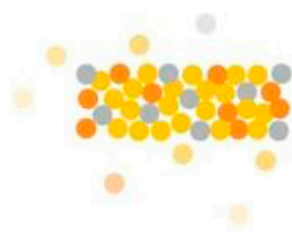


Libro verde sobre la Investigación Criminal

Jesús Manuel Villegas Fernández

978-84-1377-099-4



PLATAFORMA
CÍVICA POR LA
INDEPENDENCIA
JUDICIAL

Jesús Manuel Villegas Fernández

LIBRO VERDE SOBRE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL



Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Jesús Manuel Villegas Fernández
Madrid, 2020

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1377-099-4

ÍNDICE

1. Punto de partida: Llamamiento a los Juristas.
2. Capítulo I: Planteamiento general. La dialéctica de la razón frente la ideología.
 - Tesis: en contra del juez instructor.
 - Antítesis: a favor del juez instructor.
 - Síntesis: superación de la polémica.
3. Capítulo II: Propuestas de reformas legislativas.
 - Investigación criminal.
 - Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
 - Nombramientos de la Fiscalía.
4. Capítulo II: Informes sobre los precedentes del futuro Código Procesal Penal.
 - Propuesta del Ministro Caamaño.
 - Propuesta del Ministro Gallardón
5. Corolario: Resumen final de la posición de la Plataforma.

PUNTO DE PARTIDA: LLAMAMIENTO A LOS JURISTAS

La Plataforma Cívica por la Independencia Judicial, asociación formada por jueces, abogados, fiscales, profesores universitarios y otros estudiosos del Derecho, o de otras ramas profesionales, muestra su preocupación por las previsiones legislativas de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, de llevarse a efecto, supondrán la politización de la investigación criminal.

Por tanto, recabamos la ayuda de todos los actores jurídicos para elaborar una propuesta doctrinal *lege ferenda* de futura norma procesal que ofreceríamos a todos los partidos políticos con vistas a los debates parlamentarios.

A tal efecto, hemos creado esta página web donde se contienen varias cuestiones cruciales que ofrecemos a la doctrina universitaria y académica, a la curia, a la magistratura y, en general, a todos los juristas, para que aporten sus soluciones.

He aquí el enlace: <https://investigacioncriminalblog.wordpress.com/>

Su contenido se estructura en varias series de preguntas cuyos ítems constituirán los ejes axiales de la propuesta. A continuación se reproducen tomando como punto de partida una distinción conceptual básica: “investigación criminal” e “instrucción penal”. El primero es una actividad material, no necesariamente jurídica, enderezada al descubrimiento de los hechos punibles. El segundo, de naturaleza procesal, consiste en el conjunto de actos encaminados a la preparación del juicio donde se determinará la responsabilidad delictual.

La cuestión consiste en determinar cuáles son las características de dicha investigación criminal. Lo desarrollaremos al hilo de una serie de preguntas, a saber:

- ¿Ha de ser objetiva? Es decir, que sus resultados no estén condicionados por factores subjetivos, que no dependan del investigador.
- ¿Ha de ser imparcial? Es decir, si ha de estar desligada a los intereses o expectativas de cualquier parte procesal, ya sea la acusación o la defensa.
- ¿Ha de ser independiente? Es decir, ajena a toda influencia procedente del poder político o de cualquier otra índole.
- ¿Ha de ser documentada? Es decir, si todos y cada uno de sus actos han de quedar registrados de manera fiel y completa, ya sea en soporte de papel, audiovisual o de cualquier otra clase.

- ¿Ha de ser pública? Es decir, si es accesible tanto a la partes procesales (*ad intra*), como a terceros (*ad extra*) o incluso al propio órgano sentenciador, esto es, el que haya de emitir el juicio definitivo acerca de la responsabilidad criminal.

Preguntémosnos, en consecuencia, si el órgano investigador ha de ser imparcial e independiente. Este interrogante nos conduce a la principal de las dudas suscitadas entre nuestra doctrina. ¿Quién debe dirigir la investigación criminal? Jueces, fiscales, policías, abogados, o algún otro órgano. ¿O repartir entre ellos las funciones investigadoras? Partiendo de lo anteriores, estructuramos el problema en tres grupos de preguntas.

Preguntas para los partidarios de que la investigación criminal sea dirigida por los jueces:

¿Estarían a favor de introducir las siguientes reformas?

- Que junto al juez investigador coexistiese otro juez de “libertades” (o “garantías”) encargado de autorizar los actos de investigación o cautelares más invasivos de los derechos fundamentales, como registros domiciliarios, intervención de las telecomunicaciones o privaciones de libertad.
- Que en determinados casos la autoridad judicial investigadora estuviese compuesta por un órgano colegiado, un “polo de instrucción” o “tribunal investigador”.
- Que todos y cada uno de los actos de investigación criminal quedasen grabados en soporte audiovisual.
- Que la documentación de la actividad investigadora (ya sea el atestado, sumario o cualquier otro expediente) no accediese al órgano sentenciador.
- Que la autoridad judicial investigadora no emitiese ninguna resolución equivalente al auto de procesamiento o de procedimiento abreviado, sino que se limitara a autorizar la celebración del juicio una vez que se hubiesen completado todas las actuaciones procesales de la fase previa al juicio.
- Que se expandiera el ámbito de actuación de la autoridad judicial investigadora, de forma que se alcanzase, según los casos, ámbito provisional, regional o nacional, a imitación de la Audiencia Nacional.

Preguntas para los partidarios de que la investigación criminal sea dirigida por los fiscales:

¿Estarían a favor de introducir las siguientes reformas?

- Dotar a los fiscales investigadores de la misma independencia e imparcialidad que la que se les reconocen actualmente a los jueces.
- Separar orgánicamente las funciones del fiscal investigador y del acusador.
- Prohibir a los fiscales superiores que, una vez que hayan sido asignada la investigación de un determinado caso a un fiscal jerárquicamente subordinado, se le impartiesen órdenes sobre ese asunto particular o que fuese removido del cargo -salvo supuestos excepcionales sometidos a revisión judicial, de manera análoga a la que sucede con los secretarios judiciales (letrados al servicio de la administración de Justicia).
- Atribuir todas las cuestiones relativas a la vida profesional de los fiscales (vacaciones, permisos, etc) a un órgano diferente a la propia Fiscalía (de manera análoga a lo que sucede actualmente con los secretarios judiciales y la plantilla de los juzgados).

Preguntas comunes tanto para los partidarios del juez como del fiscal investigadores:

¿Estarían a favor de introducir las siguientes reformas?

- Atribuir la investigación criminal a un órgano *ad hoc*, dotado de plena independencia e imparcialidad, si bien completamente desligado de los Poderes Judicial, Ejecutivo o Legislativo así como de la Fiscalía o de los Colegios de Abogados.
- Atribuir la investigación criminal y la acusación procesal a las fuerzas policiales, las cuales dispondrían de sus propios órganos administrativos encargados de dichos cometidos.
- Atribuir la investigación criminal a un órgano colegiado de composición mixta, presidido por un autoridad judicial e integrado por representantes del Ministerio Público, de las fuerzas policiales y de los Colegios de Abogados (a los que se encomendaría la misión de velar anticipadamente por los derechos de los eventuales reos).
- Asignar fuerzas policiales a los abogados para que, bajo la dirección del letrado de la defensa, buscasen fuentes de prueba de descargo durante la investigación criminal.
- Atribuir la acusación procesal a los abogados, los cuales serían contratados para cada caso concreto por el poder público, liberando de esta manera a gran parte de la plantilla de fiscales actuales, los cuales se integrarían en el Poder Judicial para así paliar la endémica escasez de medios de la administración de Justicia.

Este es el cuestionario que figura como frontispicio de este ensayo y que dará paso a un completo análisis estructurado en varios bloques temáticos. El primero es un análisis del argumentario sobre la figura del juez instructor, con sus pros y contras. Luego se ofrece una

completa propuesta de reforma de nuestro proceso penal superadora de la clásica contraposición entre jueces y fiscales. Los siguientes analizan los anteproyectos *non nati* de Código Procesal Penal hechos públicos durante el último decenio por Gobiernos de uno y otro signo. A la fecha de la aparición de esta obra el Gobierno ha anunciado el lanzamiento de un nuevo Anteproyecto cuyo texto no está todavía disponible, por lo que ninguna mención se hará a su contenido. Eso sí, sabemos que encomendará la investigación al Ministerio Público. De ahí que este Libro Verde ofrezca instrumentos intelectuales para el análisis jurídico de la iniciativa.

Sea como fuere, nótese que la mayoría de estos estudios ya han sido publicados por la Plataforma. De ahí que formen unidades autónomas, susceptibles de consultarse separadamente. Ahora bien, es inevitable que al leerse de seguido abunden las redundancias e incluso repeticiones.

Finalmente, aquellos lectores que deseen un mayor conocimiento de las iniciativas de la Plataforma en esta materia tienen a disposición el Libro Blanco para la despolitización de la Justicia, publicado también por la Editorial Dykinson y cuyo capítulo VII adelanta el contenido del actual trabajo.

He aquí en enlace:

<https://www.dykinson.com/libros/libro-blanco-para-la-despolitizacion-de-la-justicia-espanola/9788413241708/>

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO GENERAL: LA DIALÉCTICA DE LA RAZÓN FRENTE A LA IDEOLOGÍA

Tesis: en contra del juez instructor.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente en España data nada más y nada menos que del año 1882. Pero su largo imperio parece llegar a su fin. Se prevé una reforma radical del proceso penal con la publicación de un Código de nueva planta que revolucionaría nuestros esquemas tradicionales. Desgranemos cuáles son sus razones con la máxima objetividad, identificándonos plenamente con su punto de vista para, de este modo, aprovechar lo que de sensato tengan las propuestas, por rupturistas que sean. Veamos, pues:

No es fácil entender por qué hemos quedado anclados en el pasado, fosilizados desde hace casi un siglo y medio, mucho antes de los avances tecnológicos y sociales de nuestra sociedad actual. La longevidad de la norma no se debe a sus excepcionales méritos jurídicos, sino a un obstáculo que le impide avanzar: el juez instructor. El Legislador no se atreve a prescindir de ese residuo del pasado, incómodo legado de una época inquisitorial. El resultado es un estancamiento que se traduce en graves consecuencias: ineficacia en la lucha contra las nuevas formas de criminalidad, tales como la ciberdelincuencia, terrorismo o mafias transnacionales; lentitud en la tramitación de los procedimientos; y merma de las garantías procesales. Esta es, al menos, la opinión de buena parte de la doctrina.

Es frecuente que los juzgados de instrucción estén servidos por jueces recién egresados de las oposiciones, sin experiencia en la tramitación, no ya de causas complejas, sino de la más sencilla de las actuaciones judiciales. Se los pone al frente de la policía judicial, a luchar contra la delincuencia, sin saber nada de criminalística, criminología u otras disciplinas indispensables. Y en unos órganos a menudo de carácter mixto, donde deben simultanear, por ejemplo, el desmembramiento de una red de narcotraficantes con juicios civiles o controversias tan prosaicas como una pelea de borrachos en un bar. Y, además, atrapados dentro de los estrechos márgenes de sus partidos judiciales, demarcaciones territoriales decimonónicas, ridículamente reducidas ante una delincuencia que extiende sus tentáculos más allá de las caprichosas líneas divisorias de una planta judicial desfasada.

No sólo eso, se confía a unos funcionarios que no han pasado por las urnas, un poder inmenso. Ese juez de instrucción está investido de facultades para intervenir el teléfono de un alcalde o registrar la sede de un partido político. Suponemos que su único motivo es la estricta observancia de la Ley. Empero, no olvidemos que ese investigador togado no es un ángel venido

del cielo, sino un mortal como el resto de sus conciudadanos por lo que, aun de manera inconsciente, más de una vez estará inclinado por sus simpatías ideológicas o prejuicios personales. La neutralidad del juez es una ficción jurídica. Todos sabemos que en la vida real cada cuál inclina la balanza hacia el lado de sus preferencias. Que un magistrado disfrute de tanto poder es una reminiscencia del Antiguo Régimen, de la monarquía absoluta, cuando las relaciones sociales no se establecían en un plano de igualdad sino entre señores y vasallos.

Más grave es esperar de ese juez que desempeñe a la par tareas incompatibles: inculpar y defender al reo, lo que se ha conocido tradicionalmente como instruir “a cargo y a descargo”. Los actos de investigación más invasivos de los derechos fundamentales deben ser autorizados por el juez instructor. Así, cuando la policía pretende interceptar las comunicaciones de algún sospechoso presenta ante el juzgado una solicitud que éste concederá o denegará mediante auto motivado. Todos sabemos que a menudo esos mismos agentes se entrevistan antes y de manera informal con el magistrado que dirige la investigación para planificarla conjuntamente. Pese a ello, seguimos fingiendo, haciendo como si creyésemos que el juez decidirá con una mente limpia, sin prejuicios, cuál inmaculada *tabula rasa*. Extraña ficción legal esta que escinde la mente en secciones desconectadas; esquizofrenia por imperativo legal.

Tan espinosas dificultades prácticas no son lo más importante, sino una confusión conceptual. Los jueces juzgan, no investigan. Para eso está ya la policía. Durante la época inquisitorial sí que lo hacían. Perseguían la herejía mediante unos agentes denominados “familiares” que, bajo sus órdenes, prendían a los reos que esos mismos inquisidores más tarde ajusticiarían. De ahí que el estupor que sienten los juristas extranjeros ante esa figura de tanta raigambre hispánica como es el juez instructor. No es casualidad que en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de las naciones civilizadas sean los fiscales quiénes dirijan la investigación del delito. Y es que hay también poderosas razones simbólicas: si un juez inculpa a un sospechoso, éste queda estigmatizado, marcado como presunto culpable ya que la sabiduría popular identifica juez con juicio, no con tareas más propias de detectives. Y no solamente los legos en Derecho. El sistema está montado de modo que las actuaciones más importantes son las que se realizan antes del juicio, durante la instrucción. El peso del sumario en el plenario es desproporcionado. El mundo al revés.

Muy diferentes serían las cosas si fuese el Ministerio Público el encargado de dirigir la investigación criminal, como es la regla en Derecho comparado. Antes de nada merece la pena recordar, aun siendo una tautología, que un fiscal no es un juez. Esta obviedad permite redefinir los roles de los actores jurídicos con mayor racionalidad, dado que el fiscal es un órgano “postulante”, es decir, su función es la de pedir. Y el juez en cada supuesto particular accederá o no a la previa solicitud formulada. De golpe se desvanecen los engorrosos equívocos

estigmatizadores que tanto daño hacen al buen nombre de personas que todavía no han sido condenadas... y que acaso no lo serán nunca.

Tampoco es baladí la flexibilidad de la Fiscalía. Los individuos que la integran no se hallan confinados dentro de los mezquinos límites de cada partido. El Ministerio Fiscal es único para todo el territorio nacional. Además, jerárquicamente organizados, distribuyen sus recursos en función de las necesidades del caso concreto. Para un asunto especialmente complejo sería factible reunir a varios fiscales para que trabajasen en equipo. Y buscar a los mejores, a los que tuviesen conocimientos especializados según el delito cometido. No es lo mismo tramitar una estafa millonaria, que una agresión sexual o una catástrofe medioambiental. En vez de funcionarios bisoños se dispondría de la veteranía de los más experimentados, de la sabiduría grupal de un colectivo formado por profesionales de altísima cualificación. Asimismo, son los fiscales quienes actuarán posteriormente en sala, por lo que saben de antemano por donde orientar las diligencias de instrucción, que no sobre ni falta nada, en vez de ir dando palos de ciego como suele ocurrir en los juzgados de instrucción donde, *de facto*, muchas veces terminan cumplimentando las actuaciones que el fiscal les ha marcado previamente. Los jueces, en cambio, no reciben órdenes de nadie, pues son independientes. Y deben serlo. Lo preocupante es no darse cuenta que esa independencia es un valladar insalvable para asignar racionalmente los medios escasos.

Los fiscales no son independientes sino “autónomos”. Significa que deben atender solamente a la Ley, si bien de forma dinámica, huyendo de ineficaces rigideces. Esa condición explica que el fiscal jefe posea atribuciones para remover a un fiscal investigador de un caso singular y reemplazarlo por otro; o bien impartirle instrucciones concretas sobre cómo debe ejecutar su tarea. Cuando nos enfrentamos a mafias pedófilas o terroristas islámicos carece del más mínimo sentido invocar una independencia judicial que en la práctica significa a abandonar a la suerte de cada juez instructor investigaciones delicadísimas. Tanto si ese magistrado es experto en la materia de que se trate como si no; tanto si tiene poco o mucho trabajo en su juzgado; tanto si lleva pocos o muchos años en la carrera; todo eso da igual, él tiene la última palabra. Las consecuencias las vemos todos los días: años y años de demora que a veces desembocan en nulidades ante el tribunal sentenciador. Ya no estamos en el siglo XIX. Ahora la realidad es otra. Si no nos adaptamos, no sobreviviremos.

Nótese que la dependencia jerárquica de la Fiscalía no merma la imparcialidad de la instrucción, ya que es el juez quien en última instancia decide si se va o no a juicio. E igualmente, si se absuelve o condena. El Ministerio Público, como se decía, es una magistratura postulante. Sus pesquisas carecen de valor probatorio. Prepara el juicio, no juzga. Si respetásemos este sencillo esquema se corregiría uno de los vicios más aberrantes de nuestro actual

procedimiento. Tal como se apuntaba *supra*, en la actualidad la fase más importante es la sumarial, la instrucción, lo que sucede antes del juicio. Precisamente porque está encomendada a un órgano jurisdiccional. Si la investigación fuese eso y sólo eso, mera preparación del juicio, todo el peso probatorio descansaría sobre los estrados, en sala, bajo los principios de publicidad, oralidad y contradicción.

