

VII.- MESA REDONDA SOBRE INSTRUCCIÓN DE LAS CAUSAS PENALES POR EL MINISTERIO FISCAL

La instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal no es una utopía ni un desideratum, ya que la misma era objeto de regulación en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que fue elaborado el año 2.011. La iniciativa legislativa tiene, desde luego, partidarios, pero también detractores, aparte exigir reformas constitucionales importantes, centradas en el art. 124 de la Constitución de 1978, en cuanto al principio de dependencia jerárquica y al nombramiento del Fiscal General del Estado a propuesta del Gobierno.

Para tratar de esta interesante cuestión se celebró el 23 de Abril de 2012 una mesa redonda, que tuvo la virtud de reunir los pareceres de destacados representantes de las profesiones jurídicas especialmente afectadas por el tema: la Magistratura, la Fiscalía y la Abogacía. Los Ilustrísimos Señores Carlos Gómez Martínez, Ladislao Roig Bustos y Gabriel Garcías Planas dieron, por el orden indicado, su docta opinión sobre las ventajas –o inconvenientes– de una reforma legislativa tan importante, aludida ya, por cierto, en la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 1882.

La Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears no ha querido que las interesantes cuestiones suscitadas en esta mesa redonda queden olvidadas y superadas por el paso del tiempo, de ahí que haya pedido a los participantes en la misma un testimonio escrito de sus acertadas palabras, los cuales aparecen a continuación.

1. Ponencia de Don Carlos Gómez Martínez:

Arguments a favor i en contra de l'atribució al fiscal de la investigació de les causes penals.

En aquesta qüestió, tan debatuda, de l'atribució al fiscal de la instrucció de les causes penals s'exposaran cinc arguments a favor d'atorgar al ministeri públic la direcció de la investigació dels delictes, per a continuació exposar cinc contra arguments a cada una d'aquestes tesis inicialment favorables.

Primer.

El primer argument a favor d'assignar al fiscal la instrucció dels delictes és una qüestió de principis, d'un principi en concret, essencial per la legitimació indirecta del jutge, com és el de la imparcialitat judicial. Es tracta, però, d'un principi que té certes dificultats d'implantació a la nostra cultura jurídica i fins i tot en el cos social en el qual hem d'actuar els juristes.

Així, com és ben sabut, la imparcialitat judicial no es menciona en la Constitució. En canvi, si es fa referència a ella en l'article 103 del text fonamental, que es refereix a l'administració pública, i en l'article 124 relatiu, precisament, al Ministeri Fiscal.

En un primer temps el Tribunal Constitucional va considerar la imparcialitat judicial inclosa en el dret a un jutge predeterminat per la llei, recollit a l'article "òmnibus", numero 24.2 de la Constitució. A partir de la sentència 145/88 la doctrina constitucional considera la imparcialitat com a integrada en el dret a un procés equitatiu, amb totes les garanties consagrat al mateix precepte (i també a l'article 6 de la Convenció Europea de drets fonamentals).

La manca de cultura jurídica de fons sobre la imparcialitat del jutge ha anat més enllà, però, d'aquesta omissió constitucional.

No deixa de ser sorprenent que ja després de la vigència de la Constitució, en 1980, es promulgés la Llei per l'enjudiciament oral dels delictes dolosos, menys greus i flagrants, que atribuïa al jutge la doble funció de instruir i jutjar quan la pena no era superior a l'antic i ja inexistent "arrest major" (sis mesos de presó).

El Tribunal Constitucional, precisament a la seva sentència ja esmentada, 145/88, va declarar la inconstitucionalitat de la mencionada llei, tot aplicant

la doctrina del Tribunal Europeu dels Drets Humans recollida a les sentències Piersaak i De Cubber.

La manca d'assimilació suficient del principi d'imparcialitat judicial encara es pot detectar a altres àmbits, com el del procés civil. Així, l'article 723.3 de la LEC atribueix competència funcional al jutge que entén del procés principal per conèixer de les mesures cautelars quan, en certa manera, el jutge que es pronuncia sobre si concorre o no una aparença de bon dret, perd la seva imparcialitat objectiva per decidir després sobre el fons del assumpte, es a dir, per a emetre un segon judici quan ja ha fet saber quina és la seva postura, encara que l'estàndard previ d'enjudiciament fos tan sols "prima facie".

El Tribunal de Cassació francès, en la seva sentència de 6 de novembre de 1998, va anul·lar la sentència dictada pel Tribunal d'Apel·lació d'Amiens per haver format part de l'òrgan col·legiat que va decidir el fons de l'assumpte un magistrat que, actuant com a "juge des référés" havia acordat una mesura cautelar, tot això en vista del que disposa l'article 6.1 de la Convenció Europea de Drets Humans plenament aplicable tant al procés penal com al civil.

És veritat que el que imposa el principi d'imparcialitat és una separació entre la funció d'instruir i la de jutjar, però és cert també que la profundització en la cultura jurídica de la imparcialitat demana que el jutge intervingui, tan sols, en la seva condició de tercer que és cridat a resoldre un conflicte, quan pugui complir plenament les seves funcions de "jutjar i fer executar el jutjat" que li atribueix l'article 117.3 de la Constitució Espanyola, precepte constitucional que, tan sols de manera forçada es pot entendre que faci referència a la funció d'investigar els delictes. És en aquesta actuació com a tercer que resol el conflicte on el jutge troba la seva legitimitat no d'origen (el jutge no és elegit pel poble) sino d'exercici, derivada del correcte compliment de les funcions que li son pròpies.

Segon.

La segona raó que justificaria que es donés al fiscal la investigació dels delictes és l'harmonització i homogeneïtzació del procés penal, en el marc de la Unió Europea. Espanya, Bèlgica i França son les únics països europeus on el jutge d'instrucció subsisteix. A França, on aquesta figura es va crear 1811 com a reconversió napoleònica dins l'àmbit civil, del jutge inquisidor de l'antic règim, el "juge d'instruction" ha vist reduïts notablement els seus poders després de l'escàndol del cas Outreaux amb la instauració d'una "instrucció col·legiada", i ha estat objecte d'un intent de supressió per l'expressident Sarkozy de suprimir-lo, ("Rapport Léger" fet públic el dia 1 d'agost de 2009).

El canvi polític al país veí ha salvat, de moment, la institució.

