

INSTRUCCION NUMERO 3/1993, de 16 de marzo

**EL MINISTERIO FISCAL Y LA DEFENSA DE LOS
DERECHOS CIUDADANOS A LA TUTELA JUDICIAL
EFECTIVA Y A UN PROCESO PUBLICO SIN DILACIONES
INDEBIDAS. SU DEBER DE VELAR POR EL SECRETO
DEL SUMARIO. LA DENUNCIA ANONIMA: SU
VIRTUALIDAD COMO *NOTITIA CRIMINIS***

**I. EL MINISTERIO FISCAL Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS
CIUDADANOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A UN PROCESO
PUBLICO SIN DILACIONES INDEBIDAS**

El derecho a la tutela judicial proclamado por el artículo 24.1 de la CE, su efectiva vigencia, constituye, sin duda, una de las más singulares manifestaciones de la realidad y presencia de un Estado de Derecho. Ese poder jurídico que asiste a todo ciudadano, en cuanto titular de derechos e intereses legítimos, en orden a acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto e instar una resolución motivada, no puede, en modo alguno, limitarse a un enunciado normativo puramente programático. Por el contrario, el compromiso que a los poderes públicos impone el artículo 9.2 del Texto constitucional, exigiéndoles una acción rectora de todos aquellos obstáculos que se opongan a la efectividad de derechos fundamentales, reclama una acción decidida por parte del Ministerio Fiscal a fin de hacer viable, en todo proceso, el contenido real de aquel derecho. Especial protagonismo ha de reivindicar el Fiscal en tal misión constitucional, pues no en vano el artículo 124 de la Constitución Española, delimitador del diseño que los constituyentes idearon para el órgano encargado de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, adi-

ción entre los cometidos institucionales de aquél la defensa de los derechos de los ciudadanos, legitimándole para instar, si ello fuere preciso, el recurso de amparo [art. 162.1 b) de la CE] como medio extraordinario de reacción en defensa y reivindicación del derecho individual menoscabado.

Se hace indispensable, pues, una exquisita sensibilidad de todos los funcionarios del Ministerio Fiscal a fin de lograr que cualquier pretensión ciudadana, atendible y respaldada con la necesaria argumentación fáctica y jurídica, obtenga el impulso y apoyo del Fiscal hasta lograr su reconocimiento judicial. Ello lleva a la Fiscalía General del Estado a estimular el ejercicio de las facultades de indagación que los artículos 5 del vigente Estatuto y 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal le confieren, con la finalidad, bien de investigar hechos denunciados, bien de erigirse en órgano receptor de conflictos e inquietudes llamados, en su caso, a provocar un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales. Es momento, pues, de recordar la plena vigencia y aspiración de eficacia de la Instrucción 2/1988, dictada para el ejercicio de las facultades que, en orden a la dirección de la Policía Judicial, atribuyen al Fiscal los artículos 126 de la Constitución Española, 446 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 20 del Decreto 769/87, dictado en desarrollo de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Los Fiscales, en suma, habrán de contribuir, en la medida que lo permita su ámbito competencial, a hacer realidad el contenido material del derecho a la obtención de tutela judicial efectiva. Sólo mediante una actuación incansable, con el mismo esfuerzo y dedicación que habitualmente empeña en otros deberes constitucionales, podrá acercar el ejercicio cotidiano de sus funciones a la sugestiva descripción que del Fiscal se contiene en el artículo 124 de la Carta Magna.

Muchas y variadas son las formas en que, a lo largo de un proceso, ese derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva puede ser menoscabado. A todas ellas habrán de hacer frente los Fiscales, reaccionando con prontitud y empleando todos los medios procesales que tienen a su alcance a fin de restablecer el imperio de aquel derecho.

De todos aquellos motivos que pueden erosionar de forma especial la vigencia de ese derecho constitucional, destaca, sin duda,

la falta de celeridad en la tramitación de causas penales que, en sí mismo, constituye un mal llamado a frustrar las ansias de justicia de quien demanda aquella tutela. La ausencia de celeridad en la tramitación de aquellas causas penales no sólo incide en la falta de efectividad en la respuesta judicial de tutela, sino que, además, integra violación de otro derecho fundamental de protección privilegiada, a saber, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas que consagra el apartado 2 del mismo artículo 24 del texto constitucional.

La condición de garante de los derechos fundamentales, que constitucionalmente asigna el artículo 124 al Ministerio Fiscal, le obliga a desplegar la actividad procesal necesaria a fin de hacer desaparecer las razones de esa tardanza. El alcance y contenido de su obligación institucional puede inferirse, no sólo de lo prevenido en el artículo 24 de nuestro Texto fundamental, sino de lo establecido en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, y del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.

