

UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS ECONÓMICAS Y
EMPRESARIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO Y ECONÓMICO



LA POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Tesis doctoral elaborada por:

Annaïck Fernández Le Gal.

Director: Dr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Catedrático de Derecho Constitucional

Magistrado del Tribunal Supremo

Córdoba, 2013

TITULO: *La posición del Ministerio Público en la Constitución Española de 1978*

AUTOR: *Annaïck Fernández Le Gal*

© Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. 2013
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

www.uco.es/publicaciones
publicaciones@uco.es

Pour ma petite fille, Claudia
ME DA GAR

ÍNDICE

ÍNDICE	5
ABREVIATURAS.....	11
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULO I. EL MINISTERIO FISCAL COMO INSTITUCIÓN DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL	29
1. SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL	31
2. LA MISIÓN DEL MINISTERIO FISCAL	36
2.1. La defensa del interés público en el proceso.....	41
2.1.1. Planteamiento	41
2.1.2. Actuación ante la jurisdicción constitucional.....	43
A) Procesos de inconstitucionalidad	43
B) Recurso de amparo	46
2.1.3. Intervención del Ministerio Fiscal en los órdenes jurisdiccionales civil, social y contencioso administrativo en defensa del interés público y social	50
2.2. En particular, su intervención en la jurisdicción penal	52
2.2.1. La defensa del interés público en la persecución del delito	53
2.2.2. La garantía del proceso debido	65
2.2.3. Otros cometidos relacionados con el <i>Ius Puniendi</i> estatal. En particular la dirección y el control de la Policía Judicial en la investigación del delito.....	71
3. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN	75
3.1. La vinculación a la legalidad: en particular, la obligatoriedad y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.....	75
3.2. El principio de imparcialidad: objetividad e independencia en la defensa del interés público.....	85
3.3. Unidad de actuación y dependencia jerárquica	93
4. ORGANIZACIÓN <i>A SE STANTE</i>	99
5. ÓRGANO DEL ESTADO <i>IN TOTO</i>	104
CAPÍTULO II. LA ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.....	109
1. FISCAL GENERAL DEL ESTADO VERSUS MINISTERIO FISCAL.....	111
2. LAS FISCALÍAS: TERRITORIALIDAD Y ESPECIALIZACIÓN COMO CRITERIOS DE SU ORGANIZACIÓN.....	117
2.1. Territorialidad.....	119
2.2. Especialización	122
3. LA CARRERA FISCAL.....	128

3.1. Separación de carreras, judicial y fiscal, y principio de tendencial equiparación.....	128
3.2. La selección de los fiscales	131
3.3. Ascensos y provisión de destinos.....	136
3.4. Los nombramientos discrecionales en la carrera fiscal.....	140
3.4.1. El papel del Consejo Fiscal en la promoción y nombramiento de los fiscales.	143
3.4.2. La motivación de los nombramientos discrecionales.	147
4. UNIDAD Y DEPENDENCIA DEL MINISTERIO FISCAL.....	155
4.1. Las facultades del superior y los deberes de los fiscales subordinados.....	155
4.2. Los límites a la subordinación jerárquica: las garantías de la posición del fiscal.....	164
4.2.1. Fiscales sustitutos versus fiscales investidos directamente de su competencia por la ley	164
4.2.2. Contrapesos a la subordinación jerárquica	167
5. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS FISCALES	172
6. LA ADMINISTRACIÓN ORDINARIA DEL MINISTERIO FISCAL Y SU GOBIERNO INTERNO	179
CAPÍTULO III. LA RELACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL CON EL PODER POLÍTICO	189
1. LA RELACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL CON EL GOBIERNO.....	191
1.1. Nombramiento, mandato y cese del Fiscal General del Estado. ..	191
1.1.1. El Gobierno como órgano competente para el nombramiento del Fiscal General del Estado.....	194
1.1.2. Las limitaciones del legislador a la voluntad gubernamental ...	198
A) Cualidades de los candidatos.....	200
B) La comparecencia parlamentaria previa al nombramiento del Fiscal General del Estado	202
1.1.3. Mandato y cese del Fiscal General del Estado.	209
1.2. La relación del Gobierno con el Ministerio Fiscal a través del Fiscal General del Estado.....	219
1.2.1. La no dependencia funcional externa del Ministerio Fiscal.	222
1.2.2. El Gobierno como interesado en la actuación del Ministerio Fiscal	230
1.2.3. La información entre Ministerio Fiscal y Gobierno	245
A) Memoria Anual de la Fiscalía	246
B) Informaciones al margen de la Memoria.....	250

2. EL CONTROL PARLAMENTARIO DEL GOBIERNO EN RELACIÓN CON EL MINISTERIO FISCAL.....	252
3. LA COLABORACIÓN INSTITUCIONAL ENTRE EL MINISTERIO FISCAL Y LAS CORTES GENERALES	257
3.1. El tendencial fortalecimiento de las relaciones entre Ministerio Fiscal y Parlamento.....	257
3.2. Las comparecencias parlamentarias	261
3.2.1. Marco normativo	261
3.2.2. Finalidad de la comparecencia: entre la colaboración institucional y la responsabilidad informativa	264
CAPÍTULO IV. LA CONFIGURACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO COMO “AUTORIDAD JUDICIAL INDEPENDIENTE”	269
1. DEL MINISTERIO PÚBLICO CLÁSICO AL CONTEMPORÁNEO: LA “CRISIS DE IDENTIDAD” DEL MINISTERIO PÚBLICO	271
2. DOS IMPORTANTES REFERENTES DE REGULACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO: LAS EXPERIENCIAS FRANCESA E ITALIANA.....	278
2.1. La experiencia francesa	280
2.2. La experiencia italiana	292
3. INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD COMO EJES VERTEBRADORES DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO COMO “AUTORIDAD JUDICIAL INDEPENDIENTE”.....	295
3.1. Aproximación a la idea de autoridad independiente	295
3.2. La in-dependencia del Ministerio Público.....	299
3.2.1. La neutralización del “ministerio público”	301
3.2.2. Hacia una nueva relación con el poder político	309
3.2.3. Garantías.....	311
3.3. Un Ministerio Público responsable.....	314
3.3.1. Concurrencia de acusación oficial y de acusación cívica en la defensa del interés público.....	321
3.3.2 De una responsabilidad informativa a una responsabilidad explicativa y encauzadora del Ministerio Fiscal.....	335
EPÍLOGO	345
BIBLIOGRAFÍA.....	355

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cp	Código Penal
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
EMF	Estatuto del Ministerio Fiscal
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FGE	Fiscal General del Estado
Fj.	Fundamento jurídico
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional
MF	Ministerio Fiscal
Op. cit.	Obra citada
Pág.	Página
Págs.	Páginas
RCD	Reglamento del Congreso de los Diputados
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
Vgr.	Por ejemplo
Vid.	Véase

INTRODUCCIÓN

El Ministerio Público ha cobrado en las últimas décadas un protagonismo singular en las democracias constitucionales. Juega un papel irremplazable en la efectividad del Estado de Derecho promoviendo ante la justicia -destacadamente en la penal- la defensa del interés público. Al propio tiempo se ha convertido en un actor asiduo del escenario político. Se trata de un canal privilegiado entre la sociedad y la justicia de un lado, y entre el poder y el proceso de otro, encauzando los flujos de demandas hacia la justicia y participando de manera decisiva en la defensa del ordenamiento jurídico y de la convivencia pacífica. Siendo así, no puede extrañar que al Ministerio Público corresponda una naturaleza compleja y ocupe “naturalmente” una posición delicada en el juego de los poderes públicos. Su singular posición puede, por tanto, poner en cuestión el equilibrio del poder y la legitimidad democrática de las instituciones. Y además, todo ello en un sector de especial sensibilidad social como es la aplicación de la ley penal, comprometiendo los principios sobre los que se construye el Estado democrático de Derecho.

Esta tesis, sin perjuicio del análisis de algunas cuestiones de alcance más general, se centra en el estudio de la respuesta de nuestro ordenamiento jurídico al problema de la organización constitucional de la acusación pública, estudiando la posición del Ministerio Público como institución de relevancia constitucional a la que principalmente compete dicho cometido.

El interés del Derecho Constitucional en el estudio de esta institución es reciente. Hasta la última década del siglo XX, en nuestro país, no era terreno propio de los constitucionalistas el estudio del Poder Judicial, menos aún el de un “órgano cooperador de la Administración de Justicia”¹ como el Ministerio Fiscal. La atención de la

¹ Así considera al Ministerio Fiscal la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al rubricar el Libro VII “Del Ministerio Fiscal y demás personas

doctrina constitucionalista se proyectaba principalmente en los órganos genuinamente políticos, Parlamento y Gobierno, y sus relaciones en el marco de los distintos sistemas de gobierno. La invisibilidad del Poder Judicial en la teoría de la separación de poderes clásica, asimilada en el modelo europeo de juez ejecutor de la ley, se traducía en una despreocupación doctrinal. Por su parte, el Derecho Procesal prestaba tradicionalmente más atención al aspecto dinámico del proceso que al institucional. El mayor interés por la naturaleza del Ministerio Público partía de los propios fiscales, latiendo en muchas ocasiones tras sus aportaciones –sin demérito de las mismas– un espíritu corporativo, alejado de los problemas constitucionales. Dado el campo de actuación de los fiscales y la cultura profesional de éstos –hermana de la judicial en tantos aspectos–, el acercamiento doctrinal al Ministerio Fiscal venía utilizando, a menudo miméticamente, los mismos presupuestos analíticos que en el estudio del Poder Judicial, resaltando, con frustración, la confusión y ambigüedad características de la institución.

Será a partir de la década de los ochenta cuando los fiscales comiencen a cobrar un singular protagonismo en la vida judicial y política de países de nuestro entorno, como Italia o Francia, convirtiéndose su posición en una variable principal en el análisis de las relaciones entre el sistema judicial y el político. Razones de diversa índole han conducido a ello, situándonos ante una tesitura en la que los rasgos de esta institución nacida con el Estado Liberal de Derecho deben acomodarse a las exigencias del Estado democrático actual en el que las relaciones del poder y la justicia son intensas y complicadas y el papel del Derecho Penal y el del proceso como instrumento de su actuación también.

e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia”. Esta Ley dedica al Ministerio Fiscal un Título con un único artículo, el 541, que recoge el primer apartado del artículo 124 de la Constitución y la referencia al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

Esta es una tesis de Derecho Constitucional que no pretende, por supuesto, abarcar con vocación exhaustiva el estudio de esta institución. Mi propósito es el de acercarme a los problemas medulares del Ministerio Público bajo la premisa de que los mismos no pueden ser aprehendidos si no es desde la perspectiva constitucional², desde la perspectiva por tanto de la limitación del poder en garantía de los derechos de los ciudadanos y de la articulación de ese poder en una organización compleja. Todavía en pleno siglo XXI, el Ministerio Público sigue sin encontrar un anclaje sereno en la arquitectura constitucional y que su diseño institucional, particularmente en sus relaciones con el resto de poderes públicos, genere un adecuado consenso. Sin duda, nos situamos ante una institución envuelta en una crisis de identidad³ que refleja los delicados equilibrios que requieren las democracias constitucionales en la actualidad.

Esa pre-comprensión consensuada resulta especialmente valiosa para la interpretación constitucional, jugando una importante función pedagógica que redundaría, sin duda, en la confianza de los ciudadanos en sus instituciones, confianza decisiva en lo que atañe a la justicia. Dificilmente puede construirse esa confianza allí donde la ambigüedad de la institución es tal que dificulta la reconocibilidad de la misma por la comunidad, tanto social, como jurídica.

El objeto de este estudio obliga a la incursión en otras disciplinas: el Derecho Procesal, el Derecho Administrativo o el Derecho Penal. La propia naturaleza del Derecho Constitucional invita a no limitarse al examen de las fuentes legales para conocer una institución, menos aún una institución como el Ministerio Público, que realiza una función *lato sensu* política en el terreno “normativamente” más ajeno a

² Vid. Díez PICAZO, Luís María, en el *Poder de Acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000, pág. 11.

³ Incluso las monografías sobre el Ministerio Fiscal evocan esta crisis de identidad y sus transformaciones desde títulos que hacen referencia al pasado, presente y futuro de esta institución.

la política de las funciones del Estado cual es la administración de justicia. Es necesario considerar también las convenciones constitucionales, las prácticas de los actores políticos, la forma en que la institución lleva a cabo sus propios cometidos y la cultura jurídica de estos profesionales del foro para captar la complejidad de la naturaleza del Ministerio Público. Por ello el estudio que presento es netamente interdisciplinar y huye de un estricto positivismo en el análisis de la institución. También el estudio de la normativa extranjera y de la literatura comparada me ha conducido a una perspectiva desde la que los fenómenos jurídicos se observan como fenómenos culturales en toda su complejidad trascendiendo su regulación formal.

El estudio de la posición constitucional del Ministerio Público debe partir de la misión institucional que le corresponde y las exigencias que de su razón de ser derivan. Sólo desde estas premisas es posible el análisis de la adecuación e idoneidad de una estructura organizativa dada al cumplimiento de las funciones que le son propias. Desde una perspectiva funcional, el Ministerio Público se ha caracterizado históricamente por su elevado grado de elasticidad, siendo llamado a participar en todo tipo de procesos en los que hubiere un interés público que defender. El legislador ha intentado, a través de la participación del Ministerio Público, dar respuesta a necesidades más o menos coyunturales. Este recurso, a veces incluso excesivo, al Ministerio Público es claramente perceptible en la legislación procesal de nuestro país.

Lógicamente, la importancia de su papel en cada ordenamiento vendrá condicionada por el número y variedad de sus atribuciones. Para algunos, la atribución de cometidos diferentes a los propios del orden penal enturbia el entendimiento de la institución e incluso pudiera llegar a perturbar el cumplimiento de sus funciones más genuinas. Bajo mi punto de vista, los cometidos en terrenos tan aparentemente diferentes como el Derecho de Familia, la protección de los consumidores, la salvaguardia de la independencia de los jueces o la

defensa de los derechos fundamentales -en todos ellos como valedor del interés público-, contribuyen a una determinada concepción de Ministerio Público. Pero, en cualquier caso, resulta evidente que son sus cometidos en el orden jurisdiccional penal los que explican su razón de ser y definen su fin institucional, representando su principal dedicación. Son éstos los cometidos más relevantes en la medida que afectan radicalmente a las relaciones entre el poder público y los ciudadanos.

Entre sus atribuciones en el orden procesal penal, el ejercicio de la acusación pública constituye el principal. Junto a esta función nuclear aparecen toda una serie de competencias que varían de unos ordenamientos a otros y que van desde la investigación del delito a sus cometidos en la ejecución de las sentencias condenatorias, pasando por su actuación a través de los recursos pertinentes o la petición de determinadas actuaciones por parte del juez en el proceso tales como las medidas cautelares. Esta variedad de funciones dependerá de la manera en que se distribuyan los roles en el marco del proceso y en particular de la existencia o no de juez de instrucción, de las formas de participación de los particulares en el proceso y de las relaciones entre la policía y el Ministerio Público. Además, el fiscal, como actor de la política criminal, ha llegado a situarse en un lugar destacado de la llamada “regulación social” en terrenos que se hacen llamar parajudiciales, no limitando su actuación al terreno procesal como lugar de realización del Derecho Penal, última *ratio* de los instrumentos de control social. Pero esa es una realidad que aún no podemos advertir claramente en nuestro país, donde el fiscal circunscribe su campo de acción al proceso.

A pesar de todo ello, existe un aceptable grado de consenso en torno a la misión institucional del Ministerio Público y a las exigencias – en un plano normativo- que el cumplimiento de esta misión implica. No obstante, no ocurre lo mismo en el terreno organizativo, en el que las respuestas son diferentes en los distintos ordenamientos,

principalmente en lo que hace a su dependencia o independencia del Ejecutivo; en lo relativo a las garantías personales que rodean el estatuto jurídico de los miembros de la institución; y en su mayor o menor autonomía organizativa. La consideración de tales diferencias y el descubrimiento de tendencias comunes constituyen útiles valiosos para el estudio de la institución. De ahí que el método comparado⁴ se nos desvele como una vía de conocimiento privilegiada a tener en cuenta en la reforma de las instituciones nacionales cuando las sociedades comparten problemas similares a los que se intenta dar respuesta desde la política legislativa interna. A pesar de la importancia de este utillaje de estudio comparado, no es este un trabajo que realice la descripción de sistemas foráneos – algo que, por otra parte, ya existe en el panorama doctrinal nacional y extranjero⁵- sino una herramienta de conocimiento de nuestro Ministerio Fiscal aquejado en la actualidad

⁴ Sigo el planteamiento de CAPPELLETTI, Mauro en su *Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia* en su obra *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1969. No se trata solamente de describir determinada institución en los ordenamientos extranjeros, lo que sí es habitual realizar a modo de introducción del estudio de la institución nacional. No ha sido muy habitual en la doctrina española la utilización de la comparación como método de investigación y conocimiento, quizás en parte por lo reciente de nuestra Constitución y la aún más reciente preocupación doctrinal por el Poder Judicial.

⁵ Desde un estricto método comparado, en la literatura europea resulta ineludible la obra de PERRODET, Antoinette, *Étude pour un Ministère Public européen*, L.G.D.J, París, 2001. Esta sigue los pasos de una de las mayores expertas europeas en sistemas judiciales comparados: la profesora Mireille DELMAS-MARTY que dirigió el estudio *La Mise en état des affaires pénales*, Rapport de la Commission Justice Pénale et droit de l'Homme, *La documentation française*, janvier 1991, pág. 225 (disponible en línea en www.ladocumentationfrancaise.fr). En Italia, destacan los estudios comparados de DI FEDERICO, Giuseppe y GUARNIERI, Carlo. En nuestro país, todos los trabajos que se han ocupado de la naturaleza del Ministerio Fiscal recientemente han mirado fuera de nuestras fronteras. Destacaré los estudios de DÍEZ PICAZO, Luis María, reunidos en su libro *El Poder de Acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000 y el trabajo de BASTARRECHE BENGEOA, Tomás, *Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y España*, Centro de Estudios Jurídicos-Aranzadi, Navarra, 2010.

de una considerable indefinición que deberá aclararse al tiempo que se refuerza su papel en un nuevo proceso penal⁶.

He optado por el estudio de sistemas integrados en una común familia o tradición jurídica⁷. Dentro de cada tradición jurídica, un sistema jurídico vendría dado por el “conjunto de instituciones, procedimientos y normas en los que se han fragmentado las distintas familias jurídicas”. Estos sistemas dentro de cada familia jurídica comparten cosas relevantes que, a su vez, los diferencian de las otras familias. Por este motivo, son particularmente objeto de atención en este trabajo los sistemas francés e italiano de acusación pública. Son éstos claros exponentes ilustrativos de la tradición jurídica continental, *civil law*, frente a la tradición anglosajona o de *common law*⁸. La tradición jurídica se relaciona estrechamente con el concepto de cultura jurídica, haciendo referencia con ésta tanto a la relación vivencial del ciudadano con el derecho como a la cultura profesional en la que

⁶ Está sobre la mesa la propuesta de *Código Procesal Penal* elaborada por una Comisión de expertos *ad hoc* presidida por el magistrado del Tribunal Supremo D. Manuel MARCHENA GÓMEZ (Resolución de 8 de marzo de 2012 de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia por la que se publica el acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se crea una Comisión institucional, para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal).

⁷ Siguiendo a John Henry MERRYMAN: *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Giuffrè editore, Milán, 1973, podemos definir tradición jurídica como “conjunto de comportamientos profundamente enraizados, históricamente condicionados, sobre la naturaleza del Derecho, el papel del Derecho en la sociedad y en la estructura política, sobre la organización y el funcionamiento de un sistema jurídico y sobre el modo en que el Derecho es y debe ser, creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado”.

⁸ De esta misión común participan también los sistemas de acusación pública de la tradición anglosajona, sin embargo, la potenciación de unos fines sobre otros del proceso y la consecuente distribución de roles en el seno del mismo, así como los perfiles propios de la magistratura en los ordenamientos de *common law* acaban por arrojar modelos diferentes de Ministerio Público. Sobre la fiscalía americana véase el estudio de DÍEZ PICAZO, Luis María, en su libro *El Poder de Acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000 págs. 85 a 108 publicado antes en la revista *Claves de la Razón Práctica* coincidiendo con los episodios que rodearon al Presidente de los Estados Unidos, Bill CLINTON en el asunto Lewinsky.

juegan un papel importante los modelos organizativos. Existe una cultura común⁹, unos valores constitucionales compartidos sobre el papel de la justicia en los distintos ordenamientos, de la que participa tanto la sociedad como los propios profesionales del Derecho y que preside las reflexiones en torno al Ministerio Público en los ordenamientos objeto de estudio.

En el terreno de la organización del poder, en la Europa Continental, sigue pesando un modelo de organización vertical del Poder. Esto es, un mayor peso del Estado aparato y un perfil burocrático de la magistratura, que se opone a los rasgos que definen la justicia en los países de la tradición anglosajona o de *common law*.

En relación con la justicia penal, la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo ha jugado un importante papel integrador en la interpretación de los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma sobre derechos de los detenidos y el proceso debido. Además, se trata de garantías que forman parte asimismo del acervo comunitario y que encuentran una plasmación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (DOCE 2000/C 364/01). Estas garantías proyectan sus exigencias también sobre el fiscal. Sin embargo, a pesar de las convergencias que se han producido entre el modelo de corte acusatorio anglosajón¹⁰ y los europeos de derivación inquisitoria, existe aún una clara línea divisoria entre las dos familias jurídicas. También si se atiende a los fines perseguidos por el proceso penal destaca en la tradición anglosajona la visión del *proceso como resolución de controversias* frente al *proceso como actuación de*

⁹ Sobre el concepto de cultura legal véase FRIEDMAN, Lawrence, "Is there a Modern Legal Culture", *Ratio Juris*, vol.7, n. 2, Julio, 117 a 131

¹⁰ En Inglaterra, sólo podemos hablar de la existencia de una estructura comparable de Ministerio Público desde 1985, fecha en que se instaura el *Crown Prosecutor Service*.

*directrices políticas*¹¹ -más visible en la tradición jurídica continental al conjugarse con la organización vertical o burocrática del poder-. Esta *summa divisio* –aun existiendo diferencias en la ordenación procesal francesa, italiana y española-¹² justifica un estudio centrado principalmente en los problemas de organización en el marco de la tradición jurídica continental.

La perspectiva global resulta imprescindible si advertimos la necesaria armonización de las instituciones que operan en los distintos ordenamientos en aras de una eficaz cooperación entre autoridades de distintos Estados y en la persecución de la criminalidad transnacional. Así, en el terreno institucional, la culminación de la integración europea pasará por hacer realidad la figura del Fiscal Europeo que prevé el artículo 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su versión consolidada del Tratado de Lisboa (artículo 69E)¹³.

¹¹ División propuesta por DAMASKA, Dirjan, en su magnífica obra, trabajada en su traducción italiana, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991.

¹² La ordenación del proceso penal en el continente europeo deriva históricamente del modelo inquisitorio que con el código napoleónico pasa a ser el proceso mixto, limitando el encuentro al juicio oral y manteniendo la *inquisitio* en la fase de instrucción. Mientras el proceso italiano, desde su reforma en 1988, responde a un modelo de corte tendencialmente acusatorio – garantías recogidas en el artículo 114 de la Constitución italiana- en el que la instrucción es confiada al fiscal; en Francia, sigue existiendo juez de instrucción en un ámbito circunscrito a los crímenes más graves. La reforma frustrada *Léger* al final del último mandato de Sarkozy como Presidente de la República francesa proponía su definitiva supresión.

¹³ La Comisión Europea propuso el pasado 17 de julio, a través de su Vicepresidenta y Comisaria de Justicia VIVIANNE REDDING, la creación de una Fiscalía Europea en 2015 con la competencia exclusiva de perseguir el preocupante fraude al presupuesto comunitario actuando ante la jurisdicción penal de los Estados miembros. El Fiscal Europeo sería nombrado por el Consejo por mayoría cualificada con el consentimiento del Parlamento Europeo y sobre la base de una lista de candidatos facilitados por la Comisión por un período no renovable de seis años. Sobre la futura Fiscalía Europea puede consultarse el trabajo dirigido en 2009 por ESPINA RAMOS, Jorge A. y VICENTE CARBAJOSA, Isabel, accesible en la documentación de la Fiscal Especialista en Cooperación Internacional, en fiscal.es.

Con una vocación garantista, organizaciones internacionales como Naciones Unidas o el Consejo de Europa han reflejado su preocupación por esta materia en numerosos textos. Entre éstos, prestaré particular atención a la Recomendación 19 (2000) del Consejo de Europa sobre “El papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal”¹⁴, de cuyo espíritu se nutren estas páginas, así como a las contribuciones originadas en el seno de la Red Europea y del Consejo Consultivo de Fiscales¹⁵. Estos textos no configuran ciertamente un modelo institucional de Ministerio Público único -lo cual resultaría precipitado, según las propias recomendaciones, dada la heterogeneidad que existe en la materia- pero sí establecen importantes directrices a tener en cuenta como mínimos a cumplir y que los Estados deberían recoger en sus legislaciones a la hora de organizar su acusación pública¹⁶.

Con este planteamiento sintéticamente expuesto en las páginas precedentes, mi tesis se estructura en cuatro capítulos. En el primero, me ocupo del reconocimiento constitucional del Ministerio Fiscal, su desarrollo legislativo y reglamentario. A continuación, abordo la misión del Ministerio Fiscal, poniendo especial énfasis en aquellas funciones

¹⁴ Recomendación 19 (2000) del Consejo de Europa sobre el Ministerio Público adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 6 de octubre del 2000. También he de citar la Recomendación 1604 (2003) sobre el papel del Ministerio Público en una sociedad democrática regida por el principio de la primacía del Derecho adoptada por la Comisión permanente, en nombre de la Asamblea del Consejo de Europa el 27 de mayo del 2003.

¹⁵ Principalmente, el Informe nº 12 (2009) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos e Informe nº 4 (2009) del Consejo Consultivo de Fiscales Europeos sobre “Jueces y Fiscales en una sociedad democrática” a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa, texto conocido como *Declaración de Burdeos*.

¹⁶ La Red de Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de la Unión Europea es una Asociación Internacional que reúne desde 2009 a los Fiscales Generales o Instituciones equivalentes ante los Tribunales Supremos de los Estados miembros de la Unión Europea. Esta red se ocupa de cuestiones relativas a las legislaciones nacionales. El “Foro Consultivo de Fiscales Generales y Directores de Acción Penal de la Unión Europea ” se centra por su parte en cuestiones de política legislativa penal europea aportando su opinión a las Instituciones de la Unión Europea cuando al efecto sea requerido.

que tienen relación con el *ius puniendi* del Estado. Luego estudio los principios de actuación del Ministerio Fiscal con especial dedicación siempre a su función acusatoria en el proceso penal. En el segundo capítulo, me detengo en el estudio de la organización de Ministerio Fiscal, en el estatuto personal de los fiscales y en la posición de los fiscales en el seno de la institución. En el tercero, analizo la relación del Ministerio Fiscal con el poder político, particularmente a través del Fiscal General del Estado, primero con el Gobierno, después con el Parlamento. Finalmente, en el último capítulo, intento reconducir el régimen estudiado al objeto de caracterizarlo como autoridad judicial independiente, modelo que vendrá a dar respuesta a las exigencias de independencia y responsabilidad en la peculiar configuración del Ministerio Fiscal en el ordenamiento jurídico español. Con ese propósito lo contrastaremos con las experiencias francesa e italiana que concretan en la práctica sendos modelos, dependiente e independiente, de Ministerio Público.

CAPÍTULO I

EL MINISTERIO FISCAL COMO INSTITUCIÓN DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

1. SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

La Constitución española, en su Título VI, relativo al “Poder Judicial”, dedica al Ministerio Público el artículo 124¹⁷ que, en sus cuatro apartados, reconoce: en primer lugar, la misión específica del Ministerio Fiscal; en segundo lugar, consagra sus peculiares principios de actuación; en su tercer apartado, remite al legislador ordinario su desarrollo normativo; y en el último, atiende expresamente al Fiscal General del Estado –máximo representante de la institución-, previendo una fórmula de nombramiento gubernamental para el mismo.

1. 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.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del ministerio fiscal.

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.

¹⁷ Otros cuatro preceptos constitucionales hacen referencia al Ministerio Fiscal: el artículo 126, que establece la dependencia de la policía judicial en el ejercicio de sus funciones de los Tribunales y del Ministerio Fiscal; el artículo 127, que prohíbe a jueces y fiscales la militancia política y sindical garantizándoles el derecho de asociación profesional; el artículo 76, sobre la comunicación al Ministerio Fiscal del resultado del trabajo de las Comisiones de Investigación Parlamentarias para el ejercicio de las acciones que procedan; y el artículo 162, que lo incluye entre los legitimados para interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en defensa de los derechos fundamentales.

El legislador cumplió pronto el mandato que el constituyente le encomendó en el tercer apartado del artículo 124 interpretando que, conforme a la tradición, debía ser una norma específica la que satisficiera la reserva de ley. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal fue aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, derogando la norma que desde tiempos de Primo de Rivera regulaba el Ministerio Fiscal, el Estatuto del Ministerio Fiscal aprobado por Real Decreto de 21 de junio de 1926.

Esta ley viene a ser en palabras del Consejo Fiscal “un texto de referencia donde sin duda conviven la tradición orgánica y organizativa del Ministerio Público y de la Carrera Fiscal, con los nuevos principios derivados de la Carta Magna”¹⁸. Estaríamos claramente ante un texto de transición¹⁹ que ha sufrido numerosas modificaciones hacia un modelo aún inacabado.

De las numerosas modificaciones “sufridas” hasta la fecha por el Estatuto Orgánico²⁰, la más importante ha sido la acontecida a través

¹⁸ En su informe al proyecto de Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 29 de septiembre de 2011.

¹⁹ Tomo la expresión de “ley de transición” de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRIGUEZ en su artículo sobre “Los poderes normativos del Banco de España”, pág. 12 en *Revista española de Derecho bancario y bursátil*, 1984, nº 13.

²⁰ Por Ley 5/1988, de 24 de marzo, por la que se crea la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico de Drogas; por Ley 10/1995, de 24 de abril por la que se crea la Fiscalía Especial para la Represión de los delitos Económicos relacionados con la Corrupción; por la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se modifica el artículo 42; por Ley 12/2000, de 28 de diciembre, por Ley 14/2003, de 26 de mayo, que tuvo un gran alcance; por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; por la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; por Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que integra en el seno del Consejo

de la Ley 24/2007, de 9 de octubre. El objeto principal de esta ley fue garantizar en mayor medida la autonomía del Ministerio Fiscal, que se calificará como órgano de relevancia constitucional *ex nunc*, reforzando la posición del Fiscal General del Estado, que ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal representándolo en todo el territorio del Estado.

La Ley 50/1981, de 30 de diciembre, facultó en la disposición final primera al Gobierno para su desarrollo reglamentario²¹. El cumplimiento de esta remisión reglamentaria se ha ido postergando por lo que sigue aún vigente el Decreto 437/1969, de 27 de febrero, en todo aquello que no contradice a la Ley y conforme a la interpretación que la normativa interna del propio Ministerio Fiscal ha realizado del mismo²².

Llama la atención el carácter ordinario de la Ley a la que el constituyente reserva su regulación, a diferencia de órganos auxiliares como el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas o el Consejo de Estado que cuentan con específicas reservas de ley orgánica²³. Además, si atendemos a la literalidad del texto constitucional, ni siquiera se hace referencia a una ley singular.

Fiscal la Comisión de Igualdad; por Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica gran parte del articulado; y por la Ley 13/2009, 13 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la oficina judicial.

²¹ Además de los Reales Decretos de plantilla hemos de citar el Real Decreto 437/1983, de 9 de febrero, sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal, modificado por los Reales Decretos 572/1987, de 30 de abril y 232/2005, de 4 de marzo, y por la Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2006 que declaró nulo el párrafo segundo del artículo 20; y el Real Decreto 93/2006, que regula el sistema de información del Ministerio Fiscal, dictado en uso de la habilitación que introdujo la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por la ley 19/2003, de 23 de diciembre.

²² Aunque no está claramente delimitado el ámbito de actuación de los distintos instrumentos de dirección interna, circulares, instrucciones y resolución de consultas, parece que el más idóneo en este sentido es la instrucción. Por su importancia, podemos citar, *vgr.*, la Instrucción 1/1987 de la Fiscalía General del Estado sobre *Normas de funcionamiento interno* (puede consultarse en www.fiscal.es).

²³ Véanse los arts. 54, 107 y 136.4 CE.

En la práctica, como se apuntaba más atrás, se ha concebido el Estatuto como una ley orgánica en sentido material, dirigida a completar la regulación constitucional que en sus trazos fundamentales define la institución como organización de relevancia constitucional. La no exigencia de una mayoría cualificada para su aprobación debería suplirse con una voluntad ampliamente consensuada. En cualquier caso, hoy día, parece que esta opción del constituyente obedeció a demandas corporativas de los fiscales. Hubiera sido más racional, a mi modo de ver, volver a la regulación bajo una misma norma, de Poder Judicial y Ministerio Fiscal, como sucedió bajo la Ley Provisional del Poder Judicial de 1870²⁴ y es habitual en el Derecho comparado, lo que no prejuzga un régimen común y una unificación de las carreras judicial y fiscal.

Incluso, desde el punto de vista de la distribución de competencias en el marco de un Estado descentralizado políticamente como el nuestro, la regulación a través de Ley Orgánica reforzaría el carácter estatal de la Institución –única para todo el Estado–, dado que sólo las Cortes Generales pueden aprobar una ley con tal carácter.

Si bien no puede afirmarse que el Ministerio Público sea un órgano necesario en la arquitectura constitucional del Estado, a tenor de las clasificaciones tradicionales de los tipos de órganos estatales, sí que se ha ganado ocupar, al menos, un lugar de relevancia constitucional, lo cual conllevará consecuencias importantes. En la historia constitucional española no se incluyó con protagonismo propio en los textos constitucionales hasta la II República. Es el Estado democrático el que ha traído consigo esa atención expresa al Ministerio Público.

El artículo 124 de la Constitución de 1978 viene a ser una norma conciliadora. En las transiciones de consenso aquello que

²⁴ Esta ley dedicaba al Ministerio Fiscal su título XX, arts. 763 y ss.

integra la cultura judicial es renuente al cambio²⁵. El constituyente aún bajo la reconocibilidad de las misiones que al Ministerio Fiscal se encomiendan –remedo de las que tradicionalmente le han sido propias– dos visiones opuestas de la que debiera ser la relación de esta Institución con el Gobierno. Es así que en la redacción definitiva del artículo 124 se obvia cualquier definición de la institución que optara por una ubicación cierta del Ministerio Público en el entramado organizativo del Estado. Esta elusión satisfizo, de una parte, a los que en los trabajos constituyentes pusieron de manifiesto una voluntad continuista con el régimen jurídico anterior al pensar que la propia naturaleza del Ministerio Fiscal llevaba implícito su carácter de órgano de comunicación entre Ejecutivo y Poder Judicial; y, de otra, a aquéllos que abogaron por la ruptura con la situación anterior de dependencia gubernamental que, aunque no se afirmaba categóricamente, se entendía incompatible con la sujeción en todo caso de los fiscales en su actuación a la legalidad y a la imparcialidad. La clave estaría en la posición del Fiscal General del Estado, representante máximo de la institución que, conforme a la Constitución, es nombrado por el Gobierno.

Este precepto representa el punto de llegada de una tradición secular que abre un amplio campo de configuración al legislador para construir definitivamente lo que el constituyente no alcanzó a cerrar en su búsqueda de un modelo constitucional consensuado. Con la Constitución de 1978, el Ministerio Fiscal, a través de la actualización que el legislador democrático ha ido realizando de la voluntad constitucional, se presenta como una organización de relevancia

²⁵ Sobre el argumento véase GARZÓN VALDÉS, Ernesto “El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 18, 2003, págs. 27 a 46.

constitucional²⁶. El legislador en 2007 así lo ha calificado en el nuevo artículo 2 del Estatuto.

El atributo de la relevancia constitucional, expresamente conferido, viene a reconocer al Ministerio Fiscal una autonomía en el ejercicio de sus cometidos. La relevancia constitucional expresa del Ministerio Público ha trasladado al nivel constitucional la discusión sobre su configuración, trasmutando su naturaleza legal o administrativa en constitucional. Esta relevancia constitucional entraña, pues, una garantía frente al legislador al tiempo que reconoce su participación en el *indirizzo* constitucional desde una posición de relativa independencia o autonomía con respecto a otros órganos constitucionales. En la dimensión institucional, dicha autonomía se ve reforzada al contar el Ministerio Fiscal con personalidad jurídica propia desde la reforma 2007, personificación que contrasta con otras organizaciones que no la poseen²⁷.

2. LA MISIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

El Ministerio Fiscal tiene, conforme al apartado primero del artículo 124 del texto constitucional, la misión 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, 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. Esta misión se concreta en toda una panoplia de funciones, y atribuciones al efecto,

²⁶ Sobre el concepto de órgano de relevancia constitucional *vid.* CHELI, Enzo. “Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (Appunti per una definizione)” en *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, Módena, 1965, pág. 61 y ss.

²⁷ Sobre el argumento, véase SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas”, *Revista de Derecho Político*, núm. 9, primavera 1981, págs. 7 a 20.

que el legislador, ya sea en el Estatuto, en el ordenamiento procesal o en otras leyes, le encomienda²⁸.

La complejidad funcional típica de la institución se observaba ya en el Reglamento Provisional de la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835. Los fiscales y los promotores fiscales –aún no había referencia explícita en dicha norma al Ministerio Fiscal como institución unitaria- tendrían entre sus atribuciones “la defensa de los intereses de la Corona, la acusación por delitos públicos en el proceso penal y la vigilancia del correcto funcionamiento de la administración de justicia advirtiéndole de las irregularidades, abusos y dilaciones en la llevanza de los asuntos”. Se circunscribe la actuación de los fiscales al ámbito de la causa pública lo que luego se definirá como interés público²⁹.

En el terreno penal, ese interés público se corresponderá con la defensa de la sociedad afrentada por el delito³⁰ pero también al interés público se reconducirá su intervención en otras causas. Como una especie de ese interés público aparecerá con el tiempo el interés social que potenciará la concepción del fiscal como defensor de los derechos

²⁸ Para conocer a fondo la misión y el elenco de funciones y competencias que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal confiere al Ministerio Fiscal véase el exhaustivo y brillante trabajo de FLORES PRADA, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, págs. 383 a 488.

²⁹ Vid. DÍEZ PICAZO, Luis María, *El poder de acusar*, op. cit., pág. 145.

³⁰ Afirmaba el artículo 101 del Reglamento Provisional de la Administración de Justicia que “los fiscales y los promotores fiscales, como defensores que son de la causa pública y de la Real jurisdicción ordinaria y encargados de promover la persecución y castigo de los delitos que perjudican a la sociedad, deberán apurar todos los esfuerzos de su celo para cumplir bien con tan importantes obligaciones; pero no se mezclarán en los negocios civiles que sólo interesan a personas particulares, ni tampoco en las causas sobre delitos meramente privados en que la ley no da acción sino a las partes agraviadas”. Consultado en PAREDES, Javier, *La organización de la justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial 1834-1870*, Civitas, Madrid, 1991.

de los ciudadanos y su particular cariz tuitivo³¹. El artículo 104 de la Constitución republicana disponía que el Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. En el artículo 35 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 se alude también expresamente a la satisfacción del interés social que habrá de procurar el Ministerio Fiscal ante los Tribunales. En el régimen franquista dicha referencia conectaba con el artículo 3 de la Ley Orgánica del Estado que señalaba como fin fundamental del Estado la promoción de “un orden social justo en el que todo interés particular quede subordinado al bien común”. A mi modo de ver las Memorias de la época ponen de manifiesto en relación con la defensa del interés social una preocupación por los más débiles a la manera de un Estado de beneficencia. Ese interés social en un Estado democrático contiene un potencial enorme que, especialmente, se va reflejar en la intervención del Fiscal en los órdenes jurisdiccionales civil y social.

La Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870, que en su artículo 763 disponía que el Ministerio Fiscal tendría la representación del Gobierno en sus relaciones con el poder judicial, acorde con la herencia histórica como defensor de la Corona y del Fisco, recogía entre las atribuciones del Ministerio Fiscal la representación y la defensa de la Administración y de los establecimientos públicos de instrucción y beneficencia³². En 1881 se creó la Abogacía del Estado y comenzará un proceso de detracción de estas competencias que no culminará hasta que en 1956 se aprueba la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa en la que desaparece totalmente el Ministerio Fiscal como defensor de la Administración. Precisamente la

³¹ Nota de esta preocupación es que la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1882 en su artículo 105 *in fine* se refiriera a la actuación por el Ministerio Fiscal en defensa de la honestidad, cuestión eminentemente privada, que adquiere relevancia pública cuando afectaba a personas desvalidas o faltas de capacidad.

³² *Cfr.* artículo 838.4º de la Ley Provisional de 1870 “...en las cuestiones en que sean parte, ya demandante, ya demandada”.

razón que condujo a ello se cifraba en la naturaleza patria del Ministerio Fiscal siempre defensor de la legalidad y de la sociedad concebido como órgano de justicia³³. Siempre he pensado que el verdadero interés de la desaparición de esta competencia en la historia constitucional del Ministerio Fiscal más que un argumento para explicar el Ministerio Fiscal preconstitucional como un exponente de un Ministerio Fiscal en la órbita del Poder Ejecutivo podía servir en apoyo de su carácter judicial. Su naturaleza de parte imparcial no le permitía ser el defensor eficaz de los intereses de la Administración en el proceso que eran intereses parciales y por tanto no siempre coincidentes con el interés de la ley y justicia.

Ello no significa, por supuesto, que el Ministerio Fiscal funcionara al margen del Ejecutivo, al que la división de poderes encomienda la ejecución de las leyes emanadas del Parlamento. El modelo de Administración de Justicia anterior a 1978 que comienza a moldearse a partir de la regencia de M^a Cristina -época decisiva para la organización de la Administración española y en particular en lo relativo a la organización de la Administración de Justicia-, como obra de la burguesía liberal y moderada³⁴ es evidentemente una justicia controlada por el Poder Ejecutivo pero no tanto porque los intereses que el Ministerio Fiscal hubiera de trasladar al proceso fueran los del Gobierno sino porque la administración de justicia en sí misma considerada, su funcionamiento, entraba dentro de las competencias naturales del Ejecutivo. Precisamente, es, a mi juicio, a partir de su misión como garante del proceso -especialmente de las causas penales- y en general de las normas orgánicas y procesales en materia de Justicia que, a mi modo de ver, se explicará en gran medida el modelo

³³ Vid. MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *La Defensa en Derecho del Estado*, Civitas, Madrid, 1986, pássim.

³⁴ Para el conocimiento de esta época véase la magnífica obra de Alejandro NIETO GARCÍA, *Los primeros pasos del Estado constitucional : historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 2006.

dependiente de Ministerio Fiscal en nuestra historia constitucional. Claros exponentes de ello serán las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo en la época franquista las cuales justifican, anclan, precisamente en esta misión, la naturaleza del Ministerio Fiscal como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales. Como afirmara el Fiscal del Tribunal Supremo D. Idelfonso Alamillo Salgado en la Memoria de 1957, esa misión de vigilancia del Poder Judicial, con vistas al supremo interés nacional, justificaba una mayor intervención del fiscal en la inspección de los sumarios y cumplir con la misión de evitar con los medios que le proporcionan las leyes las irregularidades, prácticas viciosas debiendo cuando no puedan obtener su remedio, ponerlo en conocimiento de la Fiscalía del Tribunal Supremo para que ésta a su vez participe al Tribunal Supremo y al Gobierno la anormalidad”.

Lógicamente, esa misión del Ministerio Fiscal como vigilante del Poder Judicial no puede persistir en el modelo constitucional porque *ex Constitutione* el modelo de gobierno del Poder Judicial y la independencia del Juez no se compadecen con esa labor del Ministerio Fiscal. Es más, no se compadece con un Ministerio Público que ya no es el órgano de comunicación del Gobierno con el Poder Judicial sino un órgano que, desde una posición de autonomía, promueve la acción de la justicia en defensa de la legalidad y, desde ésta, y entre sus funciones, el constituyente singulariza la defensa de los derechos de los ciudadanos y la independencia de los Tribunales.

Si en determinadas épocas se ha concebido al Fiscal como un agente económico³⁵, administrativo³⁶ y procesal. Con el tiempo, en el

³⁵ Merece la pena para todo aquél que desee conocer desde un punto de vista histórico al Ministerio Fiscal la consulta de la Memoria presentada por D. Victor COVIÁN Y JUNCO al Gobierno de S.M. el Rey D. Alfonso XII, el día 15 de septiembre de 1921. Precisamente es de este Fiscal del Tribunal Supremo que he tomado la expresión de agente económico que utiliza para referirse a los primeros cometidos que ostentara el fiscal en sus orígenes históricos. ¿Volveremos a un fiscal defensor de los intereses hacendísticos a través del nuevo Fiscal Europeo? Merecerá la pena retrotraerse en la historia y leer la

ordenamiento español ha ido circunscribiendo sus cometidos al proceso. De hecho, bajo cierta perspectiva, en gran medida es él el dueño del proceso: de él va a depender el tipo de procedimiento, la competencia del juez, la garantía del proceso debido y delimitará el objeto sobre el que el juez deba resolver.

El estudio de sus funciones no es el objeto de este trabajo. El objeto de este trabajo es analizar en qué medida las funciones que se le atribuyen en concreción de su misión en el ordenamiento constitucional exigen una posición determinada de la institución en el ordenamiento. Es la organización la que debe seguir a la función a tenor de los principios conforme a los que ésta se ha juridificado para garantizar la consecución del que podemos denominar fin propio de la institución. Definiré este fin como la defensa del interés público en el proceso. Cómo se defiende y a quién corresponde definir ese interés público constituyen en definitiva el curso de un análisis que se centrará particularmente en los aspectos institucionales y organizativos.

