

**El Ministerio Fiscal.
Consideraciones para su reforma**

Olga Fuentes Soriano

Documento de trabajo 16/2003



Olga Fuentes Soriano

Profesora Titular de Derecho Procesal y Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Alicante.

Su labor docente e investigadora se desarrolla en el ámbito tanto del Derecho Procesal Civil –donde son de destacar sus monografías sobre El procedimiento de ejecución hipotecaria, (Edijus, 1998) y Las costas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (Tirant lo Blanch, 2000) como del Derecho Procesal Penal, campo en el que ha publicado numerosos artículos doctrinales en revistas de ámbito nacional e internacional.

Distintas ayudas y becas de investigación le han permitido formarse en universidades y centros de investigación extranjeros, mereciendo especial mención su estancia en el Max Planck Institut für internationale Privatrecht (Hamburgo, Alemania).

Participó como investigadora en el proyecto del Ministerio de Educación y Cultura “La prueba en el proceso penal” y actualmente es investigadora del proyecto “Crisis económicas empresariales y nuevas tendencias de reforma en el ordenamiento concursal”, de la Generalitat Valenciana.

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas

© Fundación Alternativas

© Olga Fuentes Soriano

ISBN: 84-96204-15-4

Depósito Legal: M-37953-2003

Contenido

Resumen ejecutivo	5
Introducción	8
1 Los modelos posibles de Ministerio Fiscal	9
1.1 El Ministerio Fiscal como acusador público	9
1.2 El Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad	10
1.3 ¿Cómo se ha configurado en España el Ministerio Fiscal?	11
2 La cuestión de la dependencia/independencia del Ministerio Fiscal	13
2.1 Cuestiones generales	13
2.2 Una posición posible: la dependencia absoluta del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno	13
2.3 Una posición intermedia: la vinculación indirecta del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno	14
2.4 Un comentario sobre las posiciones que defienden la absoluta independencia del Ministerio Fiscal	18
3. La reforma de la posición del Ministerio Fiscal en el proceso	21
3.1 El Ministerio Fiscal y la fase de instrucción procesal	21
3.2 El ejercicio de la acción penal	30
4. Conclusiones	35
Bibliografía	39

El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma

Olga Fuentes Soriano

Profesora Titular de Derecho Procesal
y Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Alicante.

El trabajo que se presenta trata de examinar el Ministerio Fiscal desde la perspectiva de sus funciones en el proceso penal y dentro del marco constitucional para, a partir de estos parámetros, reflexionar en torno a una serie de propuestas de reformas legislativas que contribuyan al logro de una administración de justicia moderna, ágil y eficaz.

Se abordan dos grandes temas claramente diferenciados. Uno, de carácter “orgánico”, se refiere a la necesaria vinculación del Ministerio Fiscal con el poder ejecutivo; el otro, hace referencia al papel del Ministerio Fiscal en el proceso.

Si bien el marco de análisis ha sido, en ambos casos, de absoluto respeto a las líneas básicas de la Constitución Española de 1978, se proponen y defienden determinadas medidas de modernización del sistema procesal penal que, sin pérdida de la esencia y tradición jurídica de nuestro ordenamiento, nos acerquen a otros sistemas legales de nuestro entorno geográfico o cultural.

En busca de un modelo de Ministerio Fiscal que evite las actuales contradicciones conviene, tras la reflexión realizada, poner de manifiesto algunas conclusiones.

- La figura del Ministerio Fiscal, que al menos en su cúspide, de forma necesaria, habrá de estar relacionada con el ejecutivo, tiene que evitar ubicarse en posiciones ambiguas o contradictorias. Su función esencial es sostener la acusación pública en el proceso penal. Si por su esencia y su función es “parte acusadora” en el proceso, como órgano del Estado que acusa, no puede ni debe ser imparcial.
- El ejercicio de la acción penal convierte al Ministerio Fiscal en un instrumento clave de la política criminal de un país y, por tanto, inevitablemente deberá estar ligado al poder ejecutivo que es quien la diseña y responde de su cumplimiento.

- La legitimación del Ministerio Fiscal como institución democrática nace del nombramiento del Fiscal General del Estado por el Gobierno, legitimación que deriva a todos los demás fiscales por el principio de jerarquía.
- Que el Fiscal General del Estado sea un cargo político de confianza, nombrado y cesado por el Gobierno y de cuya gestión deberá responder el Gobierno ante el Parlamento, no implica que éste haya de actuar “a las órdenes” del Gobierno. El acusador público, en la ejecución de una política criminal, ha de actuar dentro del contexto y del límite que marca el sometimiento al principio de legalidad.
- El sometimiento al principio de legalidad es lo que hace independiente al Fiscal General del Estado por cuanto, por un lado, le legitima para actuar y, por otro, le legitima para desobedecer instrucciones ilegales. En estos supuestos, si fuera destituido, el Gobierno deberá asumir el coste político de una destitución injustificada.
- Hay que recordar que el Ministerio Fiscal no ostenta en España el ejercicio de la acción penal en régimen de monopolio. Este dato unido al otro de que la acción penal pueda ser ejercida, incluso, por cualquier ciudadano –la acción popular– constituye una garantía añadida para el buen funcionamiento del sistema especialmente en los supuestos de criminalidad gubernativa.
- Otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal evita una duplicidad en la práctica de las diligencias instructoras y sobre todo aporta una verdadera coherencia interna al sistema procesal penal. Aunque el juez instructor del ordenamiento jurídico español no es, en principio, inconstitucional, la instrucción fiscal empaña la imagen de la justicia y es un riesgo para la imparcialidad del juez así como para el buen funcionamiento del sistema: el juez no puede ser “juez y parte” del mismo modo que el fiscal no puede ser “parte-imparcial”.
- En un sistema de instrucción fiscal habría que negar valor probatorio a las diligencias de instrucción practicadas por el fiscal, salvo que éste comparezca en el acto del juicio oral y ratifique su actuación ante el Tribunal enjuiciador.
- Resultaría necesaria la introducción de mecanismos que evitasen desequilibrios entre las partes acusadoras. Sería esencial contemplar la posibilidad de que el particular pudiera dirigirse al órgano judicial a fin de que, si éste lo estima pertinente, inste al Ministerio Fiscal la práctica de determinadas diligencias de investigación de su interés.
- Ante circunstancias tales como la multitud de hechos punibles a enjuiciar, la conveniencia de dar soluciones alternativas a las penas cortas privativas de libertad, etc. resulta necesario flexibilizar la estricta obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal buscando fórmulas de oportunidad reglada, bajo determinadas circunstancias, en diversos momentos del proceso.

Introducción

El pasado 28 de mayo de 2001 se suscribió entre los partidos mayoritarios (PP y PSOE) el conocido como “Pacto de Estado para la reforma de la Justicia” al que, posteriormente, se adhirieron otras fuerzas políticas. Así se centraban claramente y por consenso los puntos básicos de reflexión en torno a los que debiera girar una nueva senda legislativa que se entendió necesario emprender a fin de conseguir fundamentalmente una Administración de Justicia moderna y eficaz, presidida por una mejor relación de los ciudadanos con tal administración. De hecho, tanto en el contenido del propio Pacto como en la “Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia”, que posteriormente lo acompañó (proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, el 16 de abril de 2002), se insiste en conseguir una Justicia presidida por principios tales como “rapidez, eficacia y calidad” (según el Pacto) o agilidad, calidad y eficacia (según la Carta).

De entre los múltiples elementos en torno a los cuáles resulta necesario reflexionar se encuentra, como no podía ser de otro modo, la figura del Ministerio Fiscal (punto número 9 de los 23 que conforman el Pacto) a la que se hace una referencia tan ambigua como poco comprometida. A salvo las precisiones realizadas sobre el estatuto personal de sus miembros y sobre determinados extremos relativos a su organización interna, el resto de cuestiones se dejan para ser tratadas en una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido, tan sólo cuando el punto 17 del Pacto se encarga de precisar los fines que perseguirá esa nueva Ley de Enjuiciamiento, establece, que (...) **“la tramitación de esta reforma de conjunto afrontará y resolverá para el futuro el debate sobre la investigación previa al proceso penal de los procedimientos por el Fiscal o por el Juez (...)”**.

Posiblemente y dado que, como tal, al Pacto había de llegarse de forma consensuada, no se pudo alcanzar un mayor compromiso con respecto al futuro papel del fiscal en el proceso. Sin duda esta decidida y medida ambigüedad anuncia una profunda discusión en cuestiones esenciales que afectan no sólo al Ministerio Fiscal sino a la estructuración y desarrollo del propio proceso penal; posiblemente también, por ello su discusión queda relegada a la publicación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, cabe alertar del riesgo de que, a la vista de las reformas parciales de las que nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal está siendo objeto, no se llegue, al menos en los años venideros, a una reforma integral de nuestro sistema de enjuiciamiento que nos permita reconsiderar los que hasta ahora han operado como pilares estructurales de nuestro sistema. Obviamente me refiero a la conveniencia de otorgar la investigación al Ministerio

Fiscal y a la posibilidad de acompañar dicha medida con algunas otras tendentes a cierta flexibilización del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal cuya interpretación estricta nos ha llevado, históricamente, al mantenimiento de su ejercicio obligatorio ante todo tipo de delitos. Se propondrá también, en consonancia con lo dicho, la conveniencia de arbitrar ciertas medidas de oportunidad reglada en el seno del proceso que aligerarán su tramitación y mermarán también los conocidos efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.

Sin embargo, se advierte en este estudio que la adopción de posturas como las recientemente referidas es independiente del debate o de la posición que se tenga en torno a la dependencia o independencia del Ministerio Fiscal. En todo caso, a este respecto parece que la voluntad del legislador –casi totalmente suscriptor del pacto– es algo más clara, pues en principio y como parece razonable, en modo alguno se cuestiona su vinculación con el ejecutivo a través del nombramiento por éste del Fiscal General del Estado.

Recientemente se ha aprobado el Proyecto de Ley (BOE de 14 de mayo de 2003) de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y, consecuentemente con lo señalado en el punto 9 del Pacto en relación con el Ministerio Fiscal, la reforma proyectada parece afectar tan sólo al estatuto personal de los miembros del Ministerio Fiscal y a determinados aspectos de su estructuración orgánica. No sólo no se abordan los complejos temas que en el pacto quedan referidos en el punto 17 (posible asunción de la investigación procesal) sino que, en principio, ni siquiera –como coloquialmente se diría– se abona el terreno para tal posibilidad. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley referido se insiste, como no podía ser de otra forma, en que la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se desarrollará dentro del marco constitucional en el que juega un papel determinante el art. 124.

En el estudio que a continuación se presenta se ha pretendido demostrar que la Constitución Española, aunque regulando *in extenso* la institución del Ministerio Fiscal –situación a la que nuestra trayectoria histórico-constitucional no nos tenía acostumbrados– concede un amplio margen de interpretación y funcionamiento que permite, siempre dentro del marco que dibuja, renovar y modificar las estructuras jurídicas a fin de acompañarlas a las necesidades de los tiempos; y ello para conseguir una administración de justicia moderna, ágil y eficaz –en consonancia con la filosofía latente en el Pacto– sin necesidad de plantear una reforma de la Constitución.

