarado «la compatibilidad con la Constitución del modelo legalmente vigente de Juez instructor, que dirige la investigación (sic) criminal» y que antes la STC 41/1998, de 24 de febrero, había afirmado resueltamente que el modelo de juez instructor no había sido modificado por la Constitución.

b) En sentido contrario tampoco considero que pueda sostenerse que la atribución al fiscal de la investigación (insisto, sólo de la investigación, no de la instrucción) se oponga a lo dispuesto en la Constitución. Los problemas no se refieren a la investigación, sino a la instrucción; sólo si excluyéramos de ésta todo lo atinente a las medidas cautelares, a las medidas que afecten a la limitación de cualesquiera derecho, de modo especial a los derechos fundamentales, todo lo referido a la prueba y, especialmente, las decisiones inicial, la de incoar o no la instrucción, y final, la de abrir o no el juicio oral, podría atribuirse esa, que ya no sería instrucción, al fiscal (por ejemplo, la actividad que pueda realizarse por el fiscal nunca podría llegar tener el valor de prueba en el proceso penal). En este sentido una vez procedido a casi suprimir la instrucción, dejándola reducida a la mera investigación, nada constitucional se opondría a que la misma se confiara a un órgano como es el fiscal (y no en régimen de monopolio). Sólo que entonces no habría instrucción en sentido estricto, aparte de que la investigación se complicaría pues el fiscal no podría ser el titular único de la acusación.

Vuelvo así a decir que la conformación del sistema procesal penal queda en buena medida dejada a la decisión del legislador interno español y que la decisión de éste es política. Lo es en el sentido de que los argumentos a utilizar en defensa de una u otra decisión han atender a lo que se considere mejor para la obtención de una cierta finalidad. Naturalmente siempre operarán los límites constitucionales, pero ya dentro de los mismos el debate es esencialmente político.

D) LA FINALIDAD POLÍTICA A CONSEGUIR

A la hora, pues, de tomar esa decisión por el legislador ordinario, la base de la misma no puede ser otra que lograr aquello que se estime más adecuado —siempre con las limitaciones que se derivan de la Constitución— a la finalidad propia de todo el sistema legal de aplicación del derecho penal. Dicho de otra manera, la decisión no se basará en argumentos jurídicos (que responden sustancialmente a aplicar una norma) sino en argumentos políticos (determinando lo que se estima mejor para el interés general y cuáles son los medios más adecuados para conseguirlo).

A partir de aquí, parecería conveniente simplemente apuntar cuál es la finalidad propia de todo este sistema, y lo es de modo especial porque a estas alturas estoy convencido que no existe una única finalidad, sino que debe distinguirse entre las fases propias de cualquier sistema de aplicación del derecho penal. Como es sabido el debate entre sistemas político-jurídicos se ha centrado en torno a la llamada verdad material. Dejo ahora a un lado el absurdo que supone simplemente hablar de verdad material, como si hubiera varias clases de verdades, unas más y otras menos verdaderas que otras, y me limito a lo esencial. Por ello indico solamente que:

a) En los sistemas jurídicos de la Europa continental pareciera partirse de la idea de que el sistema de justicia penal lo que debe perseguir es el descubrimiento de la verdad, y al servicio de esa finalidad estima que deben ponerse todos los medios necesarios. Esto ha llevado en ocasiones a soluciones muy poco asumibles en la actualidad, caso, a título de mero ejemplo, de las grandes facultades del juez en el juicio oral, que puede llegar acordar pruebas de oficio. Cierto es ahora que en la persecución de la verdad no todo vale, pero esa finalidad última ha condicionado durante siglos todo este sistema, llevándolo a veces a consecuencias inquisitivas hoy imposibles de mantener.

b) Por el contrario, en los sistemas anglosajones se ha partido de que la idea base es, no

ya la negación de la verdad material, sino la de que el método mejor para acercarse a la verdad posible es el de la confrontación dialéctica entre dos partes, enfrentadas ante un juez neutral, el cual no puede asumir facultad alguna de dirección material (no puede acordar prueba de oficio, por ejemplo). Se ha entendido así que se trata de favorecer la competición limpia (el *fair play*), convencidos de que de esta manera acabará ganando el mejor, es decir, el que lleva razón. Naturalmente en esta concepción se ha partido de la ficción de que las partes son iguales y que las dos, el fiscal y el acusado, pueden hacer su propia investigación (con todos los medios necesarios); y ello además de que cabe que las partes se pongan de acuerdo en el resultado, y que se lo impongan al juez, el cual actúa desde la más estricta neutralidad.

c) No ha faltado ocasión en la que se ha sostenido que todo el sistema persigue la finalidad de restablecer la paz perturbada por el acto aparentemente delictivo, de modo que pareciera partirse de la existencia de un conflicto entre el delincuente y la víctima, conflicto que debe solucionarse, no según la verdad material ni la competición entre esas partes, sino por los medios mejores para restablecer la concordia y asegurar la paz, medios que pueden incluso ser no jurídicos, pues pueden no llevar a la imposición de pena alguna.

Dejando a un lado esta última posición que, desde luego, no puede compartirse, pues implica negar la mayor parte de los pasos que la sociedad ha dado en el camino de la civilización (¿qué «conflicto» existe entre el atracador y el atracado que deba solucionarse? y ¿cómo se logra la paz entre el violador y la violada?, y en los dos ejemplos sin imponer la pena prevista en el Código Penal), creo que las otras dos posiciones son asumibles si se refieren a aspectos distintos del sistema de imposición de las penas. El descubrimiento de la verdad, sin más, es la finalidad esencial de la investigación (seguridad, protección de la sociedad), mientras que el método del enfrentamiento de dos partes parciales en pie de igualdad ante un tercero neutral, en que se conforma el juicio oral,

es la garantía procesal (libertad, protección de los derechos de los imputados).

Lo veremos seguidamente, pero ahora me limito a afirmar que las finalidades del sistema de imposición de las penas son, por un lado, el descubrimiento de la verdad (naturalmente no a cualquier precio) y, por otro, el que las penas sólo se imponen por el instrumento de garantía que es el proceso (esto en todo caso). Al servicio de esas dos finalidades deben disponerse los medios más adecuados para conseguirlas. Las decisiones a adoptar por el legislador radican, pues, en cómo se articula la investigación para que la misma se acerque lo más posible al descubrimiento de la verdad (siempre respetando los límites constitucionales) y en cómo se regula de la manera más respetuosa con las garantías propias del proceso la fase de juicio oral.

Podría decirse también de esta otra manera: La fase de instrucción persigue básicamente la finalidad de acopiar los conocimientos necesarios para adoptar o no la decisión de abrir la fase segunda, o de juicio oral, y para ello es determinante alcanzar el conocimiento más completo posible de cómo realmente han ocurrido unos hechos. Abierto el juicio oral se tratará, no de alcanzar la verdad por su medio, sino, primero, de determinar si el o los acusadores alcanzan o no en el mismo a desvirtuar la llamada presunción de inocencia del acusado y, después, a si lo han hecho precisamente con todas las garantías propias del proceso.

2. ¿QUÉ ES EL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL?

Para saber lo que es el Ministerio Fiscal en nuestro Ordenamiento debemos partir de lo que dice el artículo 124 de la Constitución. Dejando a un lado la paja (por ejemplo, velar por la independencia de los tribunales) en la norma se dispone: 1) El Fiscal General del Estado se designa libremente por el Poder Ejecutivo (consecuencia primera: cualquier intento de limitar esa libertad es inconstitucional y,

desde luego, no se limita cuando el propuesto por el Gobierno es simplemente «examinado» por el Congreso, reservándose aquél la decisión final, sin vinculación alguna), 2) Los fiscales se organizan atendiendo a los principios de unidad y dependencia, y actúan según los de legalidad e imparcialidad (consecuencia segunda: no son independientes y la atribución de independencia por la ley a cada uno de los fiscales convertiría a ésta en inconstitucional), y 3) Tienen por misión promover la acción de la justicia en defensa del interés público o social, lo que hacen por medio del ejercicio de las pretensiones pertinentes ante los titulares de la potestad jurisdiccional (consecuencia tercera: quienes tutelan los derechos de los ciudadanos son los tribunales, no los fiscales).

La norma se copió luego en el artículo 1 de la Ley 50/1981, por la que se regula el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. Después el artículo 2 de ésta añade que éste está «integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial», aunque hasta ahora nadie ha conseguido explicar ni cómo ni en qué radica esa supuesta «integración», pues se trata de un mero recurso retórico carente de concreción, tanto política como jurídica.

A) UN ÓRGANO INTEGRADO EN LA ÓRBITA DEL PODER EJECUTIVO

Las dudas en torno a la naturaleza del Ministerio Fiscal deberían considerarse en la actualidad resueltas, siempre en el Ordenamiento español (que es al que me estoy limitando), si bien se sigue y se seguirá debatiendo sobre la misma prácticamente en el vacío, como sucede tantas otras veces.

a) *La ficción de la integración en el Poder Judicial con autonomía funcional*

Entre las cosas que se pueden leer en España aparecen algunas muy «curiosas», como las opiniones que, incluso después de la Constitución y de la Ley 50/1981, han pretendido que fiscal forma parte del Poder Judicial, y de ahí la

sorprendente distinción entre una magistratura decisoria y otra supuesta magistratura postulante. En la actualidad distinciones como la anterior parecen cosa del pasado, pues bastará recordar los elementos que integran la jurisdicción: por un lado, la función jurisdiccional y, por otro, el estatuto de los jueces y magistrados con sus correspondientes garantías.

a) A estas alturas de los tiempos parece innecesario insistir en que la función jurisdiccional se resuelve en que el juez es el último garante de los derechos que el Ordenamiento jurídico reconoce a las personas y sea cual fuere la rama de ese Ordenamiento que se tome en consideración. Naturalmente los derechos más importantes son los fundamentales, pero la garantía se refiere a todos ellos. De este modo resulta que los únicos que pueden proceder a limitar los derechos de una persona, siempre en aras de la tutela de los de otra, son los titulares de la potestad jurisdiccional.

En la aplicación del derecho privado se tratará de que el particular vea como «sus» derechos subjetivos (los que afirma como propios, no cualesquiera) sean examinados y se decida sobre ellos por los jueces y magistrados, y necesariamente con todas las garantías propias del proceso. En la aplicación del derecho penal se trata de que los jueces y magistrados son la garantía última del respeto a la libertad de todas las personas, de modo que ninguna limitación de derechos y, desde luego, ninguna pena, puede efectuarse o imponerse por el estado fuera del ejercicio de la función jurisdiccional por sus titulares y necesariamente por medio del proceso.

Consiguientemente, la tutela de los derechos de las personas explica la existencia misma del Poder Judicial y de la potestad que se atribuye a los jueces y a los magistrados que lo integran. La función tiene que basarse, pues, en el imperio de la ley (en su sentido más técnico y preciso), pues se trata de tutelar los derechos que se establecen en el Ordenamiento, y el instrumento para ello es el proceso.