2.1. La defensa del interés público en el proceso

2.1.1. Planteamiento

El interés público se defiende tanto en lo que hace a la legislación sustantiva, principalmente la penal, como en lo relativo a las normas orgánicas y procesales en cuestiones de justicia. Es decir, de un lado, el fiscal insta la aplicación de la ley sustantiva; de otra, vela para que esto se haga de manera pronta, cumplida y sin irregularidades, ni de orden competencial ni de orden procesal. El proceso, la jurisdicción y la competencia de los Tribunales constituyen en sí mismos un interés

obra de MARTÍN GAITE, Carmen, *Melchor de Macanaz, otro paciente de la Inquisición*, DestinoLibro 163, 1969.

³⁶ En las cuestiones de orden público el *procureur* francés comparativamente ha tenido mucha más importancia históricamente que el español.

público del que el ordenamiento jurídico español hace garante activo al Ministerio Fiscal³⁷.

Los cometidos del Fiscal en el proceso se concretan principalmente en facultades de naturaleza requirente, ejerciendo las acciones que procedan u oponiéndose a las indebidamente planteadas. Son supuestos en los que el fiscal, como parte, demanda la tutela judicial efectiva ante los Tribunales, actuá en una posición postulante. Lo analizaré con mayor detenimiento luego en relación con el orden penal, donde cumple su función por antonomasia, el ejercicio de la acción penal. En otras ocasiones, aunque no sean determinantes, a mi modo de ver, de la naturaleza del fiscal, le corresponde informar o dictaminar al juez en el proceso cumpliendo una función de *amicus curiae*³⁸. Otras de sus atribuciones pueden reconducirse a la función inquiriente que desarrolla en la dirección de la investigación de conductas presuntamente delictivas para lo que dispone de la policía judicial.

El Ministerio Fiscal constituye una pieza esencial del Estado de Derecho contribuyendo de manera decisiva a la defensa del ordenamiento jurídico, garantizando la efectividad de las normas y procurando una interpretación unitaria del ordenamiento al promover la acción de la justicia conforme al principio de unidad de actuación³⁹. Con ello contribuye a garantizar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, exigencias esencialmente vinculadas a la idea del Estado de Derecho. Esta funcionalidad se ve reforzada por la ubicua presencia del Ministerio Público en todos los órdenes jurisdiccionales,

³⁷ Incluso el Ministerio Fiscal interviene, también, en los procedimientos de exigencia de responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados.

³⁸ Que incluso se ha llegado a justificar históricamente en una mayor sabiduría de los fiscales para ayudar al juez en la toma de su decisión. *Vid. Memoria de Covián y Junco*

³⁹ “La trascendencia de este principio de relevancia constitucional expresa excede de su función vertebradora de la actividad del Ministerio Fiscal” (Instrucción 1/2005).

incluido el constitucional. Me referiré a continuación brevemente a su actuación en los distintos órdenes para luego centrarme en sus cometidos en el orden jurisdiccional penal. Resulta fundamental, en definitiva, la contribución del Ministerio Fiscal al fin del Estado de conservación y estabilización del ordenamiento jurídico⁴⁰.

2.1.2. Actuación ante la jurisdicción constitucional

Con su intervención ante el Tribunal Constitucional el Ministerio Fiscal contribuye a la unidad en la interpretación del Derecho completando su actuación en los distintos órdenes jurisdiccionales con su participación en la elaboración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, las memorias del Ministerio Fiscal resaltan el alto grado de conformidad del Tribunal con la institución fiscal lo que pone de manifiesto, sin duda, que el Ministerio Fiscal se ha imbuido de los valores constitucionales y que cumple sus misiones propias no sólo como defensor de la legalidad sino como defensor de la legalidad constitucional y los derechos de los ciudadanos. Esto es importante y altamente positivo y revelador de la labor didáctica del alto tribunal con respecto a la actuación de todos los poderes públicos en el marco constitucional. Tampoco hemos de pensar que su disconformidad jurídica con el parecer del juez, ya sea éste el constitucional o el ordinario, sea algo anormal en el desarrollo de un determinado proceso, más bien forma parte de la esencia partida y deliberativa del mismo. Debemos referirnos a su intervención en el control indirecto de constitucionalidad de las leyes a través de las cuestiones de inconstitucionalidad y en los procesos de amparo.

A) PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

El Ministerio Público no ostenta legitimación activa en el recurso de inconstitucionalidad. “Como portador del interés general y difuso, que no es el interés de la víctima concretamente lesionada, sino que es

⁴⁰ ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958.

la representación de ese interés nacional y ciudadano, que puede tener la masa general, de que las leyes no constitucionales no reciban aplicación a la realidad de la vida” justificaba el diputado Sánchez Román⁴¹ en las constituyentes de 1931 la legitimación del Ministerio Fiscal reconocida en el artículo 123 de la Constitución republicana para acudir al Tribunal de Garantías Constitucionales⁴².

A diferencia del legislador de la segunda República, el Constituyente en 1978 no ha otorgado al defensor público de la legalidad ante el Poder Judicial la legitimación para instar la actuación del Tribunal Constitucional en defensa de la ley suprema.

Esto fue objeto de crítica por algunos autores que consideraban paradójico que el Ministerio Fiscal no ostentara esa legitimación que se entendía acorde con su alta misión constitucional y sí la ostentara el Defensor del Pueblo al que su posición de comisionado parlamentario parecía no adecuarse esta atribución⁴³.

En cualquier caso, puede extrañar que una institución tan elástica funcionalmente como ha resultado ser el Ministerio Fiscal, al que se le ha ido atribuyendo todo tipo de heterogéneas competencias en los más diversos ámbitos, no tenga atribuida esa función. Ello hubiera propiciado una mayor cercanía a los ciudadanos que tienen vedado el recurso directo contra leyes. También, de alguna manera, hubiera contribuido a una imagen del Ministerio Fiscal más distanciada del Gobierno, aunque en la lógica opuesta pudiera conllevar un alto riesgo

⁴¹ Cfr. OLIVER ARAUJO, Juan, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1991, pág. 227.

⁴² Conforme al artículo 30.3 de la Ley de 14 de junio de 1933 cuando el Ministerio Fiscal estimara que la ley aplicable a un caso concreto podía ser contraria a la Constitución debía interponer recurso de inconstitucionalidad. Estamos ante un control suscitado a partir de la aplicación de la ley en un caso concreto y no de un control directo y abstracto de la constitucionalidad de la ley, al margen de la aplicación de la misma.

⁴³ Véase MONTORO PUERTO, Miguel, “Funciones del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional”, *Revista de Administración pública*, 1980, nº 91, págs. 171 a 192.

de politización si ostentara legitimación activa para llevar al Tribunal Constitucional una Ley, expresión de la mayoría parlamentaria⁴⁴. De alguna forma, negándole esta legitimación se le protege de entrar en la confrontación política que puede latir tras el control abstracto de la ley.

El Ministerio Fiscal interviene de una forma destacada en el llamado control indirecto, concreto o incidental⁴⁵ y lo hace en los dos niveles, en el del juez *a quo* y en el del juez *a quem*. Ello redundaría en la armonización de la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria acorde con la naturaleza de la cuestión de inconstitucional como mecanismo de conexión entre sendas jurisdicciones (*ex* STC 17/1981, de junio). Por otra parte, también plantea una interesante comunicación entre las Fiscalías territoriales y la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional siendo a ésta última a la que corresponde fijar posiciones sobre el fondo del asunto pudiendo impartir instrucciones a la fiscalía *a quo* sobre el contenido del informe que debe emitir.

El Ministerio Fiscal deberá ser oído en todo caso por el juez antes de dictar el auto en el que eleve la cuestión. No corresponde al fiscal en ese momento procesal pronunciarse provisionalmente sobre el planteamiento de una cuestión no promovida por el órgano

⁴⁴ En la regulación que del tema se hizo bajo la Constitución de 1931, si, conforme a la estructura tradicionalmente jerárquica, era lógico que tal facultad recayese en el Fiscal General, que podía por su parte delegar la interposición del recurso en cualquier otro fiscal, desde el punto de vista de la independencia del Ministerio Fiscal respecto al Gobierno se advierte que el Ministerio de Justicia no jugaba ningún papel al respecto por lo que la interpretación de la conformidad o no de la ley que al Ministerio Fiscal le correspondía defender y por tanto la defensa de la Constitución que se le encomendaba era de su exclusiva competencia sin injerencia del Ejecutivo en dicha función. Sería por tanto un importante argumento en que apoyar la independencia funcional del Ministerio Fiscal respecto al Gobierno al menos en el modelo normativamente diseñado en el texto de 1931 que señalaba que el Ministerio Público disfrutaría de similares garantías que la Administración de Justicia.

⁴⁵ La normativa interna se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la intervención del Ministerio Fiscal en las cuestiones de inconstitucionalidad. Véase la instrucción 2/2012.

jurisdiccional. Su posición proactiva supondría la entrada del fiscal en un terreno que a él no corresponde. No le corresponde tampoco al representante fiscal entrar en el fondo del asunto en este momento salvo que exista una posición del Ministerio Fiscal ya asentada en determinado sentido. El Tribunal Constitucional podrá rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada según el apartado 1º del artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El dictamen de fondo corresponde por imperativo legal al Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Constitucional conforme al apartado 3º del mismo artículo.

Para que un fiscal que intervenga en un proceso determinado pueda proponer el planteamiento de una cuestión deberá recabar la conformidad de la Fiscalía General. Son cautelas todas ellas perfectamente coherentes con la naturaleza unitaria del Ministerio Fiscal que quedaría profundamente resquebrajada si un fiscal *uti singuli* cuestionara la constitucionalidad de la ley que le corresponde por su misión precisamente defender.

B) RECURSO DE AMPARO

El artículo 162 de la Constitución reconoce legitimación activa⁴⁶ al Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo por vulneración de los derechos fundamentales junto al Defensor del Pueblo y al que ostente interés legítimo. Esta legitimación no queda condicionada a la exigencia de haber actuado el Ministerio Fiscal como parte en el proceso judicial antecedente. Esto es coherente con el reconocimiento de esta legitimación en razón de su naturaleza institucional y las funciones que

⁴⁶ *Vid* el estudio jurisprudencial de Fernando DOMÍNGUEZ GARCÍA: “La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol.100, núm. 3, 2001, págs. 113 a 145.

la Constitución le reconoce. Su legitimación no se vincula a su posición de parte en el proceso lo que amplía considerablemente la posibilidad de actuar del Ministerio Fiscal en el amparo constitucional que en caso de circunscribirse a tal condición como parte procesal se limitaría prácticamente a su actuación en el proceso penal. Como tempranamente señaló el Tribunal Constitucional el *ius agendi* que constitucionalmente tiene reconocido el Ministerio Fiscal en el amparo constitucional “defiende ciertamente derechos fundamentales pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos” (STC 86/85, de 10 de julio).

Considero que ésta debe ser la genuina función del Ministerio Fiscal promotor del amparo y la que perfectamente refleja su misión institucional como defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, es decir, como defensor de un ordenamiento jurídico que tiene como eje los derechos fundamentales. La actuación del Ministerio Fiscal se vincula, por tanto, más a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que a la subjetiva, acorde a su condición de defensor del interés público y de la legalidad sustantiva que encuentra en la Constitución su norma suprema.

Resulta, sin embargo, criticable, que con fundamento en la dimensión objetiva de los derechos el Fiscal plantee un recurso de amparo que es la garantía última de protección de los derechos de los ciudadanos ante vulneraciones por parte de los poderes públicos “en contra de un particular” que se ha visto favorecido por la decisión de un poder público, en su caso una resolución judicial, que reconociera, equivocadamente según el Ministerio Fiscal, un derecho. Es lo que se conoce como “exceso de amparo”. Creo que se trata de una clara desvirtuación de este instrumento extraordinario de protección de los derechos fundamentales.

Más compleja me parece la intervención del Ministerio Fiscal en el recurso de amparo en aquellos supuestos en los que el Ministerio Fiscal actúa como valedor del derecho a la tutela judicial efectiva instando él el amparo. Me refiero concretamente a supuestos provenientes del orden jurisdiccional penal en los que el Ministerio Fiscal alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a raíz de una sentencia absolutoria o de una sentencia condenatoria que no ha sido ejecutada. En estos casos se produce, pienso, una grave desnaturalización del amparo constitucional que pretende convertir al Tribunal Constitucional en un tribunal de condena, de la misión que al Ministerio Fiscal corresponde en defensa de los derechos de los ciudadanos, como del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Este derecho no reconoce el derecho a obtener condenas y cuando el Poder Judicial ha considerado que un sujeto debe ser absuelto por falta de prueba capaz de destruir la presunción de inocencia, el Ministerio Fiscal no puede alegar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva para cambiar el sentido de la decisión del juez ordinario. El Tribunal Constitucional no es un órgano encargado de impartir justicia, actuando el *ius puniendi* estatal sino de controlar que el Poder Judicial actúa en todo caso respetando los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional debe actuar instado por un particular y no por el propio Estado a través del órgano encargado de la acusación pública. Como afirma CAAMAÑO en comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1994, de 12 de mayo⁴⁷ “El hecho de que los derechos fundamentales referidos al ámbito jurisdiccional del Estado se hayan configurado como verdaderas garantías procesales objetivas ha producido un fenómeno tan manifiestamente inconcebible desde la perspectiva histórica de los derechos fundamentales como un órgano de

⁴⁷ En el caso se trataba de un recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la inexecución de la condena *Vid.* CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *Jurisdicción y proceso constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 128.

la administración invoque tales derechos para pretender la nulidad de una resolución judicial favorable a un particular”.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 211/1994 (Fj2º), afirmaría que el recurso de amparo «no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aquellos actos, en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares». Y es lógico que sea así porque, de lo contrario, se invertiría el significado y función del recurso de amparo como medio de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos para convertirse en instrumento de los poderes públicos frente a los particulares⁴⁸.

Por último debo hacer mención al importante papel del Ministerio Fiscal en la regulación del recurso de amparo constitucional derivada de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo que introduce la “especial trascendencia” constitucional del recurso que la demanda de amparo debe justificar⁴⁹. De no concurrir tal trascendencia que justifique una decisión de fondo, conforme al artículo 50.1. b), el recurso será inadmitido. La providencia de inadmisión sólo puede ser recurrida por el Ministerio Fiscal en súplica en el plazo de tres días (art. 50.1.c) LOTC). Contra la decisión del Tribunal no cabrá recurso alguno. Si consideramos la finalidad de esta reforma, que refuerza la dimensión objetiva del amparo, el papel del Ministerio Fiscal como defensor del interés público que subyace a los derechos fundamentales cobra una renovada importancia.

⁴⁸ Cfr. DÍEZ PICAZO, Luis María en *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, págs 127 y 128 y 386 y 387.

⁴⁹ Sobre la especial trascendencia constitucional véase la STC 155/2009, de 25 de junio.

2.1.3. Intervención del Ministerio Fiscal en los órdenes jurisdiccionales civil, social y contencioso administrativo en defensa del interés público y social

En los procesos civil, contencioso-administrativo y social, la actividad del Ministerio Fiscal está sujeta a concretas autorizaciones legales, de modo que la norma debe prever expresamente su intervención.

Al igual que en el amparo constitucional, se prevé la participación del fiscal en el llamado amparo judicial. En todos los procesos, ya sean especiales como en el orden contencioso administrativo o en el social o la vía de protección por juicio ordinario en el orden civil, aparece el Ministerio Fiscal en defensa del interés público que subyace a los derechos fundamentales.

La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, a la que ya he hecho mención con el objeto de convertir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en una vía realmente subsidiaria de protección de los derechos fundamentales modificó el artículo 241.1 LOPJ dando nueva regulación al conocido como incidente de nulidad de actuaciones. De acuerdo con la Circular 2/2013 de la Fiscalía General del Estado se configura una “suerte de procedimiento tutelador de los derechos fundamentales que pudieran haber sido vulnerados en resoluciones judiciales firmes, en conexión con el art. 53.2 CE”. Especialmente problemática resulta la legitimación que corresponde “a quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo”. El Ministerio Fiscal no puede promover el incidente de nulidad de actuaciones cuando no ha sido parte ni ha debido serlo. Sí debería intervenir en los procesos contenciosos, civiles y sociales en que no haya sido parte cuando se le dé traslado para informar acorde con su función de defensa de los derechos de los ciudadanos (art. 3.3. EOMF).

Destaca la participación del fiscal en aquellos procesos en los que se dirimen asuntos que comprometen el interés social representado

en la defensa de colectivos que merecen especial protección como menores, incapaces, víctimas de lesiones en las relaciones de trabajo, consumidores. El proceso vendría a ser en estos supuestos un reequilibrio de una realidad desigual lo que relacionaría la intervención del Ministerio Público en estos casos claramente con el artículo 9.2 de la Constitución y el interés social que constitucionalmente le corresponde velar y que se concreta en los principios rectores de la política social y económica. En estos supuestos el principio dispositivo propio de la defensa de los intereses privados se ve desplazado por el principio de oficialidad en la defensa del interés público del que el interés social no es sino una especie y que encarna el Ministerio Fiscal. Estos cometidos han marcado siempre un acusado carácter tuitivo a la institución del Ministerio Público en nuestro país.

Tradicionalmente ha intervenido el fiscal en los procesos relativos al estado civil y en aquéllos en los que esté comprometida la defensa de menores, incapaces y desvalidos o mayores, como en el Derecho de Familia⁵⁰.

⁵⁰ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la materia en una importante sentencia, la 185/2012, de 14 de noviembre en un tema de candente actualidad en el Derecho de Familia como es la custodia compartida de los hijos a raíz de una separación o divorcio. En la sentencia se analiza, a raíz de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 92.8 del Código civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, si el informe favorable necesario para que el juez la determine en caso de oposición de los cónyuges vulnera el principio de exclusividad jurisdiccional garantizado en el artículo 117 de la CE. Mi opinión coincide con la de los magistrados que firman el voto particular discrepante ya que considero que la argumentación del Juez de la Constitución parte de una visión restrictiva del Ministerio Fiscal al declarar la nulidad parcial del precepto que supedita al informe favorable del Ministerio Fiscal la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad. Conviene advertir –así lo afirma la propia Sentencia de la que discrepo– que el precepto cuestionado se enmarca dentro de la regulación de un proceso específico en el que, a pesar de su naturaleza civil, se limita el consustancial principio dispositivo de tal jurisdicción porque no sólo están en juego los derechos e intereses de las partes sino que el resultado del litigio puede llegar a afectar al interés público.

En la actualidad, cobra cada vez mayor importancia su intervención el orden civil en defensa de los consumidores y usuarios⁵¹ en los que late un importante interés social. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social ha reforzado también su intervención⁵².

2.2. En particular, su intervención en la jurisdicción penal

Dentro de la compleja misión de defensa objetiva de la legalidad y del interés público ante los Tribunales, la función de mayor importancia -cuantitativa y cualitativa- del Ministerio Público es la promoción de la justicia penal y, dentro de ésta, principalmente, el ejercicio de la acción penal, es decir, la función acusatoria en el proceso penal.

El Ministerio Público da respuesta a dos necesidades o fines que constituyen la razón de ser de esta institución en el Estado constitucional y a los que da satisfacción en el cumplimiento de su misión específica de promoción de la justicia en defensa de la legalidad penal: uno es la defensa del interés público en la persecución de los delitos y, el otro, la garantía de un proceso debido. Tras su cometido, por tanto, se concilian derechos de la sociedad en su conjunto que garantizan la seguridad y la paz social al tiempo que se respetan los derechos fundamentales del individuo.

Se sitúa, así, en una posición que mira tanto a los fines generales de la comunidad y, por tanto, al plano de las decisiones colectivas -en definitiva de la política-, como al proceso como mecanismo de racionalización de la violencia en un Estado de Derecho

⁵¹ Circular 2/2010, acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios.

⁵² Instrucción nº4/2012, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la jurisdicción social.

en el caso concreto. Por ello, en el acusador público se expresan con singular claridad las delicadas relaciones entre poder y proceso⁵³.

En estos términos -conciliadores de la eficacia y la garantía de los derechos en la defensa de ley penal- lo define la Recomendación (2000) 19 *sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal*:

“On entend par “ministère public” l’autorité chargée de veiller, au nom de la société et dans l’intérêt général, à l’application de la loi lorsqu’elle est pénalement sanctionnée en tenant compte d’une part, des droits des individus et d’autre part de la nécessaire efficacité du system de justice pénale”

2.2.1. La defensa del interés público en la persecución del delito

El Ministerio Público es el órgano del que se sirve el Estado para ejercer su política de lucha contra la criminalidad que conduzca al restablecimiento del ordenamiento jurídico violado en casos concretos a través de procesos justos, dando respuesta con ello a las demandas de justicia de las víctimas y de la sociedad en su conjunto y contribuyendo en la función de conservación y estabilidad del ordenamiento jurídico. Escribía BECCARIA⁵⁴ que "el soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar, cuando alguno haya violado el

⁵³ En palabras de SALAS, Denis, *Du procès pénal. Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, PUF, Paris, 1992, pág, 19 “el proceso penal por su propio objeto comporta la pertinencia de ir más allá del dominio jurídico, lo que conduce a seguir sobre todo en la Europa continental por razones históricas las relaciones de dependencia e independencia con el poder político. Mientras en el proceso civil los actores y los intereses en juego son privados, en el penal cada actor es ante todo una persona pública”. Esta afirmación debe ser matizada a día de hoy ya que también en el ámbito del proceso civil el Ministerio Público puede tener un importante papel conectando con la defensa del interés social en el contexto de una sociedad plural y participativa, *vid supra*, pero ilustra muy bien de la pertinencia del objeto de nuestro estudio desde el Derecho Constitucional.

⁵⁴ BECCARIA, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, 1764 (trad. Juan Antonio DE LAS CASAS, Ed. Joachim Ibarra Impresor de la Cámara de S.M., Madrid 1774). Digitalizado en Google.

contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano que afirma la violación del Derecho y otra por el acusado que la niega. Es, pues necesario, que un tercero juzgue de la verdad del hecho”. El Ministerio Fiscal es el representante de la sociedad en tanto en cuanto es depositario del interés difuso de la ciudadanía en la persecución de los delitos y la condena de los culpables. La potestad punitiva reviste la forma de proceso para, así, garantizar la imparcialidad de su ejercicio. La Constitución contempla al Ministerio Fiscal como órgano del Estado al que corresponde la potestad de ejercer la acusación pública⁵⁵.

En la tradición jurídico-continental –sistemas de inspiración inquisitoria en lo relativo al proceso y burocráticos en lo que hace a la organización del Poder Judicial- la persecución pública viene presidida en la generalidad de los ordenamientos por el principio de oficialidad instaurándose el monopolio⁵⁶ de la acusación pública en manos de un órgano del Estado, el Ministerio Público, frente a la opción de un modelo difuso de acusación cívica⁵⁷. El Estado, no sólo asumirá la

⁵⁵ Expresamente el art. 124 CE no se refiere a la función acusatoria pero sin duda es algo inherente a su imagen reconocida y concreción más importante de su misión de promoción de la justicia en defensa de la legalidad.

⁵⁶ En Italia, el Ministerio Público ostenta el monopolio de la acusación pública. Tal y como ha señalado la doctrina y la propia Corte Constitucional la Constitución no veda la posibilidad de que el ordenamiento reconociera a los particulares la posibilidad de concurrir con el órgano público en el ejercicio de la acción penal siempre que ello no supusiera detraer la posibilidad de hacerlo al Ministerio Fiscal vinculado por el principio de obligatoriedad. Es decir la Constitución permite la acusación privada concurrente o subsidiaria (474/1993). La monopolización de la acusación pública en Francia desde un punto de vista histórico y sobre el papel de las víctimas en el control del inicio del proceso penal véase MATHIAS, *op. cit.* págs. 82 a 97.

⁵⁷ *Vid.* NOBILI M.: “Accusa e Burocrazia. Profili storico-costituzionale” en CONSO, Giovani(Ed.), *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, págs. 89 a 141. Frente a estos ordenamientos Inglaterra se ha caracterizado por el reconocimiento de la acusación popular o cívica aunque en la práctica la acusación de los particulares ha venido siendo ejercida por la policía en una suerte de delegación. Hasta 1985 fecha de la creación del *Crown Prosecutor Service* no se podía hablar de la existencia de una acusación oficial en Inglaterra. Véase el amplio estudio de DÍEZ PICAZO, Luis María, sobre el ordenamiento inglés, en *El*

condición de juez desde la posición de tercero imparcial, sino que también será un órgano del Estado el encargado de llevar el asunto ante el juez promoviendo la acción de la justicia en defensa de la legalidad penal. El Ministerio Público será el defensor del ordenamiento jurídico instando el ejercicio de la jurisdicción penal que como jurisdicción objetiva⁵⁸ no busca la satisfacción de ningún derecho sino la constatación de una infracción del ordenamiento jurídico y a raíz de ello en su caso la condena del responsable.

Esta tarea no podía dejarse a la voluntad o, en el mejor de los casos, al compromiso cívico de los particulares⁵⁹. Esta desconfianza⁶⁰ resultaba perfectamente acorde con la centralización de la administración napoleónica que además aprovecharía al Ministerio Público como representación del Ejecutivo ante los Tribunales. El ciudadano, siguiendo al profesor DAMASKA, en la evolución del proceso penal en la Europa continental se ha visto relegado a una posición de mero apoyo al poder público como mecanismo de información a través de las denuncias, una posición por tanto marginal; cuando más, se le ha dado la posibilidad de actuar como control frente a la inercia del fiscal. En un modelo de proceso de selección política propio de la tradición continental frente al modelo de resolución de controversias en la arena del proceso, la cuestión de la persecución del delito es una

Poder de Acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, Ariel, Barcelona, 2000, págs. 35 a 59.

⁵⁸ Sobre el carácter objetivo de la jurisdicción penal *vid.* DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionell*, Tomo II, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris, 1927, pág. 475.

⁵⁹ Véase la Exposición de Motivos de la LECr.

⁶⁰ Cuenta FERRAGIOLI, Luigi en *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, Bari, 1990, pág. como Thouret en 1790 frente a la Asamblea revolucionaria francesa respondía a la cuestión de si las acusaciones públicas deberían ser populares o la facultad de promoverlas debía delegarse en un funcionario público con estas palabras “Cuando todos toman el encargo de velar, llega un momento en que nadie vela; y cuando todos pueden acusar, el espíritu de partido, las preocupaciones vulgares, los resentimientos individuales, pueden fácilmente turbar la tranquilidad bajo el pretexto de asegurarla”.

cuestión estatal allí donde hay un interés público y ese interés público corresponde introducirlo en el proceso al Ministerio Público. En este modelo propio de la justicia penal europea, como afirma DAMASKA, “la acusación penal privada moderna supone, junto a otras instituciones procesales, desviaciones marginales en el contexto de actuaciones de selección política”⁶¹. Esta realidad lleva tiempo que está cambiando dado el estatuto que han alcanzado las víctimas cuyos intereses legítimos deben ser protegidos.

Interés de la sociedad e interés del Estado se identifican y el Ministerio Público viene a ser el representante de la sociedad⁶². El Ministerio Público no será por tanto titular de ningún derecho fundamental ni propio ni de las víctimas ni de la sociedad sino el órgano del Estado al que el ordenamiento encomienda la potestad de acusar, es decir el derecho-deber de promover la justicia penal ejerciendo la función acusatoria.

El Ministerio Fiscal ni antes, carente de personalidad jurídica, ni ahora dotado de ella desde la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en 2007, puede ser considerado titular del derecho a la tutela judicial efectiva. No estamos ante el titular de un derecho fundamental –condición que, ya de por sí, casa mal con las persona jurídica públicas- sino ante el órgano del Estado que tiene esa competencia encomendada desde la propia Constitución. El Ministerio Fiscal no puede ampararse en un pretendido derecho fundamental de la sociedad, de las víctimas o de sí mismo para conseguir una condena⁶³.

⁶¹ DAMASKA, *op.cit.* pág. 349

⁶² *Vid.* GARAPON, Antoine y SALAS, Denis, *La Repubblica Penale*, Liberilibri, Macerata, 1997, pág. 17.

⁶³ El Tribunal Constitucional no es un órgano encargado de impartir justicia, actuando el *ius puniendi* estatal, sino de controlar que el Poder Judicial actúa en todo caso respetando los derechos fundamentales. En estos casos se produce una desnaturalización del amparo que intenta convertir al Tribunal Constitucional en un tribunal de última instancia. Cuando el Poder Judicial

Esta afirmación tiene vital importancia, a mi juicio, en relación con la imparcialidad del Ministerio Público, imparcialidad que se predica de su cometido como órgano del Estado defensor de la legalidad, si bien en aras de garantizar el proceso debido adopta la posición de parte formal en el proceso penal⁶⁴.

Frente a lo que ocurre en el resto legislaciones de la Europa continental, en la legislación española el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio de la acusación pública⁶⁵. El acceso a la jurisdicción penal se abre a los particulares que, ofendidos o no, tienen derecho a actuar como parte formulando acusación o adhiriéndose a la del fiscal⁶⁶. El derecho a acusar, como modalidad concreta de ejercicio del acceso a la jurisdicción penal, forma para la víctima parte del derecho a la tutela judicial efectiva como contenido primer y primario de este derecho fundamental garantizado en el artículo 24 de la Constitución

ha considerado que un sujeto debe ser absuelto por falta de prueba capaz de destruir la presunción de inocencia. Esta posición, que me parece la adecuada, contrasta con la mantenida por el Tribunal Supremo en alguna sentencia, así la Sentencia 619/2006 (Fj. 1) que estima un recurso del fiscal al considerar que el Ministerio Público ejercita derechos de toda la sociedad frente al Estado. Si el fiscal representa a la sociedad en el ejercicio de esos derechos de la sociedad se le deberían reconocer los mismos derechos procesales que a las demás partes. El Tribunal Supremo llegaría a afirmar en esta decisión que la pretensión de amparo actúa a favor de los ciudadanos que vieron conculcados sus derechos constitucionales por la resolución incorrecta del Poder Público, el tribunal sentenciador.

⁶⁴ Aunque luego veremos la imparcialidad desde el punto de vista del representante del Ministerio Fiscal, de cada fiscal en particular, aquí me refiero a la imparcialidad de la Institución. *Cfr.* ALAMILLOS CANILLAS, Fernando, *El Ministerio Fiscal Español (su organización y funcionamiento)*, Colex, Madrid, 1990.

⁶⁵ Véase sobre la cuestión mi trabajo “El derecho a la acusación popular. Reflexiones en torno a la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, en *El Poder Judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, págs. 703 a 726.

⁶⁶ En cualquier caso se trata de un derecho de configuración legal por lo que su concreto contenido y alcance vendrá determinado por la legislación, concretamente la procesal sobre la que el Estado tiene competencia exclusiva conforme al artículo 149.1.6 CE. El legislador encontrará su fundamento en el artículo 24 y en el artículo 125 de nuestra Carta Magna cuando de la acción popular se trata.

española⁶⁷. Pero más allá de cualquier perjuicio se considera que la legitimación para actuar en los delitos perseguibles de oficio la tiene todo ciudadano⁶⁸ como miembro de la comunidad bajo el simple interés de defender el restablecimiento del ordenamiento jurídico, sin necesidad de invocar, por tanto, interés propio alguno⁶⁹ y con independencia de la

⁶⁷ Una vez que el juez reconoce la condición de perjudicado ostentaría la de acusador particular. Se trata de una mera cuestión de legalidad que corresponde determinar a la jurisdicción ordinaria.

⁶⁸ Los extranjeros, titulares del derecho a la tutela judicial efectiva con independencia de su situación -regular o no- en España no tienen según la ley el derecho a personarse como acusación popular y la jurisprudencia tampoco ha realizado ninguna ampliación al respecto. Por tanto, los extranjeros sólo pueden ejercer la acción penal cuando son parte ofendida por el delito (*Cfr.* arts. 19 LOPJ y 270 LECr). Resulta sumamente discutible que no se reconozca la posibilidad de ejercer la acusación popular a los ciudadanos de la Unión Europea. Nada se opondría, en principio, a que el legislador -en general o en atención a determinados tipos penales- les reconociera legitimación. En la sentencia 186/2009, de 16 de junio el pleno del Tribunal Constitucional inadmite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad sobre los artículos. 19 LOPJ y 101 y 270 LECr en relación con la limitación a los extranjeros del acceso a la jurisdicción penal mediante la acción popular. El órgano *a quo*, conociendo de un asunto en el que se planteaba la legitimación como acusadora de una asociación norteamericana cuyo objeto social era el de la persecución de los delitos a los que se extiende la jurisdicción universal, entendía que los tratados internacionales que perfilan la jurisdicción universal contendrían una limitación a la libertad de configuración de la que goza el legislador para regular la acción popular. El magistrado PÉREZ TREMP, en su voto particular, defendió, conectando la acción popular del artículo 125 CE con el derecho de acceso a la jurisdicción del artículo 24, la necesidad de considerar también a los extranjeros el derecho de la acción popular tal como les es reconocido el de la tutela judicial efectiva.

⁶⁹ En el caso de la acusación popular estaremos ante un interés público y en el caso de la acusación particular un interés público más el interés legítimo personal que deriva de su condición de ofendido o perjudicado por el delito. Ello justificaría regímenes diferenciados. El ejercicio de la acción popular no supone ejercicio de una función pública sino un supuesto de colaboración eventual en tareas públicas realizada por sujetos privados *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, pág.956: “no serían supuestos de ejercicio privado de funciones los que podrían calificarse de colaboración o cooperación eventual en tareas pública, tales como el ejercicio de la acción popular, la denuncia, la detención por particulares, la actuación procesal como perito o testigo, prestaciones personales en caso de urgencia”. El carácter de cierta permanencia y el de no eventualidad sería el que definiría precisamente el ejercicio privado de funciones públicas.

situación jurídica en que se encuentre⁷⁰ puede actuar como acusación popular, institución garantizada en el artículo 125 como mecanismo de participación ciudadana en la Administración de Justicia. Así, el Tribunal Constitucional en la sentencia 62/1983, de 11 de julio de 1983, en el caso del *síndrome tóxico*, afirmó:

*“mediante el ejercicio de la acción popular se pretende la satisfacción del interés personal de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad, de modo que mediante la defensa del interés común se sostiene simultáneamente un interés personal”*⁷¹.

Este derecho a acusar ha sido reconocido ampliamente por el Tribunal Constitucional y supone un importantísimo contrapeso frente a la actuación del Ministerio Fiscal, principalmente frente a su inercia. De hecho cuando se ha planteado ante los tribunales la revisión de la decisión del fiscal de no ejercitar acciones, siempre se ha afirmado que esa situación se salva perfectamente en nuestro ordenamiento por la posibilidad que tiene el particular de plantear el asunto directamente

⁷⁰ Doctrina y jurisprudencia diferencian los conceptos de acusación popular y de acusación particular como partes contingentes en el proceso penal, no así la ley que se expresa en términos generales. Precisamente la omisión del término acusación popular y la referencia expresa al acusador particular en el art. 782 LECr constituyen el objeto de la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en la sentencia del 17 de diciembre de 2006 en el asunto “cesiones de crédito” entendiéndose que en el procedimiento abreviado la no mención de la acusación popular supone su exclusión consciente por el legislador.

⁷¹ La jurisprudencia constitucional tempranamente conectó el derecho constitucional de la acción popular garantizado en el artículo 125 y el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva. Así el Tribunal Constitucional consideró que a los efectos de la protección de la acusación popular como derecho fundamental habría que entender que dentro de los intereses legítimos que protege el artículo 24 estaría el interés común en la represión de la criminalidad (Cfr. STC 62/1983). El Tribunal Constitucional modularía posteriormente su afirmación al entender que el engarce con el artículo 24 CE en su dimensión de acceso al proceso sólo sería perfecta en el caso de que se diera la concurrencia de un interés legítimo y personal con el interés público propio de la acción popular. En cualquier otro caso la acción popular sólo tendría acogida en el artículo 24 en su dimensión material proscribiendo las resoluciones puramente arbitrarias o manifiestamente irrazonables o incursas en un error patente, no sin embargo en su dimensión procesal de acceso al proceso.

ante el juez. La acusación popular se convierte así en válvula de seguridad del sistema de acusación frente a posibles tentaciones inhibitorias del Ministerio Fiscal⁷². La importancia de la acusación popular como contrapeso es aún mayor si atendemos a la interpretación extensiva que de la expresión ciudadano ha realizado nuestro Tribunal Constitucional reconociendo la posibilidad de su ejercicio a las personas jurídicas⁷³ (entre otras véanse las SSTC 53/1983 y 241/1992), importante sobre todo en caso de las personas jurídico privadas por lo general de estructura asociativa y portadoras de intereses colectivos o difusos⁷⁴.

Siguiendo a GÓMEZ MANCERO⁷⁵, “el interés colectivo es el que pertenece a una colectividad de personas identificadas por su

⁷² Existe un importante debate en la actualidad tendente a su restricción. Volveré sobre ello en el último capítulo al referirme a la concurrencia de acusación oficial y cívica como contrapeso al Ministerio Fiscal.

⁷³ El Tribunal Supremo todavía en los años noventa realizaba una interpretación literal del artículo 125 y de los correspondientes preceptos de la LECr limitando el derecho a las personas físicas con lo cual las asociaciones y grupos de víctimas en defensa de intereses colectivos o difusos debían ejercer su derecho de personación en el proceso como acusaciones particulares.

⁷⁴ Por ello me parece acertada la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo que considera que “en aquellos delitos en los que el bien jurídico protege intereses difusos –ordenación del territorio, medio ambiente, etc.- no cabe la acusación particular sino que la vía de personarse en la causa es la acusación popular. Se trata, en todo caso, de intereses difusos que no pueden ser encarnados por ninguna persona en particular ni siquiera por aquéllas que están integradas también en el organismo y corporación en que se han desarrollado los hechos que presumiblemente pudieran tener el carácter de delictivos”. Pertenece a la comunidad en general y por ello -como precisa la sentencia de la sala de lo penal del Tribunal Supremo 4267/2002- en estos casos la única forma de personarse en unas actuaciones penales en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular.

⁷⁵ GÓMEZ MANCERO Isabel, “La víctima en el proceso penal: la protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso”, *Cuadernos de la Política Criminal*, núm. 55, 1995, págs. 239 a 264. LÓPEZ CALERA, Nicolás, en *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Madrid, 2000 recoge la tesis de WELLMAN según la cual “todas las sanciones penales son derechos colectivos. Si alguien es apuñalado por un vecino y no está interesado en acusar judicialmente al agresor, debe informar a la policía para que el fiscal actúe. La opción de inculpar o no al vecino agresor es un

pertenencia a un grupo o por su relación con un bien jurídico. El interés difuso como tal no tiene titular pero al mismo tiempo pertenece a todos y cada uno de los miembros del grupo, se refiere a una pluralidad subjetiva muy difundida, muy amplia y de difícil concreción; el bien es extraño al grupo de sujetos, no existe una relación personal con el interés jurídico afectado”. La extensión de la acción popular por el Tribunal Constitucional a las personas jurídicas en general ha complicado la situación. Hay numerosos casos en que nos encontramos con determinadas personas jurídicas, sobre todo asociaciones en las que existe una identificación entre el objeto social del grupo o la finalidad de la asociación y los bienes jurídicos que son objeto de protección por los correspondientes tipos penales en los que resulta sumamente difícil encontrar víctimas individuales directas: medio ambiente, salud pública, ordenación del territorio, derechos de los consumidores. Me parece acertada la consideración de PÉREZ GIL⁷⁶ como supuestos de un *tertium genus*⁷⁷ que refuerza una visión participativa de la acción popular en aras del interés general y no por el contrario de intereses espurios o partidistas, ni particulares por muy legítimos que éstos sean.

Incluso, a pesar de una primera jurisprudencia contraria a esa posibilidad⁷⁸, se admite, siempre que así lo haya previsto expresamente

derecho que pertenece al Estado, más que un derecho individual del fiscal, porque éste actúa no como un individuo privado sino como un representante del Estado como tal. Los procedimientos del sistema penal son expresión de los derechos del grupo.” pág. 46.

⁷⁶ Vid. PÉREZ GIL, Julio: *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, p. 46.

⁷⁷ Precisamente, como *tertium genus* definió el Tribunal Constitucional en su sentencia 119/1995 a la “democracia participativa”.

⁷⁸ Conforme a una primera interpretación de la que participo “los derechos fundamentales, cuya finalidad no es otra que proteger a los particulares frente al Estado no pueden ser atribuidos a éste último. Ello equivaldría a romper el equilibrio entre potestades públicas y derechos privados sobre el que se funda el Estado de derecho, por no mencionar el hecho de que, sutilezas sobre la personificación aparte, los Tribunales son tan Estado como la propia Administración”. Los derechos del artículo 24 CE sólo serían invocables por

el legislador, la personación de instituciones públicas como acusación popular⁷⁹. Afirma el Tribunal que el legislador no se encuentra limitado en cuanto a la delimitación subjetiva de los titulares del derecho a la tutela judicial efectiva de forma que puede, excepcionalmente, en determinados ámbitos procesales reconocer tal derecho de acceso a las entidades públicas: “Corresponde a la Ley procesal, determinar los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado” (Sentencia del Tribunal Constitucional 175/2001, Fj. 9)⁸⁰.

las personas jurídico-públicas una vez iniciado el proceso correspondiente a los solos efectos de no padecer indefensión pero no en su faceta de acceso a la jurisdicción afirmó el Tribunal Constitucional en su sentencia 237/2000.

⁷⁹ Ello plantea también una pregunta de orden competencial que queda apuntada en el voto particular del magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS, Vicente en la STC 8/2008, de 21 de enero estimatoria de un recurso de amparo planteado por el Gobierno de Cantabria : “En tal sentido mi criterio es el de que la Ley de que ahora se trata (en su artículo 18) no es conforme a la Constitución, porque invade un área de competencia exclusiva del Estado, ex artículo 149.1.6 CE, en tanto que reguladora de un contenido inequívocamente procesal, que además considero en sí mismo contrario al artículo 125 CE. El derecho que en este precepto constitucional, y en coherencia con el mismo en el artículo 101 LECrim, se atribuye a "los ciudadanos", no puede atribuirse por una Ley autonómica a quienes no son ciudadanos, sino órganos del poder público. Tal atribución, aparte de violentar la lógica constitucional del artículo 125 CE, violenta, a mi juicio, el propio sistema constitucional de distribución de funciones en el seno del poder público, en el que la de promover la acción de la justicia se encomienda al Ministerio Fiscal”.

⁸⁰ El gran impacto social de determinadas formas de delincuencia - principalmente la violencia de género- motivó la personación de la Administración, principalmente local o autonómica, como acusación popular. El propio legislador lo ha previsto junto a otras medidas destinadas a perseguir esta forma de criminalidad como juzgados específicos para la violencia contra la mujer o la especialización en el Ministerio Fiscal. El Tribunal Constitucional en su STC 311/06 otorgó el amparo a la Generalitat Valenciana tras la negativa del juez ordinario a admitir su personación como acusador popular. Dado el objeto del recurso no se pronunció la sentencia sobre la constitucionalidad de dicha opción del legislador limitándose a entender que ya la decisión del juez no aplicando un precepto legal, sin plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, entrañaba una vulneración del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción reconocido a la entidad pública. En la STC 67/2011, de 16 de mayo se vuelve sobre el tema. Esta sentencia si bien deja a salvo al tratarse de un proceso de amparo el problema de constitucionalidad de la ampliación a las personas jurídico

Que el Ministerio Público deba actuar ante un hecho de apariencia delictiva no empece, sin embargo, para que existan supuestos en los que la propia ley module el interés público en la persecución de las conductas contrarias a la ley penal. Es el caso de los delitos privados⁸¹ o semipúblicos⁸² que valoran la voluntad de la víctima hasta el punto de hacer depender de su decisión la instauración o no del proceso u otros en los que en atención a bienes de relevancia constitucional a proteger como en el caso de la inmunidad de los

públicas de la acción popular sí viene a entender que no existe un problema constitucional desde el punto de vista competencial al entender que la habilitación viene de la Ley orgánica de medidas integrales contra la violencia de género al Delegado especial del Gobierno, una habilitación *ex lege* para personarse antes los órganos jurisdiccionales en todos aquellos procesos que recaigan en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, aunque la ley autonómica no contemplara esa habilitación expresa. En la sentencia 175/2001, 26 de julio, el Tribunal declaró que el legislador dispone de un amplio margen de actuación (no exento de límites) para determinar los casos en que las personas jurídicas públicas tienen legitimación procesal, pero, una vez que ha plasmado en la norma la opción adoptada, los órganos judiciales han de interpretarla conforme al indicado principio, el cual no tolera decisiones que cierren en acceso al proceso que por su rigorismo, su formalismo excesivo o cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulte desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican (por todas, la STC 38/2010, de 19 de julio, Fj. 2).

⁸¹ Así en los delitos de injuria y calumnia entre particulares en los que es necesaria querrela de la persona ofendida o de su representante legal (*Cfr.* Artículo 215 Cp y 104 LECr) y no interviene el Ministerio Fiscal. Diferente es cuando se trata de proteger el honor o la dignidad de las Instituciones Públicas, supuesto en el que la persecución es de oficio. En estos supuestos por ejemplo de injurias a la Corona se impone a mi modo de ver una delicada ponderación por parte del Ministerio Público en la que valore si de acuerdo con criterios de adecuación social se trata del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

⁸² En nuestro ordenamiento para proceder por los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal *que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia*. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal (la cursiva es mía) El perdón del ofendido en estos casos no extingue la acción penal (*cfr.* Artículo 191 Cp)

parlamentarios requieren determinados requisitos de procedibilidad⁸³ o el caso de los juicios de faltas en los que la existencia de un interés público en la persecución de tales infracciones decae⁸⁴. Ello quiere decir que si bien no se infringe el principio acusatorio porque no intervenga el Ministerio Público en cualquier asunto con relevancia penal, todo parece apuntar a que, en supuestos complejos o si contemplamos la justicia penal desde una perspectiva agregada, el interés público en la persecución de los delitos no pueda dejarse por el Estado a la simple colaboración eventual del ciudadano en el ejercicio de tan importante función pública lo que conecta con la necesidad del Ministerio Público en las democracias actuales que al inicio de este trabajo señalaba.