1. Los modelos posibles de Ministerio Fiscal

El objetivo del presente epígrafe va a ser el de tratar de mostrar las líneas generales de los dos grandes modelos de Ministerio Fiscal a los que se ha dado la denominación de “modelos puros (y coherentes) de Ministerio Fiscal”: El Ministerio Fiscal como **acusador público** y el Ministerio Fiscal como **defensor de la legalidad**. Sin lugar a dudas, en ambos casos se trata de visiones completas de la institución que podrán compartirse o no, pero que mantienen en todo caso una perfecta coherencia interna. Ello no obstante, y pese a la conveniencia de centrarnos en la idea del Ministerio Fiscal como acusación pública, debe tenerse presente que, como sucede con cualquier modelo de estructuración, su estado puro es difícil encontrarlo aplicado a la práctica cotidiana. La puesta en práctica de cualquier modelo, y así también la del modelo de Ministerio Fiscal, requiere de determinados matices que permiten aplicar dicha estructura a una sociedad concreta, en un momento concreto.

1.1 El Ministerio Fiscal como acusador público

Centrar la vista en la función acusadora del Ministerio Fiscal es reconocer así su característica y rasgo definitorio. Independientemente de la denominación que se le dé en cada país y del resto de funciones que cada ordenamiento le atribuya, es común –en todo caso– el otorgarle como cometido específico el del ejercicio de la acción penal en nombre del Estado.

Concebir, pues, el Ministerio Fiscal como acusador público obviando otras funciones adicionales y accesorias supone admitir que es función del Ministerio Fiscal ejecutar la política criminal de un país. En este contexto el Ministerio Fiscal no es el defensor de la legalidad; la legalidad operará tan sólo –que no es poco– como límite, pero no como fuente de legitimación. Si el Ministerio Fiscal ejecuta la política criminal de un país, indudablemente tendrá que estar ligado al ejecutivo que es quien la establece, diseña y responde de su cumplimiento. Parece razonable, pues, que si el ejecutivo responde de su cumplimiento tenga poder directo sobre quienes se encargan de su ejecución; en caso contrario, difícilmente podría diseñar una política criminal de cumplimiento y ejecución creíble. Resultaría inconcebible que el órgano encargado de ejecutar una concreta actuación política (la política criminal de un Estado) no respondiera, también políticamente, de su cumplimiento o incumplimiento; o no se le pudiera exigir responsabilidad por su inactividad o actuación desviada.

A nivel estructural, pues, cuando se concibe el Ministerio Fiscal como “acusador público” se le está haciendo responsable de la ejecución de una política criminal concreta: la que haya diseñado el poder ejecutivo. En este contexto resulta necesario reconocer la ligazón y dependencia que debe presidir la relación entre ambas instituciones, así como la posible exigencia de responsabilidad política en la actuación del Ministerio Fiscal.

En el marco del proceso penal el Ministerio Fiscal, como acusador que es, será parte con todas las consecuencias y calificativos propios de las partes. En este contexto resultaría absurdo predicar su imparcialidad: el órgano del Estado que acusa no puede ni debe ser imparcial; antes al contrario, es parte. En nada se acerca, por tanto, a la posición *supra partes* que debe ostentar el juez quien, por esencia, sí habrá de ser imparcial. Cualquier paralelismo entre la posición del Juez y la del Fiscal carecería, según este modelo, del más mínimo fundamento racional.

1.2 El Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad

Concebir el Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad supone concebirlo como “un auténtico abogado, no del Estado, de la Sociedad” (del Moral García, 2002:20).

Según este modelo de estructuración, el Ministerio Fiscal está sometido –por encima de cualquier otra consideración– al más estricto principio de legalidad, del que obtiene su legitimación. Su misión es la de velar por el cumplimiento y defensa de la legalidad y, en tal sentido, necesariamente habrá de ser imparcial. Se entiende que si la función del Ministerio Fiscal se centra en reclamar el cumplimiento de la Ley, su actuación debe estar presidida por los principios de independencia e imparcialidad. Y, obviamente y como consecuencia de lo anterior, es evidente que carecerá de cualquier tipo de responsabilidad política en su actuación.

Procesalmente, dado que entre otras funciones tendrá la de ejercitar la acción penal, habrá de ser parte. Sin embargo, no le serán aplicables todos los calificativos que tradicionalmente se les viene atribuyendo a las partes pues, además de ser imparcial (“parte imparcial” –¿?–), ostenta en el proceso un cierto estatus *supra partes* que, en ocasiones, más parece recordar a la figura del Juez que a la del resto de partes procesales. Es en este modelo de estructuración del Ministerio Fiscal en el que cabe hablar, en su caso, de una posible judicialización de la institución, de una “cuasi jurisdiccionalización” de la carrera fiscal.

Si el inconveniente del modelo anterior viene constituido por el hecho de que, en su máxima expresión, puede llevar a justificar la razón de Estado en la actuación del Ministerio Fiscal, el modelo de fiscal como defensor de la legalidad, en su máxima expresión, puede llevar a ignorar los perjuicios de hacer justicia a toda costa. Y en tal sentido conviene

siempre arbitrar mecanismos de flexibilización. Pero, precisamente por el hecho de que la legalidad no opera aquí como límite sino como elemento legitimador, la discrecionalidad u oportunidad reglada, por mínima que sea, caería fuera de los márgenes del sistema.

1.3 ¿Cómo se ha configurado en España el Ministerio Fiscal?

Planteamiento

El Ministerio Público español se ha configurado desde sus orígenes como heredero fiel de la tradición francesa, si bien manteniendo dos características propias que lo estructuran y dotan de una organización peculiar: 1) el ejercicio obligatorio de la acción penal, y 2) que el Ministerio Fiscal español nunca ostentó dicho ejercicio de la acción penal en régimen de monopolio.

La Constitución española de 1978 regula ampliamente la figura del Ministerio Fiscal convirtiéndola así en objeto de garantía institucional. Sin embargo y pese a lo extenso de dicha regulación, el Ministerio Fiscal ha quedado en una posición ciertamente ambigua cuyo principal problema o foco de ambigüedad se ha querido localizar en la relación que mantienen Ministerio Fiscal y Gobierno (Díez Picazo, 2000 : 158 ss).

El debate sobre la independencia del Ministerio Fiscal –aunque sobre ello se profundizará en un epígrafe específicamente dedicado al tema– trae causa del propio debate constituyente. Antes de la Constitución Española de 1978 el Ministerio Fiscal Español se presentaba como una institución directamente dependiente del gobierno a través del Ministro de Justicia. Dado que las diferentes posiciones esgrimidas en el debate constitucional entre quienes sostenían la absoluta desvinculación del Ministerio Fiscal en relación con el poder político y quienes sostenían que el Ministerio Fiscal debía concebirse como un órgano de relación entre el gobierno y la administración de justicia parecían inconciliables, se llegó a una solución de consenso que trasladó la discusión a la cúspide de la carrera fiscal: se decide sustituir la figura del Fiscal del Tribunal Supremo por la figura del Fiscal General del Estado (inspirada en el Fiscal General de la República de la Constitución Española de 1931) y la discusión se centra, entonces, en el modo de nombramiento. Finalmente se adopta una solución de consenso que supone una mínima separación de esta figura con el Gobierno. Se llega al acuerdo de que el Gobierno, antes de proponer al Rey el nombramiento del Fiscal General del Estado, debe haber oído al Consejo General del Poder Judicial.

Ello no obstante, conviene advertir que del tenor literal del art. 124 Constitución Española no se desprende, necesariamente, el carácter preceptivo de dicho informe. Si bien el sistema instaurado con la Constitución supone atenuar en cierta medida la dependencia jerárquica de la institución en relación con el gobierno, conviene tener presente que atenuar la dependencia jerárquica no implica asumir la total desaparición de la dependencia

política, aunque ésta opere tan sólo en la cúspide. No puede olvidarse que al Fiscal General del Estado lo nombra y lo cesa el gobierno por mucho que éste no pueda ya dirigir instrucciones a cada uno de los fiscales individualmente considerados.

En resumen, pues, contamos en España con un Fiscal General del Estado nombrado por el Gobierno (y con posibilidades, por tanto, de ser cesado). Ello supone contar con un Ministerio Fiscal dependiente políticamente del gobierno –aunque, obviamente, tan sólo en la cúspide–, pero que, por estar sometido a un estricto principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, no puede ser utilizado como instrumento de política criminal y, consecuentemente con ello, son difícilmente imaginables las situaciones en las que cabe exigirle responsabilidad política por su actuación.

Las contradicciones del modelo español

Esta primera incoherencia del modelo del Ministerio Fiscal español ha traído no pocos problemas tanto teóricos como prácticos. A la vista de la forma en que se regula el nombramiento del Fiscal General del Estado, resulta difícil asumir cualquier postura que predique la desvinculación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal. Más coherente con el conjunto del sistema resultaría entender que, cuando se habla de sujeción a la legalidad, ésta no debe ser entendida como obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal –pues cabe la posibilidad de que la propia legalidad prevea ciertos márgenes de discrecionalidad reglada–, sino más bien como un límite constitucional a la dependencia del Gobierno de modo tal que, aunque el Ministerio Fiscal no pueda quedar desvinculado del Gobierno, nunca podrá justificar comportamientos contrarios a la legalidad (ni tampoco a la imparcialidad que podría ser interpretada en este mismo sentido) (Díez Picazo, 2000:167).

Junto a esta estructuración del modelo de Ministerio Fiscal español hay que tener presente que procesalmente, si bien tendrá que actuar como parte, habrá de ser, por imperativo constitucional, “parte imparcial” del proceso penal español. A la dificultad de adoptar de forma imparcial una lógica de parte debe sumársele la esquizofrenia que provocará el ejercicio de otras funciones tan dispares como las que le han sido encomendadas al erigirse en defensor de la legalidad, funciones que requerirán sin duda de un comportamiento neutral y desapasionado.

2. La cuestión de la dependencia/independencia del Ministerio Fiscal

2.1 Cuestiones generales

Mucho ha sido lo escrito sobre el tema de la dependencia o independencia del Ministerio Fiscal. Pese a que este debate trae su origen ya de antiguo, si se parte de la base de que el Ministerio Fiscal tiene como esencial misión y definitoria la de ejercitar la acción penal, su relación con el poder ejecutivo –como se ha visto– está servida. La razón que lleva a poner el acento en la función acusadora del Ministerio Fiscal (o de ejercicio de la acción penal) frente a cualquier otra se justifica por que de las muchas funciones que se le pueden encomendar y que, de hecho, se encomiendan a este órgano institucional del Estado en los distintos Ordenamientos Jurídicos resulta ésta la única común a todos ellos y la que en esencia justifica su existencia. El resto de funciones, además de tener un carácter accesorio frente a la función acusadora que nos ocupa, si bien es cierto que se le atribuyen al Ministerio Fiscal, se le podrían igualmente atribuir a cualquier otro órgano o institución de la administración pública. Si –como se justificará más detalladamente– en este contexto la relación entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno deviene inevitable, la cuestión consistirá en determinar el mecanismo o, mejor, el grado de implicación deseable entre ambas instituciones. Así, el propósito de las páginas que siguen será de mostrar las distintas vías de relación propuestas históricamente y que van desde la independencia más absoluta, a posiciones de total dependencia o teorías más matizadas en las que muy posiblemente hallaremos razonables claves de funcionamiento aplicables a nuestro Ordenamiento Jurídico.

2.2 Una posición posible: la dependencia absoluta del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno

Los partidarios de la absoluta dependencia del Ministerio Fiscal en relación con el ejecutivo esgrimen como argumento el de la legitimidad de que deben gozar todas las instituciones democráticas. Se entiende desde esta posición que la legitimidad de un órgano que adopta decisiones y que no es nombrado de forma directa por elección popular tendrá que venirle dada por el hecho de ser nombrado, aunque sea de forma indirecta, por un órgano

que sí haya sido elegido o designado por elección popular (el Gobierno) y del cual pase a depender. El problema que hace que esta posición resulte difícilmente sostenible reside en que el Ministerio Fiscal, en este contexto, pasa a ser concebido como un órgano meramente instrumental del Gobierno. Y, si bien resulta deseable la existencia de una cierta relación entre Gobierno y Ministerio Fiscal, la total dirección de su actuación supondría una absoluta merma de independencia difícilmente justificable. Una cosa es la orientación de su actuación y otra, considerablemente distinta, la dirección de la actividad del Ministerio Fiscal.