Ese conjunto normativo del más alto rango jerárquico es olvidado, sin embargo, con una frecuencia mucho mayor a la deseable. En efecto, a las razones de naturaleza material, ligadas a las ya clásicas carencias que suelen afectar a los órganos jurisdiccionales y que repercuten en la duración de los litigios, se añade, en los últimos años, otra causa de carácter especial, a saber, la rentabilidad extraprocesal de un litigio prolongado en demasía y objeto de continuo tratamiento informativo. Es incuestionable que todo proceso penal cuyos sujetos activos o pasivos tengan relevancia pública genera un interés informativo, de una legitimidad fuera de duda y que, también goza de la protección constitucional que, a la libertad de expresión y a la de comunicar y recibir libremente información veraz, dispensa el artículo 20 de la Constitución Española.

La distorsión en el devenir del proceso penal se produce cuando alguna o algunas de las partes personadas en aquellas causas penales, despliega una contumaz acción procesal tendente a alargar al máximo la duda social que se cierne sobre la persona del imputado.

Es entonces cuando la genuina posición procesal del Fiscal ha de cobrar pleno significado. Bien explícito es el artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando, en la vigente regulación del sumario ordinario, afirma que «los Jueces de Instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente». Es necesario, pues, que quien por mandato legislativo asume tal cometido supere la paciente resignación corporativa que, en ocasiones, ha llevado al Fiscal a adoptar el papel de pasivo espectador en una instrucción que, en algún momento, puede no ser todo lo diligente que debiera.

El Fiscal ha de lograr, en suma, que la indiscutible vigencia del artículo 324 —que impone al Juez de Instrucción un examen autocrítico de las razones que provocan una instrucción prolongada por tiempo superior a un mes—, en relación con los artículos 308 y 646 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sea algo más que un iluso propósito legislativo. A nadie escapa que la creciente complejidad de las nuevas formas de delincuencia trae consigo una instrucción mucho más compleja y alejada de históricas formas artesanales en la indagación judicial. No se pretende, ni mucho menos, propugnar una instrucción precipitada e incompleta. Sólo se persigue que la paralización de un sumario únicamente lo sea por causas explicables y que éstas se hallen debidamente documentadas.

No es ésta, desde luego, una preocupación novedosa. Ya la Orden de 23 de marzo de 1932, en su artículo 3, estableció que «todo sumario que lleve más de seis meses de tramitación deberá ser inspeccionado personalmente por el Fiscal de la Audiencia o por sus auxiliares, cuando de los partes de adelanto no se deduzca claramente la justificación de la demora. Los Fiscales darán cuenta a la Fiscalía General de la República —actual Fiscalía General del Estado— del resultado de estas inspecciones (...)».

Hoy más que nunca, la vigencia expansiva de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas —art. 24.1 y 2 de la CE— imponen la ineludible exigencia de que la labor inspectora del Fiscal en los sumarios se extienda a la solicitud de información de las razones que explican la demora en la indagación judicial. De ahí que, en lo sucesivo, los Fiscales-Jefes de los distintos Tribunales Superiores de Justicia

y de las diferentes Audiencias, remitirán a esta Fiscalía General del Estado informe trimestral del resultado de esa tarea inspectora que están obligados a desplegar. Para el caso en que los informes judiciales justificadores de la demora sean insuficientes, respondan a una formula rutinaria o carezcan de auténtico contenido, aquéllos serán completados por los Fiscales, tomando como base sus propias conclusiones, obtenidas del contacto cotidiano con el proceso que se retrasa.

Conviene recordar que no sólo los centenarios preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal suministran la cobertura positiva precisa para reivindicar y exigir el cometido de vigilancia de la instrucción judicial. La propia Ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su artículo 3.1 —Capítulo II, De las funciones del Ministerio Fiscal—, impone a éste «velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ella señaladas, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes».

Todo ello conduce a exigir del Fiscal una misma labor estimuladora de celeridad para situaciones bien distintas. En efecto, en aquellos supuestos en que el resultado de sus propias indagaciones —al amparo de los arts. 5 del Estatuto, 785 bis de la LECr. y 20 del Decreto 769/87—, evidencie una conducta con indicios de criminalidad, formulará, sin dilación, la pertinente querrela, o remitirá lo actuado al órgano judicial competente, poniendo todos los medios de que disponga al alcance del órgano llamado a practicar la indagación judicial. El Fiscal, pues, habrá de erigirse, en armonía con su mandato constitucional y estatutario, en implacable perseguidor de conductas delictivas merecedoras del reproche jurídico. El mismo rigor empleará, claro es, cuando tal conclusión la obtenga de su examen y presencia procesal en las Diligencias previas incoadas por el órgano instructor al amparo del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ese compromiso del Fiscal tendente a hacer realidad la idea de un proceso sin dilaciones indebidas, le ha de llevar a un análisis, casi diario, del estado en que se hallen las actuaciones y, una vez pueda inferir que el material probatorio que necesita para deducir acusación se encuentra incorporado a la causa, instar la pronta conclusión de la fase instructora y el impulso encaminado a preparar el juicio oral. No se sugiere al Fiscal otra cosa que lo que,

tratándose de sumario ordinario, ya preveía el artículo 622.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, que cuando considere «que en el sumario se han reunido los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos y poder entrar en el trámite del juicio oral, lo hará presente al Juez de Instrucción para que sin más dilaciones se remita lo actuado al Tribunal competente». La misma previsión normativa ha sido acogida por la reforma procesal introductora del Procedimiento Abreviado, estableciendo su artículo 781, como genuina función del Fiscal, instar del Juez de Instrucción «la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal».

