

## EL MINISTERIO PÚBLICO EN ESPAÑA (UN INTENTO DE EXPLICACIÓN DE LO INEXPLICABLE)

Juan MONTERO AROCA\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La manera española de contribuir a la confusión.* III. *La incardinación del Ministerio Fiscal en el Poder Ejecutivo.* IV. *El Ministerio Fiscal y el proceso penal.*

### I. INTRODUCCIÓN

Si en un país imaginario unos hombres políticos, con responsabilidades de gobierno, preocupados por el presente de su Ministerio Público y deseosos de reformarlo de cara al futuro, convocaran una mesa redonda o un ciclo de conferencias e invitaran a juristas de distintos países, para que cada uno de ellos explicara, con la necesaria brevedad, lo que es y lo que significa política y jurídicamente el Ministerio Público en sus respectivos países, el resultado podría ser lo más parecido a la Torre de Babel que imaginarse pueda.

Conste que estamos refiriéndonos a unos cuantos políticos medianamente sensatos que invitaran a juristas de países de su entorno cultural, y dejaran fuera de la invitación a profesionales del derecho pertenecientes a culturas jurídicas diferentes. En nuestro caso, estamos pensando en los Estados y naciones que podemos considerar incluidos en el mundo que llamamos occidental, pues si la invitación se extendiera a juristas de países orientales, el resultado podría rondar la pura esquizofrenia.

Aun con esa limitación espacial (y presupuesta también la temporal), el conjunto de las intervenciones de los invitados podría parecerles un caos, en el sentido estricto de la palabra, tanto a los que las oyeran directamente como a los que pretendieran servirse luego de su plasmación escrita para reformar la organización y el funcionamiento del Ministerio Público en su país. Los hombres políticos de nuestra imaginación podrían fácilmente llegar a la conclusión de que

\* Catedrático de derecho procesal en la Universidad de Valencia y magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España.

el dinero público y su esfuerzo personal habría servido sólo para conducirles a la perplejidad.

Para que no cundiera el desconcierto y para que no se llegara al desánimo, habría que empezar por decir que la situación a la que llegarían los hombres políticos en los que estamos pensando no sería sino una reproducción de la situación con que los juristas contemplan el Ministerio Público. Éste está muy lejos de ser comprendido incluso por aquellos que deberían explicarlo a los políticos.

En la doctrina procesal, se ha venido repitiendo que el Ministerio Público es una figura proteiforme desde que Goldschmidt dijera “*Welche Proteusnatur hat die Staatsanwaltschaft!*”, y para entender lo que esto significa hay que remontarse a Proteo, el pastor de los rebaños de Poseidón, que aparece por primera vez en la leyenda del regreso de Menelao después de la guerra de Troya. A él se refiere Homero en la *Odisea* (IV, 351) diciendo: “toma sucesivamente todas las formas que se ven en la tierra: león, pantera, dragón, jabalí, árbol, agua y fuego”.

Proteo era, pues, una divinidad perteneciente a la mitología griega que tenía, por un lado, dotes proféticas, pero que, sobre todo, tenía el don de adoptar la forma que deseara, y de esta segunda cualidad se deriva “proteico”, que cambia de forma, y “proteiforme”, con el mismo significado. Naturalmente, el Ministerio Público no tiene la facultad de cambiar de forma a voluntad, pero sí es cierto que puede presentar facetas muy diversas, tantas que al final puede producirse la confusión a que nos venimos refiriendo. Veamos ahora la faceta española.

## II. LA MANERA ESPAÑOLA DE CONTRIBUIR A LA CONFUSIÓN

La complejidad de la figura se manifiesta en España incluso en el nombre: *Ministerio Fiscal*. Existen pocas expresiones tan desafortunadas como ésta, pues ninguna de las dos palabras da una idea cabal de lo que la figura significa, sino que son la primera manifestación de la contribución española a la confusión.

