

SIETE TESIS SOBRE LA IDEA DE FISCAL INVESTIGADOR

Luis María Díez-Picazo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Primera tesis. El fiscal investigador no viene impuesto por la Constitución. 2. Segunda tesis. Es posible desarrollar una política criminal sin fiscal investigador. 3. Tercera tesis. El fiscal investigador sólo se justifica por la idea de igualdad de armas si carece de poderes exorbitantes. 4. Cuarta tesis. La apertura del juicio no debe ser dejada a la sola decisión del fiscal investigador, ni depender únicamente de la investigación por él realizada. 5. Quinta tesis. En una lógica garantista, la separación entre investigación y acusación es valiosa. 6. Sexta tesis. El riesgo de comportamientos abusivos del fiscal investigador está en relación con la estructura del Ministerio Fiscal. 7. Séptima tesis. El fiscal investigador dificultaría el ejercicio con probabilidades de éxito de la acción popular.

Tomás Vives Antón me ha invitado amablemente a que exponga mi opinión sobre la figura del fiscal investigador: ¿es conveniente o, incluso, necesario poner la fase preparatoria del proceso penal bajo la dirección del Ministerio Fiscal, suprimiendo así al tradicional juez de instrucción? Esta es la cuestión, sintéticamente formulada, que examinaré a continuación.

Antes de entrar en materia, sin embargo, no será ocioso hacer dos aclaraciones preliminares. Por un lado, todo lo que sigue debe entenderse, como dirían los franceses, «a Constitución constante»; es decir, mi análisis parte del marco constitucional existente en la actualidad y, por consiguiente, son desechadas todas aquellas posibles innovaciones del proceso penal que, aun siendo quizá deseables, requerirían una reforma de la Constitución.

Por otro lado, soy perfectamente consciente de que la propuesta, recurrente en España, de introducir la figura del fiscal investigador tiene ardientes defensores y acérrimos detractores. Se trata de una idea esencialmente controvertida. Quiero adelantar desde ahora que mi postura es, más bien, de escepticismo. Sin alinearme entre quienes se oponen a una eventual supre-

sión del juez de instrucción, no dejo de ver los inconvenientes y dificultades que plantearía encomendar el esclarecimiento de los delitos y la preparación del juicio a los fiscales. Mi propósito es, así, mostrar que sólo bajo ciertas condiciones, de no fácil cumplimiento, resulta sólidamente defendible la figura del fiscal investigador.

Siguiendo las instrucciones de mi anfitrión, prescindiré de todo aparato bibliográfico. Se pide sólo mi opinión; opinión que, como es notorio, no es la de un procesalista, sino simplemente la de un constitucionalista que en algún momento se ha ocupado de esa misteriosa institución que es el Ministerio Fiscal. Por ello, expondré mi parecer en forma de siete tesis.

1. PRIMERA TESIS. EL FISCAL INVESTIGADOR NO VIENE IMPUESTO POR LA CONSTITUCIÓN

Este debe ser el punto de partida: la Constitución no exige que la investigación de los

delitos y, más en general, toda la fase del proceso penal anterior a la apertura del juicio estén encomendadas a la fiscalía. Ni la regulación constitucional del Ministerio Fiscal ni las garantías constitucionales del proceso penal permitirían llegar a semejante conclusión.

La Constitución española es, en efecto, sumamente vaga a la hora de definir las funciones del Ministerio Fiscal. El apartado primero de su art. 124 dispone: «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». La verdad es que este enunciado, más allá de reflejar una genérica idea de que el Ministerio Fiscal es un defensor objetivo de la legalidad ante los tribunales, dice poco. Las concretas funciones que debe desempeñar el Ministerio Fiscal, tanto en el proceso penal como en otros terrenos, no están determinadas por el art. 124 de la Constitución; y éste, desde luego, no establece qué papel debe desempeñar el Ministerio Fiscal en el proceso penal con anterioridad a la apertura del juicio. El art. 124 de la Constitución permite tanto el juez de instrucción como el fiscal investigador, y quizá también otras posibilidades en materia de investigación criminal. Esta vaguedad constitucional acerca de las funciones del Ministerio Fiscal contrasta, por cierto, con la notable precisión de que el propio art. 124 de la Constitución hace gala para diseñar la estructura de la institución.