El interés público viene determinado por el principio de legalidad penal lo que convierte al Ministerio Público en defensor de la legalidad contribuyendo así al fin estatal de conservación del Estado-ordenamiento. La defensa de la ley penal en el Estado de Derecho debe hacerse respetando el principio de igualdad ya que “la ley debe ser la misma para todos tanto cuando protege como cuando castiga” como ya afirmara el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Más tarde, cuando me refiera a la manera

⁸³ *Vgr.* el suplicatorio que debe conceder la Cámara para procesar a un parlamentario conforme al artículo 71.2 CE.

⁸⁴ La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal por la que se modifica la LECr, permite que en los juicios de faltas cuya persecución la ley condiciona a la denuncia del ofendido se celebren sin la presencia del Fiscal, con el objetivo de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos de esta institución, mediante su presencia en la persecución de infracciones penales de mayor relevancia. Ello hace necesario que el Fiscal General del Estado utilice sus potestades de dirección del Ministerio Fiscal para una recta administración de esta posibilidad. El Tribunal Constitucional en la sentencia 56/1994 entendió que esta ausencia del Ministerio Fiscal en el juicio de faltas no atentaba a la Constitución, ni al mandato del artículo 124 ni al derecho a un proceso debido y al juez imparcial. Si la ley puede determinar las conductas merecedoras de reproche penal cabe por supuesto que en ciertos supuestos confíe a los particulares la persecución de tales conductas lo cual no supone ningún trato discriminatorio. Desde el Ministerio Fiscal se viene demandando con insistencia la despenalización de las faltas penales que suponen una sobrecarga de trabajo y recursos que no encuentra justificación en el marco de un sistema de justicia penal moderno.

obligatoria o discrecional de ejercer la acción penal, veremos cómo, en ocasiones, el interés público puede justificar la no celebración del juicio lo que significa que la igualdad ante la ley no equivale a que todo asunto deba ser judicializado.

2.2.2. La garantía del proceso debido

La presencia en los procesos del Ministerio Fiscal en los que se dirime un interés público –no hay otro más radical que el del ejercicio del *ius puniendi*- viene a garantizar el ejercicio legítimo de la violencia que el Estado monopoliza racionalizando el poder a través del proceso. Esa racionalización a través del proceso supone una adecuada distribución de los roles en el mismo que en sí misma constituye una garantía del proceso debido. Sólo acorde con esta exigencia del Estado de Derecho cabe condenar a un culpable. Ciertamente el interés que traslada el Ministerio Fiscal al Tribunal es el interés público en la persecución del delito que es el interés del Estado y el interés de la sociedad del que éste es expresión y que queda plasmado en la Ley penal.

No es sólo un derecho fundamental sino una garantía institucional, objetiva de cómo debe ejercerse el poder en un Estado de Derecho participando de este modo el Ministerio Público en la legitimación democrática del Poder Judicial a través del proceso.

Como ha afirmado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional el derecho al proceso debido reconoce implícitamente el principio acusatorio como garantía sustancial del proceso penal. El proceso moderno a diferencia del proceso inquisitivo del Antiguo Régimen exige la separación de acusación y juicio de forma que el órgano jurisdiccional no puede asumir simultáneamente las funciones de juez y de parte acusadora, lo cual comprometería su imparcialidad. Sin contradicción ni siquiera podríamos hablar de proceso sino que estaríamos ante un mero expediente o solución autocompositiva.

Si algo tiene que caracterizar la actividad del juez es su pasividad. El juez ejerce su función a partir de estímulos externos. Como escribiera JELLINEK, “falta a la actividad judicial el momento de la iniciativa que es tan propio del gobierno. El Juez sólo puede declarar el derecho en vista de una solicitud exterior a él”⁸⁵. Decía HAMILTON que la judicatura por la naturaleza de su función sería siempre menos peligrosa entre otras razones porque no puede tomar ningún tipo de resolución activa. Constituye, por tanto, un contrapeso a la independencia del juez que separa convenientemente el plano de la política del plano de la justicia. El poder judicial como afirmara TOCQUEVILLE⁸⁶ tiene tres características distintas: el litigio o proceso, que se trata de un caso particular y que para actuar debe esperar siempre a que se le someta la causa. Una característica esencial del Poder Judicial como señalara el francés es la de poder actuar más que cuando es requerido. “Por naturaleza el poder judicial carece de movimiento propio; hay que impulsarlo para que se mueva. Se le denuncia un crimen y castiga al culpable...; pero por propia iniciativa no persigue criminales. El poder judicial violaría en cierto modo su naturaleza pasiva, si tomara por sí mismo la iniciativa y se convirtiera en censor de las leyes”. Se trata de una función reactiva lo cual es un contrapeso importante al inmenso poder del juez que resuelve de manera definitiva sobre las controversias.

Bajo inspiración del código procesal napoleónico los ordenamientos europeos asimilaron un proceso mixto en el que se combinaba el modelo acusatorio del juicio oral con el inquisitorio del sumario. Ese sumario estaba protagonizado también por el juez independiente mientras que el fiscal supervisaba principalmente esa instrucción y acusaba en el juicio oral. La instrucción tenía un valor

⁸⁵ Cfr. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Ed Albatros, Buenos Aires, 1978, págs. 469.

⁸⁶ TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, Alianza Editorial, Madrid, pág.107.

decisivo que contaminaba la decisión judicial herencia de los procesos inquisitorios en los que el sospechoso no era más que un mero objeto del proceso.

En un modelo de proceso equitativo frente a la pasividad del juez la función del fiscal es una función de iniciativa, una función activa, de impulso. La función del fiscal viene a constituirse en presupuesto de la función jurisdiccional penal⁸⁷.

El fiscal requiere, propone. Los actos del fiscal se dirigen al juez competente. El fiscal, normalmente⁸⁸, no toma decisiones con eficacia *ad extra* que incidan en el círculo de derechos de los ciudadanos de forma directa. Su actuación va dirigida a la conformación de la relación jurídico-procesal⁸⁹. El fiscal pide y es el juez el que decide, mediando la contradicción. Esta naturaleza impulsora y requirente de su actuación trae, sin duda, problemas a la hora de arbitrar mecanismos de control de los actos del fiscal en manos de los ciudadanos, especialmente de su inacción.

La garantía de la separación de funciones representa una condición esencial de la imparcialidad del juez con respecto a las partes en el proceso. La imparcialidad implica que el Ministerio Público tiene la

⁸⁷ A su vez el poder del fiscal no es igual si puede actuar de oficio a partir de fuentes más o menos directas a si necesita del estímulo de un ciudadano. Lógicamente existirán diferencias importantes cuando es el fiscal el que dirige la investigación y por tanto a la policía judicial o cuando por el contrario existe un juez instructor que canaliza la *notitia criminis motu proprio* o a instancia de los ciudadanos o de la policía.

⁸⁸ Salvo en labores que pudiéramos considerar lo equiparan a la policía judicial en su condición de autoridad judicial. Es en este sentido se plantea en qué medida el fiscal puede restringir derechos, en ocasiones por motivos de urgencia, es decir la medida en que satisface las exigencias de la garantía judicial en defensa de la libertad individual. La cuestión se ha planteado con gran polémica en Francia a raíz de recientes decisiones del TEDH que han puesto en duda que el fiscal francés revista las garantías necesarias para ser considerada autoridad judicial

⁸⁹ Sobre la acción como derecho al proceso y no como derecho a obtener condenas véase GÓMEZ ORBANEJA, Emilio Y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, Artes Gráficas y Ediciones S.A, Madrid, 1987.

carga de la prueba y sostiene la acusación, lo que constituye una de las primeras garantías procesales de la decisión final del juez. Sus funciones son distintas. Se trata de funciones complementarias no subordinadas una a la otra. La separación del juez es el presupuesto de la igualdad de armas, si el fiscal se apostara en la posición del juez o viceversa, no delimitando claramente ambas funciones, se produciría un desequilibrio que el *ius puniendi* en un Estado de Derecho no puede tolerar.

De las notas características de la función jurisdiccional, y por tanto de la garantía de la separación entre acusación y juicio, derivan exigencias ineludibles para la configuración del titular de la acusación pública. Cuando la opción del Estado de Derecho es la oficialidad de la acusación, predisponiendo una autoridad pública al efecto, ésta debe participar de determinados atributos.

El fiscal contribuye de esta forma a la legitimación del Poder Judicial⁹⁰ que recordemos es ante todo una legitimidad funcional que pasa por el ejercicio de la función jurisdiccional de forma de independiente, sujeto sólo a la ley, en el marco de un proceso revestido de las garantías constitucionales, entre ellas la del acusatorio.

El fiscal realiza ciertamente una función distinta de la jurisdiccional pero vinculada a la misma tanto por su instrumentalidad como presupuesto para la apertura del proceso como por su participación en la consecución de fines comunes que no son sino los propios del proceso penal. Podríamos decir que ésta se haya vinculada al juez de manera contradictoria ya que el fiscal debe participar de ciertas características que lo acercan a la magistratura decisoria al tiempo de que debe diferenciarse en otras. El principio de la garantía

⁹⁰ Idea extraída de FERRAGIOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, Bari, 1990.

judicial reposa sobre dos funciones, acusación y juicio, cuya separación es en sí misma una garantía⁹¹.

El proceso justo ofrece al acusado la garantía de ser juzgado en derecho por un juez situado en una posición de exterioridad en relación con las partes. Este derecho supone como exigencia del proceso debido el derecho a la imparcialidad del juez. La imparcialidad judicial constituye una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional Pero es que además se erige en garantía fundamental de la propia administración de justicia propia de un Estado Social y democrático de derecho que está dirigida a asegurar que la razón última de la decisión jurisdiccional que se dicte sea conforme al ordenamiento jurídico y se dicte por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares (STC 38/03). En este sentido la imparcialidad del juez supone determinadas exigencias para la administración de justicia en su conjunto y en ella participa el fiscal. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional la tutela judicial efectiva supone una limitación a la potestad de acusar por el Estado que pasan por el respeto a las garantías del proceso debido⁹².

La posición acusatoria del Ministerio Fiscal garantiza la imparcialidad del juez y el proceso contradictorio. El profesor DíEZ-

⁹¹ DELMAS-MARTY, Mireille, “Evoluzione del pubblico Ministero e principio direttivi del processo penale nelle democrazie europee” en *Questione giustizia*, núm. 1, 1997, pág. 201 y ss. y PERRODET, Antoinette: *Étude pour un Ministère Public européen*, L.G.D.J, Paris, 2001, particularmente págs.346 a 348.

⁹² El TEDH además de la nutrida jurisprudencia sobre el proceso debido en el proceso penal también se ha referido a ello en relación con otro tipo de procesos examinando en particular la posición respecto al juez del fiscal y ha establecido una jurisprudencia clara sobre la « teoría de las apariencias », conforme a la cual la presencia del Ministerio público en la deliberación de los Magistrados que ejercen funciones jurisdiccionales , es contraria al artículo 6 § 1 del CEDH (Sentencia de 20 de febrero de 1996, asunto Lobo Machado c. Portugal, §§ 28-32, y Sentencia de 12 de abril de 2006, asunto Martinie c. Francia, §§ 50-55) y sobre la presencia del Ministerio Público en las deliberaciones de las jurisdicciones supremas (Sentencia de 30 de octubre de 1991, asunto Borgers c. Bélgica, §§ 24-29, y Sentencia de 8 de julio de 2003, asunto Fontaine et Berlin c. Francia, §§ 57-67).

PICAZO⁹³ al referirse a las garantías específicas del proceso penal señala que los derechos del apartado 2º del artículo 24 contribuyen a definir el principio acusatorio que inspira todo el proceso penal del Estado de Derecho. “En particular implicaría al menos tres cosas: a) que debe haber una separación neta entre acusador y juez, en virtud de la cual alguien distinto del juez debe sostener la acción penal además que quien ha investigado queda inhabilitado para juzgar⁹⁴ b) que la carga de la prueba pesa sobre la acusación, de manera que existe una presunción de inocencia c) que ha de existir igualdad de armas entre acusación y defensa pudiendo ésta presentar pruebas de descargo. Los dos últimos constituirían el principio de contradicción”.

En una visión rigurosa de este principio el Tribunal Penal está vinculado no sólo a los hechos imputados por el acusador sino también a la calificación jurídica que éste haga de los mismos hechos y a su petición específica de pena. Tanto una cosa como otra deben poder ser discutidas en el seno del proceso en un debate contradictorio y en relación con ambas se exige la congruencia entre la acusación y el fallo.

La posición acusatoria –diferente de la del juez- implica exigencias en el terreno de la organización del Ministerio Fiscal y del estatuto de los fiscales. En Derecho Comparado, el caso italiano es claramente ejemplificativo de la discusión existente en torno a la

⁹³ Díez-PICAZO, Luis María: *Sistema constitucional de derechos y libertades*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 379.

⁹⁴ Lo que no significa que el que investigue no pueda ser un juez. Al menos el Tribunal Constitucional no ha cuestionado la constitucionalidad del juez instructor. Escribe PÉREZ ROYO al tratar el principio acusatorio como garantía sustancial del proceso penal aunque “no se ha planteado la cuestión de si esa cualidad de titular de la investigación es compatible con la prevalente de garante los derechos que le atribuye el art. 117.4 CE y, de modo específico, el art. 18.3 (ff.6º) ¿Es una invitación para que se lo plantee?” en su *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 401 y 402

separación de las carreras y al desequilibrio entre las partes que la unidad de la magistratura provoca en su sistema de justicia penal⁹⁵.

2.2.3. Otros cometidos relacionados con el Ius Puniendi estatal. En particular la dirección y el control de la Policía Judicial en la investigación del delito.

Junto a la función acusatoria que sería la función nuclear a través de la que se concreta la misión de promover la justicia en defensa de la legalidad penal, el Ministerio Fiscal cumple numerosos e importantes cometidos en el ámbito del *ius puniendi* estatal.

Puede recibir denuncias y realizar las investigaciones oportunas si bien en el ordenamiento procesal español aún sigue vigente el modelo acusatorio que se instaurase en 1882 por D. Alonso Martínez en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que existe un juez instructor. En la instrucción el fiscal aparece garantizando el proceso debido⁹⁶ al tiempo que promueve la actuación del juez en defensa de la legalidad.

Al fiscal corresponde también la petición de medidas cautelares limitativas de derechos, entre ellas la prisión preventiva como medida provisional más incisiva sobre la libertad del sospechoso. Son medidas

⁹⁵ Véase por todos DI FEDERICO, Giuseppe, “Il Pubblico Ministero Indipendenza, Responsabilità, Carriera “Separata”, *L’Indice Penale*, Anno XXIX, Maggio-Agosto 1995. Ya en fase de corrección de esta Tesis doctoral llega a mi conocimiento la sentencia del Tribunal Supremo 687/2013, de 17 de julio de 2013 que “estima un recurso de casación interpuesto por el procesado contra la sentencia que le condenó como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa atenuado por embriaguez. El Supremo considera que se vulnera el derecho a un juez imparcial, ya que, tal y como evidencian las grabaciones del juicio, se produjeron conversaciones entre miembros del Tribunal y representantes del Ministerio Fiscal referentes a las pruebas practicadas y por practicar, lo cual provoca un "desequilibrio procesal" por "exponer sus convicciones antes de resolver el asunto". Por todo ello el Supremo anula la sentencia recurrida y ordena la celebración del juicio ante un Tribunal de distinta composición” según la Información de Iustel, día. 11 de noviembre de 2013 que incorpora el texto de la sentencia.

⁹⁶ Es vital esta función en el modelo preconstitucional de Ministerio Fiscal tal y como las memorias de la época franquista ponen de manifiesto.

que en todo caso debe tomar el juez como garante natural de los derechos de los ciudadanos.

Como parte en el proceso puede interponer los recursos que correspondan. No cabe el amparo como ya comenté más atrás en defensa de un derecho a obtener condenas que propiamente no existe.

También en la ejecución de la condena privativa de libertad el Estado es representado en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria por el Ministerio Fiscal en cuanto expresión del interés social o general y no por la Administración Penitenciaria que es una simple colaboradora en la ejecución de la condena⁹⁷.

El Ministerio Fiscal busca la verdad sosteniendo la acusación para la aplicación del *ius puniendi* del Estado pero cuando la justicia se ve comprometida ante la aparición excepcional de motivos también se le reconoce legitimación activa para interponer el recurso de revisión⁹⁸.

⁹⁷ Sobre los respectivos papeles de la Administración Penitenciaria, del Juez de Vigilancia y del Ministerio Fiscal véase la STC 129/1995, de 11 de septiembre, según la cual “El Estado o lo que es lo mismo el interés social o general se encuentra representado por el Ministerio Público”.

⁹⁸ Buscando las debidas cautelas para un delicado equilibrio entre seguridad jurídica y justicia es interesante traer aquí la polémica planteada ya en los inicios de nuestra andadura constitucional en relación con la regulación de la revisión frente a condenas penales que cambió con la reforma de la LECr por Ley 10/1992, de 30 de abril. También en estos casos se ponía en cuestión el derecho de acceso a la jurisdicción (STC 124/1984 de 18 diciembre) no de un derecho propio. El recurso extraordinario de revisión puede ser promovido, entre otras personas, por los penados y por sus cónyuges, acudiendo al Ministerio de Justicia con solicitud motivada (v. artículo 955 de la LECr). Mas, una vez promovido ante dicho Ministerio, aquéllos carecen de legitimación activa para interponerlo ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que es la competente para conocer del mismo —v. artículo 57.1.1.º LOPJ y artículo 957 de la LECr—; por cuanto corresponde al Ministerio de Justicia —previa formación del oportuno expediente— la facultad de ordenar al Fiscal del Tribunal Supremo que interponga dicho recurso, «cuando a su juicio hubiere fundamento bastante para ello» (*vid.* artículo 956 de la LECr). Con independencia de ello, el Fiscal del Tribunal Supremo podrá también, sin necesidad de dicha orden, interponer el recurso «siempre que tenga conocimiento de algún caso en que proceda» (*vid.* artículo 957 de la LECr). El Tribunal Constitucional ha declarado que en el propósito de equilibrar dichos valores esenciales del ordenamiento jurídico encuentra justificación

En la legislatura anterior, la novena, siendo Ministro de Justicia CAAMAÑO y en la legislatura en curso, bajo el Ministerio de RUIZ GALLARDÓN, se han presentado sendas propuestas de reforma de la ya obsoleta Ley de Enjuiciamiento Criminal. El texto actualmente en discusión tomaría el nombre de Código Procesal Penal⁹⁹ como nomenclatura más acorde a los nuevos tiempos¹⁰⁰. Los dos textos diseñan una nueva estructura del proceso penal con un nuevo reparto de papeles entre los actores del mismo asumiendo el Ministerio Fiscal un singular protagonismo. Previsiblemente podrá alcanzarse el consenso necesario de cara a una nueva regulación tantas veces postergada. Ambas propuestas se confrontaran en la deliberación parlamentaria pero parece que existe un amplio consenso de las fuerzas políticas en tres aspectos cruciales que redimensionarán al Ministerio Fiscal. Estos son la desaparición del juez de instrucción¹⁰¹, la

constitucional la atribución exclusiva de la legitimación activa al Fiscal de Justicia, y la promoción de la misma al interesado, cuyo acceso directo al recurso de revisión no puede autorizar el Tribunal Constitucional, en cuanto constituiría un nuevo régimen legal del recurso (*vid.* SSTC 7/1981, 124/1984 y 94/1989).

⁹⁹ Sobre la propuesta de un nuevo Código Procesal Penal, véase la comparecencia a petición propia del Ministro de Justicia para informar de la propuesta de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la sesión de la Comisión de Justicia del Congreso, el día 7 de mayo de 2013. Tanto el anteproyecto de la anterior Legislatura siendo Caamaño Ministro de Justicia como el que está sobre la mesa de Ruiz-Gallardón están disponibles en la web del Ministerio de Justicia.

¹⁰⁰ Revisión que se lleva a otros importantes términos como el de imputado que cambiaría por el de encausado. Detrás de los significantes están los significados que son los que deben formarse adecuadamente en la cultura jurídica de la comunidad para que no funcionen etiquetajes apriorísticos.

¹⁰¹ Bajo el nombre “los Jueces plantan cara al Fiscal General”, el diario *El País* de 18 de marzo de 2008 recoge la reacción de los jueces de la Audiencia Nacional a la instrucción sobre dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial que se ve como una maniobra que permita cambiar el sistema sin el necesario cambio de la legislación “Los Sres. Fiscales están facultados legalmente para continuar en sus funciones de dirección de la Policía Judicial aunque exista un procedimiento judicial en curso, por lo que aún en estos supuestos podrán ordenar a la Policía Judicial la práctica de diligencias concretas referidas a aspectos puntuales de la investigación, con el objeto y con la obligación de aportarlas a la causa cualquiera que fuera su resultado, en virtud de principio de imparcialidad que preside su actuación”.

posibilidad de archivo por razones de oportunidad y la redefinición del régimen de la acusación popular. El espíritu es similar aunque hay diferencias evidentes e importantes en la manera en que el Ministerio Fiscal gestiona la oportunidad en el ejercicio de la acción penal y la forma en que el juez controla las decisiones de apertura al proceso.

En lo que hace a la dirección de la investigación, se encomienda a los fiscales, al tiempo que coloca a la policía judicial bajo la dependencia orgánica en el caso de la actual propuesta, además de funcional, del Ministerio Fiscal. Se busca con ello evitar la politización de la investigación, desplazar su dirección del juez instructor al fiscal¹⁰² y alcanzar con ello mayor eficacia en la persecución de los delitos.

¹⁰² El Código de procedimiento penal italiano de 22 de septiembre de 1989 eliminó la figura del juez instructor. La investigación pasa al fiscal y se crea un juez de las investigaciones preliminares como órgano imparcial con poderes exclusivamente jurisdiccionales. Al juez corresponde garantizar el respeto de las libertades y el control de las investigaciones desarrolladas por el Ministerio Público. Es el juez quien adopta las medidas cautelares restrictivas de la libertad personal como la prisión preventiva o la autorización de medidas necesarias en el curso de la investigación que restringen derechos fundamentales como la intervención de las conversaciones telefónicas. Se ha denunciado que, en contra del espíritu del código, normalmente el juez sigue el parecer del fiscal y se ha abusado en determinadas épocas –así en los tiempos de la operación *manu pulite*– de la prisión preventiva como instrumento de confesión y, por tanto, con fines probatorios. Esta crítica va íntimamente unida a la discusión sobre la unidad de las carreras en el país italiano *Vid.* PERRODET, Antoinette, *op. cit.*, pág. 249. Se pone así de manifiesto como las reformas pueden quedar inanes cuando no se incide sobre la cultura y el rol de los actores y que en un contexto de organización vertical propia de un Estado activo como escribiera DAMASKA, existen dificultades para implementar medidas de resolución de controversias. Por su parte en Francia, la cuna del juez instructor lo ha aparcado a los asuntos de mayor gravedad, los crímenes. Incluso al final de la legislatura de Sarkozy llegó a presentarse el proyecto Léger que terminaba definitivamente con el juez instructor encomendando al ministerio público la investigación de los delitos. Sobre la tendencia hacia el desplazamiento del juez instructor véase PERRODET, *op.cit.* pág. 241 a 248.

3. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN

El apartado segundo del artículo 124 CE dispone que “el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

El juego particular de los principios enunciados refuerzan la idea institucional siendo necesarios para definir su posición constitucional relativa inspirando la interpretación del régimen jurídico del Ministerio Fiscal tanto en lo que a la organización y estatuto de los fiscales hace, como en lo relativo a su actuación.

3.1. La vinculación a la legalidad: en particular, la obligatoriedad y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

El artículo 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal afirma:

“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 vigente¹⁰³, dictaminando,

¹⁰³ Al estar vinculado por el ordenamiento jurídico vigente lo está por supuesto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que vincula a todos los poderes públicos y, por supuesto, a la Constitución. No estaría vinculado a la jurisprudencia ordinaria que él contribuye desde su posición también a garantizar. En el terreno de los derechos fundamentales deberá interpretarlos, conforme al artículo 10.2 de la Constitución, de acuerdo a los tratados internacionales sobre la materia. En relación con ello, véase LÓPEZ ULLA, Juan Manuel: “En torno a la constitucionalidad de la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia de ordenar el retorno de extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España”, en DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro y ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel Ángel (Coords.), *Inmigración irregular y derecho*, 2005, págs. 177 a 186. En este trabajo se examina la constitucionalidad de la instrucción 3/2003 del FGE sobre la procedencia de ordenar el retorno de los extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España. Los parámetros de validez de la misma son, por un lado, el respeto a las normas internacionales y, por otro, la prohibición de discriminación en la aplicación de la ley a menores -nacionales o no- en materia de desamparo sobre la que la jurisprudencia ordinaria tiene un sentado criterio. Se trata de una ponderación de intereses del Estado y del interés superior del menor. Detrás de la interpretación de la legalidad pueden moverse intereses políticos en la lucha contra la inmigración ilegal que demandan una u otra solución.

informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan.”

Una variable importante para conocer la posición del Ministerio Público en un ordenamiento dado es la manera en que opera su vinculación a esa legalidad que le corresponde defender o por decirlo de otra forma la manera en que tiene lugar su conformidad con la ley.

El Ministerio Público, como toda autoridad pública en un Estado de Derecho, está sujeto en su actuación al principio de legalidad. Es la ley la que le atribuye sus competencias. La potestad de acusar deriva de una habilitación legal y, por supuesto, debe ejercerse de manera compatible con el ordenamiento jurídico, es decir, sin contradecirlo. Esta potestad, como en cualquier otro supuesto de atribución de potestades por el ordenamiento jurídico, tiene como fin la consecución de un interés público al cual en todo caso su ejercicio debe dirigirse y que debe concurrir para legitimar su actuación. La existencia de ese interés público en la actuación de toda autoridad en el Estado constitucional significa que la actuación no es libre. De no existir este interés que legitime su actuación estaríamos ante una actuación arbitraria y caprichosa, sin cobertura legal.

Por un lado la vinculación negativa garantiza que *“nadie debe ser acusado, detenido o encarcelado sino en los casos determinados por la ley y según las formas en ella prescritas”*. De lo contrario, nos situaríamos ante una desviación de poder que entrañaría el ejercicio aparente de la acción penal. La acusación, al igual que la detención o el encarcelamiento, supone una injerencia estatal en la libertad personal y en la seguridad que requiere la garantía fundamental en el Estado de Derecho del principio de legalidad penal. En las declaraciones más recientes esta garantía constitucional frente a la acusación arbitraria ha desaparecido mientras se mantiene frente a detenciones y condenas penales -privaciones materiales de libertad- a modo de derechos de

defensa frente al Estado¹⁰⁴. En este sentido el artículo 17 de nuestra Constitución garantiza la libertad y seguridad frente a detenciones y otras medidas privativas de libertad y el artículo 25 el principio de legalidad penal. En pos de una mayor protección de la libertad y la seguridad personales, el artículo 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que el Ministerio Fiscal no sólo ejercitará las acciones que conforme a la legalidad correspondan sino que, también, deberá oponerse a las acciones indebidamente actuadas en la medida y forma que las leyes determinen. Y como luego apuntaré, al referirme a la imparcialidad del fiscal, su actuación debe siempre contemplar tanto los elementos que pudieran conducir a sostener una acusación como aquéllos que beneficien al sospechoso.

La vinculación positiva a la norma, por su parte, obliga al fiscal a ejercer la acción penal ante una conducta que revista caracteres de delito, lógicamente tras las pertinentes investigaciones que pongan de manifiesto tal realidad tanto en relación con el hecho como con el autor. Ello no entraña por supuesto que toda contravención penal sea castigada¹⁰⁵ por más que el proceso penal sea un momento ineludible del Derecho Penal que se justifica en su propia efectividad¹⁰⁶. Ello no es,

¹⁰⁴ No se hace referencia, por tanto, a la acusación como posible intervención en el ámbito del derecho de libertad y de seguridad de la persona, entiendo que por su carácter instrumental respecto a la condena penal ya que ésta no puede sino ser la culminación de un proceso que no puede existir sin una acusación previa. El que fuera Presidente del Tribunal Constitucional, JIMÉNEZ DE PARGA, se refiere a la garantía frente a la *pena de banquillo* en un artículo en el periódico *El Mundo* bajo el título de “Los derechos extraconstitucionales” el día 5 de octubre de 2011.

¹⁰⁵ Ilusión panjudicial de la que habla FERRAGIOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, Bari, 1990.

¹⁰⁶ HASSEMER, Winfried, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* (trad. MUÑOZ CONDE, Francisco), Tirant lo blanch, Valencia, 1989 Y Díez RIPOLLÉS, José Luís, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Jueces para la democracia*, núm. 49, 2004.

ni materialmente posible, ni deseable. Su realización exigiría un Estado totalitario, omnipresente en la vida de los ciudadanos¹⁰⁷.

En palabras de PERRODET, “según que el interés general vinculado al ejercicio de la acusación pública y la voluntad general expresada por la ley sean dissociables o, por el contrario, se confundan, el Ministerio Público dispone de un margen de apreciación en cuanto a la puesta en marcha de la acusación pública o bien estará sometido a la obligación de perseguir”¹⁰⁸. La cuestión a analizar será por tanto si el interés público debe, en todo caso, identificarse con la defensa de la ley penal a través del proceso o si, por el contrario, el fiscal puede contar con un margen de valoración que le permita desviar del conocimiento jurisdiccional supuestos aparentemente delictivos atribuibles a un presunto autor del que existen fundadas sospechas.

Diferenciamos así entre los ordenamientos¹⁰⁹ que establecen la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal frente a aquéllos que reconocen al Ministerio Público un margen de actuación más o menos amplio al respecto. En este segundo caso hablamos de discrecionalidad o de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Cuando es la propia ley la que regula la manera en que esa discrecionalidad se ejerce estaríamos ante los supuestos de oportunidad reglada o de legalidad diferenciada.

¹⁰⁷ Exigiría la vigilancia constante de los ciudadanos y una limitación prospectiva de la libertad que entrañaría la violación de sus derechos más básicos.

¹⁰⁸ PERRODET, *op. cit.* pág.143 (traducción propia).

¹⁰⁹ Aunque desde una perspectiva clásica pudiéramos pensar que son mayoría los países en la Europa continental que optan por el principio de obligatoriedad, nada más lejos de la realidad. De hecho en el panorama comparado son mayoría los ordenamientos que adoptan la oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Aconsejando su acogida, o en su caso la de instrumentos que lleven a similares resultados, se pronunció el Consejo de Europa en su recomendación relativa a la simplificación de la justicia penal de 1987 y ha vuelto a hacerlo en la 19 (2000).

En los sistemas que optan por la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, ante la *notitia criminis* el fiscal debe ejercer la acción penal, obviamente tras hacer una mínima investigación que le haga concluir que se encuentra ante indicios racionales de la comisión de un delito. En cualquier caso hemos de afirmar que obligatoriedad en la acusación no es sinónimo de automaticidad. El fiscal realiza un acto de aplicación del Derecho que entraña un momento interpretativo. No hay ninguna razón para entender que en este caso no sean de aplicación los criterios habituales de interpretación de la norma, incluido el de adecuación social. Otra cuestión es que a esa interpretación el fiscal llegue de conformidad a las reglas organizativas que presidan la actuación de la institución en que se inserta. Esta operación de subsunción supone una operación de discrecionalidad técnica similar a la discrecionalidad interpretativa del juez. Sería el caso paradigmático del modelo italiano, que consagra el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en el artículo 112 de su Constitución. También el principio de legalidad, entendido como obligatoriedad, en el ejercicio de la acción penal rige en nuestro sistema procesal penal.

En los sistemas en los que rige la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal al primer test de comprobación de la veracidad del hecho y de su presunto autor, sigue otro al que sólo se daría paso si se ha cumplido el primero. Ello diferencia los conocidos como archivos por motivos jurídicos de los archivos por oportunidad, éstos, con o sin condición¹¹⁰. En los primeros el motivo del archivo sería la inconsistencia de los hechos o bien el anonimato del autor. Una vez que la primera comprobación está realizada entraría en juego la discrecionalidad de manera que el fiscal puede “juzgar” inoportuno que

¹¹⁰ En los archivos con condición se suspende el ejercicio de la acción penal si el presunto autor cumple con ciertas conductas a las que resulta obligado y se abstiene de delinquir en determinado plazo. El anteproyecto de LECr bajo el Ministerio Caamaño preveía ambas modalidades de oportunidad con y sin condición (*vid.* arts. 149 y 150 del texto).

el asunto se judicialice. En este supuesto estaríamos ante una discrecionalidad estratégica.

Considero que, en todo caso, los sistemas de acusación continentales, a diferencia del sistema americano de oportunidad pura, parten de la regla de la indisponibilidad de la acción penal de forma que en principio el interés público reside en la persecución del delito y sólo si concurren otros intereses que en la ponderación resultan de más relevancia se renunciará a la persecución. No existe, por lo demás, un derecho al archivo por razones de oportunidad, quedando en manos del Ministerio Público la decisión al respecto, bajo el control o no del juez según los sistemas.

Obviamente el hecho de que un ordenamiento reconozca tal margen de apreciación al fiscal supone una mayor confianza del sistema en la institución que tiene encomendada la acusación oficial en nombre del Estado, lo que inevitablemente plantea de forma más acusada la cuestión de la legitimidad y responsabilidad democráticas del Ministerio Público.

Esta posibilidad sitúa la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en la antesala a la actuación jurisdiccional del Derecho. Y no supone una desviación patológica en un sistema penal garantista, siempre que se establezcan los contrapesos adecuados que garanticen un ejercicio homogéneo y responsable de la oportunidad por el fiscal¹¹¹.

De esta forma, la igualdad en el tratamiento de todos ante la ley penal no requeriría la persecución de todos los delitos, (es decir la igualdad en la aplicación de la ley penal) en el momento de la acusación (que ya supone una aplicación y por tanto interpretación de la norma).

¹¹¹ Puede verse CUADRADO SALINAS, Carmen, “Discrecionalidad de fiscal y flexibilización de la acción penal. El interés público en una administración eficaz de la justicia”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 18, 2009.

En definitiva dependerá de si el fiscal lo que ha de valorar principalmente es la suficiencia para la apertura de un proceso penal o por el contrario hacer prevalecer intereses distintos que hagan inoportuna la apertura del proceso.

Siendo importante la distinción entre sistemas en los que el ejercicio de la acción penal es obligatoria y aquéllos en los que es discrecional, en la práctica la diferencia se diluye debido a diferentes razones que suponen en cualquier caso una ampliación del campo de decisión del fiscal: la textura de las normas, la complicación de los casos, los intereses en juego o la escasez de recursos. Por otra parte la diversificación de respuestas ante la presunta comisión de un delito, estableciendo medidas alternativas a la condena penal¹¹² como medidas institucionalizadas de control social relativiza la diferencia entre los sistemas de oportunidad y de legalidad.

Los ordenamientos que acogen el sistema llamado de oportunidad reglada o de *legalidad diferenciada* son aquéllos en los que la propia ley establece los supuestos y las circunstancias en los que el fiscal puede renunciar al ejercicio de la acción penal, sin más o bajo ciertas condiciones, operando como excepciones al principio de legalidad que sigue siendo el inspirador del sistema¹¹³. En algunos

¹¹² Se aprecia en las distintas reformas del código procesal penal francés.

¹¹³ Véase ZIPF, “Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip”, *Peters F-S*, 1973, pág. 487 Según MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, de l'impartialité du Ministère Public en France et en Allemagne*, CNRS, Paris, 1999, págs. 140 a 151, las razones de renuncia a la persecución pueden ser clasificadas en el sistema procesal alemán en aquellas que obedecen a motivos de política criminal y aquellas que obedecen a una razón política. Entre las primeras, están aquellas que se basan en la inexistencia de un interés público en la persecución de cara a la protección de la sociedad. El segundo grupo obedece a razones de un interés nacional que puede hacer oportuna la renuncia a la persecución: cuando el proceso expondría a la República Federal a un perjuicio grave o se opone un interés superior (delitos contra la seguridad del estado) y cuando el autor de la infracción contribuye a evitar un peligro para la seguridad, la existencia o el orden constitucional del país. En estos casos es importante destacar que la competencia corresponde al Fiscal General Federal. Esta regulación inspiró,

supuestos -los menos graves- se deja dicha decisión al fiscal, en otros casos el fiscal deberá contar con la autorización del juez. Por tanto, es la propia ley la que introduce intereses diferentes al de la persecución del delito y condena del culpable – o absolución en su caso- a través del proceso en la valoración del fiscal. Se atiende a intereses diferentes a los de represión del ilícito penal, pero igualmente legales, es decir, positivizados legalmente en las que aparecen conceptos jurídicos indeterminados. Se trata de una oportunidad de casos concretos más que un *sistema de eficiencia* en la justicia penal¹¹⁴.

A partir de la Constitución alemana la justificación del principio de oportunidad según MATHIAS¹¹⁵ no será ya exclusivamente un medio para reducir los gastos de la justicia ni por supuesto la transposición de una ideología sino la expresión concomitante de imperativos materiales y exigencias prácticas –luchar contra la delincuencia creciente y la consecuencia de la sobrecarga de la justicia y el retraso en la misma que se inscribe en el cuadro de exigencias constitucionales en concreto del principio de proporcionalidad junto al principio de igualdad ante la ley –principio sobre el cual reposa entre otras la primacía del principio de legalidad- el Tribunal Constitucional alemán desde 1963 a partir de una interpretación del artículo 20III (fórmula del Estado de Derecho) ha derivado este principio aplicable sobre todo al procedimiento penal (adecuación e idoneidad de los medios al fin, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto son sus subprincipios).

Francia, que conoce de antaño el principio de oportunidad que a raíz de la actuación de los fiscales como receptores de noticias delictivas se fue consolidando en la práctica, ha dado paso a un concepto más reciente que el de política criminal: el de política penal la cual hace

sin duda, el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal en la última legislatura socialista bajo el Ministerio de Justicia de Caamaño.

¹¹⁴ Sobre esa dicotomía puede verse a WEIGEND, T., *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978.

¹¹⁵ MATHIAS, *op. cit.* pág. 131

referencia al uso diferenciado a la sanción penal. La política penal emerge en los años noventa tanto de las iniciativas locales llevadas por los fiscales como en las impulsadas por el Ministerio de Justicia a través de directivas sobre el ejercicio de la acción penal y sus alternativas.

En un mundo ideal en el que los recursos fueran ilimitados, el modelo de legalidad sería más atractivo que el *expediency model*, pero no cabe negar la realidad. En el otro extremo, un sistema sólo basado en un principio de oportunidad puede ser criticado (*riding roughshod' over civil liberties*), pues entraría en colisión con diversos principios constitucionales fundamentales. Lo mejor es combinar elementos de ambos principios en un único sistema en función de la gravedad de la ofensa¹¹⁶.

El Consejo de Europa –así la Recomendación (1987) sobre simplificación de la justicia penal- utiliza el argumento económico¹¹⁷ para recomendar a los Estados miembros a que adopten la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal o cuando el sistema constitucional no lo permita a arbitrar otros mecanismos que conduzcan a similares resultados. La razón para tal opción es la de la escasez de medios personales y materiales para la represión de la criminalidad y de la lentitud en los procesos judiciales a que la sobrecarga de la justicia conduce. Dado que no es posible perseguir e investigar todos los delitos de que se tiene noticia es necesario establecer o bien renunciar al proceso si concurren elementos que lo hagan prescindible o en otro caso adoptar criterios para fijar un

¹¹⁶ Public prosecutors and Discretion, pág. 10

¹¹⁷ Razones para el principio de discrecionalidad de naturaleza económica fueron las primeras derogaciones legales al principio de legalidad en el ordenamiento procesal alemán en 1924 a través de la llamada reforma Emminger Ordenanza relativa a la organización jurisdiccional y a la justicia penal a partir de la autorización al Gobierno por la Ley de habilitación de 8 de diciembre de 1923 para tomar todas las medidas necesarias en vista a la miseria del pueblo y las dificultades del Imperio.

adecuado orden de prioridades que responda racionalmente al problema del incremento de la criminalidad.

¿Cabe afirmar que la necesidad de aceptar un sistema de discrecionalidad no es sino un mal necesario como válvula de escape para un ordenamiento propio de una República penal caracterizada por la abundancia e inflación de normas penales, en el que el Derecho Penal parece no responder en la práctica a sus principios esenciales de intervención mínima y *última ratio*?¹¹⁸

Descartado que el fiscal como autoridad pública pueda actuar por simples motivos personales o arbitrarios el problema se reconduce a la determinación de cuáles puedan ser los intereses que podrían entrar en juego y por tanto a la legitimidad de los mismos en un Estado de Derecho¹¹⁹ y a la forma en que dichos intereses deben ser definidos e introducidos en el campo de decisión del fiscal en función del grado de autonomía que corresponda al fiscal en un ordenamiento dado. Y obviamente a la responsabilidad por la fijación de los distintos criterios. A ambas cosas debe dar cumplida respuesta el ordenamiento jurídico en la organización de su sistema de acusación.

¹¹⁸ Claramente contrario al principio de oportunidad se muestra ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, en sus trabajos, citando a FERRAJOLI, *op.cit.* pág. 570 considera que el principio de obligatoriedad de la acción penal “constituye un corolario de otros rasgos estructurales y esenciales del sistema garantista: de la *legalidad* o sujeción a la ley de toda función judicial,...de la *indisponibilidad* de las situaciones penales; del principio de *igualdad* penal,...”, en “Entre política y derecho. El estatuto del actor público” en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 36.

¹¹⁹ La experiencia del nacionalsocialismo alemán lleva a la extensión de la oportunidad hasta el paroxismo haciendo desaparecer la legalidad en ese monstruo que es el Derecho Penal de un Estado totalitario. En 1950, el Estado constitucional alemán deroga la legislación nazi y retoma el Derecho anterior a 1933. A partir de ese momento, toda la justificación de la oportunidad deberá hacerse desde la Constitución.

En cualquier caso, sea cual sea el tipo de discrecionalidad¹²⁰ la gestión de la persecución penal plantea problemas cotidianos en el campo organizativo al imponer la racionalización de la actividad de las fiscalías marcando prioridades en su actuación y la decisión sobre la dedicación de esfuerzos y recursos en mayor medida a un tipo de delitos que a otros, ámbito en el que la dirección unitaria pasa a un primer plano.

3.2. El principio de imparcialidad: objetividad e independencia en la defensa del interés público

“Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados”.

La imparcialidad no aparece en el artículo 117 de la Constitución que define la posición constitucional del juez¹²¹. El artículo 103.2 de la Constitución al reservar a la ley la regulación del estatuto de los funcionarios públicos dispone que la ley regulará las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios de la Administración Pública. El artículo 124 lo erige, de la mano del principio de legalidad, en principio rector fundamental de la actuación del Ministerio Público.

El fiscal no es juez. No tiene la imparcialidad del tercero¹²², el juez, que resuelve la controversia. Actúa como parte pública y aunque pudiera parecer contradictorio con su posición procesal es imparcial. No puede ser recusado dada su condición de parte pero debe abstenerse cuando en él concurra alguna de las causas de abstención previstas para los jueces.

¹²⁰ Sobre las distintas acepciones de la discrecionalidad véase DÍEZ PICAZO, *El poder de acusar*, op. cit. págs.11 a 33.

¹²¹ Véase pássim JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Navarra. 2002.

¹²² Brillantemente explicada la cualidad de *terzietà* en FERRAGIOLI, L., op.cit., pág. 47.

La imparcialidad del juez no es como explicaba el profesor DE OTTO una posición jurídica sino una actitud del juez. La imparcialidad para el fiscal sin embargo no es un “ser” sino un “deber ser”, una norma de comportamiento que le obliga a ser imparcial. Ello significa que el ordenamiento debe arbitrar las garantías para que ello sea así.

No es una exigencia nueva para el fiscal sino que ha venido a ser un principio característico del fiscal desde su concepción tradicional¹²³. Ya el Reglamento Provisional de la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835, bajo la regencia de María Cristina, disponía en su artículo 107 -con una claridad que no aparecerá en normativas posteriores- que

“todos los fiscales y promotores fiscales deberán siempre tener presente que su ministerio, aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la ley en cuyo nombre le ejercen, y que si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos y los demás intereses de la causa pública, tienen igual obligación de defender o prestar apoyo a la inocencia, de respetar y procurar que se respeten los legítimos derechos de las personas particulares procesadas, demandadas o de cualquier otro modo interesadas, y de no tratar a éstas sino como sea conforme a la verdad y a la justicia”

También el Estatuto de 1926, en su primer artículo, tras referirse a la misión del Ministerio Fiscal en los mismos términos que lo hiciera el artículo 763 Ley Provisional del Poder Judicial de 1870, añade que deberá “procurar siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social”.

En la tradición continental, el Ministerio Público es promotor de la justicia y no sólo acusador, comprometido en la defensa del proceso debido y con ello también de los valores de la verdad material y demás fines a alcanzar a través del proceso. El fiscal no sólo promueve la

¹²³ Véase sobre la *parcialidad* como medio de llegar a la imparcialidad MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 168 a 177.

justicia como proceso. El fiscal es promotor de justicia. La promoción implica tanto la puesta en movimiento como la consecución de un resultado, resultado que no puede ser otro que el de alcanzar una resolución tendencialmente justa. En este sentido, la actuación del fiscal participa de la cualidad de órgano de justicia por el resultado al que se dirige. De ello deriva que parte de la doctrina alemana se refiera al fiscal como “*Organ der Rechtsprechung*”¹²⁴ -órgano de la jurisdicción- que actúa persiguiendo la verdad conduzca ésta a la condena del culpable o a la absolución del inocente. La garantía de una resolución justa no sólo procede de la contradicción procesal sino de la doble garantía que supone la coexistencia de dos órganos públicos con tales características: juez y fiscal, en el proceso.