El Fiscal General del Estado, y todos los fiscales que a él están subordinados y que de

él dependen, no tienen la función de tutelar los derechos de las personas, cualesquiera derechos, sino que, antes al contrario, promueven la actuación de los tribunales en aras del interés público o social; por lo mismo cuando en las normas se dice que promueven los derechos de los ciudadanos, ello debe entenderse en tanto que por ese medio se atiende al interés público; si no hay un interés público en juego, la actuación del fiscal no es que no sea necesaria, es que legalmente no es posible (y por ello la actuación del fiscal es muy reducida en los procesos no penales).

b) De la misma manera no debería ser necesario tener que insistir en que: 1) Los principios conformadores del estatuto del personal jurisdiccional (jueces y magistrados), de modo muy especial la independencia y consiguiente sumisión exclusiva a la ley, sólo puede referirse a ese personal; ningún funcionario administrativo y ninguna autoridad política puede pretender ser independiente y estar sometida exclusivamente al imperio de la ley, y 2) Las garantías incluidas en el estatuto del personal jurisdiccional, es tanto que medios para hacer efectivos los principios conformadores, sólo pueden referirse a ese personal. Sería absurdo que personal alguno (en su sentido más amplio) al servicio del estado o del Poder Ejecutivo quisiera ser independiente y tener las garantías propias del estatuto de los jueces y magistrados.

El estatuto de los fiscales se basa en la dependencia de los mismos respecto del Fiscal General del Estado, el cual es realmente el único fiscal (principio de unidad, con «dirección» e «inspección»), pues todos los demás actúan, bien como representantes (de la institución), bien como delegados (de su jefe respectivo) y las palabras no son más, pues se utilizan en el artículo 23 de la Ley 50/1981. Por ello el representado ordena a los representantes, que son «sus subordinados», a los que imparte «órdenes» e «instrucciones» (arts. 22 y 25 siempre de la Ley 50/1981). Todo el estatuto de los fiscales está basado en que la actuación de cada uno de ellos comporta el cumplimiento de las órdenes (específicas) y de las instrucciones (ge-

nerales) recibidas. Pueden establecerse medios para garantizar la legalidad de las órdenes recibidas (y de ahí los arts. 8.2, 11, 25 y 27 de esa Ley 50/1981) pero la dependencia responde a la esencia de la organización del fiscal español. De aquí que la referencia a la «independencia» del artículo 7 de la Ley 50/1981 sea una mera palabra vacía de contenido jurídico, pues ni el Ministerio Fiscal ni los fiscales concretos actúan con independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados.

b) La realidad de la integración en el Poder Ejecutivo

Dejando a un lado construcciones teóricas, como aquella que, con variantes, pretende que el fiscal es un órgano del estado con autonomía funcional, un órgano entre poderes o, incluso, una especie de cuarto o quinto poder constituido (según se haga el cómputo de poderes), hoy es imposible sustraerse a la idea de que el Fiscal General del Estado está integrado en la órbita del Poder Ejecutivo y, por lo mismo, que esa es la integración de los fiscales que son sus subordinados.

Si se atiende a las funciones y al estatuto personal de los fiscales, empezando claro por el Fiscal General del Estado, habrá de admitirse que los fiscales son la mano del Gobierno a la hora de hacer efectiva una determinada manera de dirigir la acción política. Si se prefiere podría decirse de esta manera: El Gobierno, según el artículo 97 de la Constitución, tiene confiada la dirección de la política, de la interior y de la exterior, y realmente ello consiste, primero en la determinación de cuáles son los intereses generales y, luego, en cómo se sirve mejor a los mismos. De este modo decidir cómo se sirve a los intereses generales en el caso concreto es misión del Gobierno, el cual debería decidir en qué consiste ese interés público caso por caso en todos los que se van suscitando. Desde esta base constitucional los pasos siguientes son sencillos:

1) La determinación de cuál es el interés general en el caso concreto corresponde al Gobierno, pues como he dicho se trata de un

aspecto de la política interior. Esa determinación debe hacerse, como es obvio, dentro de la ley, pero advertido que la ley, al no poder ser exhaustiva, permite un cierto campo de maniobra, dentro del mismo tendrá que decidir qué es lo que sirve mejor a los intereses generales. Cada gobierno tiene que tener una visión (política, claro) de cuáles son los intereses generales y de cuáles son los mejores medios para alcanzarlos.

2) Como el Gobierno no puede de hecho estar decidiendo en los miles de casos posibles que pueden suscitarse ante los tribunales y caso por caso cuál es el interés general, aparece un órgano específico de defensa de los intereses generales ante el Poder Judicial, el Ministerio Público, el cual queda subordinado al Gobierno, por medio del Ministerio de Justicia, y de esa subordinación se desprende su naturaleza jurídica.

Desde este punto de vista deben entenderse las relaciones del Ministerio Fiscal con los «poderes públicos», a las que se refieren los artículos 8 a 11 de la Ley 50/1981 y especialmente el primero de ellos. Cuando el Gobierno «interesa» (¡feliz eufemismo!) del Fiscal General del Estado que promueva una actuación concreta en defensa del interés público, lo que el Gobierno está haciendo es simplemente asumir de modo directo la decisión de cuál es el interés público en un caso concreto y cuáles son los medios para conseguirlo. Y el Gobierno lo «interesa» de un Fiscal General del Estado que es nombrado y destituido por él únicamente con base en la confianza política. No puede ser citado en serio aquel fiscal general que sostenía que, frente a la invasión del Gobierno en el campo de actuación autónoma del fiscal, éste cuenta como dique con su «conciencia del deber» y, en último caso, con su «carácter».

Como incisos no estará de más recordar que, primero, el requisito de ser «jurista español de reconocido prestigio», requisito exigido legalmente para ser nombrado Fiscal General del Estado, se ha entendido reiteradamente en la práctica que lo cumplen todos los licenciados en Derecho y, después, que el plazo de quince años de ejercicio efectivo de la profe-

sión (que por lo menos una vez se olvidó por el Gobierno que hizo el nombramiento) lo cumplen todos los licenciados que han superado los cuarenta años de edad y que se han dedicado efectivamente a una profesión jurídica, a cualquiera de ellas. En total, buena parte de los españoles, por lo menos si recordamos que se ha irónicamente afirmado que todos los españoles con la edad apropiada son licenciados en derecho, por lo menos mientras no se demuestre lo contrario.

Dicho lo anterior carece de sentido cuestionarse, primero, la independencia del Fiscal General del Estado y, luego, la de los fiscales en concreto. Si se pretendiera introducir en nuestro sistema una y otra independencia debería procederse a la reforma de la Constitución y no simplemente de la Ley 50/1981. La independencia supondría un cambio radical en la configuración del Ministerio Fiscal (así se ha tenido que entender incluso en el Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 50/1981, de 31 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, presentado en el Congreso el 11 de diciembre de 2006 y en el que, desde luego, no se pretende ese cambio).

B) UN ÓRGANO SOMETIDO A LA LEGALIDAD Y UNAS PERSONAS IMPARCIALES

Llama poderosamente la atención como, a veces de buena fe pero otras sin duda interesadamente, se confunden conceptos que en la doctrina jurídica están claros hace centurias. En lo que nos importa ahora es el caso de la legalidad y de la imparcialidad.

a) Legalidad y sumisión a la ley

Se trata ahora simplemente de advertir que si el artículo 9 de la Constitución garantiza genéricamente el principio de legalidad en la actuación de todos los poderes públicos, luego existen evidentes diferencias entre la legalidad propia de la actuación del Poder Ejecutivo y la sumisión exclusiva a la ley que debe caracterizar la actividad de los integrantes del Poder

Judicial. En otras palabras: cuando el artículo 103 dice que la Administración Pública actúa «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» está diciendo algo muy distinto que lo que expresa el artículo 117.1 al disponer que los jueces y magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley».

La Administración (por seguir con la terminología constitucional, pero recuérdese que es el Gobierno el que dirige a la Administración) actúa conforme al principio de legalidad, pero es obvio que la función administrativa no consiste, ni puede consistir, sólo en aplicar la ley. Actúa sometida a la ley, desde luego, pero no con el exclusivo fin de aplicarla. El artículo 103 de la Constitución lo dice muy claramente: la Administración Pública sirve a los intereses generales o públicos, y en ello radica su función. Para ella el Derecho es cobertura, medio, límite, pero no es fin. Su fin es el interés general y la legalidad es sólo principio de actuación.

El principio de legalidad, pues, en la actuación administrativa no supone que la Administración justifique su existencia en el mero cumplimiento de la ley. Las decisiones que debe tomar el Gobierno en la dirección de la política no están siempre preestablecidas exactamente en la ley. El principio de legalidad significa (aparte de que la decisión la debe tomar el órgano competente y por el procedimiento adecuado) que la decisión no puede ser contraria a la ley; para ello el Derecho actuará como límite o como medio.

La actuación del fiscal está sujeta a la legalidad de la misma manera como lo está cualquier otra actuación del Poder Ejecutivo; ni más ni menos. La legalidad de la decisión del ministro del Interior a la hora de aplicar la Ley Penitenciaria no es diferente de la legalidad de la decisión del fiscal a la hora de pedir el sobreseimiento. Aquella decisión, la del ministro, puede ser conforme a la ley o ser contraria a la misma, es decir, prevaricadora, y ésta, la del fiscal, también. Cuando el fiscal no promueve la persecución de un delito puede vulnerar lo dispuesto en el artículo 408 del Código Penal, desde luego, pero esa su decisión se basa en el servicio objetivo de los intereses generales,

aunque ello se tenga que hacer, como es obvio, en un caso concreto; el caso se utiliza sólo en tanto que por su medio se quiere alcanzar un interés público.

Una de las necesidades apremiantes en la actualidad es tipificar más claramente conductas del fiscal como el sostener la acusación sólo para imponer a alguien la «pena de banquillo», a pesar de constarle su inocencia, como pedir el sobreseimiento o como retirar la acusación, en los dos casos a sabiendas de su injusticia. Por ejemplo, no puede quedar impune retirar la acusación cuando existe «prueba de cargo directa, objetiva y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia».

La Jurisdicción encuentra su razón de ser en que el juez es la garantía última en la tutela de los derechos de las persona, y en que actúa sólo con sujeción al imperio de la ley, sin nada más. El sometimiento de jueces y de magistrados al imperio de la ley no es cobertura o límite de una decisión jurisdiccional; es fin. El juez no actúa al servicio de los intereses generales; sus decisiones no responden a la persecución de lo que se estima adecuado en la dirección de la política interior; no se trata de servir a los intereses generales o sociales. El juez se limita a tutelar o garantizar los derechos individuales de las personas y lo hace con sometimiento exclusivo a la ley. Un acto judicial no puede ser expresión de cómo se sirve mejor a los intereses generales; es sólo expresión de la tutela del interés individual de la persona que acude al órgano judicial. Más claramente, en una sentencia —pero, en general, en todas las resoluciones judiciales— no se trata de decidir, ni cuál es el interés general en el caso concreto, ni cómo se sirve mejor a ese interés; se trata sólo de garantizarle a una persona la efectividad de los derechos que le reconoce el Ordenamiento jurídico.

b) Interés objetivo e interés individual

Cuando se dice que el Ministerio Fiscal actúa con imparcialidad se está incurriendo en una imprecisión técnica, pues la imparcialidad se refiere a las personas individualmente consi-

deradas, no a las instituciones. A veces lo que se está diciendo es claramente contrario a la doctrina consolidada en el último siglo y hoy integrada en nuestro sistema jurídico. Este es el caso, por ejemplo, de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 50/1981, de 31 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, presentado en el Congreso el 11 de diciembre de 2006, y en la que puede leerse: «Uno de los objetivos que se pretende alcanzar con la presente reforma es dotar al Ministerio Fiscal de una mayor autonomía en el desempeño de sus funciones, que contribuya a reforzar de cara a la sociedad el principio de imparcialidad que preside su actuación de conformidad con lo previsto en el artículo 124.1 de la Constitución».