Avui en dia resulta difícil explicar a Europa que és un jutge d'instrucció, especialment als nostres col·legues anglosaxons que ni tan sols tenen un terme equivalent. La traducció es sol emprar "investigating magistrate" suposa per als juristes anglosaxons una contraditio in terminis.

Tercer.

La tercera raó per assignar al fiscal la funció instructora és la coherència amb el model del procés acusatori. Ja N'Alonso Martínez, a la seva cèlebre exposició de motius de la L.E.Cri, de 1882 al·ludia al judici acusatori com a model en el qual s'inspirava la regulació del procés penal. El mateix legislador advertia que el judici acusatori no es podria implantar en plenitud per les condicions socials en les quals la norma s'hauria d'aplicar. Per aquestes raons el text articulat no va poder recollir la previsió de la llei de bases de 1881 que atribuïa la instrucció de tots els delictes als promotors fiscals que havien de formular les conclusions provisionals.

El legislador, tenint en compte la realitat social, no va gosar dur el principi acusatori a les seves darrers conseqüències. En aquest sentit, és molt conegut el següent paràgraf de l'exposició de motius de la L.E.Cri: "I suposant que algun dia el legislador, llançant-se als braços de la lògica, arribés fins a aquest últim límit del sistema acusatori, el Govern de Vostra Majestat ha cregut que la transició era massa brusca per a aquest país, en què els jutges han estat fins ara omnipotents, perseguint els delictes per la seva pròpia i espontània iniciativa, instruint les causes els mateixos que les havien de decidir, exercint la facultat omnímoda de separar-se dels dictàmens fiscals, tant durant la substanciació com en la sentència definitiva, qualificant segons el seu propi parer el delicte i designant la pena, sense consideració a les conclusions de l'acusació i la defensa, i emprant per acabar la fórmula de l'absolució de la instància, o el que és el mateix, deixant indefinidament obert el procediment quan, a manca de proves per condemnar, les diligències sumarians infonien en la seva ment lleugeres sospites contra l'acusat. La societat ha de marxar, com la naturalesa, gradualment i no fent salts: els progressos jurídics s'han d'anar fent encadenadament, si han d'arrelar en els costums del país".

Després varen ser les dictadures i més recentment la massificació dels tribunals les que han fet impossible que el "adversarial system" es pogués dur a les seves darreres conseqüències, i una d'elles haurà d'haver estat, precisament, que la investigació dels delictes fos una activitat de part, no una funció jurisdiccional.

Quart.

També hi ha raons d'imatge, de visibilitat del paper del jutge, tan importats avui en dia, que podrien aconsellar l'atribució al fiscal de la funció instructora. En els darrers anys hi ha hagut instruccions sobre fets d'una gran transcendència social i mediàtica. Quan l'assumpte es duit davant el jutge d'instrucció, amb declaracions d'imputats, de testimonis i d'altres, l'opinió pública, inevitablement, tendeix a percebre tot això com una espècie de judici anticipat. La manca de condemna o absolució immediata és sovint percebuda com un efecte més de la lentitud de la justícia, amb sumaris la tramitació dels quals es perllonga durant anys.

Si fos el fiscal l'encarregat de la instrucció quedaria més clar, també per l'opinió pública, que no hi hauria activitat jurisdiccional pròpiament dita fins a la fase del judici, que abans el jutge no intervé sobre el fons de l'assumpte i que, un cop obert el judici, el jutge intervé, ara si de manera decisiva i decisòria, sense que s'hagin pogut crear expectatives derivades de la intervenció judicial prèvia.

Tal vegada la clara distinció de funcions i responsabilitat contribuiria a millorar l'opinió pública sobre la justícia, tan malmenada darrerament.

Cinquè.

Finalment, això seria el darrer argument, l'atribució al fiscal de les tasques instructoras pot fer més fàcil deixar fora de la feina dels jutjats certes actuacions que generen avui en dia una enorme burocràcia amb molt poc profit. M'estic referint a atestats policíacs i comunicacions de lesions que son enviats als jutjats de guàrdia encara que en ells no s'identifiqui l'autor. S'han d'incoar diligències prèvies o indeterminades i, a la mateixa resolutòria d'apertura de la causa penal, s'arxiven les actuacions per manca d'autor. Després el fiscal ha de posar-hi el vist i plau.

Però, si queda clar que la investigació d'un delicte és competència del fiscal, serà fàcil acordar que aquestes actuacions que no han produït resultat identificatiu de l'autor hagin de quedar igualment fora de la intervenció del jutge, sense perjudici de que, si mai s'arribés a identificar l'autor, s'incoaria, ara ja si, de bon de veres, la corresponent instrucció que seria fiscal, no judicial.

Matisacions i objeccions.

S'ha parlat fins ara de les avantatges que podria suposar l'atribució al fiscal de la responsabilitat d'investigar els delictes. Però és evident que aquesta opció legislativa comporta riscos i desavantatges que obliguen a

certes cauteles. A aquestes reserves es farà referència a continuació, de manera correlativa a l'exposició que s'ha fet de les corresponents avantatges.

Primera.

Així, en primer lloc, es deia que atribuir la instrucció al Ministeri Fiscal és una qüestió de principis, en concret, del principi d'imparcialitat. Però l'atribució al fiscal de la competència per investigar els delictes comporta, també, riscos pels principis, aquesta vegada pel principi d'independència. En efecte, si el Ministeri Fiscal no és independent del govern, com es pot garantir l'objectivitat de la instrucció?

S'ha propugnat un estatut pel Ministeri Fiscal de total independència en relació al poder executiu que el faria, de fet, indistingible del jutge. Si el fiscal ha de ser independent i s'ha de conduir en la seva actuació pel principi de legalitat, no sobrarien els jutges? D'altra banda, aquest sistema de total independència del fiscal no té equivalent en cap país de la Unió Europea amb excepció d'Itàlia, on els fiscals tenen el mateix estatut que els jutges i, de fet, els magistrats poden exercir tant una como una altre funció. Es tal vegada més útil i més conforme amb la nostra tradició jurídica fer menció aquí de la garantia que suposa l'acció popular, recollida a l'article 125 de la Constitució, i que constitueix una salvaguarda essencial per a què l'acció penal es pugui exercitar davant els tribunals quan el Ministeri fiscal no ho fa, i sempre que el jutge de l'audiència preliminar consideri que l'acusació està prou fonamentada. Així es preveu al projecte de reforma de la Llei d'Enjudiciament Criminal aprovat en juliol de 2011, l'únic text que, després de la Constitució, conté una proposta integral de nova regulació del procés penal.