Tiempo hace ya que la doctrina académica delineó tan sencillas líneas maestras. Aun así, el Legislador, acobardado, carece del coraje de desprenderse de ese aderezo inquisitorial que lastra la eficacia de nuestro proceso penal. Si no se da prisa será la propia naturaleza de las cosas la que termine corrigiendo su irresponsable tozudez.

Antítesis. A favor del juez instructor.

Llama la atención que la literatura jurídica dedique tanto espacio al error médico y tan poco al error judicial. En cierto que en un caso está en juego la salud. Pero en el otro nos apostamos la libertad y el patrimonio. Intentemos compensar el desequilibrio en el fiel del Derecho Penal, cuyo máximo fracaso lo ejemplifica la absolución de un culpable o la condena de un inocente.

Se critica a nuestro sistema procesal penal por ser lento en demasía. Al fin y al cabo es un reproche por su falta de “eficiencia”. Pero no menos importante es la “eficacia”, esto es, el grado de acierto de sus resoluciones. Con ser conveniente aumentar la celeridad en la tramitación de las causas, no es un bien tan valioso como para pagar el precio de una pérdida en la calidad jurídica de los pronunciamientos judiciales.

Aun no siendo fácil medir el grado de acierto de nuestro proceso penal, contamos con algunos presupuestos teóricos que nos ayudarán a aproximarlos al problema. Conocida es la tradicional concepción del razonamiento judicial como un silogismo jurídico donde los hechos constituyen la premisa menor y la calificación legal la premisa mayor. Así, en el precepto “el que matare a otro será castigado con pena de prisión”, el acto de dar muerte es la premisa menor, mientras que la pena de privación de libertad es la mayor. Es una distinción básica que sigue conservando toda su fuerza teórica, pese a las críticas que la más reciente doctrina ha sometido a la formulación silogística.

La premisa menor se articula mediante una estructura proposicional, es decir, una afirmación susceptible de ser verdadera o falsa. Si decimos Ticio mató a Cayo, será cierto o no, sin otras opciones (*tertium non datur*). No es esta materia donde sea de recibo el planteamiento filosófico de la doble verdad. Si la resolución yerra en este punto, ha incurrido en un error judicial.

Toca al proceso penal sentar las condiciones objetivas para que semejantes errores no se produzcan. El ordenamiento legal debe proponer garantías sistémicas contra el malfuncionamiento del mecanismo jurídico, en vez de confiar en la bondad de las personas que dirigen su marcha. Son soluciones basadas en la solidez de la estructura, no es la contingente valía personal de los individuos que lo componen.

Este es el trasfondo donde hemos de responder a la pregunta de si el director de la investigación criminal debe ser juez o fiscal. Como hemos expuesto, la doctrina partidaria de atribuir dicha función al Ministerio Público glosa razones de eficacia. Confía en que la tramitación procesal será más ágil debido a la organización flexible de la Fiscalía: es única, por lo que opera sobre todo el territorio nacional; es jerárquica, por lo que cabe orientar y reorientar sus recursos humanos en función las necesidades del caso concreto; y es autónoma, no independiente, por lo que es legamente admisible dar órdenes a cada fiscal para corregir las deficiencias que se vayan advirtiendo en la praxis forense. Es como disponer de una tropa de veloz caballería frente a los partidos judiciales, castillos medievales donde están confinados los jueces.

Incuso si se concediese tales ideas son correctas, queda en el aire la cuestión de la eficacia del proceso penal, del error judicial. Evidentemente, los jueces son humanos, por lo que son tan vulnerables al error como el que más. Y no sólo al error, sino frente a la arbitrariedad. Aunque el nivel de corrupción judicial sea muy escaso en nuestro país, algunos casos ha habido de magistrados instructores venales. Pero no hay que llegar tan lejos, más real es el peligro de que cedan a sus manías, prejuicios o condicionamientos ideológicos, en definitiva, a sus sesgos cognitivos.

Como veíamos, el juez debe instruir a cargo y a descargo, tarea que para muchos parece un contrasentido, al aunar tendencias lógicamente contrapuestas. Sin embargo, en la misma postura se halla el fiscal, puesto que su misión no es solamente la de acusar, sino también la de pedir el archivo o absolución cuando no haya indicios de criminalidad, en tanto que está igualmente sometido al principio de legalidad. Extraña que en un caso se vea el riesgo y no en otro.

A este respecto téngase presente que el Ministerio Público se conforma de manera jerárquicamente unificada, por lo que todos y cada uno de los señores fiscales están a las órdenes del Fiscal General del Estado. Y es que ese cuerpo único reúne el poder de investigar y de acusar. De la misma forma que quien instruye no juzga, tampoco debería acusar quien haya investigado. Quiérase o no, aun inconscientemente, cuando se investiga se hace con vistas a la futura acusación, por lo que se favorecen sesgos cognitivos hacia los elementos de cargo frente a los de descargo. Al menos, en la misma medida que el juez instructor. De ahí que no sea inocua

la insistencia en confiar los actos de instrucción a la Fiscalía en la creencia de que la tramitación será más rápida porque están encaminados desde el principio hacia el juicio. Quizás sí, pero no es seguro que el camino sea el correcto.

También se recelaba del juez instructor por su excesivo poder. Olvidamos que sus decisiones son recurribles ante un órgano superior como es la Audiencia Provincial. Y que la policía judicial, teóricamente a sus órdenes, depende orgánicamente del Ministerio del Interior, al fin y al cabo, del poder político. Tampoco el personal de la oficina judicial le está subordinado, pues está vinculado laboralmente al Ministerio de Justicia o Consejería Autonómica equivalente. Otra vez el poder político. Más importante es que los secretarios judiciales (“letrados de la administración de justicia” en la terminología actual) son los jefes de los plantilla del juzgado, ostentan la fe pública y, por si fuera poco, son los depositarios de las piezas de convicción. Son ellos los que controlan la formación material de las actuaciones judiciales, no el magistrado. Nuevamente, y no es casualidad, los secretarios judiciales están conectados en última instancia al poder político, dado que están insertos en una pirámide jerárquica cuyo vértice es el Ministerio de Justicia. Por eso, sin descartar la eventualidad de una acción indebida del juez, se ha armado una bien pertrechada batería de cautelas para impedirlo. Está a buen recaudo tras una estrecha red de barrotes institucionales, cuál animal peligroso.

Tantas precauciones contrastan con la relativa soltura de la que goza el Ministerio Público como parte procesal cuyos miembros, a diferencia de los jueces, ni siquiera están sometidos a recusación o absolución. Ni que decir tiene que, por vía de la Fiscalía General del Estado, poseen conexiones con la política. Lejanas o cercanas, eso es lo de menos ahora, lo significativo es que existen, por lo que se cierra todavía más el entramado extrajurídico que rodea al juez instructor.

Si la investigación criminal se atribuyese al Ministerio Público, la política aumentaría su influencia sobre la instrucción penal. Preguntémonos qué aprovecha a la reconstrucción de la verdad de los hechos tan osada mudanza. Implica la introducción de adicionales elementos subjetivos en una tarea que tendría que ser por naturaleza objetiva, cuál es el esclarecimiento de los hechos delictivos. Como decíamos, lo que buscamos es averiguar si Ticio mató a Cayo. Lo demás no debería importar.

Suele pasarse por alto que la estructura jerárquica y unitaria de la Fiscalía está concebida para que las órdenes discurran con fluidez entre la base y la cúpula. El superior tiene poder para llamar a un inferior a su presencia, impartirle instrucciones concretas, removerlo del caso o cambiarlo por otro compañero. Y eso a nivel nacional, hasta el más recóndito rincón de la geografía española. Pero si esas órdenes son erróneas, el sistema se contamina con gran facilidad. Si el fiscal jefe se equivoca o, peor aún, obra por motivos bastardos, las consecuencias son potencialmente gravísimas. La fluida capilaridad interna de su anatomía institucional

muestra aquí una debilidad sistémica. Cuanta diferencia con los jueces instructores que, al estar protegidos por su independencia, se hallan impermeabilizados ante interferencias ajenas. Y, al mismo tiempo, sometidos al control de la Audiencia Provincial y vigilados por una cohorte de órganos que escapan a su dominio. Como vemos, las decisiones de los magistrados experimentan un riguroso control de calidad de minimiza el riesgo de error judicial.

Hay otra vertiente muy inquietante. Los fiscales inferiores dependen de sus superiores, no sólo en lo que atañe a las decisiones procesales, sino también laborales. Son sus jefes quienes tienen la última palabra sobre su régimen de permisos o vacaciones. Es más, la superioridad distribuye las tareas y los órganos jurisdiccionales a los que sean destinados. Se abre, pues, un campo vastísimo para el abuso. Tal como enseñan los estudios sobre acoso laboral, las organizaciones cerradas y altamente jerarquizadas propician abusos de esta índole. Este escenario disfuncional es muy difícilmente imaginable en el caso de los magistrados instructores, que no reciben órdenes ajenas y cuyo entorno profesional, articulado en torno a su juzgado, los preserva en mucha mayor medida de la amenaza de hostigamiento orgánico.

Las alabanzas a la flexibilidad organizativa de la Fiscalía obvian inconvenientes tales como su permeabilidad a influencias extrajurídicas, ya sean políticas o de cualquier otra índole, así como la vulnerabilidad de sus miembros ante los potenciales abusos de una jerarquía dueña y señora de su vida profesional. Claro está que se presume la buena fe de los superiores pero, tal como se adelantaba, el sistema debe estar bien armado, basar su eficacia en la solidez arquitectónica de su estructura en vez de quedar al albur del jefe que toque en suerte...o desgracia.

Tantos recelos se le antojan a muchos exagerados. Y ello por razones técnico-procesales: durante la investigación criminal no se practican pruebas, al estar reservadas para el juicio oral. Las hipotéticas deficiencias que sobrevinieren durante la instrucción serían purgadas en sala merced al poder sanador de los principios de publicidad, contradicción e inmediación que inspiran la labor del órgano sentenciador. Eso sin contar con la actividad de la contraparte, asistida de su propio abogado, el cual pondría de relieve ante el órgano jurisdiccional cualesquiera anomalías generadoras de indefensión. En definitiva, se trata de hacer gravitar el fallo sobre el plenario, no sobre el sumario, descargando a la instrucción del excesivo peso que debidamente ha venido depositando sobre nuestro proceso penal.

Pues bien, no poca es la candidez que un planteamiento tal. El juez sentenciador, en un sistema de esas características, únicamente sabe aquello que las partes quieren que sepa. El Ministerio Fiscal, en tanto que acusación, por mucho celo que pongan los individuos que lo integran, no es inmune a los sesgos cognitivos derivados de su posición institucional, a las influencias, directas o indirectas, de la política e, incluso, a los vicios tóxicos propios de las organizaciones opacas y cerradas. Y no es misión del abogado defensor controlar a la Fiscalía

sino optimizar los intereses de su patrocinado. La interacción dialéctica de estas fuerzas en pugna no garantiza un mejor funcionamiento del ordenamiento procesal ni, peor todavía, el respecto a la justicia. El tribunal asiste al pugilato entre los litigantes y confiere la victoria a quien mejor ha esgrimido sus armas legales. Es el modelo deportivo de la Justicia, tan caro a los países anglosajones, al *common law*. Pero, sin un órgano independiente, imparcial e inamovible que dirija a los investigadores, la información que acceda a sala quedará restringida, distorsionada y hasta adulterada en función de las no siempre confesables conveniencias de las partes.

Es un enigma saber qué beneficia a la búsqueda de la verdad una propuesta procesal cómo ésta. Para algunos el concepto de “verdad” está superado en el ámbito del Derecho; para otros, la verdad se construye por los interesados, no es el fruto de la graciosa concesión de los magistrados; e incluso hay quien piensa que la obsesión por la verdad es el emblema de los inquisidores, tanto que su revitalización actual compromete la libertad del ciudadano. Muy al contrario, para los reos o las víctimas, la búsqueda de la verdad no es otra cosa que el deseo de saber quién sea culpable y quién inocente. Así de sencillo. Perdiendo de vista este horizonte nos extraviamos hacia el error procesal. El pronunciamiento judicial no es un acto negocial sino una proposición susceptible de ser verdadera o falsa. Por eso el diseño del sistema legal deber ser cuánto más objetivo mejor, alejado de la política o de cualesquiera otras desviaciones subjetivas; su fortaleza es la racionalidad de sus instituciones, no la contingente bondad de las personas que en un momento determinado lo formen. Si estos principios básicos no se comprenden, la futura ley procesal nacerá enferma.

Síntesis. Superación de la polémica.

De un tiempo a esta parte los partidarios de la investigación por el fiscal aparecen recubiertos de un revestimiento de respetabilidad técnico-jurídica. Su principal argumento es la optimización del sistema. Piden un proceso más ágil, que consuma menos recursos, sin demoras indebidas. Pero no siempre ha sido exactamente así. Antes era más frecuente esgrimir, además, motivos de mayor envidia ideológica.

Uno de los planteamientos tradicionales más al uso parte de considerar que la instrucción penal es la plasmación de la “política criminal del Gobierno”. Estas son sus razones: la investigación no es una actividad esencialmente jurídica, sino política. Por eso, más que por el Derecho Procesal, ha de estar regulada por el Derecho Administrativo. Por tanto, la actividad policial se inserta en una fase preprocesal. El proceso propiamente dicho empieza con el ejercicio de la acción penal, no con las pesquisas detectivescas. No tiene sentido judicializar una

labor que, por definición, no implica decidir sobre la pretensión deducida por alguna parte litigante.

El delito es un hecho social. En consecuencia, no debe abordarse su estudio conforme a prejuicios propios de las ciencias naturales. No es esta un área estrictamente objetiva por lo que la ideología de investigador influye, y debe influir, en el resultado final. Los piquetes de los huelguistas o la evasión fiscal, por citar algunos casos ilustrativos, no surgen en el vacío, sino en un contexto cargado de ideología. Es una ingenuidad imaginar que un investigador conservador o progresista llegará a la misma conclusión al término de sus averiguaciones. Analizar una conducta delictiva no es como analizar una muestra de sangre para detectar los niveles de colesterol.

El Ministerio Fiscal, en tanto que puente entre la política y el Derecho, es el instrumento adecuado para dirigir las indagaciones penales. Su cúpula depende de un órgano elegido por el Poder Ejecutivo. Lógico, porque su actuación estará enmarcado dentro de las prioridades de un programa electoral concreto. No es, pues, independiente. Pero tampoco obra con arbitrariedad, dado que debe observar el principio de legalidad e investigar a cargo y a descargo. Por eso es “autónomo”, posición intermedia entre la sumisión y la irresponsabilidad políticas.

Hasta aquí un planteamiento teórico cada vez más resulta más embarazoso sostener abiertamente. Corrientes como el Uso Alternativo del Derecho ya perdido mucho de su atractivo. La aspiración a transformar la sociedad instrumentalizando las instituciones jurídicas a favor de la política cuenta cada vez con menos adeptos. Y es que la ideología supone una toma de partido, preterir la neutralidad, lo que casa muy mal con la ecuanimidad que se espera de los responsables que prestan los servicios públicos esenciales. Reconocer abiertamente que el prurito investigador de las fuerzas policiales no será el mismo según y qué delitos o el color del Gobierno de turno ya no vende.

Como se decía, ahora no es que se proponga el fiscal investigador como una forma de politizar la investigación criminal, sino de hacerla más eficaz. Este enfoque, por su carácter técnico, es susceptible de falsación. Es decir, si se demuestra que el mismo objetivo se conseguiría mejor de otro modo, la probidad intelectual obliga a abandonar la tesis inicial para aceptar otra con mayor fundamento.

Sin embargo, cuando se aplican estos principios epistémicos en la práctica, se producen consecuencias inesperadas. Y es que las razones aducidas a favor de una mayor eficiencia instructora no parecen tener tanto que ver con *quién* investiga sino con *cómo* se investiga. Expliquémoslo:

Al juez instructor, como sabemos, se le ha diagnosticado una esquizofrenia, por verse abocado a interpretar papeles contradictorios: investigar el delito y, al mismo tiempo, autorizar

injerencias en derechos fundamentales como la intervención de las telecomunicaciones o las entradas domiciliarias. Esta deficiencia, si es que realmente es tal, se solventaría instaurando un “juez de las libertades” junto a un “juez investigador”. Éste dirige la investigación; aquel autoriza las diligencias que comprometan de manera más intensa las libertades. En Derecho francés hay una figura procesal parecida.

También se desconfía del poder del juez instructor. Como hemos detallado *supra*, semejante temor es más fruto de una fantasía que de la realidad, habida cuenta la gran cantidad de cautelas de que está rodeado. Con todo, es muy significativo que la desconfianza se extienda hacia la Audiencia Provincial, órgano encargado de resolver los recursos interpuestos contra sus resoluciones, pues se le achaca una inercia *pro instructore*, con tendencia a confirmar acriticamente sus pronunciamientos. Y es que dicho órgano superior no sólo se ocupa de controlar a los juzgados de instrucción, sino que tiene encomendada otra multitud de competencias, entre ellas celebrar juicios. Su atención estaría excesivamente dispersa. Esta objeción tampoco es determinante. En el ordenamiento jurídico francés existe una “cámara de instrucción” exclusivamente dedicada a tales cometidos. Sería cuestión, entonces, de importar dicho órgano.

De mayor envidia es la crítica a la supuesta inexperiencia del juez instructor. No menos a su soledad, al estar abrumado por decisiones de gran complejidad para las que no está preparado, ni profesional emocionalmente. Pero este argumento nada tiene que ver con que instruyan unos u otros sino con la organización de los órganos jurisdiccionales. Nada impide que magistrados veteranos sirvan sus destinos en juzgados de instrucción, como ya sucede en las grandes ciudades. Igualmente, que se les exija, antes de tomar posesión de la plaza, haber pasado por órganos sentenciadores para de este modo saber cómo orientar las diligencias hacia el plenario. Del mismo modo, también sería una opción crear entes colegiados de instrucción donde se combinaran jueces noveles y experimentados (“polos de instrucción” en terminología francesa).