No estamos ante un “Ministerio”, en el sentido de departamento en los que se organiza el Poder Ejecutivo (lo que en México se llama Secretaría, manteniendo la vieja denominación española), pero es que, además, si tomamos la palabra en sentido de oficio, cargo, empleo u ocupación, su significado sería tan general que acabaría por no significar nada. Tampoco tiene realidad la palabra “fiscal” que guarda relación con el Fisco, con la Hacienda Pública; es posible que, en su origen histórico, el Ministerio Fiscal asumiera funciones de esa naturaleza, pero de eso hace ya mucho tiempo.

Resulta así que la denominación se mantiene en España porque no se ha encontrado otra mejor, que sea mayoritariamente aceptada. Es decir, hablamos de Ministerio Fiscal porque no hemos sido capaces de nombrarlo de otra manera.

La comprensión de la *organización* del Ministerio Fiscal en España parte de la existencia de una verdadera carrera fiscal, integrada en un cuerpo único de funcionarios, que se establece jerárquicamente en tres categorías: 1) fiscales de sala del Tribunal Supremo; 2) fiscales, y 3) abogados fiscales.

El ingreso en la carrera se realiza, en todo caso, por oposición, que consiste en la superación de unos exámenes y de un curso en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, al final del cual, los que lo aprueben, serían nombrados abogados fiscales por el Ministerio de Justicia. Se produce así el acceso a la categoría tercera y, a partir de ahí, pueden sucederse dos ascensos:

1o.) De la tercera a la segunda categoría. De cada tres vacantes que se produzcan en la categoría de fiscal, dos se cubren por antigüedad sin más por abogados fiscales y una, por pruebas selectivas entre los mismos, aunque estas pruebas no se han convocado todavía, de modo que, por ahora, este ascenso se produce siempre por antigüedad.

2o.) De la segunda a la primera categoría. A pesar de algunos problemas de interpretación, lo cierto es que este ascenso queda en manos del Poder Ejecutivo, que decide discrecionalmente, si bien con informe del fiscal general del Estado.

Presupuesta la carrera y la categoría, debe atenderse a continuación a los *órganos* del Ministerio Fiscal, de entre la que cabe destacar los siguientes:

1o.) Fiscal general del Estado. Es nombrado discrecionalmente por el gobierno, oído el parecer no vinculante del Consejo General del Poder Judicial, que puede cesarlo también discrecionalmente, y de entre juristas de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de cualquier profesión jurídica, lo que supone que puede no pertenecer a la carrera fiscal. Es, al mismo tiempo, fiscal del Tribunal Supremo.

2o.) Consejo Fiscal. Lo preside el fiscal general del Estado y lo integran el teniente fiscal del Tribunal Supremo y el fiscal inspector, como miembros natos, y como miembros electivos, un fiscal de sala del Tribunal Supremo, un fiscal del Tribunal Superior de Justicia, un fiscal de Audiencia Provincial, tres fiscales y tres abogados fiscales, que son elegidos por un periodo de cuatro años y por todos los miembros de la carrera fiscal.

Básicamente, las funciones de este Consejo son las de ser oído para los ascensos dentro de la carrera y para los nombramientos de los distintos cargos, aparte de actuar como órgano decisor de los recursos interpuestos contra las sanciones que pueden imponerse a los miembros de la carrera fiscal.

3o.) Junta de Fiscales de Sala. La preside el fiscal general del Estado, y la integran los fiscales de sala del Tribunal Supremo, con las funciones de asistir al primero en materia doctrinal y técnica en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal y la resolución de consultas.

4o.) Fiscalía del Tribunal Supremo. Bajo la jefatura directa del fiscal general del Estado, la integran un teniente fiscal, los fiscales de sala y los fiscales que determine la plantilla de la misma.

5o.) Fiscalía de la Audiencia Nacional de cada uno de los tribunales superiores de justicia y de cada una de las audiencias provinciales. Bajo la jefatura de un fiscal jefe, se integran por un teniente fiscal, los fiscales y los abogados fiscales que determine la plantilla. Cada fiscalía está dirigida por un fiscal jefe que organiza la prestación del servicio, ejerce la facultad disciplinaria y concede los permisos y licencias.