Se olvida, en ocasiones, que el mandato constitucional del artículo 120.2, referido al carácter predominantemente oral del proceso, sobre todo en materia criminal, suele ser desplazado por un concepto burocratizado de la fase preparatoria del juicio oral. Bien explícita es la filosofía del legislador ordinario cuando, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/1988, creadora del Procedimiento Abreviado, señala entre los objetivos de la reforma el «lograr en el seno del proceso penal una mayor simplicidad», anunciando que «se aligera el proceso penal de actuaciones inútiles», esperando con ello «una mayor celeridad en la fase de juicio oral».

Mal se concilia tal propósito legislativo con una instrucción exageradamente prolongada en el tiempo y sin que la naturaleza del hecho denunciado ni la adecuada tipificación del mismo así lo imponga. El artículo 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal califica las diligencias a practicar por el Juez como las «esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho». En la misma idea insiste el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando asigna al Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar la tramitación del proceso.

La aspiración de celeridad, el deseo de aliviar la instrucción sumarial de diligencias sobrantes, no son inconciliables con el escrupuloso respeto de las garantías del justiciable. Baste recordar cómo el artículo 314 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal apunta que «las diligencias pedidas y denegadas en el sumario podrán ser propuestas de nuevo en el juicio oral». En la misma línea, el artículo 789.4 de la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal —en su

redacción dada por la LO 7/1988, de 28 de diciembre— señala que: «los que se personaren podrán desde entonces (...) instar lo que a su derecho convenga, acordando el Juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias cuando fueren necesarias para abrir el juicio oral, sin perjuicio de acordar, en su caso, que se practiquen durante las sesiones del mismo».

De ahí que toda desviación respecto de la búsqueda de la esencia del hecho denunciado, toda divagación en torno a aspectos no nucleares e indispensables para la calificación del *factum*, puede considerarse una desviación heterodoxa de los fines de la instrucción y, por tanto, inútil. La fase instructora sólo se justifica por la necesidad de indagación y calificación del hecho delictivo, pero no se concibe cuando lo que pretende es ir a la búsqueda de una *notitia criminis* posterior que sirva de justificación a lo ya actuado.

Evidentemente, el compromiso que se pide a los Fiscales de erigirse en agentes impulsores del proceso penal no sería completo si sólo se hiciera hincapié en la necesidad de agilizar la instrucción de aquellas causas que van a provocar una petición de apertura de juicio oral y posterior enjuiciamiento, olvidando que la misma decisión a la hora de instar la conclusión de las diligencias de averiguación ha de estar presente, en su caso, en el momento de postular el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

Si la práctica de las pruebas sumariales necesarias para formar convicción acerca de la presencia o ausencia de indicios delictivos evidencia la falta de éstos, el Fiscal no dudará en solicitar la inmediata terminación del proceso. Conviene, pues, que tal petición, por la importancia de los efectos a ella asociados, no se limite a un escueto y formulario dictamen. Por el contrario, los Fiscales habrán de motivar jurídicamente el por qué de su pedimento. No debe olvidarse que el mismo interés social, cuya adecuada defensa incumbe al propio Ministerio Fiscal, puede demandar una explicación justificadora de los motivos de la petición de sobreseimiento. Ello cobra especial significación en aquellos procesos en los que la pasión indagadora de alguna de las partes personadas puede llegar a responder más a un afán de permanencia en la incertidumbre social que rodea al denunciado, que a un verdadero deseo de esclarecimiento del hecho. Es menester, en definitiva, que cuando el cuerpo social capte un contraste entre el énfasis acusatorio de una

acusación particular y la petición de archivo del Fiscal, tenga a su alcance un razonamiento esclarecedor de la verdadera dimensión del proceso.

No es preciso para respaldar cuanto se viene diciendo evocar la Recomendación núm. R (87) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la simplificación de la Justicia penal, cuando señalaba que «el retraso en los asuntos penales desacredita el Derecho Penal y atenta contra una buena administración de la justicia». Bastaría rememorar lo que en la Circular de 15 de septiembre de 1906 se hizo recordar a los Fiscales: «(...) un sumario prolongado siquiera un día más de lo racionalmente preciso constituye un perjuicio indebido, un quebranto irreparable, un mayor sufrimiento, lo mismo para el definitivamente condenado que para el, por su fortuna, absuelto, si bien en estos casos los efectos del entredicho de la honra, de la libertad y de los bienes, los dones más preciados del hombre, producen en el orden moral un agravio del derecho tan perturbador y grave que imperiosamente requiere empeños de honor y conciencia para evitarlo».

