



**DE LA JUDICIALIZACION DE LA
POLITICA A LA POLITIZACION DE LA
JUSTICA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO
CRIMINAL AL NUEVO CODIGO PROCESAL
PENAL**

MARÍA TERESA GALÁN ABAD

**Artículo presentado al
I Concurso por la Independencia Judicial 2013**

© María Teresa Galán Abad

Editorial Dykinson S.L. – C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Tlf. 915442846 / 69 – info@dykinson.com – www.dykinson.com

DE LA JUDICIALIZACION DE LA POLITICA A LA POLITIZACION DE LA JUSTICA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL AL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

MARÍA TERESA GALÁN ABAD

INTRODUCCION

El presente trabajo, es una reflexión crítica al Proyecto de Código Procesal Penal, que gira en torno al imposible anclaje constitucional del nuevo Ministerio Fiscal por cuanto que ha sido coronado como si de un Juez se tratara, con potestades jurisdiccionales

Disgusta más aún el que para conseguirlo nuestro Juez de Instrucción haya sido tratado de una forma iconoclasta, por cuanto que este Proyecto borra de su memoria la extraordinaria labor de dichos Jueces ha realizado. Ellos, que compusieron el último escalafón, sin contar ni con los más rudimentarios medios en muchos casos, han sido capaces de llevar la justicia tanto a la última aldea de la geografía, como otras de enfrentarse al poder político, fuera del signo que fuera.

Para justificar estas palabras, nada como reproducir las que sirven de pórtico a esta reforma en la Introducción de su Exposición de Motivos:

“(...) El nuevo Código de Proceso Penal configura un sistema de investigación y enjuiciamiento moderno, ágil y equilibrado, que se atreve a romper con la perniciosa tradición jurídica inquisitorial y atribuye la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, sin duda una de las novedades más sobresalientes.

Se ha calificado al Juez de Instrucción como el heredero del Inquisidor”

Frente a estas palabras, comparativamente, el Fiscal recibe un trato tan benevolente, que no solo no logra convencer, sino que trasluce una evidente falta de objetividad. Y así dice:

“Constitucional y culturalmente no cabe plantearse en nuestro país la supresión del principio de objetividad en la actuación del Ministerio Fiscal que debe mantenerse incólume.

*(...) Aunque desde una **injustificada desconfianza** hacia la Fiscal, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica se esgrimen como argumentos contra la reforma, lo cierto es que precisamente los expresados principios constitucionales permiten la aplicación de criterios coherentes y el **seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal.***

La lectura de estos párrafos, sorprende sobremanera, pues nuestra actual Ley de ALONSO MARTINEZ tan y como se afirma no es tributaria, ni mucho menos, de esa justicia inquisidora nacida en la Edad Media, en la proceso pasó ser inquisitivo por cuanto que se convirtió en un instrumento de averiguación de la verdad (su verdad) material, por encima de cualquier garantía procesal.

Este sistema, que logro pervivir, no solo en España, sino en toda Europa continental durante los siglos XIII a XVIII, de ninguna manera fue en el que se apoyó el legislador liberal de nuestra LECrim.

Es más, en España, fue pionero el desarrollo del instituto del procesamiento del imputado, rectamente interpretado, tal y como destacó el insigne procesalista ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO.

En sus propias palabras, dijo:

□Merced a él, mucho antes de las decantadas reformas francesas de 1897, el presunto culpable gozaba en España de cuantas garantías y derechos son compatibles con el desarrollo de la instrucción dentro de un enjuiciamiento penal de tipo mixto□

Es por ello, que bien al contrario, debería decirse que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, no solo no es heredera del modelo inquisitorial, sino que hunde sus raíces en nuestra más brillante tradición jurídica, nacida bajo los auspicios de la Ilustración.

Sus aires frescos, rompieron con el Antiguo Régimen, logrando humanizar el derecho penal a través del desarrollo del derecho fundamental de defensa.

El hito histórico de este gran paso, lo constituye la Constitución de Cádiz de 1812, que pasa de un modelo penal inquisitivo al modelo **que pervive en la actualidad, a saber, el acusatorio formal o mixto**. Modelo éste, en el que se inspira toda la obra de ALONSO MARTINEZ.

Discurso preliminar a la Constitución de 1812:

“De todas las instituciones humanas ninguna es más sublime ni más digna de admiración que la que limita en los hombres la libertad natural, sujetándola al suave yugo de la ley.”

Nuestra tan injustamente criticada LECrim de 1882, ya destacaba por desarrollar un principio acusatorio avanzado, por dividir el proceso en instrucción y juicio oral, atribuyendo la competencia para realizar estas dos fases del procedimiento a dos órganos judiciales diferentes. Igualmente, se consagra por vez primera la acusación particular y la acusación privada, se fortalece el derecho de defensa, se vincula el nacimiento de la imputación al auto de procesamiento y se establece el derecho del acusado a ser juzgado en juicio oral y público.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, fue así considerada por GOLDSCHMIDT (1910-1989) como el mejor Código procesal del orbe, con una regulación que trataba de garantizar al procesado los derechos inherentes a la dignidad humana.