2.3 Una posición intermedia: la vinculación indirecta del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno

Frente a la propuesta de la absoluta dependencia del Ministerio Fiscal en relación con el ejecutivo se eleva, con carácter ciertamente matizado, la posición de quienes entienden que entre ambas instituciones debe darse una suerte de vinculación indirecta que permita hablar de dependencia en la cúspide e independencia en relación con cada uno de los miembros del Ministerio Fiscal individualmente considerados. La ventaja que presenta esta posición es la de permitir coordinar el sometimiento al principio de legalidad con las exigencias derivadas de la política criminal. Sin embargo, es evidente que la imagen de un Fiscal General del Estado vinculado al ejecutivo genera una suerte de extendido rechazo social que trae causa de una presunción de parcialidad en su actuación frente a supuestos de “criminalidad gubernativa”, entendiéndose por tales los supuestos delictivos cometidos por altos funcionarios o cargos políticos, sean o no casos de corrupción política o simples actividades delictivas comunes cometidas por ellos o con las que directa o indirectamente pudieran estar relacionados (Díez Picazo, 2000:22). Obviamente, frente a dicha crítica, la solución pasa por diseñar un conjunto de cautelas propias que eviten el riesgo de utilización partidista del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal.

Esta posición, que se ha denominado “de la vinculación indirecta” entre el gobierno y el Ministerio Fiscal, admite diversas variables en función básicamente del modo en que se proceda a nombrar al Fiscal General del Estado. De las distintas posiciones existentes al respecto se hará una especial referencia, por su particular trascendencia, a tres de ellas: la de nombramiento por el Gobierno del Fiscal General del Estado; la de la “parlamentarización” de dicho nombramiento; y, por último, la que tiende a concebir al Fiscal General del Estado como un órgano administrativamente independiente, aunque sometido al control del Gobierno.

a) Primera variante: Nombramiento del Fiscal General del Estado por el ejecutivo

El nombramiento por el ejecutivo del Fiscal General del Estado presenta importantes ventajas que cabría reconducir a la idea, anteriormente comentada, de la ejecución de una

política criminal concreta y de que en tal caso, el ejecutivo será responsable políticamente de la actuación del Ministerio Fiscal. Si bien es cierto que el Ministerio Fiscal se convierte en pieza clave de la política criminal del Estado, ello no supondrá que todos y cada uno de los miembros del Ministerio Fiscal, individualmente considerados puedan ser políticamente responsables. Para que una institución como el Ministerio Fiscal genere responsabilidad política es esencial que mantenga un nexo de unión con alguna instancia política representativa (sin duda: el Gobierno). Si desaparece dicho nexo (constituido por el nombramiento del Fiscal General del Estado por parte del ejecutivo) la responsabilidad política desaparece también.

Una primera ventaja de adoptar una solución como la expuesta, reside en que no es necesario introducir reforma legal alguna en nuestro Ordenamiento Jurídico. La legitimación democrática del Ministerio Fiscal le viene dada por el nombramiento del Fiscal General del Estado por parte del Gobierno, por un lado, y por el principio de jerarquía, como correa de transmisión de dicha legitimación a cada uno de sus miembros, por otro (García Morillo, 1998 : 15-22). Por ello, cuando se habla de dependencia o independencia del Ministerio Fiscal se está haciendo referencia al conjunto de la institución, pero no así a todos y cada uno de sus integrantes, entre los que debe regir en todo caso el principio de jerarquía. Si ésta es la situación en relación con la legitimación democrática del Ministerio Fiscal, no cabe hablar de independencia de tal institución del Estado.

El Fiscal General del Estado debe ser un cargo político de confianza, nombrado y cesado por el Gobierno y de cuya gestión deberá responder el Gobierno ante el Parlamento. Ahora bien, que el Fiscal General del Estado sea un cargo político de confianza no supone admitir que el Ministerio Fiscal esté a las órdenes del Gobierno. Debe tenerse presente que la carrera fiscal está compuesta por funcionarios sometidos al Derecho Administrativo y que adquieren responsabilidad según la normativa que les es aplicable, pero, en absoluto, por las decisiones discrecionales del Gobierno (López López, 2001: 260ss). Los tres escalones de responsabilidad del Ministerio Fiscal serían los siguientes:

- En primer lugar la responsabilidad administrativa que le es exigible a los fiscales por incumplimiento de la normativa reguladora del ejercicio de sus funciones (exigible por sus superiores jerárquicos);
- En segundo lugar, la responsabilidad política del Fiscal General del Estado ante el Gobierno que lo nombra; y,
- En tercer lugar, la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento.

En relación con el riesgo de control del Ministerio Fiscal por el Gobierno en los supuestos de criminalidad gubernativa anteriormente aludidos conviene advertir: primero, que tales casos son cuantitativamente irrelevantes en la actuación cotidiana del Ministerio Fiscal (por mucho que socialmente tengan gran relevancia); segundo, que “obedecen a una pato-

logía, la de la judicialización de la política con su inevitable correlato de politización de la justicia, que es de esperar que remita”; y, tercero, que existen repuestas previstas en el ordenamiento para tratar de hacer frente a tales situaciones; de este modo, si el Gobierno pretende una actuación ilegal del Fiscal General del Estado (o éste de sus subordinados) no existe obligación alguna de obedecer órdenes ilegales. Es más, el Gobierno podría decidir incluso la destitución del Fiscal General del Estado, aunque, lógicamente, asumiría el coste político, la responsabilidad política que conlleva la destitución. Si, por el contrario, la orden es legal, sólo el Fiscal General del Estado por razón de la legitimidad democrática de su nombramiento podría desacatarla apelando a motivos de estricta oportunidad (corriendo, por supuesto e inevitablemente, riesgo de cese). El resto de fiscales tiene la obligación de asumirla ya que, en caso contrario, rompería la cadena de legitimación que le viene dada por la vigencia del principio de jerarquía (García Morillo, 1998:21).

Por otro lado, se ha sostenido que la posible utilización partidista de la acción penal que puede llevar a su ejercicio con absoluta falta de imparcialidad y persiguiendo fines espurios es algo que, de suceder, podría ocurrir con carácter general y no sólo en aquellos supuestos de criminalidad gubernativa. Sin embargo, ello no está directamente, o mejor, exclusivamente, relacionado con la dependencia entre Ministerio Fiscal y Gobierno sino más bien con el posible ejercicio discrecional –como se verá más adelante– de la acción penal (Díez Picazo, L.M., 2000:22 ss).

b) Una segunda variante: ¿Nombramiento del Fiscal General del Estado por el Parlamento?

Frente a la idea del nombramiento del Fiscal General del Estado por el Gobierno se ha extendido, con cierta profusión, la de la conveniencia de su nombramiento por el Parlamento. Esta concepción parte de la base de la necesaria relación del Ministerio Fiscal con el Gobierno, pero pretende evitar los supuestos efectos perniciosos –de control por parte del ejecutivo– que pudieran derivar de un nombramiento realizado exclusivamente a su instancia. Se trata de encontrar, pues, un punto de engarce con la representación y la representatividad política distinto del Gobierno y a través, en el caso que nos ocupa, del Parlamento. El problema que suscita esta propuesta es que, puesto que el Fiscal General del Estado habrá de ser nombrado por mayoría cualificada en el Parlamento (pues admitir que lo fuera por mayoría simple sería tanto como admitir su nombramiento por el Gobierno), habrá de procederse a la consecución de pactos entre las distintas fuerzas políticas y, dado que, por tanto, las distintas fuerzas políticas (o, al menos, las principales fuerzas políticas) serían responsables del nombramiento, no habría oposición y nadie sería, en consecuencia, responsable de la política criminal del Estado (o al menos, dicha responsabilidad política no se exigiría con la eficacia que, en democracia y por el juego de las fuerzas de oposición, es deseable) (Díez Picazo, 2000:178s).

Se ha sostenido, por quienes se muestran partidarios del nombramiento del Fiscal General del Estado por el Parlamento, que con ello se consigue cierta apoliticidad en el cargo

debido al carácter plural de las Cortes Generales. Sin embargo, lo cierto es que no dejaría el Fiscal General del Estado de ser un órgano político por el hecho de que pasara a depender de las Cortes Generales en lugar de depender del poder ejecutivo. Por otro lado, y al margen de polémicas doctrinales, lo que sí resulta meridianamente claro es que la política o las actuaciones concretas encaminadas a la defensa y protección del interés general dependen del ejecutivo y, en este sentido, todas las Administraciones y así también el Ministerio Fiscal, en tanto ejecutoras de las políticas diseñadas en defensa del interés general, no pueden mantenerse neutrales (López López, 2001:265).

Por último conviene recordar que la teoría expuesta no resulta en absoluto ajena a nuestro bagaje legislativo. En 1997 se produjo un intento de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal a través del cual se pretendía introducir un nuevo trámite en el nombramiento del Fiscal General del Estado (una comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados para la valoración de los méritos y la idoneidad del candidato propuesto). Sin embargo, se entendió que este modelo vulneraba el sistema de nombramiento establecido en el art. 124.2 CE: la legislación ordinaria puede desarrollar el sistema constitucionalmente establecido, pero no puede modificarlo añadiendo nuevos trámites o requisitos de carácter sustancial que no estuvieran constitucionalmente previstos. Cualquier fórmula de designación directa del Fiscal General del Estado por el Parlamento sería inconstitucional igual que también lo sería cualquier fórmula que implicase que el Gobierno nombrara a quien señale el Parlamento (del Moral García, 2002:25).

c) Una variante novedosa: La Fiscalía General del Estado como “agencia independiente”

Resta por analizar tan sólo la posición de quienes entienden que el Fiscal General del Estado debe concebirse como un órgano administrativamente independiente, aunque sometido al control del Gobierno (Díez Picazo, 2000:176s).

Dentro de la vinculación indirecta que debe presidir las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno existe un modelo que –según se sostiene– mantendría un notable grado de independencia para el Ministerio Fiscal y que consistiría en trasladar a dicha institución el sistema de funcionamiento de “los bancos centrales” o, más concretamente, “las agencias independientes”. Tras el Tratado de Maastrich, los Bancos Centrales mantienen una cierta relación con el Gobierno centrada, fundamentalmente, en que éste mantiene la facultad de nombramiento de los miembros de la agencia independiente; pero el Gobierno no puede dirigir órdenes ni instrucciones a las agencias independientes del mismo modo que no puede revisar sus decisiones, ni tiene, en modo alguno, capacidad de cese.

Sin duda, el principal problema que plantea la tesis descrita reside, al margen de su inicial inconstitucionalidad –anteriormente comentada– y la necesaria reforma, por tanto, de la Constitución Española para su aprobación, en que, de admitirse, nadie sería políticamente responsable ante el Congreso de los Diputados de la política criminal del Estado, a

menos que se admitiese –pero entonces nos salimos del modelo que se pretende utilizar por analogía– que el Fiscal General del Estado respondiese ante las Cortes Generales.