Dentro de esta organización, los nombramientos para puestos concretos se realizan de dos maneras:

1o.) Los destinos de la categoría primera (fiscales de sala). Los puestos de fiscales del Tribunal Supremo, fiscales jefes de Tribunal Superior de Justicia y de Audiencia Provincial y tenientes fiscales son cubiertos discrecionalmente por el gobierno, con informe del fiscal general del Estado, sin perjuicio de exigir un determinado tiempo de servicios en la carrera.

2o.) Todos los demás destinos se cubren con base exclusiva en el criterio de la antigüedad.

Como puede comprobarse, el ascenso verdaderamente importante y los puestos de responsabilidad quedan en manos del gobierno. Deben tenerse en cuenta, además, que todos los integrantes de la carrera gozan de inamovilidad en la misma, esto es, no pueden ser separados del servicio, pero no tienen inamovilidad de un determinado puesto de trabajo.

La complejidad de la figura del Ministerio Fiscal proviene, en buena medida, de lo genérico y de lo variado de sus *funciones*. Lo genérico se pone de manifiesto ya en el artículo 124.1 de la Constitución de 1978, en el que puede leerse:

el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Este párrafo constitucional es, cuanto menos oscuro en su redacción y, desde luego, abstracto, pues ¿qué significa exactamente “promover la acción de la justicia”? y ¿cómo puede un órgano, dependiente del Poder Ejecutivo, velar por la independencia de los tribunales? En cualquier caso, y para no complicar las cosas en exceso, esas “misiones” se desarrollan luego en quince funciones concretas, en el artículo 4o. del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre), de las que vamos a mencionar sólo las referidas a los procesos penal y civil.

Con relación al *proceso penal*, corresponde al Ministerio Fiscal:

1o.) Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.

2o.) Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas otras que estime oportunas.

Respecto del *proceso civil*, se le atribuye:

1o.) Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.

2o.) Asumir la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos.

El Ministerio Fiscal cumple sus funciones conforme a una serie de *principios* que pueden clasificarse en orgánicos y de actuación:

1o.) Los principios *orgánicos* son los de unidad y dependencia. La *unidad* se manifiesta en que el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado, y ejercita su jefatura el fiscal general del Estado; consiguientemente, el fiscal jefe de cada órgano actúa en su representación, y los demás miembros de la carrera fiscal actúan por delegación de su jefe respectivo.

La *dependencia* se manifiesta en una doble dirección. Por un lado, se trata de la dependencia frente al Poder Ejecutivo o *externa*, la cual se evidencia por el sistema de nombramiento y cese del fiscal general del Estado, y porque el gobierno puede interesar de éste que promueva ante los tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público. Es cierto que el fiscal general del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la procedencia o virtualidad de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al gobierno, pero ello no supone independencia, sino valoración jurídica de una orden recibida.

Por otro lado, existe también dependencia *interna* y ello porque el Ministerio Fiscal se organiza de forma jerárquica, de modo que el fiscal general puede impartir a sus subordinados órdenes e instrucciones, normalmente acudiendo a la vía jerárquica; esto es, ordenando al fiscal jefe de cada órgano para que éste, a su vez, ordene a los subordinados inmediatos, aunque, en casos de urgencia, se puede acudir a la vía directa.

2o.) Los dos principios relativos a la *actuación* son los de legalidad e imparcialidad. Por el principio de *legalidad*, el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes y oponiéndose a las indebidamente actuadas por otros, en la medida y forma en que las leyes lo establezcan.

Por el principio de *imparcialidad*, el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad personal en defensa de los intereses que le estén encomendados y, para garantizarla, es posible la abstención, pero no la recusación. Naturalmente, esta imparcialidad es la subjetiva de la persona concreta que actúe por el Ministerio Fiscal.