Decía Chiovenda hace casi cien años que la función jurisdiccional era un ejercicio de soberanía y que debía distinguirse de otras funciones que las que también se ejercita soberanía. En la Jurisdicción y en la Administración hay actuación de la ley, pero la distinción entre una y otra responde a que así como la actividad de la Jurisdicción es siempre una actividad de sustitución, es decir y precisamente, de sustitución por una actividad pública de una actividad de otro, ello falta en la actividad de la Administración, pues esta actúa siempre en caso propio.

Va a aparecer así la noción de *alienità* como elemento caracterizador de la distinción de la Jurisdicción respecto de la Administración, uno de los temas siempre presentes en la doctrina desde entonces. Chiovenda la expresaba diciendo que «también la Administración juzga, puesto que no se obra sino sobre la base de un juicio; pero juzga de su propia actividad. En cambio, la Jurisdicción juzga de la actividad ajena y de una voluntad de ley que concierne a otros». De otra manera, puede decirse que la distinción entre Jurisdicción y Administración radica en que la primera no persigue fines propios, no gestiona ni dirige intereses ajenos a la ley en sí misma considerada, mientras que el Gobierno siempre persigue un interés propio. Más aún, lo que se sostiene actualmente es que

la Jurisdicción no tiene un interés objetivo en los casos que se someten a su decisión, mientras que la Administración actúa siempre con interés objetivo en lo que decide.

Sin ánimo de profundizar en esta distinción, porque no es necesario a los fines perseguidos, sí hay que recordar que la Administración Pública sirve a los intereses generales (art. 103.1 de la CE) y que lo hace partiendo de una determinada concepción política de lo que son los mismos y de los medios más aptos para lograrlos, aunque actúe con objetividad y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1). Ese servicio de los intereses generales se hace desde una perspectiva necesariamente parcial, por cuanto se corresponde con lo que el Gobierno entiende que son esos intereses generales en cada caso y con la que estima mejor manera de conseguirlos. Por esto precisamente es por lo que la Administración es siempre juez y parte en los asuntos de que conoce, lo que ocurre incluso cuando aparentemente tiene que decidir sobre un conflicto entre particulares, pues su decisión en ese conflicto sólo se justifica en tanto sea un medio para perseguir intereses generales.

Posiblemente el camino más idóneo para comprender la diferencia entre el actuar del Derecho objetivo por la Administración y por la Jurisdicción radique en la distinción entre autotutela de la primera y heterotutela de la segunda. Para la mejor gestión de los intereses generales la Administración se sirve de la autotutela, y ésta supone siempre aplicar el Derecho en asunto propio, mientras que la Jurisdicción ejerce siempre un sistema de heterotutela, es decir, actúa el Derecho objetivo en asuntos de otros. Es por esto por lo que la Administración es siempre juez y parte, esto es, está objetivamente interesada en los asuntos que gestiona, mientras que la Jurisdicción es únicamente juez y está desinteresada objetivamente de los asuntos en que decide.

En cualquier caso, hay que advertir que el desinterés objetivo de la Jurisdicción y el interés objetivo de la Administración no atienden a la persona del juez o de la autoridad o del funcionario concreto que conoce de un asunto

determinado, sino que se refieren a la función misma que ejercen; esto es, a la caracterización de dos funciones del Estado. Con esas características no guarda relación el requisito de la imparcialidad del juez y de la autoridad o del funcionario, que es algo que se debe de referir a un proceso y a un procedimiento determinados.

Y aquí radica la confusión que antes adelantaba. El artículo 124 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley 50/1981 establecen como principio de la actuación del Ministerio Fiscal la imparcialidad y, después, el artículo 7 dice que por ese principio el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados. La mezcla de las palabras y de los conceptos es tan evidente como absurda.

La imparcialidad implica exigencia de desinterés subjetivo en la persona determinada que ha de conocer de un caso concreto para adoptar en él la necesaria decisión. No se trata ya simplemente de que quien debe decidir no sea parte en el asunto sometido a su decisión, lo que es tan obvio que las leyes ni siquiera lo contemplan de modo expreso al referirse a las causas de abstención y de recusación (baste así leer el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 28 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común); se trata de que quien debe tomar una decisión no puede servir a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso o en un procedimiento determinado; su juicio ha de estar determinado sólo por el correcto cumplimiento de la función que tiene encomendada (cada persona la suya propia, diferente de la de otra), sin que circunstancia alguna ajena al ejercicio de esa función influya en la decisión.

En este sentido de desinterés subjetivo la imparcialidad afecta a todos los que en el ejercicio de alguna de las funciones del Estado deben tomar una decisión. Por ello deben ser imparciales en este sentido tanto los funcionarios públicos (art. 103.3 de la CE) como los jueces (aunque el art. 117 de la CE no alude de modo directo a su imparcialidad, si bien luego

se ha tenido que entender como una garantía integrada en el derecho a un proceso con todas las garantías). Por lo mismo, también el Fiscal General del Estado debe ser imparcial (como deben serlo cada una de las personas en el ejercicio de la autoridad política) y deben serlo los fiscales (como cualquier funcionario público) y por ello tienen el deber de abstenerse (aunque no puedan ser recusados en sentido estricto, art. 28 de la Ley 50/1981).

Debe quedar así claro que en los asuntos en que interviene el Ministerio Fiscal lo hace siempre con interés objetivo, y en ello no hay nada anómalo al estar integrado en la órbita del Poder Ejecutivo; no existe una pretendida parte imparcial (*contradictio in terminis*), aunque el fiscal concreto que actúa en un asunto deba carecer de interés subjetivo en el mismo. En todo el ámbito de actuación del estado sólo los titulares de la potestad jurisdiccional actúan con desinterés objetivo; todos los demás titulares de poderes lo hacen siempre con interés objetivo.

Desde lo anterior, que es doctrina consolidada, cabe preguntarse a qué se refieren algunos autores cuando dicen que la instrucción por el juez de instrucción pone en riesgo la imparcialidad de éste, mientras que no aluden a la imparcialidad del fiscal.

3. ¿EN QUÉ CONSISTE LA ACTIVIDAD PREPARATORIA EN EL PROCESO PENAL?

Una de las decisiones más importantes que ha tomado la sociedad, por lo menos en el campo de las garantías de los derechos de las personas, atiende a que las penas sólo se impondrán, primero, por el estado y, después, por los tribunales y por medio del proceso, y no de otra manera. Esta decisión, que afecta a la esencia de nuestra civilización, comporta que ese proceso deberá ser realmente tal, con todo lo que ello implica. Con esto ya basta para evidenciar que, cuando se utilizan los conceptos con delimitación teóricamente precisa, no

existe un proceso debido (aquél por el que se pueden imponer penas) y otro indebido (aquél que no se sabe para qué servirá). Las penas se imponen necesariamente por un verdadero proceso. Y punto.

Pues bien, tratándose necesariamente de un proceso, parece claro que el proceso penal no podrá ser exactamente igual al proceso civil. No entraré aquí en otras diferencias entre el proceso civil y el proceso penal, pero sí destacaré la que ahora nos importa, que es la referida a la existencia necesaria en el proceso penal de una actividad preliminar de naturaleza pública que se ha denominado de varias maneras pero que, por ahora, llamaré simplemente actividad preparatoria para evitar adelantar juicios de valor sobre la misma.

El proceso civil comienza cuando ante un tribunal se presenta una demanda en la que una parte, el actor, formula una pretensión contra otra, el demandado. Naturalmente, la presentación de la demanda ha de estar precedida de una actividad preparatoria, realizada por el abogado del futuro actor, en la que se recojan los materiales necesarios para decidir, primero, si es conveniente para su cliente que la demanda llegue a ser presentada o no y, después, para hacer acopio de las fuentes de prueba con las que afrontar con éxito el proceso. Ahora bien, lo característico de esta actividad es que es privada y que las leyes no la regulan (sin perjuicio de que algunas leyes contemplen determinada actividad de jurisdicción voluntaria por medio de la que un órgano judicial puede colaborar en la preparación que debe realizar el abogado del actor). De la misma manera, el abogado del demandado debe realizar la actividad privada que le permita contestar a la demanda, y tampoco esa actividad tiene regulación legal.

Por el contrario, las leyes procesales penales de todos los países sí regulan la actividad preparatoria del proceso penal, la consideran imprescindible y le atribuyen naturaleza pública, con lo que están introduciendo un elemento desconocido en el proceso civil. Esa actividad preparatoria no es algo creado artificialmente, sino algo que responde a necesidades prácticas evidentes. Por lo mismo un código procesal

penal no puede prescindir de su regulación; no puede empezar la regulación por el escrito de formulación de la acusación por el fiscal (y demás acusadores). Muy en síntesis esa actividad preparatoria se justifica atendiendo a varias finalidades.

A) INVESTIGACIÓN

De entrada en la mayoría de las ocasiones es necesaria una actividad claramente de naturaleza investigadora, por medio de la que se trata de averiguar los delitos, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o (fuentes de) pruebas del delito. Esto es lo que dice el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al definir la función de la policía judicial. Se trata aquí de investigar, es decir, de partir de lo desconocido e ir a la búsqueda de cómo ocurrieron unos hechos que se presentan *prima facie* como constitutivos de delito.

Según el Diccionario de la Real Academia investigar (siempre en lo que ahora nos importa) es bien hacer diligencias para descubrir algo (lo que supone que se desconoce ese algo y se sale a conocerlo, pero siempre entendido que el desconocimiento inicial puede extenderse incluso a si existe algo), bien aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente (lo que supone una actividad netamente inquisitiva en la que se sale a la búsqueda de lo que salga). Si dejamos a un lado el segundo sentido (conscientes de que la actividad previa de un proceso penal no puede haber consistido en una *inquisitio generalis* referida a todos los aspectos de la vida de una persona), parece claro que investigar equivale a actuar para el descubrimiento de algo.

Con esto basta para advertir que la investigación penal en sentido estricto ha correspondido siempre a la policía (diré, pero sólo por decir algo, judicial) y que así habrá de seguir siendo, no por decisiones que puedan tomarse sobre competencia y que impliquen opciones diferentes entre las que se elige, sino porque no puede ser de otra manera. Más aún, dentro de

esa actividad investigadora debería seguir distinguiéndose:

a) Unas veces la actividad investigadora será necesariamente previa a la intervención de quien sea competente en general para la actividad previa en el proceso penal. No es del caso atender aquí a la actual regulación en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues no se trata ahora de detallar ni el contenido de esas diligencias investigadoras, ni sus límites, ni el valor jurídico que se deba dar a las mismas, debiendo bastar con recordar las regulaciones que se encuentran, por un lado y para el juicio ordinario, en el artículo 284 (con sus remisiones a los arts. 13 y 297) y, por otro y para el proceso abreviado, en los artículos 769 a 772. Tradicionalmente la referencia debía hacerse al juicio ordinario, y para el mismo el artículo 284 de la LECRIM dispuso en la redacción originaria, y sigue disponiendo, que la policía inmediatamente que tenga conocimiento de la existencia de un delito procederán a la práctica de diligencias de prevención (sin perjuicio de poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal).

b) Otras veces la policía judicial actuará cumpliendo las órdenes del Ministerio Fiscal; no entro ahora en las diferencias propias del proceso ordinario (art. 287) y del proceso abreviado (art. 733), pero en las dos normas se habla de que el fiscal ordenará a la policía judicial practicar diligencias para la comprobación de los hechos y de la responsabilidad del o de los partícipes en los mismos. Se descubre así que cuando pareciera decirse que la investigación corresponde al fiscal, lo que se está realmente diciendo es que el fiscal «encarga» la misma a la policía.

c) Por fin, lo más elemental de la práctica enseña que la investigación en sentido estricto, aún después de que se hayan incoado sumario o diligencias previas, sigue siendo actividad propia de la policía, pues el juez de instrucción lo normal es que le «encomiende» dicha actividad, por corresponderse así con una elemental distribución de trabajo. El juez de instrucción no es un investigador y tampoco lo es el fiscal, no se olvide; ninguno de los dos tiene la necesaria preparación teórica y práctica. La LECRIM

está plagada de referencias más o menos directas a que el juez encomienda, encarga, requiere u ordena a la policía (por ejemplo arts. 287, 289, 326) y sobradamente conocido es que, cuando consta la existencia de un hecho pero no es conocido el autor del mismo, el juez de instrucción se limita a ordenar a la policía que investigue lo procedente, en general, sin llegar a dar órdenes concretas.