Y es que la labor del Ministerio Fiscal en defensa de derechos constitucionales no se agota en el ejercicio de las acciones judiciales que exija el restablecimiento del orden jurídico conculcado. También le impone que, cuando no detecte *prima facie* un quebrantamiento del sistema penal de protección de bienes jurídicos, impida la persistencia de la desconfianza social que, en ocasiones, acompaña inquietantemente a quien es objeto de investigación criminal.

No se espera de los señores Fiscales algo distinto de lo que, con toda claridad expresa el artículo 3.4 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto del Ministerio Fiscal. Tal precepto recuerda que, para el cumplimiento de la misión constitucional que al Fiscal incumbe, corresponde a éste: «ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercidas por otros, cuando proceda».

Se pide de los Fiscales, en consecuencia, que se constituyan en órganos genuinamente activadores del proceso penal, que impulsen la labor judicial instructora, impidiendo así anómalas interrupciones en la tarea investigadora y que tan poco favorecen al esclarecimiento de la verdad, tanto cuando esa verdad exija la apertura del juicio oral, como cuando imponga el rápido archivo de las diligencias.

II. EL MINISTERIO FISCAL Y SU DEBER DE VELAR POR EL SECRETO DEL SUMARIO

El proceso penal representa un delicado punto de encuentro entre la Justicia que, en determinados casos, exige el secreto de la información y la libertad de información que requiere el acceso a la noticia y a la documentación, garantizadores de la plenitud del derecho a la información. Para las relaciones entre la Justicia y prensa, el secreto de la instrucción ha pasado a ser un tema central, pues, de una parte, hay que preservar el resultado de las diligencias de investigación del peligro de intempestivas revelaciones que comportan a veces daños irreparables y, de otra, hay que asegurar una correcta información.

Las recíprocas relaciones entre secreto instructorio y derecho a la información pueden suscitar problemas graves, no solamente en lo referente a los términos normativos de la cuestión, sino también y de modo principal, por la aplicación estricta del secreto que lleva a la eventual producción de riesgos con su difusión, sean por iniciativa de los órganos de información, sean por los protagonistas en el procedimiento; produciéndose de esta manera el llegar a una incertidumbre procesal de hecho que amenaza con lesionar seriamente, bien los intereses de la justicia por cuanto respecta a la adquisición de pruebas y al ulterior agotamiento de la investigación, o bien a la dignidad de aquellos contra quienes tan sólo se ha abierto el procedimiento o incluso antes de este momento procesal, y sin que, por tanto, ninguna medida cautelar se haya adoptado ni responsabilidad haya sido aún declarada. Si no son suficientemente considerados y definidos, es materia delicada que conlleva el riesgo de comprometer dos fundamentales valores en que confía el ciudadano: el de la justicia y el de la información, ambos base de un sólido y correcto desenvolvimiento de la vida democrática, y sin los cuales puede desembocarse en la imposibilidad de juzgar con un mínimo de claridad y con la sospecha de que todo esté manipulado para fines diversos a la justicia o de una información seria y documentada.

Ya en la Circular del Fiscal del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1928 se decía sobre el secreto sumarial (art. 301 de la LECr.) y su vulneración (art. 367 del CP), que estos preceptos legales deben ser estrictamente cumplidos y al Ministerio Fiscal co-

rresponde velar por su cumplimiento, dado que con el quebrantamiento se perjudica la investigación sumarial, ya que la menor indiscreción puede malograr la más importante y decisiva de las actuaciones. Agregando después que estos perjuicios han de ser mayores cuando tal secreto se quebranta por medio de la prensa, ya que la enorme difusión que la misma proporciona hace mayor el daño que la ley con su ordenamiento previsor trata de evitar, y hace también que muchas veces la difusión por medio de la prensa de las actuaciones judiciales degeneren en críticas de las mismas, en contiendas apasionadas sobre su utilidad y discusiones sobre su procedencia, con lo que nada gana la instrucción sumarial, perdiéndose, en cambio, mucha de la utilidad que ha de reportar a los fines de la Justicia la observancia de los preceptos legales.

Son palabras que parecen escritas hoy y que demuestran cómo la cuestión ha sido desde hace tiempo objeto de debate, y que tras la Constitución, en el curso de los últimos años, se ha integrado en crónicas políticas y judiciales. En primer lugar, con referencia a la lucha contra el terrorismo y narcotráfico y su apología en una difícil conciliación entre la legítima exigencia de la opinión pública de conocer sucesos y la de la Magistratura de no dar publicidad a las partes de investigación en curso. En segundo lugar, con relación a procesos penales de relevancia informativa que provocan la impresión de una utilización inversa del instituto del secreto, como caja de resonancia para aquellas noticias o indiscreciones que se filtran hasta los medios de comunicación y que después se archivan de plano.