Tampoco de las garantías constitucionales del proceso penal, recogidas principalmente en el art. 24.2 de la Constitución, se desprende un determinado modelo de esclarecimiento de los delitos y preparación del juicio. Más que establecer cómo deben hacerse las cosas, el mencionado precepto constitucional dice cómo no deben hacerse. Las garantías constitucionales del proceso penal son, así, barreras

que no pueden cruzarse. La persona contra la que se inicia un proceso penal tiene, en todo caso, derecho a un abogado, a no confesarse culpable, a conocer la imputación que se le hace, etc. Estas y otras garantías constitucionales operan, sin duda, ya en la fase anterior a la apertura del juicio y, por tanto, delimitan el modo de llevar a cabo la investigación criminal. No condicionan, sin embargo, quién debe estar a cargo de ésta. Y algo similar puede decirse de las garantías proclamadas en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que también establece límites sin imponer un modelo determinado de proceso penal. Se puede, así, ser plenamente respetuoso de todas esas garantías constitucionales y convencionales tanto con juez de instrucción como con fiscal investigador.

Esta última afirmación merece una aclaración ulterior. A veces se oye decir que la Constitución española y, más en general, los grandes tratados internacionales sobre derechos humanos exigen un proceso penal de tipo acusatorio; y se oye decir, asimismo, que el proceso penal diseñado por la benemérita Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 sólo es acusatorio a medias. En una ocasión, escuché incluso a un destacado jurista con responsabilidades en la Administración calificarlo de proceso «semi-inquisitivo». Pues bien, este modo de razonar es, cuanto menos, equívoco. Hay que recordar, de entrada, que las categorías de «acusatorio» e «inquisitivo» son de origen doctrinal, no constitucional ni convencional; y, además, no designan modelos acabados de proceso penal, sino más bien tipos ideales. No existe un único modelo posible de proceso penal de tipo acusatorio, pues incluso dentro de la tradición del *common law*, donde se formó, existen diferencias de un país a otro. A ello hay que añadir que el principio acusatorio significa, en rigor, que debe haber una separación neta entre acusador y juez; es decir, que ha de ser alguien distinto del juez quien sostenga la acción penal. De aquí se sigue, sin duda, que quien ha investigado un asunto queda inhabilitado para juzgarlo, tal como viene afirmando la jurisprudencia del Tribu-

nal Constitucional desde su importante Sentencia 145/1988; pero no se sigue que quien investiga no pueda ser un juez. Seguramente, el principio acusatorio también implica otras dos cosas: primero, que la carga de la prueba pesa sobre la acusación, que debe destruir la presunción de inocencia, y segundo, que debe existir igualdad de armas entre la acusación y la defensa, incluida la posibilidad de que ésta presente las pruebas de descargo que estime pertinentes. Pero nada de esto resulta incompatible con que la fase anterior a la apertura del juicio quede encomendada a un juez de instrucción, máxime si se respetan las arriba mencionadas garantías constitucionales. Por ello, cuando se afirma que el proceso penal con juez de instrucción no es enteramente de tipo acusatorio, se está presuponiendo algo más, a saber: que la igualdad de armas debe existir también antes de la apertura del juicio.

Y aquí precisamente radica el equívoco, pues la existencia de un juez de instrucción no desequilibra por sí sola la igualdad de armas entre la acusación y la defensa en la fase sumarial. Antiguamente, cuando no existían las garantías constitucionales vigentes en la actualidad, aún podía decirse que la persona investigada se hallaba en situación de inferioridad y de relativa indefensión; pero esto ocurría frente al juez de instrucción, no frente a la acusación. Por ello, una vez establecidas las garantías constitucionales arriba mencionadas en todas las fases del proceso penal, no hay razones para pensar que la igualdad de armas entre acusación y defensa se ve desequilibrada por la presencia de un juez de instrucción. Más aún, ¿es seguro que esa igualdad de armas no sufriría si la investigación del delito quedase encomendada a la acusación?

De todo lo anterior cabe concluir que el fiscal investigador no es una exigencia constitucional. Tiene sentido, así, discutir si la introducción del fiscal investigador es conveniente por razones políticas o técnicas, no si es constitucionalmente necesaria.

