

EL MUNDO

Lunes, 7 de junio de 2004. Año XV. Número: 5.294.

OPINION

TRIBUNA LIBRE

Contra el fiscal instructor

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

El ministro de Justicia ha anunciado que va a acometer una reforma del proceso penal, conforme a la cual la investigación de los delitos va a ser encomendada a los fiscales, en vez de a los jueces de instrucción que eran hasta ahora los competentes para desarrollar esa actividad.

Esta eventual reforma debe ser rechazada por diversos motivos.

En primer lugar, porque lo que ello significa es que la instrucción de las causas penales dejará de estar en manos del Poder Judicial, es decir: de jueces y magistrados que, según establece la Constitución Española (CE), son «independientes e inamovibles», y que «no [pueden] ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley» (art. 117.1 y 2 CE), para pasar a depender de los miembros del Ministerio Fiscal, caracterizado por «los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica» (art. 124.2 CE), y que, en consecuencia, y de acuerdo con el Estatuto del Ministerio Fiscal (EMF), están sometidos a las órdenes de sus superiores (arts. 22. 2 y 3, 24, 25, 26, 27.1, y 63.2 EMF), que pueden relevarlos de los cargos que desempeñan (arts. 22.5 y 36.2 EMF), trasladarlos (arts. 40 y 41 EMF) y sustituirlos (arts. 23 y 26 EMF), siendo el Poder Ejecutivo, a su vez y precisamente, el que nombra y cesa a esos superiores, empezando por el fiscal general del Estado. Esa dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo es la que explica que, a lo largo de los últimos años, en procedimientos penales conflictivos, especialmente en aquéllos que podían afectar de alguna manera a los intereses del Gobierno, la acusación pública haya adoptado posiciones que coincidían con lo que, en cada caso, favorecía al partido político en el poder, fracasando en muchas ocasiones, y afortunadamente, la actitud obstruccionista del Ministerio Fiscal, porque hubo jueces independientes e inamovibles que, con la colaboración de las acusaciones popular y particulares, lucharon por el esclarecimiento de los hechos. Sin esos jueces de instrucción ni Amedo ni Domínguez -en un

procedimiento en el que el Ministerio Fiscal, a lo largo de la instrucción, estuvo siempre del lado de los procesados- hubieran podido ser condenados por los cinco asesinatos frustrados que cometieron ni los culpables de la detención ilegal de Segundo Marey habrían respondido penalmente de ese secuestro, ya que el plazo de prescripción fue interrumpido -evitándose, así, la extinción de la responsabilidad criminal- por una querrela interpuesta, no por un aletargado Ministerio Fiscal, sino por la diligente acusación popular. A la vista de estos dos antecedentes -que se exponen sólo a título de ejemplo- es fácil de imaginar el abismo de impunidad que podría abrirse si ahora se le atribuyese al Ministerio Fiscal, además de la facultad de ser parte en el procedimiento, también el monopolio de la investigación de las causas penales: ¿alguien puede pensar, en serio, que un fiscal instructor habría reclamado también del Gobierno -y que, en el caso improbable de que lo hubiera hecho, sus superiores lo habrían permitido- los llamados «papeles del Cesid», como reiterada y obstinadamente hicieron los jueces Garzón y Gómez de Liaño, papeles que, una vez desclasificados, fueron determinantes para condenar a los procesados de los casos Segundo Marey y Lasa/Zabala? Por lo demás, la afirmación del ministro de Justicia de que modificará el EMF con el fin de «reforzar la autonomía y credibilidad del Ministerio Público» constituye una tarea incompatible con el modelo establecido por la Constitución, pues donde hay «dependencia jerárquica» es conceptualmente imposible que pueda existir también, al mismo tiempo, «independencia».

La reforma que propone el ministro de Justicia significaría, en segundo lugar, la desaparición de algunas garantías hasta ahora constitucionalmente consagradas, como el «derecho al juez ordinario predeterminado por la ley» (art. 24.1 CE), y el «derecho a un juez imparcial» (art. 24.2 CE, en relación con el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Por lo que se refiere al «derecho al juez predeterminado por la ley», su contenido consiste en que, tanto para la instrucción como para el enjuiciamiento de los delitos, tienen que existir unas normas preestablecidas que prescriban qué órganos jurisdiccionales son los competentes para entender de aquéllos, sin que, cuando existan varios juzgados de instrucción en un mismo territorio, la atribución de la investigación de un delito a uno de ellos pueda hacerse de manera arbitraria, debiendo «[distribuirse] los asuntos entre ellos [entre los distintos juzgados de instrucción] conforme a normas de reparto prefijadas» [art. 167.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)].