### III. LA INCARDINACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PODER EJECUTIVO

Sobre la *naturaleza jurídica* del Ministerio Fiscal español, esto es, sobre su incardinación en uno de los tres poderes del Estado, se han realizado muchas manifestaciones interesadas y la misma legislación no es ajena a las dudas surgidas. En efecto, el único artículo de la Constitución que se refiere al mismo, el artículo 124, se encuentra en el título VI, que lleva como rúbrica “Del Poder Judicial” y, por si faltara algo, en el artículo 2.1 de su Estatuto Orgánico se dice literalmente: “el Ministerio Fiscal, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ejerce su misión por medio de órganos propios [...]”.

De lo que llevamos dicho hasta este momento tiene que desprenderse que el Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Judicial, y que la frase del artículo 2.1 del Estatuto carece de todo sentido técnico jurídico, sino que es una mera concesión a la retórica, a la que tan aficionados somos los pueblos hispánicos. Es evidente que la misión o las funciones del Ministerio Fiscal no tienen relación alguna con lo que es el ejercicio de la jurisdicción, el juzgar y el hacer ejecutar lo juzgado, por emplear las palabras del artículo 117.3 de la Constitución, y también lo es que el Estatuto Personal de los miembros del Ministerio Fiscal no tiene prácticamente parecido alguno con el de los jueces y magistrados; la diferencia principal radica en la dependencia de los primeros y en la independencia de los segundos. Si ni por la función ni por el Estatuto los fiscales se asemejan a los jueces y magistrados, la única conclusión posible es que el Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Judicial.

A partir de esta inicial constatación empiezan los problemas. Creemos que las dudas existentes provienen de que, en la mayoría de los casos, no se ha atendido al complejo de funciones que se le atribuyen, sino que la atención se ha centrado en aspectos parciales. Para nosotros, esas funciones sólo se entienden en el marco de la defensa del interés público.

Cuando la concepción política imperante en un Estado lleva a éste a planificar íntegramente el orden jurídico, las funciones del Ministerio Público se amplían y lo hacen intervenir en todos los procesos que se planteen ante los tribunales. Cuando la concepción política deja en manos de los particulares la mayor o buena parte de las relaciones jurídicas, la intervención del Ministerio Público se reduce. Se comprende así que, en el proceso penal, el Ministerio Público interviene prácticamente siempre y que, en el proceso civil, en un sistema político

de autonomía de la voluntad y economía libre, los casos de intervención sean muy pocos.

Lo anterior sirve para explicar que es el *interés público o social* el que justifica la existencia y actuación del Ministerio Público. La defensa de ese interés en el caso concreto y ante los tribunales es su función básica, y a partir de aquí deben tenerse en cuenta dos circunstancias:

Según la Constitución española, el gobierno dirige la política interior y la administración del Estado de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 97); la administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho (artículo 103.1), y la Constitución garantiza el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3). De todas estas normas, se deducen dos conclusiones elementales:

1o.) En general y respecto de lo que forma parte de la política interior del Estado, es el gobierno el que determina cuál es el interés público en el caso concreto, en cuanto ello supone toma de decisiones políticas. Las leyes pueden precisar cuáles son los intereses dignos de protección o, si se prefiere, cuáles son los intereses que la mayoría de un país estima que deben prevalecer sobre otros, pero las leyes serán siempre abstractas y generales, lo que supone la necesidad de que se tomen decisiones caso por caso, de cómo se especifica ese interés público o general ante los supuestos concretos. Estas decisiones han de ser tomadas no por los funcionarios, sino por las autoridades políticas, aquéllas que tienen legitimidad política, la que confiere la elección popular y la responsabilidad política en las urnas que hay que contrastar periódicamente.

Cuando las decisiones que deben tomarse son muy numerosas y no tienen trascendencia una a una, salvo en casos excepcionales, aunque siempre la tengan en su conjunto, es comprensible que se proceda a la constitución de un cuerpo de funcionarios, al que se encarga la defensa del interés general en el caso concreto, pero ese cuerpo de funcionarios ha de estar sometido al gobierno, a la autoridad política que ha de tener el poder de dar instrucciones generales y órdenes concretas a los funcionarios. Entre la variedad de cuerpos de funcionarios aparece así el Ministerio Fiscal, el cual no es diferente, en su estructura, de los otros cuerpos de funcionarios, si bien su papel de defensa de los intereses públicos o generales se concreta en su actuación en el proceso.