2.4 Un comentario sobre las posiciones que defienden la absoluta independencia del Ministerio Fiscal

a) Las propuestas de judicialización del Ministerio Fiscal

Por lo general, podría afirmarse que las posiciones que preconizan la absoluta independencia del Ministerio Fiscal parten de una supervaloración del principio de legalidad como fuente de legitimación de la institución. Por ello, normalmente, quienes se muestran partidarios de ellas acaban sosteniendo las conocidas como tesis “judicialistas”, a cuyo tenor el Ministerio Fiscal entraría a formar parte del órgano jurisdiccional a modo de cooperador permanente o auxiliar como, por ejemplo, podría serlo el Secretario Judicial. Para esta concepción, el Ministerio Fiscal debería estar ubicado dentro del poder judicial por servir a los mismos fines que el propio órgano judicial y, en tal sentido, debería estar dotado de las mismas garantías. Entienden que la actuación del Ministerio Fiscal tiene lugar desde la misma perspectiva que el Juez y, por tanto, su función ha de concretarse en la de auxiliar a éste en su misión de aplicar el Derecho al caso concreto.

Frente a la idea expuesta se ha sostenido que quienes se oponen a la integración del Ministerio Fiscal en el poder judicial se basan en una confusión entre el ejercicio del poder judicial (encomendado exclusivamente a jueces y magistrados) y el ámbito del poder judicial que, sin duda, es mucho más amplio que el de ejercer funciones estrictamente jurisdiccionales. De hecho, se ha puesto como ejemplo al propio Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), cuyas funciones no son exclusivamente jurisdiccionales y, así, se ha señalado que en dos de las tres funciones irrenunciables del autogobierno del poder judicial (facultades inspectoras, sancionadoras y de nombramiento) hay intervención del Ministerio Fiscal (en las funciones disciplinarias y de inspección); y que tal intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes disciplinarios y en la inspección del poder judicial no puede justificarse sino desde su función de velar por la independencia de juzgados y tribunales.

Obviamente, es cierto que el ámbito del poder judicial es más amplio que lo que atañe al mero ejercicio de funciones jurisdiccionales; de hecho se habla de funciones jurisdiccionales y funciones gubernativas del poder judicial. Y la existencia de estas funciones gubernativas se debe a la configuración del poder judicial como un auténtico poder independiente del ejecutivo o del resto de poderes del Estado. Se debe, precisamente, a la configuración del poder judicial dentro de un marco o de un régimen de autogobierno. En todo caso, conviene distinguir entre el ejercicio de la potestad jurisdiccional que corresponde en exclusiva a jueces y magistrados, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, y el

conjunto de medios personales y materiales que ha de ponerse a disposición de los jueces y magistrados para que puedan desarrollar dicha potestad jurisdiccional. Ese conjunto de medios así como su gestión y organización es lo que se atribuye a los órganos de gobierno del poder judicial a fin de evitar la injerencia del resto de poderes del Estado y, en tal sentido, cuanto mayores sean las competencias de los órganos de gobierno del poder judicial, mayor será la independencia de jueces y magistrados (Asencio Mellado, 1996:51).

En el contexto de lo expuesto, utilizar el dato de la amplitud de funciones del poder judicial como argumento a favor de la integración del Ministerio Fiscal en tal poder carecería de todo fundamento. Cosa distinta podría pensarse que sucede en relación con el desempeño de la función que se tiene encomendada al Ministerio Fiscal, que se refiere a la obligación de velar por la independencia de Juzgados y Tribunales y que, en tal sentido, no debe ésta concederse a un órgano dependiente del ejecutivo. Pero, aun en este caso, cabe entender que la sumisión al principio de legalidad anulará este argumento por cuanto lógicamente legitima al Ministerio Fiscal a desobedecer las órdenes ilegales del Gobierno.

b) Las reformas propuestas: crítica

En la línea de quienes sostienen la absoluta independencia del Ministerio Fiscal respecto al Gobierno se han propuesto dos reformas legales que, desde esta perspectiva, mejorarían tal posición de independencia sin necesidad de modificar la Constitución Española (del Moral García, 2002:26s):

- Potenciar la audiencia al CGPJ para el nombramiento de Fiscal General del Estado dotándola de un verdadero contenido a fin de que dejara de ser un mero trámite formal.
- Fijar un plazo de mandato para el Fiscal General del Estado durante el cual éste no pueda ser cesado sino por causas objetivas. A tal fin se propone incluso la aplicación al Fiscal General del Estado de las causas de cese del art. 46 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, añadiendo alguna otra como la posibilidad de que el Congreso por mayoría absoluta o por mayoría de 3/5 pueda instar dicho cese; o la posibilidad, incluso, de que el cese pudiera ser instado por el propio Consejo Fiscal, lo que constituiría en ambos casos una suerte de moción de censura (con una doble iniciativa: a instancia del Congreso o a instancia del Consejo Fiscal).

Sin embargo, no resulta fácil comprender en qué contribuirían dichas medidas a mejorar la situación por la que actualmente atraviesa el Ministerio Fiscal español.

La primera de ellas, de aplicarse como se propone, generaría –dada la actual politización de los miembros del CGPJ– el efecto contrario al perseguido y supondría probablemente un informe en los términos queridos por el Gobierno. Más lógico resulta, pues, que

descanse sobre él la potestad, pero también la responsabilidad, del nombramiento del Fiscal General del Estado.

Y en cuanto a la segunda de las propuestas, si bien en modo alguno debe rechazarse la existencia de determinadas y concretas causas de cese del Fiscal General del Estado, se debe ser extremadamente cauteloso –en todo caso y a fin de mantener una cierta coherencia interna a nivel institucional– a la hora de determinar las causas y no incurrir así en situaciones paradójicas que, por otra parte, lamentablemente tan frecuentes están siendo en los últimos tiempos en nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, admitido el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Gobierno, en modo alguno cabrá arbitrar posibilidades de cese que provengan de cualquier otra institución que no sea la institución nombrante y, por tanto, responsable del nombramiento, esto es, el Gobierno.

3. La reforma de la posición del Ministerio Fiscal en el proceso

Al margen de determinados aspectos orgánicos o funcionales del Ministerio Fiscal susceptibles de mejora, el objetivo del presente epígrafe va a ser analizar la función que el Ministerio Fiscal desempeña o podría desempeñar en el proceso a fin de alcanzar su mejor y más eficaz funcionamiento. En este ámbito son dos los aspectos que hay que tratar: por un lado, la posibilidad –actualmente inexistente en nuestro ordenamiento– de que el Ministerio Fiscal se encargue de la dirección de la fase de instrucción procesal y, por otro, cómo y en qué circunstancias puede y debe el Ministerio Fiscal desempeñar su esencial función de ejercitar la acción penal.

3.1 El Ministerio Fiscal y la fase de instrucción procesal

- **Introducción**

La idea de otorgar al Ministerio Fiscal la investigación de los hechos objeto de un proceso penal planea desde antiguo sobre nuestro Ordenamiento Jurídico. Cuando se sostiene en España la posibilidad de que la fase de instrucción pase a manos del Ministerio Fiscal son siempre dos las ideas que laten bajo tal afirmación: una, la que hace referencia a la crisis de la justicia y otra, la que tiende a dar por supuesta la adopción de los modelos de justicia anglosajona como fuente de inspiración.

En relación con la primera de estas ideas el nexo es evidente. Efectivamente la posibilidad de incrementar (en mayor o menor medida) las facultades instructoras del Ministerio Fiscal redundaría en beneficio de la agilidad y eficacia de la justicia en tanto, como se verá, se evita con ello –entre otras cosas– la reiteración de diligencias que actualmente practica tanto el juez instructor como el propio fiscal. De hecho, de entre las medidas que de un tiempo a esta parte se vienen proponiendo para la reforma del proceso penal, ésta que nos ocupa se ha convertido en una constante, al menos dentro de los sectores jurídicos progresistas.

La segunda de las ideas que late bajo cualquier tendencia a incrementar las facultades instructoras del Ministerio Fiscal lleva directamente a pensar en la utilización de los sistemas jurídicos de corte anglosajón como fuente de inspiración. En relación con ello

y aunque muy posiblemente cualquier propuesta en este sentido traiga su causa última de dichos ordenamientos, conviene no hacer generalizaciones apresuradas. La “huella anglosajona” –que no puede pasar de ser exactamente eso: una huella– no puede llevarnos hoy a propugnar para España una total y absoluta asunción de los sistemas penales angloamericanos. Sin embargo, sí cabe la posibilidad, tomando dichos sistemas como modelo, de propugnar un incremento de las facultades instructoras del Ministerio Fiscal fundamentado tanto en la necesidad de agilidad, eficacia y coherencia interna del proceso como en la conveniencia de despojar al juez de determinadas facultades investigadoras que lo aproximan más, sin duda, a los jueces propios de sistemas inquisitivos. En este sentido, como se verá más adelante, se justifica plenamente el otorgamiento al Ministerio Fiscal de todas aquellas facultades de investigación tendentes a la averiguación de los hechos y de su presunto autor, dejando en manos del poder judicial la adopción de todas aquellas medidas, cautelares o no, restrictivas de derechos fundamentales.

La adopción de esta posición conlleva, además, la ventaja añadida de no suponer, pese a lo que en ocasiones se ha sostenido (de la Oliva, 1997:18) y a primera vista pudiera parecer, un cambio traumático ni absolutamente ajeno a la tradición jurídica ni de nuestro país, ni de nuestro entorno cultural. En este sentido debe tenerse presente que el desapoderamiento de determinadas facultades investigadoras, tradicionalmente atribuidas al Juez de instrucción, constituye el principio de un camino que comenzó a andarse en España hace ya algún tiempo y cuyos reflejos legales pueden encontrarse hoy en algunas disposiciones normativas. Contamos, en esta línea, con la regulación de la tramitación de la instrucción en el procedimiento abreviado (especialmente ejemplificativo a este respecto puede resultar el art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), o con la Ley que regula la responsabilidad penal de los menores o con la Disposición Final Cuarta de la Ley del Jurado cuyo desarrollo bien admitiría la generalización de la instrucción en manos del Ministerio Fiscal.

Además, en lo que respecta a nuestro entorno jurídico-cultural, el otorgamiento al Fiscal de las potestades investigadoras de la fase de instrucción ha sido asumido –en forma ciertamente similar, aunque no idéntica a la que se propone– en países cercanos como Portugal, Italia o Alemania; e igualmente también en numerosos países de América Latina tales como Perú, Chile, Colombia, El Salvador, Ecuador, Bolivia o Guatemala, entre otros.

Sin embargo, no es posible desconocer la existencia en nuestro país de importantes reacciones frente a la posibilidad de adoptar una medida como la propuesta. Al margen de la histórica discusión doctrinal sobre el tema, un primer intento real –todavía relativamente reciente– de atribución al fiscal de la fase investigadora del proceso tuvo lugar, tras el advenimiento de la democracia, con la redacción del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Y resulta curioso constatar que la oposición vino formulada tanto desde la izquierda (por el grupo comunista) como desde la derecha (Coalición Democrática); si bien, sobre la base de argumentos distintos. Así, mientras el grupo comunista alegaba que la relación del Ministerio Fiscal con el ejecutivo supondría una vía para el control del proceso por parte del gobierno, Coalición Democrática fundamentaba su oposición en

que la investigación procesal en manos del Ministerio Fiscal atentaba directamente contra la idea de “eficacia procesal” y contra la de una investigación imparcial.

Pese a que –tal y como se sostendrá seguidamente– el debate en torno a la independencia del Ministerio Fiscal nada tiene que ver con la conveniencia de atribuirle o no la dirección de la investigación penal, el rechazo que suscitó la medida por parte de la izquierda resulta ciertamente justificable si se atiende al momento histórico en el que tuvo lugar (año 1980; instauración reciente de la democracia; insuficiencia de garantías procesales...). De hecho, algunos años después –concretamente en la Memoria de 1987– la Fiscalía General del Estado aboga abiertamente por otorgar la investigación al Ministerio Fiscal en un marco de búsqueda de soluciones frente al elevado índice de judicialización de los conflictos superando los argumentos que en su día esgrimió la derecha –falta de eficacia de la medida– para fundamentar su oposición.

