

SANTIAGO GUIBERT OVEJERO-BECERRA

El motivo que impulsó mi ánimo para elegir al Ministerio Fiscal y al sistema acusatorio formal como objetos de la tesis, fue la necesidad de cooperar a la construcción de un sistema procesal criminal español justo, en el que no se colapsen funciones acusadoras y decisorias en la fase instructora. España —como ha repetido la doctrina más elevada— necesita una nueva ley procesal criminal y éste es un reto que será necesario afrontar tarde o temprano. En una futura reforma integral resultará básico delimitar el modelo de sistema acusatorio formal que ha de acogerse, las funciones que debe acometer el fiscal y las garantías orgánicas que han de proteger el recto ejercicio de las funciones que le sean asignadas.

La profundización en el estudio de los materiales doctrinales que han servido de fundamento a la tesis, no hizo sino reafirmar la premisa inicial que postulaba que el concreto sistema procesal que acoge un Estado resulta consustancial a la función que en él asume el acusador público y que, en la misma medida, el ejercicio de funciones instructoras y acusadoras por el fiscal solo puede ser entendido dentro del marco procesal que configura el concreto sistema criminal acogido por cada Estado.

En el primer capítulo de la tesis, fue necesario desarrollar un estudio exhaustivo sobre los principios del Ministerio Fiscal. Al contenido del principio de legalidad del Ministerio Fiscal del art 124.2 CE y del art. 6 EOMF, cabe otorgarle dos significados. Una primera acepción en su vertiente negativa, como excluyente o limitadora del principio de oportunidad, y una segunda acepción en su vertiente positiva, como garante o protector del ejercicio recto de las funciones constitucionales del fiscal actuante frente a los ataques a su imparcialidad que hubieran de venir, ya sea del Gobierno, ya sea de la superioridad jerárquica interna.

De tal estudio se desprende necesariamente la conclusión de que la sujeción del Ministerio Fiscal al principio de legalidad en su aspecto negativo —obligatoriedad del ejercicio de la acción penal— se fundamenta, únicamente, en normas de rango legal cuyo principal exponente es el conocido art. 105 LECrim.

No existe impedimento constitucional que pueda colisionar con una futura implementación del principio de oportunidad reglada en la actuación del acusador público español. A mayor abundamiento, en el Ordenamiento jurídico cohabitan, en la actualidad, figuras —tanto en textos procesales cuanto en sustantivos— de discrecionalidad por motivos de interés público.

En este sentido, resulta necesario citar el apartado tercero del artículo 173 del Código Penal, que autoriza al fiscal a abstenerse de acusar por un delito que sea utilizado como objeto de un chantaje, para facilitar, precisamente, el castigo de este último. La decisión, por tanto, de acusar o no acusar, no la tomará el fiscal sobre la base a criterios técnicos de subsunción de los hechos en el tipo correspondiente, sino teniendo en consideración cuestiones que resultan ajenas al hecho punible y que, por el contrario, se incardinan dentro del interés público o de política criminal que exige impedir el uso indebido de la ley penal para la comisión de un ilícito criminal. Ello, evidentemente, supone una excepción al imperio del principio de legalidad en favor del principio de oportunidad.

Deben ser ampliados los supuestos legales de aplicación del principio de oportunidad reglada a la no incoación de diligencias por el fiscal y al sobreseimiento judicial interesado por el fiscal, respecto de los delitos cometidos por delincuentes primarios, siempre que se haya procedido a la reparación del daño, y que la infracción criminal se halle castigada en abstracto con un pena no superior a tres años de privación de libertad. En los supuestos de delitos condicionados por la adicción a las drogas o cualesquiera otras sustancias de idénticas

consecuencias, la no incoación o el sobreseimiento deberán poder hacerse depender del sometimiento del imputado a tratamiento médico o rehabilitador.

En cuanto al sometimiento del fiscal al principio de legalidad en su aspecto positivo —sujeción a la ley— estimo que permite conjugar la necesaria relación del Poder Ejecutivo y del Ministerio Público para que éste pueda ejecutar la política criminal diseñada por aquel, filtrándola a través del principio de legalidad y, consecuentemente, vetándola si no se adecúa a la Ley. No obstante, el principio de legalidad constituye una frontera permeable a la parcialidad, al poder ser franqueable por el Fiscal General del Estado designado por el Gobierno o, por medio de cualquiera de las jefaturas de la Pública Institución, designadas y renovadas discrecionalmente por aquél. El Poder Ejecutivo podría —en hipótesis— hacer uso de su vinculación con un FGE de carácter dócil para lograr que éste, a través de instrucciones particulares o por medio de la institución de la designación de fiscal determinado para asunto concreto, o por la avocación de causas o por el sistema de reparto de asuntos, intentase promover una actuación parcial de los representantes del Ministerio Fiscal. Con la actual legislación procesal y estatutaria, si estas intromisiones de facto no ocurren, solamente se debe a la excepcional rectitud de carácter de las personas que ocupan tales puestos.