Si en el futuro la investigación de los delitos fuera encomendada a los fiscales, las partes ya no dispondrían de un constitucionalmente inexistente «derecho a un fiscal predeterminado por la ley», entre otras razones porque, por una

parte, y, como según el art.142.2 CE, el Ministerio Fiscal se rige por el principio de la «unidad de actuación», cualquier miembro de ese Ministerio podría entender de la investigación, o, posteriormente, ser relevado de ella, y porque, por otra, y teniendo en cuenta la «dependencia jerárquica» con la que caracteriza al Ministerio Fiscal el mismo art. 142.2 CE, la atribución a un determinado fiscal de la instrucción de una causa penal carecería de cualquier relevancia garantística para el imputado y para los acusadores, ya que, en cualquier caso, ese fiscal concreto carecería de autonomía investigadora, en cuanto que dicha instrucción estaría siempre sometida a las órdenes de sus superiores, al contrario de lo que sucede actualmente con los jueces de instrucción predeterminados por la ley que «en el ejercicio de la potestad jurisdiccional ... son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial» (art. 12.1 LOPJ). Además, y finalmente, como tanto la Constitución Española como los Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por España reconocen sólo el derecho al juez -pero no: al fiscal- predeterminado por la ley, la atribución arbitraria a un determinado miembro del Ministerio Fiscal de la instrucción de una causa penal, al no vulnerarse ningún derecho fundamental, no podría remediarse con un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Y por lo que se refiere al juez imparcial que nuestro Derecho constitucional garantiza actualmente a todas las partes personadas en la causa, hay que decir dos cosas:

La primera, que en el caso de que se concediera el derecho de recusar al fiscal instructor -algo que el Derecho vigente no reconoce: «Los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser recusados» (art. 28 EMF)-, con ello las partes seguirían sin tener asegurada la imparcialidad de la investigación, pues, a la vista del modelo constitucional de «dependencia jerárquica» del Ministerio Fiscal, si se instruía y cómo se instruía una causa penal sería algo que no estaría sólo en manos de ese fiscal instructor, sino también en la de aquellos otros miembros del Ministerio Fiscal que pueden transmitirle órdenes con carácter vinculante o influir en el curso de las investigaciones, es decir, y entre otros: en las de los correspondientes fiscal jefe de la Audiencia Provincial, fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia, tenientes fiscales, delegados de las jefaturas, juntas de Fiscales, y, además, en las del Consejo Fiscal, Junta de Fiscales de Sala, y, naturalmente, también en las del fiscal general del Estado. Se entiende por sí mismo que para un acusador o para un imputado, que tienen todo el derecho a una investigación imparcial, excede de sus posibilidades penetrar en las circunstancias y en los eventuales prejuicios de todo ese ejército de fiscales que pueden decidir el si el cómo de la instrucción, para poder determinar, así, cuál es su grado de ecuanimidad, mientras que cuando quien instruye es un juez, como no depende jerárquicamente de nadie,

y como es antijurídico -cuando no delictivo- impartirle cualquier clase de directrices o sugerencias, lo único que tienen que determinar las partes, para asegurarse de que la instrucción va a discurrir por cauces inobjetable, es si un único funcionario -y no una inabarcable legión de ellos- es imparcial o no.

Y la segunda cosa que hay que decir es que, como la Constitución sólo reconoce el derecho al juez -que no al fiscal- imparcial, si el fiscal instructor -o quienes están jerárquicamente por encima de él- hubieran actuado de manera partidaria, como no se habría vulnerado ningún derecho fundamental, tampoco el perjudicado estaría legitimado para restablecer su derecho mediante un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El ministro de Justicia, al anunciar esta innovación en el Derecho procesal penal español, ha afirmado también que, si bien se propone que el fiscal dirija la investigación del delito, no obstante será competencia del juez «asegurar la contradicción y el derecho de defensa en los casos tasados de prueba preconstituida». Y es aquí precisamente donde surge el tercer motivo por el que debe ser rechazada la reforma proyectada.

Según la jurisprudencia unánime del Tribunal Constitucional (TC), «únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes» (así, por todas, la sentencia del TC 195/2002, de 28 de octubre). No obstante, y excepcionalmente, las declaraciones prestadas por los imputados y por los testigos en la fase de instrucción, pueden tener también validez probatoria, como prueba preconstituida, «[estando] condicionada tal excepción... al cumplimiento en su práctica y reproducción de determinados requisitos... Estos requisitos pueden clasificarse en materiales (su imposibilidad de reproducción en el juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del juez de instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción para lo cual ha de proveerse de abogado al imputado) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art.730 LECrim)» (así, por todas, la sentencia del TC 12/2002, de 28 de enero). Es decir: que si en la fase sumarial la ciudadana sueca violada en Torremolinos ha reconocido al agresor, o el alemán atracado en Salou ha identificado al ladrón, y los testigos de ambos delitos han inculpado a los autores de los crímenes, y luego no pueden declarar en el juicio oral porque en el momento de su celebración están ilocalizables, o han fallecido, no obstante