2. SEGUNDA TESIS. ES POSIBLE DESARROLLAR UNA POLÍTICA CRIMINAL SIN FISCAL INVESTIGADOR

Encomendar la investigación criminal a la fiscalía no es condición necesaria para que un país tenga una verdadera política criminal, es decir, una estrategia global en materia de prevención y represión de la criminalidad. La razón principal es que, en un ámbito como el penal dominado por el principio de legalidad, la política criminal depende esencialmente de las opciones legislativas que se adopten. El principal instrumento de la política legislativa es, sin duda, la ley. Dicho esto, también es cierto que las leyes penales, procesales y penitenciarias dejan a menudo cierto margen de discrecionalidad al operador jurídico. Se puede debatir si el ordenamiento jurídico español reconoce oficialmente el llamado «principio de oportunidad» en sede de persecución de los delitos y, en caso afirmativo, cuál es su alcance; pero lo que resulta poco discutible es que, de hecho, ese margen de discrecionalidad existe.

La causa de ello es básicamente económica: no existen medios suficientes para investigar, perseguir y castigar eficazmente todos los hechos delictivos que se cometen y, por consiguiente, es preciso escoger. En este orden de consideraciones, una política criminal sería aquella que establece criterios razonables de prioridad en el tratamiento de los asuntos. ¿Es esto más fácil de realizar con un fiscal investigador que con un juez de instrucción? No es seguro. Tal vez en algunos casos sea así. Esta es una cuestión muy necesitada de estudio empírico. Lo que puede afirmarse sin temor, no obstante, es que la fijación y aplicación de esos criterios razonables de prioridad en el tratamiento de los asuntos penales no pasa necesariamente por la existencia de un fiscal investigador. Ello implica que la política criminal, entendida como orden de prioridades, no constituye un argumento absoluto —es decir, que no admite ponderación con otros— a la hora de justificar la introducción del fiscal investigador. A lo sumo, siempre que se apor-

ten datos empíricos convincentes, será un argumento más a tener en cuenta.

Aún en el plano del razonamiento sobre medios escasos, es útil hacer brevemente otras dos observaciones. Una es que no está claro que la sustitución del juez de instrucción por el fiscal investigador supusiera un ahorro de medios humanos. Ciertamente, disminuiría la necesidad de jueces; pero ¿es seguro que el número de fiscales investigadores requeridos sería sensiblemente inferior al de jueces de instrucción suprimidos? La otra observación es que la causa económica que sirve de fundamento a quienes sostienen, con razón, la necesidad de articular una política criminal consciente y razonable no es coherente con la generalizada indulgencia ante las crecientes demandas de criminalización de conductas. Cualquier política criminal seria, en otras palabras, debería empezar por poner coto a lo que un ilustre penalista ha bautizado gráficamente como la «expansión del derecho penal».

La política criminal no se explica sólo por una causa económica. Algunos piensan que, al menos en ciertos casos, el margen de discrecionalidad que dejan las leyes penales, procesales y penitenciarias puede ser legítimamente utilizado al servicio de objetivos eminentemente políticos. Este es el núcleo central del debate acerca del ya mencionado principio de oportunidad. No se trata aquí, por supuesto, de terciar en esa encendida polémica; pero sí conviene poner de relieve sus posibles conexiones con el tema del fiscal investigador. Lo más importante a este respecto es darse cuenta de que el uso con fines políticos del margen de discrecionalidad existente no necesita en modo alguno de un fiscal investigador. La experiencia comparada es inequívoca: en Francia, donde rige oficialmente el principio de oportunidad, la investigación criminal no está encomendada a los fiscales; y, al mismo tiempo, Italia ha podido sustituir al juez de instrucción por el fiscal investigador sin que sufra el principio de la obligatoriedad de la acción penal expresamente proclamado en su texto constitucional. La propia experiencia española apunta también en esta dirección, pues la fiscalía dispone

de instrumentos suficientes para influir en la utilización a hacer en cada caso del margen de discrecionalidad existente.

La verdad es que, en materia de uso con fines políticos del margen de discrecionalidad existente, sólo hay una cosa que hoy se le escapa a la fiscalía: garantizar que un determinado hecho delictivo no será perseguido. Lo que los ingleses conocen como decisión de *nolle prosequi* no está actualmente al alcance del Ministerio Fiscal español. Ahora bien, no es evidente que con un fiscal investigador ello fuera posible. La razón es sencillamente que el ordenamiento jurídico español reconoce la acción popular. Así, por más que el fiscal decida no sostener la acusación, siempre puede haber algún particular que lo haga. Es verdad que la introducción del fiscal investigador podría tener, como se verá más adelante, un efecto de debilitamiento de la acción popular; pero, por lo que ahora interesa, es claro que la mera existencia de la acción popular impide que el Ministerio Fiscal pueda, si lo estima conveniente, garantizar la impunidad a ciertos delincuentes. La inexistencia de un monopolio público sobre la acción penal hace que en España el arduo problema de en qué condiciones es legítima la decisión de no acusar aun existiendo indicios suficientes, tan debatido en otros países, sea mucho menos dramático.