Acaso la munición más potente dentro del arsenal argumentativo sea la flexibilidad estructural, que ya se ha explicado *supra*. Añádase a tales argumentos, que operan en un plazo pragmático, otros de cariz más jurídico. Así, el unitario mando jerárquico favorecería el principio de igualdad, al establecerse una aplicación uniforme de las normas a lo largo y ancho del territorio nacional. Los jueces, precisamente por ser independientes, carecen de esa ductilidad que tan provechosa se ha revelado en la práctica.

Por muy bien que suene es oídos poco atentos, es fogueo retórico. El error consiste en confundir lo esencial con lo accidental. En efecto, hoy día la estructura judicial es más rígida que la fiscal. Pero es un problema *lege data*, no *lege ferenda*. Nada impide que en el futuro se

materialicen reformas que corrijan las actuales deficiencias. Ya existen los juzgados centrales de instrucción de la Audiencia Nacional cuyo ámbito de actuación se extiende a toda la geografía española. Sería muy interesante estudiar la generalización de tribunales de instrucción cuyo alcance se extendiese más allá de los actuales partidos decimonónicos. Y, como se decía, con fórmulas colegiadas de composición. E incluso la puesta en marcha de equipos de magistrados investigadores, siempre que su constitución obedeciese a criterios objetivos. En realidad, la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene un vasto potencial organizativo pues su actual redacción permite la asignación de jueces de refuerzo, la creación de juzgados duplicados y la recombinación de demarcaciones judiciales. El objetivo es sistematizar este material disperso para la modelar futuras estructuras judiciales que se adapten a los tiempos actuales. Con todo, no nos engañemos, a la postre el problema es de falta de medios materiales. Por muy proteica que sea la organización de la Fiscalía, si no va dotada de los suficientes recursos económicos, terminará atascándose, al igual que el Poder Judicial.

Sea como fuere, retornemos al obstáculo conceptual de mayor envergadura, a saber: la supuesta incompatibilidad entre independencia judicial e investigación criminal eficiente. Es un error categorial el que subyace a esta visión del proceso. Obviamente, la Ley debe ser igual para todos. Es una aspiración a la que coadyuvan varios medios como la jurisprudencia casacional del Tribunal Supremo. O, en el ámbito del Ministerio Público, las instrucciones, consultas y circulares de la Fiscalía General del Estado. Pero eso es una cosa y, otra muy distinta, la interferencia en una instrucción penal concreta. Cuando se está investigando, por ejemplo y según se sugería, un delito como los daños causados por un piquete, el investigador, sea juez o fiscal, debe permanecer en el caso hasta el esclarecimiento final de los hechos. Su remoción tendría que responder sólo a causas tasadas legalmente como recusación, incapacitación o responsabilidades disciplinarias. Pero si esa decisión se toma por motivos políticos, entonces abrimos el camino de la arbitrariedad. Un fiscal jefe conservador acaso piense que su subordinado está siendo demasiado blando con los huelguistas mientras que otro progresista querría un tratamiento menos severo. Es entonces cuando asoma la tentación de buscar a otro responsable más complaciente con la “política criminal del Gobierno”.

La igualdad ante la Ley, así como la seguridad jurídica, exige que el resultado de las pesquisas sea el mismo, al margen de la ideología de quien las dirija. E insistamos, lo mismo para jueces que para fiscales. La autonomía no basta. De ahí que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en su redacción actual, que consagra poderes tan desorbitados sobre los fiscales subordinados, facilite la comisión de abusos. Imaginemos que la misma precariedad se contagiase a los jueces por ministerio de una futura ley procesal. Precisamente ahí es donde la independencia adquiere todo su valor, como escudo constitucional contra ataques

extrajurídicos. A la postre nos hallamos ante un monumental malentendido: la calificación legal de los hechos (premisa mayor) ha de estar regida por criterios uniformes de interpretación. Pero la fijación de los hechos mediante la recogida de datos criminosos, o sea, el substrato fáctico (premisa menor) es singular, varía de un caso a otro. Es otra categoría conceptual, un plano lógico donde la uniformidad no sólo carece de valor sino que es contraproducente, pues conduce directamente al error judicial. Cada acto delictivo es único e irrepetible, por lo que igualmente lo será su investigación la cual, en cualquier caso y en lo que atañe a su ejecución práctica, es una materia técnica propia de las fuerzas policiales, no de expertos en Derecho, a los cuales únicamente toca la supervisión y control jurídicos.

Y, por último, falta el engorroso asunto de la influencia del sumario sobre el plenario. Se dice que el eje epistémico del proceso gravita antes del juicio. En otras palabras, que cuando el acusado sube a estrados, es el juez instructor el que ha decidido de antemano su suerte. Pues bien, si eso es lo que creemos, contamos con una solución que nada tiene que ver con quién sea el titular de la investigación criminal. Sería suficiente que las actuaciones sumariales no accediesen a sala, que el tribunal sentenciador no las conociese más que excepcionalmente por testimonios fragmentarios, como ya sucede con el procedimiento por jurado. Más aún, si aspiramos a una salida más radical, incluso cabría prescindir de un auto motivado de inculpación, ya sea el de procesamiento, procedimiento abreviado o resolución equivalente. Bastaría la mera remisión del expediente al órgano decisor, sin *factum* explicativo.

Ahora bien, un diseño procesal de esa índole encierra peligros. Si se priva de todo valor acreditativo a la instrucción, se corre el riesgo de que los hechos sean distorsionados, ya sea por la flaqueza de la memoria humana, por presiones sobre los futuros deponentes o, en general, por el deterioro de las fuentes probatorias. La clave no es que el plenario pese más que el sumario, sino que cada una de las fases alcance su justa dimensión. El juicio de culpabilidad o inocencia es el resultado de una lenta progresión, desde la mera posibilidad de la *notitia criminis* hasta la certeza del fallo definitivo. Lo esencial es que a lo largo de ese *iter* se respeten los derechos fundamentales. Por eso mismo hay proceso; por eso mismo la investigación está judicializada; por eso mismo interviene un juez en la formación de los autos previos al juicio. El objetivo es la evitación del error judicial, que el proceso funcione como un método heurístico para la resolución de problemas jurídicos. Ese debería ser el único objetivo. Las discusiones doctrinales sobre la ontología del sumario y plenario se asemejan a las estériles disputas escolásticas de los teólogos bizantinos.

Llegados a este punto el debate está exhausto. El corolario va de suyo: el proceso penal necesita una profunda reforma. Pero esa reforma nada tiene que ver con que instruyan jueces o fiscales. Y ello porque la investigación criminal no es un órgano, sino una función. Lo

importante no es *quién* investigue, sino *cómo* se investigue. Partiendo de esta premisa, cualquier investigación, al margen de la identidad de su titular, ha necesariamente de ser independiente, imparcial e inamovible. Y no por un prurito doctrinal, sino porque son las condiciones indispensables para el esclarecimiento de los hechos, para alejarnos del error judicial. En realidad, y pese a las apariencias, el debate no es jurídico, sino ideológico. Por eso da igual con cuántas razones se refuten sus postulados, los partidarios del fiscal investigador no cambiarán nunca de postura, no falsarán sus hipótesis. Ya no se habla abiertamente del propósito de politizar la justicia penal. Pero es lo que se quiere el fondo. Algunos por simpatizar con una ideología que, aunque mandada al destierro de la incorrección política, subsiste como agenda oculta. Otros, secuaces de oligarquías corruptas, por proteger a más de un delincuente político de cuello blanco. En cualquier caso, un retroceso de la razón jurídica ante el voluntarismo del poder.

CAPÍTULO II

PROPUESTAS DE REFORMAS LEGISLATIVAS

Investigación criminal.

¿Quién debe investigar el delito, jueces o fiscales?

He aquí una pregunta capciosa, torticeramente planteada para descentrar el debate sobre la ineludible reforma de nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. La cuestión no es quien investigue sino cómo se investigue. Y, al margen de quien sea el titular de dicha función, resulta irrenunciable que la investigación esté orientada exclusivamente al descubrimiento de la verdad. Pero, no a cualquier precio, sino con absoluto respeto a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Por eso han de extremarse las cautelas para evitar el “error judicial”, esto es, la absolución de un culpable o la condena de un inocente.

En consecuencia, es indiferente que investiguen jueces o fiscales, con tal de que se aseguren unas garantías mínimas contra el error judicial y la violación de los derechos fundamentales. El debate sobre si son unos u otros ha sido alimentado por una clase política asfixiada en una corrupción generalizada. Es más, se ha pretendido generar un artificial enfrentamiento entre judicatura y fiscalía, como si la investigación del delito fuese una recompensa otorgada graciosamente cual prebenda corporativa.

De ahí que no quede más remedio que optar por una solución radical: no hablar de juez o fiscal instructores sino de “órgano investigador”. Primero definamos cuáles son las características del investigador y, sólo más tarde, determinemos quién haya de encarnarlo. La investigación, antes que un órgano, es una función.

Pues bien, si el objetivo de la investigación es el esclarecimiento de los hechos aparentemente delictivos (*notitia criminis*), el órgano que la dirija ha de estar investido de las notas de plena independencia, imparcialidad e inamovilidad. Como mínimo, las que actualmente se les reconocen a los jueces instructores. No bajar el listón ni centímetro. Con todo, tal como se expondrá a continuación, lo ideal sería elevar el actual nivel de garantías.

Y es que de un tiempo a esta parte hemos venido asistiendo a un preocupante debate entre “garantías” y “eficacia”, intencionadamente contrapuestas en una relación dialéctica inversa, como si el éxito de la lucha contra el crimen dependiese de un menor respeto a los

derechos del reo. Semejante planteamiento es, sencillamente, falso. Insistamos, no es necesario reducir las garantías procesales para reducir la impunidad. Más bien al contrario.

Existe un modelo de investigación criminal, garantista y eficaz a la par, cuya instauración sería la mayor arma contra la delincuencia, muy especialmente la criminalidad organizada, corrupción política inclusive. Veámoslo:

Antes de nada habrían de crearse órganos investigadores con mayor alcance que el de los actuales partidos judiciales. Las mafias internacionales, la ciberdelincuencia o el terrorismo islámico nada saben de nuestras decimonónicas demarcaciones territoriales. La Audiencia Nacional, con jurisdicción en toda nuestra geografía, ofrece un modelo que, con las salvedades necesarias, habría que generalizar. Por otro lado, la composición del órgano investigador debe ser flexible, de tal modo que permita movilizar tantos miembros como requiera la complejidad del caso. La estructura de nuestra fiscalía es un buen ejemplo.

Por otro lado, urge la simplificación de los procedimientos penales. Es absurdo que la misma actividad que ejecuta la policía judicial se repita ante el juzgado de instrucción para, por tercera vez, reproducirla en juicio oral. Al final de este iter las declaraciones de testigos y acusados llegan con tanto retraso y contaminación que han perdido mucho de su valor acreditativo. Se da la paradoja de que, aunque el plenario sea formalmente la fase más importante del proceso, en cambio, donde materialmente se dirime la verdad de los hechos es en el atestado policial. El mundo al revés. Mucho más racional sería que la policía, bajo la dirección de juristas investigadores, lleve a cabo reservadamente sus pesquisas que, debidamente documentadas, sean enviadas directamente a juicio. Eso sí, terminada la investigación, la totalidad de las diligencias serán comunicadas al reo, al cual se le reconocerá la facultad de combatir cualesquiera irregularidades y a promover prueba de descargo.

En consecuencia, a fin de evitar abusos, es menester que, junto al órgano investigador, coexista un juez de “libertades” o “garantías” que supervise los actos potencialmente lesivos de los derechos fundamentales, como registros domiciliarios o interceptación de las telecomunicaciones. Y que, además, se instituya un órgano superior (“Cámara de Instrucción”) que conozca de los recursos contra las diligencias de investigación susceptibles de estar aquejadas de alguna irregularidad. Ahora bien, no durante la investigación misma, tal como sucede ahora, lo que únicamente sirve para demorar el impulso procesal, sino a su término, cuando esta sea revelada al reo y examinada por la Cámara de Instrucción antes de enviarse a juicio. Hoy día las Audiencias Provinciales, con demasiada frecuencia, se limitan a confirmar las

resoluciones del juez de instrucción, postergando cualquier decisión de fondo al plenario, lo que redundaría en el éxito de las tácticas dilatorias de las partes empeñadas en impugnar la más mínima providencia.

Igualmente, deben separarse las funciones de acusar e investigar. De la misma forma que quien investiga no juzga, acusador e investigador deben pertenecer a órganos diferentes. Por mucho celo profesional se tenga, si se actúa con vistas a una futura acusación, las pesquisas se orientan más a cargo que a descargo. Aun inconscientemente. Son los llamados “sesgos cognitivos”. El problema se ve agravado por la estructura jerárquica de nuestra fiscalía, cuyos superiores gozan de capacidad para inmiscuirse en los casos que investiguen sus subordinados. Semejante prerrogativa ha de proscribirse tajantemente. La unidad de actuación se consigue mediante la uniformidad de criterios jurídicos, tales como los que se contienen en las instrucciones y circulares del FGE. Pero carece de sentido condicionar una investigación en curso a interferencias ajenas a no ser, claro está, que se busquen inconfesados motivos extrajurídicos. Una agenda oculta. Un buen modelo es el de nuestros secretarios judiciales que, pese a su estructura jerárquica, están blindados frente a eventuales intromisiones de sus superiores en la tramitación de las actuaciones procesales.

El corolario de lo expuesto es que, con una adecuada simplificación de los procedimientos y flexibilizando el diseño orgánico, desaparecería la tensión entre garantías y eficacia. Es más, resultaría indiferente quién investigase, con tal que de que fuese una autoridad jurídica plenamente independiente, imparcial e inamovible. Va de suyo, obviamente, que le serían de aplicación los deberes de abstención y recusación. Es más, estaría controlada por un juez de garantías, sometida a recursos ante un tribunal superior y desligada tanto de la acusación como del enjuiciamiento. Si aceptamos este modelo, no hay inconveniente en que la investigación, una vez concluida y comunicada al reo, fuese enviada sin más demora al tribunal sentenciador.

Entonces, ¿quién debe investigar, jueces o fiscales?

Un magistrado investigador, tal como se lo concibe en la doctrina italiana. El concepto de “magistrado” comprende tanto jueces como a fiscales. Se crearían “tribunales de investigación”, al estilo de los “polos de instrucción” franceses, cuyas plazas se cubrirían por jueces o fiscales indistintamente, según un riguroso concurso objetivo que suprimiese cualquier discrecionalidad en su provisión. Dichos órganos extenderían su jurisdicción sobre un ámbito mucho más amplio que de los actuales partidos judiciales; más aun, si fuere menester, según la

complejidad y naturaleza del objeto investigado, actuarían en todo el territorio nacional. Asimismo, el número de sus miembros sería variable, con arreglo a la dificultad del caso. Obsérvese que, a diferencia de lo que sucede hoy día, dichos órganos investigadores no estarían servidos por jueces inexpertos, sino que acumularían toda la veteranía del magistrado o magistrados que hubiesen superado los requisitos preestablecidos.

¿Por qué no se adoptan estos principios? La respuesta a semejante pregunta está más allá del Derecho.

A continuación se exponen unas bases mínimas que serán ulteriormente desarrolladas en un texto articulado.

BASES INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Primera. La investigación criminal tiene por finalidad el descubrimiento a cargo y a descargo de la verdad objetiva de los hechos delictivos, con pleno respeto a la tutela judicial efectiva y al resto de los derechos humanos.

Segunda. La investigación criminal será ejecutada por la policía judicial bajo la dirección de un órgano investigador compuesto por juristas designados mediante concurso objetivo y a los que se les reconozca plena independencia, imparcialidad e inamovilidad, sometidos tanto a recusación como a abstención. En ningún caso el órgano investigador recibirá órdenes relativas a un caso particular que esté siendo investigado, sin perjuicio de la preexistencia de directrices jurídicas o técnicas de carácter general.

Tercera. La investigación criminal será documentada íntegramente, de modo que su resultado así como todos y cada uno de los actos que la integren sean comunicados al reo en el momento procesal oportuno.

Cuarta. La investigación criminal será controlada por una autoridad judicial encargada de autorizar previamente aquellas diligencias que impliquen injerencias en los derechos fundamentales de los reos.

Quinta. La investigación criminal será dirigida por un órgano investigador completamente desligado tanto de la acusación como del futuro tribunal sentenciador.

Sexta. La investigación criminal, una vez concluida e íntegramente documentada, será remitida inmediatamente al tribunal sentenciador, sin repeticiones de las diligencias que ya hayan sido practicadas ni mayor demora que la estrictamente necesaria para evitar indefensión, de tal suerte que la litis se dirima esencialmente en juicio oral.

Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

La Constitución española atribuye funciones al Ministerio Público que, por su repercusión en los derechos de los ciudadanos, lo convierten en uno de los pilares del Estado de Derecho. Así, desempeña una misión esencial en la defensa de la separación de poderes, como evidencia la decisión del Constituyente de integrarlo, sin perjuicio de su autonomía, dentro del Poder Judicial. Tras cuatro décadas de experiencia democrática, pese a la encomiable labor desempeñada por los fiscales de nuestro país, se hace urgente una reforma en su estatuto orgánico para atender a la creciente inquietud de la ciudadanía. Y es que, con carácter recurrente, se suscita la crítica de que el Ministerio Fiscal sea permeable a influencias del poder político, especialmente por el hecho de que actualmente el Fiscal General del Estado lo elige el Gobierno sin prácticamente impedimento sustantivo alguno. El clamor social para erradicar toda corrupción obliga a disipar tales sospechas. Por otro lado, la necesaria unidad y estructura jerárquicas de la Fiscalía, con ser útiles para garantizar su eficacia y eficiencia, también encierran graves riesgos.