Al nostre model de procés penal el Ministeri fiscal no té el monopoli de l'acusació. Qualsevol persona que defensi un interès legítim, suficientment connectat al interès públic, pot exercir l'acusació. No es pot oblidar que l'acusació popular juga i ha jugat un paper molt important a processos d'enorme transcendència social i que s'ha duit endavant malgrat el fiscal no acusés, com son ara el cas Pinochet, el cas Gal o, darrerament, l'acusació al jutge Garzón per les escoltes il·legals en el cas Gürtel.

Segona.

La segona raó que es donava per l'atribució al fiscal de la instrucció dels delictes era l'harmonització i homogeneïtzació amb els ordenaments jurídics de la UE. Però s'ha de fer, també, una matisació. En efecte, molt sovint la homogeneïtzació o convergència amb Europa no és tan sols qüestió d'un canvi legislatiu sino de l'adopció de unes certes pautes culturals. Les millors

pràctiques del països europeus exclouen la immissió del Fiscal General de l'Estat en les investigacions concretes dutes a terme pels fiscals. Així, durant el govern de Lionel Jospin, a França, el Fiscal General de l'Estat feia una renúncia expressa a dirigir ordres als fiscals sobre la investigació de determinats delictes i concentrava les seves funcions en impartir ordres generals de política criminal als fiscals. Un govern democràtic ha de tenir eines per du a terme la seva política criminal i una de elles es poder impartir aquest tipus de directrius al membres del ministeri públic.

Cal recordar aquí que la Recomanació 19, de 6 d'octubre de 2000, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa sobre la funció del Ministeri Públic en el procés penal admet sense cap problema els sistemes en els quals el fiscal condueix, dirigeix o supervisa la investigació.

Tercera.

La tercera raó que es donava a favor de l'atribució al fiscal de la instrucció dels delictes és la coherència del judici acusatori que ja va implantar la llei de 1882. Ara bé, el que aquest model demanda, a més a més de que el jutge assumeixi la seva condició de tercer, és que el fiscal adopti també la seva consideració de part amb totes les conseqüències, al mateix nivell que la defensa.

Això exigeix un canvi en profunditat de manera que en l'actuació quotidiana de jutges i fiscals es respecti el principi d'imparcialitat objectiva, l'aparença d'imparcialitat, que resulta essencial en l'Estat de dret. Com deia el famós Lord Hewart: "It is not merely of some importance that justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done".

En conseqüència, pràctiques quotidianes que suposen la pèrdua de visibilitat de la separació de funcions de jutges i fiscals hauran de ser evitades.

Quarta.

El quart argument per a traslladar al fiscal la instrucció feia referència a la imatge de la justícia.

En casos de transcendència mediàtica, quan la instrucció es perllongui en el temps, el Ministeri fiscal haurà d'assumir les funcions informatives que li atribueix l'article 4 del seu estatut orgànic vetllant que es respecti sempre la presumpció d'innocència.

Això no és, de cap manera, una tasca fàcil. Avui la publicitat dels procediments no es limita a la presència del públic a la sala a la qual es

celebra el judici. Des del principi de la investigació la premsa té informació, especialment dels assumptes amb transcendència social i política, i l'han de tenir ja que, com ha dit reiteradament el Tribunal Constitucional, les llibertats d'expressió i d'informació son essencials per al pluralisme polític, una de les bases de l'Estat democràtic i social. Els mitjans de comunicació, però, tenen tendència a construir un relat amb el seu culpable i la seva víctima i, malauradament, també amb el seu judici paral·lel i la seva condemna abans que els jutges hagin començat les sessions orals.

Fins ara, protegir els drets de les parts i garantir que la investigació no es vegi frustrada per informacions inapropiades o filtracions és una tasca que assumeix el jutge de instrucció i que haurà d'exercir el fiscal si és ell el que finalment s'encarrega de la investigació dels delictes ja que el secret de les investigacions s'haurà de mantenir, de forma limitada, sigui qui sigui el que s'encarregui de la instrucció.

Cinquena.

Finalment s'ha fet referència a les avantatges pràctiques que podria tenir l'atribució al fiscal de la instrucció en quant contribuiria a descongestionar els jutjats. El risc és, però, que en lloc de llevar burocràcia es dupliquin actuacions: Les de investigació pròpiament dita, duites pel fiscal, i la del jutge de garanties que es designaria ja al principi de la instrucció i que tindria freqüents intervencions en el procés, cada vegada que el fiscal demanés la limitació d'un dret fonamental.

La implantació de la nova oficina judicial en la que es duria un sol expedient telemàtic a disposició tant del jutge com de les parts seria indispensable per a evitar aquestes duplicitats.

Per concloure es pot dir que aquesta apassionant discussió sobre atribució o no al fiscal de la instrucció dels delictes que ens ha ocupat durant aquests darrers anys, tal vegada hagi diferit l'adopció de mesures de menor entitat que haguessin pogut contribuir a la simplificació i modernització del nostre procés penal.

Per això, aquest debat, amb independència del seu resultat, no pot deixar que ens oblidem de les reformes que cada dia que passa son més urgents, com son la implantació definitiva de la Nova Oficina Judicial, ara quasi oblidada, la nova planta judicial amb la creació dels tribunals de primera instància, o la racionalització del sistema de recursos contra interlocutòries en el procés penal.

2. Ponencia de Don Ladislao Roig Bustos:

El Fiscal Instructor.

1.- INTRODUCCIÓN.

La problemática y el consiguiente debate sobre cual es el órgano adecuado para asumir la investigación de los delitos, Juez o Fiscal, no es precisamente algo nuevo en nuestro país. Así, ya la Ley de Bases de 1881, preparatoria de la que sería la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, (por cierto, no olvidemos que esta es la Ley que sigue siendo la vigente) establecía la atribución a los Promotores Fiscales de la investigación de los delitos. Sin embargo a la hora de plasmar tal idea en la Ley el Legislador dio marcha atrás y así lo explica en la Exposición de Motivos: “Algún día el Legislador, echándose en brazos de la lógica, llegará hasta el límite del principio acusatorio” pero actualmente “...la transición es demasiado brusca”.