Torres Dulce en el libro sobre La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se recogen las aportaciones de diferentes juristas, en su página 84 dice:

“La configuración de la fase de instrucción sumarial y su atribución a un Juez supuso en la LECrim de 1882 un excepcional hallazgo de liberalismo político y legislativo que no se puede dilapidar ni disminuir, como con frecuencia ha expresado el Profesor Luis M^a Díaz Picazo. La superación histórica del sistema inquisitivo con la la indeseable presencia invasiva del Ejecutivo e incluso del Estado, la dotación de un estatuto de independencia al Juez que instruye, e incluso de imparcialidad al Fiscal que inspecciona la instrucción judicial, son conquistas inalienables y no deben ponerse en peligro alguno y menos si no se atisban las ventajas que el cambio de sistema pueda proporcionar”

Llegados a este punto, y centrándonos en la figura del Fiscal, tal y como está configurada en nuestro Ordenamiento Jurídico; primero por el Constituyente y luego por el Legislador Ordinario, lo primero que habría que decir, es que jamás fue concebido como órgano instructor del proceso penal. Razón por la cual, nunca se le atribuyó el principio de independencia.

Ello no ha significado ningún desdoro para el MF, por cuanto se le instituyó como un defensor de otros no menos importantes principios como el de legalidad, así como el interés general en atención a criterios de política criminal.

Así, contrariamente a lo que se dice en el Proyecto del Código de Proceso Penal, el Ministerio Fiscal, en la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870, quedaba definido como: **el Órgano que asumía la representación del Gobierno** en sus relaciones con el Poder Judicial. Configuración, ésta, que se ha mantuvo en su Reglamento Orgánico de 1969, cuyo artículo primero establecía que:

El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia
()

El actual artículo art. 29 de EOMF (Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) sigue la misma línea:

Artículo 29:

“Uno. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial, eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión.”

Sin embargo, y pese a la configuración de nuestro MF se le reprocha al Juez de Instrucción que:

“(…) pierde la imparcialidad para la emisión del juicio de acusación”. Igualmente, se vuelve a cometer un error de conceptualización respecto de la figura del Juez de Instructor, por cuanto que al mismo, no le compete realizar juicio alguno de acusación.

Bien al contrario, la principal misión del mismo es fijar el objeto del debate, pero nunca realizar juicio alguno de acusación, que queda reservado al Ministerio Fiscal.

Esto queda perfectamente expresado en palabras del T.S.:

Sentencia de la Sala 2ª, S 10-2-2010, nº 94/2010, rec. 981/2009:

“Igualmente la STS 179/2007, de 7 de marzo EDJ 2007/19757, declara que el auto de transformación vincula a las partes en cuanto a los hechos imputados y en las personas responsables, pero no en las calificaciones jurídicas que el Juez formule, por cuanto el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado no tiene por finalidad y naturaleza la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones de modo que la ausencia de determinación expresa de un delito en dicho auto no impide que pueda ser objeto de acusación, siempre que el hecho estuviese imputado cuando el acusado prestó su declaración y pudiera solicitar las oportunas diligencias sobre el mismo (STS 1532/2000, de 9 de noviembre EDJ 2000/30252).”

Llegados a este extremo, alcanzamos el momento de máxima preocupación por cuanto que este Proyecto de Código Procesal Penal -en adelante PCPP- se JUSTIFICA ESTA REFORMA UTILIZANDO LOS PRINCIPIOS MAS PELIGROSOS Y ANTITETICOS AL PODER JURISDICCIONAL:

- Unidad.
- Dependencia jerárquica.
- Principio de oportunidad

Ello en aras a justificar, el seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal.

PRINCIPIO DE UNIDAD Y DEPENDENCIA JERARQUICA

El PCPP hace gala de estos dos principios, que si bien son meritorios en la organización militar, no son dignos de admiración, ni deben constituir meta alguna en la esfera judicial.

Pese a ello, ambos principios se defienden no solo al regular el MF, sino también la organización de la Policía Judicial.

El nuevo art. 80 del CPP, extrae a la Policía Judicial del Ministerio del Interior, algo, en principio, loable si no fuera porque pasa a integrarla orgánicamente dentro del Ministerio Fiscal, desvinculando a la Policía del Poder Judicial.

Pues bien, dicho precepto colisiona, nada menos, que con el art 126 de nuestra Constitución. El referido artículo 80 dice:

“La Policía Judicial queda integrada orgánicamente en el Ministerio Fiscal.”

“La Fiscalía General del Estado dictará las circulares e instrucciones de funcionamiento de la Policía Judicial que entienda precisas para el buen funcionamiento del servicio”

De facto, con esta organización vertical, el ciudadano, tendría frente a él al propio Estado, viéndose obligado, en muchos casos, a buscar fuera de la instrucción las fuentes de prueba necesarias para su exculpación, con un coste inasequible para nuestra clase media.

A la vista de todo lo dicho, la pretendida unidad de criterios, sin duda alguna provocará una concentración de poder en torno al Ejecutivo, que como ojo de huracán tocará tierra a través de la Policía Judicial.

Finalizar este apartado, mostrando desacuerdo con el argumento esgrimido de que esta reforma se hace necesaria para lograr armonizar nuestra instrucción penal con el modelo seguido en los otros países democráticos.

Este es, también, un argumento inconsistente, pues no existe un modelo uniforme de Ministerio Fiscal. Y lo que es peor aún, con esta reforma no lograremos compartir lo más impor-

tante para muchos de esos países, a saber, la búsqueda de la independencia del Fiscal frente al Ejecutivo.