Tal como han demostrado la psicología social, las estructuras profesionales cerradas y verticales corren el peligro de convertirse en organizaciones tóxicas donde arraiguen corruptelas que degeneren en desviación de poder. Por ejemplo, con prácticas de acoso laboral. Algunos casos llegados a la opinión pública mueven a la preocupación. Un buen remedio contra estas patologías consiste en potenciar los mecanismos de transparencia y democratización internas de la Fiscalía. A este respecto resulta modélico el artículo 465.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prohíbe la impartición de órdenes particulares a los secretarios judiciales (Letrados de la Administración de Justicia). En cualquier caso, la solución requiere acercar, en tanto que la Constitución lo permita, el estatus orgánico de los fiscales al de los jueces, como toca a su común pertenencia al mismo poder del Estado. E, igualmente, por avanzar en su imparcialidad, independencia e inamovilidad.

El marco trazado por el artículo 124 de nuestra Constitución es lo suficientemente amplio como para profundizar en un paulatino reforzamiento de las garantías orgánicas y procesales, tal como es propio de una sociedad democrática avanzada. En última instancia no

se trata sino de acudir al principio de autolimitación del poder que, con la generosidad de miras que reclama nuestra sociedad, incumbe al Ejecutivo.

A título de ejemplo, ha llegado el momento de ir reemplazando el concepto de “autonomía” del Ministerio Público por el de “independencia”, como una forma de preservar a los fiscales de cualquier injerencia extrajurídica, interna o externa, de modo análogo a como ya sucede con los jueces. Estas consideraciones cobran especial importancia en un momento en que se propone por ciertas corrientes doctrinales un mayor protagonismo del Ministerio Público en la instrucción penal. Y es que la investigación criminal, al margen de quién sea su titular, ha de tener por exclusiva finalidad el descubrimiento de los hechos punibles con plena salvaguarda de los derechos humanos. En suma, respeto a la verdad y a las garantías procesales.

Por tanto, la autoridad que dirija la investigación criminal debe ser, sin concesión alguna, imparcial, independiente, inamovible y desligada de cualquier posibilidad de influencia política frente a la cual ha de haber efectiva protección incluso punitiva. El importante protagonismo que los fiscales poseen en la actualidad en nuestros procesos penales justifica por sí sólo, sin entrar en previsiones de *lege ferenda*, a impulsar tan saludables reformas.

BASES ESTATUTO ORGÁNICO MINISTERIO FISCAL

La futura regulación del Ministerio Fiscal, en tanto que órgano de relevancia constitucional integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, aproximará al máximo el estatus jurídico de los integrantes de la Fiscalía al de los miembros de la Carrera Judicial, siempre que sea compatible con las específicas atribuciones encomendadas al Ministerio Público. Tanto jueces como fiscales serán igualmente considerados magistrados como manifestación de su común pertenencia al mismo poder del Estado.

PRIMERA. Los miembros del Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas en el ámbito penal, actuarán con plena independencia y completa sujeción en todo caso a los principios de legalidad e imparcialidad. La futura regulación garantizará que su actuación esté enteramente desligada de cualquier influencia, directa o indirecta, del poder político.

SEGUNDA. La unidad de actuación del Ministerio Público estará orientada a garantizar que sus funciones se desempeñen de manera uniforme para, de este modo, velar por la seguridad jurídica y promover la igualdad de los ciudadanos ante la Ley con arreglo a criterios eficiencia en

la investigación criminal y economía procesal. A tal efecto se publicarán instrucciones generales, circulares y consultas, si bien los superiores no impartirán en ningún caso a sus subordinados instrucciones u órdenes particulares relativas a asuntos concretos en los que un fiscal intervenga en calidad de miembro de Ministerio Público.

TERCERA. Las relaciones entre el FGE y el Gobierno de la Nación se regularán de manera expresa, incluyendo la obligación de que las mismas consten por escrito, que las comunicaciones sean públicas, y estableciendo sanciones penales tanto cuando el FGE se vea perturbado en su actividad por parte del Ejecutivo como cuando el FGE incumpla sus deberes de discreción y reserva para con el Gobierno respecto de la información recibida en el ejercicio de sus funciones. La agenda del Fiscal General será pública.

CUARTA. Las decisiones relativas a la concesión de permisos o licencias, así como la organización del servicio y distribución del trabajo que adopten los fiscales jefes en su propio ámbito de competencia estarán sujetas al dictamen vinculante de su respectiva Junta de Fiscalía.

QUINTA. Se establecerá una normativa interna que garantice la posibilidad real de impugnar las resoluciones administrativas de los fiscales jefes en vía administrativa con garantía de indemnidad para quien así actúe. El régimen disciplinario del Ministerio Fiscal se establecerá a través de un procedimiento semejante al fijado para los miembros de la Carrera Judicial, garantizando la predeterminación en la designación y la imparcialidad del instructor de los expedientes y del Promotor de la acción disciplinaria que serán en el ejercicio de sus funciones independientes respecto a la autoridad del FGE. No será en ningún caso competente para sancionar a los Fiscales el Ministerio de Justicia. Se garantizará que el nombramiento de todos los cargos en la Carrera Fiscal obedecerá a criterios de mérito y capacidad, con un procedimiento de selección que se tomará del establecido para los miembros de la Carrera Judicial.

SEXTA. La composición del Consejo Fiscal y la elección de los miembros del Consejo Fiscal ha de ser revisada. El Inspector fiscal tendrá voz, pero no voto en las sesiones del Consejo. El número de vocales electos se ampliará a veinte y el sistema de elección de los vocales se regirá mediante al principio “un fiscal, un voto” en virtud de votación libre, directa y secreta entre los fiscales, a través de un sistema proporcional conforme a los criterios que establece la normativa electoral general. Además, las funciones del Consejo Fiscal se potenciarán en materia organizativa, nombramiento y régimen disciplinario, estableciéndose un sistema de incompatibilidades para aspirar a cualquier tipo de promoción profesional a los vocales del Consejo Fiscal mientras dure su mandato.

SÉPTIMA. El Estatuto definirá con especial nitidez las funciones y competencias del Ministerio Fiscal en cuanto a promotor de la Ley respecto a las materias y asuntos en que dicha promoción pueda solaparse con las funciones y competencias de la Abogacía del Estado, de modo que quede reservada a ésta última la defensa de las posiciones del Gobierno y del Poder Ejecutivo en general y se asegure la independencia del Ministerio Público respecto de los intereses del Ejecutivo.

MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULADO DEL ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL

Artículo 22.dos.a)

Redacción actual:

“Corresponde a los Fiscales Jefes de cada órgano:

- a) Organizar los servicios y la distribución del trabajo entre los Fiscales de la plantilla y la adscripción de los componentes de la Sección de Menores, oída la Junta de Fiscalía.
- b) Conceder los permisos y licencias de su competencia.”

Redacción propuesta:

Las decisiones relativas a la concesión de permisos o licencias, así como la organización del servicio y distribución del trabajo que adopten los fiscales jefes en su propio ámbito de competencia estarán sujetas al dictamen vinculante de su respectiva junta de fiscales.

Artículo 23. Regulación actual:

“Los miembros del Ministerio Fiscal son autoridad a todos los efectos y actuarán siempre en representación de la Institución. En cualquier momento de la actividad que un Fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones o antes de iniciar la que le estuviese asignada en virtud del sistema de distribución de asuntos entre los miembros de la Fiscalía, podrá su superior jerárquico inmediato, mediante resolución motivada, avocar para sí el asunto o designar a otro Fiscal para que lo despache. Si existe discrepancia resolverá el superior jerárquico común a ambos. La sustitución será comunicada en todo caso al Consejo Fiscal, que podrá expresar su parecer.”

4 Regulación propuesta:

Suprimido.

Artículo 25. Regulación actual:

“El Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos. Cuando dichas instrucciones se refieran a asuntos que afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno, el Fiscal General deberá oír con carácter previo a la Junta de Fiscales de Sala. Los miembros del Ministerio Fiscal pondrán en conocimiento del Fiscal General del Estado los hechos relativos a su misión que por su importancia o trascendencia deba conocer. Las órdenes, instrucciones y comunicaciones a que se refieren este párrafo y el anterior se realizarán a través del superior jerárquico, a no ser que la urgencia del caso aconseje hacerlo directamente, en cuyo supuesto se dará ulterior conocimiento al mismo. Análogas facultades tendrán los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas respecto a los Fiscales Jefes de su ámbito territorial, y ambos respecto de los miembros del Ministerio que les estén subordinados. El Fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia.”

Regulación propuesta:

El Fiscal General del Estado, así como los demás fiscales jefes en ámbito de su respectiva competencia, podrá impartir a sus subordinados órdenes e instrucciones de carácter general convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones. Los superiores no impartirán en ningún caso a sus subordinados instrucciones particulares relativas a asuntos concretos en los que un fiscal intervenga en calidad de miembro de Ministerio Público. El Fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia.

Artículo 26.

Regulación actual:

“El Fiscal General del Estado podrá llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, trasladando, en este caso, dichas instrucciones al Fiscal Jefe respectivo. El Fiscal 5 General del

Estado podrá designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado, ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en que el Ministerio Fiscal está legitimado para intervenir, oído el Consejo Fiscal.”

Regulación propuesta:

Suprimido.

Artículo 27. Regulación actual:

“1. El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. 2. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera.”

Regulación propuesta:

El Fiscal que recibiere una orden que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Junta de Fiscalía respectiva la cual, mediante un breve trámite de audiencia, resolverá con carácter vinculante sobre la discrepancia sin perjuicio, en su caso, de poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial competente.

Artículo 28. Regulación actual:

“Los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser recusados. Se abstendrán de intervenir en los pleitos o causas cuando les afecten algunas de las causas de abstención establecidas para los Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto les sean de aplicación. Las partes intervinientes en los referidos pleitos o causas podrán acudir al superior jerárquico del Fiscal de que se trate interesando que, en los referidos supuestos, se ordene su no intervención

en el proceso. Cuando se trate del Fiscal General del Estado resolverá la Junta de Fiscales de Sala, presidida por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo. Contra las decisiones anteriores no cabrá recurso alguno.”

Regulación propuesta:

Los miembros del Ministerio fiscal se abstendrán de intervenir en los pleitos cuando les afecten algunas de las causas de abstención establecidas para los Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto les sean de aplicación. La recusación de los miembros del Ministerio Fiscal se llevará a cabo por las causas legalmente previstas y por los trámites previstos para la recusación de los jueces y magistrados.

3. Nombramientos de altos cargos en la Fiscalía.

La Plataforma ha denunciado la falta de garantías en los nombramientos de altos cargos judiciales, no sólo ante las instituciones de nuestro país, sino ante Naciones Unidas y la Federación Interamericana de Abogados. Como alternativa ha propuesto unas bases normativas para evitar los abusos de modo que las designaciones se hagan únicamente conforme al mérito y la capacidad, sin riesgos de discriminación por motivos ideológicos.

Ahora la Plataforma extiende su propuesta a la Carrera Fiscal, proponiendo otras bases que sirvan para abrir un debate en la sociedad civil y adaptadas a las singularidades del Ministerio Público donde, por desgracia, no son menores los riesgos de manipulaciones y desafueros de toda índole.

Nombramientos de la Fiscalía

Problemas.

1. Los concursos en la Fiscalía para posiciones de carácter discrecional jamás contienen la inclusión de características especiales de la plaza de manera que en la práctica la capacidad de elección del FGE no se ve limitada en absoluto y tampoco se ofrecen a los candidatos oportunidades de impugnar el nombramiento por arbitrariedad en la apreciación de la mejor posición de los candidatos en relación con esas características especiales.

2. En la Fiscalía no hay baremos de valoración de méritos. De hecho, los méritos no se valoran de manera objetiva en ningún caso. La Sección Permanente de Valoración (SPV, que se creó con

la reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal en 2007 (art. 13.2) no ha llegado jamás a valorar mérito alguno de ningún candidato existiendo desde antes del verano un acuerdo del Consejo Fiscal para establecer una comisión que estudie la posibilidad de introducir baremos. Se observa que se trata de la SPV ha de ser puesta en marcha por el FGE, pero como ello limitaría su capacidad de decisión ninguno de los Fiscales Generales ha tenido interés alguno en hacer que la institución funcione.

3. El sistema electoral del Consejo Fiscal (formado por doce vocales, de los cuales nueve lo son por elección entre los fiscales en activo) es de perfiles acentuadamente mayoritarios, de manera que la experiencia ha acreditado que a lo largo de los 30 años de vigencia del mismo (desde el RD 572/1987) siempre se ha conformado con 6 vocales electos presentado por la lista de la mayoritaria Asociación de Fiscales y con 3 vocales electos de la lista de la UPF. Esas dos asociaciones, que apenas juntas agrupan al 25 por ciento de los fiscales de la Carrera Fiscal copan la totalidad de los vocales electos del Consejo durante casi 30 años. A la hora de los nombramientos discrecionales el Fiscal General no dispone de más opinión que la de los representantes de las asociaciones mayoritarias que llevan desde hace décadas imponiendo nombramientos. La jerarquía de la Carrera, hoy día formada de manera hegemónica por fiscales pertenecientes a esas dos asociaciones.

4. Ese dominio hegemónico a lo largo de décadas ha desarrollado hábitos absolutamente sorprendentes en el comportamiento ético de los vocales, que no tienen inconveniente en concursar para su propia promoción en competencia con otros fiscales –saliéndose del Consejo cuando se vota su plaza- y regresando inmediatamente después. La promoción interna de los vocales que aconsejan al FGE es un comportamiento lamentablemente frecuente y desarrollado a lo largo de muchos años, absolutamente contrario a la igualdad de oportunidades entre los fiscales.

5. La motivación de los nombramientos se realiza con arreglo a unos criterios que el Fiscal General establece libremente y que no tienen más fundamento que su propia y particular voluntad. No existen criterios generales predeterminados a los que haya de ajustar el Fiscal General su decisión salvo los genéricos de mérito y capacidad, que no tienen ninguna concreción en la ley ni ningún instrumento en la Fiscalía para ser valorados de manera objetiva.

6. Los nombramientos los propone el Fiscal General, pero los realiza el Consejo de Ministros, lo que acentúa la sensación de politización de la institución, toda vez que el Gobierno ha hecho en alguna ocasión uso del veto al candidato propuesto.

7. La estructura jerárquica de la Carrera Fiscal favorece el hecho de que determinadas opciones políticas o político profesionales se transmitan desde la jerarquía hasta las bases. Ello se traduce –con el nombramiento del Fiscal General por el Gobierno como factor principal y como consecuencia del dominio de las asociaciones conservadora y progresista en el Consejo- en una institución que inspira desconfianza a la ciudadanía sobre su neutralidad política, a pesar de la vocación de imparcialidad que la generalidad de los fiscales tienen y desarrollan en el ejercicio de sus funciones.

Soluciones propuestas

1. Modificación del sistema electoral del Consejo Fiscal mediante la introducción de un sistema que aumente la proporcionalidad en la representación de los vocales del Consejo Fiscal, de manera que la pluralidad aumente en el Consejo respondiendo a una representatividad real de los fiscales. Se trata de convertir el Consejo Fiscal en un Consejo de los fiscales y no en un Consejo de las asociaciones de los fiscales.

2. Establecimiento de un Código de conducta y de un régimen de incompatibilidades para los vocales del Consejo Fiscal, estudiando la posibilidad de obligar a abstenerse a los vocales que han de votar a asociados a su propia asociación y incluso de la prohibición de promoción personal en nombramientos de carácter discrecional desde las vocalías del Consejo Fiscal.

3. Obligatoriedad de incluir en las convocatorias de las plazas unas características concretas a fin de que puedan ser elegidos los aspirantes que mejor respondan con su curriculum y con su capacidad a las mismas, así como para permitir que los fiscales vayan adecuando su formación en relación con sus objetivos profesionales.

4. Establecimiento de baremos de méritos que permitan que determinen que los candidatos sean objetivamente valorados antes de someterse a la votación en el Consejo Fiscal y a su elección por el Fiscal General, y puesta en efectivo funcionamiento de la Sección Permanente de Valoración, creada en 2007 y sin relevancia alguna desde esa fecha.

5. Establecimiento de unos criterios generales a los que ha de referirse la motivación de los nombramientos a fin de que el respeto al mérito y la capacidad sea real y no puedan soslayarse méritos objetivos con apreciaciones meramente subjetivas en materia de nombramientos.

6. Supresión de la capacidad de veto del Gobierno en materia de nombramientos discrecionales.

CAPÍTULO III

INFORMES SOBRE LOS PRECEDENTES DEL FUTURO CÓDIGO PROCESAL PENAL

PROPUESTA DEL MINISTRO CAAMAÑO

INFORME DE LA PLATAFORMA CÍVICA POR LA INDEPENDENCIA JUDICIAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL APROBADO EL 22 DE JULIO DE 2011 POR EL CONSEJO DE MINISTROS DEL GOBIERNO DE ESPAÑA

“Los hombres tienden por naturaleza de un modo suficiente a la verdad y la mayor parte de las veces la alcanzan”.