Por tanto, a él le corresponde privativamente ponderar las circunstancias que le puedan llevar a tomar la decisión de ejercitar las pertinentes acciones penales bien a considerar que esto no es procedente, sin que en esta función pueda ser sustituido por el criterio que sobre el particular tenga el agraviado o quien legítimamente considere que representa sus intereses. Igualmente cuando le corresponde dirigir la investigación debe hacerlo imparcialmente, recogiendo tanto el material o favor como en contra de confirmar la sospecha sobre un sujeto acerca de la comisión de un delito y la pretensión acusatoria deberá basarse en una *probable cause* que dirían los anglosajones que pueda sostenerse en términos razonables.

Como señala la Exposición de Motivos de la propuesta de Código Procesal Penal, al referirse al equilibrio de acusación y defensa en el proceso penal, “constitucional y culturalmente no cabe plantearse en nuestro país la supresión del principio de objetividad en la actuación del Ministerio Fiscal, que debe mantenerse incólume”. La ley le atribuye el deber de esclarecer la verdad desde la objetividad. Partiendo de esa

¹²⁴ Vid. MATHIAS, *op. cit.* pag. 215.

concepción se considera la posibilidad de configurarlo como Fiscal Investigador.

Frente a este Ministerio Público concebido en clave garantista (*due process*) se alza como modelo teórico el de un acusador público parte en el proceso que no se define por la neutralidad a la que se refiere SANDULLI¹²⁵. Se trata de un Ministerio Público que deja de representar a la sociedad y se convierte en representante de las víctimas¹²⁶- a las que el Estado no neutraliza –en expresión de GARAPON¹²⁷- sino que se identifica con ellas. En ese modelo de acusación pública quizás sí se justifique la renuncia a la acción cuando no se vislumbra una condena. Sin embargo esa imagen de fiscal parte se aleja completamente del modelo de concebir la justicia en la tradición del *civil law* en la que la acción penal es indisponible. Y por supuesto es una concepción ajena a la tradición española. Ya al referirme a la desaparición de la función de defensa de la administración comenté como fue precisamente su condición de órgano de la justicia técnico e imparcial lo que impedía una correcta defensa de los intereses de la administración.

Si antes, al hablar del proceso debido, hemos visto como el Ministerio Público tiene como misión principal la de garantizar la imparcialidad del juez, en el sentido de su condición de tercero. En este momento, al referirme al principio de imparcialidad como rector de la actuación del fiscal significa que él mismo debe ser imparcial. Su imparcialidad no empece su dependencia relativa. Ello quiere decir que el fiscal no exige la independencia del juez pero sí la imparcialidad

¹²⁵ Vid.. SANDULLI, “Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione”, en *Studi Segni*, IV, Milán, 1967, págs. 249 y ss

¹²⁶ En esta condición de sustituto de las víctimas derivada de la conformación histórica del papel del fiscal como receptor de las denuncias de los particulares la verdadera razón de que el fiscal francés –comparándolo con el alemán- sea un *procureur du roi* en lugar de un *procureur du droit*. Cfr. MATHIAS, *op. cit.* pág. 242 y ss.

¹²⁷ GARAPON, *op. cit.*

propia de quien también es autoridad judicial¹²⁸. Así lo ha considerado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²⁹.

Fue por primera vez en el asunto *Schiesser c. Suisse* de 4 de diciembre de 1979 que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó la condición del fiscal como autoridad judicial. En esta decisión la Corte consideró que junto a las expresiones más precisas de juez y tribunal, el Convenio utiliza también en su artículo 5 la de autoridad judicial competente y magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales. Esto significa que las funciones judiciales del magistrado no son necesariamente jurisdiccionales. El magistrado – que podría ser un fiscal- no se confunde con el juez pero debe igualmente poseer ciertas condiciones que se erigen en garantías para la persona detenida. Su posición no se concibe sin una habilitación por la ley –no lo sería por tanto si deriva sus poderes de una práctica reversible-, debe tratarse de una autoridad decisoria –no incluye por tanto a la autoridad que realiza una simple función consultiva. Estas condiciones se unen a las de imparcialidad e independencia como garantías que eviten su arbitrariedad¹³⁰.

¹²⁸ Informe nº 12 (2009) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos e Informe nº 4 (2009) del Consejo Consultivo de Fiscales Europeos sobre “Jueces y Fiscales en una sociedad democrática” a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa, texto conocido como *Declaración de Burdeos*.

¹²⁹ El TEDH ha examinado el estatuto y los poderes del Ministerio Público y las exigencias previstas en el artículo 5 párrafo 3 del CEDH (relativo a los jueces y a otras autoridades habilitadas « por la ley para ejercer poderes judiciales») a partir de diferentes situaciones de hecho (ver, entre otros, la Sentencia de 4 de diciembre de 1979, asunto *Schiesser c. Suiza*, §§ 27-38 ; el asunto de *De Jong, Baljet y Van den Brink c. Países-Bajos*, §§ 49-50 ; el asunto *Assenov* y demás *c. Bulgaria*, §§ 146-150 ; asunto *Niedbala c. Polonia*, §§ 45-47 ; el asunto *Pantea c. Rumania*, §§ 232-243, la Sentencia de 10 de julio de 2008, asunto *Medvedyev* y otros *c. Francia*, §§ 61, 67-69, sentencia de 29 de marzo de 2010 en el asunto *Medvedyev* y otros *c. Francia* , sentencia de 20 de noviembre de 2010, asunto *Moulin c. Francia*

¹³⁰ TULKENS, Françoise : “L’apport de la Convention européenne des droits de l’homme », *Quel avenir pour le Ministère Public*, Dalloz, Paris, págs. 93 a 101.

Sus actos no tienen valor de cosa juzgada, elemento definitorio de la función jurisdiccional (frente a la función administrativa). El fiscal insta al juez a que decida (pretensión). No se reduce al impulso sino que encierra una pretensión, es introductor de la misma en el marco del proceso y dicha pretensión delimita las posibilidades de actuación del juez en el proceso¹³¹.

Sin embargo no sería acertado decir que el fiscal no decide. El ejercicio de la acción penal condiciona la decisión del juez (lo demuestra el propio principio rogatorio y de congruencia que acompaña al acusatorio). La propia acusación aunque sea en el nivel de las relaciones jurídico procesales trae consecuencias también para los justiciables. El archivo de las actuaciones por su parte compromete el derecho a la tutela judicial efectiva.

El fiscal, como autoridad judicial, participa (debe participar) de caracteres propios del juez, aunque sin llegar a convertirse en una autoridad jurisdiccional. Estas dos notas son las que singularizan su posición. Esos caracteres como autoridad jurisdiccional deben proteger su independencia e imparcialidad *ad extra*, al igual que los magistrados; y sus caracteres como autoridad judicial deben hacer conciliable su estatuto con su inserción en una organización unitaria y jerárquica, que debe tener un único criterio institucional que cada fiscal contribuye a construir y por el que está obligado.

Su posición, distinta a la del juez, resulta conciliable con formas débiles de dependencia jerárquica. El fiscal, representante de la Ley e investido directamente de sus funciones como defensor de la legalidad, forma parte de una institución cuya misión exige la unidad de actuación en aras de la consecución de la igualdad ante la ley.

¹³¹ Sobre el rol “cuasi judicial” del fiscal y su impacto en el “*sentencing process*” *vid.* “The discretion of the prosecutor: An Introduction”, pág. 12.

Mientras que la jurisdicción se actúa en procesos concretos presididos por los principios de contradicción, el juez necesariamente ha de ser imparcial y por ello independiente. Esta independencia, como sujeción solo a la ley, se considera un valor superior a la igualdad en la aplicación de la ley que intenta alcanzarse a través de la casación, labor nomofiláctica de los propios jueces a la contribuye la fiscalía planteando el correspondiente recurso. En el Ministerio Público, se invierten los términos de forma que la igualdad en la aplicación de la ley se alza sobre la independencia definitiva de la función jurisdiccional.

La justicia se caracteriza por su discontinuidad servida por tanto por un Poder Judicial naturalmente difuso: el poder del juez se resuelve en el caso concreto y a ello obedece su independencia. El juez decide en casos particulares que obligadamente debe resolver, aplicando el derecho vigente.

En el caso del fiscal se produce a través de la unidad una suerte de agregación. La discontinuidad de la justicia es contrapesada por el Ministerio Fiscal. En este sentido el Ministerio Fiscal participa en la función de unificar la jurisprudencia, salvaguarda la igualdad en la aplicación de la ley y contribuye a la seguridad jurídica reforzando con ello la confianza de la sociedad en la justicia.

La decisión del juez es producto del proceso, de la dialéctica entre los argumentos y contra argumentos de las partes. Por ello, el juez es/debe ser en sentido radical independiente en el ejercicio de la función jurisdiccional de forma que aparezca siempre en una posición de tercero con respecto a las partes que sostienen la contienda. El fiscal por el contrario actúa como parte y por tanto desde esa perspectiva sin el contrapeso del contradictorio. Y en este sentido los principios que deben regir la actividad de los fiscales son por exigencia de la función esencialmente distintos en lo que a independencia del fiscal en concreto se trata o personalización de la función. Esto justifica que en el seno del

proceso la tendencia es la personalización de la función, en todo aquello que se trata de un caso concreto.

La igualdad de los justiciables exige una unidad de actuación y ésta se consigue a través de una organización jerárquica pero la jerarquía debe venir contrapesada por las exigencias del fiscal como autoridad judicial. Es por ello que como analizaré más tarde tiende a explicarse y justificarse la organización jerárquica por la unidad de actuación y ello en conexión con el valor superior en un Estado de Derecho de la igualdad ante la ley.

De una parte no cabe una dependencia funcional sin filtro del Ejecutivo. Es decir el Ministerio debe gozar de autonomía decisoria o valorativa a la hora de decidir qué lleva al proceso precisamente porque lo lleva al proceso (de lo general a lo concreto) que es el lugar de la actuación el Derecho, de la reconciliación de los intereses generales con los particulares. Es por ello que en aquello que se mueve en el plano general hay que potenciar la dirección y responsabilidad política. En lo que atañe pues a las exigencias del proceso debe potenciarse la independencia, tanto hacia el exterior como hacia los superiores jerárquicos y la responsabilidad solo en términos de sujeción al Derecho

De otra parte las exigencias del *equo processo*, la igualdad de armas y el contradictorio, exigen una diferenciación del fiscal con respecto al juez, de lo contrario se produce un desequilibrio no conciliable con las exigencias del proceso debido. Y esta diferenciación se proyecta también en el estatuto del fiscal, pensemos en el problema de la división de carreras, se manifiesta en una serie de especialidades estatutarias con relación a sus colegas los jueces y a una integración en el Poder Judicial autónoma.

3.3. Unidad de actuación y dependencia jerárquica

El artículo 124 de la Constitución Española, siguiendo las pautas del modelo tradicional¹³² de acusación pública, garantiza el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal y el de dependencia jerárquica¹³³. A su cabeza se sitúa el Fiscal General del Estado que ocupa una posición vértice representando a la institución y vinculado al Gobierno en el momento de su nombramiento al que el artículo 124 dedica su tercer apartado.

Estos principios, característicos de la administración pero no de la jurisdicción¹³⁴, operan en el marco de un “contexto judicial” del que derivan determinadas exigencias que suponen el reforzamiento de los principios de legalidad e imparcialidad que rigen *en todo caso* la actuación del Ministerio Fiscal y que vinculan a todo miembro del

¹³² Muchos de estos rasgos serán los propios del modelo napoleónico que se impondrá, con alguna importante singularidad patria como la acción popular en el proceso penal y en la organización del Ministerio y de la Administración de Justicia en su conjunto. Como bellamente escribe el profesor SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: “Nunca he creído por otra parte en los milagros históricos y por ello me he resistido siempre a aceptar la tesis de la generación espontánea de nuestro derecho administrativo que parece surgir sin raíces visibles en la década de 1840 como importado en bloque del país vecino. Desde luego no pretendo negar el papel decisivo de la recepción de las técnicas francesas pero tampoco me sirve como explicación única pues ningún ordenamiento importado echa raíces si el suelo histórico del país receptor no se halla debidamente abonado y preparado para ello” en *La generación del Derecho Administrativo en el siglo XIX* (1812-1845). Sobre la concepción de la acción popular en el siglo XIX fundamental para entender nuestro peculiar modelo de sistema de acusación, *vid.* SILVELA, “La acción popular”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, págs. 457 a 487.

¹³³ Se le dota de una estructura acomodada a las misiones que le son encomendadas. Estas misiones, de interés para el Ejecutivo -sea la defensa de los intereses de la Administración, la vigilancia del funcionamiento de la justicia o la garantía del cumplimiento del ordenamiento jurídico justificarán la dependencia del poder político y con ello la naturaleza del fiscal como agente del Gobierno desde una perspectiva instrumental.

¹³⁴ Como afirmará MERKL, Adolf, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pág.32: “La independencia judicial y la dependencia de las autoridades administrativas constituye el punto inquina para la comprensión del dualismo entre justicia y administración. La justicia se caracteriza por la coordinación y la administración por la subordinación”.

Ministerio Fiscal que actuará siempre como representante de la Institución.

La unidad de actuación y la dependencia jerárquica, como principios articuladores de la organización y funcionamiento internos de la institución, deben, por tanto, cohonestarse con los de legalidad e imparcialidad garantizados también expresamente y todos ellos como principios que interactúan en el diseño de nuestro Ministerio Público deben ser interpretados desde los valores y principios que inspiran la hermenéutica de nuestro texto constitucional, de acuerdo con la unidad de coherencia sistemática de la Constitución de un Estado que se define como social y democrático de Derecho. Ello significa que no se garantizan por su valor intrínseco sino por su funcionalidad con respecto al sistema en su conjunto y en concreto en el subsistema judicial¹³⁵.

La dependencia jerárquica no es un principio de organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal que pueda ser parangonado al resto¹³⁶ de principios contemplados, lo cual es importante desde el punto de vista de la interpretación. Es por ello que la jerarquía tiene un carácter instrumental¹³⁷ en pos de la consecución de la unidad de actuación. El Ministerio Fiscal como institución defensora de la legalidad a través de su genuina función de promotor de la justicia se

¹³⁵ MARRADI, Alberto, voz “Sistema giudiziario” en BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola y GIANFRANCO, Pasquino (Dir.): *Dizionario di politica*, TEA, UTET, Torino, (7ªed) 1990, define al sistema judicial como un “subsistema del sistema político conformado por un conjunto de estructuras, procedimientos y roles mediante los que el sistema político satisface una de las necesidades esenciales para su supervivencia: la “*aggiudicazione*” de las controversias sobre la aplicación concreta de las normas reconocidas por la sociedad” (traducción propia).

¹³⁶ Sobre la redefinición del papel del principio de jerarquía en el Estado de Derecho véase NIETO, Alejandro: “La jerarquía administrativa”, en *Administración y Constitución: el principio de jerarquía*, *Documentación administrativa*, núm. 229, 1992, págs. 11 a 64.

¹³⁷ En ese sentido se pronuncia mayoritariamente la doctrina. Por todos, véase FLORES PRADA, *op. cit.* pág. 699.

constituye en pieza principal del Estado de Derecho y en concreto de los valores de igualdad y de seguridad jurídica. En palabras de la instrucción del Fiscal General del Estado 1/2005.

“mediante su aplicación, y a través del ejercicio de la función de promoción de la acción de la justicia, el Fiscal constitucional se convierte en pieza esencial para procurar una interpretación unitaria del ordenamiento jurídico, contribuyendo así a garantizar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, conceptos íntimamente vinculados a la idea del Estado de Derecho. Esta funcionalidad se ve reforzada por la ubicua presencia del Ministerio Público en todos los órdenes jurisdiccionales, incluido el constitucional.”

La igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica son más fácilmente alcanzables a través de una organización monocrática y jerárquica que a través de una organización personalizada a la manera del Poder Judicial¹³⁸.

Es así que la independencia funcional interna de los jueces y el principio de juez ordinario predeterminado por la ley no pueden trasladarse sin más al Ministerio Fiscal. La independencia funcional y la personalización de la función jurisdiccional se corresponden con una función reactiva o pasiva, sometida al imperio de la ley y desarrollada en el marco de un proceso con todas las garantías. La función “promotora” del fiscal es esencialmente activa y unilateral y la densidad del margen de apreciación de los fiscales es sensiblemente mayor que la de la función jurisdiccional lo cual propicia y justifica la opción por una organización vertical y unitaria.

Estos principios son claves en garantía de la libertad del ciudadano, ya que no hay libertad donde no hay seguridad es decir donde el ciudadano no puede prever la actuación de los poderes

¹³⁸ Así lo considera la Recomendación 19 (2000), que en su punto 36 opta claramente por una organización jerárquica del Ministerio Público para facilitar la equidad, la coherencia y la eficacia en el cumplimiento de sus funciones, lo que no debe significar el establecimiento de estructuras burocráticas, ineficaces o paralizadoras.

públicos con arreglo a normas que disciplinan su actuación. No es sólo un interés éste individual sino un interés general a defender y alcanzar en un Estado constitucional de Derecho vinculado directamente por los derechos y comprometido positivamente en su tutela.

Junto a ello, otros principios de actuación de las organizaciones públicas deben considerarse. Así y principalmente el principio de eficacia que obliga a la Administración a un deber positivo de actuación de acuerdo con sus exigencias. Se ha entendido por eficacia la capacidad de una organización de conseguir los objetivos que tiene encomendados. La eficiencia por su parte se refiere al hecho de que el resultado a perseguir lo sea con la mejor utilización de los medios disponibles¹³⁹. Desde el punto de vista de la política criminal y del Ministerio Público como pieza esencial de la misma, tanto en la definición de la misma como en su aplicación¹⁴⁰ estos principios son fundamentales en la medida que racionalizan y dan contenido a las potestades organizatorias del Ministerio Público.

¹³⁹ No puedo dejar de hacer referencia al momento de crisis en que nos encontramos. Finalmente, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, estableció un conjunto de medidas para mejorar la eficiencia de las Administraciones Públicas en el uso de los recursos públicos, con objeto de contribuir a la consecución del inexcusable objetivo de estabilidad presupuestaria, de un 3% de déficit sobre el PIB en el año 2014, derivado del marco constitucional y de la Unión Europea. Ello conlleva especiales dificultades ante la trascendencia y relevancia constitucional del servicio que presta la Administración de Justicia y su función esencial de dar soporte a un poder del Estado (Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Como todo poder público se encuentra sometido a los principios de estabilidad y sostenibilidad presupuestaria en virtud de lo previsto en el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

¹⁴⁰ La vinculación al Gobierno a través de instrucciones generales para estudiosos de Ministerio Fiscal como FLORES *op. cit.*, pág. 688, nos lleva a un modelo conforme al cual se entiende que el Ministerio Fiscal no tiene capacidad ni por tanto legitimidad para definir el interés público. El plano de la definición correspondería al Gobierno y el de la aplicación al Ministerio Público.

Es a estos efectos que la organización unitaria y jerárquica que preside nuestro modelo constitucional de Ministerio Público encuentra su sentido¹⁴¹: igualdad y eficacia como exigencias del sistema judicial penal.

La mayor exigencia de la justicia y en concreto de la penal es que sea igual para todos. El Ministerio Fiscal precisamente debe convertirse en garante de ello. Es una redimensión del principio de unidad de actuación interpretado de acuerdo con el de legalidad e imparcialidad. Si al juez le corresponde desde la independencia, al fiscal desde la unidad de actuación que garantice la igualdad.

Por otra parte al Ministerio Público corresponde velar por la aplicación de la ley pero también a él como afirma la recomendación 19 (2000) compete en mayor medida que a cualquier otra institución cuidar por la eficiencia general del sistema penal, labor en la que debe siempre guiarse por el interés general.

La Exposición de Motivos de la propuesta de un nuevo Código Procesal Penal desde la perspectiva de la eficacia considera preferible el modelo de Fiscal Investigador que el nuevo código instauraría. Dice así: “Aunque, desde una injustificada desconfianza hacia la Fiscalía, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica se esgrimen como argumentos contra la reforma, lo cierto es que precisamente los expresados principios constitucionales permiten la aplicación de criterios coherentes y el seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal, en los distintos ámbitos de la criminalidad y en todo el territorio nacional”.

¹⁴¹ Es sentir unánime de la doctrina que los principios heredados del modelo tradicional, principalmente el sentido de la unidad y la jerarquía, deben ser reinterpretados en un nuevo contexto jurídico político.

En la ordenación actual no es, por tanto, en la vinculación al Gobierno -como en el modelo dependiente tradicional¹⁴²- o en la búsqueda de una pretendida legitimidad de origen¹⁴³, derivada de los nombramientos gubernamentales del Fiscal General del Estado y del resto de altas jefaturas, que encuentra su justificación el carácter monocrático y jerárquico de la organización del Ministerio Fiscal. Es en la igualdad en la aplicación de la ley, principio medular de la

¹⁴² La primera norma que de forma específica aglutina las disposiciones vigentes sobre el Ministerio público es el Real Decreto de 9 de abril de 1858, sobre organización y atribuciones del Ministerio público. Esta norma fue aprobada con la finalidad de armonizar, aclarar y mejorar la materia. En ella aparecían ya de forma clara la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal, su unidad, la importancia del Fiscal del Tribunal Supremo así como por vez primera se hace explícita mención de su relación con el Gobierno. El artículo 2 decía así “Mi fiscal en el Tribunal Supremo, como delegado general e inmediato del Gobierno es el jefe común de todos los funcionarios del Ministerio fiscal. Los fiscales de las Audiencias son los jefes inmediatos de dichos funcionarios en el territorio respectivo de las mismas. Todos estos funcionarios y los fiscales de las Audiencias dependerán únicamente de mi fiscal en el Tribunal Supremo, y éste a su vez, con todo el Ministerio Fiscal, del Ministro de Gracia y Justicia” No existe ninguna otra norma que construya de manera más meridiana al Ministerio Fiscal como estructura burocrática, organizada jerárquicamente y dependiente del Gobierno, a través del Ministro de Justicia. Se declaraba la amovilidad de todos los funcionarios del Ministerio Fiscal y la subordinación de los fiscales a las órdenes e instrucciones de los superiores jerárquicos. En 1860¹⁴², por Real Decreto de 9 de noviembre se reforma el artículo 9 del anterior Real Decreto de 1858. La Exposición del Motivos es muy clarificadora a propósito de la idea de que la estructura permanente afecta al cumplimiento de las funciones encomendadas y del valor de la jerarquía:

“Porque llamado el Ministerio Fiscal a defender en los Tribunales el interés colectivo y social, representante de la ley, por cuyo exacto cumplimiento ha de velar en beneficio de la administración de justicia, agente inmediato del Poder supremo a quién está confiada la tutela de tan sagrados derechos, debe formar un Cuerpo, que inspirándose de una sola idea y obedeciendo a un solo pensamiento transmita rápidamente su impulso desde el primer eslabón de la cadena que arranca del Ministro de Gracia y Justicia hasta los agentes subalternos en toda la extensión de su escala jerárquica. Este es el verdadero sentido, y esta la razón del principio de unidad que, con el de independencia y responsabilidad, constituyen las bases de la organización actual del Ministerio público”.

¹⁴³ Como claramente describía el profesor GARCÍA MORILLO, Joaquín: “La legitimación democrática del Ministerio Fiscal”, en *Claves de la Razón Práctica*, núm. 85, 1998, págs. 15 a 22.

arquitectura del Estado democrático¹⁴⁴, así como en la coherencia y la eficacia en el cumplimiento de su misión institucional que esta estructura tradicional encuentra en el contexto constitucional su razón de ser. Su misión institucional en el contexto de una democracia constitucional que tiene en su base los derechos fundamentales obliga a una reinterpretación de los principios en juego. Ello viene a dotar de legitimidad constitucional al Ministerio Fiscal en nuestro modelo de Ministerio Fiscal como autoridad judicial independiente como afirmaré en la última parte de este trabajo.

4. ORGANIZACIÓN A SÉ STANTE

El Ministerio Fiscal, como órgano del Estado¹⁴⁵, constituye una organización particular *a sé stante* (“*en sí misma considerada*”)¹⁴⁶, que actúa a través de órganos propios. Ya el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 señalaba que el Ministerio Fiscal ejercería las funciones que le fueran encomendadas por medio de sus órganos. En la misma línea, se encontraba también la base decimoquinta de la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases orgánica de Justicia. Esta formulación del Ministerio Fiscal como organización que actúa a través

¹⁴⁴ Sobre esta visión medular del principio de igualdad en la construcción del Estado constitucional gira toda la construcción del manual de PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons.

¹⁴⁵ Sobre las distintas acepciones constitucionales del término Estado a partir de la distinción establecida por la doctrina italiana entre Estado-ordenamiento, Estado-aparato y Estado-comunidad véase LÓPEZ GUERRA, Luis: “Sobre la personalidad jurídica de Estado”, en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 6, 1980, págs. 32 a 34.

¹⁴⁶ Tomo esta expresión de Díez-Picazo, Luis María en *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991 que en su pág. 160 escribe “se trata de un complejo orgánico diferenciado, y *a se* (cursiva en el original), ya que la institución ha de funcionar mediante órganos propios. También me ha llevado a la utilización de estas palabras la obra de Massimo Severo Giannini Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, volumen I, 3ª edición, Giuffrè Editore, Milán, 1993, pág. 80 al referirse a “la distribución entre los poderes de la actividad de la defensa concreta de intereses públicos”.

de órganos propios ha servido como argumento en el debate en torno a la posición del Ministerio Fiscal en el esquema de la división de poderes. A mi juicio, de esta nota no se puede inferir sin más una posición autónoma del Ministerio Fiscal frente al Poder Judicial y frente al Ejecutivo. De hecho, los textos citados definían al Ministerio Fiscal como “órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia”¹⁴⁷.

No obstante, en la redacción constitucional, del reconocimiento de una organización propia se pueden derivar consecuencias diferentes al poner dicha afirmación en conexión con los principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal. Además, el constituyente eludió expresamente la calificación del Ministerio Fiscal como órgano de relación del Gobierno con los Tribunales y ello encierra una clara voluntad de separación del Ejecutivo.

En definitiva, la suma de los principios de legalidad¹⁴⁸ e imparcialidad –entendida como independencia y objetividad de criterio de la institución¹⁴⁹– y la dotación de una organización propia conducen a esa posición *a sé stante* que *separa* al Ministerio Fiscal del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, y le da subjetividad y entidad propias en el esquema de poderes diseñado por nuestra Constitución.

¹⁴⁷ El art. 2 II de la Ley Orgánica del Estado de 1 de enero de 1967 con esta nueva manera de referirse al Ministerio Fiscal como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales retomaba la expresión utilizada por el anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929 que en su art. 101 señala que “en las funciones de Justicia, el Ministerio Fiscal será el órgano de comunicación entre el Poder Ejecutivo y el Judicial”.

¹⁴⁸ Siguiendo a DÍEZ PICAZO, Luis María, *El poder de acusar, op. cit.*, pág. 176.

¹⁴⁹ La imparcialidad aquí de la Institución *cfr.* artículo 7 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal requiere como garantía la separación del Ejecutivo. La imparcialidad del representante individual requiere aquellas garantías personales, incompatibilidades, prohibiciones y deber de abstenerse dirigidas a coadyuvar a su imparcialidad y de aquellas otras que garantizan la posición del fiscal limitando la subordinación jerárquica, en concreto véanse los arts. 6 y 27 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

A partir de ahí, debemos efectuar una serie de consideraciones que abundan en esta separación –no otra cosa significa su autonomía- derivada de su calificación como organización *a se stante*.

En primer lugar, desde una perspectiva funcional, el Ministerio Fiscal no se integra en el Poder Ejecutivo y, por consiguiente, tampoco en la Administración del Estado. El Ministerio Fiscal cumple una serie de misiones constitucionales con un fin institucional propio, singularizado entre los fines a los que la Administración sirve, que hemos cifrado en defensa por el Estado del interés público en el proceso. No obsta a ello que, *a la fine*, si de una división material de funciones se tratare estaríamos ante una función administrativa -no olvidemos que para parte de la doctrina, la jurisdiccional no es sino una de las formas de actuación de la ley, igual que la administrativa-.

Con la Constitución el Ministerio Fiscal abandona la posición de agente del Ejecutivo que tenía tradicionalmente en una relación de instrumentalidad con el Gobierno al que correspondía marcar los fines generales a los que la institución debía servir.

La inclusión del Ministerio Fiscal en el título VI y no en el título IV de la Constitución dedicado al Gobierno y a la Administración acentúa su distinción respecto de la Administración Pública que según el 97 el Gobierno dirige aunque es común en la tradición europea la regulación del Ministerio Fiscal en los códigos de organización judicial con independencia de la dependencia o no del Gobierno, a través del correspondiente Ministerio de Justicia. Esto no significa negar su relación con el Poder Ejecutivo que ostenta competencias en materia de la administración de justicia¹⁵⁰. Que institucionalmente no se integre en la Administración no va a significar negar su relación con el Gobierno

¹⁵⁰ Tampoco en el modelo histórico anterior – ni en los ordenamientos comparados estudiados - el Ministro de Justicia al que el Fiscal del Tribunal supremo y con él todo el Ministerio Fiscal estaba subordinado formaba parte del Ministerio de Justicia, sino que se configuraba como su órgano de dirección y gobierno.

de la Nación que asume un papel importante en lo que a la organización de la justicia de refiere, tanto en su veste administrativa como órgano superior de la Administración de Justicia como en su veste de órgano constitucional con responsabilidades en política criminal y judicial.

Ese fin institucional justifica una posición autónoma (separada) de la Administración¹⁵¹. En este sentido la propia ubicación sistemática del Ministerio Fiscal en el título VI nos informaría de ello. Derivaríamos de aquí las notas del Ministerio Fiscal como institución. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal lo concreta en su artículo 2.2 cuando afirma que se integra con autonomía funcional en el Poder Judicial lo que implícitamente lo separa de la Administración. Considero que dicho artículo informa tanto de su no integración en el Poder Judicial como de la separación de la institución de la órbita del Poder Ejecutivo.

En sus cometidos coopera con el Poder Judicial del que tampoco forma parte¹⁵² ya que éste conforme a nuestro ordenamiento constitucional reside exclusivamente en los jueces y magistrados que a través de los correspondientes órganos judiciales ejercen la función jurisdiccional. Existe toda una Administración de la Jurisdicción, Administración de la Administración de Justicia en expresión utilizada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional¹⁵³ heredada de la doctrina italiana, en la que ejercen competencias distintas Administraciones, la estatal, la autonómica y hasta la local. Mientras

¹⁵¹ La autonomía organizatoria a la que se refiere GIANNINI es un concepto dúctil, en tanto permite ser aplicado a órganos y organizaciones con distintos grados de autonomía. Esto es, se trata de un concepto atípico que puede tener contenidos variadísimos en GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, volumen I, 3ª edición, Giuffrè Editore, Milán, 1993.

¹⁵² Es muy clarificador el informe publicado por la SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: “Informes acerca de diversas solicitudes de comparecencia del Fiscal General del Estado para informar sobre la Actividad procesal del Ministerio Fiscal en un sumario determinado”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 15, 1988, págs. 211 a 242.

¹⁵³ Sentencias del Tribunal Constitucional 56 y 62/1990, de 29 y 30 de marzo respectivamente y Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2001, de 5 de abril de 2001 (Comisión de Asistencia Jurídico Gratuita en Cataluña).

que lo relativo a la administración de la jurisdicción se ha judicializado en gran medida en relación con el Poder Judicial al recaer principalmente en un órgano de gobierno *ad hoc*, el Consejo General del Poder Judicial, la administración del Ministerio fiscal sigue siendo organizada por el Ministerio de Justicia si bien de manera singular y diferenciada con cierta participación de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Administración de Justicia. Nada hubiera impedido constitucionalmente a mi modo de ver “fiscalizar” la administración de esta institución potenciando el papel del Consejo Fiscal como órgano de gobierno siguiendo al modelo portugués de gobierno institucional del Ministerio Público. No ha sido así en el caso español, continuador en este extremo del modelo tradicional de gestión burocrática y centralizada de la Administración de Justicia. Ello provoca una falta de sintonía entre los planos estático y dinámico, orgánico y funcional que encuadran la posición autónoma del Ministerio Fiscal. Que el legislador en 2007 lo haya dotado de personalidad jurídica refuerza esta afirmación.

Considero al Ministerio Público en este estudio, pues, como una institución *a se stante* con determinadas competencias que ejerce de forma autónoma no obstante sus relaciones con otros poderes en los planos funcional y/u organizativo bajo determinados principios ajustados de manera singular y con la correspondiente responsabilidad.

Una institución ésta que por sus sensibles cometidos en el ámbito de la justicia va a exigir autonomía. Definimos esta autonomía como el marco en el que el Ministerio Público realiza sus funciones, marco definido por relaciones con el resto de poderes y especialmente con el Ejecutivo, es decir, su lugar en la separación de poderes y su correspondiente responsabilidad.

Por consiguiente la posición constitucional del Ministerio Público, del Ministerio Fiscal en España, viene dada por su posición relativa en el seno de la Administración de Justicia y su relación con el

Poder Político, principalmente el Poder Ejecutivo en su articulación gubernamental en lo que a su función se refiere y con la Administración en lo que a la estructura que la sustenta corresponde. Y esa posición relativa es la que pretendo analizar.

5. ÓRGANO DEL ESTADO *IN TOTO*

En los trabajos constituyentes en el Senado se propusieron enmiendas en clave confederal y en clave autonomista por parte de senadores del Grupo Mixto. De nuevo, como no podía ser de otra manera, el debate territorial estuvo presente en la elaboración del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en 1981. En aquellos primeros años de andadura constitucional se iban aprobando los Estatutos de las diferentes Comunidades Autónomas que respetaban clara y expresamente el carácter estatal del Ministerio Fiscal. Esta ausencia de interés autonómico perdurará hasta el momento de elaboración de los Estatutos catalán y andaluz, ambos aprobados antes de la modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por Ley 24/2007, de 9 de octubre¹⁵⁴. Es inevitable, por tanto, en la actualidad, que el estudio de la organización del Ministerio Fiscal se ocupe de la dimensión territorial del Ministerio Fiscal o, dicho de otro modo, de la incidencia que la descentralización política supone sobre el Ministerio Fiscal tanto desde el punto de vista de su administración como, en su caso, del *indirizzo* político. Esta proyección autonómica vendrá a modular, aunque de manera muy somera de momento, la unidad y carácter estatal del Ministerio Fiscal en España.

¹⁵⁴ Antes habría que considerar la propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi aprobado en Ajuria Enea el 25 de octubre de 2003 que establecía un Poder Judicial propio, gobernado por un Consejo Judicial con competencia sobre todos los servidores de la Administración de Justicia, incluidos los fiscales; un Ministerio Fiscal defensor de la legalidad encabezado por el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Euskadi nombrado por el Consejo Judicial. No llegó el conocido como Plan Ibarretxe más allá de las puertas del Congreso de los Diputados que lo inadmitió.

El Ministerio Fiscal es una institución del Estado, entiendo Estado en su acepción de Estado *in toto* al que alude la sentencia del Tribunal Constitucional 38/2010, de 28 de junio de 2010, sobre la constitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Fj 13) . Podría afirmarse, así, que la Comunidad Autónoma es Estado a los efectos del Ministerio Fiscal¹⁵⁵. Si el Estado dual o completo no puede pretenderse bajo una interpretación constitucional adecuada porque el Poder Judicial carece de un nivel autonómico, igualmente ocurre con el Ministerio Fiscal que desde esta perspectiva debe contemplarse como una institución que como el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal afirma en su artículo 2.2 *se integra con autonomía funcional en el Poder Judicial*. Incluso en Alemania donde en principio podríamos afirmar un Estado “ortodoxamente” federal” el Ministerio Público participa del carácter unitario en el terreno constitucional del Poder Judicial. El Poder Judicial, y el Ministerio Público con él, se sitúan en el nivel englobador del Estado-ordenamiento¹⁵⁶.

Los engarces de la política estatal y autonómica permitieron que la modificación del Estatuto Orgánico en 2007 asimilara tanto la redimensión en clave autonomista de los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas que se convierten en Fiscales Superiores Autonómicos como la participación de los Consejos de Justicia autonómicos en el procedimiento de su

¹⁵⁵ El magistrado JIMÉNEZ DE PARGA lo expresó con claridad en su voto concurrente a la sentencia del Tribunal Constitucional 129/2001 señalando a partir de las distintas acepciones del término Estado que es al Ministerio Fiscal al que corresponde acusar en defensa de las instituciones constitucionales del Estado y por tanto en el caso planteado en defensa de la *Ertzaintza* como institución – dado que la Comunidad Autónoma también es Estado- y no al Gobierno Vasco que sólo tendría la posibilidad de actuar como acusador particular cuando el ofendido fuera un miembro –no la institución en cuanto tal- de la policía vasca.

¹⁵⁶ *Vid.* el trabajo de Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: “El Poder Judicial en el Estado Autonómico”, en *Teoría y Realidad constitucional*, nº5, 2000 págs. 89 a 114.

nombramiento y en otras cuestiones relativas al gobierno interno en clave desconcentrada del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal.

El Tribunal Constitucional declaró en la sentencia 38/2010, de 28 de junio de 2010, inconstitucional la configuración que el *Estatut* (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña) realizaba por entrar en un terreno que corresponde únicamente al legislador estatal, en una norma específica la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁵⁷. A pesar de que se avanzó en la discusión parlamentaria de una reforma de la ley que introdujera los Consejos de Justicia como órganos desconcentrados del Consejo General del Poder Judicial, el final de la legislatura socialista dio al traste con ello¹⁵⁸.

El momento político actual es otro bien distinto. Los problemas de la corrupción y la crisis han hecho retroceder un tanto las demandas autonomistas¹⁵⁹. En cualquier caso, y sin perjuicio de que más adelante vaya a resaltar algún aspecto con dimensión autonómica, sí quisiera apuntar en este momento que, a mi juicio, no concilia demasiado con la unidad institucional del Ministerio Fiscal las asimetrías que el principio

¹⁵⁷ Vid. los comentarios sobre esta importante Sentencia en lo que concierne al Poder Judicial de APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel “Comentario a la Sentencia 31/2010. Sobre el Poder Judicial”, en *Revista catalana de dret públic*, núm. Extra 1, 2010, págs. 199-205 y CÁMARA VILLAR, Gregorio, “Reformas estatutarias y consejos de justicia autonómicos a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional” en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011, págs. 197 a 220.

¹⁵⁸ Véase un estudio detenido en TEROL BECERRA, Manuel José: *Reivindicación autonómica sobre el gobierno desconcentrado del Poder Judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012. Años antes avancé mi estudio sobre los Consejos de Justicia en “Descentralización de la justicia: la propuesta de creación de Consejos de Justicia en las Comunidades Autónomas”, en *El Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Granada, 2003, págs. 279 a 295.

¹⁵⁹ Ya en la legislatura en curso, el 28 de marzo de 2012, se rechazó de nuevo la propuesta nacionalista de implantar con urgencia los Consejos de Justicia, previstos en ocho Estatutos de Autonomía necesarios para ajustar la Administración de Justicia a los requerimientos de un Estado compuesto.

dispositivo puede suponer¹⁶⁰. Parece que la Unidad -la del Poder Judicial y la del Ministerio Fiscal- debe jugar en este delicado ámbito de la Administración de Justicia un papel fundamental.

¹⁶⁰ Los Estatutos de Autonomía vasco (art 13) gallego (artículo 24), asturiano (artículo 35), cántabro (artículo38) riojano (artículo 35) murciano (artículo38), manchego (artículo 25), madrileño (artículo 47), ceutí (artículo 13) y melillense (artículo 13) responden a la regulación original en la que se respeta plenamente la competencia exclusiva del Estado en relación con el Ministerio Fiscal. El Estatuto canario ni siquiera se refiere a él. Los de Valencia (artículo33), Aragón (artículo 66), Navarra (artículo 59), Extremadura (artículo 51), Baleares (artículo97) y el Estatuto leonés aunque prevén la creación por Ley de un Consejo de Justicia ni menciona al Ministerio Fiscal. Son los Estatutos catalán (artículo 96) y andaluz (143) los que con similar contenido mayor dimensión autonómica otorgan al Ministerio Fiscal y por supuesto al Poder Judicial y a su gobierno.

CAPÍTULO II

LA ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

1. FISCAL GENERAL DEL ESTADO VERSUS MINISTERIO FISCAL

La dicotomía que el título expresa es, a mi juicio, una premisa fundamental para el estudio de la posición del Ministerio Fiscal en nuestro ordenamiento. La singularidad del Fiscal General del Estado, que no tiene parangón en ordenamientos como el francés o el italiano, constituye la rueda catalina de todo el ensamblaje de piezas que constituye el Ministerio Fiscal como institución unitaria y compleja. Esa singularidad emana de la propia Constitución que expresamente se refiere a su nombramiento en el último apartado del artículo 124 dedicado al Ministerio Fiscal. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal completa esa regulación y el paso de los años ha venido, sin duda, a reforzar esa singular relevancia¹⁶¹.

El Fiscal General del Estado es un órgano del Ministerio Fiscal porque así lo ha dispuesto el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en su artículo 12. La Fiscalía General de Estado, como tal, no aparece

¹⁶¹ La evolución histórica de la singularidad patria del Fiscal General del Estado actual se remonta a los primeros años en la conformación histórica del Ministerio Fiscal. Un hito fundamental se sitúa en la década moderada siendo Mayans Ministro de Justicia momento en que se produce una reforma de calado tendente a la configuración definitiva del Ministerio Fiscal como estructura monocrática y jerárquica. Ello tiene lugar a través de dos decretos de 26 de enero y 26 de abril de 1844. La exposición de motivos del primero se refiere a la necesidad de acometer reformas en la organización del Ministerio Fiscal que lo adapten al ejercicio de las funciones que se le atribuyen al constatar la falta de unidad derivada de la inexistencia de un vértice único en la Fiscalía del Tribunal Supremo y en algunas Audiencias. A resolver este problema se dirige el Real Decreto de 26 de abril de 1844 que reduce a uno los fiscales del Tribunal Supremo y de cada Audiencia. En gran medida esta reforma derivaba de las exigencias de la defensa de los intereses de la Hacienda pero tiene una vital importancia en la definición organizativa de nuestro Ministerio Fiscal. Se produce una singularización del Fiscal del Tribunal Supremo y a partir de ahí comenzará a ser el representante de la institución. Véase sobre esta época el interesantísimo estudio de MARTÍN RETORTILLO, *op. cit.* pássim.

entre los órganos propios enumerados en ese artículo. El legislador podría haber contemplado al Fiscal General del Estado en otros términos pero voluntariamente no lo hizo¹⁶². El Ministerio Fiscal tiene *ex lege* (artículo 2.2 en la redacción dada por Ley 24/2007, de 9 de octubre) relevancia constitucional pero el Ministerio Fiscal, a su vez, actúa a través de distintos órganos –sean operativos o sean de apoyo a su función principal- y el único órgano, de entre éstos, con relevancia constitucional expresa es el Fiscal General del Estado a cuyo nombramiento por el Rey a propuesta del Gobierno se refiere el apartado 3º del artículo 124 de la Constitución.

Durante la tramitación parlamentaria del Estatuto se discutió sobre si el Fiscal General del Estado debía ostentar la jefatura directa del Tribunal Supremo¹⁶³ –como finalmente ocurrió- (art. 17 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) o no. En el Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926 era perfectamente lógico que la Fiscalía del Tribunal Supremo, con el Fiscal del Tribunal Supremo a la cabeza, ocupara esa posición, dada la que ostentaba el Ministro de Justicia al que el Ministerio Fiscal en su totalidad se encontraba subordinado jerárquicamente. Desplazado el Ministro por el Fiscal General del Estado en las labores de dirección e inspección del Ministerio Fiscal, bajo mi punto de vista, hubiera sido más racional “circunscribir” los cometidos del Fiscal General a los propios del ejercicio de la jefatura máxima del Ministerio Fiscal, con todas las facultades que ello conlleva derivadas de su posición de superior jerárquico, y a los de representación de la

¹⁶² En la reforma por Ley 24/2007, de 9 de octubre al tiempo que se garantiza en mayor medida la posición del Fiscal General del Estado se refuerzan los cometidos del Teniente Fiscal del Tribunal Supremo que además de sustituir al Fiscal General del Estado ostentará la dirección y coordinará por delegación del Fiscal General la actividad ordinaria de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

¹⁶³ Ya la Ley Orgánica 2/1981, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional le había encomendado en su artículo 37 el dictamen preceptivo en el trámite de admisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

institución¹⁶⁴. Desde esa doble faz -de jefe máximo y representante último de la Institución- se relaciona con los poderes públicos, con colectivos y particulares, tanto a los efectos de la dirección política general del Estado en lo que al Ministerio Fiscal concierne como en lo que a la rendición de cuentas de la labor realizada por él mismo y el resto de fiscales se refiere. Obviamente su posición de representante de la Institución en todo el Estado ha llevado al Fiscal General a ocupar una posición de relevancia en el entramado de relaciones institucionales de los distintos operadores que actúan en el vasto terreno de la Administración de Justicia¹⁶⁵.

Considero, siguiendo a AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, que “el texto fundamental de 1978 no ha construido al Fiscal General del Estado como uno de los órganos del Ministerio Fiscal encargado del ejercicio directo o desarrollo de las “funciones” de tal Ministerio. La Fiscalía General del Estado está dibujada constitucionalmente como el órgano supremo de gobierno del Ministerio Fiscal”. El Fiscal General del Estado representa “el centro supremo de ordenación, supervisión y orientación de los elementos de diversa índole (materiales, personales, funcionales...) que concurren y posibilitan el ejercicio concreto de la

¹⁶⁴ El Fiscal General Estado, en atención a la autoridad que representa, toma asiento como miembro nato en el Consejo de Estado. La participación del Fiscal General del Estado como alta autoridad del Estado ha sido común en nuestra historia con referencias incluso en los textos constitucionales.