Terminar este apartado, con una somera pero didáctica reflexión de Díaz Picazo, contenida en la página 93 en el libro titulado la Posición del Fiscal en la investigación penal, en el que nos hace un somero recorrido sobre el panorama de la figura del MF en Derecho Comparado:

“En este punto es indispensable hacer una observación de derecho comparado: en todos los países donde, de una manera u otra se atribuye la investigación penal al fiscal, el Ministerio Público no es una estructura unitaria y jerárquica.

En los Estados Unidos, los fiscales son locales y electos.

En Alemania, la organización jurisdiccional, salvo por lo que se refiere a los tribunales supremos, es competencia de los Lander.

Y en Italia, donde la atribución al fiscal de funciones investigadoras se introdujo sobre un modelo originario de Ministerio Público de corte francés, la concentración de poder es evitada por el hecho de que los últimos decenios han asistido a una constante erosión del principio de jerarquía, que hoy puede considerarse inexistente de hecho e incluso, de derecho. Por el contrario en España la atribución de la investigación penal al Ministerio Fiscal se produciría en un contexto innegablemente jerárquico. Ello produciría una preocupante concentración de poder.”

En cuanto al modelo italiano, decir, que sus fiscales, inclusive son magistrados.

Cree esta autora, que en los difíciles tiempos donde la corrupción política se ha hecho sistémica, no podemos correr el riesgo de estatalizar nuestra Justicia, pues sin pretenderlo, con ello podríamos estar sembrando el germen de un Estado Policial al servicio de gobiernos de uno u otro signo.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Éste es otro principio que debe ser criticado, especialmente, porque llega en un momento de gran debilitamiento de la división de poderes en nuestro Estado, lo que podría significar el ocaso de nuestro Estado de Derecho.

El principio de oportunidad, es un principio absolutamente ignoto e indeseado en la Constitución al regular el Poder Judicial, como titular exclusivo de la potestad jurisdiccional.

Bien al contrario, se ordena actuar al Poder Judicial actuar siempre bajo un único criterio orientador, el principio de legalidad, de la misma forma que la Estrella Polar es al navegante.

Pese a ello, el principio de oportunidad ha logrado filtrarse a través del Proyecto, alejando a nuestro ius puniendi del sistema garantista con el que se le había tratado de salvaguardar, tanto por nuestro legislador, como por nuestra jurisprudencia.

El principio de oportunidad, arrancará a la Diosa Themis de la venda en los ojos que siempre la caracterizó, en clara alusión a la imparcialidad y al trato de igualdad que siempre la guiaba cuando resolvía.

En atención a dicho principio, la justicia podrá decaer o ser impetrada, en base, a criterios ajenos al derecho, como lo son los políticos o los económicos. Ello, que duda cabe, sesgará de arbitrariedad la acción penal, ora humanizándola, pero también agravándola, a conveniencia del poder político.

En nuestro caso, la falta de una configuración tasada de los supuestos en los que debería aplicarse, hacen que su control sea especialmente resbaladizo.

Efectivamente, en la legislación alemana, francesa, irlandesa, noruega luxemburguesa se establece la aplicación de dicho principio de forma tasada; para ciertos delitos o delincuentes y siempre bajo la inspiración de criterios humanizadores que serán los que sirvan de base al fiscal para que se abstenga de ejercer la acusación en determinados casos.

Nada de eso ocurre en el nuevo texto que lo consagra sin delimitación alguna.

Un claro ejemplo de cuanto se dice lo podemos encontrar en el **Art 91 PCPP**, que viene a establecer como causa de **exoneración de responsabilidad** penal el siguiente caso:

*“4.- Cuando el autor o participe de un hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito, si ha prestado plena **colaboración** con la Administración de Justicia y la misma ha sido de **suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado.**”*

INCONSTITUCIONALIDAD DEL FISCAL INVESTIGADOR CON FACULTADES JURISDICCIONALES

El fortalecimiento de la figura del MF se ha logrado a costa de un vaciamiento de muchas de las consustanciales facultades jurisdiccionales del Juez de Garantías. Sin embargo, esta construcción legal entra en clara colisión con uno de los derechos que componen el núcleo más duro del bloque de constitucionalidad.

Nos referimos al derecho a la **tutela judicial efectiva** consagrado en el ART 24 de la Constitución, en concordancia con el art 117.

Dicho principio inspira todo el modelo constitucional del proceso penal.

- Art 24 CE:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales”.

El art 24 de la CE, consagra el eje básico del proceso penal, por cuanto que toda la actividad jurisdiccional se reserva y otorga de forma exclusiva al Poder Judicial.

- El art. 117 CE:

“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley.

Los Jueces no podrán ser separados (...)

*El ejercicio de la **potestad jurisdiccional** en todo tipo de procesos, **juzgado y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales** determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”*

La diferente concepción del MF por el Constituyente queda bien patente, con la simple lectura del precepto al mismo dedicado:

- Artículo 124. 1 de la CE:

*“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 estos la satisfacción del interés social.***

El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de

unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción en todo caso a los de legalidad e imparcialidad.”

Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez Peñero en el Libro Comentarios a la Constitución Española, en el apartado referido a la potestad jurisdiccional dice respecto de ella:

*“El ejercicio de la potestad jurisdiccional, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales. La reserva de jurisdicción expresa en España el principio de jurisdicción absoluta y no puede importar modelos europeos que colisionan con el modelo que el constituyente de 1978 verdadero representante de la soberanía nacional que eligió, en el que **la reserva jurisdiccional a favor de los Juzgados y Tribunales no conoce excepciones**”.*

Nuestro Constituyente, en este sentido emplea un claro vocablo para referirse a la función del Fiscal, a saber, el verbo PROMOVER la acción de la justicia. Palabra esta radicalmente diferente al de IMPARTIR que es el que verdaderamente abarca la acción de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Llegados a este punto, debemos respondernos a las preguntas claves.