130 años después nuestro país ha sufrido avatares de todo tipo: Monarquías, Dictaduras, guerra civil, Repúblicas, transiciones democráticas, Monarquía Parlamentaria... y, pese a ello, cuando hoy se vuelve a plantear la posibilidad de trasladar de Jueces a Fiscales la atribución de la investigación de los delitos se sigue afirmando que la idea es buena pero que “la transición es demasiado brusca”. Parecería que no ha pasado el tiempo, que no ha pasado nada, que seguimos en el siglo XIX.

2.- ARGUMENTOS A FAVOR.

A).- **Diseño constitucional.** Es nuestra propia Constitución de 1978 quien se decanta por el modelo del Fiscal instructor, en mi opinión de una manera evidente. En efecto, el artículo 117.3 describe cuales son las funciones del Juez: “Juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”. A su vez, es el artículo 124.1 el encargado de describir las funciones del Fiscal: “Promover la acción de la Justicia”.

Se atribuye pues al Juez un papel pasivo: “Juzgar”, relegando las facultades dotadas de una cierta actividad a un momento posterior al del enjuiciamiento, “hacer ejecutar lo juzgado”. Por el contrario al Fiscal la Constitución sí le otorga ese papel activo: “Pro-mover”, es decir, mover hacia, impulsar, llevar a. Como veremos inmediatamente, los papeles que el constituyente atribuyó a Jueces y Fiscales son exactamente los contrarios que los que desempeñan unos y otros en la actualidad.

B).- **Diseño europeo.**- Todos los países de nuestro entorno socio cultural tienen asignada al Fiscal la atribución de la investigación de los delitos. No se trata aquí de hacer una exégesis de cómo son los distintos procedimientos penales en los países que nos rodean pero sí queremos señalar, a título de mero ejemplo, como en Alemania los fiscales son claramente dependientes del Gobierno mientras que en Italia los fiscales son claramente independientes del Gobierno al tener exactamente la misma naturaleza que los Jueces y depender del Consejo General de la Magistratura. Pues bien, en ambos países es el Fiscal quien tiene atribuida la investigación del delito.

C).- **La lógica.**- Nuestro procedimiento penal es único en el mundo, afirmación que no es una metáfora o una exageración, sino tan sólo la descripción de una realidad. No hay un solo país que siga el modelo español, ese modelo creado, no lo olvidemos, hace 130 años.

Desde la perspectiva estrictamente teórica, luego veremos la realidad del día a día, en el proceso español a quien se comunica la “notitia criminis” es al Juez y es el Juez quien recopila las pruebas, todas y de todo tipo, sean favorecedoras de la acusación o de la defensa, y es el Juez quien imputa los hechos al denunciado bien sea dictando auto de procesamiento, en los sumarios, o auto de pase a Procedimiento Abreviado, en este tipo de procedimientos. Todo ello en base a la filosofía de que lo que vale es lo que se instruye y que el Juicio Oral es una pamema (Ya lo dijo Alfonso Martínez en 1882 y así se repite en la Exposición de Motivos de la Ley 5/1995, del Jurado). Ciertamente es que esa filosofía ha sido notoria y sustancialmente corregida en los últimos tiempos, pero tales correcciones derivan de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, no de lo que es la estructura del proceso que se sigue asentando en esa filosofía antedicha.

Y así, mientras el Juez está en permanente actividad (acumula pruebas, toma decisiones, imputa hechos...) el Fiscal se mantiene pasivo salvo en algunas muy específicas actuaciones que no por esenciales dejan de ser eso, muy concretas actuaciones, tales como la petición de privación o limitación de la libertad. Incluso la adopción de medidas cautelares de evidente importancia, como el embargo de bienes, pueden ser acordadas, y de hecho lo son, sin la previa petición en tal sentido del Fiscal que, siempre según el diseño teórico del proceso español, se limita a quedarse sentado en su despacho a la espera de que el Juez concluya su actividad.

Tales despropósitos no se quedan en lo señalado. Porque al final el que acusa es el Fiscal y la acusación la tiene que hacer con una prueba que no es la que él se ha buscado, sino la que le ha proporcionado un tercero; porque muy Juez que sea el instructor, no deja de ser “un tercero”. Y eso si decide acusar, porque el Fiscal, una vez ha recibido el procedimiento con las pruebas acumuladas por el Juez Instructor, puede perfectamente no acusar

haciendo con ello inútil el trabajo del Juez.

Añadamos a ello que cuando el Fiscal recibe el procedimiento puede entender que no le bastan las pruebas hasta entonces practicadas por insuficientes en cuyo caso puede pedir más pruebas estando el Juez obligado a practicarlas (“las acordará”, dice imperativamente el artículo 780.2 de la L.E. Criminal), a diferencia de si las pide la acusación particular (en cuyo caso el Juez decidirá “lo que estime procedente”, según el mismo texto legal).

No parece exagerado decir que todo esto es ilógico y evidentemente es exactamente lo contrario de ese diseño constitucional antes expuesto del Juez pasivo y el Fiscal activo.

D).- Las sospechas sobre el Juez Instructor.

Vaya por delante mi absoluto reconocimiento por la labor que día a día desempeñan los Jueces Instructores con especial alabanza a los Jueces destinados en Palma que están realizando una labor encomiable. Pero dicho esto, no es menos cierto que con el actual sistema procesal el Juez es quien acumula las pruebas pero también es quien toma decisiones esenciales como la adopción de las medidas cautelares, incluida la que supone nada más y nada menos que la privación de libertad. Así resulta que, en multitud de ocasiones, la primera decisión que adopta el Juez Instructor es acordar la prisión provisional del sospechoso cuando le llega el atestado a su Juzgado de Guardia y es, después de adoptar esa decisión, cuando comienza a recopilar pruebas en la investigación del delito, todas aquellas pruebas que no están contenidas en el atestado policial.

Pero es que el Instructor también resuelve recursos interpuestos por las partes personadas durante la tramitación del proceso sin olvidar, dados los tiempos que corren, la multitud de críticas y alabanzas mediáticas si el asunto que se instruye tiene una especial relevancia social. En definitiva, cada vez que el Juez resuelve un recurso de alguna forma parece que toma partido, algo que parece poco compatible con su obligación de ser imparcial y objetivo tanto desde un punto de vista material como formal.