¹⁶⁵ Gran parte de la actividad del Fiscal General del Estado se desenvuelve en el terreno de las relaciones institucionales en su condición de máximo representante del Ministerio Fiscal a través de contactos dotados de mayor o menor grado de formalidad, con el Gobierno pero también con otros sujetos como el Consejo General del Poder Judicial, los Colegios de Abogados y los de Procuradores, los agentes políticos y sociales, como partidos políticos, sindicatos o colectivos en defensa de las víctimas por solo citar algunos. Obviamente estas relaciones tienen también acogida en los niveles autonómicos y locales y de forma cada vez más relevante en el marco de las relaciones internacionales bien puntualmente o bien de manera integrada en los foros creados al efecto. De toda esa labor dan cumplida cuenta las memorias fiscales y los medios de comunicación en particular el propio gabinete de prensa del Ministerio Fiscal a través de su página en internet.

“función” constitucional del Ministerio Fiscal por parte de sus diversos órganos”¹⁶⁶.

Su labor de dirección es como ha afirmado el Tribunal Constitucional una función ejecutiva. La facultad conferida al Fiscal General del Estado para dirigir el Ministerio Fiscal carece manifiestamente de contenido legislativo y se encuadra con toda claridad en la potestad de dirección y organización que, dentro del marco fijado por la Constitución y las leyes, corresponde a aquel órgano¹⁶⁷. Ostenta con el Ministerio Fiscal una relación de gobierno y dirección general de esa función estatal que al Ministerio Fiscal corresponde¹⁶⁸ cumpliendo su misión de promoción de la justicia en defensa del interés público en el proceso.

Para realizar una labor tan compleja el Fiscal General del Estado cuenta con una estructura instrumental de apoyo que conforma la Fiscalía General del Estado y que integran, a tenor del artículo 13 del

¹⁶⁶ AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, Jaime, “A propósito del Defensor del Pueblo: los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares”, *Revista de Administración Pública*, 1986. Este autor, considera el cometido del Fiscal General del Estado como auxiliar de la función estatal de impulso de la actividad jurisdiccional. En concreto sobre la especificidad del Fiscal General del Estado véanse las págs.62 y 63.

¹⁶⁷ “Ni siquiera se trata de dictar normas, sino, antes al contrario, de ejecutar en cada supuesto la previsión legal de que los Fiscales puedan no acudir a algunos juicios de faltas valorando, según dichos supuestos, lo que el público interés demanda en cada uno. Es decir una típica facultad ejecutiva y no normativa; es la Ley quien determina que en algunos juicios de faltas que exigen la denuncia del ofendido pueda el Fiscal dejar de asistir según lo que aquellas instrucciones determinen” (Sentencia núm. 56/1994 de 24 febrero del Tribunal Constitucional).

¹⁶⁸ Según Jaime AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, *op. cit.* pág. 63 la existencia de una relación de ese tipo, de gobierno o dirección general, es la segunda modalidad de relación entre un órgano auxiliar y una función estatal, por lo que la Fiscalía General del Estado constituiría un órgano auxiliar.

Estatuto, la Inspección Fiscal¹⁶⁹, la Secretaría técnica, la Unidad de Apoyo y los Fiscales de Sala que se determinen¹⁷⁰.

Todavía antes de enumerar el elenco de Fiscalías -órganos encargados de cumplir los fines institucionales o distintivos del Ministerio Fiscal, su actividad normal y primaria-¹⁷¹ el artículo 12 enumera tres órganos colegiados de gran importancia en el gobierno del Ministerio Fiscal. Estos órganos “asisten en sus funciones” al Fiscal General del Estado. Son el Consejo Fiscal (artículo 14 EOMF), la Junta de Fiscales de Sala (art 15 EOMF) y, la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas (art. 16 EOMF), órgano de nueva creación por la Ley 24/2007, de 9 de octubre como instrumento que contribuya a la unidad y coordinación de la actuación de los fiscales en todo el territorio del Estado dando participación así al interés autonómico en la articulación da la unidad de la institución.

¹⁶⁹ La Inspección Fiscal ejerce sus funciones con carácter permanente por delegación del Fiscal General del Estado. El Fiscal Inspector Jefe es un cargo de confianza del Fiscal General del Estado y a sus órdenes e instrucciones está sometido. Su inspección no impide la que a cada Fiscal Jefe corresponde respecto de los funcionarios de su fiscalía. La territorialización llevada a cabo por la Ley 24/2007, de 9 de octubre ha afectado a la inspección ordinaria de las fiscalías de la Comunidad Autónoma que corresponderá a los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas. El ejercicio de las funciones inspectoras, a través del conocimiento directo de la realidad material y personal del Ministerio Fiscal en su territorio, permite un posicionamiento más sólido ante al interlocutor correspondiente, ya sea el Gobierno autonómico a través de la memoria anual de la que le debe dar traslado o ante el que debe demandar, en el caso de competencias transferidas, la cobertura de las necesidades fiscales, ya sea el Fiscal General del Estado o el Consejo Fiscal, en aquellos supuestos en que su informe debe preceder a la decisión a adoptar.

¹⁷⁰ *Real Decreto 1735/2010, de 23 de diciembre, por el que se establece la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2010 acoge en primer lugar la plantilla de la Fiscalía General del Estado tras su configuración derivada de la Ley 24/2007, de 9 de octubre.*

¹⁷¹ Véase el trabajo de GONZÁLEZ ALONSO, Augusto, “Aspectos administrativos de la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2060, 2008, págs. 1391a 1433

El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado y al Fiscal General del Estado corresponde su jefatura y la representación en todo el territorio español¹⁷². No caben “Ministerios Fiscales Autonómicos”¹⁷³.

En la Comunidad Autónoma, los Fiscales Superiores asumen la representación y jefatura del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las atribuciones del Fiscal General del Estado¹⁷⁴. Presiden la Junta de Fiscales Jefes de su territorio. Ello quiere decir que en cierto sentido el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma es el remedo del Fiscal General del Estado en ese nivel de descentralización política del Estado. Se ha buscado así el paralelismo en la medida posible en lo relativo a su nombramiento previendo su oportuna comparecencia ante el Parlamento autonómico, en la entrega de la memoria o en su relación de colaboración institucional con los poderes autonómicos. Cuentan incluso con una Unidad de Apoyo a la manera de la Fiscalía General del Estado y tiene un papel fundamental en lo relativo a la provisión de medios materiales y personales en la medida que tal competencia esté asumida por la Comunidad Autónoma.

Sin embargo en otras cuestiones los Fiscales Superiores no son sino los Fiscales Jefes de su correspondiente Fiscalía con las facultades que a éstos le corresponden respecto a los fiscales de su plantilla. Por otra parte se sitúan en un escalón de la jerarquía: Fiscal General del Estado-Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas-Fiscales

¹⁷² A efectos institucionales ya que en el ejercicio de sus cometidos propios todo fiscal representa a la institución (*cfr.* artículo 23 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

¹⁷³ Como afirma DÍEZ PICAZO, Luis María *op. cit.*, *supram*

¹⁷⁴ Aunque es anterior a la reforma de 2007 apunta ya cosas interesantes GARCÍA CALDERÓN, Jesús M^a, “Una *idea* constitucional del Ministerio Fiscal en el Estado de las Autonomías”, en *El Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, 2003.

Jefes de las Fiscalías de las Audiencias Provinciales-Fiscales Jefes de las Fiscalías de Área.

2. LAS FISCALÍAS: TERRITORIALIDAD Y ESPECIALIZACIÓN COMO CRITERIOS DE SU ORGANIZACIÓN.

Los verdaderos protagonistas del Ministerio Fiscal son los fiscales que cumplen con el quehacer cotidiano de la institución ejerciendo las funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye y haciendo uso al efecto de las atribuciones y las facultades que las leyes les confiere.

Para el ejercicio de las funciones que le son propias, el Ministerio Fiscal se organiza en fiscalías. Son éstas: la Fiscalía del Tribunal Supremo, ante el Tribunal Constitucional, de la Audiencia Nacional, las Especiales, del Tribunal de Cuentas, la Jurídico Militar¹⁷⁵, las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, las Fiscalías Provinciales para terminar con las Fiscalías de Área. Las fiscalías están integradas por un número de fiscales que determinan los Reales Decretos de Plantilla¹⁷⁶ elaborados de conformidad con las previsiones al efecto de los artículos 17 a 19 del Estatuto. Cada fiscalía se integra por un determinado número de fiscales de los cuales uno ostenta la jefatura. En las Fiscalías Territoriales -Provinciales y de las Comunidades Autónomas- junto al Fiscal Jefe y al Teniente Fiscal podrán existir fiscales decanos

¹⁷⁵ Dejo al margen de mis consideraciones en este trabajo a la Fiscalía ante el Tribunal de Cuentas que se rige por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y la Jurídico Militar que se organiza conforme a la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar 4/1987, de 5 de julio.

¹⁷⁶ De acuerdo con el artículo 18 cinco del Estatuto será a través de Real Decreto a propuesta del Ministerio de Justicia previo informe del Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal, que se fijará la plantilla orgánica. En los extremos relativos a las Fiscalías Territoriales las previsiones deberán contar en todo caso con el informe previo del órgano competente de la Comunidad Autónoma con competencia en medios materiales y personales al servicio de la Administración de Justicia.

cuando así lo aconseje el tamaño y volumen de trabajo de la Fiscalía. En cada fiscalía, en principio, -en base al principio de unidad funcional- todos los funcionarios de un órgano fiscal pueden despachar todos los asuntos para los que es competente dicho órgano salvo las funciones específicas que corresponden a las jefaturas. Sin embargo, esta unidad de la plantilla se ha ido rompiendo debido a la incorporación del criterio de especialización por lo que prácticamente ya no puede afirmarse categóricamente como una nota característica de la organización interna de las fiscalías tal unidad funcional.

En base al principio de competencia y a la autonomía funcional que de ésta deriva, las fiscalías no forman parte del Poder Judicial, están constituidas *junto a*¹⁷⁷ los órganos judiciales pero no se confunden con los juzgados y tribunales a través de los cuales el Poder Judicial ejerce la potestad jurisdiccional. Se trata éste de uno de los sentidos, sin duda, en que podemos entender la afirmación del artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de la integración del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial con autonomía funcional. Tampoco las fiscalías -órganos propios del Ministerio Fiscal, como ya referí antes- forman parte de la Administración ya que el fin institucional que persigue el Ministerio Fiscal se aísla dentro del conjunto de fines generales a los que sirve la Administración desarrollando sus singulares cometidos en el “contexto judicial” con una entidad subjetiva propia.

El Ministerio Fiscal conforma una estructura compleja y se organiza de manera difusa al servicio de la Administración de Justicia¹⁷⁸. Se adapta a la estructura policéntrica del Poder Judicial constituyéndose las fiscalías a lo largo y ancho del territorio estatal de forma que la competencia *ad extra* de cada fiscalía deriva de la que es

¹⁷⁷ Similares referencias existen en Derecho Comparado.

¹⁷⁸ Ello se infiere claramente del artículo 124 de la CE en relación con el artículo 2.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que integra al Ministerio Fiscal con autonomía funcional en el Poder Judicial.

propia del Tribunal ante el que se constituye, con la excepción de las Fiscalías de Área que ocupan el último escalón territorial en la organización fiscal desde la reforma estatutaria de 2007. El criterio primario por tanto es el de territorialidad. Adopta así el Ministerio Fiscal una organización que atiende a las necesidades locales de prestación de la administración de justicia a las que en cierta medida también se adaptará el otro criterio organizativo clave, el de especialización.

Los dos criterios que informan y articulan esta estructura son, por tanto, el tradicional de la “territorialidad” y el más moderno de la “especialización”. Ambos criterios dotan de contenido a la unidad institucional del Ministerio Fiscal.

2.1. Territorialidad

El criterio de la territorialidad responde a la acomodación del Ministerio Público al carácter difuso del Poder Judicial. Esta difusión no rompe la unidad de la institución así que no implica ni la titularidad difusa del Ministerio Fiscal, ni la existencia de un fiscal natural al que el ciudadano tenga derecho. Sí acerca el “ministerio público” al territorio, al ciudadano y a la manera tradicional de articularse el Poder Judicial de acuerdo al principio del juez ordinario predeterminado por la ley que descansa en la figura del juez natural¹⁷⁹.

El modelo orgánico territorial viene dado por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en una redacción heredada del modelo preconstitucional que a su vez descansa originariamente en la organización prevista por la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870. La unidad básica en la organización territorial ha sido tradicionalmente la Fiscalía de la Audiencia Provincial. Obviamente la competencia objetiva y territorial de las Fiscalías del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y la Fiscalía de la Audiencia Nacional

¹⁷⁹ La cuestión del estatuto del fiscal investigador pondrá el tema sobre la mesa.

siguen la competencia de tales órganos con jurisdicción en todo el territorio nacional. La fiscalía ante el Tribunal Supremo tiene un papel fundamental en la función nomofiláctica de unificación de la jurisprudencia a través de los recursos de casación.

Sobre las competencias de la Fiscalía de la Audiencia Nacional opera una singular reducción ya que no conocerá de aquellos asuntos que resulten atribuidos a una Fiscalía especial. Obviamente los delitos de los que conoce la Audiencia Nacional propicia que esto ocurra con más frecuencia que respecto a las Fiscalías territoriales.

El esquema de desconcentración periférica encuentra su último escalón orgánico en las Fiscalías de Área¹⁸⁰. Éstas, sin embargo, no existen en todas las provincias. La ley establece esa posibilidad para aquéllas en las que exista una sección desplazada de una Audiencia Provincial¹⁸¹. A través de ellas se ha buscado el acercamiento del Ministerio Público a la realidad y a las singularidades de las distintas demarcaciones geográficas en las que debe ejercer sus funciones garantizando mayor cercanía a la ciudadanía en función de necesidades de determinados territorios, más inmediación en definitiva. Las llamadas secciones territoriales creadas por razones de dispersión geográfica de la población o mejor prestación del servicio¹⁸² no tienen entidad orgánica propia integrándose en la Fiscalía Provincial de que se trate.

Entre el paquete de medidas del Ministro de Justicia Ruiz-Gallardón se encuentra una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial tendente a una profunda revisión de la planta judicial. En el

¹⁸⁰ La ley 24/2007, de 9 de octubre buscó una mayor eficacia no sólo a través de la especialización sino, también, de la reordenación del modelo de implantación geográfica. Es fundamental la consulta de la Instrucción 4/2011 sobre el funcionamiento de las Fiscalías de Área y otras cuestiones relativas al vigente modelo orgánico territorial del Ministerio Fiscal.

¹⁸¹ El caso por ejemplo de la Fiscalía de Área de Algeciras.

¹⁸² Vienen a sustituir a las antes llamadas Adscripciones Permanentes.

ámbito que particularmente interesa a este estudio del orden jurisdiccional penal la competencia casacional correspondería al Tribunal Supremo, a la Sala de lo penal de los Tribunales Superiores de Justicia correspondería conocer de los recursos de apelación y en la base se situarían los llamados Tribunales de instancia. Aunque suponga una incursión en un terreno de momento hipotético considero que esta nueva organización supondría una ordenación más racional de la jurisdicción penal y obligaría a una profunda revisión de las relaciones entre las Fiscalías de primera y segunda instancia, terreno éste en el que deberemos echar un vistazo a nuestros vecinos europeos.

Actualmente no existe un órgano de la fiscalía afecto a la primera instancia y otro a la apelación, diferenciación que sí existe en el caso del *parquet français*¹⁸³ o en los *uffici del pubblico ministero* en Italia. En España la unidad básica de actuación del Ministerio Fiscal ha sido la Fiscalía ante la Audiencia Provincial. Pienso que nos encontramos ante una consecuencia de una organización no racional de la doble instancia en el orden penal. Hasta la fecha la misma fiscalía, bajo la responsabilidad de una jefatura, asume la gestión de los asuntos ante los Juzgados de lo Penal pero también ante la Audiencia¹⁸⁴. El nuevo modelo supondría que una fiscalía diferente, la del Tribunal Superior, actuaría en la apelación.

En nuestro ordenamiento actual los niveles de la pirámide del Ministerio Fiscal se reducen y esto refuerza la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal reduciendo los potenciales conflictos. La situación

¹⁸³ Según el artículo 32 del Código procesal penal francés el Ministerio Público está representado ante cada órgano jurisdiccional penal de forma permanente y estable en los llamados *parquets normaux* ante la jurisdicción ordinaria que conoce de los órdenes civil y penal. Se trata de las fiscalías ante los tribunales de Gran Instancia y de las fiscalías ante las Cortes de Apelación a las que hay que sumar la fiscalía ante el Tribunal de Casación.

¹⁸⁴ He simplificado la exposición para hacer el problema de la doble instancia más evidente.

cambiará previsiblemente si en el futuro código procesal penal el fiscal asume la investigación y la dirección de la policía judicial.

2.2. Especialización

El criterio que en mayor medida ha influido en la última década en la organización cotidiana del Ministerio Fiscal es el de especialización. La especialización ha venido a terminar con la imagen de fiscal generalista al que puede corresponder cualquier asunto que el Fiscal Jefe determine asignarle en el reparto de asuntos¹⁸⁵. Su implantación ha obedecido a exigencias de la realidad social a las que el Ministerio Fiscal ha ido dando respuesta, primero a través de normativa interna, para luego incorporarse a la norma estatutaria alcanzando entidad legal. Las experiencias organizativas ensayadas ponían de manifiesto que a través de la especialización era más eficaz y eficiente la persecución de determinados delitos¹⁸⁶.

El criterio de especialización responde a exigencias del propio Derecho Penal –también del resto de ramas del Derecho que prevén la intervención del fiscal-, exigencias materiales o sustantivas, que se proyectan en necesidades procesales y organizativas, en ocasiones derivadas de un Derecho Penal cada vez más imbricado con otras áreas normativas del ordenamiento jurídico; en otras ocasiones se trata de dar respuesta al interés social especialmente sensible de ciertos colectivos y otras veces obedece a la especial complejidad técnica de un determinado campo de actuación o sector de la criminalidad. Responde, por tanto, a una exigencia de adecuación social de la organización en función de la interpretación que de esa realidad se realiza por los

¹⁸⁵La especialización se proyecta también en la formación continua y en la valoración y acreditación de experiencia y conocimientos específicos para la provisión de destinos.

¹⁸⁶ Obviamente el impulso del ejercicio de la potestad organizatoria puede partir en estos casos de las dinámicas de las propias fiscalías, de la Fiscalía General del Estado o del Gobierno o de la interacción de todas ellas a través de la información que debe fluir entre las distintas instancias de definición del interés público. Incluso en ocasiones el impulso puede partir del Parlamento.

distintos actores implicados. La especialización ha propiciado el trabajo conjunto con unidades de apoyo especializadas en el terreno de la investigación. Las propuestas *de lege ferenda* señalan que el paso de la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal viene aconsejado por la “idoneidad de esta institución para combinar -en una organización flexible y racional, basada en criterios de especialidad- la sujeción imparcial a la legalidad vigente con la mayor unidad de actuación”¹⁸⁷.

El criterio de la especialización se inició a finales de los ochenta con la creación de la Fiscalía Antidroga por la Ley 5/1988, de 24 de marzo, a la que se sumó años después la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada creada por la Ley 10/1995, de 24 de abril. Fácilmente se advierte que es la Fiscalía conocida popularmente como “anticorrupción” la que provoca por el tipo de asuntos de los que puede conocer conforme al apartado cuatro del artículo 19 las mayores prevenciones desde el punto de vista de la autonomía del Ministerio Fiscal frente a suspicacias sobre su mediatización por el poder político o el económico¹⁸⁸. Para hacerse eco del interés que sus actuaciones concitan no hay más que acudir a las comparecencias parlamentarias del Fiscal General del Estado o sin más a la prensa diaria que se hace eco diariamente de los casos de corrupción que ocupan a la Fiscalía especial en la actualidad¹⁸⁹. Aparte del interés que puede suscitar el nombramiento, más aún la remoción, del Fiscal Jefe de la Fiscalía

¹⁸⁷ Cfr. la exposición de motivos del *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*, bajo el Ministerio de Justicia de Caamaño. Desde el mismo presupuesto se plantea la propuesta actual.

¹⁸⁸ Véase el análisis de PRADERA, Javier, “Corrupción y fiscales” en el diario *El País*, edición del día 27 de julio de 2003.

¹⁸⁹ Esta Fiscalía Especial tiene competencia en tres frentes: delitos económicos de especial trascendencia y/o complejidad técnico-jurídica, delitos de corrupción pública y delitos de blanqueo de capitales cometidos por grupos criminales organizados nacionales o transnacionales de especial importancia salvo aquellos que se refieran mayoritariamente al narcotráfico y salvo los delitos de terrorismo.

Anticorrupción lo más importante es que su competencia, es decir, los asuntos de los que conoce, no es sino una esfera de tareas que el Fiscal General del Estado decide atribuirle en base a su especial trascendencia. El Fiscal Jefe anticorrupción no puede reivindicar como propio un asunto. Además, ello provoca la correspondiente delimitación competencial de la Fiscalía de la Audiencia Nacional (*ex art.19.1. EOMF*) o de las Territoriales, autonómica, provincial o de área. Si el Fiscal General del Estado considera que no merece su atención por la Fiscalía Especial corresponderá a la Fiscalía que ordinariamente conocería del mismo, la Nacional o la Territorial sin importar lo que considere al efecto los Fiscales Jefes de las Fiscalías potencialmente implicadas. Un asunto de tal envergadura parece que debiera ser decidido con la asistencia de algún órgano consultivo, Consejo Fiscal o Junta de Fiscales de Sala, pero ninguna previsión realiza el Estatuto al respecto. El Fiscal General del Estado, salvo solicitud de comparecencia parlamentaria al efecto, ni siquiera tiene que dar cuentas de tal decisión. No estaría de más exigir la información a la opinión pública en estos casos ya que del artículo 4.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal deriva el deber del Ministerio Fiscal de satisfacer el derecho a la información de los ciudadanos garantizado en el artículo 20 de la Constitución en un campo fundamental para la opinión pública libre, institución fundamental en un Estado democrático, como es la corrupción, su investigación y persecución penal¹⁹⁰.

Con la Ley 14/2003, de 26 de mayo se acercan al territorio sendas Fiscalías especiales al dar *ope legis* al Fiscal General del Estado la facultad de designar Fiscales Delegados de esas Fiscalías Especiales en las Fiscalías Territoriales en las que el número de procedimientos lo

¹⁹⁰ Es interesante el análisis de los delitos relacionados con la corrupción desde el punto de vista de la implementación del principio de oportunidad. Sobre ello véase CONTRERAS ALFARO, Luis, "Principio de oportunidad y delitos económicos relacionados con la corrupción: reflexiones en torno a la posibilidad de satisfacción sucedánea del interés público en la persecución penal, a través de la aplicación de facultades de oportunidad basadas en la reparación", *Revista General de Derecho Procesal*, nº5, 2004.

aconseje. La designación habrá de hacerse previa audiencia del Consejo Fiscal y con el informe previo de los Fiscales Jefes, tanto de la Fiscalía Especial como de la territorial de que se trate. Estos fiscales combinan su adscripción a determinado Fiscalía Territorial con su vinculación a la Fiscalía Especial. Tendrán, por tanto, una doble dependencia. La designación debe realizarse entre aquéllos que voluntariamente lo soliciten y acrediten especialización. Obviamente el tipo de procedimientos que aconsejarán el nombramiento de Fiscales Delegados dependerá de la competencia que a la Fiscalía especial corresponde. Se lleva así una territorialización de la especialización o una acomodación al territorio del criterio de especialización. Estos Fiscales Delegados se integrarán en las Secciones especializadas, *ratione materiae*, en las Fiscalías Territoriales que las hubiere¹⁹¹.

La vía de especialización de los Fiscales de Sala integrados en la Fiscalía General del Estado¹⁹² a los que se refiere el artículo 20 del Estatuto fue abierta por una Ley que no tenía como objeto principal la modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal como fue la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género¹⁹³. Esta ley, entre las medidas desplegadas para atajar esta lacra social, previó la figura de un Fiscal (Delegado) contra la Violencia sobre la Mujer. Después se incorporó el Fiscal de Sala contra delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios

¹⁹¹ Véase la Instrucción de 1 de agosto de 2008 de la Inspección Fiscal sobre el procedimiento a seguir para el nombramiento en las Fiscalías Territoriales de Fiscales Especialistas (en materias coordinadas por un Fiscal de Sala) y de Fiscales Delegados de las Fiscalías Especiales.

¹⁹² Los Fiscales de Sala integrados en la Fiscalía General cuentan en plantilla con otros Fiscales. Estos Fiscales siguen el nombramiento de los puestos de confianza directa que cesan con el Fiscal General del Estado. Obviamente en la provisión de todos estos destinos es necesaria la acreditación de especialización en la materia. Hasta 2007 se utilizaba la figura prevista actualmente en el artículo 21.5 de los destacamentos temporales.

¹⁹³ *Vid.* BASTARRECHE, *op. cit.* pág.463.

forestales y el Fiscal especialista en materia de protección y reforma de menores. El mismo artículo 20 dejó abierta la posibilidad al Gobierno de crear otros Fiscales de Sala especialistas con similares atribuciones. Conforme a esta disposición a los Fiscales de Sala especialistas *ratione materiae* creados *ope legis* se han sumado el Fiscal de Sala de Siniestralidad Laboral, el Fiscal de Sala de Seguridad Vial, el Fiscal de Sala de Extranjería, Fiscal de Sala en materia de cooperación internacional y el Fiscal de Sala en materia de criminalidad informática¹⁹⁴. Todos ellos Fiscales de Sala Coordinadores a los que se une los Fiscales de Sala Delegados para la protección y tutela de las víctimas en el proceso penal, el Fiscal de Sala Delegado en materia penitenciaria y el Fiscal de Sala Delegado para la coordinación de los delitos económicos¹⁹⁵. También existe un Fiscal de Sala emérito para las personas con discapacidad y para la protección y defensa de los derechos de las personas mayores.

Los llamados Fiscales de Sala coordinadores lo son de redes nacionales de fiscales especialistas que se integran en las fiscalías territoriales. La conexión con el modelo territorial se consigue a través de las secciones especializadas que vienen a romper la estructura horizontal y generalista de las Fiscalías Territoriales constituyendo unidades funcionales propias. Los fiscales especialistas en el nivel territorial son fiscales delegados responsables de secciones especializadas que se constituyen dentro de una fiscalía territorial

¹⁹⁴ Estos Fiscales de Sala Especialistas ya habían sido contemplados por los correspondientes Reales Decretos de plantilla orgánica del Ministerio Fiscal antes de su previsión estatutaria en 2007. El principio de especialización se articula a través de sucesivas Instrucciones: la 7/2005 sobre violencia sobre la mujer, 9/2005 sobre incendios forestales, 11/2005 en general sobre el principio de unidad especializada de actuación, 12/2005 sobre la Fiscalía Antidroga, 4/2006 sobre la Fiscalía contra la Corrupción, 2/2007 sobre cooperación internacional, 4/2007 sobre medio ambiente, 5/2007 sobre siniestralidad laboral, extranjería y seguridad vial y la y 3/2008 sobre menores.

¹⁹⁵ El artículo 22 EOMF reconoce al Fiscal General del Estado la potestad de delegar determinadas funciones a los Fiscales de Sala relacionadas con la materia de su competencia.

aglutinando un conjunto de medios personales y materiales. Se organizan para dar respuesta territorial a la especialización en determinadas materias conectando con otros fiscales de la propia red coordinada por el Fiscal de Sala especialista¹⁹⁶. Algunas de las secciones especializadas son obligatorias e determinadas fiscalías¹⁹⁷. A través de esta figura se utiliza el criterio de la especialización, pero sin dotarla de entidad orgánica propia, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las Fiscalías Especiales¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Especialmente importante es la coordinación en los recursos de casación a la que se refiere la Instrucción 5/2008 sobre adaptación del sistema de nombramiento y estatus de los delegados de las Secciones Especializadas de las Fiscalías y del régimen interno de comunicación y relación con las áreas de Especialización Delegadas tras la Reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. operada por la Ley 24/2007 de 9 de octubre, hace referencia expresa al papel de los Fiscales de Sala Coordinadores en la tramitación de los Recursos de Casación. Así, en la línea de establecer un régimen adecuado de colaboración con los Fiscales de Sala de la Fiscalía del Tribunal Supremo se establece que: *“Los Fiscales de Sala Coordinadores, pondrán en conocimiento de los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo aquellos recursos de casación, que en relación a su especialidad, se preparen por las Fiscalías Territoriales y que, por su contenido o planteamiento técnico jurídico, hagan necesaria la oportuna coordinación de criterios con la Fiscalía del Tribunal Supremo”*.

¹⁹⁷ En las Fiscalías provinciales obligatoriamente deben existir secciones de menores y de violencia contra la mujer. Sobre otras materias en que existen Fiscales de Sala especialistas no es obligatorio que existan secciones especializadas pero pueden crearse cuando el volumen de asuntos lo requiera.

¹⁹⁸ La plantilla de la Fiscalía General del Estado reúne a Fiscales de Sala que especialistas que sirven para aliviar desde la unidad la tarea de dirección del Ministerio Fiscal. La reforma estatutaria del 2007 se refiere por primera vez a ellos en el artículo 13 (eje de esta reforma es sin duda el reforzamiento de la Fiscalía General del Estado). A pesar de que el artículo 12 al enumerar los órganos del Ministerio Fiscal sigue refiriéndose al Fiscal General del Estado, ahora hay una plantilla (unidad) orgánica contemplada en el Real Decreto de plantilla.

3. LA CARRERA FISCAL

3.1. Separación de carreras, judicial y fiscal, y principio de tendencial equiparación.

Frente a la unidad de cuerpos de las magistraturas francesa e italiana¹⁹⁹, en España los fiscales no son magistrados. Los jueces y los fiscales constituyen carreras separadas. Son funcionarios “no judiciales” entendiéndose por judiciales aquéllos que integran la carrera judicial sirviendo el Poder Judicial como Poder del Estado al que corresponde la potestad jurisdiccional.

Siguiendo el modelo implantado en el Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926²⁰⁰, que separó definitivamente en España las carreras judicial y fiscal, los fiscales españoles -funcionarios de carrera²⁰¹- se

¹⁹⁹ El principio de la unidad de la magistratura aparece en Francia en el art. 1 del estatuto de la magistratura en la redacción resultante de la ley orgánica de 25 de febrero de 1992. Al respecto el Consejo Constitucional declaró en su decisión nº 92-305 de 21 febrero de 1992 que la disposición que dispone que todo magistrado tiene vocación a ser nombrado en el curso de su carrera a desempeñar funciones de juez o de fiscal no es contraria a la inamovilidad de los jueces, garantía principal de la independencia personal del juez consagrada expresamente por la constitución (considerando nº 10) y de la que no participan los fiscales, afirmando al tiempo el principio de unidad de la magistratura.

²⁰⁰ Ya la Ley provisional del Poder Judicial de 1870 separaba las carreras si bien tintaba toda el estatuto fiscal de un claro signo judicial, véase REOL SUÁREZ, Antonio, “Como concibió la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 el Ministerio Fiscal”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, págs. 134 a 163. Separadas las carreras en 1870 no era posible el paso de unas funciones a otras pero sí existían supuestos en los que la ley preveía esta posibilidad: en el caso de separación sin causa fundada en el ejercicio de sus funciones y en el caso de falta de aptitud para el desempeño de funciones fiscales y aptitud para la función judicial. Las carreras se unificaron pasados unos años, con la Ley Adicional de 1882.

²⁰¹ Junto a los fiscales de carrera existen fiscales sustitutos. A ellos se refiere el Real Decreto 326/2002 en cuyo preámbulo se justifica su existencia como una forma de provisión temporal de los puestos de trabajo correspondientes al Ministerio Fiscal a través de un procedimiento más urgente que el habitual de acceso como es la oposición, permitiendo atender los casos de ausencia de titulares, y ello siempre por períodos de tiempo poco dilatados y como un sistema excepcional (véase la sentencia Audiencia Nacional sala de lo contencioso administrativo sección 3ª, sentencia de 21 de octubre de 2008). Las restricciones presupuestarias llevan a la supresión de los sustitutos lo que

integran en una carrera distinta y separada de la que conforman sus colegas los jueces²⁰². Sin la correspondiente reforma constitucional no podría el legislador unificar las carreras dado que el apartado 1º del artículo 122, al referirse a la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que “jueces y magistrados de carrera formarán un cuerpo único” lo que impide la integración en el mismo de los fiscales. Esto significa que la homologación de ambas carreras no puede ir más allá de lo que supone una selección común y un estatuto definido a semejanza del judicial²⁰³.

La separación de las carreras judicial y fiscal será un tema recurrente en las distintas memorias elevadas al Gobierno por el Fiscal del Tribunal Supremo en la época franquista. Se reclamaba la independencia del Poder Judicial, es decir, de la magistratura decisoria. El Ministerio Fiscal se concibe como una magistratura que por la especialidad de sus funciones se diferencia de la que ejercen los jueces pero siempre que se mantenga un estatus cuasi-judicial. Desde su función y su posición separada de la judicatura contribuyen al bien último de la Justicia. En las memorias fiscales se reivindicarán las mismas ventajas con las que cuentan los jueces desde la autonomía funcional que les es propia²⁰⁴. Esto nos hace pensar que la propia expresión utilizada por el legislador en 1981 que integra al Ministerio Fiscal con autonomía funcional en el Poder Judicial puede tener

supondrá una sobrecarga de trabajo y el denostado retraso que no se paliará hasta que se incremente la plantilla lo que parece que debiera ocurrir si el fiscal asume también la investigación de los delitos.

²⁰² No existen figuras paralelas a los jueces de paz como fiscales legos.

²⁰³ El sistema de selección conjunta y separación de carreras estuvo vigente en España desde la Ley de 1948 hasta la entrada en vigor del Estatuto Orgánico en 1981.

²⁰⁴ Se reclamaba con insistencia el acceso al Tribunal Supremo fue una reivindicación en las distintas memorias en las que se criticaba el reclutamiento lateral de otros profesionales del Derecho y la injusta exclusión de los fiscales.

relación con la separación de las carreras en el sentido que las memorias franquistas la entendían²⁰⁵.

Sin duda habría de tener una gran relevancia en la conformación cultural de la magistratura la formación común que imbuía los mismos valores haciendo a los integrantes de sendos cuerpos partícipes en una misma cultura profesional, no precisamente de la independencia, través de la Escuela Judicial creada en 1944. La Escuela buscaba un espíritu de hermandad, homogeneizar en valores comunes a jueces y fiscales. Los fiscales además debían seguir en un principio prácticas como jueces procurando a los aspirantes que hayan de servir en el Ministerio Público una experiencia de las funciones judiciales durante un lapso de tiempo, experiencia que se hacía necesaria para luego cumplir mejor la función de fiscalización de la actividad instructora.

Este principio tendencial de equiparación entre el estatuto judicial y el fiscal ha sido inspirador de las modificaciones del Estatuto Fiscal²⁰⁶. El espíritu y vocación que comparten jueces y fiscales, el contexto en que operan y su condición de profesionales en Derecho se manifiesta en numerosas remisiones a la aplicación supletoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuestiones atinentes al estatuto personal de los fiscales²⁰⁷ y su carrera profesional. Es una traslación de lo

²⁰⁵ Habla del Ministerio Fiscal como “magistratura autónoma” distinta de la judicial la Memoria Fiscal de 1951 que señala que “la carrera fiscal no es otra cosa que una rama frondosa del gran árbol de la Magistratura, al que invariablemente va unida, sin mengua de su *necesaria independencia funcional*.”

²⁰⁶ El principio de equiparación ha sido uno de los ejes sobre los que ha pivotado la Ley 14/2003, de 26 de mayo, señalando en su exposición de motivos que el legislador toma como referente para la modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal el actual modelo de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²⁰⁷ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2006 que declara la nulidad del artículo 20.2 del RD 43/1983 sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal. (*vid.* el voto particular discrepante del Magistrado Ledesma y otros).

previsto en el Estatuto de 1926²⁰⁸ y tiene como referente último la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870²⁰⁹.

Supone un régimen jurídico análogo en cuanto a incompatibilidades y prohibiciones, ejercicio de derechos políticos, causas de abstención, situaciones administrativas, disciplina, honores, categorías, sueldo...Sin embargo las analogías no admiten extrapolaciones relativas a los órganos de gobierno, Consejo General del Poder Judicial y Consejo Fiscal respectivamente²¹⁰, entre otras cuestiones. O al menos esa es la interpretación realizada hasta el momento. Considero que, al menos, las específicas derogaciones respecto a la carrera judicial allá donde existan deberían encontrar su justificación en la singularidad de la función del fiscal.

3.2. La selección de los fiscales

El ingreso en la carrera fiscal tiene lugar por oposición libre, es decir, por un procedimiento objetivo y transparente dirigido a valorar el mérito y capacidad de los aspirantes. Es éste el modelo general de acceso a la función pública en España²¹¹. Al examen de corte

²⁰⁸ Arts. 27, 28 y 32 del Estatuto del Ministerio de Fiscal de 1926.

²⁰⁹ Arts. 771, 773 (relativos a prohibiciones y a otros aspectos del estatuto profesional) 810, 811, 830, 831 y 832 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870.

²¹⁰ Si bien entra dentro de la libre conformación del legislador seguir ese modelo. Si el Tribunal Supremo declaró nulo el inciso del Real Decreto, la reforma del Estatuto en 2007 llevó a la ley la prohibición de presentarse como candidato a miembro del Consejo Fiscal a los fiscales destinados en la Secretaría Técnica o en la Inspección fiscal.

²¹¹ Será en la Constitución española de 1869 cuando por primera vez se establezca el acceso a la carrera judicial a través de oposición (artículo 94) reduciendo con ello drásticamente el principio de confianza política y limitando la discrecionalidad gubernativa en el nombramiento de jueces y magistrados a un cuarto turno si bien hay que decir que éste se utilizó ampliamente permitiendo que tanto jueces como fiscales afines políticamente ocuparan esos puestos.

eminentemente teórico se suma la superación de un curso teórico-práctico en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio Justicia²¹².

La base constitucional de este acceso se encuentra en el artículo 23.2 de la Constitución que garantiza, junto a la vertiente pasiva del derecho de sufragio, el derecho fundamental de acceso a la función pública. Este derecho debe ponerse en relación con el artículo 103.3 del texto constitucional que, aunque referido a los funcionarios de la Administración Pública, es, sin duda, aplicable tanto a fiscales como a jueces, funcionarios todos ellos conforme al modelo de magistratura burocrática característico de la tradición jurídico continental. Estamos ante un derecho de configuración legal que se extiende, aunque matizadamente, a la promoción y permanencia en la carrera.

Conforme al artículo 42 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal el acceso tiene lugar por oposición libre²¹³ de manera conjunta con los aspirantes a la carrera judicial desde la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia que dio cumplimiento a uno de los objetivos

²¹² Regulado por el Real Decreto 1276/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Centro de Estudios Jurídicos. Conforme a su artículo 2º tiene por objeto la colaboración con el Ministerio de Justicia en la selección, formación inicial y continuada de los miembros de la carrera fiscal. De cara a una mejora en la selección y formación de jueces y fiscales se habla de reforzar en futuras reformas el curso de formación como filtro de selección ya salvo en contadas ocasiones desempeña papel alguno en ese sentido. Obviamente este curso debe enfocarse en el sentido que exige la profesión de fiscal.

²¹³ Los requisitos para concurrir a la oposición libre son: tener la nacionalidad española, ser mayor de edad, tener la licenciatura en Derecho, no estar incurso en causa de incapacidad por impedimentos físicos o psíquicos para el ejercicio de la función judicial, haber sido objeto de condena por delito doloso, mientras no se obtenga la rehabilitación, haber sido objeto de procesamiento o inculpación por delito doloso en tanto no se obtenga la absolución o se dicte auto de sobreseimiento y no hallarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles. A pesar del tenor restrictivo de la jurisprudencia del TJUE sobre la limitación nacional al acceso a los empleos en la Administración Pública de los Estados miembros, cabe excluir a los ciudadanos europeos cuando el empleo a ocupar implique el ejercicio de funciones estrechamente relacionadas con el ejercicio de la soberanía, como es el caso de la autoridad judicial y, en concreto, de la del fiscal.

que fijara el Pacto para la Justicia del año 2000²¹⁴. Entre las razones para unificar el proceso selectivo de las carreras judicial y fiscal en la fase de oposición estaban la similitud en los programas, la identidad de aspirantes, la coexistencia de un excesivo número de tribunales calificadoros simultáneamente para ambas pruebas. Esta selección común supone la existencia de un colectivo de referencia único que impone lógicamente unos rasgos compartidos que, sin embargo, van a diferenciarse a partir de la opción por la carrera fiscal, más en nuestro ordenamiento que no contempla la posibilidad de paso de una función a otra. El trasvase de la función fiscal a la judicial y viceversa constituye una demanda de la carrera fiscal que, bajo mi punto de vista, resulta perfectamente atendible²¹⁵. Creo que es positiva la formación conjunta de los principales protagonistas de la administración de justicia y la intercambiabilidad de la función fiscal a la judicial o viceversa. Es bueno que se relajen los vínculos corporativos existentes entre la magistratura judicial y la requirente y la conformación, compartida también con los abogados, de una renovada cultura del proceso²¹⁶.

En el caso de los fiscales se echa en falta, la posibilidad existente en otros ordenamientos de reclutamiento lateral²¹⁷ que puede refrescar con aires nuevas una magistratura demasiado cerrada.

²¹⁴ Sobre el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia véase la encuesta que sobre el mismo aparece en *Teoría y Realidad Constitucional*, Monográfico dedicado al Poder Judicial, UNED, núm. 8-9, (2º semestre 2001 y 1º semestre 2002).

²¹⁵ En la línea de la formación conjunta de las profesiones legales (bajo la influencia del *Volljuristz* alemana) desde 1997 se establece en Italia una escuela de especialización para las profesiones legales, formación conjunta de magistrados, abogados y notarios.

²¹⁶ La reforma en ciernes de la LOPJ que el pasado 9 de mayo el Ministro Gallardón presentó en sus trazos fundamentales prevé un concurso-oposición de excelencia y especialización dirigidas a fiscales con cierta antigüedad.

²¹⁷ Los estudios de juristas sobre la magistratura en España no plantean este argumento. Sí es recurrente en los estudios realizados por profesores de

Los términos en los que el proceso de selección tiene lugar vienen regulados en la Ley Orgánica del Poder Judicial a la que se remite el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Se constituye al efecto un órgano integrado por miembros del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia, un magistrado y un fiscal²¹⁸. Se le atribuye la competencia para realizar la convocatoria de las pruebas selectivas de ingreso a las carreras previa propuesta del Consejo General del Poder Judicial para los jueces y del Ministerio de Justicia en cuanto a los fiscales. Para la realización de estas convocatorias, la confección de los temarios y la distribución de los aprobados, una vez superados los exámenes, entre la Escuela Judicial y el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Las decisiones de este órgano agotan la vía administrativa siendo susceptibles de recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Obviamente este nuevo sistema de selección conjunta para los jueces supone un menor peso del Consejo General del Poder Judicial con respecto al modelo anterior. En relación con los fiscales supone, sin embargo, aminorar el peso en la selección de los fiscales del Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia.

Una vez obtenida la titulación en Derecho y tras la preparación libre²¹⁹ concurren de forma simultánea realizando las mismas pruebas

Ciencia Política. Al respecto, *vid.* la definición de “reclutamiento lateral” de GUARNIERI.

²¹⁸ Dispone el artículo 305 LOPJ que el órgano convocante es la Comisión de Selección, compuesta por: un o una vocal del Consejo General del Poder Judicial y un o una Fiscal de Sala, que la presidirán anualmente con carácter alternativo, un magistrado o una magistrada, un fiscal o una fiscal, el Director o la Directora de la Escuela Judicial, el Director o la Directora del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, y un o una miembro de los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial, así como un funcionario o una funcionaria del Ministerio de Justicia con nivel mínimo de Subdirector o Subdirectora general, que tengan la licenciatura en Derecho, y que desempeñarán alternativamente las funciones de secretaría de la Comisión.

²¹⁹ En academias o bien por medio de jueces o fiscales en ejercicio que compatibilizan esta actividad de formación con el ejercicio de su profesión.

sobre los mismos temas²²⁰, los aspirantes a la carrera judicial y a la carrera fiscal. Implantados los títulos de grado²²¹, consecuencia del proceso de convergencia europea, hemos de esperar la pertinente regulación que puede pasar por la exigencia de algún tipo de máster para el acceso a estas oposiciones²²².

Superados los exámenes el alumno opta, según la puntuación obtenida y las plazas convocadas, por el ingreso en la Escuela Judicial o en el Centro de Estudios Jurídicos dependiente del Ministerio de Justicia²²³. El período de formación en el Centro tiene una duración de

²²⁰ El esquema de ingreso sigue los siguientes pasos: oposición libre que consta en una primera fecha de un ejercicio escrito (se trata de un test con cien preguntas sobre Derecho Constitucional, Civil, Penal y Procesal) de dos horas y media de duración; en una segunda fecha un ejercicio oral (consiste en una exposición de cinco temas en sesenta minutos (uno sobre derecho constitucional, dos sobre civil y dos sobre penal), en una tercera fecha le sigue otro ejercicio oral (consistente también en la exposición de cinco temas en sesenta minutos, en esta ocasión dos sobre Derecho Procesal Civil, uno sobre Derecho Procesal Penal, uno sobre Mercantil y otro bien sobre Derecho Administrativo, bien sobre Derecho Laboral.

²²¹ Los nuevos planes de estudio conducentes a la obtención del título en Derecho exigen la realización de prácticas obligatorias. Éstas ya comenzaron a realizarse en las experiencias piloto de las licenciaturas. Entre los destinos se encuentra la Administración de Justicia y existen, aunque no es práctica generalizada en todas las Universidades, convenios al efecto entre Fiscalía General del Estado y alguna que otra Universidad. No veo ningún inconveniente en que se extendiera esta posibilidad a todas las Universidades poniendo en manos de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma la firma de estos convenios, comunicados debidamente a la Fiscalía General del Estado.