El problema constantemente aumenta o se exaspera por la excesiva duración de la instrucción; si parece aceptable que el control de la opinión pública permanezca por breve tiempo limitado, más arriesgado es, sin duda, que el mismo permanezca suspendido demasiado tiempo, con el peligro de que la instrucción se encamine de modo erróneo, mientras que la prensa puede realizar una función constructiva corrigiendo y aun previniendo posibles errores judiciales.

Si es verdad que no todos los casos pueden ser concluidos rápidamente, es también cierto que la duración excesiva de un proceso penal está en ciertas materias generalizada, con la ulterior consecuencia de que la prolongación de la instrucción aumenta de hecho la dificultad de mantener el secreto.

Cualquiera puede observar cómo las normas, incluso penales, establecidas en tutela del secreto instructorio, reciben en la práctica diaria continuas y preocupantes violaciones: la disciplina normativa del secreto, de otra parte, no es siempre respetada en manera lineal, sino que, en muchos casos, las violaciones quedan impunes dando la impresión de una disparidad de tratamiento. La insuficiencia normativa, su frecuente inaplicación en muchos casos, el rigor con que en otros casos viene sancionada la violación, han llevado a muchos a sostener que la defensa del secreto instructorio sea una batalla de retaguardia, por lo que también se ha dicho que el instituto habría muerto en la conciencia popular y en la misma praxis judicial.

La intempestiva revelación de las fuentes de prueba y, en particular, de los nombres de los testigos o sospechosos de un delito favorece la alteración, la dispersión, la destrucción del material probatorio, la fuga de los culpables y también la intimidación de los testigos.

Con las razones de la administración de justicia concurren a justificar el secreto instructorio los derechos del imputado a la reserva, pues la presunción de no culpabilidad hasta la condena definitiva no tiene únicamente un valor procesal y es justo que encuentre en el secreto instructorio un instrumento que, al menos en parte, garantice la personalidad del imputado, así como su dignidad.

En contra del secreto instructorio no puede invocarse la Constitución. Esta no impone ningún secreto, pero consiente al legislador ordinario a servirse del instrumento del secreto para la tutela de intereses constitucionalmente relevantes.

El régimen jurídico de la publicidad en el proceso penal se regula, como es sabido, en los artículos 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tales preceptos dibujan un sistema en el que la fase instructora, hasta que se abra el juicio oral, está presidida por el secreto de las actuaciones, sólo públicas para las partes personadas —que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento—, con la posibilidad excepcional de que el Juez de Instrucción, de oficio, a propuesta del Fiscal, o de cualquiera de las partes, pueda declararlo total o parcialmente secreto para todas las partes personadas.

Idéntica previsión legislativa contiene el artículo 789.4, inciso final, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el proceso penal abreviado, recordando la vigencia de lo prevenido en los artículos 301 y 302.

No se hace preciso insistir en la importante restricción del derecho a la defensa que supone la adopción por el Juez de la facultad que, en orden a la declaración de secreto del sumario, le otorga el artículo 302.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los funcionarios del Ministerio Fiscal, que se hallan legitimados para peticionar tal medida, habrán de ponderar rigurosamente la concurrencia de los presupuestos que pudieran hacerla indispensable. Nunca tal solicitud puede estar inspirada por la precipitación, ni tener su origen en la búsqueda irreflexiva de una verdad que nacería viciada al construirse con quiebra del derecho fundamental de defensa.

Lo cierto es que, haya o no mediado Auto declaratorio del secreto para las partes personadas, el sumario, frente a quienes no son parte en el proceso, está afectado por el secreto que proclama el artículo 301.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicho con otras palabras, la publicidad absoluta, con fundamento constitucional en los artículos 120 y 24.2 de la Constitución Española, sólo rige a partir del momento de la apertura del juicio oral. Desde ese instante, cualquier limitación injustificada al principio de publicidad —con las excepciones relativas a las facultades del Presidente del tribunal que recogen los arts. 680.2 y 3, 686, 687 de la LECr., 191 y 192 de la LOPJ— afectaría de nulidad al proceso, conforme recuerdan los artículos 680.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sólo la restricción basada en un interés constitucionalmente relevante y legitimador de aquella medida e inspirada en lo prevenido en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, podría reputarse válida (cfr. Sentencias del TC 96/1981, 62/1982, 13/1985, 176/1988 y 123/89).

Cuál deba ser la verdadera actitud del Fiscal a la hora de preservar el secreto de la fase instructora, tanto frente a terceros como frente a las demás partes personadas si hubiera recaído Auto declaratorio de tal medida, es cuestión que exige comentario particularizado.