Por si faltara algo, pudiera ser conveniente recordar que en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, su artículo 11 atribuye a estas fuerzas y cuerpos la función de: «g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente, y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes».

Cuando en la actualidad se dice que la investigación (no la instrucción) debe atribuirse al fiscal no se sabe muy bien a qué se quiere hacer referencia, pues en la actualidad y en el futuro la investigación en sentido estricto va a seguir de hecho en las manos de la policía. Lo único diferente, y sin duda es una diferencia muy importante, sería a quién debe atribuirse el «control» de esa investigación, esto es, qué órgano debe suplir las deficiencias en la investigación o quién debe completar la renuncia de la policía a otras líneas de investigación. Se tratará aquí de garantizar, tanto a los acusadores no públicos como a los acusados, que se ha respetado su derecho a la efectividad en la tutela de su derecho, bien de la acción penal, bien de la defensa, y en los dos casos que por medio de la investigación se ha perseguido de modo efectivo (y siempre dentro de la ley) el descubrimiento de la verdad, pues ésta es la finalidad propia de la investigación en tanto que actividad necesaria en la preparación del juicio oral.

B) INSTRUCCIÓN

Debo empezar por hacer una afirmación previa: Investigar e instruir (o investigación e instrucción, siempre referidas al proceso penal)

no son la misma cosa. Ya se descubre así en el Diccionario de la Real Academia, pues para ella instrucción significa, entre otras cosas, caudal de conocimientos adquiridos y, especialmente, curso que sigue un proceso o expediente que se está formando o instruyendo. De manera ya jurídico procesal penal la instrucción se integra por un conjunto de actuaciones, las cuales tienen varias finalidades:

a) Preparar el posterior juicio oral

A ello se refiere de modo directo el artículo 299 de la LECRIM. Quede claro ya, de entrada y por todo lo que sigue después, que no se trata de preparar la acusación pública (la del fiscal), sino de preparar el juicio oral, y por ello la instrucción implica hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y las personas que han intervenido en ellos. En los últimos años por parte de alguna doctrina se está incurriendo, en mi opinión, en dos gravísimos errores: 1) Considerar que la actividad preparatoria consiste en la recogida de los elementos necesarios para determinar si se debe sostener la acusación por el fiscal y para preparar ésta, con olvido de que esa actividad debe servir también para preparar la acusación por las demás acusaciones, tanto la particular como la popular, y 2) Estimar que la preparación atiende sólo a lo que determina la inculpación, olvidando que también tiene que referirse a todo lo que la excluye y, en su caso, a todo lo que la matiza o condiciona, proporcionando los elementos fácticos necesarios para la defensa. Es decir, la preparación debe referirse tanto a las acusaciones, a todas ellas, como a la defensa.

El gravísimo error que quiero denunciar se manifiesta de modo evidente cuando se establece en alguna ley que sólo se practicarán diligencias de investigación por el juez de instrucción cuando las practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación, cuando se ordena legalmente al mismo juez que tan pronto como existan elementos suficientes para formular la acusación dará tras-

lado de las actuaciones al fiscal para que éste presente de inmediato su escrito de acusación y solicite la inmediata apertura del juicio oral, y, sobre todo, cuando la petición del fiscal de practicar nuevas diligencias para poder formular la acusación vincula al juez, mientras que no ocurre lo mismo con los otros acusadores y, especialmente, ni siquiera se ofrece al acusado la posibilidad de alegar que su defensa no está preparada para oponerse a la acusación porque en la actividad preparatoria no se han practicado diligencias tendentes a averiguar lo que le favorece. En todos estos supuestos la actividad preliminar no prepara el juicio, sino que se limita a preparar la acusación del fiscal, y con ello se desvirtúa la esencia misma de lo que es la actividad preparatoria pública.

La preparación del juicio oral comporta toda una serie de actividades:

1.^a) No puede desconocerse que el órgano instructor tendrá que tener la posibilidad, ciertamente no de realizar actos de investigación material en sentido estricto (no va a salir a la calle a preguntar de puerta en puerta a los vecinos qué es lo que han visto de un atraco), pero sí de asumir la dirección de la investigación y, en algún caso, de realizar actos concretos de investigación, en búsqueda de la verdad. Será posible así: 1) Ordenar diligencias de investigación complementarias a las realizadas por la policía judicial, y 2) Ordenar diligencias de investigación en línea investigadora distinta de la abierta y proseguida por la policía, y en los dos casos podrá hacerlo, bien a instancia de parte (de cualquiera de las partes, también de las otras acusaciones, pero de modo muy especial de la defensa del imputado), bien de oficio. El órgano encargado de la instrucción siempre podrá, por ejemplo, citar a testigos para declarar ante él (aunque la policía no los haya interrogado previamente) o encargar (=ordenar) informes periciales, bien no hechos por la policía judicial, bien de contraste respecto de los sí hechos. Lo que importa, con todo, es que esos actos de investigación no preparan la acusación del fiscal, sino el juicio oral, que es cosa muy diferente.

2.^a) Instruir es también, sin duda, realizar actos de prueba anticipada o, en su caso, realizar actos de investigación que pueden llegar a convertirse en medios de prueba por su lectura en el juicio oral. El punto de partida es aquí que en la instrucción no se practican medios de prueba, pues la actividad probatoria es propia del juicio oral, pero es el caso que en la instrucción pueden tener que practicarse medios de prueba anticipada, cuando se sabe que el acto no podrá reiterarse en el juicio oral, y pueden practicarse actos de investigación que, ante la imposibilidad posterior de reiterarse en el juicio, pasan a convertirse en medios de prueba en el mismo, siempre de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 730.

3.^a) De la instrucción forma parte también toda la actividad cautelar, tanto la referida a la persona del imputado (limitaciones de libertad de cualquier orden), como la atinente a las responsabilidades pecuniarias (aseguramientos de todo tipo, es decir, de penas pecuniarias y de la responsabilidad civil).

4.^a) Sin duda en la instrucción se integran todas las limitaciones de derechos, sean o no fundamentales, que puedan ser posibles constitucional y legalmente y que sean necesarias, bien para la prevención o evitación de acciones delictivas (por ejemplo, orden de alejamiento o suspensión de permiso de conducir), bien a los efectos de la preparación del futuro juicio oral.

Aquí deben aclararse, siempre en mi opinión, dos graves errores conceptuales y prácticos. El primero consiste en entender que la limitación de derechos, no de los fundamentales, pero sí de los demás, es algo que puede tener atribuido el fiscal como consecuencia de una investigación penal; frente a esta conclusión debe seguir afirmándose que la limitación de cualquier derecho, sea o no fundamental, en el curso de una investigación penal pertenece a la esencia de la potestad jurisdiccional cubierta por el artículo 117 de la Constitución y nunca podrá atribuirse al fiscal; sólo los investidos de la potestad jurisdiccional pueden limitar derechos con referencia a la existencia de un determinado delito ya cometido.

En el segundo error se incurre cuando se estima que las normas constitucionales lo que disponen es que la autoridad judicial puede *autorizar* a la autoridad administrativa o gubernativa para que ésta limite derechos y, de modo especial, alguno de los derechos fundamentales relativos. En sentido contrario creo que debe afirmarse que todo lo dispuesto en la regulación de esa limitación queda comprendido dentro del ámbito estricto de la actuación de los órganos dotados de potestad jurisdiccional, sin que sea posible autorización alguna.

Atribuir la limitación de los derechos, y de modo especial de ciertos derechos fundamentales, a la autoridad judicial, supone que esa facultad se integra en la reserva de exclusividad que establece el artículo 117.3 de la Constitución. La potestad jurisdiccional se ejerce exclusivamente por los Juzgados y Tribunales, y de esa potestad forma parte, por ejemplo, la limitación del secreto de las comunicaciones o de la inviolabilidad del domicilio. Por ello los Juzgados y Tribunales no pueden conceder autorizaciones para que la limitación de los derechos la realice la autoridad administrativa, sino que todo lo que comporta esa limitación queda dentro del ámbito de la exclusividad jurisdiccional. Para la entrada y registro de un domicilio, por ejemplo, la autoridad judicial no da autorización a la autoridad gubernativa y ésta la realiza, sino que la entrada y registro sólo puede «hacerla» la propia autoridad judicial. Las costumbres del pasado (el juez que se limita a autorizar) no pueden asumirse en el presente como algo normal; y de ahí que sea inadmisibles la conducta de algunos jueces que se inhiben de estar presentes en las entradas y registros.

Cosa distinta es que la autoridad judicial, asumiendo la limitación en exclusiva de los derechos, y especialmente de los fundamentales de naturaleza relativa, encomiende a la autoridad administrativa la realización de determinadas y concretas actividades meramente materiales, para las que la primera, bien no cuenta con los medios físicos necesarios, bien carece de los conocimientos prácticos necesarios. Esto es posible, por lo menos a veces, por-

que tradicionalmente se han negado a los titulares del Poder Judicial esos medios materiales (por ejemplo, una sala de escuchas telefónicas con el personal adecuado) y se ha forzado a los jueces y a los magistrados a encomendar la realización de ciertas actividades materiales a la policía, si bien ello no puede implicar autonomía de la autoridad administrativa en su actuación. Quien interviene un teléfono es un juez; éste no *autoriza* a la policía a que sea ésta quien lo haga.

b) Impedir que llegue a abrirse el juicio oral (evitar la «pena de banquillo»)

Realmente no puede formar parte de la instrucción, como es obvio, la decisión policial de iniciar o no iniciar una investigación administrativa (=policial) de hechos que se presentan como meramente posibles en virtud de la actividad de la policía preventiva. La policía tiene la posibilidad y, a veces, el deber, de investigar conductas inicialmente sospechosas, aunque no esté clara aún la comisión de un delito determinado y, de la misma manera, puede considerar ante una denuncia que no existe base fáctica o legal para poner en marcha una investigación.

Por el contrario, la decisión atinente a la incoación o no de la instrucción en sentido estricto, es decir, de la referida a la preparación del juicio oral, sí forma parte de la instrucción. Negar que se abra la actividad preparatoria porque los hechos denunciados o querellados, aún el caso de ser ciertos, no pueden ser constitutivos de delito, es negar la posibilidad de llegar al juicio oral. Luego desarrollaremos lo relativo a las diferencias entre denunciar y querellarse a los efectos de la incoación de la instrucción.

Ahora bien, lo que me importa realmente en este momento de fijar la función de la instrucción es referirme a que sentar o no a una persona en el banquillo del juicio oral, es decir, abrir o impedir que llegue a abrirse el juicio oral, porque el verdadero enjuiciamiento sólo debe ser sufrido por el imputado cuando

existan elementos suficientes para ello, forma parte esencial de lo que es la instrucción. Los acusadores, incluido el fiscal, no pueden sentar en el banquillo a quienes quieran, sino sólo a aquellas personas respecto de las que existan elementos suficientes para hacerles sufrir esa «pena».