3. TERCERA TESIS. EL FISCAL INVESTIGADOR SÓLO SE JUSTIFICA POR LA IDEA DE IGUALDAD DE ARMAS SI CARECE DE PODERES EXORBITANTES

Ya se ha visto cómo la justificación del fiscal investigador —en términos de conveniencia, que no de necesidad— descansa sobre la idea de igualdad de armas. Se trataría de asegurar la igualdad de armas entre la acusación y la defensa en la fase previa a la apertura del juicio. Pues bien, para que esta justificación sea convincente, es imprescindible que el fiscal que

tiene a su cargo la investigación criminal carezca de poderes exorbitantes; es decir, no debe ostentar facultades distintas de las que tiene cualquier particular. Este extremo es de crucial importancia. En mi opinión, es aquí donde se encuentra el problema central de la figura del fiscal investigador y, por consiguiente, el debate debería centrarse principalmente en este punto. Ello puede comprenderse mejor observando las cosas en una perspectiva comparada.

La idea de igualdad de armas, como es bien sabido, tiene su origen en la tradición del *common law*. Consiste básicamente en concebir el proceso como una contienda, en la que ambos adversarios deben encontrarse en un mismo plano y disfrutar de idénticas posibilidades de ataque y defensa, limitándose el juez a velar por la observancia de las reglas del juego. De aquí que, tanto en el proceso civil como en el proceso penal, se hable normalmente de *adversary system*. Éste condiciona innegablemente el papel atribuido al fiscal en la investigación criminal. Así lo demuestra la experiencia de los Estados Unidos, pues en Inglaterra no hay, en puridad, un Ministerio Fiscal. Los fiscales norteamericanos no tienen más facultades que las propias de cualquier otro abogado. Su único poder radica en ostentar el monopolio sobre la acción penal: pueden poner en marcha el proceso penal, con todo lo que ello comporta; pero, a efectos de recopilar el material probatorio, dependen básicamente de la policía. Cuando la relación con esta última es fluida, pueden orientar su actividad investigativa; pero la policía no depende de la fiscalía y, además, en los ordenamientos estatales, en los que se aplica el grueso del derecho penal, ni siquiera la policía y la fiscalía tienen un superior común. Todo esto implica que el fiscal norteamericano efectivamente se encuentra en un plano de igualdad con la defensa también en la fase previa al juicio.

El panorama es algo distinto en aquellos países europeo-continetales que, como Alemania desde 1974 e Italia desde 1988, han abolido el juez de instrucción e introducido el fiscal investigador. Es cierto que en ninguno de estos dos países la reforma ha consistido en transferir al fiscal investigador las facultades que antes

tenía el juez de instrucción. De entrada, hay determinadas medidas que el fiscal sólo puede adoptar con autorización judicial. Tal es destacadamente el caso de aquellas medidas que, por imperativo constitucional, están sometidas a una reserva de jurisdicción: detención preventiva, interceptación de comunicaciones, registros domiciliarios, etc. Ahora bien, la posición del fiscal investigador alemán o italiano presenta dos importantes diferencias con respecto al derecho norteamericano: la primera es que la fiscalía puede dar órdenes a la policía y dirigir su actividad investigativa; la segunda es que la fiscalía puede adoptar medidas vinculantes para los particulares. Por ejemplo, puede citar a una comparecencia, requerir documentos, etc. Es verdad que, a falta de cumplimiento voluntario, el fiscal necesitará del apoyo del juez para obtener su cumplimiento forzoso; pero ello no obsta a que la facultad de dar la orden no corresponde al juez, sino al fiscal. El juez sólo puede controlar que la medida es formalmente conforme a la legalidad y, en el mejor de los casos, que no es desproporcionada. Nada más.