(Aristóteles, Retórica)

INTRODUCCIÓN

No es frecuente encabezar un estudio de Derecho Procesal con una cita aristotélica, por lo que un comienzo tal corre el riesgo de ser tachado de ornamento superfluo o, más llanamente, de pura pedantería. Ahora bien, la decisión de acudir a las palabras del filósofo griego no es caprichosa, sino que obedece al premeditado propósito que asume nuestra asociación de apartarse de los términos en que el debate jurídico está planteado actualmente en nuestro país. Salvo excepciones, la discusión racional viene siendo reemplazada por una confrontación ideologizada en la que la búsqueda de la verdad se sacrifica ante una opinión sesgada, subproducto de la servidumbre a las banderías políticas de uno u otro color. La pérdida de crédito entre la mayoría de los juristas del Consejo General del Poder Judicial es una de las muestras más elocuentes de este estado de cosas. Nosotros, en cambio, aun siendo conscientes de la relatividad y limitación de la actividad intelectual, creemos que todavía hay sitio para el pensamiento crítico y, por tanto, para alcanzar un consenso basado en la racionalidad. Pero para ello es imprescindible partir sin ataduras ni deudas a los poderes políticos, económicos, ideológicos o de cualquier otra índole. Sólo entonces gozaremos de una oportunidad de no extraviarnos en el camino de la verdad. En ese empeño ponemos nuestro esfuerzo los integrantes de la Plataforma.

Son muchos los temas que trata el Anteproyecto, pues no en vano constituye una regulación de nuevo cuño que aspira a substituir a nuestra vigente ley procesal. En realidad, un

código de nueva planta. Aquí únicamente nos centraremos en la previsión de convertir al Ministerio Fiscal en “director de la investigación” criminal. E incluso dentro de un ámbito tan reducido, sólo tocaremos algunos puntos, precisamente aquellos que conciernen a los principios de política legislativa del nuevo diseño normativo. Como la mayoría de la doctrina reconoce, las normas procesales no son únicamente el resultado de una reflexión técnica, sino que traslucen una determinada concepción de lo que es y debe ser la vida social. Acto seguido intentaremos adentrarnos en el espíritu del texto prelegal para descubrir la filosofía que lo inspira.

La mejor manera de emprender semejante tarea consiste, tanto como en la lectura del articulado, en el examen de la Exposición de Motivos del Anteproyecto; recordemos que no se trata de un “preámbulo”, sino del llamamiento a un Legislador al que se pretende convencer de la bondad de la reforma. Por consiguiente, encierra una tesis constitutiva del objeto de su argumentación. Esa tesis se enuncia en una proposición. El Gobierno mantiene la tesis de que algunas de las deficiencias que padece la Justicia penal española se remediarían merced a un cambio subjetivo en la dirección de la investigación criminal, a saber: es preferible que los hechos punibles sean investigados por el Fiscal antes que por el Juez Instructor. A continuación evaluaremos la argumentación en la que se justifica semejante proposición y nos pronunciaremos acerca de sus errores y aciertos, al tiempo que se propondrán tesis alternativas. Vemos, pues.

DESCRIPCIÓN DEL MODELO DEL ANTEPROYECTO

“La acción penal se ejercita mediante escrito de acusación dirigido al Juez de la Audiencia Preliminar”.

He aquí el tenor literal del artículo 516 del Anteproyecto, precepto que condensa la nueva noción de la instrucción penal: la investigación criminal carece de naturaleza procesal. Esta idea se comprenderá mejor mediante una comparación con el proceso civil. Cuando un particular desea formular demanda ante el juzgado, suele recabar ayuda de un letrado, el cual le pedirá una descripción completa de los hechos en que sustente su reclamación para posteriormente plasmarlos en un relato que integrará los presupuestos fácticos de su pretensión. Será menester emprender algunas indagaciones, como identificar documentos o testigos. Más tarde, en el momento procesal legalmente prescrito, se interesará del órgano judicial que accedan al proceso vía probatoria; pero, en esos instantes iniciales, la “investigación” es meramente privada. Todavía el juez no ha entrado en escena. Los

protagonistas son el cliente y el abogado en su bufete. Y, a partir de ahí, se pondrán manos a la obra para acopiar los materiales con los que confeccionar su demanda.

Retornemos la mirada al proceso penal. El Estado, tal como lo entienden las sociedades occidentales de nuestro tiempo, no confía la protección de todos los valores a la sola iniciativa de los particulares. Por ejemplo, la resolución del conflicto suscitado por un homicidio no se deja a la libre negociación de las familias involucradas, sino que el poder público se encarga de promover el castigo de los culpables. La autoridad estatal interviene activamente ante los ataques más graves contra los bienes jurídicos más preciados. Este es un rasgo definitorio de los sistemas de organización social más recientes aunque, tal como enseña la Antropología, en otros lugares y en otras épocas, las soluciones han sido diversas. Sin ir más lejos, en los estadios primigenios del Derecho Romano se apreciaba un importante grado de “privatización” de los mecanismos pacificación social. Pero esas experiencias se consideran hoy día en muy buena medida superadas. Los sistemas procesales actuales, entre ellos el nuestro, disponen de un órgano especial, el Ministerio Fiscal, al que se encomienda estatalmente el ejercicio público de la pretensión punitiva.

Pues bien, la investigación criminal es “preprocesal” porque se ubica en esa fase, cuando todavía se está preparando la acción penal. Entonces el fiscal se halla buscando materiales para confeccionar su acusación, de la misma forma que al abogado hacía lo propio con vistas su futura demanda. La lógica del sistema implicaría que el Ministerio Público dirigiera la investigación criminal. No se entiende, pues, cuál es el papel de un órgano judicial antes del ejercicio de la acción penal. ¿Acudiría un banco al juzgado para realizar su crédito hipotecario sin haber preparado su título ejecutivo?

Con todo, la similitud entre el proceso civil y el penal tiene sus límites. La investigación criminal se encamina al descubrimiento de actividad delictiva, la cual se desarrolla clandestinamente. Por eso es menester contar con cuerpos especializados, como son las unidades policiales. Nótese que no nos referimos a la función de “seguridad ciudadana” de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino a la labor de la pesquisa criminal. No es lo mismo mantener el orden en una huelga que indagar quién robo un banco. Solamente este último cometido es que el debería quedar bajo la dirección de la Fiscalía.

Pues bien, sigamos con el ejemplo de un homicidio: aparecido el cadáver, antes de nada, habrá que saber quién es el autor de la muerte. El Ministerio Público se pone manos a la obra para, cuando llegue en momento, acusar al responsable frente a los tribunales. Mientras tanto,

debe emprenderse una pesquisa que ejecutan unos funcionarios especializados (los agentes policiales) bajo la dirección de la Fiscalía. Hasta ahora, no hay razón alguna judicializar el caso. Sin embargo, existe al menos una excepción, ¿cuál es?

La protección de los derechos fundamentales de los sospechosos. La indagación criminal comporta a menudo actos gravemente invasivos de la libertad de los ciudadanos, tales como las escuchas telefónicas, los registros domiciliarios o la extracción de muestras biológicas, por mentar algunos. La Constitución de 1978, así como los convenios internacionales suscritos por el Reino de España, introducen una garantía ineludible en salvaguarda del Estado de Derecho a saber: la insoslayable necesidad de previa autorización judicial. Así, cuando, sea preciso “pinchar” algún teléfono o entrar de madrugada en la morada de cualquier persona, el Fiscal carecerá de potestad para decidirlo por sí mismo. No le quedará más remedio que convencer a una autoridad judicial (ahora sí que cobra la sentido la presencia judicial). Ese órgano es el que en el Anteproyecto se denomina “juez de garantías”.

Como comprobamos, el sistema se va desplegando en toda su lógica. A lo largo de la pesquisa criminal, el Ministerio Público irá investigando, debiendo ocasionalmente llamar a las puertas de la sede judicial para recabar la autorización de actos concretos, de aquellas diligencias de investigación especialmente intrusivas. Quis custodiat custodios? El juez vigila al fiscal. Pero no es sólo eso: la judicialización de determinadas actuaciones es la expresión de una situación más amplia, a saber: el fiscal no se basta por sí sólo para recoger todo el material fáctico requerido para sustentar la futura acción penal. Este binomio juez-fiscal opera “a cargo y a descargo” (a favor y en contra del reo). El pinchazo telefónico sirve para preparar la futura incriminación (en tanto que es solicitado por la acusación estatal) pero, simultáneamente, al ser indispensable la decisión judicial, representa una forma de protección de los ciudadanos frente a la eventual arbitrariedad de los poderes públicos. Se trata de un mecanismo delicadamente montado para satisfacer aspiraciones aparentemente contradictorias.

Ciertamente, también en el proceso civil intuimos la presencia de una figura que, si bien en un contexto completamente distinto, viene a satisfacer una necesidad análoga; se trata de las “diligencias preliminares”. Y es que, a veces, no hay manera de presentar una demanda sin una previa intervención judicial. Mas no nos demoraremos en este punto, pues se aleja demasiado de nuestro estudio. Tampoco hablaremos del “aseguramiento de prueba”, ya que, de entrada, nada tiene que ver con quién dirija la investigación criminal.

Con arreglo a este esquema que se va desgranando, y tal como se explica expresamente en la Exposición de Motivos, se instituye una “audiencia preliminar”, encomendada a otro órgano jurisdiccional distinto (artículo 527 del Anteproyecto) que desempeña un papel funcionalmente equivalente a la “Audiencia Previa” en el proceso civil. Al culminar con éxito la investigación, entonces sí que el fiscal presenta su acusación, de modo análogo a cuando el abogado interpone su demanda. A partir de ahora, principia un verdadero proceso, donde los interesados actúan como partes sometidas a una secuencia de actos íntegramente judicializados.

Nuevamente, empero, surgen distancias con respecto al proceso civil. Los particulares, cuando llaman a su abogado, lo hacen en medro de sus intereses privados, no del bien común. Nadie espera que el agricultor que reivindica la porción de una finca colindante actúe movido por el ánimo de acrecentar la productividad de la economía nacional. Simplemente pretende engrosar su patrimonio. Mientras lo haga con respeto a la legalidad vigente, el ordenamiento jurídico nada tiene que reprocharle. ¿Cuáles son, entonces, los intereses a los que sirve el Ministerio Fiscal? La respuesta se contiene en el apartado primero del artículo 124 de la Constitución española, cuyo tener literal es éste:

El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Decíamos supra que las leyes procesales no son el fruto aséptico de una reflexión técnica, sino que encarnan una opción valorativa. Esto es, obedecen a una determinada ideología. Aquí el Anteproyecto toma partido por un modelo de investigación “objetiva” e “imparcial”, que interpreta como la más fiel transposición del mandado constitucional. La Exposición de Motivos es prolija a la hora de recordarlo: (...“deber de objetividad que alcanza a todas las autoridades que intervienen en el proceso penal”, XIII;... “el fiscal, llevado por el deber de objetividad que preside su actuación” LVII; “Objetividad de la información”, artículo 112;... “la nueva faceta del fiscal como director de la investigación no le exime del deber de imparcialidad inherente a su especial posición constitucional como defensor objetivo de la legalidad”, XIII, etc).

Acaso parezca contradictorio tildar de “imparcial” al Ministerio Público, parte acusadora por definición. No cometamos un grave error conceptual. Durante la investigación criminal no

hay “partes”, toda vez que esa fase está privada de carácter jurisdiccional. Insistamos, todavía no haya proceso.

Por otro lado, nada empece a que la Fiscalía haga suya una visión “objetiva” de la realidad preprocesal. El Fiscal investigador está sometido el principio de legalidad y, en consecuencia, no está facultado para construir una visión subjetiva de los presupuestos fácticos de la futura acción procesal. A diferencia del abogado particular, que construirá una pretensión a la medida de su cliente, el Ministerio Fiscal no obedece más que al interés general.

La cuestión no es baladí, puesto que supone alejarse de otros modelos en los que los fiscales desempeñan una función netamente política, como en los sistemas del common law, muy especialmente en Derecho estadounidense. No entraremos ahora en una estéril disquisición terminológica acerca de la “politicidad” de la Administración de Justicia española, pues no conduciría a ningún sitio. Lo que queremos significar es que el fiscal no es libre de construir un relato que se aparte de la realidad objetiva de lo realmente sucedido en el caso de autos. Su deber es el de investigar a cargo y a descargo para ofrecer una versión del hecho justiciable compatible con la de cualquier observador imparcial. El Anteproyecto no se alista en las filas del “uso alternativo del Derecho” ni de ninguna otra clase de “activismo”. Menos aun participa de las corrientes postmodernas de relativismo epistemológico, las cuales condicionan la realidad de lo observado a la posición del observador. Por eso, no lo perdamos de vista, el prelegislador no ofrece su producto como un instrumento al servicio del Poder Ejecutivo; antes bien, es medio de afinar las garantías de nuestra Justicia criminal.

En suma, entre los objetivos del Gobierno, al promover la reforma de nuestro actual texto procesal, se halla la configuración de una fase de investigación criminal regida por los principios de objetividad e imparcialidad. Y esta meta, según el texto del Anteproyecto, se logra más eficazmente si la investigación criminal se atribuye al Ministerio Fiscal.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente data de 1882. Aunque ha sufrido muchas reformas que no es momento de detallar ahora, la arquitectura básica de su diseño originario aguanta todavía en pie, por lo menos en el asunto que nos ocupa: la investigación criminal la dirige un órgano judicial, el llamado “juez instructor”. Y ello pese a que la pesquisa del delito, per se, carece de naturaleza jurisdiccional y, por ende, procesal. ¿Por qué, entonces, una morfología tan aparentemente disfuncional? Muy simple, porque se consideraba que un juez era la mejor garantía de “imparcialidad” y “objetividad”. Según en la Anteproyecto, la práctica ha demostrado lo contrario. Detengámonos en esta cuestión.

Tal como se ha explicado, durante la instrucción se practican diligencias encaminadas a la averiguación de delito. El exponente más claro son las pesquisas policiales. Las llamaremos “actos de investigación”. Pero, al mismo tiempo, se dictan verdaderos “actos jurisdiccionales”, cuales son las medidas cautelares o “la autorización de actuaciones de injerencia en derechos fundamentales”. Pues bien, un solo órgano, el juez instructor, tiene la responsabilidad de decidir sobre ambas. El resultado es una merma de su “imparcialidad”. No es un tercero ajeno al conflicto; muy al contrario, el magistrado está emocionalmente comprometido en la lucha contra el crimen. De ahí que, la elevación de la calidad democrática de nuestra justicia, en la línea de la jurisprudencia del TEDH (en sentencias como la de Piersack y De Cubber), aconseje desligar al juez de todas aquellas funciones que no sean estrictamente jurisdiccionales. Recordemos el mecanismo antes esbozado: si hay que pinchar un teléfono, se antoja bastante más garantista que sea el Ministerio Público quien pida permiso a un tercero imparcial (la autoridad judicial) a que lo haga la misma persona que dirige la investigación (y que, por si fuera poco, es el mismísimo juez).

Pero no quedan aquí las cosas. La mera lectura del texto legal no basta para detectar sus debilidades. Es menester, además, observar cómo se desenvuelve en la práctica. La experiencia evidencia que la aplicación real de nuestra vigente ley acarrea lo que el Anteproyecto califica de “lamentable efecto estigmatizante” (Exposición de motivos, XILX). Esto es, cuando comparece el sospechoso en calidad de imputado ante el juzgado, su imagen se deteriora gravemente, al recibir, a los ojos de la comunidad, la condición de “presunto culpable”. Esta consecuencia indeseada sobreviene, precisamente, debido a la intervención de una autoridad judicial antes del juicio. O sea, cuando no le debería corresponder en puridad procesal. Ante la opinión pública, la mera circunstancia de declarar bajo cargos criminales ante un juez instructor se interpreta como un fuerte indicio de culpabilidad. “Cuando el río suena, agua lleva”. A la postre es el principio constitucional de presunción de inocencia el que se resiente. En realidad, esta desviación, que cabría calificar de “sociológica”, es síntoma de causas muy profundas y de sentido común: en la conciencia colectiva juez y juicio está asociados. La investigación es cosa de la policía. De ahí que, cuando cualquier ciudadano tiene que vérselas con el juez, acaba motejado de culpable. Diríase que la intuición de los profanos en Derecho ha asimilado la naturaleza de las instituciones procesales con mayor sabiduría que el propio legislador.

Abordaremos, finalmente, tal vez la más apremiante de las razones que aconsejan la supresión del juez instructor: la pérdida de peso del juicio oral frente a la fase preparatoria. El

Excelentísimo señor don Alonso Martínez, impulsor de la ley de 1882, lo ilustraba en su celeberrima Exposición de Motivos con atinada elocuencia: cuando el reo llega a juicio, aunque quiera defenderse, no consigue más que “forcejear inútilmente”, ya que entra “vencido o por lo menos desarmado”. Al fin y al cabo, acontece lo mismo que apuntábamos a santo del efecto estigmatizador: la determinación de la culpabilidad o inocencia, pese las ingenuas intenciones del legislador, adquiere cuerpo de facto durante la fase de la investigación criminal. Después, una vez ya en juicio, la decisión ya está materialmente adoptada o, al menos, condicionada. Entonces se corre el riesgo de que el plenario se convierta, según don Alfonso, en una “vana formalidad”. Hagamos hincapié en que nuestra vigente ley nació con el valiente propósito de poner fin a semejante aberración; mas fracasó. ¿Por qué? Trascibamos la literal respuesta que sugiere nuestro prelegislador:

“Es la presencia judicial en la realización de meros actos investigadores la que potencia el valor de las diligencias sumariales y devalúa el de las pruebas del plenario.”

Ciertamente, todo termina parando en lo mismo, en un disfuncional reparto de papeles. Los jueces están para jugar; la policía para investigar; y el fiscal para preparar su acusación. Además, a la autoridad judicial toca la crucial responsabilidad de vigilar al resto de los actores jurídicos para garantizar que nadie se separe una coma del guión que le ha sido legalmente asignado. Lo demás entraña una impropia mezcla de funciones que constriñe el sistema a una tensión que degenera en la deformidad procesal a que nos tiene acostumbrado el uso forense.