Conviene no olvidar que la plena eficacia del secreto de las diligencias sumariales puede entrar en oposición con el también derecho fundamental a comunicar y a recibir información del artículo 20.1 d) del Texto constitucional. Sería ocioso recordar que la comunidad social no es indiferente ante el desarrollo y desenlace de procesos penales que, por la naturaleza del hecho denunciado o por la condición de alguno de los sujetos intervinientes, provocan una legítima demanda de tratamiento informativo. Supondría un inconsciente distanciamiento de la realidad social sugerir una reacción del Fiscal ante la publicación de noticias que se refirieran a hechos que son objeto de averiguación sumarial. Y es que, como ya dijo la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985, de 31 de enero, «(...) el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales».

La reacción del Fiscal que observa que la publicación de datos sumariales puede perjudicar el éxito de la instrucción o que puede perturbar seriamente el círculo de derechos que el artículo 18.1 de la Constitución Española reconoce a todo ciudadano, ha de ser la de instar o llevar por sí una investigación tendente a dilucidar si aquella información ha exigido, para su obtención, quebrantar previamente el secreto del sumario o si, por el contrario, ha podido ser lograda con independencia de los documentos sumariales. No se pide con ello a los Fiscales otra cosa distinta que la que puede inferirse de la lectura de la precitada Sentencia 13/1985, del Tribunal Constitucional, que afirmó que «una información obtenida antes y al margen del sumario no puede considerarse atentatoria al secreto sumarial, que sólo limita la libertad de información en cuanto para informar haya previamente que quebrantarlo».

Iría en contra de la descripción constitucional del Ministerio Fiscal —garante de derechos fundamentales— cualquier intento de cercenar el derecho a difundir y a recibir información veraz. Lo que ha de perseguir el Fiscal es que no sean las propias partes personadas o cualquiera de los órganos públicos intervinientes en el sumario los que suministren una información que les está vedado

propagar. Indudablemente, la demanda social de información hará, en función de su intensidad, que los medios de comunicación, en el legítimo ejercicio de su cometido, alimenten las distintas fuentes de información a su alcance. Al Fiscal incumbe reaccionar frente al quebrantamiento del secreto sumarial cuando éste se produce por quienes están obligados a guardar silencio.

Tampoco es novedosa la sensibilidad del Fiscal respecto de la vigencia de los artículos 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ya la Circular de 28 de julio de 1928 se propuso como objetivo exigir del Ministerio Fiscal que «vele con todo cuidado y diligencia porque el secreto del sumario no se quebrante, y en cualquier ocasión en que resulte infringida la ley inste lo conveniente para el castigo de la infracción».

III. LA DENUNCIA ANONIMA: SU VIRTUALIDAD COMO

NOTITIA CRIMINIS

En el sistema penal español la iniciación del procedimiento penal se desencadena desde que se hace llegar al órgano jurisdiccional la sospecha acerca de la existencia de un hecho que, en principio, alberga en sí los elementos definitorios de una figura delictiva.

Esa sospecha que reclama la atención judicial —*notitia criminis*— puede utilizar como vehículo formal, bien la denuncia, bien la querella, sin perjuicio de apuntar la existencia de alguna forma especial de incoación del procedimiento centrada en «la excitación especial del Gobierno» (art. 467.5 del CP), de ámbito especialmente limitado a los delitos de injurias y calumnias a que se refiere aquel precepto.

Fuera de los casos en que la figura delictiva de que se trate exija un requisito especial de procedibilidad e imponga la denuncia o la querella como presupuesto ineludible para hacer viable una investigación oficial, ésta puede desencadenarse sin necesidad de mayores exigencias formales. Bien explícito es el artículo 308 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando, al regular las primeras diligencias de investigación, señala que «inmediatamente que los Jueces de Instrucción (...) tuvieran noticia de la perpetración de un delito, lo pondrán en conocimiento del Fiscal de la respectiva

Audiencia, y los Jueces de Instrucción darán además parte al Presidente de ésta de la formación del sumario...». Nadie duda que, salvadas las exigencias impuestas por los postulados constitucionales inherentes al Juez natural y a la exigible imparcialidad, la formación del sumario puede iniciarse —de hecho así lo anuncia el art. 303 de la LECr.— ya de oficio, ya a instancia de parte.

Con independencia de lo que pudiera calificarse como el régimen jurídico ordinario de iniciación del procedimiento penal, conocido en sus más singulares matices por los señores Fiscales, es objetivo de la Fiscalía General dar unidad interpretativa a una forma de denuncia que, si bien no fue inédita en tiempos pasados, es su resurgir actual el que aconseja una conexa y sistematizada respuesta del Ministerio Fiscal. Se trata de la denuncia anónima en la que, tras el velo del anonimato y la falta de transparencia en la identificación del denunciante, pueden llegar a ocultarse espurios propósitos encaminados a la descalificación pública y al descrédito social del denunciado.