El juicio oral sólo debe ser realizado cuando razonablemente se haya llegado a la constatación por un tercero ajeno a las partes, no de que va a obtenerse una sentencia condenatoria, lo que es obvio, pero sí de que existen indicios suficientes de que el hecho pudo existir, de que puede ser delictivo y de que de él puede ser autor el imputado. La decisión relativa a la apertura de la fase de juicio oral no puede quedar en manos de los acusadores, sino que se tiene que confiar a alguien ajeno a los mismos; no simplemente a alguien imparcial, sino a alguien carente de interés objetivo. El juicio oral no podrá existir si no existe acusación formulada por un acusador, pero la existencia de acusación no será suficiente para la apertura del juicio oral.

Este es un extremo trascendental en la concepción de cualquier sistema procesal penal. Un proceso civil se inicia y se llega a la sentencia sólo con base en el ejercicio del derecho a la jurisdicción por una persona. Un proceso penal en su fase de juicio oral no se abre sólo con la decisión de acusar que tome un acusador (sea público, el fiscal, o privado, los otros posibles acusadores), sino que precisa una decisión que tiene que tomar alguien distinto de esos acusadores. Naturalmente ese alguien no puede ser tampoco el juez o los magistrados competentes para la realización del juicio oral, pero ello es algo diferente. Lo que me importa ahora destacar es que la existencia del juicio oral no puede depender sólo de la voluntad positiva de los acusadores.

La que estoy llamado actividad preparatoria cumple, pues, dos finalidades básicas: por un lado, preparar el juicio, y, por otro, evitar juicios inútiles. Supongo que se habrá advertido que he evitado cuidadosamente entrar en el debate de si esa actividad es procesal o no y he preferido distinguir entre parte de la acti-

vidad que no es de atribución exclusiva de la Jurisdicción y aquello que comporta necesariamente ejercicio de potestad jurisdiccional. He preferido no entrar en un debate doctrinal que podría enturbiar el debate político.

El paso siguiente tiene que consistir en preguntarnos si es conveniente políticamente que el fiscal español (el existente ahora atendida la Constitución y no simplemente su vigente Estatuto orgánico, pues no hay otro) asuma la efectividad de las finalidades de preparar el juicio oral y de evitar el juicio inútil, siempre también en la medida que constitucionalmente sea posible.

4. LÍMITES DE LA ACTIVIDAD PREPARATORIA ATRIBUIBLE AL FISCAL

He sentado hasta aquí las bases, tanto conceptuales como prácticas, desde las que tomar la decisión política de a quién debe atribuirse la actividad preparatoria en el proceso penal. Con lo dicho debe haber quedado claro que en el debate que se ha suscitado en España se produjo desde el principio, y se sigue produciendo, una confusión muy grave, confusión que no estoy seguro que no se siga buscando de propósito. La claridad exige distinguir entre la competencia para la investigación y la competencia para la instrucción.

Cuando se trata de la investigación, en los términos antes dichos, debe precisarse entre la realización material de la investigación (investigar) y la adecuación de los resultados de la misma a la preparación del juicio oral (instruir). A estas alturas del debate no cabe seguir retorciendo los argumentos para desconocer algo elemental:

A) Una cosa es la investigación como actividad material, actividad que corresponde y no puede dejar de corresponder a los cuerpos y fuerzas de seguridad o, si se prefiere y dentro de los mismos, a la policía judicial. Esto no puede ser ni desconocido ni negado por nadie. Quien investiga, en sentido estricto, es la policía, pero

teniendo siempre en cuenta que ésta no tiene la facultad de decidir qué actos delictivos investiga y cuáles no, y ello porque la no persecución intencionada de un delito es, a su vez, constitutiva de delito (art. 408 CP). Importa más destacar, otra vez, que la investigación de la policía no sirve para determinar el sentido último de la instrucción; en la instrucción hay investigación, pero no sólo investigación.

B) Cosa distinta es quién debe preparar el juicio oral o, en su caso, impedir la realización del mismo por inútil, lo que desde el punto de vista de la investigación presupone:

a) Quién debe tener competencia para dirigir la investigación, es decir, para ordenar a la policía judicial la realización de actos de investigación, bien para completar los realizados ya por la policía, bien para realizar actos de investigación en camino distinto de los efectuados por la policía. Aparentemente pudiera parecer que no tiene dificultad teórica admitir que esa competencia de dirección quepa atribuirle al fiscal, y con ello al Gobierno, si bien la dificultad, por un lado, es práctica atendida todas las consecuencias derivadas de que el Gobierno pueda decidir qué delitos se persiguen y cuáles no y, por otro, la dificultad se convierte en imposibilidad de que la atribución se haga en exclusiva.

Atribuir esta competencia al fiscal equivale a admitir que un órgano dependiente del Gobierno (no independiente), con interés objetivo en el asunto (no con desinterés objetivo) y cuya función radica en servir al interés general (no tutelar de los derechos de las personas) va a tener el monopolio en la investigación de los delitos, con la consecuencia de que sólo se perseguirán de modo efectivo aquellos delitos que importe perseguir al Gobierno, el cual, recuérdese siempre, no actúa con sometimiento exclusivo a la ley, sino simplemente según el principio de legalidad. Atribuir el monopolio de la investigación al fiscal es atribuirlo al Poder Ejecutivo, con todas las consecuencias que ello implica, entre ellas la de que la investigación deje de tener como finalidad la búsqueda de la verdad, pasando a utilizarse como medio

para conseguir otras finalidades, siempre con el pretexto de servir al interés general.

Cuando se habla de atribuir la dirección de la investigación en exclusiva al fiscal suele decirse inmediatamente que se trata de reconocer al Gobierno la dirección de la política criminal, y ello en el sentido de que es éste quien debe decidir cómo se coordinan los medios de investigación del estado, el orden en que se realizan las investigaciones, la manera de practicarlas. Aunque no se dice claramente lo que realmente se está pretendiendo decir es que es el Gobierno quien decide qué investigaciones se realizan y cuáles no, con lo que en el fondo lo que se está propiciando es que el Gobierno decide qué actos delictivos se persiguen y cuáles no. Se entiende en estas proposiciones que dirigir la política criminal consiste en decidir qué actos delictivos concretos interesa perseguir y cuáles actos delictivos conviene «olvidar», y que una y otra cosa puede hacerse de modo irresponsable.

b) Más aún, atribuir la dirección de la investigación pública en régimen de monopolio al fiscal conlleva dos consecuencias, las dos gravemente perniciosas para la tutela de los derechos de las personas partes en el proceso:

1.^a) La investigación se convierte de esta manera, desde luego, no en la búsqueda de la verdad en aras de la preparación del juicio oral, sino en la preparación de la acusación, y no de cualquier acusación sino de la que importa al fiscal, y ni siquiera a los demás acusadores. Si algún acusador (particular o popular) estimara convenientes actos de investigación dirigidos a preparar su acusación tendría bien que instar de alguien la realización de esos actos, bien que realizarlos por su cuenta, de modo privado y a su costa.

Mientras exista en nuestro Ordenamiento el derecho, y nada menos que de rango fundamental, a ejercitar la acusación en el proceso penal —y ese derecho existirá mientras no se reforme la Constitución—, las acusaciones no públicas tendrán el derecho procesal instrumental a que se realicen por un órgano público los actos de investigación pertinentes y

útiles para el descubrimiento de aquello que importa a esas acusaciones. Ese derecho puede no ser respetado por el fiscal, en tanto que éste es una parte y por ello parcial, y alguien tendrá que darle efectividad; ese alguien desde luego no puede ser un superior dentro de la organización del Ministerio Fiscal, pues el principio de unidad en que se organiza éste hace inútil semejante idea. Ese alguien parece que sólo puede ser un juez, con lo que a la postre resultará que un juez ordenará a la policía actos de investigación o los realizará él mismo, se entiende en la medida que esto segundo le es posible (interrogar a unos testigos)

Sostener que los acusadores no públicos, en último caso, siempre pueden acudir a la investigación privada, realizando aquellas investigaciones que estimen privadamente convenientes y, se entiende, a su costa, es un sarcasmo. Primero ese tipo de investigación no podría atender a los casos en que es preciso limitar derechos de los imputados, pero, sobre todo y aún tratándose de acto de investigación que no afectaran a esos derechos, especialmente a los fundamentales, esa hipotética investigación privada sólo sería posible para quien dispusiera de medios económicos, con lo que al cabo sólo podrían acusar quienes dispongan de esos medios. La actividad preparatoria y, realmente, todo el proceso penal, se convertiría en cosa de ricos, por ahora desde el punto de vista de la acusación.

2.^a) Si la dirección en la realización de la actividad investigadora es monopolio del fiscal, el cual prepara sólo su acusación, no el juicio oral, ¿quién preparará el juicio oral desde el punto de vista de la defensa? Lo dicho antes para los demás acusadores se presenta aquí de modo más grave, si cabe, cuando se trata del imputado y de su defensa. ¿Quién realizará la investigación que precisa la defensa? Es inútil querer convencernos de que el fiscal, que es siempre una parte parcial que se mueve por criterios de persecución de intereses generales, va a tirar piedras contra su propio tejado realizando *motu proprio* los actos de investigación que interesan a la defensa de su acusado. No se me pida que crea en semejante posibilidad;

mi fe en el fiscal español actual (es decir, en el Gobierno), atendida mi experiencia, no da para tanto.

También aquí tiene que acabarse sosteniendo que si el fiscal no realiza esos actos de investigación debe buscarse fuera alguien que ordene la realización de esos actos o que los realice por sí mismo. De este modo otra vez estamos, a la postre y atendida la unidad del Ministerio Fiscal, ante un juez que dirige o que realiza actos de investigación.

En el modelo de proceso penal que fascina a los propugnadores del fiscal instructor se parte de la base de que es el imputado el que debe realizar los actos de investigación que estime adecuados para su defensa, y se sobreentiende a su costa. Pero no suele decirse que en ese modelo sólo los sobrados de medios económicos pueden realizar efectivamente esa investigación, mientras que la inmensa mayoría de los imputados se enfrentan en situación de clara desigualdad al todopoderoso fiscal (en realidad al estado) que dispone de todos los medios, mientras que el imputado tiene que conformarse con un abogado designado por el turno de oficio. Falta por saber cuántos imputados en España son defendidos por el turno de oficio y entonces ¿quién realizará los actos de investigación que les sean necesarios?

Confiar la dirección de la investigación al fiscal puede parecer teóricamente llevar a la efectividad un sistema de proceso penal *adversarial*, un proceso entre partes, una de las cuales es el Gobierno (=fiscal) y la otra es el acusado, quedando reservados los jueces para el juicio oral, en el que las partes comparecen en pie de igualdad. Esta apariencia es radicalmente falsa y el modelo procesal a que responde es radicalmente perverso, pues se basa en algo inicuo, en algo tan mendaz como que el estado está en pie de igualdad, aparte de con los demás acusadores, con el imputado. Por ello a veces las palabras de algunos partidarios de dejar la investigación en manos del fiscal «suenan» a sarcasmo; por ejemplo, cuando en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989 se dijo que la investigación privada no está prohibida a las partes, las cuales pueden

realizar investigaciones propias, y se ampara en ello para decir que «por el principio de igualdad de las partes» el fiscal también puede realizar su investigación.