²²² No parece que tenga mucho sentido la exigencia de un máster de abogacía a los graduados en Derecho que aspiren al ejercicio del Derecho y que no requieran tal titulación para el acceso a la judicatura, fiscalía u otras tantas profesiones jurídicas a las que se accede a través de oposición (la reforma de la LOPJ en ciernes no lo plantea).

²²³ El Tribunal que evaluará las pruebas de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal tendrá la siguiente composición: un Magistrado o Magistrada del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia o bien un o una Fiscal de Sala o del Tribunal Supremo o de una Fiscalía de Tribunal Superior de Justicia, que presidirán el Tribunal, dos magistrados o magistradas ,dos fiscales, un catedrático o una catedrática de universidad de disciplina jurídica, un abogado o una abogada del Estado, un abogado o una abogada con más de diez años de ejercicio profesional y un secretario o una secretaria judicial de la categoría primera, que actuarán como vocal-secretario o vocal-secretaria.

dos años con un corte teórico-práctico tendente a la especialización en las funciones propias del fiscal²²⁴. Concluido el período de formación el fiscal se integra en la carrera en la que desempeñará por regla general su vida profesional hasta el momento de la jubilación. Una demanda importante en aras de una mayor autonomía ha sido la de trasladar al propio Ministerio Fiscal la formación inicial y continuada de los fiscales detrayéndola del Ministerio de Justicia en consonancia con lo que ocurre en la formación de los jueces a través de la Escuela Judicial. La ley de 24/2007 ha dispuesto que la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado colabore con el Centro de Estudios Jurídicos en la planificación de la formación de los miembros de la carrera fiscal, Según declaraciones del actual Fiscal General del Estado, Torres-Dulce, esta aspiración se ha hecho ya realidad, si no *de iure*, sí en la práctica con lo cual se amplía la autonomía respecto al Ministerio de Justicia.

La carrera es un cuerpo único organizado jerárquicamente. Se establecen tres categorías equiparadas a las correspondientes de la carrera judicial en retribución, honores, protocolo, etc.: Abogados-Fiscales, Fiscales y Fiscales de Sala. La reforma del año 2007 ha incidido en aspectos de la carrera fiscal con vistas a conseguir, reza su exposición de motivos, una más clara definición de la misma favoreciendo un escalonamiento más racional de la pirámide jerárquica en la que se integran los fiscales. Pienso, sin embargo, que la asignación de categorías no es tan racional como el modelo exige: hay que tener en cuenta la excelencia del puesto, pero también la responsabilidad de jefatura y la dimensión territorial.

3.3. Ascensos y provisión de destinos

Las formas en que tienen lugar el ascenso en el seno de la carrera y la provisión de destinos tienen una importancia decisiva sobre

²²⁴ El curso teórico y práctico de selección en la Escuela Judicial está dividido en dos fases: un curso presencial que se extiende de septiembre a julio aproximadamente y unas prácticas tuteladas de similar duración.

la cohesión interna y la conformación del espíritu del cuerpo²²⁵, su cultura y peculiar idiosincrasia. Su importancia es aún mayor cuando los destinos²²⁶ de que se trate sean de especial relevancia y responsabilidad ya que según quién ostente la potestad decisoria y el grado de discrecionalidad con que la ejerza puede ser decisivo para evaluar el grado de condicionamiento e incluso politización que un fiscal puede sufrir. Ello supone sin duda un elemento importante de la legitimidad de la institución.

Hay diferentes opciones en función de que correspondan tales decisiones a las jefaturas internas, al Fiscal General de Estado como jefatura máxima, a un órgano de gobierno interno corporativo representativo de la carrera como sería el Consejo Fiscal o si por el contrario se residencia la decisión en el nivel político, Ministerio de Justicia o Consejo de Ministros.

A la autoridad competente debemos unir en nuestro análisis los límites a la discrecionalidad que en cada caso se impongan. Son límites

²²⁵ En relación con este asunto no podemos perder de vista tampoco el principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad, a que se refiere la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para cuya realización esta ley prevé la constitución de una comisión de igualdad en el seno del Consejo Fiscal.

²²⁶ El Fiscal General del Estado es Ministerio Fiscal, de hecho el representante máximo de la institución, pero, y aunque pueda resultar algo contradictorio, es al propio tiempo algo diferente al Ministerio Fiscal. Botón de muestra de ello, aunque, sin duda, no sea lo más decisivo, es que el Fiscal General del Estado pueda ser cualquier jurista de reconocida competencia, no exigiéndose por tanto la condición de miembro de la carrera fiscal (de hecho si lo fuera quedaría en situación de servicios especiales como ha sido el caso de D. Eduardo Torres-Dulce, quien ostenta el cargo en la actualidad). En la regulación del tardo franquismo la ley de 1966 sobre funcionarios de la Administración de Justicia exigía a quien optara a ser Fiscal General una antigüedad de 20 años en la carrera igual que la exigía de otras jefaturas interna, por lo que daba más la impresión en este nivel, si se quiere reglamentista, de que el Fiscal del Tribunal Supremo no venía sino a ser un destino en la carrera especialmente provisto dada su posición vértice en la jerarquía fiscal y directamente subordinado al Ministro de Justicia.

que el ordenamiento predispone precisamente para garantizar la posición de los fiscales.

La posición intersticial que ocupa el Fiscal General del Estado nombrado por el Gobierno y representante máximo de la institución que le corresponde dirigir hace depender las garantías de la independencia personal de los fiscales de la posición que el Fiscal General del Estado ocupa respecto al Gobierno. El papel del Fiscal General no es decisivo pero es a él a quien corresponde la propuesta al Gobierno como más adelante se verá.

Por otro lado, las decisiones sobre el estatuto de los fiscales y en concreto las relativas a promociones y nombramientos son especialmente delicadas desde el punto de vista de los intereses personales y profesionales de los fiscales que deben ser protegidos, por lo que cabe plantearse la legitimación para recurrir y el papel que en ello pueden jugar las asociaciones profesionales²²⁷.

Estas decisiones son objeto de control por la autoridad judicial que debe velar en todo caso por la observancia del imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el respeto al derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos ya sean estos fiscales y/ o gubernativos. Un papel destacado en estos procesos lo ostentan las asociaciones profesionales de los fiscales, como la jurisprudencia constitucional ha resaltado a las que corresponde un interés directo y legítimo y, por tanto, legitimación activa para impugnar determinados actos en los que se pone en juego el interés profesional de los fiscales a las que no son ajenas siendo como reconoce el artículo 127 de la Constitución española las únicas vías de defensa de tales intereses, dada la prohibición a los fiscales como a los jueces de afiliación sindical y política.

²²⁷ Sobre las asociaciones de fiscales véase STC 24/1987, de 25 de febrero de 1987.

En primer lugar, hemos de decir que la promoción o ascenso en el seno de la carrera fiscal se configura como un derecho del fiscal al igual que si de otro funcionario se tratase incluidos los jueces claro está. Este derecho, condicionado lógicamente a la existencia de vacantes en las correspondientes categorías, se hace depender de la antigüedad y de los méritos y grado de especialización del fiscal, en su caso. Conforme al artículo 37 del Estatuto las vacantes que se produzcan en la categoría primera se cubrirán por ascenso entre fiscales que cuenten, al menos, con veinte años de servicio en la carrera y pertenezcan a la categoría segunda. Además, para ciertos destinos se exige una determinada antigüedad en la correspondiente categoría como requisito objetivo para poder concurrir a las mismas. En este sentido realiza un papel importante la Inspección Fiscal en cuyo seno el artículo 13.2 del Estatuto ha creado una Sección Permanente de Valoración, a los efectos de centralizar toda la información sobre méritos y capacidad de los fiscales, con la finalidad de apoyar al Consejo Fiscal a la hora de informar las diferentes propuestas de nombramientos en la carrera fiscal²²⁸.

En lo relativo a ascensos y nombramientos el artículo 13 del Estatuto añade al informe del Consejo Fiscal la audiencia al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma con respecto a cargos fiscales del correspondiente territorio. Y en el artículo 36 al regular la provisión de los destinos de nombramiento discrecional por el Gobierno a partir de la propuesta del Fiscal General del Estado previo informe del Consejo dispone que “cuando los Estatutos de Autonomía prevean la existencia de Consejo de Justicia éste será oído necesariamente con carácter previo al nombramiento del Fiscal Superior. A continuación en claro paralelismo con la intervención parlamentaria en el nombramiento gubernamental del Fiscal General del Estado se prevé que recibido el

²²⁸ GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.*, en pág. 1395 relaciona esta previsión con la reciente jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre nombramientos discrecionales de magistrados en aras de una mayor objetividad e imparcialidad en éstos.

informe del Consejo Fiscal se comunicará la propuesta de candidato a la respectiva Asamblea Legislativa autonómica a fin de que pueda disponer la comparecencia de la persona propuesta ante la Comisión correspondiente de la Cámara en los términos que prevea su reglamento a los efectos de que pueda valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto.

3.4. Los nombramientos discrecionales en la carrera fiscal

Nos referimos a los nombramientos para los destinos correspondientes a la categoría primera –Fiscal de Sala del Tribunal Supremo- que conforme al artículo 35 del Estatuto serían: el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, que debe contar con una antigüedad de tres años en la primera categoría, exigencia lógica dada la potenciación de esta figura en la última reforma, el Fiscal Jefe Inspector, las jefaturas de los órganos del Ministerio Fiscal con competencia en todo el territorio nacional (Fiscalía ante la Audiencia Nacional, Fiscalías Especiales, Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, Fiscalía ante el Tribunal de Cuentas), los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo y los de la Fiscalía Togada y los demás Fiscales de Sala que conforme al Estatuto se determinen en plantilla.

A estos, el artículo 36 añade los Fiscales del Tribunal Supremo, los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas y los Fiscales Jefes de las Audiencias Provinciales. Estos tres últimos destinos más el Fiscal Inspector, el de Fiscal del Tribunal de Cuentas y el de Fiscal ante el Tribunal Constitucional requieren una antigüedad de quince años en la carrera y la pertenencia al nombramiento a la categoría segunda.

Todos estos cargos se proveerán por el Gobierno, a propuesta del Fiscal General del Estado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de este Estatuto, es decir, previo informe del Consejo Fiscal. Procedimiento distinto siguen aquellos cargos que se encuentran directamente vinculados al Fiscal General del Estado y que son de libre designación por éste para ocupar puestos de su confianza directa y que

cesan con él: son, conforme al tercer apartado el artículo 36, los fiscales integrantes de la secretaría técnica y los que conforman la unidad de apoyo y los fiscales adscritos a los Fiscales de Sala. En estos casos serán comunicados por el Fiscal General del Estado al Consejo Fiscal antes de elevar la correspondiente propuesta al Gobierno pero no es necesario el informe previo del Consejo²²⁹.

Estamos ante los nombramientos de los fiscales que ocupan los puestos más relevantes en la carrera bien por el órgano en el que actúan, bien por las responsabilidades de jefatura que ostentan. De entre estos, los referidos en el artículo 35, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y los Fiscales de Sala²³⁰, bajo la presidencia del Fiscal General del Estado, serán quienes conformen según el artículo 15 la Junta de Fiscales de Sala, órgano que refleja la excelencia en la carrera fiscal y que actuará como órgano consultivo del Fiscal General en materia doctrinal y técnica y en particular en la elaboración de memorias y circulares y en proyectos e informes que deban ser elevados al Gobierno. Para advertir la importancia de tales nombramientos no hay más que reparar en el mecanismo de audiencia que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece en su artículo 8 frente a actuaciones interesadas por el Gobierno al Fiscal General del Estado, su intervención cuando las instrucciones que el Fiscal General del Estado dirija a cualquier fiscal afecte a miembros del Gobierno según el

²²⁹ Realmente ni el Fiscal Jefe de la Inspección Fiscal ni el resto de Fiscales que la integran, ni el Fiscal Jefe de la Unidad de Apoyo son verdaderos cargos de confianza del Fiscal General como se pone de manifiesto en un mandato superior al del Fiscal General por lo que no cesan cuando éste lo hace.

²³⁰ En la regulación anterior a 2007 se hacía expresa referencia al Fiscal Jefe Inspector y al Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica. Hoy se refiere sin más a los Fiscales de Sala por lo que todos los que ostentan la primera categoría en el Ministerio Fiscal podrán formar parte de la Junta de Fiscales de Sala. Puede resultar discutible la composición de la Junta de Fiscales de Sala, especialmente tras la creación en 2007 de la Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas. Bajo mi punto de vista sería más interesante la configuración de una Junta de Fiscales de Sala que reuniera a todos los Fiscales Superiores que a mi modo de ver siempre deberían ser Fiscales de Sala y reunirse en una formación autonómica cuando el asunto lo requiriese.

artículo 25, o la forma en que el artículo 28 del Estatuto resuelve la recusación del Fiscal General del Estado, máximo representante del Ministerio Fiscal²³¹.

Estos nombramientos corresponden al Gobierno. La decisión culmina un procedimiento complejo en el que participa una pluralidad de instancias como garantía de la acertada toma de la decisión final. En concreto, se trata de un acto del Consejo de Ministros, a partir de la propuesta del Fiscal General del Estado previo informe del Consejo Fiscal. Esta decisión gubernamental es controlable judicialmente, siendo competente para su conocimiento la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo. Por tanto, la competencia corresponde a la misma Sala que conoce de los recursos en el orden contencioso contra actos del Consejo General del Poder Judicial sobre nombramientos discrecionales en la carrera judicial, reservados *ex Constitutione* al Consejo General del Poder Judicial.

Estos nombramientos han planteado dos grandes cuestiones que ponen en evidencia la indefinición del Ministerio Fiscal exigiendo la clarificación, y una reflexión, quizás, sobre la conveniencia de su reforma: uno el relativo a la naturaleza del informe del Consejo Fiscal, otro el relativo a la motivación de los actos de nombramiento que a continuación analizo con mayor detenimiento.

Bajo mi punto de vista el estatuto de los fiscales españoles se encuentra indefinido en este sentido. No queda claro si los nombramientos deben interpretarse en clave jerárquica dando lugar a preservar un elemento de confianza o bien se impone un principio de equiparación judicial que valore únicamente el mérito, la capacidad y

²³¹ Es una cuestión que ha sido criticada en sede parlamentaria bajo la sospecha de que tal decisión debería haberse residenciado en el Consejo Fiscal y no en la Junta de Fiscales, el primero, según esta crítica, escaparía a la política de nombramientos del Fiscal General del Estado mientras que la segunda estaría conformada siguiendo la voluntad del Fiscal General, por lo que plantearía sospechas sobre su necesaria imparcialidad para la decisión en supuestos de conflictos de intereses.

las aptitudes para ocupar determinados puestos. En la situación actual no queda claro en base a qué el ordenamiento reconoce al Gobierno discrecionalidad a la hora de nombrar determinados cargos fiscales, si actúa en su calidad de órgano constitucional o lo hace como órgano supremo de la Administración. ¿No es al Fiscal General del Estado a quién corresponde dirigir a los fiscales? . Al menos debiera imponerse la convención de que el Gobierno no pueda desautorizar la propuesta del Fiscal General del Estado, cosa que en algún supuesto ha ocurrido.

3.4.1. El papel del Consejo Fiscal en la promoción y nombramiento de los fiscales.

El Consejo Fiscal, como órgano representativo de los fiscales y, en cuanto tal, conecedor de los miembros de la carrera, se convierte en un órgano especialmente adecuado en la organización del Ministerio Fiscal para favorecer la correcta toma de decisiones por aquéllos a quienes corresponda, Ministerio de Justicia o Consejo de Ministros- como órganos decisorios, Fiscal General del Estado como proponente, relativas al estatuto de los fiscales en concreto por lo que ahora me ocupa, su participación en las decisiones sobre ascensos en la carrera y nombramiento para cargos o destinos seleccionando entre los aspirantes a la persona idónea²³². En ambos casos asiste como órgano consultivo al Fiscal General del Estado –que no olvidemos lo preside- al que le corresponde hacer la propuesta al órgano decisorio. Dado que tampoco el Gobierno está vinculado por la propuesta del Fiscal General el Gobierno debería contar también con dicho informe para ponderar los criterios utilizados en su seno frente a posturas que relativizan la importancia de este trámite.

Al informe del Consejo Fiscal hay que añadir, desde la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal del año 2007, la audiencia al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma cuando se trate de cargos

²³² Son decisiones éstas en las que están concernidos los derechos profesionales de los fiscales.

en las fiscalías de los correspondientes territorios introduciendo así la dimensión autonómica en el terreno de los nombramientos de fiscales que tienen su destino en la respectiva Comunidad Autónoma.

En una primera época, la intensidad de la participación del Consejo Fiscal en los ascensos, de un lado, y los nombramientos, de otro era claramente diferente, contrapesando las facultades que al respecto ostentara el Fiscal General del Estado. En los ascensos, el informe era vinculante de forma que la propuesta debía conformarse al informe del Consejo Fiscal, no pudiendo proponer el ascenso de quien no gozara del beneplácito de éste. En los nombramientos, el informe era preceptivo pero no vinculante, lo que suponía que el Fiscal General del Estado podía en su propuesta de nombramiento disentir del parecer del Consejo Fiscal. La diferencia entre ambos momentos obedecía a la objetividad en el ascenso frente a la subjetividad en el nombramiento.

A pesar de que ésta resultaba ser la interpretación más acomodada a la letra de la ley que, además, había venido siendo objeto de una práctica pacífica, no lo fue para el Tribunal Supremo²³³ que, en una interpretación conforme al criterio sistemático, consideró que el modelo de Ministerio Fiscal diseñado por el legislador en 1981 conducía a un entendimiento distinto de la naturaleza del informe siempre que entrara en juego la discrecionalidad. Esta doctrina ha sido llevada al texto del Estatuto en la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2007²³⁴

²³³ Se trata de la decisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la causa conocida como “asunto Fungairiño”, en un primer momento a raíz del recurso interpuesto por la Asociación de Fiscales en la sentencia de la Sala en pleno de 13 de abril de 1998 y reiterando su doctrina en la sentencia de 21 de marzo de 2000 de la sección séptima en que resuelve el recurso interpuesto por la Unión Progresista de Fiscales.

²³⁴ Como tendré ocasión de estudiar más adelante esa reforma se dirige principalmente a reforzar la autonomía del Fiscal General regulando su cese y fijándole un mandato. La posición del alto tribunal ampliamente criticada por un sector de la doctrina en relación con la posición del Consejo Fiscal en los ascensos fue acogida por la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por la Ley 24/2007. Así señala la Exposición de motivos de la ley 24/07 de 9 de octubre que “se ajusta el régimen de los ascensos de categoría dentro

sustituyendo la expresión “conforme al informe” por la de “previo informe” en la redacción del artículo 13.

Para el Tribunal Supremo, sostener una interpretación según la cual el Fiscal General del Estado habría de abstenerse de proponer a quien por razones discrecionales o de oportunidad no fuera considerado idóneo por el Consejo Fiscal suponía vaciar de contenido la facultad de proponer para determinados destinos a determinados fiscales dado que, ascenso y nombramiento, si bien son actos teóricamente separables, en la práctica, van de la mano ya que para la provisión de determinados destinos es necesario poseer determinada categoría. Una interpretación distinta supondría una limitación que no se justificaría a tenor de la posición que Fiscal General del Estado y Consejo Fiscal respectivamente ostentan.

Termina, por tanto, bajo esta interpretación, potenciándose en esos nombramientos el elemento de la confianza y reforzando la autoridad del Fiscal General del Estado. No queda claro sin embargo cuál sea el referente de esa confianza. Ello no significa por supuesto que se imponga al Gobierno el criterio del Fiscal General ya que aquél puede oponerse en cualquier caso a nombrar al candidato propuesto.

Según la doctrina del Tribunal Supremo el criterio sistemático determinado por el modelo orgánico y funcional de Ministerio Fiscal diseñado por el Estatuto conduce a una diferencia de planos de cara a la aplicación de los principios que constitucionaliza el artículo 124. Mientras lo orgánico viene presidido por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, los principios de legalidad e imparcialidad presiden el plano funcional. Es precisamente según el

de la Carrera Fiscal, concretamente en lo concerniente a la función que compete al Consejo Fiscal respecto de las propuestas que ha de formular el Fiscal General del Estado. Se adapta en este punto la redacción del artículo 13.1 a la interpretación dada por el Tribunal Supremo al hasta ahora vigente artículo 13.1.b), que viene siendo pacífica desde su formulación hace ya nueve años”.

Tribunal en este ámbito en el que se da entrada a los órganos consultivos. En el terreno de la gestión del estatuto personal de los fiscales sólo se exige el informe vinculante allí donde los derechos profesionales del fiscal se encuentran frontalmente afectados: traslados forzosos y separación de servicio. En cualquier otro caso su intervención no puede ser vinculante ya que ello supondría una alteración de la posición otorgada al Fiscal General del Estado nombrado por el Gobierno ante el cual a decir del Tribunal Supremo responde; lo que no ocurre en el caso del Consejo Fiscal. En definitiva se refuerza la jefatura que ostenta el Fiscal General ya que sólo estará vinculado en aquello que sea reglado y en el resto su responsabilidad debe conectarse con la discrecionalidad que tiene para valorar al candidato. Al tiempo se mitiga el papel del Consejo Fiscal. Por supuesto ello no impide que el Fiscal General del Estado se pueda ver desacreditado por el Gobierno de turno que puede nombrar a candidato distinto al propuesto o mejor dicho no nombrar al candidato que se le propone. Obviamente esta diferencia de pareceres trasladaría la tensión a la relación entre Fiscal General del Estado y Gobierno. La objetivización de la facultad de cese por el Gobierno debería garantizar que tal desavenencia no fuera el síntoma de una politización de la institución. El Gobierno no es quien dirige al Ministerio Fiscal, sino que en todo caso marca determinada orientación al Fiscal General del Estado. ¿O lo dirige a través de una figura interpuesta? ¿El Fiscal General del Estado? Son importantes consecuencias del modelo de relación que con el Ejecutivo tenga el Ministerio Fiscal.

Las relaciones entre Gobierno, Fiscal General del Estado y Consejo Fiscal que se ponen de manifiesto en estas decisiones sobre el estatuto de los fiscales deben obedecer a la naturaleza jurídica a que responda nuestro Ministerio fiscal. Se puede optar por un Ministerio Fiscal que, en base a un principio de equiparación judicial, se quiera resguardar de la instrumentalización política del gobierno. En un modelo de un Fiscal General del Estado reforzado en su autonomía no

justifica que el nombramiento corresponda al gobierno. De un lado, es un mecanismo de contrapeso del poder del Fiscal General del Estado o bien un mecanismo de garantía de los derechos profesionales de los fiscales.

3.4.2. La motivación de los nombramientos discrecionales.

En relación con los nombramientos contamos con una interesante jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, competente para conocer de los recursos contra actos de nombramiento discrecional, tanto de cargos fiscales, en cuyo caso el control recae sobre la actuación del Gobierno, como sobre nombramientos discrecionales en la carrera judicial, en cuyo caso el control judicial se ejerce sobre la actuación del Consejo General del Poder Judicial²³⁵.

La doctrina de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en relación con los fiscales viene considerando hasta la fecha que a estos nombramientos no cabe exigir motivación²³⁶. Las razones que conducen al Alto Tribunal a ello son:

En primer lugar, se arguye la regulación expresa y detallada de estos nombramientos en los artículos 13, 14 y 36 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que hace inaplicable, en este extremo, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en concreto a su artículo 54.1 f) que exige la motivación de los actos en ejercicio de potestades discrecionales. La regulación estatutaria como

²³⁵ BACIGALUPO SAGESE, Mariano, “De nuevo sobre la motivación de los nombramientos discrecionales en las carreras judicial y fiscal”, D-61, *La Ley*, págs. 1744-1751.

²³⁶ Se trata de las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 10 y 11 de noviembre de 1997 (propuesta denegada) de 30 de noviembre de 1999, de 12 de diciembre del 2000, de 11 de noviembre de 2002, de 14 de octubre de 2003, de 31 de marzo de 2004 (promoción) y de 20 de octubre de 2004.

normativa especial y sectorial resulta preferente desplazando la regulación general contenida en la Ley 30/1992.

Además, no estamos, en sentido propio, según la argumentación del Tribunal Supremo, ante el ejercicio de potestad discrecional alguna. La competencia reconocida por la Ley -el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal- al Gobierno exterioriza una habilitación para que desarrolle la libertad de apreciación que es propia a los conceptos jurídicos indeterminados y no una potestad discrecional. Siendo así, al Gobierno corresponde, por tanto, respetando los requisitos objetivos marcados por la ley -por ejemplo el de antigüedad- decidir quién sea el candidato más idóneo para el desempeño del cargo en cuestión. No hay varios intereses públicos entre los que el Gobierno deba elegir sino un único interés público que deberá determinar la actuación gubernamental²³⁷.

Precisamente por esta razón se excluye la exigencia de motivación la cual, de alguna manera, viene a ser sustituida por un procedimiento dirigido precisamente a buscar el candidato más idóneo para servir el destino en cuestión. Es así que la participación del Fiscal General del Estado, al que le corresponde hacer la propuesta y el informe previo del Consejo Fiscal, órgano representativo de la carrera fiscal y, como tal, condecorador de sus miembros, van dirigidos precisamente a esa finalidad de encontrar el fiscal más idóneo.

“Máxime”, señala la sentencia de 20 de octubre de 2004 (Fj 4º), la motivación resulta innecesaria “cuando, como aquí, el Ministerio Fiscal no funciona como órgano de la Administración Pública”. Afirmación ésta sobre la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal a la que creo que debe darse mayor importancia de la que hasta este momento la doctrina le ha concedido.

²³⁷ Desde luego que mantener esta interpretación nos lleva a preguntarnos sobre la idoneidad del Gobierno para valorar la idoneidad de los candidatos valga la redundancia.

A las anteriores razones la Jurisprudencia añade la consideración de que la omisión legal de la exigencia de motivación puede deberse asimismo a la imposibilidad de determinar en muchos casos las razones de prioridad y a la conveniencia de que la necesaria elección de uno de los candidatos no se traduzca en la minusvaloración profesional de los restantes.

La falta de motivación no quiere decir que estos nombramientos carezcan de límites y estén exentos de control jurisdiccional ya que, en cualquier caso, se impone el mandato de interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos que debe excluir la clara irracionalidad o el ostensible error. Tales circunstancias debería probarlas el demandante.

Aunque no ha faltado el argumento de la “confianza” en la argumentación del Tribunal²³⁸, su utilización no ha sido clara. En este sentido la sentencia de 11 de enero de 1997 consideró estos nombramientos como de libre designación del Gobierno²³⁹. Tales motivos de confianza harían inexigible toda motivación más allá de la referencia a la legalidad como fundamento de la potestad. Esta confianza se entendía plasmación de la potestad autoorganizatoria de la Administración y de la dirección de la cosa pública en manos del Gobierno viniendo a modular el derecho fundamental contemplado en el artículo 23.2 en relación con el artículo 103.3 del texto constitucional. Tratándose de un derecho configuración legal podría la Administración legítimamente tener en cuenta, una vez acreditados los requisitos de mérito y capacidad, otros criterios distintos que no guarden relación

²³⁸ Cuando menos resulta llamativo que el criterio de la confianza fuera utilizado también como justificación de los nombramientos discrecionales en la carrera judicial. En ese sentido BACIGALUPO, *op. cit.*, pág.

²³⁹ La sentencia de 20 de octubre de 2004 se refiera a la confianza atribuida precisamente al Gobierno que puede disentir de la propuesta del Fiscal General del Estado (Fj. 3º).

con éstos, en atención a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales.

En el voto particular a la citada sentencia de 1997 se tildará tal consideración de los nombramientos en el seno de la carrera fiscal como actos de libre designación de categoría extravagante. Tal categoría no cabe según el magistrado disidente aplicarla al Ministerio Fiscal, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial y en cualquier caso, atendiendo a la peculiaridad de la estructura del Ministerio Fiscal, tal relación de confianza no podría afirmarse con respecto al Gobierno sino en relación con el Fiscal General del Estado.

Con respecto a la carrera judicial, tras una fase de transición, ha terminado consolidándose una doctrina que supone un importante viraje en la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los nombramientos discrecionales de cargos judiciales²⁴⁰, imponiéndose la motivación de estos actos. Tal exigencia ha supuesto que el Consejo General del Poder Judicial, en ejercicio de su autonomía normativa, haya regulado esta materia²⁴¹.

No contamos, aún, con ningún pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que aplique esta doctrina a los nombramientos discrecionales en el seno de la carrera fiscal²⁴².

²⁴⁰ Este cambio jurisprudencial arranca de las Sentencias de 29 de mayo y de 27 de noviembre, ambas de 2006, y 27 de noviembre de 2007, y puede ya considerarse consolidado tras dos Sentencias dictadas el 12 de junio de 2008. Véase el estudio al respecto de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “El control de la actividad del Consejo General del Poder Judicial en materia de nombramientos y de régimen disciplinario en la jurisprudencia reciente”, *Estudios de Derecho Judicial*, 125, CGPJ.

²⁴¹ Acuerdo de 25 de febrero de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales.

²⁴² Los argumentos utilizados hasta el momento de la inflexión doctrinal coincidían básicamente a pesar de que el órgano responsable del nombramiento, difiriera, en el caso de la carrera judicial el Consejo General del Poder Judicial, en el de la carrera fiscal el Gobierno. Incluso vuelve a

Sólo podemos conjeturar, por tanto, sobre si esta doctrina será también de aplicación a los fiscales y qué consecuencias se derivarían de ello para nuestro modelo de Ministerio Fiscal. La traslación a la carrera fiscal de la exigencia de motivación de los nombramientos discrecionales vendría a reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal y con ello la posición de cada fiscal garantizando que el nombramiento obedezca en todo caso a exigencias profesionales de mérito y capacidad. Sería un modelo de Ministerio Fiscal distinto, más autónomo en su posición. No olvidemos que en el caso de los fiscales el nombramiento corresponde al Gobierno, no al Ministerio Fiscal –ni al Fiscal General del Estado ni al Consejo Fiscal. Por el contrario, de existir razones, que pudieran justificar una diferencia de trato con respecto a los miembros de la carrera judicial, deberían motivarse razonablemente, habida cuenta, además, de la similitud entre los argumentos que venían utilizándose.

La nueva doctrina aplicable al nombramiento de cargos judiciales, ya desempeñen, éstos, cometidos jurisdiccionales o tareas gubernativas, puede resumirse en el sentido de que al Consejo como órgano constitucional se le reconoce un margen de actuación limitado, en cualquier caso, por los principios de mérito y capacidad y la exigencia de la motivación. Los criterios deben ser conocidos, su priorización establecida y deben ponderarse las razones que concurren en un determinado candidato frente al resto de aspirantes. Sólo así puede confiarse en que la labor del Consejo no es ejercicio de un puro voluntarismo.

También en relación con el Ministerio Fiscal concurren las mismas razones para ahuyentar las posibilidades de nombramientos que obedezcan a afecciones o desafecciones personales que supongan la

traerse por el Abogado el Estado y por los votos particulares en la jurisprudencia reciente sobre nombramientos judiciales la consideración de la línea jurisprudencial iniciada en las sentencias de 1997 en relación con nombramientos de fiscales que giraba en torno a la confianza.

tan denostada partidocracia o correntocracia claramente contraria a la naturaleza de una institución que de manera imparcial debe defender la legalidad ante los Tribunales. No han faltado las denuncias en sede parlamentaria de la utilización sectaria de la política de nombramientos, con la intención quizás de reequilibrar nombramientos de orientación contraria anteriores como sugiere el profesor Nieto²⁴³.

Ello supondría aplicar similares criterios de excelencia profesional así como de dotes para la coordinación y gestión de recursos humanos cuando de puestos de jefatura se tratase. No considero que la cuestión deba diferir si consideramos la posición de aquellos fiscales que ostentan la jefatura de los distintos órganos del Ministerio Fiscal a los cuales corresponde dotar de determinado *indirizzo* a sus correspondientes fiscalías, sobre todo en el hipotético caso de *lege ferenda* de que se reconozca el principio de oportunidad en nuestro proceso penal.

La dirección y el impulso que los fiscales impriman a sus fiscalías debieran estar en consonancia con los que el Fiscal General del Estado, superior de todos los fiscales, dotara al conjunto de la institución pero esa confianza en un determinado fiscal debe definirse en el de sentido de idoneidad para desempeñar determinados puestos y no, por supuesto, en el terreno de la afinidad personal o ideológica, que en todo caso deben quedar desterrados de la organización de la justicia (Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2000 traída a consideración

²⁴³ La pluma afilada de Alejandro NIETO GARCÍA, lo diagnostica así en el Prólogo a la segunda edición de su libro, *El desgobierno judicial*, pág. 14, “la situación de los fiscales, en cambio, parece muy clara puesto que el Ministro de Justicia y el Fiscal General del Estado han declarado que están dispuestos a ocupar con funcionarios afines a su partido los cargos de importancia y han justificado de manera expresa tal actitud por el deseo de equilibrar o contrapesar los nombramientos igualmente sectarios realizados por el partido de la oposición durante los años que estuvo en el gobierno. Nadie habla ya de la cualificación técnica o de la carrera profesional de los afectados, de su libertad personal ni de las funciones de su Ministerio”.

por la sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006). Considero que la condición de “autoridad judicial” también en lo que hace a los puestos de jefatura imponen esta solución.

Reparemos en que el artículo 41 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal atribuye al Fiscal General del Estado la facultad de proponer al Gobierno, previa audiencia del Consejo Fiscal, del interesado y, en su caso, del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, la remoción de los Fiscales Jefes antes de que concluya el período de cinco años para el que fueron nombrados, al margen de cualquier responsabilidad disciplinaria. Ello supone el reconocimiento de una cierta sintonía que de no existir resultaría disfuncional para el eficaz funcionamiento del Ministerio fiscal.

Como la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado el artículo 23.2 de la Constitución como derecho fundamental de acceso y permanencia en la función pública en condiciones de igualdad no tiene por qué operar de la misma forma en relación con el acceso a categorías superiores y en la provisión de determinados cargos. Los criterios de mérito y capacidad no tienen por qué gozar de la misma aplicación en uno y otro caso ya que el puesto en cuestión puede revestir especiales exigencias. Es verdad, que la política de nombramientos no puede convertir el ascenso o el servicio en determinados puestos en una suerte de premio a los correligionarios pero también es cierto que la función directiva introduce un elemento de confianza que tiende a garantizar la unidad de actuación y la eficacia en el funcionamiento de la organización. Obviamente en este sentido la exigencia de independencia interna de los jueces no es predicable de los fiscales que ejercen sus funciones constitucionalmente de acuerdo al principio de dependencia jerárquica y unidad de actuación.

La política de nombramientos forma parte naturalmente de la función directiva siendo claramente instrumental a la misma. Es al Fiscal General del Estado al que corresponde esa potestad de dirección

y como una componente importante de la misma la potestad auto-organizatoria interna. Sin embargo las decisiones sobre el estatuto de los fiscales son decisiones que corresponden al Gobierno en el que sigue residiendo en última instancia las cuestiones relativas a medios personales y materiales del Ministerio Fiscal.

Mientras que en el caso de los jueces el constituyente decidió residenciar un órgano constitucional autónomo las decisiones sobre el estatuto de los jueces que podían ser más peligrosas para la independencia de los jueces²⁴⁴. Con respecto a los fiscales ha seguido anclado en el modelo preconstitucional de gobierno interno, si bien bajo la perspectiva de la equiparación con la carrera judicial en muchos aspectos del estatuto profesional de los fiscales. Incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hecho uso de una interpretación histórica en la construcción del modelo estatutario actual. Era inevitable que el modelo presentara fallas. ¿Puede continuar un modelo de gobierno interno “administrativo” de una institución que no forma parte de la Administración? La jurisprudencia ha afirmado que no estamos ante órganos de la Administración pública, que estamos ante el Ministerio fiscal. De lo afirmado se concluye que es el Gobierno de la Nación el que responde por esta toma de decisiones, jurídicamente por supuesto en la medida que estas decisiones son controlables jurisdiccionalmente y políticamente a través del control parlamentario y la responsabilidad política. Ni al Consejo Fiscal ni al Fiscal General del Estado cabe propiamente exigir ninguna dación de

²⁴⁴ El Consejo General del Poder Judicial se incorporó a la Constitución con la finalidad de procurar una garantía específica de la independencia del Poder Judicial, predicable de todos y cada uno de los Jueces en cuanto ejercen la función jurisdiccional. Por eso, "las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado" (STC 108/1986, de 29 de julio de 1986 en su Fj. 7º).

cuentas y jurisdiccionalmente los Tribunales no pueden realizar sobre sus actos más que un control mediato al revisar la legalidad del acto del Gobierno cuando éste haya seguido la propuesta del Fiscal General. Sin embargo también a mi modo de ver la pregunta que se plantea es si la Constitución permite otro tipo de gobierno del Ministerio Fiscal en lo relativo a la gestión de su personal, más acorde a la autonomía exigible y al reforzamiento en aras de ello que se ha realizado de la posición del Fiscal General del Estado.

4. UNIDAD Y DEPENDENCIA DEL MINISTERIO FISCAL

4.1. Las facultades del superior y los deberes de los fiscales subordinados

El Fiscal General del Estado ostenta la jefatura del Ministerio Fiscal constituyéndose en superior jerárquico de todos los fiscales. Para el ejercicio de su jefatura el Estatuto le dota de toda una serie de facultades entre las que se encuentra la potestad de impartir órdenes, es decir la potestad de mando ²⁴⁵.

Una primera herramienta de su labor de dirección es la “política de nombramientos” a la que ya me he referido en relación con aquellos cargos de nombramiento discrecional que ostentan puestos de jefatura o de coordinación. Al final de estas líneas también me referiré a la posibilidad de remoción o cese de los fiscales jefes. Más allá de aquellas potestades que inciden en el estatuto personal de los fiscales me corresponde aquí detenerme en los mecanismos dirigidos a orientar la actuación de los fiscales y controlar internamente esa actuación dotando de un impulso unitario a la institución.

²⁴⁵ Sobre el concepto de relación jerárquica véase el clásico de AMORTH, Antonio, *La nozione di gerarchia*, Società Editrice Vita e Pensiero, Milano, 1936, especialmente págs. 69 y ss.

Entre estos instrumentos contamos con las circulares, instrucciones, las consultas y las órdenes del Fiscal General del Estado y como presupuesto para que éstas tengan lugar se predisponen mecanismos de información interna y daciones de cuenta. La función inspectora se constituye en mecanismo ordinario de supervisión de la calidad en la prestación del servicio y cumplimiento de la labor de acuerdo a los principios que inspiran la actuación de la institución.

Las circulares e instrucciones constituyen la normativa interna que rige la actividad de un servicio y se dictan por los superiores para dirigir la actividad de los inferiores confiriendo a la organización una unidad de actuación. Su cumplimiento es obligado dado que son manifestación de jerarquía²⁴⁶. En cuanto a su objeto las circulares e instrucciones pueden suponer una actividad organizativa, una actividad de interpretación de las normas con el fin de orientar a los subordinados sobre la manera adecuada en que deben ser aplicados o bien ocuparse de la organización y reparto del trabajo²⁴⁷.

Expresamente prevé el Estatuto la intervención de la Junta de Fiscales de Sala para la elaboración de circulares y hemos de entender que aquellas instrucciones que tengan por objeto cuestiones relativas a la estructuración y el funcionamiento internos del Ministerio Fiscal deben debatidas en el Consejo Fiscal.

Dado su carácter interno no son objeto de publicación oficial, aunque ya se ha informado de la posibilidad de contar en el Boletín Oficial del Estado con una cabecera propia para el Ministerio Fiscal donde se publicarían las circulares e instrucciones²⁴⁸. Me parece

²⁴⁶ *Vid.* BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, “Instrucciones y circulares con fuente del Derecho Administrativo”, págs. 107 a 126

²⁴⁷ GIANNINI (tomo II) véase el capítulo relativo a la actividad interna, especialmente pág, 467

²⁴⁸ El 19 de mayo de 2013 el Consejo Fiscal fue informado por el Fiscal Jefe de la Unidad de Apoyo de esa posibilidad.

imprescindible esa publicidad como presupuesto de una mayor transparencia y responsabilidad. En el caso de que se incorpore el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal en un nuevo código procesal penal, pienso que esa publicidad resultaría ineludible para que la ciudadanía pudiera conocer los criterios a través de los que la acusación se gestiona así como las prioridades de actuación de los fiscales.

La potenciación de la figura de los Fiscales de Sala especialistas supone la colaboración de éstos en la importante tarea de la dirección unitaria del Ministerio Fiscal ya que la nueva redacción ya que a éstos corresponde proponer al Fiscal General del Estado las Circulares e Instrucciones que considere necesarias y elaborar propuestas de resolución de las Consultas que se planteen sobre las materias de su competencia, cuando así lo interese el Fiscal General²⁴⁹.

Al tratarse de una organización presidida por el principio de dependencia jerárquica el superior tiene derecho a dar órdenes y el subordinado tiene el deber de cumplirlas y si existe disparidad de criterios se impone el de la autoridad superior y en último término la del Fiscal General del Estado que ostenta la jefatura máxima de la institución. Desde luego no la del Gobierno ya que hemos afirmado la autonomía funcional del Ministerio Fiscal y el principio de competencia.

Contenido fundamental de la jerarquía es la posibilidad de dar órdenes. En esencia la dependencia jerárquica supone el deber de obediencia lo que entraña para el subordinado el respeto a sus superiores y el acatamiento de sus órdenes. Luego me referiré al mecanismo de oposición a la orden con que cuenta el fiscal conforme al artículo 27 concreción de la doble vinculación a la legalidad que deriva

²⁴⁹ El Fiscal General del Estado puede delegar, conforme al art. 22 tres en los Fiscales de Sala funciones relacionadas con la materia propia de su competencia. Esta previsión estatutaria se refiere a los Fiscales de Sala Delegados, figura que se contempla en el capítulo relativo a la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal y no en el de su organización y planta.

del artículo 6 del Estatuto, tanto en relación con la institución – organizada jerárquica- como del fiscal individualmente considerado.

El incumplimiento de estas órdenes, manifestación de la jerarquía interna, no supone la invalidez del acto que despliega todos sus efectos hacia el exterior y en concreto en su proyección procesal.

Las órdenes pueden clasificarse en función de diferentes criterios²⁵⁰. La escasa regulación de éstas supone, sin duda, un mayor margen de actuación de los superiores y una débil posición de los destinatarios de las mismas. El Estatuto se limita a establecer dos mecanismos de defensa, la discusión colectiva en la Junta de Fiscalía de la discrepancia y el mecanismo de queja o reparo a la orden y de tipificar la desobediencia a las órdenes como falta disciplinaria, sin embargo no se regulan los tipos de órdenes o las formalidades que las órdenes deben revestir. Por ejemplo no se prohíben las órdenes dirigidas a asuntos concretos, ni se les exige solemnidad alguna, pueden ser verbales o escritas²⁵¹ sin que ello dependa de la trascendencia del asunto ni de la urgencia del momento. En el caso de que las órdenes afecten a asuntos en los que haya implicados miembros del Gobierno se establece la necesidad de que el Fiscal General consulte previamente a la Junta de Fiscales de Sala, aunque este requisito parece más bien dirigido a preservar la imparcialidad –o apariencias de la misma- del Fiscal General que de salvaguardar la posición del fiscal destinatario de la orden.

Son cuestiones que se limitan a la vida interna de las fiscalías y que sólo emergen a la palestra cuando existen desavenencias

²⁵⁰ Es sugerente el análisis de LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, *El Ministerio Fiscal. Aspectos orgánicos y funcionales*, COLEX.

²⁵¹ Constituyeron un importante avance como garantía funcional la exigencia de que las instrucciones del Ministro de Justicia a los procuradores generales en asuntos concretos fueran escritas y se contuvieran en el dossier del procedimiento (ley n°93-2, de 4 de enero y n°93-1013, de 24 de agosto).

importantes en el seno del Ministerio Fiscal en asuntos sensibles mediáticamente.

El Fiscal General del Estado tiene a su disposición inmediata a todos los fiscales de forma que puede llamar a su presencia, conforme al artículo 26 del Estatuto, a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, trasladando, en este caso, dichas instrucciones al Fiscal Jefe respectivo. Es decir, las jefaturas no suponen un filtro en este sentido a la actuación del Fiscal General teniendo su comunicación una finalidad de puesta en conocimiento cuando no de mera deferencia.

Al incumplimiento de las órdenes sucede un determinado régimen disciplinario que es consustancial a la potestad jerárquica. Así el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal tipifica como falta disciplinaria el incumplimiento de las órdenes particulares y requerimientos personales dirigidos en forma con distinta gravedad según la formalidad que revista la orden.

El visado, por su parte, opera como un control administrativo de carácter preventivo en el seno de la fiscalía. En el Ministerio Fiscal, al tratarse de una organización monocrática y con jerarquía interna, el superior carece de facultades sobre los actos del inferior. Es decir, una vez realizado el acto, con independencia de posibles responsabilidades disciplinarias, el acto es totalmente válido *ad extra* y no cabe su revisión a partir de ningún recurso por los particulares²⁵². El visado actúa sobre un proyecto de decisión (proyecto de calificación) que es analizado previamente a su conversión en resolución definitiva. Este control es ejercido normalmente por el Fiscal Jefe pero cabe la delegación en otros fiscales y se tiende, especialmente en la última época, a organizar esta labor atendiendo a criterios de especialización.

²⁵² *Vid. infra* sobre el control de la inercia del fiscal a instancias de los particulares.

En cualquier organización jerárquica es fundamental el deber de información desde la base al vértice. En el régimen jurídico anterior la información en el interior se complementaba con la que se cursaba al Ministerio de Justicia. La autonomía del Ministerio Fiscal constitucional impide a mi modo de ver que la información del Ministerio Fiscal al Gobierno en aras de una colaboración adecuada se explique con los mismos parámetros que antaño²⁵³. Sólo con una información cumplida cabe dirigir la actividad de los fiscales. De ello hemos visto muestras de su importancia en el estudio histórico. Esta información puede recaer sobre la organización del ministerio fiscal en general, su actividad, su personal pero también sobre los procesos en curso, sobre la administración de justicia en sus distintos elementos o sobre datos concernientes a particulares.