Este último aspecto no ha dejado de ser considerado incluso por nuestro Tribunal Constitucional. Así, en su sentencia 162/99 de 27 de septiembre se reseñan afirmaciones relativas al Instructor tales como “... su obligación de ser ajeno al litigo...”, que sea evidente que el Juez “...no se juega nada en él...”, que no puede “... ser juez de la propia causa” y la tajante afirmación de que “... el Juez no debe ser el impulsor de la actividad pública investigadora, sino el garante de los derechos individuales”.

E).- Situación social actual.

En la actualidad hay un hecho fáctico objetivo: El cada vez mayor

despliegue de la actividad investigadora del Fiscal en el proceso penal. Así, no resulta ya extraño que en determinados procesos, de todos conocidos por su impacto mediático, se vea al Fiscal en la misma Comisaría de Policía interrogando a los denunciados o detenidos o en entradas y registros, es decir, al frente de la investigación penal desde su mismo inicio. Pero, junto a ello, tampoco es extraño, más bien lo contrario, es habitual, ver providencias dictadas por el Juez Instructor ordenando el pase del procedimiento al Fiscal para que “informe sobre el procedimiento a seguir” ó para que “manifieste lo que a su derecho convenga” o para que “indique si estima necesaria la práctica de más pruebas a realizar”, providencias que lo mismo se dictan nada más incoarse el proceso penal como se dictan cuando el mismo está concluyéndose. Es pues evidente como el Fiscal adopta, por sí o a instancia del propio Juez Instructor, una cada a vez mayor actividad abandonando esa posición pasiva a la que antes me refería. Pero ésto se hace sin criterios concretos, a su libre albedrío o al albedrío del propio Juez, sin parámetros preestablecidos ni previa normativa. Simplemente, se hace. O no se hace.

Otro elemento destacado relacionado con esa mayor despliegue de la actividad investigadora del Fiscal son las llamadas Diligencias Informativas de la Fiscalía, Diligencias de Investigación que se encuentran legalmente amparadas por el artículo. 773.2 de la L.E. Criminal y por el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aunque las mismas adolecen de una absoluta falta de regulación ya que, que uno sepa, solo la Instrucción 4/06 de la Fiscalía General del Estado, Instrucción relativa a la Fiscalía Anticorrupción, y el Decreto 10/9/09 del Fiscal General del Estado, relativo a una orden de un Fiscal Jefe de una determinada Fiscalía, son la única normativa reguladora de esta materia y ello a pesar de la evidente importancia que este tipo de Diligencias han alcanzado en los últimos tiempos. Así, si nos centramos en la Fiscalía de Palma y contemplamos su evolución vemos como, sin incluir las relativas a las materias de Incapacidades y Menores, en el año 2005 se incoaron 63, en el 2007 fueron 144, 221 en el 2008 y en el último año, 2011, las incoaciones alcanzaron la cifra de 224. Y, a pesar de que en nuestro Ordenamiento es al Juez de Instrucción al que se le debe notificar o informar de la “notitia criminis”, no solo fueron los ciudadanos de a pie los que acudieron a Fiscalía a denunciar posibles hechos delictivos, sino que lo hicieron Instituciones (como el Govern, Ayuntamiento, Ibsalut...) incluso jurídicas (como los Colegios de Notarios y Registradores o el propio Colegio de Abogados) e incluso en 24 ocasiones en el 2011 fueron Jueces de 1ª Instancia quienes optaron por remitir a Fiscalía, en vez de a sus compañeros de Instrucción, testimonios de posibles hechos delictivos ocurridos en su jurisdicción.

Hay pues un claro sentir social, incluso en los propios estamentos

jurídicos, de que es el Fiscal el órgano naturalmente más adecuado para dirigir la investigación de los hechos delictivos.

3.- ¿POR QUÉ NO SE ACEPTA AL FISCAL INVESTIGADOR?.

La respuesta es tan clara como tajante: La falta de voluntad política para la necesaria reforma de la Justicia Penal, falta de voluntad existente a lo largo de todo el siglo XX cualquiera que haya sido el régimen imperante o el color político del Partido en el Poder incluidos aquellos que, ya en un régimen democrático, han contado con amplias mayorías absolutas.

Desde el nacimiento de la Constitución hasta la toma de posesión del último Gobierno, el de Mariano Rajoy, se han producido hasta 43 modificaciones de la L.E. Criminal. Aún así, materias de una evidente trascendencia como la regulación de la prueba de las escuchas, tanto telefónicas como privadas, (cuya regulación y validez se debe en la actualidad exclusivamente a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional), o como la problemática de la doble instancia, siguen siendo problemas sin resolver por el Legislador. Nuestro proceso penal, ya lo señalamos antes, sigue teniendo como base la L.E. Criminal de 1.882 a la que una y otra vez se parchea a veces incluso de manera precipitada por las urgencias, como sucedió con la declaración de inconstitucionalidad de las Diligencias Preparatorias, aquellas en las que el mismo juez que instruía era el que posteriormente juzgaba y sentenciaba.

En este sentido, un pequeño repaso histórico nos hace ver que desde la Constitución hasta nuestros días hemos instruido con procedimientos como las Preparatorias, los Sumarios de Urgencia, los PEOs, los MGs, los PADs, los Juicios Rápidos, además de otros procesos especiales como los de Jurado o los relativos a personas aforadas Sólo dos procedimientos, los Sumarios Ordinarios y los Juicios de Faltas, han permanecido básicamente inalterables en su estructura. Es decir, cada 7 años cambiamos el procedimiento base. No parece que ello sea un modelo de estabilidad para un proceso de la importancia que debe suponersele al proceso penal.

A lo largo de todo este auténtico vía crucis de parcheos pocas veces el Legislador se ha decantado por seguir los pasos que se anunciaban a finales del siglo XIX. Particularmente llamativo es el supuesto de la Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo, del Tribunal de Jurado. Tras anunciar su Exposición de Motivos que se opta por la potenciación del principio acusatorio, efectivamente parece que en un principio se inclina por dejar que sean las partes quienes acumulen las pruebas de las que se quieran servir el día del juicio y así el artículo 24.1 reseña que el Juez Instructor sólo podrá practicar aquellas pruebas que sean “inaplazables”, para añadir en su artículo 27.1

que igualmente podrá practicar aquellas que sean “imprescindibles”. Sin embargo el Legislador empieza a “sospechar” de las partes, y por eso permite al Juez Instructor en el artículo 27.3 que practique las “necesarias” para, finalmente, autorizarle en el artículo 32.3 que igualmente realice las pruebas “complementarias”. Desde la “inaplazabilidad” a la “complementariedad” se hace un recorrido que se inicia con esa “potenciación del principio acusatorio” y se concluye con una vuelta al procedimiento ordinario donde de nuevo es el juez el encargado de la acumulación de pruebas. Toda una declaración de principios del querer y no atreverse.