En estas condiciones, las posiciones de la acusación y la defensa en la fase anterior a la apertura del juicio no son equivalentes. El fiscal investigador sigue siendo un funcionario público investido de autoridad, a diferencia de lo que ocurre en el *adversary system*. Por ello, más allá de la retórica, es muy difícil justificar el fiscal investigador a la alemana o a la italiana sobre la idea de igualdad de armas.

4. CUARTA TESIS. LA APERTURA DEL JUICIO NO DEBE SER DEJADA A LA SOLA DECISIÓN DEL FISCAL INVESTIGADOR, NI DEPENDER ÚNICAMENTE DE LA INVESTIGACIÓN POR ÉL REALIZADA

La justificación del fiscal investigador no pasa sólo por la existencia de una auténtica

igualdad de armas, sino que requiere también el establecimiento de un filtro efectivo para la apertura del juicio. El mero hecho de ser sometido a una causa penal supone unos sufrimientos personales y unos costes económicos que, en la lógica liberal, sólo son admisibles si la imputación presenta un mínimo de solidez y seriedad. En otras palabras, la tradición del Estado de derecho exige que haya garantías efectivas frente a acusaciones infundadas, maliciosas y abusivas. La coloquialmente llamada «pena de banquillo» no debe ser menospreciada.

En la tradición del *common law*, ese filtro venía dado por el *grand jury* o jurado de acusación: sólo si un jurado compuesto por ciudadanos considera que hay base suficiente para sostener la acusación, puede abrirse el juicio. La facultad de citar ante el gran jurado, por cierto, es el único momento en que la fiscalía se halla en una posición de relativa superioridad, ya que la comparecencia es obligatoria y el interrogatorio se realiza bajo juramento; pero, aparte de que rigen los derechos a la asistencia de abogado y a no declarar contra uno mismo, el fiscal ha de convencer al jurado de acusación de que hay base suficiente para ejercer la acción penal. Dicho todo esto, el jurado de acusación es actualmente una institución en declive: en Inglaterra fue suprimido hace setenta años, y en los Estados Unidos sólo está constitucionalmente garantizado a nivel federal. Más aún, no deja de ser significativo que uno de los pocos derechos proclamados por la Constitución norteamericana que no han sido objeto de *incorporation* —es decir, declarado vinculante también para los Estados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo— es precisamente el derecho a no ser sometido a juicio por «un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un jurado no lo denuncia y acusa», recogido en la enmienda 5ª. Contra el jurado de acusación militan obvias razones prácticas, pues se trata de un mecanismo excesivamente complejo y costoso. En sociedades con índices de criminalidad altos, no sería razonable su utilización sistemática para cualesquiera delitos graves.

De aquí que, tanto en el derecho inglés como en el de muchos estados norteamericanos, el jurado de acusación haya sido sustituido por una vista ante un juez, que valora la solidez y seriedad de los elementos de que dispone la acusación. Es ese juez quien decide sobre la apertura del juicio y, en su caso, envía la causa al tribunal competente.

Un mecanismo similar existe en los derechos alemán e italiano, donde la decisión de abrir el juicio no queda a la sola voluntad del fiscal investigador, sino que se encomienda a la autoridad judicial. Existe, así, un filtro y no hay razones para dudar de que sea efectivo, en el sentido de que controla que la acción penal que se pretende ejercer no es infundada. En este aspecto, el fiscal investigador de tipo alemán o italiano puede ser aceptable.

No conviene, sin embargo, perder de vista un extremo íntimamente ligado a lo que se acaba de decir: el juez o tribunal que controla la solidez y la seriedad de los elementos de que dispone el fiscal investigador es, en principio, un filtro menos exigente que el juez de instrucción. Es verdad que, al igual que hacía el juez de instrucción, el juez o tribunal que controla al fiscal investigador puede impedir que se abra un juicio cuando no hay base suficiente para ello. Pero la función tradicionalmente atribuida al juez de instrucción no se agota aquí: no es sólo un órgano de control y, por tanto, esencialmente pasivo, sino que es también un órgano independiente e imparcial que toma iniciativas. El juez de instrucción, en particular, ha tenido siempre el deber de recoger todos los datos que puedan ser relevantes en el juicio; y ello comprende no sólo los adversos al imputado, sino también los que le resultan favorables. Esta función de genuina preparación del juicio, realizada en una posición *super partes*, se pierde cuando lo único que hay es un filtro. De aquí cabe extraer dos enseñanzas, una práctica y otra teórica.