La importancia de estos últimos sería mayor sin duda si el fiscal asumiera las competencias de instrucción. Entiendo que si esto último ocurre el tratamiento de los datos personales por el Ministerio Fiscal sería una cuestión importante a regular ya que todo lo que hace a la información debe bajo mi punto de vista que estar garantizada en su autonomía, filtrada por los competentes órganos del Ministerio Fiscal y separada del Ejecutivo.

En el artículo 25.2 del Estatuto se establece el deber de los fiscales de poner en conocimiento del Fiscal General del Estado “los hechos relativos a su misión que por su importancia o trascendencia deba conocer”. La canalización de estas daciones de cuenta se lleva a cabo, salvo que la urgencia aconseje hacerlo directamente, a través del superior inmediato. De nuevo aquí cobran importancia los Fiscales de Sala especialistas ya que de acuerdo al principio de unidad especializada a ellos corresponderá en principio canalizar las daciones de cuenta que los Fiscales encargados del despacho de asuntos de

²⁵³ Sobre la colaboración institucional con finalidad informativa *vid. infra* el capítulo dedicado a las relaciones con los poderes públicos.

importancia o trascendencia eleven, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 25 párrafo 2º Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, al Fiscal General del Estado. Son particularmente importantes por su trascendencia en relación con la tutela judicial efectiva los informes

En la gestión de la información son fundamentales las memorias que cada fiscalía debe remitir, a partir de las cuales se va conformando la memoria anual del Ministerio Fiscal. Particularmente importantes para la afectación de recursos humanos y materiales son los datos cuantitativos que ofrecen las fiscalías a través de las estadísticas con cierta carencia temporal y especial atención a algunos delitos, como aquellos relativos a la violencia de género.

La omisión del deber de información, especialmente cuando ésta resulta de importancia, puede llegar a constituir una infracción disciplinaria. Más allá de la obligatoriedad de esta información en determinados casos, la comunicación fluida de la información trascendente a juicio del fiscal actuante constituye un deber de lealtad hacia la institución que forma parte de las buenas prácticas en una organización la fiscalía, presidida por el principio de unidad de actuación.

El Fiscal General podrá designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado, ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en que el Ministerio Fiscal está legitimado para intervenir, oído el Consejo Fiscal

Ciertamente no es el Ministerio de Justicia el que tiene a su disponibilidad a los fiscales pero deja desasistido al fiscal a quo ante las potestades jerárquicas y organizatorias del Fiscal General a salvo la audiencia al Consejo Fiscal, que puede ser a posteriori no suponiendo por tanto ninguna garantía previa de los derechos profesionales de los fiscales individualmente considerados, representantes de la institución todos ellos e investidos directamente por la ley de sus competencias. Esta facultad del Fiscal General se extiende al Fiscal Superior de la

Comunidad Autónoma sin que podamos afirmar que a éste corresponde una posición asimilable al Fiscal General en la demarcación autonómica. De hecho en algunos aspectos su posición se asemeja al Fiscal General del Estado y en otros a los fiscales jefes territoriales.

Debo referirme, por último, dentro de las potestades jerárquicas de los superiores al cese en el cargo de los fiscales jefes. Se trata, a mi juicio, de un instrumento fundamental de la dirección unitaria del Ministerio Fiscal pero que no deja de suscitar críticas. A ello se refiere el artículo 41 del Estatuto. Los fiscales jefes tienen de 2003 una limitación temporal de su mandato que el legislador incorporó a semejanza de lo que anteriormente ya se había fijado para los cargos de la carrera judicial. Su mandato es de cinco años pudiendo ser confirmados en la misma jefatura al expirar ese mandato. Pueden cesar también en su cargo porque dimitan voluntariamente, o bien, como consecuencia de un expediente disciplinario. La dimisión cabe aunque no esté expresamente prevista ya que el artículo 46 a lo que se refiere es a la renuncia aceptada por el Fiscal General del Estado como pérdida de la condición fiscal, aquí la dimisión lo sería con respecto al ejercicio de la jefatura correspondiente. Obviamente cesará en los demás supuestos de pérdida de la condición de fiscal. Además el artículo 66 en su primer apartado in fine al regular la responsabilidad disciplinaria de los fiscales prevé que los fiscales jefes sancionados por falta grave o muy grave puedan ser removidos de la jefatura, a propuesta del Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal. Sin embargo, lo más importante, en la perspectiva que ahora nos ocupa es la remoción en el cargo por el Gobierno prevista en el último apartado del artículo 41 según el cual "...los Fiscales Jefes de los respectivos... podrán ser removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado, que deberá oír previamente al Consejo Fiscal y al interesado y, en su caso, al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma. Los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas podrán proponer también al Fiscal General del Estado la remoción por el Gobierno de los Fiscales

Jefes de los órganos de su ámbito territorial”. Más allá de la facultad de propuesta de los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, acorde con la posición de éstos en la nueva regulación estatutaria, y de la audiencia preceptiva del Consejo Fiscal y del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma nos encontramos ante el Gobierno y el Fiscal General del Estado como protagonistas de la toma de esa decisión por lo que al igual que en el supuesto de los nombramientos discrecionales en el seno de la carrera fiscal nos remite a la relación entre Gobierno y Fiscal General. No sólo pienso que debería respetarse la decisión del Fiscal General del Estado con los debidos contrapesos para la adopción de tal medida sino que debería dar cuenta de la toma de esa decisión. Debe advertirse, como puso de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²⁵⁴, que ésta remoción de los fiscales jefes, al margen de la sustanciación de un expediente disciplinario era “un sistema explicable cuando el Fiscal Jefe no estaba sujeto a limitaciones temporales en su mandato, lo que justificaba que, al margen de la posible responsabilidad disciplinaria, pudiera ser removido en casos de pérdida de confianza , con la finalidad de perpetuar una situación en contra del criterio del superior jerárquico y del propio Consejo Fiscal” En otro caso, continúa el informe, deberían aclararse qué causa, regladas, justifican una remoción anticipada del cargo”.

La instrucción 1/05 da carta de naturaleza a mecanismos de dirección y coordinación, concreción del principio de unidad especializada que se irán perfeccionando en normativa interna posterior y trasladado posteriormente a la regulación estatutaria. La delegación se ha convertido en una herramienta fundamental para la dirección unitaria del Ministerio Fiscal desapareciendo con la reforma de 2007 como rasgo definitorio de la relación interna en el seno de las fiscalías pero se ha revitalizado como instrumento de articulación organizativa

²⁵⁴ Informe del Consejo General del Poder Judicial en Pleno con fecha de 3 de octubre de 2002, pág. 29. Disponible en la página web poderjudicial.es

de la especialización, a través de los conocidos como Fiscales de Sala Delegados, luego especialistas y coordinadores o, en el caso, de los Fiscales Delegados de las Fiscalías especiales.

4.2. Los límites a la subordinación jerárquica: las garantías de la posición del fiscal

4.2.1. Fiscales sustitutos versus fiscales investidos directamente de su competencia por la ley

El artículo 23, hasta la última reforma por Ley 24/2007, disponía que los fiscales actuaban siempre “en representación” de la Institución y “por delegación” de su jefe respectivo. La fiscalía, una e indivisible, actúa en la persona del fiscal jefe, el resto de fiscales están a su disposición y no son sino “sustitutos” de aquél. El Fiscal Jefe depende de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado.

En la redacción actual desaparece la referencia a la actuación del fiscal por delegación de su jefe respectivo²⁵⁵, modificando -aunque sea mínimamente- los términos en los que el Fiscal Jefe puede hacer uso de sus potestades organizatorias en lo referido a la sustitución de los fiscales que le están subordinados. Me detendré particularmente en la expresión “por delegación” comenzando por un apunte histórico.

En un primer momento las fiscalías se integraban por los fiscales y por los agentes nombrados por el Rey a propuesta de aquéllos. Los fiscales eran los que firmaban o rubricaban los actos de los agentes que necesitaban siempre una autorización puntual y expresa para su

²⁵⁵ La importante instrucción 11/1987 toma nota de un aspecto que ya no se acomoda a la nueva realidad del Estatuto Orgánica del Ministerio Fiscal tras la Constitución, el fiscal es en todo caso representante de la institución y de la ley, no se garantiza paralelamente la posición del fiscal de forma que tal afirmación tenga una cumplida eficacia más allá de su declaración. Podemos afirmar que la posición del fiscal está muy debilitada con respecto a sus superiores, fiscales jefes y Fiscal General del Estado.

actuación. El número de estos agentes que actuaban como auxiliares de los fiscales irá incrementándose para dar cumplimiento a las necesidades de servicio de cada fiscalía. Estos auxiliares de los fiscales pasarán a denominarse con el tiempo tenientes y abogados fiscales.

Conforme al Estatuto de 1926, el artículo 78 del Reglamento del Ministerio Fiscal de 1927 distinguía dos clases dentro de los funcionarios subordinados a los jefes del Ministerio Fiscal: auxiliares y representantes. La posición de uno y otros era diferente ya que los representantes gozaban de una posición más reforzada y en consecuencia de una mayor autonomía que los auxiliares. Los auxiliares actuaban bajo las inmediatas órdenes del Fiscal participando de las funciones de éste, participación derivada del reparto de los asuntos que aquél disponía. Los representantes actuaban fuera de la inmediata dependencia o vigilancia del jefe de la Fiscalía y por delegación nacida directamente de disposiciones legales o reglamentarias, o de designación específica hecha por los superiores para un asunto determinado. Unos y otros ejercían funciones delegadas, pero los auxiliares obraban en nombre de sus jefes, vicariamente, y los demás en su propio nombre. Los auxiliares debían firmar por delegación y no así los representantes.

En el Reglamento de 1958 desaparecieron las dos clases de subordinados, quedando reducidos a los auxiliares que, como antes, estaban bajo las inmediatas órdenes del fiscal y participaban de las funciones de éste por delegación originada en el reparto de los asuntos que aquél disponía. Esta situación fue recogida en idénticos términos en el artículo 90 del Reglamento de 1969 disponiendo su actuación en nombre de su jefe inmediato y abandonando la denominación de auxiliares.

La instrucción 1/1987 dio una nueva interpretación ajustada al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de esta disposición reglamentaria ya que el artículo 23 del Estatuto consideraba al fiscal en

todo caso representante la institución y esta afirmación entrañaba un cambio esencial. Esa representación se producía condicionada por la delegación de su jefe respectivo, delegación que debía ponerse en relación con las facultades de éste para la distribución del trabajo, para impartir instrucciones generales o particulares, etc. Es esta interpretación la que ha llevado al Estatuto el legislador en 2007 suprimiendo la referencia en el artículo 23 a la delegación como forma de relación entre superiores y subordinados en el seno de cada fiscalía. Los fiscales serán subordinados jerárquicos de sus jefes pero no sustitutos de estos.

Estamos ante un sistema cuya consecuencia en todo momento y en cualquier estado del procedimiento, el superior podrá recabar para sí la decisión. Esta concepción de la jerarquía está basada en una asignación de competencias que se considera siempre delegada por el superior jerárquico. Como afirma ARIÑO ORTIZ²⁵⁶ la jerarquía en ningún caso puede verse como una especie de fungibilidad de los órganos, de tal forma que el superior pueda actuar en lugar del inferior. Lo que se puede hacer es dirigir, orientar marcar el sentido en el que este debe actuar “su” competencia.

El Fiscal-jefe que organiza el trabajo de la fiscalía asigna los asuntos a “sus fiscales” y cuenta con la posibilidad de retirarlo del conocimiento del asunto, asumirlo él directamente (avocarlo) o proceder a la sustitución de un fiscal por otro.

Esta facultad de los fiscales jefes, clara manifestación de que los fiscales –en el seno de la fiscalía– no cuentan con la “inamovilidad” de los jueces– se contempla en el artículo 23. El Fiscal Jefe puede tomar esta medida “en cualquier momento de la actividad que un fiscal esté

²⁵⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Sobre la jerarquía y la tutela como vías de reintegración a la unidad del Estado”, *Lección dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela*, Madrid, 1974.

realizando en cumplimiento de sus funciones”-por tanto sin el límite del juicio oral-. También puede alterar la distribución de asuntos realizada y cambiar la asignación de asuntos. El Fiscal Jefe habrá de motivar su decisión debiendo comunicarlo al Consejo Fiscal en todo caso²⁵⁷. Cuáles sean estas razones fundadas que motiven la decisión se dice y no existe más control que el ejercido por el superior jerárquico ya que si el fiscal objeto de la medida muestra su discrepancia resolverá el superior jerárquico común a ambos. La única garantía del fiscal afectado es la comunicación al Consejo Fiscal que no hará otra cosa que exponer su parecer.

La posición del fiscal aparece así ciertamente debilitada frente a la potestad organizatoria del Fiscal Jefe y en definitiva en el modelo actual en el superior jerárquico que *a la fine* es el Fiscal General del Estado. En principio el Fiscal General del Estado puede utilizar sus facultades de mando pudiendo, como antes dije, cursar instrucciones particulares a cualquier fiscal incluso por encima de la voluntad del Fiscal Jefe. Puede hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 26 designando a cualquier fiscal para que actúe en un asunto determinado, ante cualquier órgano jurisdiccional oyendo al Consejo Fiscal. Puede incluso proceder a promover la remoción del cargo del Fiscal Jefe antes de que concluya su mandato. Quizás la responsabilidad del Fiscal jefe en la toma de estas decisiones de organización interna debería encuadrarse en otros términos que no dejaran tan desasistido al fiscal *a quo*. Pero en igual medida debería ser salvaguardada la posición de los fiscales que ostentan posiciones de jefatura dirigiendo el trabajo de las fiscalías.

4.2.2. Contrapesos a la subordinación jerárquica

El fiscal es objeto de una doble vinculación: a la ley y a sus superiores. Los límites a las facultades del superior derivan de las

²⁵⁷ Previsión esta última que no contenía la redacción del proyecto de Estatuto presentado originariamente por el Gobierno.

obediencias plurales de los subordinados²⁵⁸. Su condición de representante del Ministerio Fiscal y defensor de la ley debiera reforzar la garantía de su estatuto a modo de autoridad judicial.

- El reparo a la orden recibida.

La mayor garantía a tenor de la ley de la imparcialidad del fiscal se encuentra en la previsión del artículo 27 según el cual si un fiscal considera la orden recibida de su superior como contraria a las leyes o, por cualquier motivo, estimara improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. El Fiscal Jefe puede tener por buenas las razones alegadas por el fiscal lo que resolvería el conflicto pudiendo encomendar el asunto a otro fiscal o llevarlo él mismo. El problema surge cuando la discrepancia persiste. En ese caso el Fiscal Jefe deberá poner el tema en discusión en la Junta de Fiscalía, decidiendo tras la consulta reiterar la orden o reconsiderarla. La discusión de pareceres en el seno de la Junta, es decir, que la pauta de actuación que se impone a un determinado fiscal deba ser colectivamente reflexionada supone una importante garantía de la posición de cada uno de los fiscales²⁵⁹. El sistema de Juntas de fiscales potencia el principio de unidad de actuación mediante el debate jurídico y la reflexión colectiva, lo que refuerza simultáneamente los principios de legalidad e imparcialidad.

Si la orden viene de un superior a él deberá trasladar el asunto para que decida. En último término se impone la decisión de Fiscal General del Estado.

Para el fiscal discrepante su queja ante el superior negándose a cumplir la orden le procura la relevancia expresa de cualquier tipo de responsabilidad disciplinaria que se derive de su cumplimiento y

²⁵⁸ *Vid.*, Alejandro NIETO, “El principio de jerarquía” *op. cit.*

²⁵⁹ Unidad colectivamente reflexionada a la que se refiere el profesor FLORES, pág. 707 y BASTARRECHE, *op. cit.* pág. 365.

además la exigencia de que en ese caso la orden le sea dada por escrito. En cualquier caso parece que lo lógico es que ante esta situación el despacho del asunto se encomiende a otro fiscal.

La necesidad de conciliar jerarquía y legalidad, dependencia e independencia²⁶⁰ se resuelve a través de este mecanismo al que ya hace referencia el Estatuto en su artículo 6 al afirmar el principio de legalidad como rector en todo caso de la actuación del Ministerio Fiscal.

La garantía de la posición del fiscal subordinado supone el contrapeso de la potestad jerárquica del superior que se verá en este sentido limitada. Como afirma el profesor LÓPEZ NIETO esta garantía derivará de las obediencias plurales del subordinado. No cabe olvidar que “Al subordinado corresponde siempre el deber de examinar si la orden que recibe es justa o injusta porque si la orden es (la carga de la comprobación de que el mandado es legítimo corresponde al subordinado) es injusta no vincula al subordinado²⁶¹. Este deber de enjuiciamiento de las órdenes es un mecanismo de defensa del fiscal

²⁶⁰ se puso ya manifiesto en los primeros pasos de la conformación histórica del Ministerio Fiscal como organización monocrática y jerárquica. La Circular de la Fiscalía del TS de 12 de diciembre de 1860 insiste en los principios de unidad y jerarquía y se refiere también a los de independencia y responsabilidad a raíz de la reforma de la posición de tenientes y abogados fiscales. La nueva posición de estos lleva a regular las disidencias entre tenientes y abogados fiscales y las instrucciones de los superiores jerárquicos y el poder de sustitución. Aparece por primera vez de forma explícita la regulación de la tensión existente entre los dos principios que rigen la actuación de los fiscales: jerarquía- legalidad, en el trasfondo dependencia- independencia. Así podríamos ver en este artículo el antecedente del artículo 27 del vigente Estatuto del Ministerio Fiscal. En esta norma emerge como órgano diferenciado el llamado Cuerpo Fiscal en el que quizá pudiéramos ver el origen de las Juntas de Fiscales. Este Cuerpo está constituido por los tenientes y abogados fiscales como órgano consultivo en supuestos dudosos o de discrepancia.

²⁶¹ Se trata de un mecanismo reparo-reiteración (*remonstratio*) cuando el subordinado considera que la orden es ilegal debe hacerlo notar a su superior jerárquico (reparo) y si éste la reiteraba resultaba pese a todo inexcusable salvo que designe a otro.

discrepante pero al propio tiempo “mediatamente” una garantía de sujeción a la legalidad por parte de la institución.

-Libertad de palabra.

El principio de la libertad de palabra de los fiscales como excepción a la subordinación y a la dependencia jerárquica es un principio fundamental en la configuración del modelo tradicional de Ministerio Público: la “*plume est servie et la parole est libre*”²⁶². Esta garantía del fiscal la recoge el artículo 25 en su último párrafo conforme al cual “el fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes, pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones en lo que crea conveniente al bien de la justicia”.

Nos encontramos ante una garantía última inherente a la condición de autoridad judicial cuando nos referimos al desenvolvimiento del papel del fiscal en el proceso, especialmente en el momento del juicio oral, presidido por el principio contradictorio y por el de inmediación. No puede entenderse porque sería una deslealtad por parte del fiscal que éste actúe en contra del parecer de sus superiores sin haber hecho uso de los correspondientes mecanismos de puesta en conocimiento de sus superiores jerárquicos de la discrepancia.

La libertad de palabra plantea otra serie de conflictos fuera de la actuación procesal. Hemos de preguntarnos si la jerarquía puede limitar de alguna manera la libertad de expresión de los fiscales y en su caso las consecuencias que pueden derivarse a raíz de la desavenencia

²⁶² Vid. RASSAT, Michèle-Laure, *Le Ministère Public. Entre son passé et son avenir*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967, págs. 119 a 135.

de pareceres²⁶³. Me refiero principalmente a aquéllos que pueden surgir en torno a posicionamientos discutidos en el seno de la fiscalía, divergencias de opiniones que pueden manifestarse en discrepancias abiertas entre quien ocupa la Fiscalía General del Estado y otro Fiscal Jefe. ¿Cabe la remoción del Fiscal Jefe por ese comportamiento crítico a la posición del Fiscal General del Estado, como máximo representante de la Institución? ¿Podría dar lugar a algún tipo de responsabilidad disciplinaria²⁶⁴? ¿Tiene límites el fiscal dependiente jerárquicamente del Fiscal General del Estado a la hora de expresar públicamente su disentimiento? ¿Cabría entender que existe una singular relación de confianza entre los fiscales jefes y el Fiscal General del Estado cuya quiebra justificaría una medida como las referidas?

Los fiscales gozan de ella como todo ciudadano pero su ejercicio puede venir limitado por diversos motivos. Así de una parte se limita el ejercicio de estos derechos en protección de otros bienes jurídicos como la imparcialidad de la autoridad judicial en el marco del proceso o en su caso derechos de la personalidad de terceros. ¿Puede también el principio de dependencia jerárquica limitar esa libertad de expresión?

Curiosamente a mi modo de ver según RUIZ GALLARDÓN²⁶⁵, a la sazón Ministro de Justicia en un debate planteado en estos términos recientemente ha cifrado la justificación de la remoción del fiscal jefe, de

²⁶³ No se trata de la información prestada por el Fiscal (*cf.* artículo 4.5 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) a la que me referiré al hilo de la responsabilidad social del Ministerio Fiscal ante la opinión pública.

²⁶⁴ En 2007 se introduce una modificación estatutaria orientada al propósito general de la Ley de reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal, sancionando aquellas conductas que puedan poner en peligro la imparcialidad del Fiscal *por la participación en actos de naturaleza política* o por dirigir a los poderes, autoridades o funcionarios públicos o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, invocando la condición de Fiscal, o sirviéndose de esa condición.

²⁶⁵ Discrepancias entre el Fiscal Jefe Superior de Cataluña y el Fiscal General del Estado en torno al “derecho a decidir”. El conflicto se ha saldado con la aceptación por el Fiscal General de la renuncia al cargo por parte del Fiscal Jefe.

plantearse, no en la salvaguarda del principio de dependencia jerárquica o de la debida confianza que articula el Ministerio Fiscal diferenciando la relación de los fiscales con sus superiores, en última instancia del Fiscal General del Estado, de la independencia interna que debe presidir la actuación de los jueces. Más bien se ha vinculado tal medida con la condición judicial del fiscal que no puede entrar en el debate político precisamente porque son conflictos en los que puede tener que entrar procesalmente. La permisibilidad de tales declaraciones supondría una quiebra de la debida imparcialidad que se exige a jueces y a fiscales.

5. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS FISCALES

En la responsabilidad disciplinaria no se trata de reparar a un tercero un daño derivado del comportamiento lesivo del magistrado, sino de sancionar el comportamiento mismo del fiscal que supone el incumplimiento de un deber que como funcionario del Estado le corresponde y que va repercutir en una mala prestación del servicio. La responsabilidad disciplinaria está relacionada con el carácter funcional del magistrado y, por tanto, con el carácter burocrático de la magistratura en la que el juez, o el fiscal en su caso, es funcionario y, en cuanto, tal se inserta en una carrera o cuerpo que le impone determinados deberes.

Como señalara CAPPELLETTI en la regulación de la responsabilidad disciplinaria se pueden producir dos degeneraciones: de una parte su conversión en responsabilidad política y por otra su conversión en un instrumento de control corporativo que provoca la separación y el aislamiento de la sociedad²⁶⁶. Los medios para atajar lo primero pasan por: dotar a una pluralidad de sujetos de legitimación

²⁶⁶ Vid. CAPPELLETTI, Mauro, en *Giudici irresponsabili?*, *Studio comparativo sulla responsabilita` dei giudici*, A. Giuffrè, Milán, 1988, pág. 68

para instar su exigencia, trasladar la potestad disciplinaria del Ministerio de Justicia a órganos de gobierno de la magistratura o incluso a órganos judiciales, introducir informes de órganos consultivos y por supuesto legalizar los tipos y regular los procedimientos disciplinarios con las correspondientes garantías²⁶⁷.

Un ordenamiento que tienda a una exacerbada separación de lo judicial con respecto a lo político, reforzaría el carácter cerrado y corporativo del orden judicial y tendería a establecer ilícitos que recaigan sobre el prestigio y el decoro del orden judicial incidiendo incluso sobre comportamientos de la vida privada del magistrado. Este tipo de ilícitos pueden suponer restricciones al libre ejercicio de derechos por parte del magistrado frente al común de la ciudadanía que no llegan a encontrar justificación en una democracia constitucional. La disciplina se utilizaría en estos casos como un instrumento de modulación del comportamiento de los fiscales reforzando el control interno sin arbitrar la adecuada responsabilidad hacia el exterior.

En la normativa española se dedican a la responsabilidad disciplinaria de los fiscales diez artículos del Estatuto, los artículos 60 a 70, los cuales fueron objeto de reforma por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, con el propósito de modernizar²⁶⁸ algunas de las infracciones bajo el principio de equiparación judicial. Esta asimilación se produce en relación con las conductas tipificadas pero no en el procedimiento ni en la competencia para su imposición.

²⁶⁷ De ahí la competencia de los Consejos Superiores de la Magistratura como órganos de garantía o la previsión de controles jurisdiccionales como el del Consejo de Estado en Francia o el de las Secciones Civiles Unidas de la Corte de Casación italiana como mecanismo de garantía del fiscal sancionado. Conforme al art.122 CE la disciplina de los jueces forma parte del núcleo esencial que la Constitución reserva al Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno.

²⁶⁸ Entre las faltas muy graves introducidas en el año 2003 la Ley 14/2003, de 26 de mayo está la revelación por el fiscal de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona. Esto entra en relación con la responsabilidad social y las relaciones con los medios de comunicación.

La potestad disciplinaria sobre los fiscales, respondiendo al modelo de gobierno interno, corresponde a los Fiscales Jefes, al Fiscal General del Estado y la sanción más grave que es la de separación del servicio al Ministro de Justicia a propuesta del Fiscal General del Estado previo informe favorable del Consejo fiscal. En el decurso de su historia se ha planteado por momentos la cuestión de si la jurisdicción disciplinaria sobre los fiscales debía residir en el Tribunal Supremo o por el contrario en el Ministerio de Justicia. A mi modo de ver tras esta discusión no estaba tanto el problema de la dependencia o independencia del Ejecutivo sino la voluntad de garantizar la separación de las carreras judicia y fiscal y la autonomía del Ministerio Fiscal con respecto al Poder Judicial²⁶⁹.

No ha sido objeto de reforma el artículo 67 que residencia en el Ministro de Justicia la máxima potestad disciplinaria. A él corresponde imponer la sanción más grave, la de separación de servicio, y enalzada son recurribles ante él las resoluciones en materia disciplinaria del Fiscal General del Estado que puede imponer hasta la de suspensión. Esta regulación trae causa también del modelo preconstitucional de dependencia del Ministerio de Justicia pero se disponen importantes contrapesos que eliminan el posible margen de apreciación del Ministro de Justicia ya que para imponer la sanción de separación de servicio debe serlo a propuesta del Fiscal General previo informe favorable del Consejo Fiscal. En este caso está claro el carácter vinculante del informe del Consejo Fiscal y así lo reconoció el Tribunal Supremo en su

²⁶⁹ Al tiempo que se institucionalizaba el Ministerio Fiscal reforzando la unidad de actuación y la dependencia jerárquica asistimos a su separación del Poder Judicial. En aras de una mayor autonomía organizativa con respecto al poder Judicial la Real Orden de 1 de mayo de 1862 disponía que era exclusiva del superior jerárquico la corrección disciplinaria de los miembros del Ministerio Fiscal residiendo la plena jurisdicción disciplinaria en el Ministro de Gracia y Justicia. Esta norma más que hablarnos de la dependencia interna respecto a los superiores jerárquicos y externa respecto al Ejecutivo del Ministerio Fiscal a efectos estatutarios y concretamente de disciplina se dirigía a negar dicha competencia a los Tribunales reforzando así el carácter de cuerpo independiente que dentro de la Administración de Justicia gozaba el Ministerio Fiscal.

sentencia de abril de 1998 en el *asunto Fungairiño* que negó esa cualidad al informe en el caso de la promoción²⁷⁰. Mientras que el informe en los nombramientos discrecionales no es vinculante -lo que claramente ha trasladado a la letra del Estatuto la ley 24/2007- en el caso de sanción de separación del servicio fiscal -la más grave que puede imponerse- sí se requiere su intervención. El Tribunal supremo justifica esta vinculatoriedad en la incidencia que la sanción disciplinaria tiene sobre los derechos profesionales del sujeto. A mi juicio, estamos ante una garantía de la posición del fiscal frente al ejercicio de la potestad disciplinaria por sus superiores. El carácter vinculante del informe del Consejo Fiscal desplaza hacia éste, órgano representativo de la carrera fiscal, el verdadero poder decisorio²⁷¹ en el ejercicio de la potestad sancionatoria ya que si el Consejo no informa favorablemente el fiscal no podrá ser sancionado. Por tanto difícilmente podemos afirmar que el Ministro de Justicia tenga potestad disciplinaria propia. Más importante me parece, en este sentido de posible mediatización política, que la sanción que imponga el Fiscal General - que puede imponer hasta la de suspensión del servicio- pueda ser recurrida en alzada (¿impropia?) ante el Ministro de Justicia. También la de traslado forzoso le corresponde al Fiscal General.

Los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas como Jefes del Ministerio Público en la Comunidad Autónoma cuentan con facultades de inspección en todo el territorio autonómico y, por tanto, todos los fiscales destinados en los órganos con sede en la Comunidad Autónoma están sujetos a sus facultades inspectoras. Sin embargo sus facultades disciplinarias no son diferentes de la de cualquier otro fiscal jefe ya que sólo pueden ejercerse con respecto a los fiscales que integran la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

²⁷⁰ Sobre el mismo asunto *vid.* Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2001.

²⁷¹ Sobre el papel de los órganos consultivos véase FONT I LLOVET, Tomás, "Órganos consultivos", *Revista de Administración Pública*, 1985, n^o 108, págs. 53 a 86.

Contra las decisiones en materia disciplinaria cabe recurso, primero en alzada en la vía administrativa, ante el Consejo Fiscal las de los fiscales jefes, ante el Ministro de Justicia las del Fiscal General del Estado y las decisiones de sendos órganos que agotan la vía administrativa son susceptibles de recursos contencioso-administrativos ante la sala correspondiente de la Audiencia Nacional²⁷². Aparte de la garantía judicial para el fiscal sancionado derivada de su derecho a la tutela judicial efectiva de sus intereses legítimos pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo, con pocas garantías cuenta el fiscal para no ser sancionado injustamente. Aunque también parece que el uso de la disciplina es algo anodino en el seno del Ministerio Fiscal ya que hay formas más expeditas de actuación sin traspasar el terreno de lo doméstico y la organización interna de las fiscalías.

No regula la ley el procedimiento disciplinario limitándose a establecer la garantía del procedimiento contradictorio con audiencia del interesado. Considero que en este aspecto hay un vacío importante, por ejemplo en torno a la legitimación para iniciar el procedimiento y la publicidad de las resoluciones. Aunque no puede considerarse una práctica habitual de los particulares teniendo en cuenta el escaso número de expedientes disciplinarios de los que se tiene conocimiento se advierte cómo los particulares insatisfechos con alguna decisión hacen llegar su queja a los servicios de inspección fiscal y tras el subsiguiente archivo de la queja por el órgano correspondiente se recurre ante el orden contencioso-administrativo²⁷³. Estas decisiones

²⁷² El Consejo General del Poder Judicial no tiene competencia alguna al respecto (*vid.* Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2010).

²⁷³ Como escribe LUCAS MURILLO DE LA CUEVA en torno al control de la potestad sancionadora del Consejo, en estos casos normalmente “lo que en realidad pretenden es lograr por el cauce disciplinario alguna forma de revisión de lo resuelto en el proceso respecto del que se plantean o una indemnización y, ni lo uno ni lo otro, puede hacerse a través del examen de la legalidad de esos acuerdos”, “El control de la actividad del Consejo General del Poder Judicial

ponen de manifiesto, aunque no sean habituales, que es difícil encauzar jurídicamente el descontento del ciudadano con la actuación del fiscal.

La responsabilidad disciplinaria tiene una importante proyección preventiva sobre el comportamiento futuro del fiscal²⁷⁴, de ahí la importancia que en países como en Francia han cobrado las normas deontológicas²⁷⁵. Difícilmente juega la potestad disciplinaria en el seno del Ministerio Fiscal dada la potestad organizatoria que las jefaturas ostentan y las redes de nombramientos que finalmente revierten el problema en la posible mediatización política del Fiscal General del Estado. Se orilla la exigencia de responsabilidad disciplinaria trasladando la tensión al plano de la relación orgánica. En este se impone la potestad organizatoria manifestación de la potestad jerárquica haciendo uso de facultades como la remoción del cargo o el traslado de los fiscales díscolos o recalcitrantes. Los fiscales carecen de la garantía de la inamovilidad en el seno del Ministerio Fiscal pudiendo ser separados del conocimiento de un determinado asunto.

Las garantías que ahora estrenamos de autonomía del máximo representante del Ministerio Fiscal tendrían que ahuyentar el peligro de una posible mediatización política ya que el Fiscal General que decide desde el principio de legalidad e imparcialidad no tendrá por qué utilizar el arma de la potestad disciplinaria contra fiscales díscolos si no estima que las propias necesidades del Ministerio Fiscal deben conducir a ello. Al final la cuestión será la responsabilidad del Fiscal General del Estado y de una responsabilidad en cadena con respecto a los fiscales

en materia de nombramientos y de régimen disciplinario en la jurisprudencia reciente”, *Estudios de Derecho Judicial*, separata núm. 125, pág. 157.

²⁷⁴ LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, concluye su trabajo sobre el Ministerio Fiscal afirmando, quizás de manera demasiado ruda, que “los funcionarios del Ministerio Fiscal, por la completa ausencia de controles externos de su actividad profesional, constituyen el Cuerpo de funcionarios más irresponsable de todo el Estado español” *op. cit.* pág. 365.

²⁷⁵ Conforme al art de la Constitución francesa el Consejo Superior de la Magistratura

que ostentan jefaturas, entendida esta como instrumento confirmativo²⁷⁶ de la actividad lícita a la orientación de otro. La responsabilidad de alguien ante quien está en posición superior supone la reducción o la pérdida de independencia.

En la medida que el ejercicio de la potestad jurisdiccional debe ser independiente la exigencia de responsabilidad disciplinaria a los jueces no puede en ningún caso entrar en el terreno de la función jurisdiccional. Este límite es más lábil en el caso de los fiscales que ejercen sus funciones sometidos a las órdenes e instrucciones de sus superiores. Entiendo no obstante que el fiscal, en su condición de autoridad judicial -si se quiere *sui generis*- debería participar de una protección similar a la del magistrado juez cuando ejerce las funciones propias estableciendo las cautelas necesarias para que la exacción de responsabilidad disciplinaria no sea una herramienta de mediatización. Las singularidades de los fiscales derivadas de su dependencia jerárquica no debieran justificar un procedimiento menos garantista que el aplicable a los jueces sometidos únicamente al imperio de la ley²⁷⁷.

²⁷⁶ ZANON, Nicolás, La responsabilitá dei giudici, en *Anuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, CEDAM, Padua, 2008, págs. 217 a 252.

²⁷⁷ Siendo funcionarios existe una especial regulación de los funcionarios judiciales en contraposición con el resto de funcionarios precisamente para garantizar el no uso desviado de la disciplina que pudiera atentar contra la independencia del magistrado. Es muy interesante en este sentido la confrontación del sistema alemán y francés realizada por MATHIAS, *op. cit.* El Fiscal alemán que es un funcionario no judicial sometido a la autoridad del Ministro de Justicia pero de cuya disciplina conoce...Pone en contraste esta garantía con la del poder propio de los fiscales franceses que ciertamente pueden hacer caso omiso a la orden de su superior pero lo harán bajo la amenaza de su posible sanción disciplinaria. Los fiscales alemanes que aparentemente serían más dependientes del Gobierno al carecer de ese poder propio en la práctica ven su posición más reforzada.

6. LA ADMINISTRACIÓN ORDINARIA DEL MINISTERIO FISCAL Y SU GOBIERNO INTERNO

Para estudiar el grado de autonomía del que goza el Ministerio Fiscal debe analizarse la forma en que se lleva a cabo su administración ordinaria y su gobierno interno. En el seno de cualquier organización han de tomarse decisiones relativas al estatuto personal de sus miembros, a los medios materiales que cabe manejar y a la predisposición del trabajo diario.

Aparentemente algunas decisiones en este terreno nos pudieran parecer de menor densidad pero, en la realidad cotidiana de las fiscalías, influyen de manera determinante en el cumplido ejercicio de sus cometidos institucionales. La autonomía funcional que exige la relevancia constitucional del Ministerio Fiscal plantea la necesidad de que todas estas cuestiones no dependan únicamente del Gobierno como si de una rama más de la Administración se tratara²⁷⁸. Cuando además nos encontramos con una organización jerarquizada, debe asegurarse una dirección y supervisión de la actividad que los fiscales realizan, si bien ello, no debería hacerse nunca en perjuicio de la imparcialidad y el sometimiento a la legalidad de todos los fiscales que son profesionales del Derecho, que participan en cierta medida de la cualidad de autoridad judicial si bien diferente al juez.

Estamos, por tanto, ante una actividad instrumental o ancilar respecto al cometido que institucionalmente le es propio al Ministerio Público pero decisiva para garantizar el ejercicio de las funciones propias conforme a los principios que constitucionalmente definen su actuación a los que sin duda podemos añadir otros predicables en general de las Administraciones Públicas, con las modulaciones propias del “contexto judicial” al que sirven. Son la cuestiones relativas a la “administración de la Administración del Ministerio Fiscal” haciendo un

²⁷⁸ Vid. DÍEZ PICAZO, Luis María, *La autonomía administrativa de las Cámaras Parlamentarias*, Estudios albortiana, 1985

paralelismo con la expresión utilizada en relación con la administración de la Administración de Justicia.

El Ministerio Fiscal se situaría en el terreno de la llamada Administración de la Administración de Justicia, aunque con una ubicación singular dada su configuración autónoma. Surge la pregunta de si el título competencial ante el que nos situamos –importante en la introducción de la dimensión territorial- es el artículo 149.1.8 que delimita a efectos de la competencia exclusiva del Estado la Administración de Justicia en sentido estricto o por el contrario ante el artículo 149.1.6 que reserva al Estado la competencia sobre la regulación de las bases de la Administraciones Pública²⁷⁹.

En la actualidad es el Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, el que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

La articulación de las potestades organizatorias en este terreno son particularmente complejas dado que se entrecruzan dos perspectivas de lo gubernativo, en parte semejante al modelo de gobierno del Poder Judicial y en parte a la dirección de una administración singular, el Ministerio Fiscal, ya que a diferencia de la función jurisdiccional, que presidida por el valor de la independencia, la inamovilidad y la garantía del juez ordinario impide las directrices, órdenes, remoción de jueces de sus puestos o la avocación de asuntos, el funcionamiento del Ministerio Fiscal, regido por los principios de unidad y dependencia jerárquica, si admite tales medidas. Existe, a mi modo de ver, cierta tensión -por otra parte existente también en otras experiencias comparadas- que no es sino manifestación entre una administración del Ministerio Fiscal en tendente judicialización y una organización y funcionamiento jerarquizados.

²⁷⁹ *Vid.* de un lado, por todas, las SSTC 56 y 62/1990 y de otro lado la STC 97/2001, de 5 de abril de 2001.

Se pueden diferenciar, así, todas aquellas cuestiones relativas al reparto de asuntos, organización y dirección del trabajo que conectan con el plano funcional y la ejecución del servicio, de aquellas otras relativas a las cuestiones que atañen a los medios personales y materiales que indirectamente garantizan la autonomía funcional.

La gestión de la carrera fiscal responde a un modelo de gobierno interno que ha sido el tradicional en Europa de la magistratura burocrática. Por gobierno interno hemos de entender aquél en el que las decisiones sobre el estatuto residen en el Gobierno y particularmente en el Ministerio de Justicia de acuerdo con la ley, dando entrada a órganos de la propia institución en su gestión²⁸⁰. Al Ministerio de Justicia corresponde la programación de efectivos y gestión ordinaria de personal de la carrera fiscal²⁸¹. Existen por tanto dos niveles de decisión el político-administrativo dirigido por el Gobierno de la Nación y el “político”-fiscal.

A lo largo de toda nuestra historia constitucional serán por mucho tiempo las mismas normas las que regulan el estatuto judicial y fiscal, los mismos órganos los que deciden. La analogía nos colocaba en este terreno en una situación en gran parte similar al modelo de magistrado dependiente, ya fuera el de la Italia preconstitucional o francés. Se trataba del modelo de magistratura burocrática antes de la instauración del modelo institucional de gobierno del Poder Judicial dando entrada al Consejo General del Poder Judicial. La Ley Provisional en un primer momento diferenció las carreras judicial y fiscal pero en 1882 la ley adicional las volvió a unir. Las normas que constreñían el

²⁸⁰ Órganos con facultades importantes en gestión de la carrera serán el Fiscal General del Estado, el Consejo Fiscal como órgano representativo de la carrera fiscal que asiste al Fiscal General y las jefaturas de las correspondientes jefaturas, con un papel de singular relevancia en este terreno de los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas.

²⁸¹ En concreto a la Subdirección general de relaciones con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal dependiente de la Dirección general de relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia.

estatuto de los fiscal andaban en paralelo a las normas dirigidas a los jueces en función de los períodos conservadores o progresistas. En 1926 definitivamente se separarán las carreras y se crearán sendos órganos de gobierno interno con similares atribuciones, el Consejo Judicial y el Consejo Fiscal. En el régimen franquista la selección era común y la formación también a través de una Escuela Judicial adoctrinadora²⁸². En las memorias se puso siempre de manifiesto esa equiparación judicial. Ese principio de equiparación presidirá el estatuto fiscal viéndose reforzado en las últimas reformas. Sin embargo ese estatuto personal construido miméticamente sobre el judicial encuentra su falla en dos cuestiones fundamentales a mi modo de ver, uno, en la reserva, una reserva reforzada a la Ley orgánica, del Poder Judicial frente a una reserva a ley ordinaria del estatuto fiscal y otro un modelo de gobierno diferentes. Quiebra totalmente la analogía desde el punto y hora que el gobierno de los jueces corresponde a un órgano constitucional, independiente, como es el Consejo General del Poder Judicial mientras que el gobierno de los fiscales sigue residiendo en el Ejecutivo y en el propio Ministerio Fiscal.

Se afirma implícitamente una competencia exclusiva del Estado mientras que sobre la administración del Ministerio Fiscal también ostentarán competencias las Administraciones Autonómicas que hayan asumido competencias en la materia de justicia²⁸³. En particular habremos de atender al papel de los Consejos de justicia en su caso cuando la ley estatal les dé carta blanca. La relevancia de estos cometidos será mayor, sin duda, si finalmente se pone en marcha el modelo de oficina fiscal y la policía judicial pasa a depender orgánicamente del Ministerio Fiscal como ha planteado el reciente

²⁸² Véase sobre ello CANO BUESO, Juan, *La política judicial en el régimen de Franco (1936-1945)*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

²⁸³ En concreto son 12 las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en la materia.

anteproyecto de código procesal penal, algo esto último que me parece complicado.

Una tensión fundamental es la existente entre un modelo de gobierno colegiado frente a uno monocrático y ello se manifiesta en la opción del Estatuto Fiscal por un Consejo Fiscal que aunque en algunas cuestiones tiende a asimilarse al órgano de gobierno de los jueces²⁸⁴, en los momentos trascendentes, no es sino un órgano de asistencia al Fiscal General del Estado, nombrado por el Gobierno.

El Consejo Fiscal fue instituido por el Real Decreto Ley de 21 de junio de 1926 que aprueba el Estatuto del Ministerio Fiscal y acuerda la separación de las carreras judicial y fiscal. Este Consejo se crea con facultades análogas a las del Consejo Judicial que se crea por Real Decreto Ley de la misma fecha. Éste Consejo se constituía bajo la presidencia del Fiscal del Tribunal Supremo por los funcionarios fiscales superiores pudiendo actuar incluso como Tribunal de Honor. Sus acuerdos tendrían siempre carácter de informe decidiendo el Presidente, es decir el Fiscal del Tribunal Supremo lo que estimara pertinente aunque se establecía la cautela de que en caso de que su resolución fuera contraria a la mayoría del Consejo sería el Ministro de Gracia y Justicia el que a partir de ambas opiniones razonadas decidiera.

²⁸⁴ Desde 2007 se ha otorgado al Consejo Fiscal la competencia de informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal [artículo 14.4 j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal]. Se observa un cierto paralelismo con la función consultiva del Consejo General del Poder Judicial pero advertimos asimismo una singularidad que se corresponde con la peculiar relación del Gobierno con el Ministerio Fiscal y es que solamente están previstos tales informes con respecto a proyectos de ley y normas reglamentarias mientras que en relación con el órgano de gobierno de los jueces se prevé en el artículo 109.3 LOPJ también la solicitud de informe sobre proposiciones de ley o enmiendas. Estas previsiones tienen el sentido de otorgar una relevancia constitucional a una pluralidad de sujetos, cuya concurrencia va a garantizar una toma de decisión más acertada.

En las postrimerías del régimen franquista la Ley de Bases orgánica de Justicia 42/1974, de 28 de noviembre se refería en su base 72 al Ministerio Fiscal. Se definía, siguiendo a la Ley Orgánica del Estado, como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales, cuya actuación debería producirse con estricta imparcialidad y sujeción a criterios de legalidad a través de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y confiaba su propio gobierno al Fiscal del Reino, al Consejo Fiscal y a los Fiscal Territoriales y Provinciales. Esta opción legislativa reforzando la autonomía del Ministerio Fiscal a través de su autogobierno no fue siquiera barajada por el constituyente.

En los trabajos parlamentarios conducentes a la elaboración del Estatuto el autogobierno del Ministerio Fiscal fue defendido por los grupos que abogaban por un Consejo Fiscal reforzado, con facultades decisorias y naturaleza representativa de la carrera.