Desde esta perspectiva, han de entenderse las relaciones del Ministerio Fiscal con el gobierno. Según el artículo 8o. del Estatuto Orgánico de 1980, “el gobierno podrá interesar del fiscal general del Estado que promueva ante los tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público”, y el fiscal general, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, “resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al gobierno en forma razonada”. Es decir, el gobierno puede

dar órdenes políticas al fiscal general, consistentes en determinar cuál es el interés general en un caso concreto, y éste ha de elaborar jurídicamente esa orden, instando después de los tribunales lo procedente. Los posibles enfrentamientos de opiniones entre el gobierno y el fiscal general se resuelven políticamente, por cuanto aquél tiene el poder de cesar a éste y de hacerlo discrecionalmente.

2o.) Se ha sostenido, una y otra vez, que los principios de dependencia externa y de legalidad, determinantes de la organización y de la actuación del Ministerio Fiscal eran contradictorios, pero debe tenerse en cuenta que, cuando tal cosa se afirma, es porque se está partiendo de la base de que el gobierno da órdenes ilegales al fiscal general, lo cual no parece admisible como hipótesis general en un Estado democrático. Esta opinión pareciera desconocer que el principio de legalidad vincula también al gobierno y pareciera estimar que las decisiones políticas son, por esencia, contrarias a las decisiones jurídicas, y que unas y otras son incompatibles.

La determinación del interés general que debe realizar el gobierno, en cualquier clase de asuntos, ha de hacerse siempre dentro de la ley, pero ésta, al ser necesariamente general, permite un amplio campo de maniobra dentro del cual el gobierno puede decidir qué es lo que mejor sirve a los intereses generales. Si la ley determinara exclusivamente y sin margen alguno todas las posibles decisiones políticas del gobierno, éste carecería incluso de razón de ser o, por lo menos, vería reducida su actuación a ser un mero aplicador mecánico de la ley, sin posibilidad de tomar verdaderas decisiones, que siempre implican elegir entre varias opciones posibles.

La dependencia externa y la actuación conforme a la legalidad del Ministerio Fiscal son, pues, plenamente compatibles, sin perjuicio de que la ley deba prever la posibilidad de que en algún supuesto no ocurra así, estableciendo los mecanismos necesarios para dar solución a estos casos. Por el contrario, si se llegara a establecer con plenitud la independencia del fiscal, se consideraría que la determinación del interés público, caso por caso, quedaba atribuida a unos funcionarios administrativos, no a la autoridad política, de modo que ésta acabaría respondiendo políticamente por decisiones que no había tomado.

En España, se ha comprobado en las últimas décadas cómo las peticiones de independencia hechas por los fiscales han coincidido con los momentos en que los gobiernos estaban dando órdenes ilegales, lo que sucedía en los últimos años del franquismo y en la mayor parte de la etapa socialista, mientras que, cuando el gobierno mantenía sus órdenes e instrucciones dentro de la legalidad, las peticiones de independencia se acallaban. Ha sido manifiesto que, en ocasiones, el Ministerio Fiscal no lo era del Estado, sino del partido político en el poder, y cuando esto ha sucedido no se ha presentado como un problema aislado, sino encuadrado en una situación de corrupción política que ha deteriorado al Estado mismo.

La defensa del interés público se realiza por el Ministerio Fiscal precisamente *en el proceso*, y no de cualquier otra manera ni ante cualquier otro modo de actuarse el derecho objetivo en el caso concreto. Si el gobierno decide cuál es el interés general en todos los campos de la vida política de un país, el Ministerio Fiscal centra su actuación en el proceso y el instrumento jurídico utilizado para ello es su conversión en parte.