Ya casi hemos finalizado el bosquejo de los lineamientos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aun así, es obligado extraer otra pieza de la estructura sin la cual no se entendería su diseño. A diferencia de lo que suelen creen los legos en Derecho, los actos de investigación no constituyen prueba (salvo, claro está, las excepciones en materia de aseguramiento, en las que no nos detendremos). Es decir, las diligencias de instrucción sirven para preparar el juicio oral, pero la presunción de inocencia se destruye exclusivamente mediante las actuaciones practicadas en sala, ante los magistrados sentenciadores, con plena contradicción e igualdad de armas procesales. Entonces, ¿para que ha servido la precedente investigación criminal? Muy sencillo, para preparar la acusación (eso sí, desde la perspectiva del Ministerio Público; desde el ángulo del abogado defensor, en cambio, la finalidad será la opuesta). No olvidemos el paralelismo con el juicio civil: el abogado y su cliente hacen las averiguaciones que tengan por oportunas para preparar su demanda. Pero las pruebas se producen en juicio. Lo de antes ni influye ni debe influir.

A fin de conseguir ese objetivo el Anteproyecto escoge una vía radical: impedir que el expediente instructor ingrese en juicio. La Exposición de Motivos del Anteproyecto es contundente al respecto:

“ (...) la ausencia de todo valor probatorio de las actuaciones practicadas en fase de investigación, que no acceden al juicio oral más que en casos tasados, conforme a un rígido sistema de testimonios” (LIV).

Así, cuando los magistrados en sala tengan que decidir sobre la culpabilidad o inocencia de cualquier ciudadano, lo harán únicamente ponderando las pruebas que se practiquen ante ellos. Nada más. Sobre todo es fundamental que no hayan leído el atestado policial. (artículo 541 del Anteproyecto). Hoy día, empero, el órgano sentenciador goza de irrestricto acceso a todo el expediente instructorio, desde la denuncia hasta el último papel cosido a la causa. ¿Pensamos seriamente que esa masa inculpativa no contaminará su libre criterio?

La única excepción son los testimonios (artículos 540 a 542) que las partes tienen derecho a llevar a juicio en su propio beneficio. Es decir, las copias de aquellos segmentos del expediente instructor que a ellas mismas les interesa mostrar al tribunal sentenciador. Retornaremos infra sobre esta cuestión. Pero, en este nudo de nuestro hilo argumental, la idea es palmaria: la investigación criminal debe servir sólo para preparar la acusación, no para condicionar la culpabilidad o inocencia de los reos.

Pongamos punto y final al esbozo del sistema del Anteproyecto. Su tesis está claramente formulada: la eliminación del juez instructor redundará en una mayor objetividad e imparcialidad de la investigación criminal, al tiempo que preservará mejor la presunción de inocencia. Preguntémonos si es falsa o verdadera la proposición que da forma a dicha tesis. No es fácil contestar a esa cuestión. Y es que, el Anteproyecto está redactado en un lenguaje que, pese a su aparente neutralidad técnico-jurídica, se halla supeditado a una determinada ideología que no siempre se hace explícita en su texto. El resultado es una mezcolanza de juicios fácticos y de valor que obliga a diseccionar sus argumentos con trabajosa finura analítica. Intentémoslo, pues.

CRÍTICAS AL MODELO DEL ANTERPROYECTO

La idea básica del Anteproyecto es que el juez sentenciador está indebidamente influido por el juez instructor. ¿Cómo falsar o verificar una afirmación tal?

El Anteproyecto no sustenta su planteamiento teórico en estudios sociológicos o criminológicos, como tampoco de cualquier otra ciencia. Así, no sostiene que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal haya generado una tasa de error judicial superior a la de los países donde rigen otros modelos de instrucción. Si esa fuera su tesis, el problema radicaría en la ineficacia epistemológica de la investigación judicial para construir un relato de los hechos criminosos que se ajuste a la realidad objetiva. Y sería verdaderamente alarmante, puesto que supondría que la declaración de hechos probados (*factum*) de las sentencias que dictan nuestros tribunales resultaría distorsionada a causa de una investigación criminal sesgada. En términos más llanos, los acusados españoles se expondrían al riesgo de condenas injustas. De ser las cosas de esta manera, el prelegislador estaría presentado un juicio fáctico que debería sustentar en datos empíricos. Nada de eso hace, sin embargo.

Acaso no sea ese el enfoque correcto. Tal vez lo que se quiera decir en el texto gubernamental es que nuestra fase previa al juicio está aquejada de una falta de contradicción lesiva de la presunción de inocencia. Si esa fuera su tesis, la verificación de dicha proposición comportaría un mero análisis lógico; bastaría estudiar la estructura formal de nuestra ley actual. Ahora bien, desde la promulgación de la Constitución de 1978, la instrucción judicial ha alcanzado plena naturaleza contradictoria. Los implicados han ganado la condición de “partes formales” y están investidos del derecho a acceder a la totalidad del expediente judicial, a recurrir las decisiones judiciales amén de a participar en todos y cada uno de los actos de instrucción. El Tribunal Constitucional ha avalado la validez de nuestro modelo de investigación criminal.

Ensayemos otra aproximación. No se trataría de criticar la injusticia de nuestro sistema, por razones empíricas o formales, sino de señalar su ineficacia. Simplemente, sería preferible la instrucción por el Fiscal. Ahora bien, esta tesis está erizada de dificultades. Por imperativo constitucional, el Ministerio Público español carece de las notas de independencia inherentes a cualquier autoridad judicial. Mucha o poca, guarda la Fiscalía vinculación con el Poder Ejecutivo, lo que lo sitúa en punto de partida desventajoso en comparación con una autoridad judicial. Además, el fiscal no está en una situación que se equipare, ni remotamente, a la exigencia de “juez natural” que se predica del magistrado instructor. El anteproyecto es muy claro. Su artículo 61 lo proclama sin tapujos: “Las resoluciones del Ministerio Fiscal resolviendo sobre la abstención no podrán ser impugnadas en sede judicial”. Los principales obstáculos, empero, son de otra índole. Sea “parte” o no, el Ministerio Fiscal ocupa una “posición inculpativa” durante la pesquisa delictual. Por mucha voluntad que tengan los individuos que lo componen de

investigar a cargo y a descargo, se insertan en la pieza acusadora del engranaje procesal. Es una crítica muy similar a la que se lanzaba contra la instrucción judicial, pero con más fundamento. El juez instructor, al fin y al cabo, no va a juzgar. El Ministerio Público, como estructura unitaria sujeta al principio de jerarquía, constituye una misma institución que investiga y acusa. Es arduo imaginar cómo este nuevo diseño redundaría en mayor “objetividad e imparcialidad”.

Como decíamos, es complicado desentrañar el significado último de la Exposición de Motivos. Pero no desfallezcamos. Tal vez, aunque no se atreva a confesarlo, el prelegislador recele del poder excesivo del magistrado instructor, ese señor del que la leyenda cuenta que lo temía el mismísimo Emperador. Ahora bien, no estamos hablando del “juez instructor” como una figura mítica, sino de las concretas personas de carne y hueso que trabajan día a día en los juzgados españoles, los cuales están sujetos a un régimen normativo muy estricto. No pasemos por alto que sus decisiones son susceptibles de impugnación judicial y que están sometidos a un severo régimen disciplinario a cargo del Consejo General del Poder Judicial. Pero no es esto lo más importante, sino que son objeto de vigilancia desde variados frentes. El primero de ellos es el Fiscal, que tiene la obligación de ejercer una función inspectora sobre la correcta tramitación de los expedientes penales; asimismo, por los secretarios judiciales que, con la nueva ofician judicial, han sido jerárquicamente conectados con el poder político. Por otro lado, el juez instructor no opera en el vacío. Su actuación se recoge en unos autos debidamente foliados y cosidos a un expediente del que no es custodio y que se tramita por los funcionarios de una plantilla de la que él no es el jefe (no se piense que son empleados suyos, como si fuera un notario). Finalmente, los juzgados de instrucción no tienen a su servicio una policía judicial propia, sino que se sirven funcionalmente de unidades encuadradas orgánicamente en el Ministerio del Interior que, ocioso es recordarlo, depende del Gobierno.

Comprobamos, por consiguiente, que se ha armado una impresionante batería de cautelas para evitar abusos. Quién sabe si, pese a todo ello, el sistema haya fracasado y los juzgados de instrucción sean el escenario de toda clase de anomalías. Pero, nuevamente, una afirmación tal constituiría un juicio fáctico que habría que demostrar. Y, sobre todo, comparativamente con otros actores de la Justicia criminal, como son la Policía Judicial o los miembros de la Carrera Fiscal. No obstante, el Anteproyecto nada dice al respecto. Ni siquiera lo sugiere.

En llegando a este punto, el análisis de la Exposición de Motivos parece haber alcanzado una contradicción insalvable; por un lado, se insiste en la necesidad de que la investigación criminal sea objetiva e imparcial, razón por la que se prescinde del instituto jurídico del juez

instructor; pero, al mismo tiempo, se propone como órgano investigador alternativo a un cuerpo de funcionarios que reúne menos garantías, como es la Fiscalía. Y todo ello sobre la base de unas afirmaciones exentas de verificación empírica. Replanteemos, pues, la cuestión. El prelegislador parece temer el excesivo peso del atestado policial en sentencia. Y atribuye esa indeseable influencia a la existencia del juez instructor. ¿No será acaso otra la razón?

Tal vez. Son los agentes policiales quienes poseen el contacto más directo con las fuentes de prueba. Luego no es absurdo que su versión se sitúe muy próxima a la objetiva narración de lo realmente sucedido. El relato contenido en las diligencias policiales tiene todos los visos de plasmar el más exacto acercamiento a la verdad material (simplemente, porque aquellos se personaron primeramente en la escena de autos y recogieron el material incriminatorio). Es lo que los anglosajones llaman "*Freezing the evidence*". O sea, "congelar las pruebas". Sobre esta materia sí que se han efectuado algunos estudios pertinentes a nuestra materia. Tomemos nota de uno de ellos (Peter Greenwood et alia, *Criminal Incriminal Investigation Process*, Rand Corporation, 1975, citado por Samuel Walker):

"A Rand Corporation study of criminal investigation found that, contrary to the popular image defined by (...) television shows, detective work was extremely unproductive. Most crimes were cleared when the first officer on the scene obtained the identity of a suspect; when there was no initial lead, cases were rarely solved. Detectives spent as an average about four hours on each case, most of it on paperwork"

(Un estudio de la Rand Corporation encontró que, contrariamente a la imagen creada por los programas televisivos, el trabajo de los detectives era extremadamente improductivo. La mayoría de los delitos se esclarecían en la escena de autos, al identificar el responsable policial al sospechoso; si faltaba la pista inicial, raramente se resolvían los casos. Los investigadores invertían, como media, cuatro horas en cada caso, la mayoría en papeleo).

Sería provechoso contar en nuestra patria con informes similares ya que, si se confirman tales conclusiones, habría que meditar con calma la sabiduría de preterir las diligencias policiales. Sea como fuere, ¿qué tiene todo esto que ver con que sea el fiscal o el juez quién instruya? Si tan peligroso es el atestado, basta con suprimirlo de un plumazo de los autos, ya se guarden en Fiscalía, ya en el juzgado.

Otra cosa es que desconfiemos de la policía. Sea como fuere, alguien debe revisar su labor. Sobre este punto hay consenso generalizado. ¿Pero, por qué lo hará mejor el fiscal que el juez? El Anteproyecto no despeja está incógnita. De hecho, la experiencia parece confirmar que, en aquellos sistemas como en Alemania donde se ha atribuido la dirección de la investigación criminal al Ministerio Público, se observa un “aumento progresivo del poder de los servicios de policía y una relegación a tareas burocráticas a la Fiscalía”. Así lo manifiestan expresamente los magistrados Alejandro Benito López y Ramón Sánchez Valcárcel en un curso impartido por el Consejo General del Poder Judicial (en realidad, aunque no lo citen, parafraseaban los conocidos trabajos de Bernd Schünemann).

A la luz de este contexto, es legítimo dudar de la contundencia con la que el Anteproyecto atribuye a la presencia judicial un efecto estigmatizante sobre el imputado. Si nos atenemos a la tesis de los redactores gubernamentales, el juez instructor se comportaría como una suerte de foco tóxico, un ser contaminante que emponzoña toda cuanto toca. Un rey Midas contra reo. Pero, obviamente, no es esta la única explicación. Acaso sea algo más sencillo. Tan simple como que, en la mayoría de los casos, cuando se le toma declaración a un sospechoso, es porque hay sólidos cargos contra él. Ya lo haga el juez, el fiscal, la policía o los “guardabosques” (ex artículo 283.6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La opinión pública lo sabe, al margen de si se llama al reo “imputado”, “inculcado”, “encartado ”... o “investigado”. La historia del eufemismo es interminable. El reto, por tanto, es enfatizar las garantías de la fase investigadora, sea quien fuere el instructor. La tesis que emerge de la Exposición de Motivos, exenta de cualquier respaldo empírico –insistamos en ello-, más bien se asemeja a un prejuicio fruto del pensamiento mítico, de ese temor atávico a la impureza por contacto, no a un argumento racional (esa “magia simpática” tan bien descrita por el antropólogo Frazer). Ciertamente, estamos muy lejos del rigor intelectual de un Aristóteles.

A pesar de todo, sería una postura muy valiente, digna de encomio, la apuesta por la excluyente judicialización del juicio de culpabilidad. Esto es, borrar del ánimo de los magistrados sentenciadores cualquier impresión derivada de los datos recogidos durante el sumario. Equivocada o no, abriría un camino inexplorado. Mas, sorprendentemente, el Anteproyecto se las apaña para desbrozar un atajo a través del que inyectar el material incriminatorio del sumario en el plenario. Leamos nuevamente la Exposición de Motivos (XXXIV):

“La declaración prestada ante el fiscal y la policía carece en el nuevo modelo de todo valor. Al tratarse de un mero acto de investigación, su contenido no será testimoniado de oficio en el expediente para el juicio oral. Las partes podrán solicitar el testimonio para su propio uso,

pudiendo, a lo más, utilizarlo para evidenciar las contradicciones en las que incurra el investigado en la declaración que eventualmente preste en el plenario, como será expuesto en su momento.”

Id est, se abre un portillo a la desviación procesal que ya denunció don Alonso cuando se quejaba de que la “ratificación de los testigos” se hubiera tornado en mera formalidad. A la postre, pesarán contra el reo en sala las manifestaciones vertidas ante el Fiscal en un fase supuestamente sin valor probatorio alguno. Es más, su posición procesal empeoraría si algún día se realiza el escenario descrito por la proyectada reforma procesal. El “investigado” ya no es parte; las decisiones del fiscal no son sistemáticamente recurribles, sino sólo cuando lo permita la ley; y, además, la participación de aquél no está prevista para los de investigación con carácter general, sino en la forma y manera en la que se establezca para cada uno de ellos. Lo más alarmante, con todo, es que no se le da al investigado acceso completo al expediente de Fiscalía hasta la “primera comparecencia” (al algunos le sonará a la *discovery* o *disclosure* anglosajonas pero, en el fondo, se asemeja inquietantemente a la *publicatio inquisitorial*).

Estas decisivas cuestiones, por su enjundia, deberán ser abordadas en otro informe. Lo que nos interesa ahora es que la datos captados por el futuro acusador durante la fase investigadora serán utilizables contra el reo; y que, al mismo tiempo, se ha articulado un sistema especialmente diseñado para privar de naturaleza procesal a la pesquisa criminal. ¿Cuál es la novedad, entonces?

Además de la referida merma de garantías, la creación de una “verdad de artificio”, la única que se brindaría al juez sentenciador. El quid radica en que la información discorra sólo a través de los canales que extiendan las partes, de tal modo que el relato fáctico desemboque en la sala fragmentado, filtrado por las conveniencias de los litigantes (de los que el Fiscal es la parte más poderosa, como no se cansa en recalcar la doctrina francesa). Decíamos antes que los magistrados de la sala disponen en la actualidad de todo el material incriminatorio contenido en el expediente judicial. Ahora bien, los autos no sólo plasman los elementos de cargo, sino los de descargo también, por lo que cuentan igualmente aquellos con el material exculpatario. El temor parece ser, no que dicten una condena injusta, sino que lo hagan apoyándose sobre la totalidad de la información disponible. No se entiende en qué medida esto último atenta contra la presunción de inocencia. Recordemos que la instrucción, hoy por hoy, es plenamente contradictoria; y que todas las pruebas de cargo obran en estrados, sometidas a la contienda dialéctica de las partes (le *contradictoire*, *the cross-examination*). El Anteproyecto no sólo rezuma desconfianza contra el juez instructor, sino que la propaga al juez sentenciador, por lo

que no queda más remedio que barruntar si, a la postre, lo que se pretende no es reducir el constitucional campo de acción de uno de los poderes del Estado.

Esta hipótesis se ve “corroborada” (en sentido popperiano) por la visión global del articulado prelegal. La reforma recorta las facultades de la acusación popular. Además, introduce el principio de “oportunidad”; o sea, de “discrecionalidad”, puesto que la resolución arbitraria sólo es impugnable en sus elementos externos, mas no en su núcleo decisonal. Dicho de otro modo, se “administrativizan” sectores cruciales de nuestro modelo criminal. La suma de todos estos elementos conforma un sistema bien engrasado que supedita el sentido de la investigación criminal a la política del Gobierno de turno. Halagamos un experimento mental e imaginemos que habría acaecido con una norma procesal parecida a la que se propone durante el mandato de un Fiscal General como Eligio Hernández; pensemos en los GAL, en las tensiones de la Audiencia Nacional con Chile, Venezuela y, más recientemente, en el caso Faisán. *Qui habet aures audiendi audiat.*

Recapitulemos. Emprendíamos la tarea de intentar justificar racionalmente la tesis enunciada en el Anteproyecto. El resultado ha sido que sus proposiciones no son verificables ni falsables. Se entienden únicamente a la luz de una serie de precomprensiones ideológicas. Sin embargo, en vez de confesar abiertamente la auténtica naturaleza de su orientación doctrinal, los redactores gubernamentales enmascaran su mensaje tras una terminología que rinde tributo nominal (lip service) al principio al principio de legalidad (“objetividad” e “imparcialidad”) pero que, en su esencia, sirve a la discrecionalidad política.