¿Al igual que ocurre dentro del procedimiento civil con la Audiencia Previa - preliminar al Juicio- podemos decir, que en la Instrucción -también antecedente- al Juicio no se ejercen funciones jurisdiccionales?

¿Realmente el Proyecto le otorga potestades jurisdiccionales al MF?

Y de ser así, ¿Cuáles son?

ORTELLS RAMOS en su estudio sobre la Instrucción por el Ministerio Público sostiene la naturaleza propiamente jurisdiccional de la misma:

“En una primera aproximación puede sostenerse que son ejercicio de la potestad jurisdiccional:

- a) Resoluciones sobre medidas cautelares.
- b) Resoluciones restrictivas de derechos, sin carácter cautelar generalmente instrumentales respecto de la obtención y examen de las fuentes de prueba.
- c) Las resoluciones sobre la admisión de la acusación (admisión de la querrela y de personación del acusador particular, procesamiento y sobreseimiento-apertura juicio oral) en cuanto son ejercicio de potestad de dirección procesal respecto al proceso de declaración.
- d) Práctica anticipada de la prueba.”

Como se verá más adelante, el PCCP otorga al MF todas estas facultades excepto una, la referida a la potestad para poder practicar prueba anticipada.

Seguidamente, se analizarán los actos jurisdiccionales atribuidos al Ministerio Fiscal en el Proyecto, pero no sin antes evidenciar, quienes son los grandes damnificados por cuanto que son los grandes olvidados.

LOS GRANDES OLVIDADOS DEL PROYECTO DEL CODIGO PROCESAL PENAL

- El Tribunal de Garantías.
- La acusación popular.

EL TRIBUNAL DE GARANTIAS.

Es esta una figura que se estima escasamente desarrollada, pese a ser una figura de nuevo cuño en nuestro Ordenamiento Jurídico. Efectivamente, tan solo se le dedica un artículo, el 241. Dándose además la circunstancia de tener un contenido meramente limitativo y restrictivo de sus nuevas funciones.

- **El art. 241** Potestades del Tribunal de Garantías durante la fase de investigación:

“Corresponde al Tribunal de Garantías el control de la fase de investigación mediante las actuaciones previstas expresamente por la Ley.

Durante el transcurso de las Diligencias de Investigación, el Tribunal de Garantías solo podrá acordar el sobreseimiento de la causa a instancia de alguna de las partes, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, por plazo de cinco días, cuando los hechos carezcan manifiestamente de relevancia penal. El auto de sobreseimiento será recurrible en apelación.”

Como se puede comprobar, al actual Tribunal de Garantías se le hurta de la tradicional facultad ex officio que le correspondía para sobreseer cualquier causa.

Poner de relieve igualmente, que el Juez de Garantías sufre un agravio comparativo frente al Fiscal, puesto que éste no solo es ensalzado inusitadamente en la Exposición de Motivos, sino que también se le dedica expresamente nada menos que el Capítulo III, del Título II, del Libro I y el Título II, del Libro II.

DE LA EXTINCION DE LA ACUSACION POPULAR.

Este es uno de los aspectos más conocidos de esta reforma. Es por ello, que con la finalidad de no cansar al lector, tan solo se le ofrecerá la docta opinión que de esta prestigiosa figura procesal hace Luis María Díaz-Picazo:

“Soy consciente de que la acción popular, que es una peculiaridad española, tiene muchos críticos; pero **su existencia está garantizada por el art. 124. 5 de la Constitución** y,

además, existe sobre ella una jurisprudencia del Tribunal Constitucional sumamente expansiva y garantista. () Hoy en día, la acción popular funciona porque la investigación es dirigida por el juez de instrucción: y ello, en algunas ocasiones, contra el parecer del fiscal. ¿Qué pasaría en estos casos si la dirección de la investigación correspondiera al fiscal? Hay ejemplos, más o menos notorios en la mente de todos”

Merece mención el caso Filesa, seguido contra el criterio del Ministerio Fiscal, el caso Bankia por UPyD.

¿DESAPARICION O REFORZAMIENTO DEL MODELO INQUISITIVO?

Si en este Proyecto la intención fue el dismantelar la investigación, haciendo desaparecer todo vestigio del sistema inquisitivo, como lo es el secreto y la

hipertrofia de la instrucción, podemos decir que este Proyecto ha fracasado.

Se entiende que esto es así en base a:

- La pervivencia de las Diligencias de Investigación, preprocesales.
- Y la introducción, de lo que se ha dado en llamar extrañamente, como Carpeta del Fiscal.

El artículo 5 del EOMF regula las Diligencias de Investigación:

□También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye□.

Como puede verse, el MF dispone de una investigación criminal preprocesal y por tanto fuera del control judicial.

DE LA CARPETA DEL FISCAL

Queda regulada en el artículo 431

“La Carpeta del Ministerio Fiscal incluirá las actas de las diligencias de investigación practicadas que no puedan ser incluidas en la carpeta del Tribunal de Juicio que sean relevantes para el ejercicio de su función. En todo caso el Ministerio Fiscal incluirá en su Carpeta las diligencias de declaración en fase de investigación del encausado y también de testigos y peritos cuya declaración en juicio proponga cualquiera de las partes”

La Carpeta del Fiscal, se forma por él mismo, una vez de por terminada la investigación. Aunque antes de ello, el procedimiento primero, recorrerá (de forma muy resumida) los siguientes hitos.