La enseñanza práctica es que, para que no haya una merma de garantías, la introducción del fiscal investigador no sólo debe ir acompañada, por supuesto, de un trámite ante la autoridad judicial a fin de decidir si se abre o no

el juicio, sino también de la posibilidad de que esa misma autoridad judicial conozca de todos los datos relevantes y, si lo estima oportuno, ordene que se hagan ulteriores averiguaciones.

La enseñanza teórica es que, en contra de una opinión muy difundida, el juez de instrucción es una institución liberal. De un liberalismo moderado, pero liberalismo al fin y al cabo. Allí donde hay un juez de instrucción, especialmente desde que la fase anterior a la apertura del juicio está plenamente presidida por las ya mencionadas garantías constitucionales del proceso penal, hay un órgano independiente e imparcial que no se limita a dirigir una investigación criminal. Y, por supuesto, no se limita a recoger sólo aquellos datos que luego puedan servir como pruebas de cargo. El sumario es algo más: es la preparación del juicio (recogida de datos favorables al imputado, protección de los derechos de las personas implicadas, práctica anticipada de pruebas inaplazables, valoración de si hay base suficiente para sostener la acusación, etc.) y, precisamente por ello, tiene un significado garantista. Aunque ello no significa que el juez de instrucción tenga que ser conservado a toda costa, no debería olvidarse a la hora de proponer su supresión.

5. QUINTA TESIS. EN UNA LÓGICA GARANTISTA, LA SEPARACIÓN ENTRE INVESTIGACIÓN Y ACUSACIÓN ES VALIOSA

La máxima preocupación del constitucionalismo en materia de proceso penal ha sido asegurar una separación efectiva entre acusador y juez. Esta es la esencia del principio acusatorio. Mucha menos atención se ha prestado, en cambio, al problema de si es conveniente que el acusador también esté separado del investigador. En otras palabras, el problema de la separación de funciones en el proceso penal se ha planteado siempre río abajo, rara vez río arriba. Pero esto no implica que preguntarse por la conveniencia de separar la investigación

de la acusación sea plantearse un falso problema. De hecho, tiene mucho que ver con lo dicho poco más arriba acerca del juez de instrucción como órgano independiente e imparcial que prepara el juicio.

En un proceso penal con juez de instrucción, existe separación entre investigación y acusación. Ciertamente, esta separación no es absoluta, porque el fiscal participa en la fase sumarial y puede hacer todo tipo de peticiones al juez de instrucción con respecto a la actividad investigativa; pero la decisión corresponde al juez de instrucción, por lo que el fiscal no suele adoptar una actitud especialmente activa.

Es interesante observar que la separación entre investigación y acusación no es algo que ocurre únicamente en el proceso penal con juez de instrucción, como lo demuestra que siempre ha existido en el derecho inglés. Este se caracteriza, como es bien conocido, por la ausencia de un Ministerio Fiscal en sentido propio, es decir, de una institución específicamente encargada de defender la legalidad ante los tribunales y, más en particular, de ejercer la acción penal. La regla tradicional era que la policía, tras haber llevado a cabo la investigación criminal, ejercía la acción penal, si bien la acusación propiamente dicha era encomendada a un abogado contratado por la policía misma. De aquí que quien acusa ante el tribunal no es el mismo que ha investigado. Este rasgo del proceso penal inglés no se ha visto puesto en entredicho por la creación del *Crown Prosecution Service* en 1985. Sólo en un sentido muy lato es posible asimilar esta nueva institución a un genuino Ministerio Fiscal. Ciertamente, filtra los casos que llegan de la policía, de manera que la decisión de ejercer la acción penal no corresponde ya únicamente a aquélla; pero hay que destacar que, una vez tomada la decisión de sostener la acusación, no es el *Crown Prosecution Service* quien acusa ante el tribunal correspondiente, sino que lo hacen abogados independientes contratados para ello. De aquí que la acusación siga siendo una actividad predominantemente técnica, nítidamente separada de la investigación. Por lo demás, el hecho de que el derecho inglés,

como el español, admita el ejercicio de la acción penal por los particulares en nada afecta a cuanto se acaba de decir.

