

Presentación

Hace unos meses el director de esta revista, mi colega y amigo Luis Aguiar de Luque, me llamó para pedirme que coordinara un número monográfico sobre el Ministerio Fiscal. La razón por la que él creía importante que *Cuadernos de Derecho Público*, una revista cuyo ámbito principal es el derecho constitucional y administrativo, se ocupara de un tema como éste era doble: por un lado, había venido recibiendo en los últimos tiempos algunos artículos sobre el Ministerio Fiscal escritos por cultivadores del derecho público, lo que hasta hace poco hubiera sido sumamente extraño; y, por otro lado, se acababa de reavivar la polémica, que aparece y desaparece periódicamente en la vida pública española, acerca de las relaciones entre Fiscalía y Poder Ejecutivo, así como sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal a los fiscales. Si a todo ello se añade la existencia de un proyecto de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se entiende sin dificultad que un constitucionalista atento y sensible como Luis Aguiar de Luque considerara oportuno ofrecer las páginas de esta publicación a un análisis detenido y riguroso de los principales problemas suscitados por la institución del Ministerio Fiscal. Debo hacer constar que me dejó la más absoluta libertad para la selección de los concretos temas a tratar y de las personas a quienes encomendárselos.

El enfoque adoptado para diseñar este número monográfico ha consistido básicamente en evitar la uniformidad de puntos de vista, algo que desgraciadamente sigue siendo muy frecuente en nuestra literatura jurídica. Pensé que sería útil, ante todo, disponer de la visión de quienes, estando familiarizados con el mundo del derecho, cultivan otras disciplinas. Es un gran honor que José Juan Toharia, eminente sociólogo y pionero de los estudios sociológicos sobre la justicia y los jueces, haya aceptado gustoso participar en esta iniciativa. Recuerdo que, cuando era estudiante de licenciatura, fue para mí un verdadero placer intelectual leer su ya clásico estudio *El juez español*. Algo similar cabe decir de la participación de dos destacados economistas, especializados en el análisis económico de fenómenos jurídicos, como son Santos Pastor y Rosemary Barberet. Que este número monográfico se abra con un escrito sociológico y otro económico me parece oportuno no sólo para cumplir un elemental deber de hospitalidad sino, sobre todo, como ejercicio de ventilación y gimnasia mental. Aquí reside, probablemente, la máxima utilidad de las empresas

multidisciplinares. Conocer la realidad sobre la que operan las normas e instituciones es, por supuesto, necesario para el legislador a la hora de evaluar y diseñar posibles reformas; pero es también necesario para los estudiosos del derecho, a fin de conocer los límites de su razonamiento y, más aún, a fin de no enzarzarse en falsos problemas. Los lectores se sorprenderán con algunas de las cosas que dicen estos autores, tales como que el Ministerio Fiscal goza de una notable buena imagen en la opinión pública española, o que la falta de medios personales y materiales no es uno de los grandes problemas del Ministerio Fiscal... ni, más en general, de la Administración de Justicia española.

La preocupación por evitar la uniformidad de puntos de vista se ha extendido, asimismo, a los escritos propiamente jurídicos. Así, contando con la colaboración de dos destacadísimos procesalistas, como son Víctor Moreno Catena y Teresa Armenta Deu, se ha buscado la apertura a otras disciplinas. Es verdad que tradicionalmente han sido los procesalistas quienes han reivindicado la competencia académica sobre la organización judicial y temas afines; pero es igualmente claro que el tratamiento que le han dado ha sido, salvo aisladas excepciones, marginal y demasiado volcado hacia los aspectos más vinculados con el funcionamiento del proceso. Dicho de otra manera, el predominio de los procesalistas en este campo ha conducido a una relativa desatención hacia la cuestión de los frenos y contrapesos entre poderes, que subyace a las distintas opciones organizativas en el ámbito de la Administración de Justicia. De aquí que, en este número monográfico, se haya dado entrada también a la perspectiva constitucionalista, representada por Fernando Santaolalla López y Fernando Rey Martínez. Y algo parecido debe decirse de la participación de dos distinguidos miembros de la Carrera Fiscal, que poseen, además, una contrastada sensibilidad académica: Alberto López López y Fernando Herrero Tejedor. Ambos aceptaron con entusiasmo colaborar con esta revista; lo que, en el caso de Fernando Herrero Tejedor, resulta especialmente de agradecer habida cuenta de sus responsabilidades como jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.