C) Despejado lo relativo a la investigación en su faceta de preparación del juicio oral, hay que referirse ahora a las otras actividades que, como hemos visto antes, integran la instrucción. Aquí la conclusión es evidente: Ninguna de esas otras actividades puede atribuirse al fiscal. La Constitución impide atribuir al fiscal la adopción de cualesquiera medidas cautelares, desde luego las limitadoras de la libertad (salvo la detención y por plazo de setenta y dos horas, art. 17.2 CE), pero también las limitadoras de cualesquiera otros derechos (incluido el de propiedad con referencia al embargo cautelar). Todas las medidas restrictivas de derechos fundamentales (que no tienen realmente naturaleza cautelar) quedan fuera de las posibilidades de decisión a adoptar por el fiscal y lo mismo debe decirse de la decisión atinente a la apertura del juicio oral. Por si faltara algo, los actos de investigación del fiscal en ningún caso podrían llegar a convertirse en actos de prueba llegados al juicio oral. Esto es algo que me parece evidente y que no puede desconocerse, por lo menos si se quieren mantener garantías jurisdiccionales que son constitucionalmente irrenunciables.

Sólo un ejemplo. Los actos de investigación del fiscal nunca podrían llegar a ser actividad probatoria y tener valor de tal en el juicio oral. Los únicos elementos probatorios que pueden llevar a una sentencia de condena son los practicados en el juicio oral, y si se admite alguna excepción, de modo que un acto de investigación, es decir, realizado en la instrucción, tenga valor probatorio, es porque el mismo se ha visto revestido de las garantías que se derivan de ser un acto judicial. En nuestro sistema sólo los jueces realizan prueba anticipada y sólo la actividad judicial de investigación puede llegar a convertirse en elemento de prueba cuando no es reproducible en el juicio oral. Cuando el artículo 5, III de la Ley 50/1981 dice que las diligencias que el Ministerio Fiscal practique gozarán de presunción de autenticidad, debe

entenderse que se trata de una mera autenticidad formal, esto es, que la diligencia se ha practicado y que el resultado de la misma es el que consta en la documentación del acto, pero eso es algo muy distinto al valor probatorio. Se trata de que esa autenticidad tiene que referirse a la propia fase de investigación que realiza el fiscal, pero no alcanza a fases o actividades que no realiza propiamente el fiscal.

5. EL SACRIFICIO DE LA EFICACIA MATERIAL EN ARAS DEL AUMENTO DE LOS PODERES DEL FISCAL (=PODER EJECUTIVO)

Una de las razones que suele aducirse para defender la atribución al fiscal de la investigación (a veces incluso de la instrucción) es la de la eficacia formal, es decir, de tiempo y de coste. Se dice así que razones de economía procesal imponen evitar la reiteración de actuaciones procesales, unas veces a cargo de la policía o del fiscal y otras propias del juez de instrucción, con lo que se lograría —se afirma, aunque sin aportar prueba alguna— un importante recorte en el tiempo en la duración del proceso. Este argumento, que no discuto si tiene sentido o no en otros Ordenamientos, dado que he empezado diciendo que me importa atender ahora al sistema español, carece desde luego de sentido en nuestro sistema.

No puede dejar de advertirse, en general, que cuando se alude a un «proceso económico», es decir, a un proceso en el que priman consideraciones de economía de esfuerzos y de medios, se está poniendo la economía por encima de la garantía. La referencia a la llamada economía procesal, que a veces hasta se eleva a categoría de principio, es normalmente una excusa. En manos del legislador esta economía se utiliza para limitar las garantías de las partes, y en el proceso penal principalmente del imputado-acusado, y cuando se refiere a ella un tribunal suele tratarse de un falso argumento con el que evitar el cumplimiento de lo dis-

puesto en la ley. En demasiadas ocasiones hemos visto como la «aceleración del proceso» se ha convertido en un medio para llegar antes a la «meta de un proceso con menos garantías».

Más todavía, se ha dicho también que nuestro sistema procesal —en realidad en todos los sistemas basados en la existencia de un juez instructor— existe un «fallo estructural» que le impide poder realizar un proceso penal con las garantías esenciales de contradicción y de duración razonable, mientras esas garantías sí se alcanzan en otros sistemas, precisamente aquellos en los que la investigación corresponde al fiscal y no a un juez de instrucción. Lo mismo que antes no entro en lo que puede ocurrir en otros Ordenamientos, pero en el sistema español me parece evidente que en la actualidad difícilmente podrá sostenerse que el pretendido «fallo estructural» afecte a las garantías del imputado, primero, y del acusado, después. Y ni siquiera en lo referido a la duración del proceso, pues bastaría comparar sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por vulneración del artículo 6.1 del Convenio y el plazo razonable, unas referidas a España y otras a países en los que su Ordenamiento atribuye la investigación al fiscal.

A) DEL SUEÑO A LA PESADILLA CON EL MINISTERIO FISCAL ACTUAL

Pueden existir actuaciones del derecho penal que sean, en las exigencias de preparación del juicio oral, muy sencillas. Es posible que, no existiendo acusaciones no públicas o siendo estas irrelevantes y no siendo necesaria la adopción de medidas cautelares ni de actos coactivos de limitación de derechos del imputado, con una investigación muy simple, y realizada realmente por la policía, quepa abrir el juicio oral y que en el mismo se realicen con plenitud la acusación y la defensa. Como (casi) todo es posible, casos como el ahora descrito pueden llegar a darse en la realidad, y en esos casos nada impediría teóricamente que la investigación la realizara la policía con la dirección jurídica del fiscal. El juez, llamemos de instrucción o uti-

licemos el nombre que se prefiera, se limitaría a poco más que decidir que existen elementos para abrir el juicio oral, el cual se desarrollaría ante otro juez, naturalmente.

Es el caso, con todo, que incluso esta posibilidad teórica es muy difícil de admitir en la práctica española ante los evidentes peligros que comporta, por lo menos «si no nos alejamos demasiado de la realidad en la que vivimos». Precisamente en estos días (en el mes de marzo de 2007) estamos viendo como el Ministerio Fiscal adopta actitudes de sumisión al Gobierno y toma decisiones de no acusar o de pedir absoluciones que llegan a causar perplejidad a quienes creemos de buena fe que la misión del fiscal es la que dispone la Constitución, promover la acción de la justicia y no dificultarla o impedirlo. No puede desconocerse que actualmente un sector de la sociedad y, especialmente, una parte de la colectividad jurídica, estima que el fiscal está pervirtiendo su misión de promover la acción de la justicia para pasar a ser un obstáculo para esa justicia. Si en el sistema actual el fiscal está hoy, no ya dejando de acusar, sino incluso pidiendo absoluciones desconcertantes, no me atrevo a pensar qué podría llegar a pasar en un sistema en el que ese mismo fiscal tuviera en sus manos el monopolio de la investigación de los actos aparentemente delictivos. Realmente, visto lo que está pasando, no es difícil imaginar a qué cotas de negación del imperio de la ley podría llegar, aunque por ahora estoy prefiriendo no desplegar la imaginación por razones de paz espiritual. Todas las consideraciones teóricas acaban despeñándose en la dura realidad. Ha sido el Ministerio Fiscal el que con su comportamiento ha convertido el sueño de unos sobre la investigación por el fiscal en pesadilla de muchos.

La pesadilla no desaparecerá con unos pocos retoques en la Ley 30/1981, retoques que no pasan de ser meros gestos dirigidos a la sociedad. La afirmada ampliación de la autonomía del fiscal, conforme a lo previsto en el Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 50/1981, de 31 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal,

presentado en el Congreso el 11 de diciembre de 2006, es simplemente un gesto, entendido éste en el sentido del Diccionario que lo define como «aderezarse y componerse para parecer bien», se entiende sin modificación de fondo de lo que se es. Ese Proyecto de ley quiere que el fiscal siga siendo lo que es, pero intenta aparentar lo que no es pues se trata, una vez más, de cambiar algo para que todo siga igual.

B) LA REITERACIÓN INÚTIL DE ACTOS PREPARATORIOS

Estoy admitiendo que la anterior, la investigación policial dirigida por el fiscal, era una posibilidad retórica, más que teórica, y por lo mismo carente de adecuación a la realidad actual de España, pero pongámonos ante otras posibilidades y descubriremos como la pretensión de que el fiscal investigue (no ya que instruya) conduce al dispendio de esfuerzos, a la reiteración de actuaciones en las que se sacrifica la eficacia (la que he llamado antes formal) al aumento, por razones ideológicas pero contingentes, de los poderes del Gobierno. Lo que pretendo ahora decir es que el argumento de que atribuir la instrucción al fiscal agilizaría la Justicia al evitarse reiteración de actuaciones (se entiende practicadas unas por el fiscal y otras por el juez instructor), no es que carezca de soporte probatorio práctico (del que evidentemente carece), es que es una mera elucubración contraria a lo que dicta el buen sentido. Y sigo refiriéndome sólo a nuestro sistema procesal penal.

a) Referidos a los sistemas de incoación de la actividad preliminar

a) La actividad preliminar podría tener su origen en la denuncia de una persona que acude al fiscal con ese fin. No parece discutible que el fiscal podría inadmitir esa denuncia por lo mismo que lo puede hacer ahora, es decir, por no ser el acto constitutivo de delito o por ser la denuncia manifiestamente falsa. La resolución administrativa de inadmisión habría de

ser notificada al denunciante (como dispone ya el art. 5, I, de la Ley 50/1981), el cual podría permanecer pasivo y aquí se terminaría la (in)actividad; pero si el denunciante quisiera «algo más» tendría la ley que prever si puede presentarse la misma denuncia ante un juez (pues es un órgano judicial quien debe acabar por decidir si el hecho es o no aparentemente constitutivo de delito) o si es preciso que en lugar de denunciar el ciudadano se querelle; y entonces debería decidirse que la querrela sobre el mismo hecho no podría tener que volver a presentarse ante el fiscal, debiendo presentarse ante un juez.

b) Salvado lo anterior el conocimiento de la existencia de un acto aparentemente constitutivo de delito puede provenir de alguien que acude al fiscal y ante el mismo presenta una querrela. Si partimos de que se ha suprimido el juez de instrucción, la querrela también deberían presentarse necesariamente ante el fiscal y éste podría decidir la inadmisión de la misma al estimar que los hechos no son constitutivos de delito. En esta situación una ley de enjuiciamiento criminal futura no podría disponer, sin más, que la decisión del fiscal no admitiría control jurisdiccional alguno, pues si ese control no fuera posible se estaría disponiendo que:

1) Las acusaciones particular y popular no tendrían virtualidad alguna al depender en su misma existencia de la decisión del fiscal, el cual podría cerrarles el paso al verdadero proceso. Una cosa es que la acción penal sea un simple *ius ut procedatur*, la efectividad del cual exige sólo un pronunciamiento motivado, en su caso, sobre la inadmisión de una querrela, y otra que ese pronunciamiento necesariamente debe realizarlo un órgano jurisdiccional, no bastando la decisión de un órgano no jurisdiccional, como es el fiscal.

2) También se estaría disponiendo que es el fiscal quien decide sobre la naturaleza de los actos, de modo que un acto sería delictivo o no según quisiera el fiscal, sin que fuera un juez el único que puede decidir de modo definitivo sobre si un acto es delictivo o no. Baste aquí

recordar que el derecho penal lo aplican sólo los órganos jurisdiccionales.