El propósito legislativo por impedir tan irreversibles efectos en la honra del denunciado llevó a la Novísima Recopilación (Título XXXIII, Ley VII) a prohibir la investigación de los hechos denunciados anónimamente, salvo que tuvieran carácter de notoriedad. El uso desmesurado que históricamente llegó a tener la delación aconsejó a los redactores de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 166 y 168) y de la Compilación General de 1879 a proscribir la denuncia anónima como forma de comunicación de hechos delictivos.

La vigente Ley de Enjuiciamiento se ocupa explícitamente de exigir la identificación del denunciante. Así, establece el artículo 266 que «la denuncia que se hiciere por escrito deberá estar firmada por el denunciador», previniendo lo propio el artículo 267 para los casos en que la denuncia se haga verbalmente, supuesto este último que hace difícil concebir una denuncia anónima.

Conectando con la tradición histórica reseñada, la Real Orden Circular de 27 de enero de 1924 señalaba que «las denuncias anónimas no deben ser atendidas por las Autoridades, y menos dar lugar a actuación alguna respecto del denunciado sin previa comprobación de hechos cuando parezcan muy fundados».

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 135/89 —Fundamento jurídico 6— suscribe una interpretación expansiva del dere-

cho a la presunción de inocencia, señalando que ésta existe «antes del proceso y opera en cada una de las fases del mismo: en la iniciación, proscribiendo la admisión de denuncias o querellas que carezcan de un mínimo de verosimilitud».

Las peculiaridades del previgente sistema normativo en materia de delitos monetarios, que admitía la denuncia con promesa de participación lucrativa en la multa que recayera, explica el extravagante contenido de la Orden de 30 de junio de 1976 («BOE» de 19 julio de 1976), dictada por el Ministerio de Hacienda con el confesado propósito gubernativo de «aclarar la reglamentación de denuncias públicas». En su virtud, los particulares que denunciaran alguno de los delitos monetarios —entonces definidos por la Ley Penal y Procesal de 24 de noviembre de 1938—, «podrán reservar su nombre» (art. 1), añadiéndose que «la denuncia reservada (...) se consignará en unos libros especiales que se denominarán Libro de Denuncias Secretas de Delitos Monetarios. La denuncia reservada y secreta deberá contener las circunstancias precisas para la averiguación del hecho delictivo de que se trata (...)». Añadía la referida Orden que «el contenido de los libros citados será absolutamente secreto y reservado, sin que en ningún caso pueda ser revelado el nombre del denunciante ni hacer mención del mismo en el expediente respectivo».

Las prevenciones y cautelas respecto de la denuncia anónima se hallan también presentes en el derecho comparado más próximo. El artículo 333.3 del Código de Procedimiento Penal italiano (Decreto del Presidente de la República, de 22 de septiembre de 1988, núm. 447) anuncia que «las denuncias anónimas no surtirán ningún efecto, a salvo lo previsto por el artículo 240». Como puede apreciarse el proceso penal italiano no reputa causa legítima desencadenante del proceso una denuncia de particular que no se halle debidamente identificado. La excepción acogida en el artículo 240 no es propiamente una singularidad en el régimen general, pues tal precepto (integrado en el Cap. VII—De los documentos—, del Título II —Medios de prueba— del Libro III —De la prueba—) se ocupa del valor probatorio que pueda atribuirse, en un proceso ya iniciado, a una prueba documental que tenga por soporte documentos anónimos. Sólo así puede entenderse su contenido cuando señala que «los documentos que contengan declaraciones anónimas no podrán ser aportados, ni en ningún modo

utilizados, salvo que constituyan el cuerpo del delito o se crea que proceden del imputado».

Consignar esa generalizada actitud de recelo de los distintos ordenes jurídicos hacia la denuncia anónima no agota los numerosos problemas que a aquella acompañan. En efecto, conviene no perder de vista que la denuncia —también la anónima— se acoge al régimen jurídico general predicable de los actos procesales. De ahí que en aquellas ocasiones en que la falta de identificación del impulsor de la *notitia criminis* obedezca a una omisión formal tras la que no se esconde ninguna otra motivación, el mandato del artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a habilitar una posibilidad de subsanación.

Sin embargo, una denuncia carente de aptitud como tal presupuesto procesal desencadenante puede servir, en su contenido material, como medio transmisor de la noticia de unos hechos que justifiquen la incoación *ex officio* de la primera fase del proceso. Ya fue objeto de mención expresa el artículo 308 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, referido al sumario ordinario, obliga a la práctica de las primeras diligencias «inmediatamente que los Jueces de Instrucción (...) tuvieran conocimiento de la perpetración de un delito». Tal criterio legal se repite en el artículo 962 de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando, al tratar del procedimiento para el juicio sobre faltas, impone la convocatoria a juicio, según la naturaleza del hecho, «luego que el Juez competente tenga noticia de haberse cometido alguna de las faltas previstas en el Libro III». No cabe duda que, con independencia de la idoneidad formal de la denuncia como tal, ésta podrá ser reputada instrumento transmisor válido de una noticia criminal.