Primero, el Fiscal dictará el Decreto de Conclusión de las investigaciones ex art. 417 y formulará a su vez el escrito de acusación (art. 422).

Segundo, la causa será remitida al Tribunal de Garantías.

Tercero, el Tribunal de Garantías recibirá entonces la causa y conferirá primero traslado, a las demás acusaciones para que formulen sus acusaciones (art 423) y después a las defensas (art 427).

Cuarto, el Tribunal de Garantías dictará el Auto de apertura de juicio, con la formación de la Pieza Principal, en la que se incluirán las diligencias que las partes soliciten.

Es ahora cuando el MF por su parte, abrirá su carpeta.

Posteriormente, el Tribunal de Garantías remitirá la causa al Tribunal de Juicio, (art 436) pero obsérvese que no se remite la causa de forma completa, sino con un contenido restringido. Efectivamente, la causa contendrá los escritos de las partes, el auto de apertura de juicio oral, y las piezas (la Principal y las de medidas cautelares).

Si se observa, la Carpeta del Fiscal tiene una existencia autónoma de la Pieza Principal y del resto de la causa, ya que su contenido lo elige el Fiscal, solo él lo conoce y es él quien en el Juicio podrá hacerlo valer.

Es la figura de la CARPETA DEL FISCAL lo más inquietante de este Proyecto, por cuanto que nos traslada al procedimiento más inquisitorial. Aquél que aparece caracterizado por la re-

serva de pruebas y cargos, sobre los que guardaba secreto el fiscal, hasta el momento mismo del juicio.

De dicha misteriosa Carpeta del Fiscal, vuelve a hablarse en el **art. 449**, que establece que:

“Cuando la declaración del encausado prestada en el juicio oral presente significativas contradicciones con lo declarado en la fase de investigación, la parte que estuviere practicando el interrogatorio podrá pedir del Tribunal que se proceda a la lectura o audición de lo manifestado por el encausado con anterioridad.

Para la lectura de la declaración anterior el Magistrado o Presidente del Tribunal solicitará al Fiscal que entregue al Secretario Judicial el acta obrante en la Carpeta del Ministerio Fiscal

Después de leída la declaración por el Secretario Judicial, se devolverá al Ministerio Fiscal el acta y el Magistrado o Presidente del Tribunal invitará al encausado a que explique la diferencia o contradicción que observe entre sus manifestaciones.”

Como puede comprobarse, en palabras llanas, el Fiscal vuelve a jugar con ventaja, inclusive, frente al propio Tribunal.

DE LA INCONSTITUCIONAL DESVINCULACION DE LA POLICIA JUDICIAL RESPECTO DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES.

Es el Título III, el título en el que se regula el más importante instrumento del que se sirve la investigación penal, a saber, la Policía Judicial. Ello es así, por cuanto que podrá aportar prueba preconstituida por su irrepetibilidad, así como por las amplias facultades de coerción que este Proyecto le concede.

Pero además de ello, la Policía Judicial ya en la actualidad, había adquirido una importancia desconocida anteriormente, por cuanto que su gran especialización, y los medios con los que cuenta, hacen que sus minuciosas y largas investigaciones, se conviertan en la reina de las pruebas, adquiriendo éstas tal peso que frente a ellas el particular vea muy mermadas sus posibilidades de defensa.

Es por ello, que la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal junto al sometimiento de la Policía a la dependencia funcional y orgánica del Ministerio Fiscal, determinará que el particular se vea enfrentado, lisa y llanamente, al propio Estado.

Dicho esto, y volviendo al rediseño de la dependencia total de la Policía al Ministerio Fiscal, debe exponerse que resulta inadmisiblemente constitucionalmente, por cuanto que nuestra *norma normatorum*, ordenó la dependencia de la Policía Judicial tanto, a los Jueces y los Tribunales como al Ministerio Fiscal.

El **artículo 126 de la CE** dispone que:

“La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.

En el mismo sentido se pronuncia la LOPJ en su artículo 547, así mismo nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art 283.”

El artículo 80 del PCPP que a continuación se reproducirá, rompe con el equilibrio alcanzado entre la investigación judicial y la aplicación de una política criminal, usurpando así al Poder Judicial toda posibilidad de participar junto a la Policía en la investigación criminal, desde unos criterios de independencia y por tanto imparcialidad de los que el MF carece.

Art 80 PCCP

“1.- La Policía Judicial queda integrada orgánicamente en el Ministerio Fiscal. La Ley de Organización y Funcionamiento de la Policía Judicial establecerá su estructura, el estatuto de su personal y su forma de actuación.

2.- La Fiscalía General del Estado dictará las circulares e instrucciones de funcionamiento de la Policía Judicial que entienda precisas para el buen funcionamiento del servicio.”

Art 81 Obligación de colaboración con la Policía Judicial.

“Los funcionarios integrantes de la Policía Judicial tendrán el carácter de comisionados del Ministerio Fiscal y podrán requerir el auxilio necesario de la autoridades y de los particulares.”

ACTOS JURISDICCIONALES ATRIBUIDOS AL MINISTERIO FISCAL.