Junto a este pluralismo de disciplinas y orígenes profesionales, ha habido también una preocupación por mantener el pluralismo de las posturas mantenidas allí donde no hay un consenso general. En particular, es sabido que hay dos cuestiones relativas al Ministerio Fiscal sobre las que, en España y en otros países, existe una abierta polémica: la relación del Ministerio Fiscal con el Gobierno, y el papel de los fiscales en el proceso penal. También en esta doble controversia se ha dado cancha a personas que mantienen opiniones contrapuestas. Tal es destacadamente el caso de Teresa Armenta Deu, sólida procesalista apegada a la mejor tradición del garantismo, que defiende la figura del juez de instrucción, frente al parecer, más en sintonía con los vientos de cambio, del ya citado Alberto López López.

La huida de la uniformidad se ha manifestado, en fin, en el interés por no agotar el tema a escala nacional. De aquí que se haya dado entrada a sendos estudios sobre la propuesta de creación de un Fiscal Europeo, cuya adopción podría significar el inicio de un proceso de convergencia de los distintos mode-

los de Fiscalía existentes en los países de la Unión Europea, y sobre la configuración de la Fiscalía en la nueva Corte Penal Internacional. Han sido realizados, respectivamente, por Marie-José Garot y Magdalena Martín Martínez, coautora esta última de una excelente monografía sobre el nuevo órgano de justicia penal internacional (I. Lirola Delgado y M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional*, Ariel, Barcelona, 2001).

Vaya a todos los autores presentes en este número monográfico mi gratitud por su gentileza y diligencia.

Soy consciente, por lo demás, de que la obra colectiva habría sido más completa con colaboraciones sobre los aspectos históricos y comparados, así como sobre los problemas relativos a la selección y formación de los fiscales. En parte por razones de espacio y en parte por razones coyunturales, no ha sido posible contar con dichas colaboraciones. La laguna sobre los aspectos históricos y comparados puede ser, de alguna manera, colmada con la literatura especializada hoy existente. Más difícil es colmar la otra laguna, que, hasta donde alcanza mi conocimiento, no ha sido objeto de estudio específico. Tal vez sean aquí extrapolables los conocimientos existentes sobre la selección y formación de jueces: siempre se ha considerado que jueces y fiscales son, cuando menos, categorías profesionales hermanas. Me permito, sobre esta materia, remitir al lector interesado al volumen coordinado por Rafael Jiménez Asensio, *El acceso a la función judicial: estudio comparado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

Dicho todo lo anterior, querría aprovechar esta ocasión para expresar, de manera concisa, mi propia opinión sobre los mencionados aspectos controvertidos de la posición y las funciones del Ministerio Fiscal. Aquí ya no se trata, como he hecho en el pasado, de investigar cuáles son los modelos de Fiscalía en la experiencia comparada, sino de tomar partido entre varias opciones dentro del actual ordenamiento español.

Vaya por delante que creo que cada ordenamiento tiene su historia, de la que es difícil —y, a menudo, arriesgado— intentar desarraigarse. Digo esto porque frecuentemente los grandes postulados del constitucionalismo, que tienen vocación universal, pueden realizarse a través de técnicas organizativas y procedimentales diferentes. Ello es cierto, sin duda, de las exigencias del principio acusatorio en materia penal. Pues bien, en circunstancias como éstas, no hay razón de peso para intentar a toda costa desprenderse de la propia tradición para adoptar otra extraña, como está sucediendo en España y en otros países europeos, donde se vive una oleada de fascinación por el diseño angloamericano de la acusación en el proceso penal. Entiéndase bien: no se trata de defender lo propio en un ejercicio de chauvinismo, sino de huir del papanatismo y, sobre todo, de la simplificación y de los trasplantes jurídicos apresurados. En pocas palabras, dista de ser evidente que el tradicional modelo europeo de proceso penal basado en la figura del juez de instrucción, donde el fiscal es un acu-

sador técnico, sea por sí solo inferior al modelo angloamericano basado en un «fiscal investigador» mucho más activo: ni en términos de garantismo ni en términos de eficiencia existen argumentos definitivos a favor de la superioridad de uno u otro. Así las cosas, la experiencia acumulada por el propio ordenamiento es un valor a tener en cuenta, aunque sólo sea porque de las normas e instituciones ya existentes se sabe hasta qué punto son idóneas para integrarse armónicamente dentro de ese mismo ordenamiento entendido como un todo.