Una vez escudriñada la tesis del Anteproyecto, propongamos soluciones alternativas.

PROPUESTAS ALTERNATIVAS

Antes de nada, intentemos reformular el Anteproyecto de forma coherente con sus premisas de “imparcialidad” y “objetividad”. Entonces, si nos empeñamos en conferir la investigación criminal a la Fiscalía, habría que diseñar un Ministerio Público más independiente que los actuales jueces instructores. La única vía sería la reforma constitucional (habría que aprender mucho de la experiencia italiana). Pero, mientras tanto, ayudarían algunos retoques, a saber: 1) Instaurar mecanismos de recusación y abstención de los señores fiscales, judicialmente revisables; 2) Consagrar la inamovilidad de cada fiscal una vez que se le hubiera asignado algún caso, hasta que concluya el expediente; y 3) Prohibir a los órganos superiores que, cuando un concreto fiscal investigador hubiera asumido un determinado asunto, le

impartieran ninguna orden sobre cómo debe llevarlo. Algo así como los secretarios de la Nueva Oficina Judicial. De esta manera se cohonstaría la flexibilidad organizativa que a la Fiscalía imprime su estructura jerárquica, con la aspirada imparcialidad del fiscal investigador. Es más, se aprovecharía la alta calidad de trabajo doctrinal de la Fiscalía General del Estado al publicar sus consultas, circulares e instrucciones, las cuales contribuirían a conformar la unidad de criterio, pero sin interferir en la labor de ninguno de sus subordinados.

Por último, no nos olvidemos, vetar completamente el acceso del expediente del sumario al plenario. Insistamos, “completamente” (salvo, claro está, lo relativo al “aseguramiento” de prueba o otras situaciones análogas). Si se apuesta por un modelo, hay que ser coherente hasta sus últimas consecuencias. Lo demás es puro artificio retórico. ¿Quién se atreverá a beber la copa hasta las heces?

En segundo lugar, trazaremos las líneas maestras de una propuesta alternativa. Ante los pseudoargumentos del Anteproyecto, casi estamos tentados de decir que se le cambie el nombre a los jueces instructores para llamarlos “fiscales instructores” y que todo siga como ésta (así nos libramos de su “efecto estigmatizante”). Mas atengámonos a nuestro lema aristotélico y, con toda humildad, partamos en pos de la verdad. He aquí algunas ideas para la reflexión.

1) La escisión de los actuales juzgados de instrucción en dos órganos diferenciados: por un lado un “juez investigador” (que imparte órdenes a la Policía, auténtica encargada de la investigación criminal); por otro, un juez “de libertades”, que autorice las pesquisas del primero siempre que entrañen intrusión o invasión de derechos fundamentales.

2) La creación de tribunales de instrucción (al estilo de los “polos de instrucción” franceses) donde se combinen magistrados nóveles y experimentados. La investigación criminal a cargo de los atiborrados juzgados mixtos, servidos por jueces novatos, es un disparate.

3) La introducción de un monitorio penal, al estilo alemán. Es dar carta de naturaleza al peso real del atestado, pero sujetándolo a un efectivo control judicial.

4) Convertir en delitos semipublicos una porción muy elevada de las actuales infracciones contra el patrimonio así como contra la integridad física (incluso cuando haya lesiones con asistencia médica, si no son mínimamente graves). Si los implicados no tienen interés en instar la persecución del culpable, el Estado debe ir abandonando su posición paternalista. Al Ministerio Fiscal se le encomendaría la importante misión de instar de oficio el ejercicio de la acción penal

cuando hubiera sospechas de que la pasividad de los ciudadanos obedeciera a una voluntad viciada (por coacción u otro motivo) o bien en los supuestos de víctimas desamparadas o incapaces. Esta solución es preferible al principio de oportunidad, pues no comporta el riesgo de trato desigual.

Basten, por ahora, estos apuntes. Sería plausible ahondar en muchas otras cuestiones pero, el objetivo básico ya está cumplido: la descripción de los modelos en pugna, sin eludir las connotaciones valorativas de ninguno de ellos. Eso sí, antes de zanjar esta cuestión, renunciemos de una vez por todas a las alquimias doctrinales que porfían a transmutar el proceso civil en el penal o viceversa. Aun siendo el “proceso” una categoría única, la textura ontológica de las pretensiones públicas y privadas es tan diversa que, si nos empeñamos a toda costa en medirlas por el mismo rasero, terminaremos desfigurándolas. Lo decisivo no es el “órgano” sino la “función”. La idea es que la investigación criminal sea lo más respetuosa con los derechos de los ciudadanos, sin merma de su eficacia. Y ello mediante el refuerzo de la “imparcialidad” y la “objetividad”. Tanto el Fiscal como el Juez Instructor son “Estado”, aunque con funciones diversas. La obsesión por preferir al primero en detrimento del segundo sólo se entiende por la complacencia ante la proximidad al Poder Ejecutivo.

Antes de acabar, preguntémosnos cuál es la ideología que inspira la toma de postura de la Plataforma. La respuesta la proporciona el catedrático italiano Michele Taruffo, al defender una visión legal-racionalista del proceso penal, al que define como “un método para reconstruir la verdad de los hechos”. Sus aportaciones doctrinales aproximan la figura del juez a la del científico. No se vaya a creer que es un planteamiento “neutro”, aceptado por todos. Se opone radicalmente al “activismo judicial”, de uno u otro signo. Y, aunque la trasnochada moda del “uso alternativo del derecho” haya endosado a la izquierda un sambenito iconoclasta, no tiene por qué ser necesariamente así. El físico nuclear estadounidense Alan Sokal, personaje progresista donde los haya, con una aspiración interdisciplinar, propone la investigación penal como un modelo epistemológico para todas las ramas del saber. Terminemos con sus palabras:

“No hay un método único para la investigación criminal, pero eso no quiere decir que todos los métodos sean igualmente fiables”.

PROPUESTA DEL MINISTRO GALLARDÓN

INFORME DE LA PLATAFORMA CÍVICA POR LA INDEPENDENCIA JUDICIAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE
CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2013

“Los jueces de instrucción, salvo honrosas excepciones, son por antonomasia, parciales, más inquisidores que garantes, debido a los prejuicios que inevitablemente genera la instrucción penal” (artículo aparecido el 16-I-10 en el periódico “El Día”).

Eligio Hernández, Fiscal General del Estado (1992-1994)

1. Introducción: ¿es necesario acabar con la figura jurídica del juez instructor?

El Ministro de Justicia, Alberto Ruiz Gallardón, hizo público a finales del pasado mes de febrero de este año 2013 un anteproyecto de Código Procesal Penal que vendría, si se cumplen los objetivos del actual Ejecutivo, a derogar la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, en vigor desde 1882. La noticia llega en uno de los momentos más difíciles de la reciente historia de nuestro país, cuando la crisis económica y la corrupción están difundiendo un sentimiento de hartazgo y desconfianza hacia los poderes públicos que amenaza con debilitar las instituciones constitucionales. Entre la ciudadanía avanza la creencia de que la clase política se ha convertido en una superestructura parásita que, lejos de velar por el bien común, está al servicio de intereses partidistas. En este contexto surge el texto de la futura ley procesal cuya innovación más significativa es la supresión del tradicional juez instructor, reemplazado por un “fiscal investigador”.

Preguntémonos por qué el juez instructor debe desaparecer, aspiración ésta que comparten tanto Gobierno como oposición y que viene de antiguo, como muestra cita de Eligio Hernández, en su día uno de los Fiscales Generales del Estado más polémicos. La Plataforma Cívica por la Independencia Judicial (PCIJ), con la libertad que proporciona la pluralidad de nuestros miembros y la absoluta desconexión de cualquier interés político o económico, intentará responder a esta pregunta valiéndose de los argumentos que proporciona la ciencia del Derecho, sin caer en una demagogia que desgraciadamente es tan frecuente en una materia como ésta. Y es que llama la atención que las formaciones parlamentarias mayoritarias, ya estén situadas a la derecha o la izquierda, estén conformes en la necesidad en transformar al fiscal en director de la investigación criminal. ¿Es acaso el fiscal instructor la institución que nuestro país necesita para devolver al pueblo español la confianza en sus políticos?

La PCIJ formulará preguntas incómodas, esas que suelen escamotearse cuando los problemas jurídicos no se abordan desde el rigor intelectual sino desde la complicidad partidista. Esta reflexión, aun siendo jurídica, se suscitará en unos términos que sean comprensibles no sólo para los juristas, pues es un asunto que afecta a todos los ciudadanos.

La respuesta a estos interrogantes exige determinar cuáles sean las desventajas inherentes a la figura del juez instructor. E, igualmente, si el remedio para corregir dichas eventuales deficiencias consiste en atribuir la investigación criminal a la Fiscalía. Pongámonos en guardia contra uno de los equívocos más frecuentes que se condensa en esta idea: si el juez instructor no debe investigar, es porque debe hacerlo el fiscal. Este planteamiento encierra un sofisma, pues los vicios del órgano jurisdiccional no equivalen a virtudes del Ministerio Público. Tal vez haya que buscar otra salida al problema, una vía que no sea ni nuestro tradicional juez instructor ni el Ministerio Público. A ello nos dedicaremos a continuación.

2. El juez instructor: ¿un inquisidor esquizofrénico?

Pues bien, al juez instructor se le reprocha su parcialidad e ineficacia. Según se lee en el actual anteproyecto, su “neutralidad” queda comprometida al encomendársele simultáneamente el esclarecimiento de la verdad y la garantía de los derechos del reo. El significado de esta formulación técnico-jurídica, traducido a un lenguaje para los que no son especialistas, se concreta en el riesgo que de ese juez actuara movido por prejuicios contra los ciudadanos, los cuales estarían sometidos al imperio del “heredero del Inquisidor” (sic). Con este bagaje psicológico sería más que difícil investigar y defender al reo simultáneamente, por lo que se vería abogado a una “esquizofrenia” que redundaría en perjuicio de la presunción de inocencia.

En efecto, es real el peligro de que el investigador pierda la objetividad y se deje arrastrar por su deseo de castigar al culpable, de atrapar al delincuente a cualquier precio. Son los “sesgos cognitivos” de los que habla el propio Prelegislador. Ahora bien, esta propensión a apartarse de la verdad no sólo afecta a los jueces, sino a todos los intervinientes en el proceso penal. El Tribunal Supremo Norteamericano ha advertido contra estas desviaciones, precisamente en un sistema donde es la Fiscalía la que dirige la investigación criminal. Estos son sus literales términos:

“Prosecutors and policemen simple cannot be asked to maintain the requisite neutrality with regard to their own investigations” (Simplemente, no se le puede pedir a fiscales y policías

que mantengan un mínimo de neutralidad sobre sus propias investigaciones). *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971). U.S. Supreme Court

Las mismas preocupaciones las hallamos en la doctrina europea. Según Bernd Schüneman, profesor de la universidad de Munich, al instructor le resulta muy difícil guardar “la distancia valorativa respecto de sus propias investigaciones”. Sentada esta premisa, no se termina de entender porque ese temor se manifiesta sólo contra los jueces y no también contra los fiscales. Tanto el Partido Socialista Obrero Español como el Partido Popular convergen en este punto. Una aquiescencia tal no deja de ser inquietante.

Por otro lado, al abordar cuestiones como estas es necesario el mayor rigor científico. ¿Están estos temores respaldados por datos comprobados empíricamente? La imagen de un juez instructor español empecinado en descubrir a sangre y fuego a los delincuentes no casa con los miles de archivos que producen rutinariamente nuestros juzgados, servidos por unos magistrados agobiados por el trabajo y que dedican lo más de sus esfuerzos a tareas burocráticas y a resolver criminalidad de bagatela, como los juicios de faltas.

El reto es hallar los supuestos beneficios que reportaría entregar la dirección de la investigación criminal a la Fiscalía. Sabemos que, por imperativo constitucional, su estructura jerárquica, tras una cadena más o menos larga, culmina en el Fiscal General del Estado, designado éste por el Gobierno. Pero esta no es la objeción más importante, ya que teóricamente cabría reforzar legalmente la autonomía de los fiscales e incluso propugnar una reforma de la Carta Magna para dotarlos de real independencia, a imitación del régimen italiano. Insistamos, las mayores objeciones no proceden de este cambio, sino de la posición procesal que el Ministerio Fiscal ocupa en el diseño procesal. El Fiscal es una parte y, por mucho empeño que ponga en servir a la verdad material, actúa por sus expectativas de obtener un pronunciamiento judicial. Los señores fiscales no son ángeles venidos del cielo, sino seres humanos, con sus prejuicios, temores, ilusiones e inquietudes. Exactamente igual que los jueces. Concentrar en una misma parte el poder de acusar y de investigar es una osadía procesal de consecuencias imprevisibles.

En realidad, no tan imprevisibles, ya que contamos con la experiencia de otros países donde los fiscales ya dirigen la investigación. Nótese que estos modelos no se definen sólo por cambiar la titularidad de la instrucción, sino por introducir el principio de oportunidad así como por ensanchar la justicia negociada. El actual Anteproyecto sigue también esta corriente. El resultado suele ser que los reos con menos recursos económicos, incapaces de contar con un

buen equipo de abogados que presione ante la Fiscalía, vean empeorar su posición procesal. La Asamblea Nacional del Conseil National de Barreaux (consejo nacional de la abogacía francés) puso de relieve en el año 2009 esta deriva contra reo, precisamente cuando la Expresidente Sarkozy acarició la idea de acabar con el tradicional juez instructor. Entre nosotros, donde ya funciona con carácter limitado una conformidad de alcance menor que la que propone el Anteproyecto, se producen cotidianamente escenas como la que describe el magistrado Joaquín González Casso:

“Al detenido se le lleva, después de uno o dos días en el calabozo de comisaría, en un estado psicológico deplorable ante un juez y allí se encuentra con un representante del Ministerio Fiscal, un abogado designado la mayor parte de las veces de oficio y los policías que le detuvieron a la puerta del juzgado dispuestos a ratificar el atestado. Tiene dos opciones: a) conformarse y que se le imponga una pena normalmente al mínimo legal por el premio de la reducción en la tercera parte y la posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena o b) no conformarse, con el incierto resultado de un juicio en el que puede ser absuelto, pero también recibir una condena el doble o el triple de la que se le ofrece en el juzgado de guardia. ¿El lector que elegiría?”

Evidentemente, siempre sería concebible articular cautelas para minimizar estas u otras situaciones indeseables. Pero subsiste la misma duda: ¿cuál es la ventaja de transformar al fiscal en investigador, cuándo tantas dificultades entraña?

Alejandro María Benito López y Ramón Sáez Valcárcel, magistrados partidarios de la reforma a favor de un fiscal investigador, han reconocido que la experiencia muestra, en otros países donde ya opera, redundando en “el aumento progresivo del poder de los servicios de policía y una relegación a tareas burocráticas de la fiscalía”. Aun así, prefieren el nuevo sistema, por incorporar un “mecanismo de control de la calidad del trabajo policial”. Quizás esta sería la ventaja, pero no se justifica, sin embargo, la razón por la cual los individuos integrantes del Ministerio Público desempeñaría mejor que el juez semejante tarea inspectora.

Mas no quedan aquí las cosas, puesto que habría que repensar ciertos riesgos inherentes a la estructura jerárquica de la Fiscalía, no siempre evidentes. No hablamos ahora de la proximidad al poder político, sino de la gran concentración de poder fáctico de los superiores, los cuales poseen la facultad de modificar las condiciones labores de sus subordinados: permisos, vacaciones, destinos, distribución de trabajo, sanciones disciplinarias...en definitiva, un vastísimo margen para, de una manera sutil, incomodar a un fiscal molesto y encauzar sus

actuaciones por donde convenga en un asunto determinado. Es meridiano que semejante interferencia sería más dificultosa con un juez, constitucionalmente protegido en su independencia.

Sea como fuere, cuesta trabajo imaginar que un fiscal investigador, o cualquier otro órgano similar, estuviese sometido a mayores controles que los que ya actualmente pesan sobre nuestros jueces instructores. Así, el Ministerio Fiscal, según la actual redacción de nuestra vigente ley procesal penal, tiene encomendadas facultades de supervisión sobre la actividad instructora de los magistrados, con pleno conocimiento de las actuaciones, secretas o no; por otro lado, la policía judicial depende orgánicamente del Ministerio del Interior, no del juzgado, el cual ni siquiera está investido de potestades disciplinarias sobre los agentes; además, examinando ya en el órgano jurisdiccional, la figura del secretario judicial supone un contrapeso a las hipotéticas arbitrariedades de algún juez descarriado, al ser titular aquél de la fe pública, la documentación del expediente así como el depósito de autos y efectos; e, igualmente, los miembros de la oficina judicial no son empleados del magistrado, como si de una Notaría se tratara, sino funcionarios con plaza en propiedad que no dependen laboralmente del juez, el cual ya ha perdido la condición de jefe de personal. Nótese que Fiscalía, Policía, Secretaría y Oficina, directa o indirectamente, están conectadas con el Poder Ejecutivo. Solamente faltaba una pieza en este mecanismo que ahora está a punto de ingresar en su órbita.