Sin duda alguna la lectura de estos artículos probablemente lleve al lector a recorrer los extraños mundos de Orwell en la novela 1984 o del Nacismo.

LA DETENCION

Art 165 Detención ordenada por el Fiscal.

“1.- El Fiscal ordenara por decreto la detención en cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 162”.

La detención del MF, rompe con las más mínimas garantías de defensa, por cuanto que el decreto del Fiscal, no requerirá ni tan siquiera de motivación en los siguientes casos:

Art. 126 Actos del Ministerio Fiscal, párrafo 3º:

“Cuando el decreto tuviere por objeto la detención de una persona deberá ser motivado, SALVO URGENCIA ACREDITADA.

APERTURA DE DILIGENCIAS DE INVESTIGACION

Este era -como se recordará- otro de los actos eminentemente jurisdiccionales de los que se priva al Juez de Garantías.

A) Mediante denuncia previa

Art 242 PCPP

“1.-El Ministerio Fiscal dictara decreto de apertura de Diligencias de Investigación (...).

2.-Pese a la concurrencia de los requisitos establecidos en el apartado anterior, el Ministerio Fiscal podrá archivar la denuncia o el atestado sin la apertura de Diligencias de Investigación (...).”

LA DENUNCIA ANONIMA

Art 24 PCPP

“El decreto de apertura de las Diligencias de Investigación deberá contener la siguiente información:

1.-(...)

2.- La fuente de conocimiento de la noticia del hecho punible por el Ministerio Fiscal, salvo si la Ley dispone o autoriza el ANONIMATO DE LA FUENTE.”

Con ello se produce la peligrosa consagración definitiva de la DELACION o denuncia anónima, cuya validez, ya estaba admitida en base a un desarrollo jurisprudencial reciente del TS en Sentencia 11 abril de 20013, pero con sumas precauciones.

B) Mediante querella

El art. 256. Decreto del Ministerio Fiscal

(...) el Ministerio Fiscal dictará decreto en el que acordara:

a) la apertura de Diligencias de Investigación sobre el hecho relatado en la querella si se cumplen los requisitos legalmente previstos para ello;

b) (...)

c) su inadmisión y el archivo si el hecho no presenta caracteres de delito, es inverosímil o no puede ser perseguido

() acordará también tener al querellante por parte acusadora si cumplen los requisitos legalmente previstos para su actuación como acusador popular o particular o como actor civil.

Todas estas decisiones, suponen el ejercicio de potestades jurisdiccionales por parte del MF, y aunque sean impugnables ante el Tribunal de Garantías, en puridad, el juicio valorativo es de tal calado, que debió ser atribuido, siempre, prima facie al Tribunal de Garantías.

INSPECCIONES E INTERVENCIONES CORPORALES E INVESTIGACION MEDIANTE ADN MEDIANTE COERCION FISICA.

El Proyecto regula esta materia en sus art 281 a 293.

En primer -y casi en último lugar- se procede a la transcripción de dichos preceptos, cuya simple lectura no requeriría de más comentarios:

Art 281. Registros corporales externos.

1 (...)

"2. Si el registro se lleva a cabo palpando el cuerpo del sospechoso o dejando a la vista partes del cuerpo que normalmente estén cubiertas por ropa, se llevará a cabo por un agente del mismo sexo que la persona sometida al cacheo y el registro se desarrollara en un lugar reservado fuera de la vista de terceros, salvo que exista una situación de urgencia o de los registros corporales a que se refiere el presente artículo podrá llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Como puede verse el cuerpo del detenido podría quedar desnudo, incluso en un lugar público, sin autorización judicial.

Art 284 Intervenciones corporales

Cuando la investigación del delito exija la práctica de una intervención con el fin de extraer cualquier sustancia u objeto alojados en el interior del cuerpo del sospechoso, de forma que su práctica exija la administración de anestésicos y sedación resultará indispensable la autorización judicial, aun cuando el afectado hubiera prestado su consentimiento.

Si el afectado hubiera consentido y concurrieren razones de urgencia vital que impidan el aplazamiento de la intervención, el Fiscal podrá autorizar su práctica, dando cuenta inmediata al Tribunal de Garantías.

¡Sin comentarios!.

Art 286 Terceras personas.

"1.- Los registros, exámenes e intervenciones corporales regulados en los artículos precedentes, podrán ser también practicados A TERCERAS PERSONAS A QUIENES NO SE IMPUTE LA COMISION DEL HECHO INVESTIGADO, siempre que ello resulte indispensable para su esclarecimiento."

Todos estos preceptos, son inconstitucionales al no exigirse una absoluta reserva judicial para realizar tan graves actuaciones no solo sobre el cuerpo del sospecho **sino de cualquier otra persona.**

Igualmente son contrarios a nuestra tradición jurisprudencial por cuanto que es mayoritariamente contraria a la utilización de medios coercitivos en las intervenciones corporales.

La tan criticada Ley de Alonso Martínez, jamás concedió habilitación legal alguna para éstas prácticas.

En este sentido tenemos la **archiconocida STC 207/1996:**

"no encontrará en esta el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de dichos elementos de la persona del imputado. Sin que pueda en ningún caso constituir en su misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts 10.1 y 15 CE) FJ4"

Esta regulación es radicalmente inconstitucional por cuanto que:

1. No hace reserva jurisdiccional absoluta a la imposición de tales medidas coercitivas, pues las mismas pueden ser impuestas: ora por la propia Policía al desnudar al sospecho, ora por orden del Ministerio Fiscal cuando exista una urgencia vital, pues ésta habilitará la administración de anestésicos inclusive sin consentimiento del afectado.