El juez de instrucción, pieza clave del modelo europeo de proceso penal, es una institución de significado liberal, máxime tras haber sido depurada de sus aspectos inquisitoriales por obra de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Téngase presente que una depuración similar, respecto de las actuaciones policiales y fiscales anteriores a la apertura del juicio, ha tenido lugar también en el Derecho norteamericano por obra del Tribunal Supremo de aquel país. Así encuadrado el problema, las consecuencias de la supresión del juez de instrucción en algunos influyentes países europeos, como Alemania e Italia, no pueden calificarse de deslumbrantes: no me consta que haya datos que permitan afirmar que esas reformas han redundado en una mayor eficiencia en la investigación y castigo de la criminalidad; y, por lo que se refiere a las garantías, hay elementos para sostener que, cuando menos, no ha habido progreso alguno.

Este último punto merece ser aclarado: muchos sostienen que garantías equivalentes a las propias de la instrucción judicial pueden lograrse si la introducción del llamado «fiscal investigador» va acompañada de un «juez de garantías», encargado de supervisar la actuación de aquél; y se aduce, en este sentido, la legislación alemana e italiana. No obstante, esta afirmación es, a mi juicio, equivocada: un juez de garantías controla, pero no decide; y poder anular las decisiones de otro no equivale a adoptarlas uno mismo. Así, el interrogante crucial, en una lógica garantista, es el siguiente: ¿es admisible otorgar al fiscal investigador facultades exorbitantes, es decir, facultades que un simple particular no posee? Por ejemplo, ¿es admisible que el fiscal pueda ordenar la comparecencia de sospechosos o de testigos, so pena de desobediencia? Si al final estas actuaciones —u otras aún más incisivas, como registros, escuchas o detenciones, que constitucionalmente exigen intervención judicial— van a ser seriamente controladas por un juez, más vale dejar las cosas como están. Y si, en cambio, la supervisión va a ser predominantemente formal, habrá disminución del nivel de garantismo. A ello hay que añadir que, a la hora de adoptar todas esas medidas de intromisión en la libertad e intimidad de las personas que van aparejadas a la investigación criminal, no es lo mismo que quien actúa sea un juez independiente en vez de un fiscal inserto, por imperativo constitucional, en una estructura unitaria y jerárquica. La difusión del poder de investigar y de elevar a juicio que es inherente a la figura del juez de instrucción es mucho más liberal que la concentración de ese poder en una organización unitaria, como es el Ministerio Fiscal.

Esto permite engarzar con la otra gran cuestión polémica: la relación del Ministerio Fiscal con el Gobierno y, más en general, los márgenes de auto-

mía de que debe disfrutar la Fiscalía. A este respecto, mi opinión es que conviene distinguir entre la posición de cada fiscal individualmente considerado y la de la institución en su conjunto. No creo que haya razones sólidas para sostener la independencia de cada fiscal; y ello no sólo porque sería abiertamente contrario al dictado del artículo 124 de la Constitución sino, sobre todo, porque implicaría una especie de «judicialización» del Ministerio Fiscal que lo haría superfluo: para ese viaje, más valdría encomendar las funciones de la Fiscalía a los jueces; lo que, por cierto, sería difícil de justificar desde el punto de vista del principio acusatorio.

En cuanto a la relación del Ministerio Fiscal en su conjunto —esto es, como institución unitaria— con el Gobierno, hay mucho más espacio para soluciones diversas. Es verdad que el Fiscal General del Estado, cúspide de la institución, ha estado muy a menudo encarnado por personas excesivamente próximas a los designios gubernamentales; y es innegable que ello tiene un elevado coste de pérdida de credibilidad. Sin embargo, es igualmente claro que un Ministerio Fiscal totalmente autónomo respecto del Gobierno plantearía otras dificultades: ¿cómo se justificarían sus grandes opciones de política criminal, por no hablar de su uso de los existentes márgenes de discrecionalidad en casos concretos? Al final, hay que hallar un punto de equilibrio en el cual, asegurándose la necesaria conexión del Ministerio Fiscal con el Gobierno, se ponga coto efectivo a la inevitable tentación de este último de intervenir en el curso de la justicia penal. Esto es lo que Fernando Herrero Tejedor justamente llama «autonomía funcional». Sinceramente, ignoro cuál es la solución organizativa más idónea para alcanzar este civilizado objetivo; pero de una cosa estoy seguro: además de una eventual reforma legislativa, exigirá un cambio de mentalidades y prácticas políticas.

Luis María DíEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Constitucional