Distinto es el interrogante que se podría plantear acerca de si la denuncia anónima no subsanada y, por ende, con una acusada insuficiencia formal en la identificación del denunciante, puede colmar la exigencia de un requisito de perseguibilidad impuesto para determinadas figuras delictivas. La respuesta negativa viene aconsejada por un elemental razonamiento que aspire a excluir el absurdo en la deducción jurídico-formal.

Resulta indudable que, con independencia de la virtualidad que los distintos órganos jurisdiccionales quieran atribuir a una denuncia anónima, el mayor interés de los señores Fiscales se centra en el valor que deban asignar a las denuncias anónimas que les

sean dirigidas. No en vano, el Ministerio Fiscal, ya desde la visión histórica del proceso penal, es un órgano idóneo para recibir denuncias —arts. 259, 262 y 264 de la LECr.— y para «practicar la comprobación del hecho denunciado» —art. 269 de la LECr.

Sin embargo, la utilidad de la fijación de criterios uniformes se hace más patente ante la nueva morfología constitucional del Ministerio Fiscal. El artículo 5 del Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981, el artículo 20 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio —que motivara la Instrucción 2/1988 de esta Fiscalía General— y el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —redacción operada por la LO 7/1988, de 28 de diciembre— impiden un Fiscal anclado en una actitud de inhibición y artificiosa neutralidad.

Los términos en que aparece redactado el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son bien significativos a la hora de afrontar los interrogantes planteados. Dice, en efecto, el referido precepto que «cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o la responsabilidad de los partícipes en el mismo». Una detenida lectura evidencia que tres son las fuentes formales de conocimiento que el Fiscal puede llegar a tener para instar la práctica de diligencias de investigación preprocesal, a saber, denuncia, atestado o conocimiento directo.

Nada parece impedir que ese conocimiento directo, que puede tener por origen variadas fuentes, pueda apoyarse en una denuncia anónima no subsanada. Si bien ésta adolecerá de inidoneidad para integrar conceptualmente lo que por denuncia en sentido jurídico-formal deba entenderse, su capacidad para transmitir una sospecha generadora de investigación preparatoria debe estar fuera de duda. Una vez practicadas, en su caso, las diligencias de averiguación que se estimen oportunas podrá el Fiscal instar del Juzgado de Instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas y, con ellas, de la primera fase del proceso penal.

Conviene, en definitiva, insistir en la naturaleza de la denuncia como acto desencadenante de una investigación preparatoria o propiamente procesal. Cualquier enfoque que pretendiera extender sus límites más allá de lo apuntado estaría contribuyendo a

la confusión acerca del contenido conceptual de distintos aspectos del proceso. Resulta obligado, pues, diferenciar con nitidez el régimen jurídico de la denuncia —incluso, de la subsanación de sus deficiencias formales o de su condición como vehículo transmisor de la noticia criminal— y el régimen jurídico de la documentación que, con finalidad probatoria, pudiera aportarse con esa denuncia. La valoración acerca de la capacidad o incapacidad de la denuncia anónima para provocar el arranque procesal nada tiene que ver con la validez o ilicitud del acompañamiento documental de aquélla. De ahí que el interés del Fiscal en la incoación de una fase de investigación pueda ser perfectamente compatible con la firme y resuelta defensa del archivo cuando estime que las pruebas acompañadas con la denuncia no reúnan las condiciones de integridad y legitimidad que el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone para la validez probatoria.

En suma, la ponderación de la conveniencia de iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima transmisora de una noticia delictiva, habrá de calibrar, fundamentalmente, el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefiera ampararse en el ocultismo y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innominadas.

En suma, la ponderación de la conveniencia de iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima transmisora de una noticia delictiva, habrá de calibrar, fundamentalmente, el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefiera ampararse en el ocultismo y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innominadas.

La jurisprudencia ha distinguido entre los actos que se practican como propios de una profesión de relevante interés social y cuyo ejercicio requiere titulación académica (S. 20/2/67), en cuyo caso es suficiente con la realización de un acto aislado, y aquellas profesiones que sólo requieren colegiación —como la de agente de la propiedad inmobiliaria—, cuyo ejercicio requiere habitualidad (S. 2/3/74).

Pues bien, el sector inmobiliario en España, en las dos últimas décadas, ha motivado la proliferación de intermediarios inmobiliarios en las operaciones de compra y venta de bienes inmuebles, así como en las relaciones arrendatarias, lo que ha impulsado la creación de estas profesiones, sobre todo en los grandes núcleos urbanos y zonas turísticas.

Frecuentemente han sido las denuncias que se han presentado ante los Juzgados de Instrucción presentando ya su conocimiento acua-