

MEMORIA

ELEVADA AL

GOBIERNO DE S. M.

PRESENTADA AL INICIO DEL AÑO JUDICIAL

POR EL

FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMO. SR. D. JAVIER MOSCOSO DEL PRADO Y MUÑOZ



MADRID, 1988

INTRODUCCION

La Constitución Española ha supuesto un cambio cualitativo en la actuación del Ministerio Fiscal. De aparecer básicamente como titular del ejercicio de la acción penal, con algunas incursiones en otros órdenes jurisdiccionales, ha pasado a cualificado defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos. El Ministerio Fiscal, ya no es sólo la genuina encarnación del principio acusatorio que impulsa y a la vez limita la jurisdicción, sino que su lucha por la Justicia y la legalidad abarca múltiples campos, y así es cada vez mayor su intervención en el orden civil.

El Estatuto del Ministerio Fiscal (artículo 3, 6.º y 7.º) señala en términos generales la actuación del Fiscal en el orden civil, que, en otras normas adquiere su concreción. Aparte la presencia del Ministerio Fiscal en materia de derecho de obligaciones (suspensiones de pagos, calificación de la quiebra, procedimiento para impedir el pago y anulación de títulos al portador, etc.), de derechos reales (expedientes de dominio, actas de notoriedad, liberación de hipotecas y gravámenes, etc.) y de derecho de sucesiones (declaración de herederos abintestato, juicios de testamentaría, apertura de testamentos especiales, protocolización de testamento ológrafo, etc.), cobra un especial relieve su intervención en el Derecho de las personas y el Derecho de familia, que, si no son funciones nuevas, ahora en las proximidades del inmediato centenario del Código Civil se han acentuado sustancialmente (adopción, guarda, acogimiento, tutela).

En efecto, el Ministerio Fiscal, teniendo siempre en cuenta *la defensa y protección de los menores*, ha de promo-

ver la adopción de medidas tuitivas en cuanto a sus personas (artículo 158 del Código Civil) o sus bienes cuando la administración de los padres los ponga en peligro (artículos 167 del Código Civil y 191,4 de la Ley Hipotecaria); promueve el nombramiento de defensor judicial tanto en el ámbito de la patria potestad (artículo 163 del Código Civil) como en el de la tutela (artículo 300 del Código Civil); interviene en el reconocimiento de la filiación no matrimonial hecho por incapaces o menores (artículos 121 y 124 del Código Civil) y ejercita las acciones de filiación que corresponden al hijo menor o incapaz (artículos 129, 137); es preceptiva su audiencia en los expedientes de constitución de la adopción (artículo 1.825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) al tiempo que está legitimado para instar su extinción cuando el adoptante hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad (artículo 179 del Código Civil).

En tema de *incapacitación*, deberá promover la declaración judicial de incapacidad de los menores (artículo 203 del Código Civil), estando autorizado también para promover las modificaciones de la incapacitación o dejar ésta sin efecto (artículos 212-213 del Código Civil), y es imprescindible su intervención en todos los procesos de esta naturaleza aunque no haya sido su promotor.

El artículo 211 del Código Civil se refiere al *internamiento de los presuntos incapaces*, término en el que deben comprenderse también los menores de edad (artículos 201 y 205 del Código Civil). El respeto ineludible a la libertad de las personas exige que todo internamiento, y de modo especial el de los presuntos incapaces, cuente con la garantía de un proceso judicial. En ellos interviene el Ministerio Fiscal a fin de asegurar que se realizan en condiciones legales tanto los de carácter forzoso que precisan de autorización judicial como los de urgencia sujetos al acto posterior de aprobación por el Juez.

En materia de tutela, particularmente la que recaiga sobre menores, se ha acentuado de modo espectacular la inter-