Por otro lado, conviene recordar que todas las resoluciones de los jueces instructores son recurribles ante la Audiencia Provincial, amén de que quedan documentadas en unas diligencias escritas que permiten reconstruir sus decisiones y, de este modo, detectar irregularidades. Más adelante comentaremos con más detalle este expediente, pues su valor suele pasar desapercibido.

3. La ineficacia del juez instructor.

Aquí se suscita otro asunto fundamental, el de la eficacia. Esta sería una de las principales ventajas del cambio de modelo. Como observa cáusticamente el catedrático Gimeno Sendra: “la policía hace mucho más trabajo en tres días que los jueces en meses e incluso en años”. Es un lugar común sostener que ante las nuevas formas globalizadas de delincuencia, el modelo del juzgado de instrucción está obsoleto. Por eso sería necesario una institución como la Fiscalía, dotada de un mando único y extendida por todo el territorio nacional. Según el Anteproyecto: “los expresados principios (de unidad y dependencia jerárquica) permiten la

aplicación de criterios coherentes y el seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal en los ámbitos de la criminalidad y en todo el territorio nacional”.

Repárese, antes de nada, que al Legislador le sería bien fácil retener las ventajas de unidad de la Fiscalía y evitar los riesgos de manipulación. Bastaría con impedir legalmente a los superiores que impartieran órdenes concretas a sus subordinados sobre ningún asunto judicial en curso - tal como sucede en la actualidad entre nosotros con los secretarios judiciales, ya jerarquizados. Empero, los partidarios del nuevo sistema no sólo defienden por esta injerencia en cada caso particular, sino que propugnan la avocación de los expedientes y la fungibilidad de los investigadores. Obviamente, en el Anteproyecto ni se plantea estas opciones, por lo que no es de extrañar que los ciudadanos recelen de un poder político que impulsa reformas tan cercanas a sus intereses partidocráticos.

Sea como fuere, en nuestro país ya contamos con órganos como la Audiencia Nacional cuya competencia abarca todo el territorio nacional. Sería teóricamente factible crear estructuras de naturaleza judicial de demarcación provincial, regional o nacional investidos de atribuciones que no se restringieran a las materias ahora reservadas a los Juzgados Centrales de Instrucción. Volveremos sobre este punto, si bien ahora basta con retener no es necesario endosar la investigación a la Fiscalía para gozar de las ventajas de la unidad y coordinación que aconsejan una eficaz lucha contra la delincuencia.

4. La influencia del sumario en el plenario.

Al margen de lo anterior, en el Anteproyecto se contiene otro de los argumentos que con más frecuencia se esgrimen por la doctrina oficialista, a saber: la indebida influencia del sumario en el plenario. Así, el Prelegislador afirma que “al intervenir el órgano judicial en la práctica de las diligencias de investigación, las actuaciones sumariales en las que existe contradicción se muestra materialmente idénticas a actos de prueba, lo cual entraña el riesgo de su transformación en tales (...)”.

He aquí uno de los puntos más complicados de todo nuestro sistema procesal. Entre nuestra doctrina perdura un temor muy antiguo, que se remonta como mínimo al siglo XIX, a los tiempos de don Alonso Martínez (ministro artífice de nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Criminal) de que el litigio criminal se resuelva durante la instrucción, de tal modo que el juicio oral no sea más que una ratificación de las conclusiones alcanzadas durante la fase sumarial. Y, precisamente para conjurar esta resultado indeseado, ahora se pretende la supresión del juez

instructor. Nuevamente se plantea un problema ajeno a la titularidad subjetiva de la investigación criminal. Ese riesgo se presenta tanto con un juez como con un fiscal investigadores.

Aquí la clave es otra. Bastaría con evitar que el expediente procesal redactado durante la instrucción fuese accesible a los magistrados del órgano sentenciador para soslayar estos supuestos inconvenientes. De hecho, así ocurre en la normativa reguladora del Tribunal del Jurado, puesto que sólo se presentan en sala los testimonios interesados por las partes. Por cierto, al igual que las previsiones del actual Anteproyecto, pero ya generalizado al modelo procesal ordinario. He aquí otra muestra de la obsesión de derivar todos los males, reales o imaginarios, de nuestro actual sistema hace la existencia del juez instructor, lo que hace barruntar que acaso sean otras las razones del poder político para impulsar una reforma como ésta.

Con todo, tengamos el valor de preguntarnos por qué no debe influir la instrucción en el juicio oral. Según el Anteproyecto, por el debilitamiento que implica para los principios de publicidad, oralidad, inmediación, concentración y celeridad. Otra vez emerge una de esas afirmaciones que se aceptan acríticamente y que ha venido nutriendo desde hace años nutriendo un inventario de tópicos.

Las cuestiones que debemos formularnos son muy otras, a saber: si durante la instrucción se respetan en nuestro país los derechos de los reos; si nuestro modelo de investigación criminal favorece los errores judiciales. Esto es, y en un lenguaje más claro, si la existencia de un juez instructor representa una amenaza para los derechos humanos de los ciudadanos españoles o si propicia condenas injustas. Todo lo demás no es más que hojarasca retórica que a la postre no sirve más que para desviar la atención.

El Anteproyecto del actual Gobierno, al igual que el del anterior, asume el principio de objetividad y proclama como uno de sus fines el esclarecimiento de los hechos. No obstante, se cuida mucho de que los autos procesales sólo lleguen al tribunal sentenciador fragmentados, conforme a la selección que previamente hayan hecho las partes. Entre el hecho delictivo y el juicio oral transcurre un lapso de tiempo que, más largo o más corto, ofrece la oportunidad a los diversos implicados de cambiar sus versiones o silenciar sólo aquellos episodios del relato fáctico que más les convengan. Una vez que han sido asesorados por sus abogados es de esperar que sus intervenciones en el plenario estén condicionadas por las expectativas, legítimas o no, de obtener un pronunciamiento acorde con sus particulares intereses. Este sistema revela una

decidida apuesta por la privatización del proceso y da carta de naturaleza a los prejuicios y sesgos cognitivos que supuestamente el nuevo texto aspiraba a corregir. En suma, pese a literalidad, el nuevo texto ofrece un modelo epistemológico notablemente subjetivado.

Asimismo, la ciencia de la Psicología del testimonio ha descubierto cómo los recuerdos van siendo cada vez menos fiables según se van alejando del momento en que quedaron impresos en la memoria, reelaborados y sometidos una y otra vez a sucesivas interpretaciones. Son los instantes más próximos al hecho los que, a la postre, permiten reconstruir el hecho criminoso. Es de todos sabido, aunque muchos no se atrevan a confesarlo, que es el atestado policial contiene la versión más creíble de lo sucedido. En los momentos iniciales es cuando se preservan las fuentes de conocimiento, lo que la doctrina anglosajona llama *evidence freezing*, esto es la “congelación de la prueba”. Un estudio de 2007 elaborado por la estadounidense Rand Corporation, así lo explica:

“A Rand Corporation study of criminal investigation found that, contrary to the popular image defined by (...) television shows, detective work was extremely unproductive. Most crimes were cleared when the first officer on the scene obtained the identity of a suspect; when there was no initial lead, cases were rarely solved. Detectives spent as an average about four hours on each case, most of it on paperwork”.

(Un estudio de la Rand Corporation encontró que, contrariamente a la imagen creada por los programas televisivos, el trabajo de los detectives era extremadamente improductivo. La mayoría de los delitos se esclarecían en la escena de autos, al identificar el responsable policial al sospechoso; si faltaba la pista inicial, raramente se resolvían los casos. Los investigadores invertían, como media, cuatro horas en cada caso, la mayoría en papeleo).

Bajo un manto retórico repleto de alusiones al principio acusatorio, al juicio justo o a otras tecnicismos jurídicos del Prelegislador se guarda de que el juez durante la instrucción no tenga contacto con las fuerzas policiales sino es por intermediación del Ministerio Público y que al órgano sentenciador no acceda sino una historia reescrita por los interesados. Es la consagración de una justicia negociada que con gran éxito se estila en otros países como una expeditiva manera de reducir el atasco de los tribunales y de privatizar el proceso.

Cuando estas propuestas se combinan con el socavamiento de la acción popular y la introducción del principio de oportunidad, emerge un nítido designio de control político de la investigación criminal. Designio político, dicho sea de paso, que no causa rubor en otros países

democráticos, como en Estados Unidos. La fiscal norteamericana Angela Davis reconoce abiertamente que la “discrecionalidad” (nombre con el que se conoce a esta figura en el mundo anglosajón) es un “mal necesario”. “Mal” por el riesgo de arbitrariedad que entraña; pero, al mismo tiempo, “necesario”, por constituir una herramienta para ejecutar la política criminal del Gobierno. En España, con vergonzante eufemismo, se habla de “oportunidad reglada” para así enmascarar que una propuesta tal encierra siempre un núcleo de decisividad ajeno a la revisión judicial. En términos más llanos: la última palabra a la hora de perseguir los delitos, en determinados supuestos, dependerá de la voluntad de algún individuo, esto es, de criterios subjetivos. Mal casa esta perspectiva con el alardeado anhelo de objetividad.

La conclusión de todo lo expuesto es obvia: el consenso, fraguado entre las formaciones mayoritarias de derecha y la izquierda para desapoderar al poder judicial de la facultad de dirigir la investigación criminal, sirve a los intereses de una clase política acosada por la corrupción y que pierde, día a día, crédito entre los ciudadanos. Las razones aducidas en el Anteproyecto, una vez sometidas a un escrutinio científico, se revelan poco consistentes, cuando no abiertamente contradictorias.

5. Conclusión: propuesta de la Plataforma Cívica por la Independencia Judicial.

Hasta aquí el análisis de la más drástica innovación que incorpora el nuevo texto procesal. Pero la PCIJ también quiere ofrecer un modelo que permita al pueblo español dotarse de un sistema a la altura de las necesidades de una sociedad como la actual, altamente tecnificada e interconectada en un escenario global, donde el crimen organizado ignora, no sólo las fronteras de los partidos judiciales, sino la de los mismos Estados. He aquí nuestra propuesta:

El objetivo de la reforma debe ser asegurar el descubrimiento de la verdad material dentro del más escrupuloso respeto a los derechos de los ciudadanos. A tal fin es necesario robustecer el principio de objetividad, aumentando los controles sobre los investigadores. Y, sobre todo, reducir el error judicial. La absolución de un culpable o la condena de un inocente ejemplifican el mayor de los fracasos concebibles del sistema penal. Todos los principios procesales deben subordinarse a evitarlo.

El poder judicial, al estar investido de independencia frente al poder político, representa en el modelo constitucional actual el instrumento más fiable para conseguir una investigación criminal objetiva y despolitizada. Ahora bien, deben estructurarse mecanismos para minimizar el riesgo de abusos.

En cuanto al temor a los excesos de los magistrados instructores, un buen antídoto sería la creación de “jueces de libertades”, a imitación del modelo galo, pero con mayores facultades. De este modo, un órgano jurisdiccional dirigiría la investigación, mientras que otro filtraría las injerencias más intensas en los derechos fundamentales de las fuerzas policiales. O sea, se separarían las funciones de investigación y garantía, si bien encomendándose las en todo caso a autoridades judiciales.

En lo que concierne a la supuesta pérdida de eficacia, también es interesante acudir a la doctrina francesa y crear “polos de instrucción”, esto es, tribunales colegiados encargados de dirigir la investigación en amplias áreas territoriales, con lo que desaparecería la atomización de los actuales juzgados de instrucción, confinados en sus respectivos partidos. Además, combinarían magistrados noveles y veteranos en el escalafón, con lo que se aunarían juventud y experiencia. Tal como se decía al principio, el debate no debe plantearse en la pueril dicotomía juez instructor contra fiscal investigador, sino que existen otras soluciones que permiten conjugar las ventajas de ambos modelos. Los polos de instrucción son una de ellas.

Y, en lo atinente a la indebida influencia del sumario en el plenario, tal como se ha dicho, basta con extender el régimen de testimonios de las actuaciones según ya ocurre entre nosotros con el Tribunal del Jurado. Aun siendo grandes los riesgos de una opción como ésta, insistamos, se trata de un debate que nada tiene que ver con quién dirija la investigación criminal.

Otras medidas complementarias serían las de profundizar en la destipificación de las infracciones de bagatela y extender el ámbito tanto de los delitos privados como de los semipúblicos medidas que, aunque tímidamente, ya han sido emprendidas por el actual equipo gubernamental. El Legislador español, fascinado por la simbología de la represión criminal, gusta de atiborrar el Código de infracciones de poca monta que colapsan la administración de Justicia. Una mínima dosis de coraje político permitiría concentrar los limitados recursos públicos sólo en la sanción de los ataques más graves contra los bienes jurídicos más preciados. Dado este paso, el principio de oportunidad se revelaría superfluo.

Finalmente, la formación de una verdadera policía judicial a las órdenes de los magistrados instructores contribuiría a reforzar la mayor eficacia que se les reclama. No olvidemos que, en primera y en última instancia, quien investiga el delito son las fuerzas policiales, mientras que el fiscal o el juez se limitan a conducir jurídicamente su labor.

Ni que decir tiene que estas sugerencias no son definitivas, sino tan sólo elementos de reflexión para mejorar nuestro sistema actual. Retomemos, pues, el afán de honestidad intelectual que inspiraba nuestro estudio para así desembarazarnos de los tópicos que enturbien la pulcritud de la ciencia jurídica. La cansina invocación del argumento de derecho comparado para propiciar la introducción del juez instructor pasa por alto que el modelo en nuestro continente se importó por influjo de los ordenamientos anglosajones y, en particular, de los Estados Unidos, cuyo listón de garantías procesales está muy por debajo las exigencias de nuestra jurisprudencia. Un ordenamiento donde la pena de muerte constituye un arma al servicio de una Fiscalía cuyos individuos son elegidos en campañas electorales al estilo de los políticos europeos, no es un ejemplo edificante para nuestra cultura jurídica. No sólo para la europea en general, sino para la española en particular, ya que nuestro ha conseguido uno de los sistemas más garantistas de toda la comunidad internacional. No nos apresuremos a destruirlo. Acabemos citando al magistrado del Tribunal Supremo, don Enrique Bacigalupo, el cual recuerda que los antecedentes del fiscal investigador no siempre han gozado de las credenciales democráticas con las que tan sospechosamente se insiste en presentarlo:

“No deja de ser curioso que el fortalecimiento del fiscal como único responsable de la instrucción haya sido visto por los juristas del nacionalsocialismo como el medio de eliminar la ideología liberal que rechazaban categóricamente, mientras que en la actualidad la instrucción por parte del fiscal sea entendida como una de las manifestaciones del principio de igualdad de armas”.

En suma, cuando el fiscal investigador sirve a regímenes tan diversos como la democracia norteamericana o la Alemania nazi es que, a la postre, lo importante no es quién investiga sino cómo se investiga. Y todos los indicios apuntan a que tanto Gobierno como oposición cooperan en el designio de que jamás la investigación criminal vuelva a representar una amenaza contra sus intereses, lícitos o ilícitos. Esperemos que los ciudadanos españoles no lo toleren.

COROLARIO: RESUMEN FINAL DE LA POSICIÓN DE LA PLATAFORMA

El debate actual está desenfocado, ya que lo importante no es quién investigue, sino cómo se investigue. La investigación debe reunir dos requisitos irrenunciables: 1) Estar orientada al descubrimiento de la verdad; y 2) Ser respetuosa con los derechos humanos. Por tanto, ha de ser objetiva, independiente e imparcial. Estas premisas implican rechazar las posturas doctrinales que conciben la investigación como una manifestación de la política criminal del gobierno. En caso contrario, sus resultados estarían condicionados por la ideología de las personas integrantes del órgano investigador. Así, ante un mismo hecho punible (por ejemplo un delito fiscal) se alcanzarían conclusiones diferentes (según la política económica del Ejecutivo, conservadora o progresista). Semejante diseño atentaría contra la igualdad, además de implicar la renuncia a la búsqueda de la verdad. De ahí la insistencia en la “objetividad” y, por tanto, que investigadores diferentes alcanzasen las mismas conclusiones al margen de sus respectivas preferencias políticas o bien de cualesquiera otras posiciones subjetivas.

Tales interferencias subjetivas no sólo afectan a la dimensión ideológica, sino a cualesquiera otras facetas personales. Muy especialmente, a los llamados “sesgos cognitivos”, es decir, los prejuicios psicológicos que predeterminan la interpretación de la realidad. Por esta razón se escindieron en el pasado las funciones de instruir y juzgar; y por ese mismo motivo deben separarse en el presente los cometidos de investigar y acusar. En coherencia con lo anterior, la investigación criminal, ontológicamente considerada, es una actividad gobernada por principios próximos a los del método científico. Muy especialmente los de la Psicología, de la que tiene que recabar ayuda el Derecho para asegurar que las decisiones de los órganos competentes (en cualquier fase del proceso) no estén contaminadas por prejuicio alguno. De ahí que el modelo procesal (acusatorio, inquisitivo o mixto) no aparece como una cuestión esencial, sino accidental, estrictamente subordinada a una búsqueda de la verdad respetuosa con los derechos humanos. Así, la reforma de nuestro actual proceso penal ha de tomar como objetivos esenciales la evitación del error judicial y la corrupción de los órganos investigadores, cuestiones menores en la actual doctrinal patria, pero que constituyen el mayor motivo de preocupación ciudadana.

Corolario de las actuales premisas es que la investigación criminal, hoy por hoy, debe seguir dirigida por los jueces, por ser estos los únicos constitucionalmente dotados de independencia e imparcialidad, lo que no descarta futuras reformas siempre que supongan profundizar en su carácter objetivo, con abstracción de quien ostente legalmente su titularidad.