En todo caso, resulta ciertamente lamentable la constatación de que, transcurridos ya más de veinte años, las posiciones dominantes reflejadas a principios de los 80 en el texto definitivo del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal parecen consolidarse. De hecho, en el Proyecto de Ley de modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no sólo no se hace ninguna referencia expresa a esta importante cuestión sino que incluso mantiene la desaparición efectuada por la reforma operada con la Ley 12/2000, de 28 de diciembre, relativa al inciso final del art. 3.5 que facultaba directamente al Ministerio Fiscal a “ordenar a la policía judicial aquellas otras [diligencias] que estimen oportunas”. Y si bien es cierto que este inciso final no habilitaba por sí sólo al Ministerio Fiscal para dirigir la investigación de los procesos penales, ni, en modo alguno, desapodera de tal función a los jueces de instrucción, sí denotaba una cierta configuración amplia de las facultades del Ministerio Fiscal que, de existir la voluntad política de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal a este respecto, hubiera sin duda facilitado la labor. Si la redacción final del Estatuto pasa –como todo parece indicar– por la supresión de este inciso, ello dará muestras de un retroceso mucho más profundo de lo que, en principio, pareciera desprenderse de la mera cuestión formal de su desaparición. Téngase presente que esta disposición es lo que queda de la intención del legislador de los 80 de introducir en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal la potestad instructora del Ministerio Fiscal.

a) Elementos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de la fase de instrucción

La fase de instrucción es una fase compleja caracterizada por la realización de todas aquellas actividades investigadoras encaminadas a la determinación de los hechos y su autoría –a fin de poder sostener la acusación que abrirá posteriormente la fase de juicio oral– y a la adopción de todas aquellas medidas que garantizan la eficacia del juicio y de su posterior ejecución. Ello no obstante, “la genuina y primordial función de la etapa instructora no es “preparar” el juicio, sino servir de base al “juicio de acusación”, y resolver si existe suficiente fundamento para ejercer la acción penal en el plenario” (Ortego Pérez, 2002:5). Como puede verse, pues, en todo caso en esta fase procesal conviven me-

didadas de carácter netamente investigador con otro tipo de medidas que, necesariamente, habrán de ser restrictivas de derechos (Gómez Colomer, 1997:83-113).

En una situación como la descrita, donde determinada actividad puramente investigadora se entremezcla con actividad propiamente decisora resulta ciertamente fácil la afirmación de que no toda la actividad tendrá, por tanto, carácter jurisdiccional. Tendrán carácter jurisdiccional las resoluciones sobre medidas cautelares o aquéllas otras que, aun no teniendo carácter cautelar, fueran restrictivas de derechos (con clara referencia a las resoluciones instrumentales respecto a la obtención y examen de las fuentes de prueba), las resoluciones sobre la admisión de la acusación y las relativas a la práctica de prueba anticipada. Frente a ello, no tendrá carácter jurisdiccional ni la actividad encaminada a descubrir la autoría o los hechos en los que se fundamentará la acusación, ni la encaminada a descubrir cuáles son las fuentes de prueba de que se dispone (Ortells Ramos, 1990:234-235).

Puestas así las cosas, partimos de la base de que la actividad de carácter jurisdiccional por desarrollar en la fase de instrucción en modo alguno podrá serle atribuida al Ministerio Fiscal. La razón es evidente: por más que desde distintas posiciones del más variado signo político existan siempre pretensiones de equiparación entre uno y otro cuerpo, se trata de distintos órganos del Estado a los que les son atribuidas funciones diferentes en el proceso. Y, como se sabe, es a los órganos jurisdiccionales –a Jueces y Magistrados– a quienes compete, con carácter exclusivo y excluyente (art. 117.3 CE) el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, por tanto, de todas aquellas funciones que revistan carácter jurisdiccional. Dada, pues, la –ya comentada– naturaleza no judicial del Ministerio Fiscal no queda sino concluir que no existe razón alguna para equiparar Ministerio Fiscal a Poder Judicial.

b) Ventajas de atribuir al Ministerio Fiscal las facultades instructoras de carácter no jurisdiccional

A la vista, pues, de la naturaleza mixta de la instrucción y la existencia en esta fase de distinto tipo de actividades, de la caracterización como jurisdiccionales de tan sólo algunas de estas actividades, de la atribución en exclusiva de la potestad jurisdiccional a Jueces y Magistrados y de la imposibilidad de equiparar Ministerio Fiscal y Poder Judicial, no resta sino admitir que no existe obstáculo alguno para atribuir al Ministerio Fiscal la dirección y ejecución de las funciones no jurisdiccionales de la fase de instrucción; es decir, la atribución al Ministerio Fiscal de toda aquella actividad investigadora encaminada a la determinación y esclarecimiento del delito y de su presunto autor, así como a la determinación de las posibles fuentes de prueba.

La constitucionalidad de la medida propuesta viene, en parte, justificada por lo dicho hasta el momento. En principio, nada obsta a que aquellas actividades no jurisdiccionales de la fase de instrucción se atribuyan al Ministerio Fiscal. Es más, hay quien –desde la óptica del principio de exclusividad jurisdiccional– considera que ello no sólo es conveniente, sino necesario y que, de hecho, nuestro diseño de juez instructor podría resultar

inconstitucional por otorgarle al juez labores que van más allá del estricto ejercicio de la potestad jurisdiccional y que consiste –como se ha visto–, exclusivamente, en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (Vives Antón, 1988:99-102). Ello no obstante, frente a este argumento –utilizado para defender la atribución al fiscal de labores instructoras sobre la base de la inconstitucionalidad de atribuir las a un órgano judicial– se ha esgrimido el de que el art. 117.4 CE justifica la constitucionalidad del juez instructor al permitir “que la Ley expresamente atribuya a los órganos jurisdiccionales funciones distintas al ejercicio de la potestad jurisdiccional en garantía de cualquier derecho [y ello] da cobertura constitucional suficiente a aquél modelo [el del juez instructor actualmente consagrado en nuestro proceso penal]” (Ortells Ramos, 1990:237).

En consonancia con todo lo anterior, debe entenderse que, al margen de los dictados del principio de exclusividad jurisdiccional, la clave para la defensa de la constitucionalidad del modelo que se propone reside en fundamentar la atribución de facultades instructoras al Ministerio Fiscal sobre la base de la eficacia del proceso y su coherencia interna. Posiblemente, y dada la redacción del art. 117.4 CE, el diseño del Juez instructor, tal y como se ha venido entendiendo en nuestro ordenamiento, no resulte absolutamente inconstitucional, pero ello no obsta para afirmar que, efectivamente, dado el tenor literal del art. 117.3 CE y, con él, las exigencias de la exclusividad jurisdiccional, resultaría en cierta medida más justificado –o amoldado en mayor medida al texto constitucional– un sistema que despojara al juez de la labor netamente investigadora que, en todo caso, le obliga a pronunciarse y tomar parte –olvidando su necesaria imparcialidad– a favor de una u otra hipótesis acusatoria.

Se sostiene que la medida propuesta otorga al proceso una mayor coherencia interna. Como antes se ha referido, si la función esencial de la fase de instrucción es la de investigar todos aquellos hechos que fundamenten la acusación y garantizar que, producida ésta, se podrá celebrar el juicio, el Ministerio Fiscal podrá practicar toda aquella labor de investigación fáctica que le permita formular la acusación así como toda aquella labor encaminada a solicitar que se adopten las medidas pertinentes para garantizar, en su caso, la efectividad del juicio. Obviamente, todo aquello que suponga la adopción de medidas restrictivas de derechos o de práctica de pruebas no se podrá encomendar al Ministerio Fiscal que ni es independiente, ni imparcial, ni tampoco podría serlo desde el momento en que se le ha encomendado sostener la acusación y, por ello, ser parte en el proceso.

En relación con la eficacia que esta medida pudiera reportar al proceso, se ha realizado ya alguna referencia al hecho de que siendo el Ministerio Fiscal quien investigue se evitará con ello la duplicidad en la práctica de determinadas diligencias. En realidad, con ello no sólo se dotará de eficacia y agilidad al proceso sino que, además, supondrá una mejoría en el trato de la víctima que, al evitarle la reiteración de diligencias (como por ejemplo, una declaración), redundará en la merma del efecto victimizador que conlleva la tramitación del propio proceso (conocido como “victimización secundaria”).

De conformidad con lo expuesto resultaría constitucionalmente posible y legalmente deseable atribuir al Ministerio Fiscal aquellas facultades instructoras que no tiene naturaleza estrictamente jurisdiccional, siendo, por tanto, éstas últimas competencia exclusiva de jueces y magistrados.

c) La otra perspectiva: las posiciones críticas frente a la instrucción por el Ministerio Fiscal. Discusión

Ello no obstante, hay que ser consciente de que la propuesta anteriormente suscrita no concita una total unanimidad –a lo sumo, tan sólo una ligera mayoría– entre la doctrina estudiosa del tema.

Los argumentos esgrimidos contra ella giran en torno a dos órdenes de ideas que, en realidad y como se verá, en absoluto la desacreditan o desautorizan pues o bien se refieren a la imposibilidad de otorgar al Ministerio Fiscal la totalidad de la instrucción –cuestión ésta en ningún momento sustentada–, o bien se refieren a determinados rasgos característicos de la estructuración y organización del Ministerio Fiscal, pero que en modo alguno desaconsejan la posible asunción por éste de funciones instructoras.

En relación con el primer tipo de argumentos (aquellos que, en realidad, a lo que se oponen es a otorgar la totalidad de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal) se podrían destacar los siguientes:

- Dado que la instrucción no sólo se extiende a la obtención de las pruebas sino también a su valoración, resulta siempre actividad de juez y no así de parte (Carnelutti, 1961:216s). En relación con este argumento conviene recordar que la valoración de las pruebas es, en todo caso, actividad judicial y nunca se ha propuesto que deje de serlo. La valoración de las pruebas se realiza necesariamente tras la práctica de las pruebas en el acto del juicio oral. Pero es que, aun si se admitiera que a lo que se quiere hacer referencia no es tanto a las “pruebas” cuanto a las “diligencias instructoras”, conviene tener presente que todos y cada uno de los momentos en los que estas diligencias deben ser valoradas (excepto la valoración a efectos de sostener o no la acusación; valoración que realiza el fiscal incluso en el sistema de instrucción judicial actualmente vigente en España) se corresponden con momentos de adopción de decisiones restrictivas de derechos y puesto que tales decisiones ha de adoptarlas el juez, es obvio que en la posición que se sostiene se está admitiendo que la valoración de estas diligencias habrá de ser competencia judicial.
- Dado que la fase de instrucción es una fase compleja en la que se entrelazan actos de investigación con auténticos enjuiciamientos jurídicos, la escisión de unos y otros generaría incoherencias en el seno del proceso penal (de la Oliva, 1988:70s). En relación con este argumento –dada la distinta naturaleza de uno y otro tipo de actos, anteriormente analizada– no se alcanza a comprender cuál pueda ser la incoherencia referida. Antes, al contrario, podría pensarse que el hecho de otorgar a un órgano público de la Administración aquellas

actuaciones que ejercitaba la judicatura y que, sin embargo, no se corresponden estrictamente con el ejercicio de la potestad judicial, además de dotar de coherencia interna al ordenamiento hace del proceso –como se ha visto– una institución más plenamente constitucional.