vención del Ministerio Fiscal. El Código Civil, al pasar bruscamente de la tutela de autoridad a la tutela de familia dio un salto en el vacío sustituyendo al Juez por el Consejo de familia y al Fiscal por el protutor. Cambió el sistema la Ley de 24 de octubre de 1983, que, a su vez, ha sido modificada en algunos puntos por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Si aquélla asigna al Ministerio Fiscal una esencial participación en la estructura y dinámica de la tutela como colaborador del Juez y promotor de la justicia en defensa siempre de menores e incapacitados, hasta el punto de que promueve su constitución (artículo 228 del Código Civil) e insta la remoción del tutor (artículo 248 del Código Civil), la ley de 1987 declara que incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia del acogimiento, guarda y tutela de los menores desamparados (artículo 174 del Código Civil), y que la tutela en general, cualesquiera sea su causa, se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (artículo 232 del Código Civil). Para asumir el reto que supone esta vigilancia, que afecta a muchos miles de casos, el Ministerio Fiscal está técnicamente preparado aunque cuente con elementos complejos, pero la efectividad de ese deber no es de fácil cumplimiento dado el número de funcionarios que integran la Carrera Fiscal. Si al Ministerio Fiscal se le ha dado entrada en instituciones a donde no había entrado nunca con la intensidad de ahora, para que la norma no quede reducida a un gesto del legislador o a un mero adorno del ordenamiento jurídico, es imprescindible no sólo una especial formación del órgano vigilante sino, y sobre todo, un mayor número; sólo así el control de quienes ejercen la tutela —personas físicas o entes públicos insertos en la Administración— será verdadero y total, y la defensa de los derechos de los menores y disminuidos psíquicos será real.

Otro ámbito no penal en el que se ha potenciado la intervención del Ministerio Fiscal es el que deriva de las *crisis matrimoniales* cuando haya hijos menores o incapacitados, en su momento se dieron expresas instrucciones para que en los procesos de separación o divorcio, ya sean consensuales

o causales, el Ministerio Fiscal intervenga en las diversas fases del convenio regulador (aprobación, modificación y extinción) y en las contestaciones a las demandas en actitud analítica y crítica y no simplemente formularia, a fin de que prevalezcan siempre los intereses más necesitados de protección. En estos procesos, como en los de nulidad de matrimonio, el Ministerio Fiscal debe, en efecto, ser una fuerza eficiente, pero podría serlo más dado que normalmente las partes son útiles no sólo por lo que razonan sino por lo que aportan al proceso; las pruebas (fijación de los hechos) y las alegaciones (proyecto de valoración de los mismos) son obra de las partes que las conocen, las buscan, las preparan y las ofrecen. El Ministerio Fiscal no siempre cuenta con esos antecedentes sino que es más bien receptor de los mismos. Si, como decía Carnelutti, el desinterés es requisito necesario para decidir, el interés es requisito necesario para demandar y probar. El interés está siempre presente en la actuación del Ministerio Fiscal en estos procesos y con facultades análogas a las de las otras partes, más su proyección en la práctica es más limitado, pero, eso sí, cuidando de que las confesiones, exploraciones, pruebas periciales y documentales sean completas y las ejecuciones de sentencias efectivas y conformes con lo resuelto.

El mandato constitucional dirigido al Fiscal de procurar la satisfacción del interés social no cuenta con un particular desarrollo. El Estatuto orgánico, pese a su carácter de norma postconstitucional, silencia la intervención del Ministerio Fiscal en el campo laboral. Es cierto que, en determinadas ocasiones, las leyes vigentes prevén la intervención del Fiscal en alguna fase o en algún proceso laboral. Así ocurre con la Ley del Procedimiento laboral, en el recurso en interés de ley, en el recurso de casación laboral o en el extraordinario de revisión; también la prevé el Estatuto de los Trabajadores en materia de convenios colectivos. Pero, en todo caso, partiendo de la realidad objetiva de que las relaciones laborales en nuestro ordenamiento no se dejan al arbitrio de las partes, ya que el Estado ejerce una decisiva intervención

en razón del interés social subyacente, es evidente que la intervención del Fiscal debería ser general como custodio de dicho interés y de la legalidad.

