

¿Necesidad de un período de transición hacia el nuevo modelo?

Manuel Marchena Gómez

El debate acerca de la función, los límites y el significado de la intervención del Fiscal en el proceso penal, no es cuestión novedosa. El papel que el Ministerio Fiscal haya de asumir en la investigación y enjuiciamiento del delito ha ocupado, ya de antiguo, a acreditados tratadistas. En la mayoría de los casos existe un común punto de partida, a saber, el deseo de dar respuesta a un interrogante inicial que está en la base de uno u otro modelo de articulación del proceso penal: el *quién* de la instrucción penal. Quizás ello explique que la controversia que todavía acompaña esa materia cuente con ciertos signos de inercia en el análisis y en la propuesta de soluciones. A raíz de la publicación del texto constitucional de 1978, los términos de la polémica se han ampliado con la duda acerca de si la regulación del ejercicio de la función jurisdiccional que lleva a cabo el art. 117 de la CE avala de modo excluyente uno u otro modelo. Tampoco faltan quienes anuncian la inconstitucionalidad del esquema histórico del Juez instructor, argumentando que el constituyente sólo quiso anudar a la función jurisdiccional la labor enjuiciadora (*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*), reservando a otras instancias el papel primordial en la investigación del delito.

No parece, sin embargo, que ése sea el único interrogante al que dar respuesta. Delimitar la intervención del Fiscal en el proceso penal exige algo más que plantearse quién ha de asumir la investigación penal. No faltan modalidades de procedimiento en los que, por sus notas definitorias, aquel interrogante y su respuesta carecen de interés práctico, al no existir una fase de instrucción propiamente dicha. Es probable que el actual mosaico de procedimientos que define nuestro panorama procesal, impida un tratamiento unitario del problema planteado. A ello se añade el hecho de que también en las fases intermedia y de juicio oral surgen interrogantes acerca de lo que el sistema procesal vigente demanda en relación con la intervención del Ministerio Fiscal.

No puede afirmarse que de la descripción constitucional del Fiscal se deriven las claves precisas para concluir cuál haya de ser su posición en el proceso penal. Que el Ministerio Fiscal puede asumir en el proceso penal las tareas de investigación, es una realidad difícilmente cuestionable. Que esa tarea nunca puede implicar merma de aquellos derechos cuya restricción se reserva constitucionalmente a la garantía jurisdiccional, es una obviedad tan evidente como la anterior. No faltan en nuestro ordenamiento jurídico argumentos para defender la ausencia de obstáculos para la vigencia de un modelo en el que el Fiscal se convirtiera en el órgano de la investigación penal. Un recorrido por las notas que definen la investigación penal en el ámbito del derecho comparado, refuerza la idea de normalidad predictable de ese protagonismo en el acopio de las diligencias de investigación. Si bien se mira, nuestro sistema ya ha depositado en el Fiscal la investigación de aquellos delitos cometidos por menores de edad. No deja de ser llamativo que el ámbito en el que el legislador no ha dudado en conferir esa labor de investigación, sea un espacio tan frágil como el que es propio de la justicia de menores.

En cambio, no parece tan evidente que la opción por el modelo de investigación del Fiscal sea una exigencia impuesta por la delimitación constitucional del art. 124. Tampoco que se derive del significado que el constituyente quiso asociar al ejercicio de la función jurisdiccional. Nuestro modelo constitucional tolera sin tensiones una u otra alternativa.

Sea como fuere, situándonos ante el apasionante desafío de definir un nuevo modelo de investigación y enjuiciamiento penal, los obstáculos son muchos y de muy distinta naturaleza. No es tarea fácil el cambio de una forma histórica de entendimiento de las respectivas parcelas funcionales reservadas al Juez y al Fiscal. Es importante que el debate trascienda más allá del *quién* de la instrucción. No se trata de sustituir a los sujetos de la investigación, asumiendo ahora el Fiscal lo que antes hacía el Juez. Lo que se pretende es cambiar el modelo de investigación, una investigación desarrollada por el Fiscal -controlada en aquellos aspectos que se refieren a las garantías constitucionales por el Juez de Garantías- y una investigación que recupere, de una vez por todas, el significado preparatorio del juicio oral que hace más de un siglo quiso adjudicarle Alonso Martínez.

Esa definición de nuevos caminos en la investigación del proceso penal, con renovados protagonistas, obligará, claro es, al establecimiento de un período transitorio para la asimilación progresiva de lo que la nueva ley espera de Jueces y Fiscales. La duración de ese período habrá de estar condicionada, tanto por la redefinición de la planta judicial, como por la reasignación funcional de buena parte de los Fiscales, lo que podrá exigir alguna reforma paralela en la LOPJ y en el EOMF. En cualquier caso, la envergadura de la reforma aconseja contemplar un prolongado período de *vacatio legis* como una necesidad impuesta por el alcance histórico del cambio proyectado.

De esta idea motora se desprenden muchas e importantes consecuencias. El limitado significado probatorio de las diligencias de investigación practicadas por el Fiscal, recuperando la idea de que sólo las pruebas generadas en el plenario pueden servir de fundamento a la apreciación probatoria; la fijación de un plazo de duración que delimita temporalmente el tiempo de la investigación por el Ministerio Fiscal; la definición de un régimen de impugnación de los actos del Fiscal o la regulación de ciertos límites al ejercicio de la acción popular, son algunas de las cuestiones que van a ser abordadas en el Proyecto y que exigen la búsqueda de fórmulas equilibradas, que ponderen adecuadamente los derechos que convergen en cada uno de esas materias.

También resultará indispensable una regulación añadida de aspectos ligados a los actos de investigación que actualmente carecen de regulación y que están generando verdaderos problemas constitucionales desde la perspectiva de la suficiencia democrática del cuadro normativo llamado a regular cuestiones de primer orden en el proceso penal. Aludimos así, por ejemplo, al actual régimen jurídico de las escuchas telefónicas, cuya insuficiencia ha sido expresamente reconocida por el TEDH. Los viejos moldes de la comunicación telefónica convencional han dejado paso a unas formas de comunicación telemática que, hoy por hoy, están siendo abordadas a partir de un esfuerzo creativo por parte de la jurisprudencia del TC y del TS que ha llevado a ensanchar su papel de



Jornada: La reforma del proceso penal: principios rectores del nuevo sistema de justicia penal para el siglo XXI

Madrid 25 de octubre de 2012

complementación del ordenamiento jurídico, con decisiones de verdadero significado normativo.

La regulación de las nuevas formas de investigación asociadas a la delincuencia cibernetica, exigirá también poner en manos del Fiscal los instrumentos procesales indispensables para que su actuación en el esclarecimiento de los hechos aparentemente delictivos no genere dudas acerca de su alcance y significado. Una mayor concreción de los modos de investigación mediante ADN y los límites para las intervenciones corporales, son otros de los aspectos que habrá de abordar el Proyecto.

Las cuestiones apuntadas son las que van a centrar una intervención concebida para exponer los problemas, ofrecer las soluciones alternativas que están siendo manejadas en el seno de la comisión y, en definitiva, propiciar un diálogo enriquecedor con los asistentes al acto.

*Todos los derechos de propiedad intelectual son del autor. Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin autorización expresa del autor.

© FUNDACIÓN RAMÓN ARECES. Todos los derechos reservados.

**All intellectual property rights belong to the author. Total or partial reproduction of the work without express permission of the author is forbidden.*

© FUNDACIÓN RAMÓN ARECES. All rights reserved.