- Dado que la Constitución atribuye a los jueces la función jurisdiccional, resultaría, por tanto, inconstitucional atribuir la instrucción a cualquier órgano que no revistiera carácter judicial. Respecto de esta afirmación no resta sino recordar, por un lado, que no se trata de otorgar competencia al Ministerio Fiscal para realizar la totalidad de las actuaciones que se dan en la fase de instrucción, sino tan sólo aquellas que precisamente no revisten carácter jurisdiccional; y, por otro lado, que la potestad jurisdiccional que la CE atribuye a los jueces la atribuye con carácter de exclusividad, lo cual, desde su vertiente negativa, significa que no podrán realizar esta labor que las estrictamente judiciales (o aquellas otras que en defensa de los derechos les atribuya la Ley, pero no ya la CE).
- Atribuir al Ministerio Fiscal la fase de instrucción conlleva numerosos inconvenientes prácticos y, dado que en todo caso sería necesaria la figura de un juez, no se alcanzan a ver las ventajas de tal modificación. En relación con este argumento, la existencia en todo caso del órgano judicial es, desde luego, incuestionable, pero, al margen de la mayor coherencia interna que alcanzaría el proceso, anteriormente referida, la descarga de trabajo con la que dicho juez actuará, unida a la desaparición de las reiteraciones en la práctica de diligencias instructoras antes aludida, así como la merma que ello supone en el efecto de victimización secundaria que genera el proceso parecen razones que justifican y desde luego “compensan” más que sobradamente la adopción de la medida. Por otro lado y junto a lo anterior, la gran ventaja de este deslinde de funciones residiría en que efectivamente con ello se conseguiría un Ministerio Fiscal responsable. Acusar públicamente (o no acusar) es una acción de la que debe responderse. La independencia de los jueces hace muy difícil la canalización institucional de esa exigencia de responsabilidad por el sostenimiento de hipótesis acusatorias aventuradas, extemporáneas o, incluso, descabelladas.

El segundo tipo de argumentos esgrimido contra la conveniencia de otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal gira en torno a determinadas características y rasgos de su estructuración y funcionamiento. En este sentido se alegan razones tales como la falta de fiscales, las carencias funcionales o incluso su dependencia del ejecutivo. Todos estos argumentos pueden ser utilizados para una reestructuración del Ministerio Fiscal, pero nada aportan sobre la conveniencia o inconveniencia de otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal. La dependencia o independencia del Ministerio Fiscal –según se ha visto– nada tiene que ver con el peligro que pueda correr la instrucción; se trata de un debate que afectará a la buena marcha y a la utilidad (en orden a cumplir los fines previstos) del proceso penal, pero, tanto en un sistema de fiscales independientes como en un sistema de fiscales absolutamente dependientes del ejecutivo, la instrucción del proceso penal por su parte es perfectamente posible e incluso, como se ha visto, deseable. Recuérdese que la gran ventaja de propugnar la dependencia del Ministerio Fiscal en relación con el ejecutivo es la

de convertirse en un instrumento de política criminal absolutamente separado e independiente, como no podría ser de otra forma, del poder judicial; evitándose con ello la lamentable imagen de jueces o magistrados instructores que más parecen aviesos perseguidores de elementos incriminatorios con claros fines políticos que jueces y magistrados imparciales al modo en que la Constitución los diseñó.

Como conclusión de lo sostenido hasta el momento, otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal –en los términos manifestados–, además de constituir una reforma plenamente constitucional fortalece el principio de imparcialidad judicial y procura una mejor aplicación del principio de exclusividad jurisdiccional, pues la actuación judicial se reserva al enjuiciamiento, valoración, en su caso, de las diligencias instructoras y control de legalidad de lo actuado. Junto a ello, permite, además, hacer políticamente responsable al Ministerio Fiscal por la oportunidad de iniciar o no una concreta investigación procesal.

d) Algunos ajustes necesarios del Ordenamiento para una instrucción fiscal

El encaje en el conjunto del ordenamiento, del sistema de instrucción fiscal que se propone requerirá tener presente toda una serie de consideraciones que llevarán necesariamente a la práctica de determinados ajustes en el *iter* del proceso penal. La necesaria realización de estos ajustes no debe plantearse como la mera existencia de obstáculos a la puesta en marcha de la propuesta sino, antes al contrario, como la búsqueda de soluciones para un mejor y más eficaz funcionamiento del proceso.

Primera propuesta: reforma o nueva interpretación del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Uno de los problemas que podría plantearse en un sistema de instrucción fiscal es el de la aplicación del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a tenor del cual y a instancia de cualquiera de las partes podrán leerse en el acto del juicio oral las diligencias practicadas en la fase de instrucción y que no pudieran ser reproducidas en el acto del juicio. Incorporadas así, mediante lectura, estas diligencias instructoras podrán ser valoradas como verdaderos actos de prueba. El fundamento de esta posibilidad estriba en que las mencionadas diligencias se practicaron en la fase de instrucción con las debidas garantías de inmediación y contradicción. Si se admite la práctica de diligencias instructoras por el Ministerio Fiscal, debería resultar, en principio, inviable su reproducción mediante lectura en el acto del juicio oral para poder darles de esta forma valor probatorio. Sólo cabría darle valor probatorio a estas diligencias de instrucción si el fiscal que las practicó compareciera en el acto del juicio oral y procediera a su ratificación. (En este sentido véase Gimeno, 1988:830).

En relación con lo anterior, y desde la perspectiva del Derecho positivo español, podría pensarse que una interpretación como la expuesta carecería de sentido desde el momento en que el art. 5 apartado 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece la presunción de autenticidad de “todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se

lleven a cabo bajo su dirección”. Sobre la base de esta presunción cabría llegar a admitir que en modo alguno resulta necesaria la comparecencia y ratificación del Fiscal que practicó la diligencia instructora y que, en todo caso, ésta podrá ser contradicha por la otra parte (normalmente el imputado) y libremente valorada por el juez. Sin embargo, sucede que, como se observa, tal interpretación implicaría un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el imputado que, en tal caso, entraría en el acto del juicio como presunto culpable y no así como presunto inocente. La interpretación expresada viene a dotar de pleno carácter probatorio a las diligencias de instrucción practicadas por el Ministerio Fiscal a las que se les reconoce, incluso, la fuerza suficiente como para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del imputado, generando a mayor abundamiento una desigualdad manifiesta entre las distintas partes del proceso. Por todo ello, esta conflictiva presunción de autenticidad debiera desaparecer de nuestro Ordenamiento Jurídico o, cuanto menos, debería garantizarse la inadmisión de interpretaciones que lleven a los extremos planteados.

Segunda propuesta: la introducción de mecanismos para evitar desequilibrios entre las partes acusadoras

El segundo ajuste a realizar en el ordenamiento gira en torno al posible desequilibrio que ocasionaría entre las partes acusadoras del proceso otorgar las referidas funciones instructoras al Ministerio Fiscal. Se argumenta en relación con ello que, al atribuir la investigación al Ministerio Fiscal con carácter exclusivo, el resto de partes procesales quedan a expensas de dicha investigación.

En relación con ello cabe tener presente, en primer lugar que, cuando se habla de la conveniencia de otorgar al Ministerio Fiscal la investigación de los hechos, en modo alguno se hace con carácter exclusivo sino, antes al contrario, admitiendo la posible investigación por los particulares. No obstante, conscientes de la diferencia de medios al alcance del Ministerio Fiscal y del resto de partes, resultaría necesario articular algún mecanismo que no deje al ciudadano absolutamente inerte ante la actuación (o ausencia de actuación) pública. Se han propuesto soluciones tendentes a establecer un recurso del particular ante el órgano jurisdiccional en demanda de dicha actividad (Gimeno, 1988:834). Sobre la base de esta idea y combinándola con el expediente arbitrado por el art. 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado, podría pensarse en una solución que permitiera al particular dirigirse al juez a fin de que, si éste lo estima pertinente, inste del Ministerio Fiscal la práctica de determinadas diligencias de investigación que interesen a la parte. En todo caso y concretamente, por lo que al imputado respecta, el problema de esa supuesta “desigualdad” de partes en favor de las acusadoras debería desaparecer si se tomara con rigor el derecho a la presunción que le asiste y que supondría partir en el proceso de una absoluta desigualdad a favor del imputado, que hiciera realmente descansar la carga de la prueba sobre las partes acusadoras.

No debe olvidarse, en cualquier caso, que el Ministerio Fiscal es un órgano del Estado cuya función esencial es sostener la acusación en los procesos penales en la búsqueda y

con el fin de alcanzar la paz social. Pero la paz social se altera, tanto cuando no se persigue al delincuente, como cuando se pide la condena del inocente (a sabiendas de la falta de fundamentación o de solidez de la pretensión). Así, el Ministerio Fiscal habrá de practicar todas aquellas diligencias de investigación que puedan servir tanto para la acusación como para la exculpación del imputado (Gimeno, 1988a:834).

3.2 El ejercicio de la acción penal

El ejercicio de la acción penal es rasgo esencial y definitorio de la institución del Ministerio Fiscal; en tanto en cuanto es elemento común a todos los ordenamientos jurídicos, es –además– el único que permite articular una definición de Ministerio Fiscal común a los distintos países. Existen, sin embargo, notables diferencias sobre el modo en el que se concibe este ejercicio de la acción penal. Esas diferencias se centran fundamentalmente en dos aspectos que se analizarán a continuación: 1) el ejercicio de la acción penal con carácter obligatorio o discrecional; y 2) el monopolio de dicho ejercicio por parte del Ministerio Fiscal. La posición que se adopte con respecto a cada uno de ellos incidirá de forma decisiva en la política criminal de cada país y en el modo de ejecutarla.

a) Los términos clásicos de la discusión: obligatoriedad versus discrecionalidad de la acción penal

La absoluta obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal está directamente ligada a la preponderancia y superioridad con que rija el sometimiento al principio de legalidad –en el ejercicio de la acción penal– en cada ordenamiento jurídico. Así, en esta posición de ejercicio obligatorio de la acción penal (al margen de algunas muy concretas y regladas concesiones a la oportunidad) nos encontramos con países como España o Italia. La concepción opuesta, que propugna la absoluta discrecionalidad es la que sostienen los países del *common Law*: En Inglaterra no existe una norma que imponga obligatoriamente el ejercicio de la acción penal, mientras que en EEUU se ha impuesto por vía consuetudinaria la discrecionalidad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal. Otros ordenamientos arbitran situaciones intermedias en las que, si bien se reconoce la obligatoriedad para el Ministerio Fiscal de ejercitar la acción penal, se reconocen también notables excepciones; se trata de países como Alemania o Francia. En el caso alemán es posible no interponer la acción penal en aquellos supuestos en los que la culpabilidad del autor es mínima o cuando no exista un verdadero interés público en la persecución –parágrafos 153 y 153a. de la *Strafprozessordnung* (Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana)–. En Francia la situación es algo distinta, aunque el resultado final es parecido: se parte de la norma general de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal –es lo que se conoce como “*opportunité de poursuites*” (art. 40 del Code de procédure pénale)– si bien, luego, se establecen ciertas limitaciones como la imposibilidad de desistir una vez iniciado el procedimiento o la obligación de ejercitar la acción penal siempre que el perjudicado se constituya como parte civil.

En relación con **la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal** han sido dos fundamentalmente los argumentos utilizados para su defensa: el de “las implicaciones políticas” y el “argumento económico”.