Lo mismo podría decirse de las Diligencias Informativas de Fiscalía a las que antes me he referido. Se aceptan legalmente, pero no se regulan en absoluto, pese a su cada vez mayor incidencia tanto en cuanto al número de incoaciones como a la importante naturaleza de los hechos en ellas investigados.

En resumidas cuentas, desde el anuncio en 1882 de llevar hasta sus últimas consecuencias el principio acusatorio hasta la fecha de hoy, sólo la Ley 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de Menores se ha atrevido a seguir el camino de la lógica.

4- PROBLEMATICA DEL FISCAL INVESTIGADOR.

A).- Las plantillas.

Un primer problema que no por material deja de ser importante es el de las plantillas y no sólo de los Fiscales. Este cuerpo, el de la Carrera Fiscal, que ya en los últimos tiempos ha ido recibiendo cada vez más atribuciones, que bienvenidas sean, en ámbitos como el civil (familia, incapacidades...), laboral, contencioso, vigilancia penitenciaria, menores.... necesitaría un evidente incremento de plantilla para poder asumir de una manera mínimamente eficaz la labor de la investigación de los delitos. Las razones para ese aumento de plantilla no parece que deban justificarse por su obviedad.

Junto a ello la plantilla de los Jueces, sobre todo de los de Instrucción, evidentemente debería quedar reducida al pasar a tener unas funciones de control de evidente menor entidad e intensidad numérica que las funciones instructoras que ahora tienen encomendadas.

Pero también sería necesaria una evidente reforma material en las oficinas tanto judiciales, cuya plantilla debería reducirse, como en las del Ministerio Fiscal, cuyo aumento será imprescindible en personas y en locales dado el innegable aumento de funciones y de “papel” que la atribución al Fiscal de la investigación de los delitos conlleva.

B).- La supuesta dependencia gubernamental.

Probablemente la principal objeción existente a la atribución al fiscal de la investigación de los delitos sea su supuesta dependencia gubernamental, dependencia que, como ahora veremos, no es tan taxativa como algunos quieren hacer ver y que, en cualquier caso, no supone problema alguno en otros países como Alemania ó Francia donde el Fiscal, que sí es en ellos claramente dependiente del Gobierno, tiene atribuida esa labor.

En cualquier caso el Fiscal español no es tan gubernamental como algunos se empeñan en afirmar. De entrada el Ministerio Fiscal está constitucionalmente “integrado en el Poder Judicial” al quedar regulado en el Título VI de la Constitución, “Del Poder Judicial” y no en el título IV, “Del Gobierno y de la Administración”, ni en el título III, “De las Cortes Generales”.

Igualmente en es la Constitución donde se fija como principio rector del Ministerio Fiscal el de la Imparcialidad, anexo y al mismo nivel que el de Legalidad (art. 124.2) y unido a los de Unidad y Jerarquía en el bien entendido que este último principio tiene como cúspide al Fiscal General del Estado. El principio de Jerarquía no va constitucionalmente “más allá”, no tiene mandos ni superiores al Fiscal General ni intermedios fuera de la propia Carrera Fiscal. No hay una sola norma legal, una sola disposición normativa, que permita a ninguna Autoridad, cualquiera que sea su naturaleza, dirigirse a ningún miembro del Ministerio Fiscal dándole instrucciones ni mucho menos ordenándole sobre cual deba de ser su proceder o su actuación. Es más, ni el propio Gobierno de la Nación puede hacerlo pues cuando, en su legítima dirección de la política criminal, quiera que el Ministerio Fiscal actúe de una determinada manera solo lo podrá “interesar” en una comunicación que necesariamente debe hacerse “al Fiscal general del Estado a través del Ministerio de Justicia” quedando obligado el Fiscal general en tal tesitura a convocar a la Junta de Fiscales de Sala para estudiar la legitimidad de ese “interés” mostrado por el Gobierno (Artículo 8 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981 de 30 de diciembre).

Cierto es que el Fiscal general del Estado es un nombramiento gubernamental y que, a partir de ahí, pueden surgir sospechas sobre su actuación al frente de la Institución y de las órdenes e instrucciones que él sí puede formular al resto de la Carrera, pero lo que no se puede es olvidar que precisamente para eliminar o cuanto menos paliar esas sospechas el propio Estatuto Orgánico ha incorporado una serie de garantías, ampliadas y reforzadas tras su última modificación del año 2010, tanto en lo referente al nombramiento del Fiscal general, las incorporadas tras la última reforma

legal, como referidas a los fiscales “ordinarios”. Así en referencia al Fiscal general éste solo es nombrado previa audiencia parlamentaria (Art. 29.2), su mandato es temporal, 4 años, y solo puede ser cesado por causas previamente tasadas (Art. 31), garantías todas ellas que dotan, o deberían dotar, de una mayor credibilidad a su actuación al reforzarse de manera evidente su status independiente del Ejecutivo desde el mismo momento de su toma de posesión.

Junto a ello se han mantenido las garantías para los fiscales “de a pie”. Así, el derecho a elevar al Fiscal general y al Consejo Fiscal los supuestos en que el superior avoque para sí un determinado asunto (art. 23), la plena libertad en su informe oral cualesquiera que hayan sido las órdenes recibidas (art. 25) o la posibilidad de objeción a la orden emanada de su superior (art. 27).

Por todo ello creemos absolutamente mendaz el silogismo tan burdamente utilizado por algunos según el cual como al Fiscal general lo nombra el Gobierno de la Nación (premisa 1) y como los fiscales están sometidos al principio de jerarquía (premisa 2) la función y las actuaciones de todos los miembros del Ministerio Fiscal no son fiables (conclusión) y por ello no se les puede atribuir la función investigadora. Quienes mantienen tal tesis o desconocen todo lo que acabamos de reseñar (lo que es grave en quienes se denominan a sí mismos juristas) o, lo que es peor, lo conocen pero no se lo creen (lo que supone una tacha de permanente sospecha institucional tan absolutamente inadmisibles como sería sospechar de manera global de la independencia de los Jueces) o, lo más grave de todo, lo conocen, se lo creen, pero les interesa mantener una sospecha permanente sobre la credibilidad del Ministerio Fiscal por razones tan infames que prefiero ni entrar a analizar.