2. **Puede aplicarse a personas que no sean ni tan siquiera sospechosas.** Inadmisibile es la extensión de la vis física a TERCERAS PERSONAS sin especificar qué participación tengan, ni la gravedad de la misma.

3. **No hace proscripción de la utilización** de la fuerza física, y se avala el uso de anestésicos y sedaciones contra la voluntad de cualquier persona incluso no sospechosos

Con estos preceptos, se cruzan las fronteras infranqueables que protegían la dignidad mental y física de la que todo ser humano es merecedor.

Su aceptación, podría dar lugar a deleznable actuaciones que jamás podrían reputarse como proporcionadas, ni legítimas, en un Estado que se crea merecedor del calificativo de democrático, salvo, que quiera dejar sobre papel mojado:

- *El art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.*
- *El art 7 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y*
- *El art 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que proclama:*

“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

José Francisco Etxeberria, en su interesantísimo libro titulado: Las intervenciones corporales, aborda entre otras posiciones la inadmisibilidad del recurso a la coacción física, ofreciéndonos dos ejemplos Europeos:

- el sistema británico instaurado por la PACE británica Police and Criminal Evidence Act 1984, aplicable en Inglaterra y Gales, en su sección 62, no admite excepción alguna al requisito del consentimiento adecuado para la obtención de muestras íntimas.

Si el inculpado se negase no cabría el uso de la fuerza física.

Ahora bien, se impone como contrapeso, **la doctrina de la adverse inference**, que permite al Tribunal o Jurado extraer deducciones negativas de la negativa:

10)Where the appropriate consent to the taking of an intimate sample from person was refused without good cause, in any proceedings against that person for an offence—

(a)the court, in determining—

(i)whether to commit that person for trial; or

(ii)whether there is a case to answer; and

[F10(aa)a judge, in deciding whether to grant an application made by the accused under[F11 paragraph 2 of Schedule 3 to the Crime and Disorder Act 1998 (applications for dismissal); and]]

F11(b)the court or jury, in determining whether that person is guilty of the offence charged, may draw such inferences from the refusal as appear proper F12. . .

La segunda alternativa y ante la negativa del inculpado a someterse a pruebas corporales en el marco procesal europeo, **sería la sanción penal**, que también se recoge en Inglaterra y Gales en la Road Traffic Act de 1988.

- Austria es la más respetuosa con el imputado, por cuanto impide cualquier investigación médica sin consentimiento del inculpado.

VIGILANCIAS POLICIALES SISTEMATICAS.

Art 329.- Vigilancia sistemáticas.

1.-La realización de vigilancias policiales sistemáticas del sospechoso que tengan una duración no interrumpida superior a treinta y seis horas o que se desarrollen durante más de cinco días no consecutivos en el periodo de un mes, deberá ser **autorizada por el Ministerio Fiscal.**

2.-(...)

3.-La medida también podrá tener por objeto la vigilancia de **personas diferentes del sospechoso**, cuando se disponga de indicios de que estas personas mantienen contacto con el mismo o lo van a establecer y podrá llevarse a efecto aunque afecte de modo inevitable a terceros.

4.-Las vigilancias policiales sistemáticas tendrán una duración máxima de seis meses y podrán ser prorrogadas por otros tres meses cuando se justifique suficientemente su necesidad.

Art 330 .-Captación de imágenes en espacios públicos.

1.-Durante el desarrollo de las vigilancias a las que se refiere el artículo anterior, la **Policía Judicial** podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada

2.- La medida podrá ser llevada a cabo aun cuando afecte a **personas diferentes del sospechoso** (...)

En este artículo tampoco se encuentra referencia alguna al Juez de Garantías.

Art 331 Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización.

“No obstante lo previsto en el apartado primero, si la utilización de los dispositivos técnicos de seguimiento y localización fuera URGENTE, de manera que la demora en la obtención de la autorización pudiera frustrar los fines de la investigación, el Ministerio Fiscal podrá autorizar el usos de los mismos (...)”

Como puede observarse en estas medidas de vigilancia policial, tampoco existe una reserva exclusiva jurisdiccional.

Sin embargo, la intensidad, la duración y la posibilidad de que puedan ser sometidos a dichos seguimientos, sin control judicial, “**personas diferentes del sospechoso**”, supone cruzar una línea roja que nos situará frente a un **Derecho penal de nuevo cuño, el denominado como del enemigo**, cuyo principal autor es el jurista alemán Jacobs.

Decir, que esta doctrina es rechazada mayoritariamente, por cuanto que sus planteamientos políticos criminales, producen la hipertrofia del Derecho Penal, tanto del sustantivo, como del procesal, por cuanto que avanza criminalizando numerosas conductas de la vida ciudadana, en aras a proteger intereses de política criminal.

Es ésta, una concepción llena de peligros para la noción del ius puniendi propio de nuestro Estado de Derecho, por cuanto que desplaza el concepto de delito al concepto de peligrosidad, y el concepto de delincuente al de enemigo del sistema.

Es este un derecho nacido bajo el convencimiento de que existen enemigos sociales o del propio sistema, considerándose así a los terroristas o a grupos organizados criminales, así como a los delincuentes habituales y reincidentes, lo que supone un endurecimiento del derecho penal sustantivo y por supuesto del procesal.