- **Argumento de las implicaciones políticas:** el ejercicio de la acción penal debe ser discrecional para poder servir a intereses ajenos a la legalidad o traer consigo consecuencias que vayan más allá de la mera aplicación de la Ley al caso concreto. La idea es que la acción penal no sería ajena a la acción política y, por tanto, no debe encargarse el ejercicio de la acción penal a órganos que estén desvinculados de los poderes políticos del Estado. El principal problema que podría plantear este argumento es que, llevado a su máxima expresión, podría conducir a una visión meramente instrumental del Derecho sobre la que se justificase incluso la inobservancia de la legalidad por razones políticas. Por ello resulta conveniente, siempre que se adopten ciertos márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, establecer determinados cauces y condicionamientos que garanticen que las actuaciones punibles de relevancia objetiva –por la naturaleza de la infracción cometida– o subjetiva –por la persona del autor; ej: supuestos de reincidencia– no quedarán impunes.
- **Argumento económico:** parte de la base del objetivo de la represión de la criminalidad, pero, también de la escasez de medios económicos, personales y materiales; en este contexto resultará necesario establecer un orden de prioridades que permita “escoger” los delitos que perseguir. Se entiende que este argumento no puede ser neutralizado con el contraargumento de destinar más medios a la administración de justicia; “no es posible aumentar el número de buenos profesionales de la justicia penal (policía, fiscales, jueces, etcétera) de manera indefinida. El aumento indefinido del personal al servicio de la administración de justicia conduciría a una disminución de su calidad profesional y, por esta vía, a un deterioro de la calidad de la propia justicia penal y de las garantías de los ciudadanos” (Díez Picazo, 2000:19).

En relación con la tesis de **la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal**, también han sido dos los argumentos utilizados para su defensa: el de la “objetividad de la justicia” y el de la “autonomía funcional del derecho”.

- **El argumento de la objetividad de la justicia** se opone al argumento de las implicaciones políticas y parte de la base de que donde no distingue el Derecho no se debe distinguir, siendo, por tanto, sancionables todas las conductas punibles, independientemente de su gravedad o de las cualidades o situación del sujeto que las cometa.
- **El argumento de la autonomía funcional del derecho** da respuesta al argumento económico, y parte de la base de que resulta equivocado mantener una concepción meramente instrumental de la legalidad penal; lo importante es llegar a discernir si un determinado acto contraviene o no el derecho y, si lo contraviene, constituirá sin duda una conducta sancionable.

Quienes se muestran partidarios del ejercicio de la acción penal con carácter obligatorio defienden con ello el carácter supremo de la legalidad (principio de legalidad en su expresión pura), la seguridad jurídica y la absoluta igualdad ante la Ley. Los ordenamientos jurídicos así configurados establecen un Ministerio Fiscal en una posición “cuasijurisdiccional”. El Ministerio Fiscal no es concebido tan sólo como una parte más del proceso sino que debe comportarse como defensor de la legalidad; queda ubicado pues, en cierta posición *supra-partes*.

b) Argumentos a favor de la introducción de criterios de oportunidad reglada

Si bien en España rige la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal –con mínimas concesiones a la oportunidad–, la asunción de ciertos márgenes de discrecionalidad reglada o, lo que es lo mismo, una mayor apertura hacia el principio de oportunidad reportaría enormes ventajas al sistema y dotaría de mayor coherencia a la institución del Ministerio Fiscal.

El principio de oportunidad puede operar tanto al inicio del procedimiento como durante su transcurso. Sin embargo, en este último supuesto y a fin de que alcance los efectos positivos que se esperan de su incorporación al ordenamiento, conviene determinar con acierto el momento procesal oportuno para hacerlo valer, pues, como sucede en España, la regulación de una oportunidad tardía (como es la posible conformidad al inicio del juicio oral) anula parte de las ventajas que, en principio, cabría esperar de ella (Gimeno, 1988b:37).

Reforma de las condiciones de procedibilidad

La oportunidad al inicio del procedimiento se consigue introduciendo determinadas condiciones de procedibilidad que permitan la tramitación de tan sólo aquellos supuestos en los que existe un interés concreto de persecución. En España esta situación se da en relación con la necesaria interposición de denuncia o querrela por parte de la víctima para la persecución de los delitos semipúblicos o privados respectivamente. Normalmente, la existencia de estas condiciones de procedibilidad se fundamenta en el interés de la víctima en la persecución del delito y se dan, por tanto, en relación con delitos de marcado interés privado (Fuentes Soriano, 2000).

Por el hecho de que las condiciones de procedibilidad operan al inicio del procedimiento, su establecimiento supone una apertura hacia la oportunidad en un momento adecuado y eficaz en el que ésta puede jugar un papel relevante en el ordenamiento. El problema es que dado el marcado carácter privado que suelen tener los delitos a los que afecta, el riesgo de acierto en la adopción de la medida se traslada precisamente a la determinación de la relación de delitos en los que se exigen dichas condiciones de procedibilidad (al momento de determinar cuáles son esos delitos semipúblicos o privados y por qué). Sin embargo, resultaría conveniente comenzar a pensar en la posibilidad de introducir la denuncia del perjudicado como condición de procedibilidad en determinadas infracciones leves

contra el derecho de propiedad, de carácter netamente público (por ejemplo, determinados hurtos o robos de frutos en una finca, o de pequeños objetos en grandes almacenes) y la descarga de trabajo que ello supondría para nuestros Tribunales (Gimeno, 1988b:35).

La introducción del sobreseimiento por razones de oportunidad

La oportunidad, tal y como se ha sostenido, puede dejarse sentir no sólo en el momento de incoación, sino también durante la tramitación del procedimiento y con el fin de llegar a su terminación consensuada. En todos estos casos de transacción penal se llegará a un sobreseimiento por razones de oportunidad que deberá ser acordado por el Juez a solicitud del Ministerio Fiscal y previa audiencia del imputado, teniendo siempre presente que la declaración de este último habrá de ser prestada libremente y sin coacción. Sólo así entiende el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en jurisprudencia ya consolidada, que los sistemas de transacción no infringen el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por supuesto, la individualización de la pena y la determinación del *quantum*, por formar parte del contenido de la potestad jurisdiccional, queda fuera del ámbito de negociación de las partes.

El sobreseimiento por razones de oportunidad al que se está haciendo referencia se justifica tan sólo por motivos de interés público. En tal sentido, dado que corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal “promover la acción de la justicia en defensa del interés público tutelado por la Ley”, de regularse este tipo de sobreseimiento, la legitimación para promoverlo deberá corresponder exclusivamente al Ministerio Fiscal y no así al resto de partes acusadoras que podrán en todo caso mantenerse en el ejercicio de la acción penal oponiéndose a la solicitud de sobreseimiento o incluso recurrir en apelación el auto de sobreseimiento. Por ello, de admitirse la propuesta de regulación de un sobreseimiento por razones de oportunidad, se entiende que deben mantenerse todas las facultades que el ordenamiento concede al resto de partes acusadoras en relación con el sobreseimiento que actualmente se regula (Gimeno, 1988b:46). Las circunstancias en las que esta transacción procesal estaría plenamente justificada podrían ser las siguientes:

1º) Supuestos de personas no reincidentes que hayan cometido un delito de los calificados como leves o menos graves (arts. 33.3 y 33.4 del Código Penal), es decir, delitos que en ningún caso lleven aparejada pena privativa de libertad superior a tres años cuando haya habido reparación del daño a la víctima.

2º) Supuestos de delincuentes que se someten voluntariamente a programas de readaptación social (p.e., procedimientos de desintoxicación; trabajos en beneficio de la sociedad...) y a cuyo cumplimiento debiera quedar vinculado el sobreseimiento de modo tal que se procediera a reabrir la instrucción de la causa, en caso que dicho programa no se cumpliera.

Las ventajas de introducir estos sistemas de transacción o de negociación procesal como factores determinantes del sobreseimiento por razones de oportunidad pueden centrarse

fundamentalmente en que con ellos se estimula, por una parte, la pronta reparación de la víctima; se evitan, por otra, los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad; y, finalmente, pueden llegar a lograr la readaptación social del delincuente que se somete voluntariamente a un proceso rehabilitador –fin esencial de las penas privativas de libertad que se conseguiría así por otra vía menos gravosa– (Moreno Catena, 1988,:316).

• **El monopolio de la acción penal**

En relación con el ejercicio de la acción penal, nuestro ordenamiento jurídico mantiene una singular situación, según la cual su ejercicio no recae en modo alguno en régimen de monopolio sobre el Ministerio Fiscal.

Efectivamente la acción penal en el ordenamiento jurídico español puede ser ejercitada por el Ministerio Fiscal, pero también por el ofendido por el delito (acusador particular o privado para los supuestos, en este último caso, de delitos privados) o por cualquier ciudadano, no ofendido por el delito que ejercite la llamada acción popular –propia de nuestro ordenamiento jurídico– ex art. 125 CE (acusador popular). Todas estas distintas formas de ejercicio y mantenimiento de la acción penal no sólo deben mantenerse sino que son perfectamente compatibles con la existencia de un derecho procesal penal moderno.

Por otra parte, precisamente el hecho de que el Ministerio Fiscal no ostente en régimen de monopolio el ejercicio de la acción penal constituye una garantía a fin de paliar esos efectos negativos de la tan temida –desde determinados sectores– posibilidad de manipulación del Ministerio Fiscal por parte del ejecutivo en los supuestos de criminalidad gubernativa.

En relación con la introducción de nuevas formas de oportunidad reglada en el proceso que contribuyan a su aceleración y a la descarga de los Tribunales, así como a evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, se ha señalado ya la conveniencia no sólo de mantener sino incluso de fomentar la actuación del resto de partes acusadoras del proceso sin que obviamente su existencia en nada entorpezca la posibilidad de llegar a ese sobreseimiento que se propone por razones de oportunidad.

Por último, como se ha comentado, la atribución de las facultades instructoras al Ministerio Fiscal puede perfectamente realizarse teniendo en cuenta, tan sólo, determinados ajustes que harían absolutamente plausible la existencia de distintas partes acusadoras en los términos ya anotados.

Con todo lo anterior queda diseñado un sistema procesal ágil y coherente que, sobre la base de la atribución de la investigación penal al Ministerio Fiscal y de la flexibilización de una estricta obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, introduce ciertas medidas de oportunidad reglada y conduce a una administración de justicia moderna y eficaz, acorde con las necesidades que se plantean en nuestro ordenamiento jurídico en este concreto momento histórico.

4. Conclusiones

1. La función esencial y definitoria del Ministerio Fiscal es la de ser acusador público o, lo que es lo mismo, la de ejercitar la acción penal en nombre del interés general. Ello lo convierte en un instrumento clave de la política criminal de un país y, por tanto, inevitablemente deberá estar ligado al poder ejecutivo que es quien la diseña y responde de su cumplimiento. El resto de funciones que se suelen atribuir al Ministerio Fiscal tendrán carácter accidental, es decir, no son funciones esenciales de esta figura jurídica.

2. El Ministerio Fiscal habrá de ser parte del proceso con todos los calificativos y las características propias de las partes. Será incoherente cualquier sistema que –como actualmente el español– lleve a considerar al Ministerio Fiscal como una “parte imparcial”. El Ministerio Fiscal ostenta intereses de parte y actuará en el proceso defendiendo tales intereses.

3. No es defendible ninguna suerte de posición “supra-partes” del Ministerio Fiscal y, consecuentemente con ello, mucho menos defendible es aquella otra posición que lo eleva a una concepción “cuasijurisdiccional” (tesis judicialista). Esta última posición se apoya en una sobrevaloración del sometimiento al principio de legalidad como fuente de legitimación de la institución.

4. La legitimación del Ministerio Fiscal como institución democrática le viene dada, por un lado, por el nombramiento del Fiscal General de Estado por el Gobierno y, por otro lado, por el principio de jerarquía que es el que opera como correa de transmisión de dicha legitimación a todos y cada uno de sus miembros. Debe entenderse, pues, que en el Ordenamiento Jurídico español el principio de legalidad opera como límite de la actuación del Ministerio Fiscal, pero no como fuente de legitimación.