La nueva imagen del Ministerio Fiscal tampoco es ajena al área de lo contencioso-administrativo. No siempre ha sido así. En la primera Ley que ordenó esta materia, el Fiscal estaba ausente de su texto. Nos referimos a una Ley de cuya promulgación se cumple en estos días el centenario, la de 13 de septiembre de 1988. En la Ley jurisdiccional de 27-12-1956, el Ministerio Fiscal interviene en lo contencioso-administrativo general pero sólo por la vía indirecta que representa la remisión de su artículo 102 al recurso de revisión civil. No en lo demás, pues la defensa de la Administración e incluso la de la legalidad se confió al Abogado del Estado, a pesar de ser cosas distintas la defensa de una parte (la Administración) y la defensa y fiscalización de la legalidad, ya que ésta, y no sólo en teoría, puede imponerse en contra del propio Estado como Administración. Pero en el orden contencioso administrativo también es precisa la defensa de la legalidad, deber impuesto en exclusiva al Ministerio Fiscal por el artículo 124 de la Constitución. Así lo reconoce también el Estatuto orgánico (artículo 3,13) aunque literalmente esa defensa no la extiende a todos los procesos contencioso-administrativos sino sólo a aquellos «que prevén su intervención». Precepto éste que resulta tan inútil, por evidente, como claudicante, en cuanto impone límites al mandato constitucional que se refiere a cualquier tipo de legalidad. La legalidad que se debate en el contencioso-administrativo ordinario de la Ley de 1956, sin el Fiscal presente en el proceso estará sin valedor, ya que en muchas ocasiones hay que exigirla frente a la postulación que en favor de la Administración formulan sus representantes. Alegar, por ello, como tantas veces hemos oído, que es innecesaria la presencia del Fiscal en estos procesos por ser ya parte la representación de la Administración, supone desconocer que ni la Administración ni sus representantes (Letrados del Estado), a diferencia del Ministerio Fiscal están

sometidos al mandato constitucional de imparcialidad. Sostengo, en consecuencia, que tras la Constitución su intervención en el proceso contencioso-administrativo ordinario es incuestionable cuando se debate la propia legalidad (recursos en interés de Ley, impugnación de disposiciones de carácter general, suspensión o inejecución de fallos) y en general siempre que la resolución postulada afecte a los múltiples intereses públicos que diariamente se debaten en este orden del Derecho (urbanismo, medio ambiente, consumidores, publicidad, etc.).

En los procesos contencioso-administrativos especiales sí interviene directamente el Ministerio Fiscal. Así ocurre en el contencioso-electoral o cuando se trate de la función protectora de los derechos fundamentales (Ley 62/1978) que reconoce el artículo 53.2 de la Constitución, en los que el Ministerio Fiscal está legitimado —asumiendo la impugnación o la defensa del acto administrativo— para actuar en el proceso ya iniciado por quienes se consideren lesionados en un derecho fundamental, e incluso para promover la acción *exnovo* como portador del interés público.

Pero con independencia de la expansión de funciones del Ministerio Fiscal —legitimadas por su condición de defensor de la legalidad— su función permanente y campo específico de actuación está en el área del Derecho penal ejercitando la pretensión punitiva dimanante de delitos y faltas (artículo 3,4 del Estatuto). Las cifras que siguen muestran la extraordinaria actividad que desarrolla el Ministerio Fiscal en el orden jurisdiccional penal.

En procedimientos penales por delitos ante Juzgados de Instrucción y Audiencias Provinciales, su labor se presenta en estas dos conocidas facetas: informes y dictámenes por escrito e intervenciones orales en procesos públicos. Los primeros ascendieron a 2.383.409. Los juicios orales por delitos en que intervino el Ministerio Fiscal fueron 228.305. Estas cifras en poco tiempo se están multiplicando. En 1985 los informes por escrito fueron 1.881.725 y los juicios ora-

les 133.254, con lo que sólo en dos años aquéllos aumentaron en un 26,66 % y la asistencia a juicios orales en un 71,33 %.

Las vistas penales derivadas de recursos de apelación suma 105.161. Los juicios de faltas celebrados con asistencia del Ministerio Fiscal en 1987 han sido 454.346.

Estas son las más importantes cifras globales. Es fácil obtener el trabajo medio de cada funcionario teniendo en cuenta la plantilla de la Carrera en 1987 y el número de los destinados en las Fiscalías Territoriales y Provinciales —menos de 600—. Los dictámenes, escritos e informes de cada uno rebasarían los 4.000; la asistencia a juicios por delito se acerca a los 400; las vistas de apelación a 180 y los juicios de faltas, 770.

Nos referimos ahora en concreto a las cifras de la criminalidad, extraídas tan sólo de los procedimientos por diligencias previas, por ser este el índice que con más aproximación integra la ecuación de delitos cometidos —procesos verdaderamente iniciados—. Estos procedimientos han sido en 1987 1.338.309 por 1.236.909 en 1986. El incremento es del 8,19 %, con lo que continúa el aumento moderado, algo inferior al del pasado año, que fue del 8,30 % y también de menor entidad que el del trienio anterior, 1984-1986, cuyo aumento fue del 10,37 %.