Cuando en la actuación del derecho objetivo en el caso concreto existe un interés público, teóricamente podrían haberse establecido dos sistemas:

1o.) Podría haberse establecido que el juez, en el momento en que tuviera conocimiento, y de cualquier manera, de la posible existencia de unos hechos que integraran el supuesto fáctico de la aplicación de una norma imperativa (esto es, de una norma que el legislador ha estimado que debe aplicarse siempre que concurra su supuesto de hecho), debería poner en marcha de oficio la actividad jurisdiccional. Y aun aquí sería conveniente distinguir entre proceso civil y proceso penal.

Cuando en alguna ocasión se ha defendido la incoación de oficio por el juez del proceso civil, ha sido desde concepciones políticas totalitarias o desde la ignorancia de lo que es la función jurisdiccional y los principios que la gobiernan. Basta para comprobarlo atender a lo que ocurre en el proceso penal.

De las dos fases de que consta el proceso penal cabe defender que la primera, la de instrucción o procedimiento preliminar, se inicie de oficio por el juez de instrucción, pero sólo en tanto que este juez no va a ser luego el que conozca de la fase enjuiciadora y sentenciadora. Esta segunda fase nunca puede ser incoada de oficio, por cuanto ello implicaría convertir al juez también en acusador y por ello es por lo que no puede existir fase de juicio si no existe acusación formulada por persona distinta del juez. La imparcialidad, en cuanto nota esencial de los titulares de la potestad jurisdiccional, desaparecería si los mismos pudieran decidir de oficio la incoación del juicio y contra quien se dirige.

2o.) Desechada la solución anterior, en los ordenamientos del mundo occidental se ha acudido a atribuir legitimación activa para pedir la actuación del derecho al Ministerio Fiscal en todos los casos en que existe un interés público que tutelar. Con ello se trata de mantener el esquema formal del proceso, en el que han de existir dos partes parciales en contradicción e igualdad, y un juez imparcial colocado por encima de las partes.

El proceso penal se basa así en la creación de una parte artificial, constituida por un órgano público, el Ministerio Fiscal, al que se atribuye legitimación, no entendida ésta como facultad procesal, sino como deber cuyo cumplimiento está sujeto al principio de legalidad. Ante la posibilidad de que el ofendido o el perjudicado por el delito no acuse, el ordenamiento jurídico ha establecido un órgano público al que confía el papel de parte acusadora, pero de parte que no debe decidir su actuación con criterios de oportunidad, sino de legalidad.

En conclusión, el Ministerio Fiscal queda incardinado en el Poder Ejecutivo y atiende al ejercicio de las funciones de éste con relación al proceso, para lo cual se le convierte en parte en ese proceso. Como tal no puede asumir más que las facultades propias de la condición de parte; esto es, pide al órgano jurisdiccional la actuación de la ley en el caso concreto y esa petición se realiza para servir con objetividad los intereses generales.

#### IV. EL MINISTERIO FISCAL Y EL PROCESO PENAL

Desde la naturaleza jurídica que hemos indicado y desde el papel que asume el Ministerio Fiscal en el proceso, y en especial en el proceso penal, deben resolverse las cuestiones que hoy están de actualidad en España, sobre todo en lo que se refiere a confiarle la instrucción o investigación y en que su acusación pueda realizarse según criterios de oportunidad y no de legalidad.

Desde una perspectiva teórica, puede parecer congruente que si el Ministerio Fiscal, a la postre, no es más que una parte en el proceso penal, la consecuencia tiene que ser que ha de asumir ese papel con plenitud; esto es, que tiene que realizar *la investigación previa al inicio del proceso*, con base en la cual sostendrá la acusación o no; es decir, pedirá o no el inicio del proceso penal. Se ha llegado a sostener, por este camino, que no ocurre nada distinto en el proceso civil, en el que el titular del derecho violado o desconocido, antes de interponer la demanda, realiza privadamente la búsqueda de las fuentes de prueba y luego toma de decisión de instar o no el inicio del proceso.