Pues bien, la separación entre investigación y acusación, aunque sea relativa, presenta una ventaja: tiende a excluir el apasionamiento del fiscal, caracterizando la acusación en una actividad técnica. Quien se limita a sostener la acusación en juicio sobre la base del material probatorio preparado por otros tiene normalmente una implicación personal menor que quien ya está familiarizado con el asunto, por haber conducido las pesquisas tendentes a esclarecer los hechos. Tendrá una visión menos sesgada y será más capaz de distinguir y matizar. A ello hay que añadir que la fiscalía como institución no considerará que su cometido consiste, más que nada, en obtener condenas, pues no se planteará la victoria procesal como justificación de la investigación realizada. Todo esto lleva a un acusador que, en circunstancias normales, mantiene un cierto distanciamiento y no se comporta como un simple abogado, sino como defensor de la legalidad.

Con esto último no quiero sugerir que la figura del fiscal investigador sería necesariamente contraria a la definición que el art. 124 de la Constitución hace las funciones del Ministerio Fiscal. Ya se vio más arriba que el pasaje que habla de «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» es muy vago, por lo que de aquí no cabe razonablemente concluir que la separación entre investigación y acusación es un imperativo constitucional. Es más: una afirmación de esa índole tropezaría con la previsión del art. 126 de la Constitución, según el cual la policía judicial no está sólo a las órdenes de los jueces sino también del Ministerio Fiscal. Ahora bien, una vez reconocido todo ello, no cabe ignorar que la separación entre investigación y acusación casa bien con la concepción del Ministerio Fiscal como una institución al servicio objetivo de la legalidad.

6. SEXTA TESIS. EL RIESGO DE COMPORTAMIENTOS ABUSIVOS DEL FISCAL INVESTIGADOR ESTÁ EN RELACIÓN CON LA ESTRUCTURA DEL MINISTERIO FISCAL

Los principales ejemplos que suelen aducirse de fiscal investigador corresponden a países en que el Ministerio Fiscal está diseñado como una institución descentralizada y a veces, incluso, no unitaria.

Tal es, sin duda, el caso de los Estados Unidos, donde la fiscalía, salvo a nivel federal, tiene carácter local y electivo. Es verdad que, a nivel federal, todos los fiscales dependen del Departamento de Justicia, aunque consuetudinariamente gozan de un amplio margen de autonomía. Así lo demuestra el reciente escándalo desatado a raíz del cese de varios fiscales federales por no plegarse a las severas instrucciones procedentes de la capital. Hay que recordar, en todo caso, que los fiscales federales sólo se ocupan de delitos de derecho federal, que son estadísticamente un porcentaje reducido.

También en Alemania e Italia, aunque por razones distintas, el Ministerio Fiscal tiene una estructura descentralizada. En Alemania, ello es debido a que la fiscalía, al igual que los tribunales, es competencia de los *Länder*. Sólo en los tribunales de máximo nivel, que son de competencia federal, hay fiscales federales. En otras palabras, la propia organización judicial alemana, que distribuye la competencia sobre la administración de justicia entre el *Bund* y los *Länder* según un criterio de niveles jurisdiccionales, determina que no haya un Ministerio Fiscal unitario. En cuanto a Italia, aun existiendo teóricamente un Ministerio Fiscal unitario para todo el país, toda una serie de leyes relativas al estatuto de jueces y fiscales —no se olvide que allí constituyen una carrera única— han conducido a una notabilísima independización de cada fiscalía con respecto al Ministro de Justicia, así como a un no des-

deñable margen de maniobra de cada fiscal individualmente considerado. La única facultad efectiva de que dispone el Ministro de Justicia con respecto a los fiscales es la de ejercer la acción disciplinaria; pero, como es obvio, ello sólo sirve para controlar, no para dirigir. La independencia de los fiscales italianos, dicho sea incidentalmente, seguramente debe ser vista con precaución, pero por consideraciones que nada tienen que ver con lo que aquí se discute.

La vinculación de las funciones de investigación y acusación, inherente a la figura misma del fiscal investigador, resulta menos inquietante, en términos de acumulación de poder, en estos países donde el Ministerio Fiscal no presenta una estructura unitaria. El principal riesgo de comportamiento abusivo por parte del Ministerio Fiscal no estriba, hoy en día, en investigaciones y acusaciones guiadas por un móvil persecutorio, intimidador o vengativo. Frente a esta eventualidad, que en ningún caso debe ser subestimada, existen garantías razonablemente eficaces. El principal riesgo es, más bien, que el Ministerio Fiscal otorgue, de manera más o menos encubierta, inmunidad a ciertas personas o en determinados casos. La impunidad injustificada es siempre un mal, porque transforma la legalidad en algo puramente instrumental y mina la credibilidad del Estado.