Lo que estoy diciendo es claro: La inadmisión de la querrela por el fiscal exigiría necesariamente el posterior control judicial (desde luego no por medio de un recurso en sentido estricto) y con ello tendríamos que, ante la inadmisión por el fiscal de la querrela, el juez podría decidir la admisión de la misma, supuesto en el que sería poco práctico que, a pesar de todo, la dirección de la investigación la siguiera asumiendo el fiscal. Una mera referencia al sentido común y a la experiencia tendría que imponer que esa dirección en estos casos no se confiara al fiscal, sino a un juez, a riesgo de que la tutela judicial, la que promete el artículo 24.1 de la Constitución a los acusadores no públicos, dejara de ser efectiva para pasar a ser algo meramente retórico. Insisto: En estos supuestos mantener la atribución al fiscal de la dirección de la investigación sería una manera de burlar la decisión del juez de admitir la querrela.

b) Referidos a la realización de la actividad investigadora

Cabría la posibilidad de que el fiscal admitiera la querrela e iniciara la investigación por sí mismo o dando las órdenes oportunas a la policía; en este supuesto el querellante (acusador particular o popular, lo mismo da) tiene que tener plena intervención en esos actos de investigación, los cuales no pueden desarrollarse de modo secreto para él, ni siendo en los mismos un mero espectador. Por ejemplo, si el fiscal cita a un testigo para ser interrogado el acusador no público, mejor, su abogado, tiene que estar presente y poder formular sus preguntas. De la misma manera ese acusador puede pedir la realización de actos determinados de investigación y si el fiscal los deniega, al considerarlos impertinentes o inútiles, qué opciones debe prever la norma.

Razonablemente la única opción es la de permitir acudir ante alguien ajeno a la fiscalía y ese alguien sólo puede ser un juez, el cual podría decidir que los actos de investigación

pedidos por el acusador son adecuados al caso concreto y que deben practicarse. Tomada esta decisión surge la cuestión de quién debería efectivamente realizar esos actos de investigación: 1) ¿El fiscal? Desde luego no. El mismo que decidió antes que esos actos son inútiles o impertinentes no puede ser quien los practique luego; esta es una opción carente de sentido de la realidad, pues se le estaría imponiendo al Gobierno (digo, perdón, al fiscal) una línea de investigación que ha desechado por las razones que fuera, y 2) ¿El propio juez que decidió la realización de los actos? No descubro quién podría hacerlo si no es ese juez.

Si la investigación persigue el descubrimiento de la verdad —esa que llaman material, como si hubiera clases de verdades— aunque no sea a cualquier precio, no podrá negarse al imputado el derecho a instar del fiscal la realización de actos concretos de investigación, actos dirigidos, por un lado, a evitar la apertura del juicio oral contra él y, por otro, a preparar el juicio oral desde su punto de vista. Quiero dejar constancia, otra vez, que la investigación no es un elemento de la instrucción que persiga sólo preparar la acusación, sino que necesariamente debe servir también para la preparación de la defensa.

También aquí, desde el sentido común y desde la experiencia, cabe esperar muy poco del fiscal en la preparación de la defensa y ese «poco» puede manifestarse bien en negar la realización de los actos de investigación propuestos por la defensa del imputado, y aquí el argumento sería siempre el de su impertinencia o el de su inutilidad, bien en practicarlos formalmente pero de modo que lleven a la infructuosidad, es decir, a la ineficacia en el descubrimiento de la verdad.

Ante estas circunstancias a la defensa sólo le puede quedar abierta la posibilidad de acudir ante un órgano judicial para que éste decida bien la realización de esos actos, bien la realización útil de los mismos. Y otra vez se presenta la cuestión de quién debería efectivamente realizar esos actos de investigación: El fiscal o el juez, y la respuesta no puede ser diferente a la anterior.

Por este camino acabamos encontrándonos con que al mismo tiempo tenemos un fiscal que realiza los actos de investigación que entiendo útiles para sostener su acusación (o para poder acabar pidiendo el sobreseimiento, pues todo puede ser, como estamos viendo en estos días en que algún fiscal interroga al acusado para luego poder retirar la acusación), mientras por otro tenemos a un juez que realiza los actos de investigación que le han pedido, bien las otras acusaciones, bien la defensa. ¡Absurdo!, aunque puede que sea más correcto decir, en el sentido de más verdadero, ¡ridículo! En ningún caso se está ante la pretendida economía procesal; antes al contrario, se está ante la prodigalidad procesal.

c) Referidos a la adopción de medidas cautelares

Está fuera de duda que la adopción de todas las medidas cautelares en la actividad preparatoria del juicio oral no puede dejar de ser competencia de un órgano jurisdiccional. En ello están aparentemente de acuerdo hasta los propugnadores de la reforma consistente en que se atribuya al fiscal la investigación. A veces se deslizan expresiones de las que pudiera entenderse que por algunos se pretende que el fiscal sea quien adopte esas medidas y que sus decisiones sean susceptibles de ser después controladas por el órgano judicial, pero esta pretensión es, en todo caso, inadmisibles en nuestro sistema constitucional. Partiendo, pues, de la competencia exclusivamente judicial, veamos algunos casos:

1) El propio fiscal insta la adopción de alguna medida cautelar, tanto de limitación de la libertad del imputado, como de aseguramiento de responsabilidades pecuniarias. Esa petición tiene que hacerla a un órgano judicial, el cual deberá oír a todas las partes en el proceso, tanto a las acusadoras como a las acusadas, audiencia que teóricamente puede ser oral o escrita (aunque quepa preferir la oral, pero eso es accesorio sobre lo que ahora debatimos). En los dos casos se tratará de que las partes debatan sobre la concurrencia o no de los presupuestos propios

de la adopción de alguna de esas medidas, concurrencia que deberá acreditarse (no probarse, en sentido estricto; recuérdese lo que es el principio de prueba), teniendo en cuenta que para esa acreditación podrá, bien hacerse uso de la plasmación documental de los actos de investigación, plasmación que se ha de ofrecer al juez para su examen y para su incorporación a las respectivas piezas, bien practicarse ante el juez actos de acreditación específicos, los cuales podrán ser propuestos por cualquiera de las partes.

De una u otra manera imaginemos que el juez decide acordar una medida cautelar, bien personal, bien real. Acordada esa medida, debe tenerse en cuenta que la ejecución de la misma no puede dejar de ser jurisdiccional, esto es, no cabe que la ejecución de la medida quede en manos del fiscal (ni en las de otros acusadores), con lo que asistiremos al caso de que ese juez tendrá que asumir todo lo relativo a las que hasta ahora se han llamado pieza de situación personal y pieza de responsabilidad civil. Por un lado irá la, digamos, pieza principal, en manos del fiscal investigador y, por otro, estas otras piezas, asumidas por el juez en su totalidad, el cual deberá llevar a efecto todas las actuaciones derivadas de las mismas.

2) La situación puede complicarse cuando la petición de adopción de alguna de las medidas cautelares proviene de un acusador distinto del fiscal. No debe dudarse de que cualquier acusador puede pedir la adopción de una medida cautelar, e incluso que puede hacerlo habida cuenta de actos de investigación propios, no incluidos en la pieza principal que lleva el fiscal, y entonces éste podrá apoyar o no esa petición, y lo hará teniendo en cuenta su línea de investigación, línea que puede ser contraria a la propugnada por el acusador particular o privado y verse afectada por las peticiones cautelares de éste. Las piezas, con las plasmaciones documentales de los actos de investigación y con los actos de acreditación practicados en las mismas (y en este supuesto será normalmente más necesario la realización de esos actos ante el juez), volverán a quedar en manos del juez,

con todas las consecuencias que de ello se derivan.

3) El imputado no pedirá la adopción de medidas cautelares en su contra, pero sí puede pedir el levantamiento de las acordadas anteriormente y para ello tendrá que referirse, bien a la existencia de actos de investigación que han desvirtuado la concurrencia de los presupuestos que llevaron a la adopción de esa medida, con la plasmación documental de los mismos, bien a la proposición de actos de acreditación a practicar por el juez. Es obvio que también aquí deberá oírse a las partes y que deberá unirse pieza oportuna todas las plasmaciones documentales de actos de investigación y todo lo relativo a los actos de acreditación, con el fin de que el juez decida.

Y no nos hemos referido a algo que no es propiamente cautelar, pero que en nuestro sistema es esencial y determinante de una garantía que debe mantenerse a toda costa: la acumulación de la exigencia de responsabilidad civil al proceso penal. Esta acumulación puede ser relativamente simple cuando los responsables civiles y penales son los mismos, pero se complica un tanto cuando aparecen terceras personas no responsables penalmente los cuales pueden ser responsables civiles, bien directos, bien subsidiarios. En estos casos se hace necesario establecer la legitimación de los mismos como acto de preparación del juicio oral, y los actos propios de la determinación de la legitimación no pueden ser de la competencia del fiscal. Dicho de otra manera, la pieza de responsabilidad civil subsidiaria (la del art. 619 de la LECRIM) sólo puede formarla y tramitarla un juez, pues lo en ella debatido es una pura cuestión civil.

d) Referidos a los actos de limitación de derechos

Me he referido ya a los actos limitadores de derechos, de cualesquiera derechos, pero de modo destacado de los de rango fundamental, y creo que está también fuera de duda que los mismos sólo puede decretarlos y ejecutarlos un juez. Se trata ahora de insistir en que no

hay resoluciones judiciales de *autorización* a la policía ni al fiscal para que sean una u otros los que realicen la limitación. Partiendo de la consideración de que la limitación de derechos es exclusivamente jurisdiccional y de que lo es en toda la extensión de la limitación misma, las situaciones en la práctica podrían llegar a ser algo propio del teatro del absurdo, y no del de Ionesco, sino el de Jardiel Poncela. Voy a referirme, como ejemplo, a las intervenciones de teléfono.

El fiscal, el que está hipotéticamente haciendo la investigación, o cualquier acusador, se dirige al juez y le insta la adopción de la medida limitadora del derecho al secreto de las comunicaciones. A ese efecto deberá acreditarse ante el juez la concurrencia de los presupuestos que justifican una medida tan grave, entre otras cosas por las exigencias de motivación de la resolución que la decreta. Una vez decretada la intervención la naturaleza jurisdiccional de la realización de la misma sigue suponiendo que:

a) La ejecución de la medida le corresponde al juez y sólo razones de falta de medios y de disponibilidad de tiempo permiten que la actividad física de la escucha y de la grabación se encomiende a la policía.

b) Ni la policía ni el fiscal tienen competencia por sí mismos para determinar, de todas las escuchas realizadas y grabadas, cuáles son conducentes a los efectos de la investigación y de la preparación del juicio oral y cuáles no, de modo que el total de las grabaciones hechas debe ser entregado al juez que decretó la medida y es éste el que:

1) Excluirá, con la fe pública del secretario, las conversaciones que se han grabado de personas no investigadas; para esta exclusión ni siquiera se debe oír a las partes, pues esas conversaciones no entran en el ámbito de la investigación. Nadie, y por tanto tampoco el fiscal, tiene derecho a tomar conocimiento de las conversaciones de esas otras personas. Otra cosa es el destino de las grabaciones excluidas y también el descubrimiento del hecho casual, cuestiones sobre las que no cabe ahora pro-

nunciarse (porque ya lo he hecho en ocasión anterior).

2) Excluirá, ahora sí con intervención de las partes, las conversaciones grabadas de entre las sostenidas por la persona investigada que sean intrascendentes a los efectos de la investigación y de la instrucción. Se trata de que todas las partes, después de tomar conocimiento, podrán pedir al juez la unión a las actuaciones de aquellas conversaciones respecto de las que estimen que aportan datos de interés para la investigación o para la instrucción.

Si se llegara a admitir que sobre la constitucionalidad y legalidad de las intervenciones telefónicas puede decidirse en la instrucción es obvio que esa decisión habría de atribuirse a un juez.