Esta concepción la podemos reconocer perfectamente en la evolución de nuestro derecho penal, cada vez más invasor. Lo podemos comprobar en la gravedad con la que se castigan los delitos económicos (lesividad social o en los de pertenencia a organización criminal. Pero también lo encontramos en la nueva reforma del Código Penal con la prisión permanente revisable, en la que nuestro Derecho ha renunciado al principio rehabilitador y resocializador de la pena.

Sin embargo, sus peligros son mayores que sus beneficios por cuanto que el concepto de enemigo, como hostil a la organización actual del Estado, es un concepto tan abstracto que podría incluir a todo aquél que se muestre rebelde frente a sus normas. Lo que -en opinión de esta autora- encierra el germen de un estado totalitario.

Podemos reconocer un reflejo de esta doctrina en la Sección dedicada a las **MEDIDAS NEUTRALIZADORAS DE LA PELIGROSIDAD DEL ENCAUSADO**.

Art 196 Obligación de participar en programas educativos o formativos.

Art 197 Obligación de someterse a tratamiento o control médico.

Art 198 Sometimiento a custodia.

Es necesario reparar en que en todos estos casos se habla abiertamente de un concepto que se creía desterrado, el de **PELIGROSIDAD**.

Repárese en que el peligroso, es identificado, aún antes, de que recaiga sentencia condenatoria, lo que significa la quiebra del principio de presunción de inocencia.

Del peligroso se dice, que deberá ser neutralizado. ¡Sin comentarios!

- RECURSO DE AMPARO FRENTE A SENTENCIAS

Los decretos del Ministerio Fiscal dictados durante la instrucción, una vez sean definitivos por haber agotado la vía judicial ordinaria mediante sentencia y siempre que ésta sea firme e por haberse agotado todos los medios de impugnación, serán recurribles en amparo:

Así lo dispone el art 43 de la LOTC:

"Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial."

Entiende esta autora, que de haberse producido la vulneración de derechos en fase de investigación, y habiendo sido recurridas las resoluciones interlocutorias, durante todo el proceso y una vez recaída sentencia y de haber sido ésta recurrida hasta alcanzar la firmeza, deberá interponerse **Demanda de Amparo directamente**.

Es decir, **no procederá el incidente de nulidad de actuaciones** introducido en la reforma L 6/2007, por cuanto que para que sea preceptiva dicha forma de impugnación se requerirá que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución firme, pues solo en ese supuesto, tendrá el referido incidente la consideración de recurso útil para remediar la lesión del derecho fundamental, según dispone en el nuevo art 241 de la LOPJ.

OTRAS FORMAS DE IMPUGNACION.

- Recurso de inconstitucionalidad (art. 31 de la LOTC) en los que solo estará legitimado el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, Cincuenta Diputados o Cincuenta Senadores.

- O a través de la cuestión de inconstitucionalidad (art 35. 1 de la LOTC), en la que solo estará legitimado el Juez o Tribunal, como ha ocurrido recientemente con las impugnación de las TASAS JUDICIALES.

Llegados a este punto no quisiéramos sino reconducir este trabajo a rendir el máximo reconocimiento a nuestro Poder Judicial que en la actualidad goza de gran salud, como lo pone de manifiesto el impresionante trabajo que están realizando frente a la sistémica corrupción de nuestra clase política.

La atribución de la investigación al fiscal, dará un vuelco a la carrera judicial y a todas las vocaciones personales que la componen. Esa carrera judicial que tan solo con eso, con su vocación, sin medios y sin miedo, ha sido en España el único freno a los abusos cometidos por el propio Estado en nuestra corta democracia.

El exigirles que se reciclen como fiscales al igual que lo haría un robot, provocará una crisis vocacional de todo punto inasumible, por innecesaria y perturbadora en este momento.

La iconoclasta guerra contra el Juez de Instrucción español, que contra viento y marea ha investigado y enjuiciado a todos los gobiernos que han pasado por la vida política española, fueran del signo que fueran, pone de manifiesto la extraordinaria labor de los Jueces de Instrucción. Ellos, que trabajando en primera línea de fuego han sido el mejor baluarte de nuestra democracia.

Tan solo y por ultimo terminar con estas bellas palabras que nos harán recuperar la esperanza. Palabras que magistralmente definen al El poder judicial por el Constituyente de 1869, con las que se despedía al Antiguo Régimen y se recibía al Estado Constitucional.

En el Dictamen de la Comisión Nombrada para el Proyecto de Constitución, se diría lo siguiente:

"Durante mucho tiempo se ha podido creer con fundamento, sobre todo al salir de un sistema de gobierno absoluto, que las Cortes, como representación del pueblo, eran las únicas a quienes tocaba velar por la conservación del derecho y por el mantenimiento de la libertad individual....

Pero la experiencia ha demostrado la insuficiencia del sistema ante las exigencias de la vida moderna. En ésta es preciso que el individuo tenga garantizados sus propios derechos por algo

que no dependa de la voluntad movable y tornadiza de las Asambleas políticas, por algo más alto y más imparcial que el criterio de partido...; es preciso, en fin, que la seguridad, la propiedad, la libertad queden bajo el amparo inviolable de los tribunales de justicia, estimulados y vigilados a su vez constantemente por ese mismo interés que nada fatiga ni detiene. La importancia y la elevación de la magistratura será por eso otro rasgo característico de nuestra obra constitucional"