Pues bien, es claro que, si la investigación criminal es dirigida por la fiscalía, ésta tendrá una doble ocasión para actuar con lenidad: por supuesto, al igual que allí donde la investigación corresponde al juez de instrucción, siempre podrá no ejercer la acusación o hacerlo con benignidad; pero también podrá, antes todavía, no investigar. Este riesgo existe cualquiera que sea la estructura del Ministerio Fiscal, ya que es inherente a la vinculación de las funciones de investigación y acusación. Pero, si a ello se añade un Ministerio Fiscal unitario y jerárquico, como por imperativo constitucional es el español, el resultado será la eliminación de frenos y contrapesos internos que permitan conjurar el mencionado riesgo de actuar con lenidad y, más en general, de manera arbitra-

ria. En los países donde el Ministerio Fiscal está descentralizado, en cambio, casi siempre cabe, por vía directa o indirecta, que las omisiones de una fiscalía sean paliadas por otra.

Si en España se introdujera la figura del fiscal investigador, y dada la estructura constitucionalmente predeterminada del Ministerio Fiscal español, el único verdadero límite frente a comportamientos abusivos vendría dado por la acción popular.

7. SÉPTIMA TESIS. EL FISCAL INVESTIGADOR DIFICULTARÍA EL EJERCICIO CON PROBABILIDADES DE ÉXITO DE LA ACCIÓN POPULAR

No se trata aquí de examinar las bondades y maldades de la acción popular en materia penal. Baste recordar dos extremos: primero, la acción popular está expresamente garantizada por el art. 125 de la Constitución y, aunque la jurisprudencia constitucional permite imponerle algunas restricciones, no puede ser suprimida ni desfigurada; segundo, es un derecho profundamente arraigado en la cultura jurídica española y, como ha quedado apuntado, sirve de contrapeso a un Ministerio Fiscal dependiente del Gobierno. Esto es algo típicamente español, ya que la pauta general en una perspectiva comparada es el monopolio público sobre la acción penal. Así, cualquiera que sea la valoración que cada uno haga de la acción popular, parece claro que sirve para limitar el poder; y esto es, cuanto menos, relevante en una lógica constitucional.

Dicho esto, ya se ha visto que, en España, el verdadero límite frente a comportamientos abusivos de un Ministerio Fiscal que tuviera encomendada la investigación criminal sería la acción popular. Ni que decir tiene que éste debería ser un elemento muy a tener presente a la hora de valorar la oportunidad de una reforma conducente a introducir el fiscal investigador:

¿sería prudente incentivar el uso de la acción popular?

Pero, más allá de consideraciones de oportunidad de esta índole, convendría asimismo llamar la atención sobre otro extremo: el mero hecho de poner la investigación criminal en manos del Ministerio Fiscal debilitaría la efectividad de la acción popular. Ello se debe a que los particulares, salvo en contados casos, no disponen de los medios para esclarecer debidamente los hechos delictivos y hacer acopio del material probatorio necesario para sostener la acusación. El particular que ejerce la acción penal puede ahora apoyarse en el juez de instrucción, que es un órgano independiente del poder político e imparcial con respecto a la acusación y la defensa. Si el juez de instrucción cree que la iniciativa de ese particular no es temeraria o maliciosa, pondrá sus facultades al servicio del esclarecimiento de los hechos y,

así, le dará una oportunidad de sostener con probabilidades de éxito la acusación. La efectividad de la acción popular, dicho en términos generales, depende en gran medida de que la investigación criminal está dirigida por un órgano independiente e imparcial. Este panorama podría verse notablemente alterado por la introducción del fiscal investigador, pues tendría instrumentos para dificultar el acceso de los particulares a los datos necesarios para ejercer seriamente la acción penal.

Es cierto que ello no supondría formalmente una vulneración del art. 125 de la Constitución, ya que las condiciones legales de ejercicio de la acción penal no se verían afectadas; pero es igualmente claro que el contrapeso que la acción popular representa frente a un Ministerio Fiscal dependiente del Gobierno se vería debilitado.

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 21 de mayo de 2007.