Es indudable que todo proceso necesita una actividad previa, en la que, primero, se tiene que tomar la decisión de acudir o no a la vía judicial, y, después, se ha de preparar el proceso mismo. Teniendo esto claro, el salto en el vacío de la argumentación de los que preconizan la investigación por el Ministerio Fiscal se produce cuando se quiere tratar de la misma manera los procesos civil y penal. En el primero, la actividad previa tiene naturaleza privada, se realiza por el abogado de la parte y no está la actividad misma regulada por la ley. En el segundo, en el proceso penal, dados los intereses en juego, la actividad ha de tener naturaleza pública y ha de estar regulada en la ley pero, sobre todo, cumple con *finalidades* mucho más complejas, tantas como éstas:

1o.) Todo hecho que aparentemente pueda ser constitutivo de delito tiene que poner en marcha la actividad investigadora, pues el interés público exige que no quede impune delito alguno. En muchas ocasiones, esta finalidad se cumple de modo muy simple y procediéndose inmediatamente al archivo de las actuaciones, al haberse constatado que el hecho o no existió o no era constitutivo de delito, pero, con esa sencilla actividad, el interés público ha quedado satisfecho.

2o.) Antes de abrirse la fase segunda del proceso penal, hay que decidir sobre la admisibilidad de la misma, lo que exige un juicio de probabilidad con dos componentes:

Con relación a hecho, ha de quedar concretado el mismo en su existencia y en su condición de delictivo, por lo menos como probable.

Respecto de la persona, con el mismo grado de probabilidad ha de quedar concretada su participación en el hecho.

En uno y otro caso, se trata de garantizar que no llegará a abrirse la segunda fase del proceso con base en acusaciones infundadas, con lo que se tratan de evitar dos graves riesgos.

El de someter sin motivo suficiente al acusado a la denominada “pena de banquillo”, esto es, a los daños inherentes a que una persona sea acusada y sometida a juicio, y el de terminar con una sentencia absoluta que produzca cosa juzgada y con ella la imposibilidad de volver a acusar a la misma persona por el mismo hecho.

3o.) Por si acabara abriéndose el verdadero juicio, que es la segunda fase, se tratará de realizar la actividad preparatoria del mismo, y en un doble sentido:

Deben quedar averiguados y constatados todos los hechos que puedan llegar a tener influencia en la calificación jurídica que ha de realizarse, bien entendido que esos hechos no deben ser sólo aquellos que sirven para sostener la acusación y alcanzar una sentencia condenatoria, sino también los que atienden a la defensa y con los que puede llegarse a una sentencia absolutoria.

La *preparación del juicio*, en este sentido, no debe ser realizada sólo para el acusador. La vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal española lo dice muy claramente en su artículo 2o.: todos los que intervienen en el procedimiento penal cuidarán “de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables” al imputado y “estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda utilizar”.

Ha de quedar asegurada la ejecución de la sentencia condenatoria que en su momento pueda dictarse, y de ahí la posibilidad de adoptar medidas cautelares personales (prisión preventiva) y patrimoniales (fianza, embargo), que siempre suponen una injerencia bien en los derechos fundamentales del acusado bien en derechos que no alcanzan esta naturaleza.

Enumeradas las finalidades que han de cumplirse en la etapa de instrucción del proceso penal, hay que preguntarse a continuación si las mismas pueden confiarse al Ministerio Fiscal. Nuestra respuesta es no, y ni siquiera creemos que sea necesario mucho esfuerzo argumentativo para fundamentarla, pues el mero enunciado de esas finalidades pone de manifiesto que el Ministerio Fiscal no puede cumplirlas, ni aun cuando se refuerce su sumisión al principio de legalidad y la actuación imparcial de la persona concreta que lo encarne.

No se trata de impedir que el Ministerio Fiscal realice su propia investigación. Se trata, sí, de evidenciar que esa investigación no puede cumplir con las finalidades propias de la instrucción pública y sujeta a garantías que es la necesaria primera fase de todo proceso penal, que debe quedar atribuida a alguien independiente y garantizador de los derechos de todas las partes, sobre todo, pero, no exclusivamente, del imputado.