He puesto el ejemplo de las intervenciones telefónicas, pero todas las limitaciones de derechos no son diferentes. Insisto: Esas limitaciones son de competencia exclusivamente judicial, en todos los aspectos de las mismas, de modo que la totalidad de la ejecución de las mismas está en manos de un órgano judicial. Por ello también aquí tendríamos actos de investigación en manos de un juez.

e) Referidos a los juicios jurisdiccionales que hacen avanzar la instrucción o la terminan

El proceso civil se inicia por medio de demanda y normalmente a lo largo de todo el mismo se procede simplemente a la aplicación de normas procesales, de modo que las normas sustantivas se aplican sólo en la sentencia; todo el proceso civil declarativo, menos la sentencia, puede hacerse sin aludir a las normas materiales. En el proceso penal las cosas suceden de modo muy distinto.

Desde la admisión de la denuncia (incluido el atestado) o de la querrela y hasta la apertura del juicio oral se van haciendo «juicios» en los que necesariamente se procede a aplicar el derecho material penal. La querrela o la denuncia se admiten sólo si los hechos en una u otra relatados pueden ser constitutivos de delito, y

ya he dicho que esa decisión no puede corresponder de modo definitivo a quien no tenga potestad jurisdiccional. El fiscal puede inadmitir una u otra, pero ello no puede significar que su decisión sea la última y, por tanto, que no quepa una admisión posterior por un juez.

De la misma manera, la instrucción sólo puede ir avanzando por sus pasos si se van haciendo juicios jurídico-penales, todos los cuales son, en único o en último caso, competencia de un órgano judicial. Como la atribución de la instrucción al fiscal se viene pretendiendo en España de modo genérico, no ofreciendo sus propugnadores un verdadero sistema, no puedo seguir por este camino, pues no se si llegaría a existir o no imputación formal (se llame o no procesamiento). Con todo, los supuestos más preocupantes, en caso de que la investigación se acabara atribuyendo al fiscal, son los siguientes:

a) La decisión de dar por concluida la investigación para pasar al juicio oral: Atribuida la investigación al fiscal no podría, a pesar de todo, entenderse que el fiscal podría dar por concluida la misma cuando lo estimara oportuno, dado que si la investigación prepara el juicio oral, tanto de todas las acusaciones, como de la defensa, un juez tendría que desestimar todas las peticiones que las acusaciones no públicas y la defensa hicieran de nuevos actos de investigación. Más aún, las acusaciones podrían pedir que el procedimiento se dirigiera contra personas no investigadas por el fiscal y el juez podría así decidirlo. De este modo, en nuestro sistema el fiscal ni siquiera podría tener el monopolio de contra quien va a formularse la acusación.

b) La decisión de apertura de juicio oral: Partiendo de que exista parte acusadora que lo pida, el juicio oral no se abre única y exclusivamente porque exista acusación sino que, como he adelantado, «la pena de banquillo» no puede «imponerla» la acusación por sí sola. En el sistema procesal penal español ha sido siempre garantía que, instada por algún acusador la apertura del juicio oral, el tribunal puede no acordarla cuando estime que los hechos imputados no sean constitutivos de delito, proce-

diendo entonces a acordar el sobreseimiento libre (y sin olvidar la previsión del actual art. 783 respecto de sobreseimiento provisional para el procedimiento abreviado).

c) La decisión alternativa a la apertura del juicio oral: El sobreseimiento, y en sus varias clases, no depende de la voluntad del fiscal, ni puede seguir dependiendo. Si el fiscal pide el sobreseimiento, cualquiera de los dos (provisional y libre), pero existe una parte acusadora que insta la apertura del juicio oral un órgano judicial debe decidir sobre la misma, y lo hará con referencia a si los hechos pueden ser o no constitutivos de delito. Más aún, una de las garantías más admirables de nuestro sistema procesal penal es aquella consistente en que, pedido el sobreseimiento por el fiscal y no existiendo parte acusadora constituida, se ordena al órgano judicial «salir a la búsqueda de acusador», es decir, se le ordena que ponga en conocimiento de los posibles interesados en el ejercicio de la acción penal la petición del fiscal, dándoles plazo para personarse para sostener la acusación.

c) Acordar el sobreseimiento libre: Dadas las consecuencias propias del mismo —nada menos que la cosa juzgada— sólo puede decretarlo un órgano judicial, y con los recursos necesarios. Y aquí sin comentarios, por no ser realmente necesarios.

No se trata ahora de recordar lo sabido. Sí se trata de advertir que la investigación por el fiscal no llevaría, sin más, a que éste pudiera decidir entre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento; llevaría a instar de un órgano judicial una u otra, y siempre teniendo en cuenta la existencia de otros acusadores o, simplemente, la posibilidad de llamar a los mismos.

6. MUY LEJOS DE LA COMPLACENCIA EN LA SITUACIÓN ACTUAL

Después de bastantes años de sumar experiencias concretas hasta adquirir una cierta experiencia general he aprendido, entre otras

cosas, que cuando me opongo a un cambio, por creerlo contrario a la eficacia propia de una institución jurídica, los defensores de ese cambio se llevan las manos a la cabeza, fingen sentirse escandalizados y pretenden hacer creer que oponerse a «su» cambio es oponerse a «todo» cambio, y que ello es consecuencia de estar confortablemente instalado en lo existente. Llegado al final de estas páginas, esa experiencia general me está imponiendo decir que estimar gravemente perjudicial para el sistema de justicia penal atribuir la investigación (y, desde luego, la instrucción) al fiscal no equivale a defender, sin más, lo existente. Se trata de algo obvio, pero necesario de decir.

También es necesario decir que en estas páginas se ha cuestionado la investigación y/o la instrucción a cargo del fiscal, pero que el encargo recibido no consistía en diseñar las grandes líneas de mi concepción del proceso penal del futuro en España. No se trata de eludir cuestiones, sino de someterse a las reglas del debate tal y como ha sido propuesto.

Sin perjuicio de lo anterior puede ser conveniente hacer unas pocas indicaciones:

a) La primera de ellas es, naturalmente, la referida a la duración excesiva de las instrucciones, duración que depende de un conjunto de factores, algunos evitables con una distinta regulación de la instrucción misma y otros no. Cuando se trata de que es el número de instrucciones que debe realizar un juez lo que retrasa la tramitación de la mayoría de ellas, es indiferente la regulación procedimental de aquélla, de modo que la modificación de ésta carecerá de efecto sobre el tiempo. En estos casos, el retraso se debe a razones ajenas a la regulación procedimental de la instrucción.

Naturalmente pretender arreglar la duración de los procesos por medio de la reducción del número de los mismos (por ejemplo, des-criminalizando conductas o permitiendo que el fiscal no acuse con base en la oportunidad) no es una verdadera solución, sino otra manera de contribuir al desbarajuste de la justicia penal. ¿Y qué decir de un sistema en el que se favoreciera el pacto entre fiscal y defensa como

medio de evitar procesos? Una cosa es admitir que el juicio oral puede simplificarse extraordinariamente cuando no existen discrepancias fácticas de relieve y cuando hay conformidad en la norma penal aplicable, y otra muy distinta llegar a un sistema en el que el proceso acaba viéndose por el imputado como una amenaza y no como una garantía.

b) También debería llegar a entenderse por qué nuestros jueces de instrucción han pretendido, tradicionalmente, realizar instrucciones cerradas, redondas, completas, tanto que dejaran muy poco espacio al juicio oral, con la consecuencia de emplear en ello demasiado tiempo. La explicación, que no la justificación, de esa errónea manera de entender la instrucción responde a la pervivencia de hecho de ciertas prácticas anteriores nada menos que a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. En efecto:

1.º) En sistema procesal anterior a 1882 existía un proceso escrito que constaba de dos fases: 1) Sumario, en la que se trataba de recoger los medios de prueba necesarios para llegar a descubrir la verdad de los hechos, y 2) Plenario, para confirmar, corregir o ampliar lo hecho antes, de modo que en esta fase no siempre era necesario practicar prueba. El juez que conocía de ese proceso tenía competencia tanto para el sumario como para el plenario, y por ello la importancia se la atribuía al primero.

2.º) Cuando con la Ley de 1882 se cambia de sistema procesal penal, se sigue hablando de sumario, a cargo del juez de instrucción, pero ahora ya, no de plenario, sino de juicio oral, de la competencia del tribunal sentenciador, y sin embargo esta clara diferenciación no impidió que en la práctica los jueces de instrucción siguieran actuando como si el sumario fuera lo decisivo y, por tanto, debiendo ser obra completa, acabada, perfecta.

Y no se impute el error sólo a los jueces, pues la doctrina de buena parte del siglo XX, todavía en los años sesenta del mismo, les alentó en su idea, sosteniendo que los actos de investigación del sumario servían para formar la

convicción de los magistrados del tribunal que realizaba el juicio oral.

c) No han faltado o, mejor, han sobrado, jueces de instrucción que a lo largo del siglo XX se han comportado como inquisidores a la hora de realizar tanto la investigación como la instrucción, pero, como en tantas otras ocasiones de la vida jurídica, la posibilidad o, incluso, la realidad de una utilización inadecuada del poder no debe llevar a declarar perverso un sistema y a su sustitución por otro, sobre todo cuando nada nos puede asegurar que algunos, o puede que muchos, fiscales investigadores no se nos convirtieran, asimismo, en inquisidores.

Respecto de esos jueces instructores que han visto su misión como algo propio de la inquisición, no es del caso referirse a su pretendida falta de imparcialidad, a riesgo de entender por ésta algo ajeno a su verdadero significado conforme a las leyes, dejando sin sentido la distinción entre desinterés objetivo (propio de la Jurisdicción, pero no de la Administración) y desinterés subjetivo (que deben mantener todos los que deben tomar decisiones en materias públicas). En cambio sí debe preocupar que un juez de instrucción, convertido en inquisidor, sea quien acabe tomando las decisiones limitadoras de derechos de los imputados, lo mismo que debería preocupar que un fiscal investigador, convertido en inquisidor, utilizara su poder para perseguir a los inocentes o para proteger a los insolentes.

d) Una ley procesal criminal futura debería aspirar a profundizar en nuestro sistema de aplicación del derecho penal, no a sustituirlo por otro sistema que, aparte de ser ajeno, ha conducido en su experiencia práctica y en el país que se nos quiere presentar como mo-

delo a lo más inquisitivo que se conoce en la actualidad en los países del mundo occidental. Insisto: Un país en el que el 90 por 100 de las penas se impone sin proceso y que tiene una visión economicista de su sistema penal y procesal penal no puede presentarse por algunos como algo digno de imitar.

e) La fase de instrucción confiada a un juez debería tener como finalidad última convertir al instructor en igualador de las partes en la preparación del juicio oral. Además de evitar juicios inútiles, la instrucción debería servir para que un tercero, desinteresado objetivamente en el asunto, preparara el juicio en condiciones de igualdad entre las partes, evitando que una de ellas, el fiscal, actuara desde la superioridad propia del Estado y dejando a las otras partes, principalmente al imputado, en situación de inferioridad. Si la instrucción debe perseguir conocer la verdad (en lo que es posible y nunca a cualquier precio), esa verdad no es la que conviene al fiscal, sino la necesaria para que las partes lleguen al juicio oral en situación de igualdad de armas. Ese juicio oral sería una farsa si la preparación del mismo se hiciera sólo para sostener la acusación pública.

En España hemos ido construyendo a lo largo de siglos un sistema que, después de muchos pasos inciertos y de errores manifiestos, acabó evolucionado hasta llegar en la Ley de 1882 a plasmarse en un sistema unánimemente considerado como liberal y garantista. Desde entonces han pasado muchos años, tantos como ciento veinticinco, y ha llegado el momento de seguir por el camino abierto por Manuel Alonso Martínez. El respeto a nuestro sistema no consiste en perpetuarlo, sino en adecuarlo al momento presente. Ése debería ser nuestro reto.

Fecha de recepción de originales: 2 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 23 de mayo de 2007.