sus testimonios pueden tener validez probatoria si concurren los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional, y muy especialmente, que tales testimonios se hayan prestado, no ante la Guardia Civil o un representante del Ministerio Fiscal, sino ante la autoridad judicial encarnada en el juez de instrucción. La afirmación del ministro de Justicia de que en los casos de prueba preconstituida los testimonios habrían de prestarse, no ante el fiscal, sino ante el juez, sólo puede calificarse de una ocurrencia. Porque, ¿cómo va a ser posible saber durante la instrucción, por anticipado, qué testigos van a estar ilocalizables o fallecidos al momento de la celebración del juicio oral y cuáles no? Como esas son unas circunstancias que, posteriormente, pueden concurrir en cualquier persona que haya declarado durante la fase de investigación, la única manera de asegurar las pruebas preconstituidas es que sea el juez de instrucción el que, con la presencia de las partes personadas, y contradictoriamente, interrogue a todos los testigos, es decir: que sea el juez el que instruya la causa, es decir: que se renuncie por el ministro de Justicia a esa disparatada reforma.

Y todavía un cuarto y último argumento para fundamentar por qué la instrucción debe seguir en manos del Poder Judicial. Sucede con frecuencia que imputados y testigos declaran una cosa durante el período de instrucción, y que luego se desdichan de sus testimonios inculcatorios cuando deponen en el juicio oral. En tales casos, y según la jurisprudencia unánime del Tribunal Constitucional, el tribunal sentenciador puede otorgar mayor credibilidad a la declaración sumarial, siempre que ésta se haya prestado, otra vez, y naturalmente, en presencia de los letrados de las partes personadas, y necesariamente ante el juez instructor, "y las posibles discrepancias entre las declaraciones prestadas durante las distintas fases procesales [sean sometidas] a contradicción y contraste en el juicio oral, siendo competencia del tribunal de instancia en cuya presencia se hayan dictado, la valoración razonada y razonable de las distintas versiones, conforme al principio de inmediación" (así, por todas, la sentencia del Supremo de 20 de julio de 2001, con ulteriores referencias a la jurisprudencia del TC). Para ilustrar todo ello con un ejemplo conocido: En el caso Lasa/Zabala, y a pesar de que tanto el acusado -y luego condenado- Felipe Bayo Leal y el testigo Vázquez Aira se desdijeron en el juicio oral de sus manifestaciones sumariales que inculcaban a aquél y a otros procesados -entre ellos, a Rodríguez Galindo en el secuestro de los dos supuestos etarras, no obstante la Audiencia Nacional estimó que lo que se ajustaba a la verdad eran las primeras declaraciones de ambos, prestadas ante el juez instructor Gómez de Liaño con la intervención de la defensa del procesado, y, muy especialmente, la «diligencia de inspección ocular del Palacio de la Cumbre de fecha 31 de octubre de 1997... [asistiendo] los letrados de las partes personadas», y en la que «durante su desarrollo el señor Bayo Leal ratificó la realidad de la detención, la realización de los interrogatorios y la

presencia en el edificio del resto de los condenados» (así, la sentencia del TC 155/2002, de 22 de julio, por la que se desestiman los recursos de amparo interpuestos por los condenados por el secuestro y asesinato de José Antonio Lasa y José Ignacio Zabala). En cambio, y, si como propone en ministro de Justicia, el sumario Lasa/Zabala hubiera sido instruido por el Ministerio Fiscal, las declaraciones de Bayo y de Vázquez formuladas en la fase de investigación, al no haber sido prestadas ante la autoridad judicial, habrían carecido de cualquier valor probatorio, y los procesados probablemente habrían sido absueltos de los delitos que realmente habían cometido.

Por consiguiente: si la investigación de los delitos va a ser dirigida por un fiscal manipulable, como demuestra la reciente historia procesal española, y, por definición, no independiente, porque constitucionalmente se rige por el principio de «dependencia jerárquica», si las partes en el proceso penal ya no van a tener garantizados los derechos a un investigador predeterminado por la ley e imparcial, y si se obstaculiza el esclarecimiento de la verdad material, al desaparecer del proceso penal la prueba preconstituida y la posibilidad de contrastar las contradicciones entre lo declarado en la fase sumarial y en el juicio oral, para poder otorgar mayor credibilidad a alguna de las dos versiones contrapuestas, entonces apaga el Estado de Derecho y vámonos.

Enrique Gimbernat es catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense y miembro del Consejo Editorial de EL MUNDO.

© Mundinteractivos, S.A.