Últimamente, viene reiterándose el intento de introducir en el proceso penal el que se llama principio de oportunidad que, en palabras de sus propugnadores, supone reconceder al Ministerio Fiscal la facultad de disponer, bajo determinadas circunstancias, de la acción penal con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. En el sentido en que se auspicia la oportunidad supondría conceder amplias facultades al fiscal para decidir: 1) sobre el ejercicio de la acción penal; es decir, para no ejercitarla en determinadas condiciones, con lo que no se llegaría a iniciar el proceso penal a pesar de existir un hecho aparentemente delictivo, y 2) sobre la conclusión del proceso sin sentencia, a pesar de que de lo actuado hasta ese momento se desprendiera la existencia de un hecho tipificado en el Código Penal.

La introducción de esta oportunidad supondría alterar las bases mismas sobre las que se asienta el proceso penal español, en cuanto que:

1o.) Tendría que suponer la eliminación de los acusadores particulares y populares o, al menos, la reducción de su papel en el proceso penal.

El ordenamiento procesal español se caracteriza, frente a los de los países vecinos, porque la acción penal es pública, aunque puede ser ejercitada por todos los ciudadanos españoles o, dicho de otra manera, no existe el monopolio de la acción penal por el Ministerio Fiscal, propio de los derechos alemán (par. 152 StPO), francés (artículo 1o. y 31 Código Procesal Penal) e italiano (artículo 50 Código Procesal Penal). Cuando en estos derechos se dice que la acción penal es pública, se considera algo muy diferente a lo que significa la misma expresión en España. Con las mismas palabras, en esos países la acción la ejercita sólo un órgano público, el Ministerio Público, mientras que en España pueden ejercitarla todos los ciudadanos.

En nuestro ordenamiento, por un lado, el Estado no abandona el ejercicio de la acción penal en manos de los particulares, con el riesgo de impunidad que ello podría suponer y establece un órgano específico para ejercitarla, el Ministerio Fiscal, pero, por otro, éste no la asume en exclusiva, y permite la actuación de los ciudadanos. Si para el fiscal, el ejercicio de la acción penal es un deber, para el ciudadano, es un derecho que tiene incluso rango constitucional (artículo 125 de la Constitución), y que se confiere no sólo al ofendido o perjudicado por el delito (acusador particular), sino a cualquier ciudadano (acusador popular).

2o.) Llevaría a convertir al Ministerio Fiscal en el verdadero titular del *iuris puniendi* privando del mismo al juez, dado que el proceso dependería en su opinión

y en su conclusión de una decisión del fiscal que, además, no estaría determinada por la aplicación estricta de la legalidad, sino por criterios de oportunidad, esto es, de discrecionalidad política.

Con lo dicho hasta aquí hay más que suficiente para entender cuál es la finalidad política perseguida por los propugnadores de la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal y de que éste actúe con base en el principio de oportunidad: desplazar el poder del juez por el poder del fiscal; esto es, limitar el poder de un órgano independiente, como es el del juez, para aumentar el poder de un órgano sujeto al Poder Ejecutivo o, dicho de otra manera, reducir el ámbito de ejercicio de la jurisdicción y aumentar el de la administración.

Naturalmente, quienes defienden la modificación del proceso penal en los dos sentidos aquí resumidos revisten su propuestas con el acostumbrado ropaje pseudojurídico y con la referencia a modelos extranjeros, y ocultan cuidadosamente cuál es la finalidad política última. Puestos a ocultar, olvidan que en el principal país citado como modelo, en Alemania, la llamada Reformar Enminger, la que suprimió el tribunal de jurado y la que reforzó la posición del Ministerio Público, introduciendo el llamado principio de proporcionalidad, se produjo por la ley de 4 de enero de 1924. Ruego al lector que haga un esfuerzo para recordar cuál era el régimen político alemán en aquel momento.