Con instrucciones públicas y generales en materia funcional provenientes de un Fiscal General del Estado designado gubernamentalmente puede seguir garantizándose la legitimidad democrática del fiscal, la articulación del ejercicio de la política criminal y la consolidación del principio de unidad de actuación y, —simultáneamente— a través de la proscripción de las instrucciones sobre asuntos particulares, de la prohibición de la designación de fiscal determinado para asunto particular, y de la interdicción de la institución de la avocación de las causas, podrá asegurarse la imparcialidad de cada uno de los representantes del Ministerio Fiscal. Esta doble característica de independencia concreta y de unidad de actuación general permitirá, también, que el fiscal pueda asumir —con garantías de imparcialidad— el ejercicio del principio de oportunidad reglada a fin de erradicar las dilaciones del proceso penal. Ha de exigirse, también, una proclamación legal que estatuya el respeto a la necesaria interconexión entre el reparto de asuntos y el concepto abstracto del fiscal predeterminado por la ley.

Del estudio del principio constitucional de imparcialidad del Ministerio Público se concluye que éste se halla huérfano de regulación legislativa material. El contenido del art. 7 del EOMF que pretende desarrollar el principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal es confuso y estéril. El precepto integra en sí mismo, una mixtura de tres conceptos, a saber —imparcialidad, objetividad e independencia— que, ciertamente, exigen un tratamiento técnico jurídico más elevado que aquél que el legislador ha querido procurarles. Es censurable el uso —a modo de sinónimos— que, de forma impropia de un legislador responsable y, desde luego, más literaria que jurídica, el EOMF pretende -sin lograrlo- desarrollar el principio de imparcialidad, sin perjuicio de admitir que tal indefinición conceptual se observa igualmente en el derecho comparado, particularmente en el Código de los fiscales de la Corona de Inglaterra y Gales, que en su principio general 2.4 declara que los fiscales deben ser justos, independientes y objetivos sin justificar como ha de cohonestarse la independencia que proclamada con el principio de dependencia funcional *ad intra* que somete tal institución al mandato del Abogado General.

En cuanto a la dependencia jerárquica es mi firme convencimiento que éste no es un verdadero principio rector ni, tampoco, informador del Ministerio Fiscal. La dependencia solamente encuentra su sentido y naturaleza en tanto sirve para auxiliar al cumplimiento de las instrucciones generales y —en consecuencia— el principio de unidad de actuación y carece de cualquier razón de existir en cuanto no coadyuva a tal fin. Ha de rechazarse la promoción legislativa de la dependencia jerárquica con el innombrado y, no obstante, —latente— fin de poder controlar la acción del fiscal en beneficio del Gobierno de turno. En el aspecto funcional,

las instrucciones generales son fuente de la legitimidad democrática del fiscal al servir de cauce a la transmisión de la política criminal conforme exige el art. 97 CE, al tiempo que sirven al fortalecimiento del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE y al de unidad de actuación del art. 124.2 CE. Por el contrario, las instrucciones particulares, pueden dar lugar a la violación del principio de igualdad ante la ley.

El capítulo segundo, intitulado el fiscal investigador en el marco de los sistemas criminales nace del convencimiento de que resulta necesario dictar *ex novo* una regulación instructora en el marco de una nueva ley procesal criminal que sustituya a la actual Ley de 1882, sobre la base del Borrador de LECrim de 2004, del Anteproyecto de 2011 y del ejemplo del Derecho comparado, particularmente de la Ordenanza procesal alemana. Han de ser rechazadas las reformas parciales.

He pretendido profundizar en el estudio comparado de las legislaciones sobre la fase instructora —principalmente de Norteamérica, Canadá Inglaterra y Gales— respecto del sistema adversarial y de Alemania respecto del sistema acusatorio formal y en menor medida también respecto del francés e italiano.

La conclusión hallada es que dentro de los dos sistemas criminales posibles en abstracto —adversarial y acusatorio formal— resulta preferible mantener el sistema acusatorio formal. Entre los dos modelos de sistema formal —con juez instructor y fiscal supervisor o con juez de garantías y fiscal investigador— debe acogerse el modelo avanzado de fiscal investigador para poder lograr que el sistema español afirme su carácter acusatorio y pueda afrontar —con éxito— la instrucción de los procesos penales en un plazo razonable.