En el aspecto cualitativo, de nuevo son los delitos contra la propiedad los que han experimentado un aumento más sensible. Por estos delitos las diligencias previas incoadas fueron 919.795, que representan el 68,72 % de las previas; ello significa que entre las demás figuras punibles previstas en el Código penal se reparten el 31,28 % restante de la criminalidad. En 1986 las previas por delitos contra la propiedad ascendieron a 823.800. El incremento se sitúa así en un 11,65 % para 1987.

Dentro de los delitos contra la propiedad destacan, un año más, los robos. Determinaron 671.090 diligencias previas; el 72,96 % de las previas contra la propiedad y el

50,14 % de la totalidad de ellas. Y en el marco de los robos son de resaltar los más graves, los robos con violencia o intimidación ejercida sobre las personas. Los tramitados por diligencias previas alcanzaron la cifra de 152.104. Como los iniciados en 1986 fueron 120.800, la proporción del aumento es del 25,91 %.

Los delitos contra la vida no han experimentado variación sensible. La totalidad de los procedimientos (por delitos imperfectos o en grado de consumación) suman 884, por 881 el año anterior, ambas cifras curiosamente muy inferiores a los procedimientos seguidos hace un siglo, pues en 1887 sumaron 1.605 (81 parricidios, 228 asesinatos y 1.296 homicidios).

El factor más importante de la criminalidad lo constituye el tráfico de drogas. La eficacia demostrada por la Policía Judicial ha sido extraordinariamente positiva. Estos delitos a cuya persecución y esclarecimiento raramente contribuye la iniciativa de los particulares, han dado lugar a la iniciación de 24.515 procedimientos cuando en 1986 fueron 12.655. El número de personas detenidas también ha aumentado. Entre los estupefacientes intervenidos durante 1987 destacamos aquí los 1.133 kilogramos de cocaína y otros 2.250 kilogramos ya en los primeros meses de 1988.

La realidad de las cifras que vengo exponiendo y que con más detalle se analizan a lo largo de esta Memoria, ponen de manifiesto la trascendencia social del orden penal como remedio último reparador de la quiebra de legalidad que supone el delito. Si la sociedad desea siempre un buen funcionamiento de la justicia, es en el orden penal donde ese deseo se transforma en aspiración permanente, por cuanto en dicho orden se defienden dos valores de alta estima: los derechos individuales y la seguridad colectiva, y los ciudadanos saben que el deterioro de la Justicia conlleva el deterioro de ambos valores que son exigencias constitucionales.

Por ello es claro que si en todos los ordenes jurídicos es deseable el buen funcionamiento del aparato judicial, lo sea

más cuando acontece que el impulso procesal ha nacido para la defensa del interés público que la norma penal tutela y el juicio supone la satisfacción de ese interés y el logro de la justicia.

Pero, he de decirlo con claridad, a mi juicio el proceso penal en España no cumple con eficacia esa trascendente función a que es llamado. Su ambigüedad entre lo acusatorio y lo inquisitivo; el secretismo y la obsesión por la escritura; su tímida oralidad; unos formalismos arcaicos y complicados ritos, y, sobre todo, su lentitud, choca con una sociedad plural que desea colaborar con la justicia pero que la sigue sintiendo distante. La recargada burocracia formal que hemos generado y que se traduce en múltiples citaciones y comparecencias para cualquier asunto, desestimula a nuestros ciudadanos a participar en una labor que es de todos, y que sin su ayuda, siempre será imperfecta.

Para remediarlo es preciso que el proceso recupere su finalidad de simple medio habilitador para el fin de la justicia, y no de un fin en sí mismo. En ningún ámbito como en el orden penal, es más grave la realidad de un fenómeno jurídico que constituye hoy —a mi juicio— una de las principales causas de los males de la justicia: el paulatino arrinconamiento del derecho sustantivo por el derecho procesal.

La permanente apelación a lo formal en el proceso, ha ido trocando la letra y el espíritu de la vieja Ley Procesal, en armas dilatorias del juicio oral, generando hábitos jurisperitos que se demandan como más útiles para los implicados que el propio juicio de fondo. Más de un siglo de esa peculiar práctica procesal, ha ido cubriendo la justicia penal de un exagerado manto formal que ha generado su propia liturgia inexplicable para los ciudadanos y que se ha traducido en una posibilidad profesional o técnica de retraso del proceso que se ha instalado en el comercio del derecho, propiciando la lentitud que hoy padece el proceso penal.