C).- **La credibilidad social.**- Todo lo antedicho no supone que quien esto escribe desconozca una realidad social que algunos, como acabo de señalar en el apartado anterior, se encargan de mantener y potenciar cual es la sospecha en las actuaciones de los Fiscales. Aun siendo incierta (e injusta) la base de esa sospecha, al menos desde una acepción generalizada, no es menos cierto que asumir por los Fiscales la función de investigación debería pasar por un mayor esfuerzo en ese reforzamiento de su credibilidad ante la sociedad, esfuerzo que debería hacerse desde ya cuanto menos en algunas materias como sucede con las Diligencias Informativas o de Investigación de la Fiscalía.

En efecto, y como ya señalamos anteriormente, las Diligencias Informativas apenas tienen en la actualidad una regulación y la poca normativa existente no parece ser la más adecuada en ese intento de reforzamiento en la credibilidad social. Así, el Decreto del Fiscal General del Estado de 10/9/09 atribuyendo sin más y con absoluta libertad a los Fiscales Jefes tanto la

asignación de los asuntos como la decisión final de los mismos, obviando esas garantías antes reseñada de los fiscales ordinarios, no parece que contribuya a ese esfuerzo por ganar un plus de confianza social. Es más, la apuesta debería ir por el camino contrario, es decir, por controlar las facultades de las Jefaturas y del propio Fiscal general en aras a evitar acrecentar esas sospechas y susceptibilidades al modo en como se hace en otras legislaturas (por ejemplo, Portugal). Una buena medida, a título de ejemplo, sería la de que las Instrucciones y Circulares que emanan de la Fiscalía general del Estado deban ser necesariamente generales, evitando dar órdenes o instrucciones sobre casos concretos. Como buena medida sería que el reparto de trabajo y la asignación de asuntos en las Fiscalías, aún atribuida esa función al Fiscal Jefe oída la Junta de Fiscalía, se hiciese de manera anual y predeterminada y que los cambios en ese reparto lo fuesen solo de manera excepcional y por causas tasadas.

En esta línea donde entendemos que debe dirigirse la actuación legislativa en tanto se decida plasmar de manera definitiva en nuestras Leyes el modelo del Fiscal investigador, normativas y líneas de actuación en la Carrera Fiscal por las que sin merma del principio constitucional de jerarquía se refuerce el también constitucional principio de imparcialidad en el bien entendido de que sin credibilidad social la figura del fiscal investigador nacería inevitablemente condenada al fracaso.

5.- FUTURO IMPROBABLE.

El anterior Gobierno de la Nación de Rodríguez Zapatero redactó un borrador de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal basada en la atribución al Fiscal de la investigación de los delitos, bien que tal borrador fue terminado en la última etapa de la Legislatura de modo que ni tan siquiera llegó a ser objeto no ya de debates parlamentarios sino ni tan siquiera de las correspondientes discusiones previas. Ello no obstante no me resisto a reseñar muy esquemáticamente (el borrador es extensísimo) las líneas generales de ese conato de un nuevo proceso penal a pesar de ser consciente de que estamos hablando de un borrador cuyas perspectivas de plasmarse en Ley son mínimas, por no decir nulas.

— **Fase Previa.**- La conforma la investigación policial quien actúa de manera autónoma y que se realiza sólo hasta la identificación de algún sospechoso. Tan pronto como es identificada una persona como presunta autora o responsable del delito que se investiga la Policía ya no acude al Juez, sino que debe acudir al Fiscal comunicando los resultados habidos hasta ese momento de la investigación y la identidad del sospechoso iniciándose así la 1ª Fase del procedimiento.

Excuso decir que durante esta fase previa no puede practicarse prueba

ni diligencia alguna que limite o vulnere derechos de ningún ciudadano.

— **1ª Fase.**- Tan pronto como el Fiscal recibe la investigación policial debe incoar el correspondiente procedimiento y comunicar inmediatamente tal incoación al llamado Juez de Garantías para, también de manera inmediata, concretar (el Fiscal) ante ese mismo Juez los hechos objeto de imputación a la manera como se hace en la actualidad en la Ley del Jurado.

El Fiscal practica, o manda practicar, todas aquellas diligencias de investigación que crea necesarias con la participación en ellas del abogado defensor en la forma como al día de hoy se practican por el Juzgado Instructor, pero en el bien entendido que todo ello no es sino una “preparación” ya que ninguna de las diligencias que se practiquen son reproducibles. Igualmente cuando la diligencia de prueba que interesa practicar el Fiscal, o la parte acusadora si se personara, lleve aparejada la limitación o vulneración de derechos fundamentales (escuchas, registros, pruebas de ADN...) necesariamente deberá ser previamente autorizada por el Juez de Garantías.

Este, el Juez de Garantías, durante esta fase mantiene una actitud pasiva ya que su cometido esencial es adoptar medidas cautelares o autorizar la práctica de pruebas que vulnere derechos fundamentales del investigado y que se hayan interesado a petición de parte. Igualmente ejerce una función de control sobre la investigación del Fiscal y así, por ejemplo, decide sobre aquellas pruebas que habiendo sido interesadas por el letrado defensor su práctica hubiera sido denegada por el Fiscal. También ejerce un control sobre la duración de este periodo que deberá tener un límite temporal preestablecido.

Si el Fiscal entiende que de las diligencias practicadas no se derivan pruebas suficientes para formular acusación archivará las Diligencias con posibilidad de recurso por la parte acusadora personada. Si el Fiscal entiende que ya ha acumulado las pruebas necesarias para formular acusación (y el defensor no quiere la práctica de nuevas pruebas o estas le son denegadas por el Juez de Garantías), se inicia la 2ª Fase.

— **2ª Fase.**- En ella aparece un nuevo Juez, el llamado Juez de Audiencia Preliminar, distinto al anterior, el Juez de Garantías, y por tanto no contaminado por decisiones previamente tomadas de evidente envergadura como puede ser la misma privación de libertad del investigado.

La función de este segundo Juez es básicamente la de recibir la investigaciones realizadas y los escritos de acusación y defensa y en base a todo ello determinar si la acusación está suficientemente fundada y, de entender que sí, dictar el auto de apertura del Juicio Oral, fase ésta que excluyo de comentario al quedar al margen de lo que es objeto de estas líneas, la atribución al Fiscal de la investigación de los delitos.