El sistema adversarial, a pesar de expresar la consagración del principio acusatorio, ha de ser rechazado como modelo para el proceso español, por 2 motivos: en primer lugar, por el denominado *combact effect* o efecto combate, en cuanto que el sistema no es capaz de impedir que el acusador público —con frecuencia motivado por intereses políticos— persiga la condena del justiciable antes que la realización de la Justicia. Y, en segundo término, por el denominado *wealth effect* o efecto riqueza o Justicia de los ricos, que privilegia una administración de Justicia criminal contraria al principio de igualdad, beneficiando —particularmente— a quien posee medios económicos para satisfacer una defensa preparada y una investigación diligente, sin que la institución de la *disclosure obligation* o *Brady rule* —por constituir una regulación de mínimos— sea capaz de enervar el efecto riqueza.

El sistema acusatorio mixto o formal español —lastrado con la institución de origen inquisitorial del juez instructor— ha de evolucionar hacia un sistema acusatorio formal avanzado en el que concurren —en la medida de lo posible— las ventajas acusatorias del sistema adversarial y el beneficio propio o connatural a una investigación oficial llevada a efecto por un fiscal, que habrá de gozar de un Estatuto que promueva su imparcialidad, y de una legislación procesal criminal que garantice el acceso del imputado al expediente instructorio, así como al recurso judicial ante el decreto de denegación de diligencias por él acordado.

En el ámbito organizativo el Ministerio Público debe ostentar —de forma exclusiva— todas las competencias orgánicas que afecten a sus representantes por medio de los siguientes instrumentos:

1. Un sistema de designación de las jefaturas que abandone el modelo parcialmente subjetivo diseñado por el EOMF, por una nueva normativa que se fundamente exclusivamente en criterios objetivos, de mérito y de capacidad, como exigen los arts. 23.2 y 103.3 de la CE, a fin de que el fiscal sea percibido por la sociedad como imparcial.
2. Aplicación de la debida consolidación de la independencia presupuestaria del Ministerio Público, que es necesaria con el fin de evitar potenciales injerencias gubernamentales por medio del estrangulamiento económico.

3. Ejercicio de la potestad sancionatoria respecto de los miembros de la Pública Institución, deberá ejercitarse únicamente por el propio Ministerio Fiscal con expresa exclusión del Ministerio de Justicia.

La disposición contenida en el artículo 67 del Estatuto relativa a la competencia del Ministro de Justicia para conocer del recurso en alzada contra las decisiones del Fiscal General en materia sancionatoria —o incluso— para resolver sobre la propuesta de FGE de sanción de separación de la Carrera Fiscal, constituye un importante elemento de dependencia *ad extra*. Frente a las resoluciones del Consejo Fiscal en materia disciplinaria, no resulta comprensible ni justificable, la existencia de cualquier otro órgano distinto al judicial, para conocer de los recursos que, en su caso, hayan de formularse.

El capítulo tercero de la tesis, se centra en la determinación del modelo concreto de investigación idónea que ha de llevarse a efecto en un hipotético sistema acusatorio formal de investigación fiscal.

En el modelo de investigación por el Ministerio Fiscal, el respeto del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas, exige tener presente en primer lugar que la Directiva 2012/13 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho a la información en los procesos penales —a pesar de no haber sido traspuesta al Ordenamiento español— es aplicable desde 2014 de conformidad con el efecto directo vertical de las Directivas europeas proclamado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en consecuencia, cualquier regulación futura ha de reconocer que el imputado debe tener derecho a entrevistarse con su abogado tanto en sede policial —con entrevista reservada con anterioridad a prestar declaración— cuanto ante el fiscal investigador.

En segundo término, se estima que el imputado deberá sustentar el derecho a recurrir los decretos del fiscal denegatorios de solicitud de práctica de diligencias procesales —de los que conocerá el juez de garantías— y que, para ello, ha de establecerse una limitación temporal para su presentación a un único momento procesal al tiempo de la finalización de la fase investigadora.