Hoy, después de la Constitución, consagrados los principios de legalidad y presunción de inocencia, el retraso pro-

cesal se nos presenta como conculcador de ambos. Si la inocencia debe presumirse y el castigo sólo puede imponerse por juicio, cómo puede la sociedad consentir largas prisiones, embargos y el deshonor social que conlleva un largo proceso sin juicio previo.

Urge pues simplificar el proceso y hacerlo de manera que no se limiten los derechos y garantías individuales: simplificarlo para abreviarlo y para entenderlo. La oralidad e intermediación que predica la Constitución lo exige sin demora.

Lo diré sin ambages: la instrucción escrita a más de contravenir los citados principios de oralidad y de intermediación es la causa fundamental del retraso en el orden penal y supone, además, un exceso sobre las atribuciones que al Juez le otorga la Constitución.

El Juez recibe su nombre de la función que ejecuta, juzgar, que es, casualmente, a la que hoy muchos dedican menos actividad. La Constitución en el artículo 117, número 3, otorga a los Jueces y Tribunales la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y en el número 4 insiste al afirmar que: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho». El exceso de atribución que es instruir y además hacerlo por escrito, es una secuela de un pasado procesal incompatible con las técnicas y exigencias de nuestros días. Malamente los Jueces que son los garantes de los derechos individuales pueden exigir la celeridad del procedimiento y recabar la celebración del juicio oral, si por confusión de sus funciones se les impone la lentitud de la instrucción escrita y se les exige la celeridad del juicio oral y el control en su propia actuación.

Por todo ello, debo expresar mi coincidencia con la anunciada iniciativa del Gobierno de proponer al Parlamento la reforma de nuestra Ley Procesal encomendando la fase preparatoria del juicio oral al Ministerio Fiscal. Me atrevo a afirmar que del examen combinado de los artícu-

los 117, 3.º y 4.º y 124, 1.º, de la Constitución se deduce que nuestros constituyentes quisieron separar las dos funciones esenciales de la justicia penal: la de juzgar que corresponde a Juzgados y Tribunales determinados por la Ley (artículo 117, 3.º) y la de promover el juicio «promover la acción de la justicia» que otorga el Fiscal (artículo 124, 1.º). Dicho de otra manera, el sistema que propugna la Constitución supone que el Fiscal es el titular del impulso procesal; de cuanto debe acontecer antes del juicio oral. Los Jueces y Tribunales son los titulares exclusivos de la potestad jurisdiccional, es decir, del juicio y de sus consecuencias: su ejecución.

La preparación del juicio por el Fiscal disminuirá y en muchos casos eliminará muchos de nuestros actuales problemas. El derecho anglosajón de siempre asumió este planteamiento. Los derechos europeos más próximos a nuestras concepciones jurídicas están dando el mismo paso, tal ocurre en Portugal, Italia y Alemania. Me consta que se objeta en contra con el viejo argumento de la vinculación del Fiscal con el Ejecutivo, como si de un Gobierno democrático y responsable se debiera sospechar la inclinación a la ilegalidad. En todos los países citados la vinculación del Fiscal al Ejecutivo es más acusada que lo es en España. A quienes así razonan conviene recordarles que el Fiscal tiene un mandato constitucional de legalidad y de imparcialidad y que no cabe suponer el posible incumplimiento de sus obligaciones constitucionales como argumento obstativo a su propio funcionamiento constitucional. Sin olvidar, además, que la Constitución no otorga al Fiscal el monopolio de la acción penal.

En conclusión, a mi juicio, el futuro de la justicia penal en España pasa esencialmente por la simplificación del proceso y eliminación de su actual fase escrita. Nuevas técnicas, nuevas formas, nuevas leyes procesales y nuevos usos forenses son necesarios para terminar con un proceso penal premioso e ininteligible para los ciudadanos. La oralidad constitucional reclama un juicio público en el que se resuel-

va el problema de fondo y todas las cuestiones que hayan sido alegadas, con plena garantía de contradicción para todas las partes implicadas. Acompasar al juicio de los jueces el juicio de los ciudadanos, sólo será posible en ese debate público que supone un auténtico juicio oral. Sólo entonces la sociedad sentirá las sentencias penales como propias y habremos colmado el mandato constitucional de lograr una justicia que efectivamente emane del pueblo español.