Reitero que el borrador es extensísimo y que lo acabado de reseñar es tan solo un atrevido resumen que deja al margen multitud de problemáticas, pero lo he querido plasmar en este trabajo con la vana pretensión de acercarse a una idea, solo la idea, de lo que podría ser el eje de un nuevo procedimiento penal.

6.- PROBABLE FUTURO.

Decía al principio de este escrito, en la Introducción, que hace ya 130 años se hablaba de la posibilidad de atribuir al Fiscal la investigación de los delitos. El tema pues se planteó a finales del siglo XIX, se siguió planteando durante todo el siglo XX y se sigue planteando en estos principios del siglo XXI. Y si uno se para a meditar cómo y con qué intensidad se hace actualmente este planteamiento, piensa que probablemente a principios del siglo XXII alguien bienintencionado volverá a organizar una mesa redonda sobre las posibilidades de que en España se atribuya al Fiscal la investigación de los delitos.

“La Historia no avanza, solo da vueltas sobre sí misma”, decía la inolvidable abuela Amaranta de “Cien años de soledad” cuando veía pasar ante ella a sus distintos descendientes Buendía: Los Arcadios, José Arcadios, Aurelianos, Aurelianos José, Ursulas, Amarantas, Amarantas Ursulas...

Empecé a ejercer como Fiscal en enero de 1978. Era entonces delito conducir sin carné y había encarnizados debates jurídicos y sociales sobre la despenalización de aborto. Existían Magistrados que en los Juicios andaban más preocupados del riguroso cumplimiento de los formulismos (no de las formas que incorporan garantías de inexcusable cumplimiento, sino de formulismos simplemente inútiles e hipócritas) que de lo que realmente se dilucidaba en el Juicio Oral. Cada vez que había un problema social aparecía el político de turno diciendo que para solucionarlo se iba a modificar el Código Penal (para endurecerlo, por supuesto). Se decía que los delincuentes entraban en el Juzgado por una puerta y salían por otra aunque fuésemos el país que teníamos una mayor “ratio” de presos por habitantes. Todavía no estaba aprobada la Constitución española. Y se hablaba de la posibilidad de atribuir al Fiscal las funciones de la investigación del delito.

Era enero de 1978.

3. Ponencia de Don Gabriel Garcías Planas: ***Breves notas sobre la instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal.***

En mi opinión el hecho de que las causas penales se instruyan por el Juez o por el Ministerio Fiscal no es lo importante. Lo realmente significativo es que la instrucción se haga bien y que se garanticen los derechos de las partes en el proceso; no en vano los procesalistas afirman con rotundidad que el procedimiento es la garantía del proceso.

Por ello, creo que cada parte debe tener un sitio en el proceso penal, el Juez en el Juzgado, el Fiscal en Fiscalía, la Policía en Comisaria y el Abogado, con las escasas funciones que en un principio tiene atribuidas, en Policía y en el Juzgado.

En la actualidad no es infrecuente que representantes del Ministerio Fiscal se desplacen a la Jefatura Superior de Policía, e interroguen a los detenidos; ello no me parece procesalmente adecuado por las razones que a continuación diré.

El Código Penal no concibe estas situaciones como admisibles. Así, el delito de simulación de delito del artículo 457 al decir “El que, ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior, simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente **provocando actuaciones procesales**, será castigado con la multa de seis a doce meses”. El término actuación procesal ha sido interpretado como expresión equivalente a procedimiento judicial con la finalidad de averiguar un hecho que revista caracteres de delito (STS 9 de Diciembre de 1949); por otra parte el Alto Tribunal en otras resoluciones niega tal concepto en aquellos casos en que el procedimiento no va encaminado a la averiguación de hechos punibles, circunstancias modificativas y personas responsables.

Lo que no exige el Alto Tribunal es que se trate de unas diligencias concretas, siendo suficiente con la apertura de Diligencias Previas. Así la Sentencia 20 de Septiembre de 1991, establece “que la actuación procesal es la dirigida a la averiguación de los hechos simulados aunque sea en trámite de diligencias previas, porque la amplitud de la fórmula legal permite todas las modalidades previstas en el ordenamiento”.

Sin embargo y esto es lo importante, para lo que intento explicar, es que es un criterio unánime que la expresión “actuación procesal” es sinónimo o

equivalente a procedimiento judicial tendente a averiguar algún hecho que revista caracteres de delito. Por ello el Tribunal Supremo desde antiguo, –Sentencia 24 de Mayo de 1957– negaba la existencia de tal actuación al no existir un procedimiento encaminado a la averiguación de hechos punibles, circunstancias modificativas y personas responsables; y la Sentencia de 16 de Mayo de 1975 igualmente estimó que no existían actuaciones procesales, porque aunque existió simulación ante agentes policiales, en la propia comisaria, posteriormente se confesó la verdad y no se abrió procedimiento alguno.

En definitiva, actuación procesal debe entenderse como apertura de un proceso judicial y no meramente atestados policiales.

Por tanto, el legislador, no ha contemplado que el Ministerio Fiscal o un Juez de Instrucción estén presentes en Comisaria, por cuanto considera que si alguien simula haber sido responsable o víctima de un delito ante Policía sólo con ello no se comete una simulación de delito porque no se ha dado lugar a una actuación procesal; sin embargo ese criterio Jurisprudencial y Doctrinal, caso de admitirse la presencia de un representante del Ministerio Fiscal o de un Juez de Instrucción en Comisaria, debería cambiar radicalmente, por cuanto daría un vuelco en concepto de actuación procesal.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 2005, considera a la simulación de delito como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que “la noticia criminis” o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como antaño, una condición objetiva de punibilidad, sino como resultado de la acción típica.

Concluyo esas breves notas, con la idea de que las autoridades judiciales, Ministerio Fiscal, Jueces de Instrucción, no deberían interrogar a los detenidos en Comisaria de Policía, ya que en principio, a mi entender el lugar de llevarlo a cabo es en el Juzgado. Las ideas que he expuesto sobre el concepto de “actuación procesal” del artículo 457 del Código Penal parecen, en buena medida apoyar esa tesis.

Pero desde luego, no esta vedada cualquier otra opinión; pues una de las grandezas del Derecho es que es interpretable.