La consecución de una investigación instructora en un tiempo razonable, sólo podrá realizarse si se habilita al fiscal legislativamente con la facultad de acordar diligencias que puedan restringir determinados derechos ciudadanos en los supuestos que el otorgamiento a aquél de tal potestad no contravenga la Constitución y, desde luego, previo juicio por el fiscal de racionalidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida. Si una futura ley procesal criminal no encuentra el camino adecuado en este aspecto, la fase instructora se convertirá en un cauce investigador de naturaleza propensa a las dilaciones, de difícil coordinación, caracterizada por la duplicidad de diligencias y, por tanto, injusta. Por citar un supuesto de intervención leve, ha de afirmarse que resulta adecuada tanto la regulación alemana, contenida en el art. 81.1 y 2 de la Ordenanza procesal, que declara que la decisión para tomar las muestras sanguíneas o celulares del cuerpo del imputado de forma no voluntaria corresponde al juez y que, no obstante, en caso de urgencia, corresponderá la decisión al fiscal, cuanto la italiana que en idéntico sentido a la normativa alemana habilita al fiscal (por medio del art. 359 bis en relación con los arts. 244 y 245 del CPPI) para ordenar la obtención de muestras biológicas del sospechoso de forma coercitiva, sólo en los supuestos de urgencia.

Como límites infranqueables, en un sistema instructorio de investigación fiscal, éste deberá —en todo caso— requerir autorización del juez de garantías, para las intervenciones corporales graves, la diligencia de intervención de las comunicaciones, la diligencia de secuestro de publicaciones, la entrada domiciliaria y la diligencia de registro de domicilio. La necesidad de autorización judicial es consecuencia de la reserva constitucional de los arts. 18.2, 18.3 y 20.5 de la CE.

En cuanto a la diligencia de registro de lugares distintos al domicilio, tales como edificios públicos y privados o equipos informáticos, siempre que por razón de sus peculiares características no se hallen afectos al art. 18.2 CE, ha de señalarse que una regulación adecuada será aquella que permita que la autorización del fiscal sea bastante, puesto que ello agilizará la investigación sin merma de garantías para el reo.

En los supuestos de terrorismo o grupos criminales —a pesar de la literalidad del art. 55.2 CE— ha de excluirse absolutamente la posibilidad de autorizaciones policiales o gubernamentales de diligencias restrictivas de derechos, debiéndose limitar el desarrollo de tal precepto a autorizaciones judiciales o fiscales. Debe rechazarse poner en manos del Ministerio del Interior estas autorizaciones al no concurrir en sus autoridades o funcionarios garantías de imparcialidad objetiva que se manifiestan en la regulación sobre prohibiciones, incompatibilidades e inmunidad del fiscal y del juez que establece el art. 127 CE, los arts 389 a 396 de la LOPJ y los arts. 55 a 59 del EOMF.

En cuanto a las medidas cautelares, en un sistema instructorio de investigación fiscal, es plenamente aplicable la reserva constitucional judicial del art. 17 apartados 2 y 4 de la CE, que exige que la decisión sobre las medidas cautelares personales restrictivas del derecho a la libertad —salvo la detención— haya de ser judicial. Por el contrario, respecto de las medidas cautelares reales, su adopción por el fiscal en el proceso penal no sólo es constitucional sino que, también, es conveniente por razón de la efectividad en la protección económica de las víctimas. En este sentido, ha de destacarse que resulta paradójico que la adopción de medidas cautelares reales en el proceso penal se regule como una facultad reservada en exclusiva al juez y, al mismo tiempo, el legislador en el apartado primero del artículo 81 de la Ley General Tributaria autorice la adopción de medidas cautelares de carácter real, exigiéndose como único requisito que la medida patrimonial sea acordada por un funcionario sometido a meros principios funcionariales en el marco de un proceso administrativo.

Finalmente la tesis concluye que el Estado, para disminuir la constante violación en el derecho de los imputados a que su proceso se instruya y conozca en un plazo razonable, debe aplicar, sin pretensión de exhaustividad, las siguientes medidas de agilización de la administración de la Justicia:

- 1- Constitución de un modelo de investigación fiscal que evite la duplicidad de actuaciones procesales.
2. El fiscal deberá gozar en este modelo de potestades discrecionales en aplicación del principio de oportunidad reglada
3. Todos los organismos públicos que hayan de participar en la investigación —a excepción del juez de garantías y del tribunal de apelaciones— deben sujetarse a un sistema de plazos coercitivos supervisado por el Ministerio Público.
4. Conviene limitar de forma objetiva la legitimación activa de la acusación popular a los delitos de corrupción, siniestralidad laboral, y medioambientales.
5. Ha de procederse al empoderamiento del Ministerio Fiscal —dentro de los límites constitucionales y por medio de ley orgánica— para acordar diligencias restrictivas de derechos y medidas cautelares reales en el proceso penal.
6. Resulta preciso incrementar los medios materiales del Ministerio Fiscal y de los laboratorios científicos públicos con funciones periciales, particularmente, del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias forenses y;
7. Es necesario, por último, que se proceda a la adscripción al Ministerio Público de unidades policiales y periciales con dependencia funcional.