5. El Fiscal General del Estado debe ser un cargo político de confianza, nombrado y cesado por el Gobierno y de cuya gestión deberá responder el Gobierno ante el Parlamento. No obstante, ello no supone asumir un Ministerio Fiscal "a las órdenes" del Gobierno; hay que coordinar el sometimiento al principio de legalidad con las exigencias derivadas de la ejecución de una política criminal concreta. Pero, indudablemente sí supone admitir la responsabilidad política del Fiscal General del Estado ante el incumplimiento de la política criminal diseñada y de las instrucciones legales que a tal fin le puedan ser dirigidas. No todos los miembros del Ministerio Fiscal serán políticamente responsables. Para ser políticamente responsable habrá que mantener un nexo de unión con alguna instancia política representativa.

6. Frente a la idea de que un sistema como el propuesto en la conclusión anterior conlleve el riesgo de control del Ministerio Fiscal por parte del Gobierno en los denominados supuestos de “criminalidad gubernativa” conviene tener presente que: a) se trata de supuestos cuantitativamente irrelevantes; b) se enmarcan en un contexto, vigente en la actualidad, de politización de la justicia que normalmente habrá de remitir; y c) el principio de legalidad exige que no se obedezcan las órdenes ilegales, del mismo modo que, en la configuración de nuestro sistema, exige obediencia para las órdenes legales. Si la orden es legal, habrá de ser obedecida so pena de destitución del Fiscal General del Estado; si, por el contrario, la orden no se obedece, el Fiscal General del Estado podrá ser destituido, pero el Gobierno asumirá el coste político de una destitución injustificada. Por otra parte, el hecho de que el Ministerio Fiscal no ostente en España el ejercicio de la acción penal en régimen de monopolio y que, por tanto, ésta pueda ser ejercida por los particulares constituye una garantía añadida para el buen funcionamiento del sistema no sólo en los supuestos de criminalidad gubernativa sino en el conjunto de los supuestos punibles.

7. El problema de la configuración actual del Ministerio Fiscal español como institución dependiente del Gobierno, pero sometida al ejercicio obligatorio de la acción penal, es que éste no puede ser utilizado como instrumento de política criminal. Resulta no sólo conveniente, sino también necesario, flexibilizar dicho ejercicio obligatorio de la acción penal, abriendo el sistema hacia una cierta oportunidad reglada que permita algún margen de movimiento al Ministerio Fiscal que actuará así, aunque bajo ciertas indicaciones gubernamentales, estando siempre sometido al principio de legalidad (que le legitimará para desobedecer instrucciones ilegales).

8. La posición que se tenga acerca de la dependencia o independencia del Ministerio Fiscal en nada condiciona la conveniencia de otorgar a éste la dirección de la fase instrucción procesal. Dicha posibilidad cabe tanto si el Ministerio Fiscal depende del ejecutivo (EEUU), como si es absolutamente independiente (Italia). Lo importante será rodear su actuación de concretas garantías que dejen nulo margen a la arbitrariedad y que amparen igualmente al resto de partes del proceso.

9. Para una mejor tramitación de los procedimientos penales y, con ello, para un mejor funcionamiento de la administración de justicia resulta conveniente otorgar al Ministerio Fiscal toda aquella labor de investigación fáctica que le permita formular la acusación así como toda aquella labor encaminada a solicitar que se adopten las medidas pertinentes para garantizar en su caso la efectividad del juicio. La adopción de medidas restrictivas de derechos así como la práctica de las pruebas no podrá ser encomendada al Ministerio Fiscal que ni es independiente, ni imparcial, ni tampoco podría serlo desde el momento en que su función es la de sostener la acusación y, por ello, ser parte en el proceso.

10. Otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal y no así a un órgano judicial dotará al proceso de una mayor eficacia y coherencia interna. Mayor eficacia porque, siendo el Ministerio Fiscal quien investigue se evitará la duplicidad en la práctica de las diligencias

instructoras y se conseguirá, además de mayor celeridad, mermar determinados efectos victimizadores del proceso –victimización secundaria–. Y mayor coherencia interna porque si la función del fiscal es decidir si ejercitar o no la acción penal y, por supuesto, ejercerla, se le concede a él –con mentalidad de parte– la potestad de investigar totalmente los hechos hasta decidir si se dan o no elementos racionales de criminalidad suficientes. El juez permanecerá en una posición absolutamente imparcial resolviendo sobre las peticiones restrictivas de derechos que le sean dirigidas y practicando en su caso aquellas diligencias de prueba anticipada que se consideren necesarias.

11. Pese a que la instrucción judicial fue la propia de los sistemas inquisitivos, hay que admitir que, en todo caso, el juez instructor del ordenamiento jurídico español no es, en principio, inconstitucional y mantiene el respeto al principio acusatorio, –salvo los procedimientos en los que instruye y juzga–. Ello no obstante, junto al hecho de perder las ventajas que representa la instrucción fiscal, da una mala imagen de la justicia (por las reminiscencias inquisitivas de la investigación judicial) y es un riesgo para la imparcialidad del juez y el buen funcionamiento del sistema (el juez en cierto sentido pasa a ser “juez y parte”; y ello en un sistema en el que el fiscal es “parte-imparcial”).

12. En un sistema de instrucción fiscal habría que negar todo valor probatorio a las diligencias de instrucción practicadas por el fiscal, salvo que éste comparezca en el acto del juicio oral y ratifique su actuación ante el Tribunal enjuiciador. En este sentido, la presunción de autenticidad de las diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal que contempla el art. 5.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no podrá sino ser interpretada en sentido formal (es decir, que la diligencia se practicó y que el resultado es el que consta). No cabrá, pues, la posibilidad, actualmente contemplada en el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de dar valor probatorio a determinadas diligencias instructoras que se introducen mediante lectura en el acto del juicio oral. Se fortalecen así, con la instrucción por el fiscal, los principios de inmediación, contradicción y valoración exclusiva de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral.

13. Si se otorga la instrucción al Ministerio Fiscal deberán arbitrarse los mecanismos necesarios para evitar el desequilibrio con el resto de partes del proceso y para garantizar los intereses de estas últimas. En este sentido, resulta esencial contemplar la posibilidad de que el particular pueda dirigirse al órgano judicial a fin de que, si éste lo estima pertinente, inste al Ministerio Fiscal la práctica de determinadas diligencias de investigación de su interés. En todo caso y por lo que al imputado respecta, un recto entendimiento de la presunción de inocencia compensa esas posibles situaciones de desigualdad.

14. Ante la imposibilidad material de enjuiciar la totalidad de los hechos punibles que se cometen y la conveniencia en determinados casos de ofrecer soluciones alternativas a las penas cortas privativas de libertad así como de atender y ponderar otros intereses junto al interés público del Estado en la persecución delictiva, resulta necesario flexibilizar nuestro estricto entendimiento de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal buscando

fórmulas de oportunidad reglada bien al inicio (introduciendo condiciones de procedibilidad), bien durante la tramitación del procedimiento.

15. Durante la tramitación del procedimiento convendría arbitrar un sobreseimiento por razones de oportunidad que permitiera llegar a su terminación consensuada, cuando se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) personas no reincidentes que hayan cometido un delito de los calificados como leves o menos graves –es decir, que en ningún caso lleven aparejada pena privativa de libertad superior a tres años– siempre que haya habido reparación de la víctima; b) delincuentes que se someten voluntariamente a programas de rehabilitación social, quedando los efectos del sobreseimiento vinculados al cumplimiento del programa.

16. La posibilidad de que en España la acción penal sea ejercitada también por los particulares es positiva y debe mantenerse; especialmente si se otorga la instrucción al Ministerio Fiscal, pues operará como garantía de persecución en determinados supuestos en los que su actuación pudiera ser tildada de partidista (supuestos de criminalidad gubernativa).

Bibliografía

- Asencio Mellado, J.M. 1996, Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Carnelutti, F. 1961, Poner en su puesto al Ministerio Público, en Cuestiones sobre el proceso penal, (trad. Sentís-Melendo), Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- Del Moral García, A. 2002, Ministerio Fiscal y reforma de la Justicia, Jueces para la Democracia, nº 43, Marzo, pp. 19-27.
- De la Oliva Santos, A. 1997, El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal, *Tribunales de Justicia*, nº1, Enero, pp. 9-18.
- De la Oliva Santos, A. 1988, Jueces imparciales, Fiscales investigadores y una nueva reforma para la crisis del proceso penal, PPU, Barcelona.
- Díez Picazo, L.M. 2000, El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo, Ed. Ariel Derecho.
- Fuentes Soriano, O. 2000, La iniciación cuasipública de los procesos por delitos sexuales, Anuario de Derecho Penal, pp. 273-291.
- García Morillo, J., La legitimación democrática del Ministerio Fiscal, en Claves de *Razón Práctica*, nº 85, pp. 15 a 22.
- Gimeno Sendra, V. 1988a, Algunas sugerencias sobre la atribución al MF de la investigación oficial, *Justicia*, nº IV, pp. 829-835.
- Gimeno Sendra, V. 1988b, Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio), *Poder Judicial*, nº Especial, II (justicia penal), pp. 31-49.
- Gómez Colomer, J.L. 1997, La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº4, pp. 83-113.
- López López, A. M. 2001, El Ministerio Fiscal Español. Principios orgánicos y funcionales, Ed. Colex, Madrid.
- Moreno Catena, V 1988, La justicia penal y su reforma, *Justicia*, Nº II, pp. 313-319.
- Ortegó Pérez, F. 2002, La Instrucción judicial y garantías. Sobre el incorrecto entendimiento del principio acusatorio, *La Ley*, martes 2 de abril, pp. 1-7.
- Ortells Ramos, M. 1990, Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica, *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, pp. 223-259.
- Vives Antón, T.S. 1988, Doctrina constitucional y reforma del proceso penal, *Poder Judicial*, nº Especial II.

Documentos de trabajo publicados

- 1/2003. **Servicios de atención a la infancia en España: estimación de la oferta actual y de las necesidades ante el horizonte 2010.** María José González López.
- 2/2003. **La formación profesional en España. Principales problemas y alternativas de progreso.** Francisco de Asís de Blas Aritio y Antonio Rueda Serón.
- 3/2003. **La Responsabilidad Social Corporativa y políticas públicas.** Alberto Lafuente Félez, Víctor Viñuales Edo, Ramón Pueyo Viñuales y Jesús Llaría Aparicio.
- 4/2003. **V Conferencia Ministerial de la OMC y los países en desarrollo.** Gonzalo Fanjul Suárez.
- 5/2003. **Nuevas orientaciones de política científica y tecnológica.** Alberto Lafuente Félez.
- 6/2003. **Repensando los servicios públicos en España.** Alberto Infante Campos.
- 7/2003. **La televisión pública en la era digital.** Alejandro Perales Albert.
- 8/2003. **El Consejo Audiovisual en España.** Ángel García Castillejo.
- 9/2003. **Una propuesta alternativa para la Coordinación del Sistema Nacional de Salud español.** Javier Rey del Castillo.
- 10/2003. **Regulación para la competencia en el sector eléctrico español.** Luis Atienza Serna y Javier de Quinto Romero.
- 11/2003. **El fracaso escolar en España.** Alvaro Marchesi Ullastres.
- 12/2003. **Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia entre regímenes.** José Luis Tortuero Plaza y José Antonio Panizo Robles.
- 13/2003. **The Spanish Child Gap: Rationales, Diagnoses, and Proposals for Public Intervention.** Fabrizio Bernardi.
- 14/2003. **Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias.** José Jesús Martín Martín.
- 15/2003. **Una propuesta de servicios comunitarios de atención a personas mayores.** Sebastián Sarasa Urdiola.