Al final y teniendo en cuenta las sucesivas reformas nos encontramos ante un órgano colegiado principalmente consultivo. A sus facultades de informe y audiencia, añade las de propuesta y algunas decisorias. En los casos en que actúa como órgano consultivo hay ocasiones en las que el informe es además de preceptivo vinculante lo que ciertamente acerca su naturaleza a la de órgano activo²⁸⁵.

Como órgano de representación democrática de la carrera fiscal de extracción corporativa lo define el Tribunal Supremo (Fj. 9º de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2006). Conforme a lo dispuesto en el artículo 14.1 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal lo integran el Fiscal General del Estado que lo preside, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, el Fiscal Inspector, ambos miembros natos, y nueve fiscales pertenecientes a cualquiera de las categorías. Esta composición deriva de la reforma del Estatuto

²⁸⁵ Puede verse sobre el tema FONT I LLOVET, Tomás, “Órganos consultivos”, *Revista de Administración Pública*, 1985, n° 108, pág 53 a 86.

operada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo que con el propósito de reforzar su naturaleza como órgano de extracción corporativa suprime la representación por jefaturas y categorías. Se configura así como órgano representativo de la carrera abierto al sentir de los fiscales²⁸⁶. Los nueve fiscales son elegidos democráticamente por todos los miembros de la carrera fiscal en activo para un mandato de cuatro años²⁸⁷.

El derecho del fiscal a formar parte del Consejo forma parte de sus derechos estatutarios y no estamos en ningún caso ante un derecho de participación política manifestación del artículo 23 de la Constitución. Su composición pone, sin duda, de manifiesto una naturaleza diferente a la del órgano de gobierno del Poder Judicial, ya que el Consejo General no es órgano representativo de los jueces, por tanto, tampoco, de autogobierno. No olvidemos que el Consejo General del Poder Judicial es un órgano de gobierno externo al Poder Judicial o heterónomo a diferencia del Consejo Fiscal que es un órgano que asiste al Fiscal General del Estado y por tanto de gobierno interno del Ministerio Fiscal²⁸⁸.

La reforma del año 2007 ha llevado a la ley la previsión declarada ilegal por incluirse en norma reglamentaria por la Sentencia de 8 de marzo de 2006 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que declaró nula la previsión reglamentaria de inelegibilidad de los fiscales

²⁸⁶ El cuestionamiento del Ministerio Fiscal ha llevado a que el Consejo Fiscal, órgano representativo de la carrera, emulando al Consejo General del Poder Judicial, pretenda erigirse en órgano de amparo de los fiscales frente a las críticas que éstos pueden recibir en el ejercicio de sus funciones preservando así su estatuto al igual que el Consejo General del Poder Judicial, como valedor de la independencia judicial, realiza esa función con respecto a los jueces.

²⁸⁷ Sobre elecciones en el Consejo Fiscal puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala III de 30 de mayo de 2005.

²⁸⁸ Los fiscales por ello no pasan a servicios especiales cuando se incorporan al Consejo sino que el Consejo no es más que un destino en la carrera que se añade al destino en el que el fiscal preste sus servicios como tal.

que presten sus servicios en la Inspección Fiscal, en la Secretaría Técnica y en la Unidad de apoyo. La razón de esta prohibición reside en la naturaleza de órganos de confianza directa del Fiscal General del Estado que tales órganos ostentan dada la singularidad de sus funciones. Con ello el legislador en ejercicio de su potestad conformadora refuerza sin duda el carácter democrático del Consejo Fiscal en cumplimiento del artículo 9.2 que debe proyectarse en todo ámbito, no sólo en el político, garantizando el acceso al Consejo en condiciones de igualdad²⁸⁹.

Sin duda el legislador a través de esta reforma tiene en mente la regulación del Consejo General del Poder Judicial no obstante las importantes diferencias con el Ministerio Fiscal por lo que podemos decir que lleva el principio de equiparación al terreno del gobierno del Ministerio Fiscal lo que sin duda refuerza el carácter garantista de tal órgano. Creo que es posible reforzar al máximo la autonomía de gestión y gobierno interno de la institución, separándola del Ejecutivo, y al propio tiempo mantener los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica en el terreno de la actividad de los fiscales en aras de una práctica uniforme²⁹⁰.

En relación con la autonomía presupuestaria se garantiza la singularización de la partida presupuestaria que a la institución debe corresponder. Al Fiscal General del Estado corresponde acorde con su función ponderar las necesidades de la institución que dirige. Esta

²⁸⁹ Véase en este sentido el voto particular que secunda D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

²⁹⁰ El Tribunal Supremo en el asunto Fungairiño tremendamente apostado al precedente histórico realiza una rígida separación entre los principios de legalidad e imparcialidad como informadores de las funciones del Fiscal como defensor de la legalidad de un lado y de unidad de actuación y jerarquía como principios medulares de la organización interna de otra. A partir de esta dicotomía sitúa la intervención de los órganos que asisten al Fiscal General del Estado, Junta de Fiscales de Sala y Consejo Fiscal, allí donde la legalidad se puede ver comprometida, reforzando la autoridad del Fiscal General en lo organizativo.

nueva previsión supone, según BASTARRECHE, un presupuesto para una posible rendición de cuentas al Fiscal General de la gestión realizada de los recursos afectos, incluso en términos de responsabilidad política en el Congreso²⁹¹.

²⁹¹ BASTARRECHE BENGOA, Tomás, *Constitución y Ministerio Público Holanda, Italia y España*, Centro de Estudios Jurídicos-Aranzadi, Navarra, 2010.

CAPÍTULO III

LA RELACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL CON EL PODER POLÍTICO

1. LA RELACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL CON EL GOBIERNO

1.1. Nombramiento, mandato y cese del Fiscal General del Estado.

El principal indicador para calibrar la singular posición del Ministerio Fiscal en la organización del Estado es la independencia personal de sus órganos directivos, principalmente, la de su jefatura máxima -dado que se trata de una organización jerárquica y monocrática- es decir, del Fiscal General del Estado²⁹². Además, no debe olvidarse que se trata de un órgano que goza de una relevancia constitucional expresa²⁹³.

Esa relevancia se anuda particularmente a la competencia y fórmula de su nombramiento, que deviene fundamental a la hora de analizar la posición constitucional del Ministerio Fiscal. De hecho, ha sido de la fórmula de nombramiento de donde la doctrina ha inferido el modelo -parlamentario, judicial o gubernamental- de Ministerio Fiscal. Sin embargo, como afirmó en su día la sentencia del Tribunal Constitucional 108/86, de 29 de julio (Fj. 5º), al examinar la constitucionalidad de la ley que atribuía el nombramiento de todos los vocales del Consejo General del Poder Judicial al Parlamento²⁹⁴, “la

²⁹² Fiscal del Tribunal Supremo, Fiscal General de la República y Fiscal del Reino han sido sus distintas denominaciones. A mi juicio, es más adecuado vincular la Fiscalía General al “Estado”, que a la forma de gobierno, republicana o monárquica. Obviamente, con respecto a la denominación tradicional, que vincula al Fiscal al Tribunal Supremo, no responde a la configuración que se realiza del que ostenta la máxima jefatura del Ministerio Fiscal ya que la jefatura directa del Tribunal Supremo es algo contingente como vimos al comienzo del Capítulo II.

²⁹³ El legislador, en la Ley 24/2007, de 9 de octubre, ha dotado de la cualidad de órgano de relevancia constitucional al Ministerio Fiscal en su unidad (Cfr. art. 2.1 EOMF).

²⁹⁴ Se trata de la ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que derogaba la Ley Orgánica reguladora del Consejo General del Poder Judicial de 1980, pasando de un modelo de Consejo parcialmente representativo en su componente judicial a otro de vocales designados en su totalidad de forma heterónoma, en concreto parlamentaria. El sistema fue de nuevo modificado

posición de los integrantes de un órgano no tiene por qué depender de manera ineludible de quiénes sean los encargados de su designación sino que deriva de la situación que les otorgue el ordenamiento jurídico”. En el caso del Fiscal General del Estado, esta situación debe tomar en cuenta su condición de jefatura máxima del Ministerio Fiscal y representante de la institución en todo el territorio del Estado.

Junto a la fórmula de nombramiento²⁹⁵ me referiré también a su cese -al que la Constitución expresamente no se refiere- y, en relación con ello, a la previsión legal de un mandato. De ambos momentos, nombramiento y cese, derivará el grado de in-dependencia personal del Fiscal General que, al tiempo, deberá cohonestarse con cierta confianza que el Gobierno de turno deposita en quien considera idóneo para dirigir el Ministerio Fiscal²⁹⁶.

en el año 2001 en lo que se refiere al mecanismo de propuesta de los vocales de procedencia judicial y por último en 2013. Sobre los distintos modelos de gobierno del Poder Judicial véase LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 35, 1995.

²⁹⁵ Las fórmulas son importantes para la limitación de un simple voluntarismo en el nombramiento a través de la predisposición por el legislador de las oportunas cautelas. A pesar de cualesquiera que sean las fórmulas que se establezcan el resultado dependerá del uso que se haga de ellas. En este sentido, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “Juez, Constitución y Ley” en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (Coord.), *El Poder Judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, al referirse a la elección de los vocales del CGPJ destacó que “el problema no está en el método sino en cómo se utiliza. Si bien se mira, todo depende de las personas que se elijan y del espíritu con que se haga esa elección. De si prima la preocupación por mantener espacios o cuotas de poder o si se busca reforzar la institución. De si se prefiere a partidarios o a quienes estén en condiciones de contribuir desde posiciones ideológicas e incluso políticas diferentes a salvaguardar la independencia judicial y situar al juez en las mejores condiciones para el ejercicio de su función. De ser este último el caso, el panorama sería totalmente distinto”.

²⁹⁶ Sobre la confianza en relación con la idoneidad en la designación de miembros de un órgano constitucional por otros que igualmente lo son, afirma el Tribunal Constitucional que “la idoneidad de los candidatos para el Tribunal supone que éstos «han de ser susceptibles de generar confianza institucional necesaria respecto a su persona y méritos» y la forma en que el Senado manifiesta esa «confianza institucional» es otorgando la mayoría cualificada requerida en el artículo 159.1 CE (STC 101/2008)”. En esta sentencia, al Tribunal Constitucional le correspondía determinar la constitucionalidad del

La interpretación mayoritaria del artículo 124 de la Constitución considera que el modelo constitucional de Ministerio Fiscal resulta del cruce conciliatorio -aparentemente contradictorio- entre el nombramiento gubernamental del Fiscal General del Estado²⁹⁷ y la renuncia a la configuración de la institución como organización dependiente del Gobierno. Partiendo de dicha afirmación, el estatuto constitucional del Fiscal General del Estado, más que un modelo ambiguo, constituiría un modelo inacabado que debía ser completado por el legislador democrático en un terreno propicio a las convenciones constitucionales²⁹⁸.

El análisis deberá -de acuerdo con los criterios hermenéuticos de unidad, concordancia práctica y corrección funcional²⁹⁹ - responder a las exigencias de legalidad e imparcialidad como principios rectores de la actuación del Ministerio Fiscal en un Estado de Derecho, al tiempo que asegurar la conexión con el principio democrático a través del

apartado 7º del artículo 184 del Reglamento del Senado, aprobado el 21 de noviembre de 2007. En la STC 49/2008 resolvió el recurso contra la reforma de la LOTC. Se trataba de analizar en ambos casos si la entrada de las Asambleas Autonómicas en el mecanismo de propuesta del Senado de los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional que a la Cámara Alta corresponden vulneraba o no la Constitución. Según el Tribunal Constitucional no sería así siempre que el mecanismo se interprete en los términos que sus decisiones aclaraban.

²⁹⁷ En el anteproyecto constitucional, el nombramiento del Fiscal General del Estado se efectuaba en los mismos términos que el del Presidente del Consejo General del Poder Judicial, al tiempo que se definía al Ministerio Fiscal como órgano de relación entre el Gobierno y el Poder Judicial. Según el artículo 113.2 de aquel texto, el Presidente del Tribunal Supremo sería nombrado por el Rey a propuesta del Consejo General del Poder Judicial en la forma que determine la ley.

²⁹⁸ Vid. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo en VV.AA., “Encuesta sobre el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia” en *Teoría y realidad constitucional*, núms. 8-9, 2001-2002, pág. 50. Entendemos por convención constitucional acuerdos tomados por los agentes constitucionales, de forma expresa y casi siempre tácita en el marco de las reglas inderogables de la Constitución, siguiendo a RESCIGNO, Ugo en *La Responsabilità Política*, Guiffré, Milán, 1967.

²⁹⁹ Sobre la importancia de estos principios en la interpretación constitucional, véase HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1982 y PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 111.

Gobierno de la Nación. Si lo primero planteará la necesidad de garantizar la idoneidad y estabilidad en el cargo, lo segundo exigirá que ello se haga respetando la competencia que la Constitución reserva al Gobierno.

1.1.1. El Gobierno como órgano competente para el nombramiento del Fiscal General del Estado.

Según el apartado tercero del artículo 124 de la Constitución, el nombramiento del Fiscal General del Estado corresponde al Rey a propuesta del Gobierno y oído el Consejo General del Poder Judicial. El Estatuto, en el artículo 29, completa la fórmula de nombramiento, limitando los posibles candidatos a aquéllos que sean juristas de reconocida competencia con quince años de ejercicio profesional y regulando la comparecencia parlamentaria previa del candidato.

Es el nombramiento una competencia atribuida *ex Constitutione* al Gobierno, de entre aquéllas que prototípicamente le corresponden como órgano constitucional. Por tanto, nos sitúa más próximos a una resolución gubernamental en la que se actúa una opción política, que ante un acto de naturaleza exclusivamente administrativa. Así lo afirmó la Sala de lo Contencioso Administrativo en Pleno del Tribunal Supremo en la importante sentencia de 28 de junio de 1994 (Fj. 1º)³⁰⁰. En esta línea, cabría calificar el nombramiento del Fiscal General del Estado dentro de la categoría de los denominados actos políticos, definidos como aquellos que adopta el Gobierno como órgano constitucional en ejercicio de su función de dirección política³⁰¹, por lo que por su

³⁰⁰ Se trata de la sentencia en la que el Tribunal Supremo resolvió sobre el recurso contencioso administrativo planteado contra el Real Decreto que acordó el nombramiento de D. Eligio Hernández como Fiscal General del Estado.

³⁰¹ SAINZ ARNAIZ, Alejandro, “Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Administración Pública*, nº134 (mayo-agosto 1994), págs. 225 a 251; y, del mismo autor, “El Gobierno y la dirección de la política”, *Revista vasca de Administración Pública*, nº34-2, (septiembre-diciembre 1992), págs 185-200. PALOMAR, ALBERTO, “El acceso a

naturaleza no se trataría del ejercicio de potestades discrecionales de la Administración.

No estamos, siquiera, ante una manifestación de la dirección política de la Administración dado que el Ministerio Fiscal en la realización de sus cometidos institucionales no es Administración ni el Fiscal General del Estado podemos considerarlo un alto cargo de la misma. Se trata, más bien, de la función de dirección política entendida como aquella función que aspira a influir en la actividad futura de los órganos del Estado y de los entes públicos en su conjunto mediante un *indirizzo* político que transcurre a través del circuito democrático y que viene, en definitiva, dado por las mayorías parlamentarias democráticamente elegidas³⁰², *indirizzo* político que protagoniza el Gobierno y en el que en cierta medida participa también el Parlamento.

Dichos actos son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa, no pudiendo este control judicial extenderse más allá del control de los elementos reglados tales como la competencia o el procedimiento, además del respeto de los derechos fundamentales³⁰³. El Tribunal garantizará también que no se haya incurrido en arbitrariedad, siendo necesario, al efecto, que el recurrente sea capaz de aportar indicios de que el Gobierno ha incurrido en una desviación de poder, es decir, que a través del acto de nombramiento pudiera haber buscado un fin distinto al previsto por el ordenamiento jurídico. A partir

los cargos y funciones públicas. La fiscalización jurisdiccional del nombramiento del Fiscal General del Estado: la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994”, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 4, 1995.

³⁰² Sobre la democracia de partidos y el peligro de patrimonialización por parte de éstos de los altos cargos del Estado cuya designación depende directamente de la configuración de la mayoría parlamentaria-gubernamental, véase BLANCO VALDÉS, Roberto L.: “Acción del gobierno, política de nombramientos y control parlamentario”, en *Documentación Administrativa*, nº 246-247 (septiembre 1996-abril 1997), pág.145 y ss.

³⁰³ *Vid.* artículo 2 a) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

de ahí, el único control posible es el control político conforme a criterios de oportunidad, control parlamentario, y, en última instancia, de la opinión pública y el electorado.

En un primer acercamiento, el poder del Gobierno respecto al nombramiento del Fiscal General del Estado aparece prácticamente ilimitado. El acto de nombramiento para el Jefe del Estado es un acto debido, refrendado por el Presidente del Gobierno en el que el Rey no podría negarse a acoger la decisión gubernamental, no pudiendo ir su participación más allá del consejo o la persuasión. El nombramiento adoptará la forma de Real Decreto publicándose en el Boletín Oficial del Estado. En principio, hemos de pensar -dado el principio de dirección presidencial del Gobierno³⁰⁴- que será al Presidente del Gobierno al que corresponda la última palabra si bien, lógicamente, orientado por la propuesta del Ministerio de Justicia, bajo cuya responsabilidad se encuentra el departamento que gestiona la Administración de Justicia. El Consejo General del Poder Judicial deberá informar la propuesta de nombramiento. Este informe es preceptivo pero no vinculante. El acto de nombramiento carecerá de motivación aun en el caso de que la decisión gubernamental no cuente con la anuencia del Consejo. La relación de confianza entre el nominante y el nominado sólo puede valorarla el primero, el Gobierno, mientras que el Poder Judicial, como se ha dicho, no puede entrar a enjuiciarla porque hacerlo supondría sustituir al Gobierno en la toma de esa decisión política.

La participación del Consejo General del Poder Judicial sería constitucionalmente el único contrapeso a la libre decisión gubernamental. Aunque se trate de un informe preceptivo y no vinculante, esta intervención no debe subestimarse dada la posición constitucional del Consejo y las relaciones que ambos órganos, órgano

³⁰⁴ Véase el artículo 98 CE en relación con los arts. 2 y 18 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno. Por su parte, el artículo 8 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal da al Presidente del Gobierno la posibilidad de dirigirse directamente al Fiscal General del Estado cuando lo estime.

de gobierno del Poder Judicial y órgano de gobierno del Ministerio Fiscal, habrán de mantener en sus correspondientes tareas. Estos informes deben desempeñar un importante papel en la búsqueda del candidato idóneo, teniendo en cuenta que el contenido de la audiencia que emite el Consejo puede –lo que se justifica por la propia naturaleza del Consejo como órgano constitucional– extenderse también a las cuestiones de oportunidad y no limitarse a un examen de mera legalidad sobre el cumplimiento de los elementos reglados³⁰⁵.

Tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el año 2004³⁰⁶, al exigirse una mayoría cualificada en las decisiones a adoptar por el pleno del Consejo, entre las cuales se encuentra el informe sobre el nombramiento del Fiscal General, se realza la posición del aquél en relación con la importancia de las decisiones que demandan un amplio consenso. Las desavenencias, en su caso, de Gobierno y Consejo, en torno al candidato gubernamental, se trasladarían al debate político y desde la Ley 24/2007, de 9 de octubre, que introduce la comparecencia parlamentaria previa, al foro parlamentario.

Hasta el momento, me he referido a las exigencias que impone expresamente la norma constitucional. A partir de aquí, el análisis debe trasladarse a la interpretación que el legislador democrático ha realizado a través del desarrollo estatutario en el ámbito de libre configuración que le corresponde. Interpretación que no sólo concreta, sino que complementa una regulación constitucional que abre distintas posibilidades a partir del juego de los principios constitucionalizados que habrán de presidir la institución. Por tanto, a continuación, me detendré en las limitaciones que el legislador ha impuesto a la decisión gubernamental.

³⁰⁵ Véase la STS de la Sala III de 28 de junio de 1994, Fj. 4º.

³⁰⁶ Efectuada por la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial.

1.1.2. Las limitaciones del legislador a la voluntad gubernamental

En 1981, el legislador se contentó con garantizar la idoneidad del futuro Fiscal General del Estado imponiendo ciertos requisitos de profesionalidad al candidato. En el año 2007, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ha dado entrada al Parlamento en el procedimiento de nombramiento, a través de la necesaria comparecencia parlamentaria previa del candidato. Teniendo en cuenta que esta reforma ha introducido –innovación esencial para la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal- unas causas objetivas de cese y ha fijado un mandato para el Fiscal General, la selección de la persona idónea para guiar la actuación del Ministerio Fiscal deberá ser aún más cuidada, algo a lo que la publicidad y transparencia que conlleva la comparecencia deberá coadyuvar³⁰⁷.

La pregunta que a continuación se suscita es la de hasta qué punto puede el legislador limitar una competencia, la gubernamental, que el constituyente no ha considerado oportuno limitar. Ello conduce a discurrir sobre el ámbito de la reserva al Gobierno como órgano constitucional de determinadas competencias que el legislador debe respetar ya que de lo contrario se burlaría el singular equilibrio institucional de la Constitución en esta materia³⁰⁸. Más allá de ese marco, la ley sería inconstitucional.

³⁰⁷ En este sentido confróntese con RALLO LOMBARTE Artemi en su estudio sobre *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 2002, en el que afirma que “la particular naturaleza de las administraciones independientes aconseja una esmerada selección de los miembros de estos entes en todas sus vertientes (personal, profesional, etc.) en la medida en que no cabe su remoción sino por causas tasadas. La limitación en la facultad de cese que prevé el legislador debe correlativamente reforzar las garantías de selección de la persona idónea. A alcanzar ese objeto puede coadyuvar la publicidad y transparencia que la comparecencia parlamentaria supone”.

³⁰⁸ Sobre las implicaciones de la reserva constitucional al Gobierno de determinadas competencias, véase el interesante trabajo de LÓPEZ GUERRA, Luís, “Funciones del Gobierno y dirección política”, en *Documentación administrativa*, núm. 215, 1988, págs. 15 a 40, especialmente, pág. 18 y ss.

La justificación de la discrecionalidad en los nombramientos de aquéllos que ocupan la Alta Administración se encuentra en la racionalidad democrática que imprime la confianza que debe existir entre designante y designado³⁰⁹. La competencia para el nombramiento de altos cargos va implícita en la función directiva de la Administración que el artículo 97 de la Constitución encomienda expresamente al Gobierno. Aun siendo así, se trata de una competencia que puede y debe ser limitada en garantía de otros principios que también deben hacerse presentes en los puestos de libre designación gubernamental.

De la anterior afirmación deriva que si, por principio, el espacio de discrecionalidad gubernamental no puede ser ilimitado en lo que afecta a la provisión de puestos de naturaleza directiva, menos aún puede serlo en el caso del Fiscal General del Estado, al cual, el constituyente no ha puesto bajo la dirección gubernamental. No tratándose de un alto cargo de la Administración, con más razón aún a mi entender, cabe justificar limitaciones a la discrecionalidad gubernamental puesto que existen otros principios constitucionales que lo exigen. En el caso del Ministerio Fiscal, y de su cabeza visible, estamos ante una institución clave en la actuación del Estado de Derecho a la que corresponde constitucionalmente la promoción de la justicia en defensa de la legalidad lo que obliga a que su dirección, la que ostenta el Fiscal General del Estado, esté libre de influencias partidistas, fuera de los normales embates de la política. El legislador vendrá así a posibilitar la neutralización gubernamental³¹⁰ como freno frente a posibles mediatizaciones políticas. Pero esta operación no

³⁰⁹ Sobre el argumento *vid* JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y Administración en España*, IVAP, Oñati, 1998, pág. 40 y ss.

³¹⁰ A dicha “neutralización” me referiré en el capítulo cuarto, como clave para explicar la posición del Ministerio Fiscal como autoridad judicial independiente. La legitimidad democrática del Ministerio Fiscal -la confianza de la ciudadanía en esta institución en definitiva- plantea el problema radical de su relación con el Gobierno y el consecuente peligro de su mediatización política.

terminará de aquilatarse, en lo que al estatuto personal del Fiscal se refiere, hasta la reforma del Estatuto Fiscal en 2007.

A) CUALIDADES DE LOS CANDIDATOS

El legislador en 1981 estableció una limitación de posibles candidatos a Fiscal General del Estado, fijando una necesaria cualificación técnica. El nombramiento, dispone el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, deberá recaer en juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión.

El legislador utilizó categorías que ya el constituyente había empleado en relación con los magistrados del Tribunal Constitucional y los vocales de extracción no judicial del Consejo General del Poder Judicial, si bien, no concretando la lista de profesiones jurídicas. En cualquier caso, la práctica hasta la fecha ha reducido los nombramientos a profesionales de la magistratura o de la propia carrera fiscal, como mejores conocedores del ámbito que les va a corresponder gestionar, lo que por otra parte venía siendo la tradición en nuestro país³¹¹.

Aunque no ha faltado quien ha puesto en cuestión la constitucionalidad de esta norma que limita el círculo de posibles candidatos entre los que el Gobierno puede elegir, considero que cabe perfectamente inferir de la Constitución los requisitos que en el candidato deben concurrir ya que, de forma implícita, el perfil de la figura y la naturaleza de la institución exigen una capacidad técnica que el legislador legítimamente ha concretado en esos términos asegurando una competencia profesional de excelencia.

³¹¹ Si fuera miembro de la carrera fiscal, el artículo 31.6 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal prevé que el Fiscal General del Estado pase a la situación de servicios especiales.

De la interpretación de esta exigencia se ocupó la citada sentencia de 28 de junio de 1994 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo. En ella, el Tribunal Supremo consideró que se había infringido el Estatuto y anuló el nombramiento del que fuera Fiscal General D. Eligio Hernández. Llegó el Tribunal a esa conclusión aplicando al control del acto gubernamental de nombramiento el *test de los criterios judicialmente asequibles*³¹². Fue así que la Sala entendió que el tiempo en el cargo de Gobernador Civil que el candidato había desempeñado no podía ser computado como ejercicio efectivo de una profesión como jurista, no reuniendo por tanto el que fuera candidato el requisito -expresado en términos jurídico-administrativos- de los quince años de profesional del Derecho. Esta sentencia tuvo eco en los estudios que la literatura extranjera dedicó a nuestro Ministerio Fiscal, destacando el importante contrapeso que el control judicial suponía al que entendían modelo español de dependencia gubernamental³¹³.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no pedía más. Huelga decir que la *auctoritas* de la cabeza visible del Ministerio Fiscal exige otros requisitos más allá de las aptitudes profesionales, tales como honestidad, independencia, objetividad de criterio, que vienen a reforzar no sólo la legitimidad de la institución ante la ciudadanía, sino ante los propios fiscales cuya labor le incumbe dirigir. La concurrencia de tales cualidades forman parte de la deontología, de las buenas prácticas en política y de las convenciones constitucionales. No han faltado voces que desde la tribuna parlamentaria han venido cuestionando, en

³¹² Véase sobre este control DÍEZ PICAZO, Luis María, “Tipos de actos del Gobierno, Gobierno y Constitución” en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (Coord.), *Gobierno y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 99 a 124.

³¹³ *Vid.*, por todos, DELMAS-MARTY, Mireille, “Evoluzione del pubblico Ministero e principio direttivi del processo penale nelle democrazie europee”, *Questione giustizia*, núm. 1, 1997, pág. 201 y ss. y BRUTI LIBERATI, Edmondo, “Il dibattito sul Pubblico Ministero. Le proposte di riforma costituzionale in una prospettiva comparata”, *Questione giustizia*, núm. 1, 1997.

momentos de especial sensibilidad mediática, la satisfacción de este perfil. La publicidad del foro parlamentario ante el que la reforma del Estatuto de 2007 ha previsto la comparecencia del candidato a Fiscal General puede contribuir en este sentido.

B) LA COMPARECENCIA PARLAMENTARIA PREVIA AL NOMBRAMIENTO DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

El modelo parlamentario de Ministerio Público ha rondado la cabeza tanto de la doctrina³¹⁴ como del legislador español y extranjero frente a los peligros de mediatización gubernamental. La vinculación al Parlamento encuentra una justificación sencilla y radical si consideramos la función representativa que al Legislativo corresponde y la misión que al Ministerio Fiscal, como defensor de la legalidad emanada de ese Parlamento, compete defender ante los Tribunales.

El constituyente rechazó la opción de un Fiscal General del Estado comisionado del Parlamento a través de la ratificación del nombramiento por el Congreso de los Diputados de la propuesta gubernamental³¹⁵. Tal fórmula hubiera situado al Fiscal General en una

³¹⁴ *Lege ferenda*, defiende el modelo parlamentario FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel, en “El Ministerio Fiscal español y su relación con el Poder Legislativo”, *Revista de Derecho (Austral)*, vol. 20, núm. 1, 2007, págs. 107 a 122, quien poco antes de la reforma operada sobre el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal criticaba la ausencia del Parlamento en la designación del Fiscal General del Estado. También puede verse TAJADURA TEJADA, Javier, “Cortes Generales y Ministerio Fiscal”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 60, 2003. Un referente claro de este modelo se encuentra en las primeras propuestas de PIZZORUSSO, Alessandro, en “Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero”, CONSO, Giovanni (Dir.), *Pubblico Ministero e Accusa Penale, problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bolonia, 1979, págs. 30 a 43. Salvo en contextos no demo-liberales no ha llegado a alcanzar plasmación positiva el modelo parlamentario de fiscal: da amplia cuenta del modelo cubano MARTÍNEZ DALMAU Rubén, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

³¹⁵ El texto alternativo adicionado por Gregorio PECES BARBA a la ponencia constitucional abogaba por un Fiscal del Reino designado por el Gobierno y ratificado por el Congreso en votación secreta al comienzo de la legislatura. Debemos mencionar la Proposición de Ley de modificación del sistema de designación del Fiscal General del Estado presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya

posición similar a la de otros órganos de relevancia constitucional como el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas. También se ha descartado la configuración de una singular relación fiduciaria del Fiscal General con el Parlamento que permitiera la dirección y control parlamentarios del Ministerio Fiscal. A pesar de un importante posicionamiento a favor de la intervención parlamentaria, de mayor o menor intensidad, por algunos estudiosos, por un nutrido sector de la carrera fiscal³¹⁶ así como por parte de la clase política³¹⁷, no ha sido

Verds que, al hilo de la reforma del Estatuto Orgánico, propugnaba el establecimiento de un trámite parlamentario previo al nombramiento del Fiscal General del Estado, mediante el que la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, tras la comparecencia del mismo, se exprese sobre su idoneidad para desempeñar el cargo (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, núm. 57-1, de 23 de abril de 2004) o la Proposición de Ley de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal presentada por el Grupo Mixto que pretendía que la designación del Fiscal General del Estado contara con el aval de dos tercios de las Cortes Generales tras una comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados donde se analizaría su trayectoria profesional y méritos acreditados (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, núm. 51-1, de 23 de abril de 2004).

³¹⁶ Da cuenta de ello el *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1996, pág. 59 y ss.

³¹⁷ La Moción aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados de 1997 integró cuatro puntos: comparecencia parlamentaria del candidato, fijación de un mandato, cese por causas tasadas y presentación de la memora anual de la Fiscalía General de Estado. En el año 1997, la preocupación por la excesiva politización en el nombramiento de altos cargos se puso de manifiesto con carácter general en una propuesta de resolución aprobada a raíz de un debate del Estado de la nación a iniciativa de Convergencia i Unio por la que se acuerda que el Congreso de los Diputados inste al Gobierno para que antes de que finalice el año 1997 presente ante las Cortes Generales un proyecto de ley en el que se establezca la obligación para determinados cargos públicos de relevancia de someterse con carácter previo a su toma de posesión a una comparecencia ante una comisión parlamentaria del Congreso que deberá analizar la trayectoria personal y profesional del cargo público y conocer aquellos hechos que puedan ser de interés atendiendo a las responsabilidades públicas que deberán asumir (resolución n.36 del pleno del Congreso de los Diputados de 12 de junio de 1997). A la moción de 27 de mayo de 1997 sucedió un informe del Fiscal General del Estado, de 12 de marzo de 1999, dirigido a la Ministra de Justicia, a la sazón Dña. Margarita Mariscal, en el que afirmó que la comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior para que los grupos parlamentarios pudieran tener conocimiento de los méritos y trayectoria profesional del candidato a los efectos de pronunciarse sobre su idoneidad para desempeñar el cargo suponía una redefinición de las relaciones con el órgano legislativo. Este informe fue elaborado a partir de las reflexiones

hasta la última reforma estatutaria que se ha dado entrada al Parlamento en el proceso de nombramiento del Fiscal General del Estado. Concretamente, el nuevo apartado segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que “recibido el informe del Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno comunicará su propuesta al Congreso de los Diputados, a fin de que pueda disponer la comparecencia de la persona elegida ante la Comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que prevea su reglamento a los efectos de que se puedan valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto”.

Se trata de una intervención, si se quiere, de baja intensidad, pero no por ello menos importante a la hora de calibrar la posición del Fiscal General y, a través de él, de la institución fiscal, con las Cortes Generales, tanto con la mayoría parlamentaria que sustenta al Gobierno como con la oposición que lo controla. La comparecencia parlamentaria convierte al Fiscal General del Estado en el único órgano de relevancia constitucional en el que intervienen los tres poderes del Estado, reforzando en cierta medida su legitimidad de origen. Bajo mi punto de vista, la práctica de esta comparecencia puede abrir nuevas posibilidades de relación entre Ministerio Fiscal y Parlamento³¹⁸.

No cabe objetar nada constitucionalmente al legislador. Al no existir ninguna predeterminación constitucional en contrario, nada impide que el legislador prevea la intervención del Parlamento en un

de los distintos órganos del Ministerio Fiscal y de las asociaciones de fiscales. En la Proposición de Ley 122/000025, para la modificación del sistema de designación del Fiscal General del Estado, BOCG, Congreso de los Diputados, VII legislatura, 8 de mayo de 2000, número 34-1, pág. 1 y ss. del grupo parlamentario mixto (fue respaldada tan solo minoritariamente) se proponía la aprobación en su caso de propuestas de resolución sobre su idoneidad para desempeñar el cargo hasta un máximo de cinco años. Esta propuesta rompería con el modelo actual de relación y crearía una pseudo-relación de confianza entre Parlamento y Fiscal General del Estado ya que parece que las propuestas de resolución vienen a marcar cierto *indirizzo* que *a posteriori* podría ser enjuiciado y que podría condicionar su continuidad en el cargo.

³¹⁸ *Vid. infra* las consideraciones de *lege ferenda* contenidas en el último capítulo.

procedimiento de nombramiento del que en principio aparecía excluido. De una parte, no es contradictorio con la naturaleza del Fiscal General del Estado como órgano rector del Ministerio Fiscal institución de defensa de la legalidad ante los tribunales, particularmente de la legalidad penal³¹⁹. Por otra parte, se trata de un nombramiento gubernamental, lo que significa que la intervención parlamentaria cobra un cariz singular, del que no participan los cargos de designación parlamentaria³²⁰. En cualquier caso, el momento y la intensidad de la participación del Parlamento habrán de respetar el diseño constitucional que sitúa en exclusiva la potestad de nombramiento en sede gubernamental.

El nombramiento del Fiscal General del Estado se sitúa entre los nombramientos de altas cargos del Estado que corresponden al Gobierno³²¹. De entre éstos, la primera previsión de intervención parlamentaria fue para el nombramiento del Gobernador del Banco de España³²², extendiéndose luego a las correspondientes normas reguladoras de muchas de las conocidas como autoridades administrativas independientes. Más tarde se previó en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, que en su primer artículo la establece para el Presidente del Consejo de Estado y la incorpora después a la fórmula de

³¹⁹ El principio de legalidad en el Derecho Penal garantizado como derecho fundamental en el artículo 25 CE significa siempre reserva de Parlamento.

³²⁰ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. Sobre la designación parlamentaria de cargos públicos, véase PAUNER CHULVI, Cristina, *La designación parlamentaria de cargos públicos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

³²¹ Se ha previsto también en un momento posterior las comparecencias de los magistrados del Tribunal Constitucional de procedencia no parlamentaria ante la Comisión de Nombramientos o la de los vocales de procedencia no judicial del Consejo General del Poder Judicial.

³²² El artículo 28.2 de la Ley 13/ 1994, de 1 de junio de autonomía del Banco de España prevé la comparecencia parlamentaria previa al nombramiento del Gobernador del Banco de España del Ministro de Economía ante la Comisión competente para informar sobre el candidato.

nombramiento de un importante número de directivos de Entes Públicos. La disposición adicional cuarta de esta Ley, con una técnica normativa no demasiado rigurosa, dispone que la comparecencia ante la comisión correspondiente del Congreso de los Diputados prevista en su artículo 2.1³²³ para el Presidente del Consejo de Estado será aplicable al Fiscal General del Estado, disponiendo la modificación a tal efecto del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Ello tendría lugar al poco tiempo a través de la Ley 24/2007 de 9 de octubre.

Justamente son estos cargos los que integran las llamadas administraciones independientes. Precisamente éstas son calificadas como independientes porque sus máximos responsables no pueden ser removidos por el Gobierno salvo causas tasadas derivándose de ello la inamovilidad de los mismos durante un período determinado de mandato. Esta limitación gubernamental en el cese ha sido también introducida junto a la comparecencia parlamentaria por la reforma estatutaria del año 2007.

No obstante, la comparecencia prevista en el Estatuto Fiscal no tiene el objeto de apreciar posibles conflictos de intereses tras las preguntas y aclaraciones planteadas al compareciente por los distintos portavoces parlamentarios a plasmar en el correspondiente dictamen de

³²³ Artículo 2 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado: “1.El Gobierno, con carácter previo al nombramiento del Presidente del Consejo de Estado, pondrá en conocimiento del Congreso de los Diputados el nombre de la persona propuesta para el cargo a fin de que pueda disponer su comparecencia ante la comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que prevea su Reglamento. 2. El mismo procedimiento será seguido en relación con los nombramientos de las personas que vayan a ser designadas máximos responsables en los organismos reguladores o de supervisión incluidos en el artículo 3.2 k), presidentes del Consejo Económico y Social; del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Agencia EFE, director de la Agencia de Protección de Datos y director general del Ente Público Radiotelevisión Española. 3. La comisión parlamentaria del Congreso de los Diputados examinará, en su caso, a los candidatos propuestos. Sus miembros formularán las preguntas o solicitarán las aclaraciones que crean convenientes. La comisión parlamentaria emitirá un dictamen en el que establecerá si se aprecia o no la existencia de conflicto de intereses”.

la Comisión, sino el de examinar pura y simplemente su idoneidad para el cargo. Al efecto, no parece que pueda negarse a la representación parlamentaria la información que requiera con vistas a la ponderación de todos aquellos elementos que puedan enriquecer el juicio de los parlamentarios, incluyendo aquéllos que pudieran causar demérito en el candidato de cara a la dirección del Ministerio Fiscal. Durante la comparecencia, los miembros de la Comisión podrán solicitar al candidato aclaraciones sobre cualquier extremo relacionado con su trayectoria profesional o académica o sobre sus méritos personales. La Presidencia velará, en todo caso, por los derechos del compareciente e inadmitirá aquellas preguntas que pudieran menoscabar o poner en cuestión indebidamente el honor o la intimidad del candidato. Un extremo sobre el que la comparecencia debería alumbrar es el relativo al compromiso con los valores constitucionales, valores que el Fiscal General del Estado deberá prometer o jurar hacer guardar en el cumplimiento de su alta misión³²⁴ antes de su toma de posesión.

Tampoco debiera negarse al Parlamento el conocimiento del contenido del informe del Consejo General del Poder Judicial³²⁵. El ciudadano tiene derecho a saber a través de sus representantes las razones por las que el órgano de gobierno de los jueces coincide –o no– con el parecer del Gobierno, expresión de la mayoría parlamentaria, en la valoración positiva de quien deberá dirigir al Ministerio Fiscal.

³²⁴ Se discutió sobre el compromiso con los valores constitucionales a raíz de declaraciones de su pasado profesional en el nombramiento como Fiscal General del Estado de D. Jesús Cardenal Fernández que salió a relucir en el informe que el Consejo General del Poder Judicial dirigió al Gobierno.

³²⁵ Remisión del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se toma conocimiento del informe favorable del Consejo General del Poder Judicial acerca de la propuesta de nombramiento de D. Cándido Conde-Pumpido Tourón como Fiscal General del Estado, y comunicación de dicha propuesta a fin de que la Cámara pueda disponer su comparecencia ante la Comisión correspondiente, *Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados, núm. 25, de 08/05/2008, pág. 2 (Expediente: 276/000001). De la misma forma ha tenido lugar en el nombramiento del actual Fiscal General del Estado, D. Eduardo Torres-Dulce Lifante, véase *Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados, núm. 26, de 25/01/2012, pág. 2 (Expediente: 276/000002).

Abunda en esta dirección la naturaleza del Consejo General del Poder Judicial como órgano constitucional, que en su informe dirigido al Gobierno puede perfectamente añadir a su examen en torno a la satisfacción de los requisitos legales otras consideraciones sobre la conveniencia y oportunidad de tal nombramiento, cuestiones en las que cobra todo su sentido el conocimiento de los parlamentarios para el mejor cumplimiento de su función representativa.

Se trata, en definitiva, de conciliar a través de un procedimiento complejo la confianza con la idoneidad. La previsión de tal comparecencia parlamentaria, más que dirigirse a contrapesar la potestad gubernamental, limitando la discrecionalidad en el nombramiento, que en cierta medida también, pone sus miras en el examen del perfil del candidato y en su adecuación para desempeñar la alta responsabilidad que se le va a encomendar.

Un procedimiento diferente, que pasara por el planteamiento de un programa de actuación del Fiscal General del Estado, sí dibujaría un modelo distinto de relaciones entre las Cortes y el Ministerio Fiscal al establecer cierto tipo de relación fiduciaria entre el órgano parlamentario y el Fiscal General que justificaría la introducción de fórmulas adicionales de control parlamentario sobre el Fiscal General del Estado dirigidas a verificar el grado de cumplimiento de las líneas de actuación propuestas. Aunque trataré la responsabilidad y el control en otro momento, adelantaré que, aun cuando en la tesitura normativa actual, no cabe sustituir la relación de confianza del Gobierno por una confianza parlamentaria que pudiera conllevar una reprobación por parte del órgano legislativo en caso de desviación, con respecto al programa de actuación expuesto, sí pienso que se está produciendo de *facto* un cambio de relación entre el Parlamento y el Ministerio Fiscal en el terreno del control y la dación de cuentas a través de las comparecencias parlamentarias del Fiscal General del Estado.

A fin de cuentas, hemos de ver la comparecencia, de una parte, como instrumento de colaboración entre el Legislativo y el Ejecutivo que enriquece la valoración que éste último hace del candidato –no olvidemos que el pluralismo en las instancias de nombramiento se entiende que favorece el nombramiento de titulares de órganos que desempeñan funciones de garantía y que deben caracterizarse por su neutralidad política-; y, de otra, como un trámite que dota de visibilidad pública al procedimiento de nombramiento como consecuencia de la publicidad y transparencia del trámite parlamentario³²⁶ y que viene a poner inicio a la relación que las Cortes Generales y el Ministerio Fiscal mantendrán durante el mandato del Fiscal General del Estado, relación presidida por los principios de colaboración y lealtad institucional. De momento la comparecencia no tiene otra virtualidad pero abre posibilidades interesantes de cara al futuro en el terreno de la responsabilidad.

1.1.3. Mandato y cese del Fiscal General del Estado.

Aparte de garantizar la profesionalidad a través del cumplimiento de requisitos técnicos –el de jurista de reconocido prestigio- y la idoneidad, además de otros valores que la comparecencia parlamentaria puede ayudar a poner de manifiesto, el legislador en 2007 se ocupará de garantizar la estabilidad del órgano y, con ello, su

³²⁶ No está de más recoger los términos en los que la comparecencia se lleva a cabo. Habla el Presidente de la Comisión de Justicia e Interior: “Habrá inicialmente una exposición del candidato propuesto por el Gobierno; a continuación, intervendrán los portavoces de los grupos parlamentarios de menor a mayor, empezando, como dice el Reglamento de la Cámara, por el Grupo Mixto, a efectos de que los grupos expresen su posición, formulen las preguntas, consideraciones o solicitud de aclaraciones que estimen oportuno realizar. Abriríamos también la posibilidad para que si algún diputado miembro de la Comisión quiere formular alguna pregunta o aclaración pueda hacerlo a continuación. Finalmente, intervendría el candidato propuesto por el Gobierno a Fiscal General del Estado, y daríamos por concluido el trámite. Posteriormente, tendríamos un breve receso para la reunión de los portavoces de los grupos y, finalmente, volveríamos a reanudar la sesión simplemente para levantarla y hacer manifestación de dar por cumplido en los términos establecidos el trámite previsto en la ley”. *Vid. Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados, núm. 25, de 08/05/2008, pág. 2 (Expediente: 276/000001).

autonomía ya que la continuidad en el cargo no se hará ya depender sólo y exclusivamente del mantenimiento de la confianza.

Junto a la idoneidad en el desempeño del cargo, la garantía de una posición constitucional autónoma, libre de interferencias indebidas y, por tanto, imparcial, de la jefatura del Ministerio Fiscal, exige la estabilidad del cargo, lo que nos traslada al análisis del cese y la previsión de una duración de mandato³²⁷. Mandato y causas de cese deben estudiarse complementariamente ya que la fijación de un mandato supone esencialmente la limitación del cese libre durante el tiempo fijado³²⁸. Uno y otras reducen la posibilidad de que el Fiscal General del Estado, bajo el temor de ser separado del cargo, pueda prestarse a la instrumentalización del Gobierno que lo nombró y refuerza de esta manera la confianza de la ciudadanía en que actuará en todo caso desde la imparcialidad y la objetividad que el puesto exige. Y es que, como afirmara el profesor Alejandro NIETO en su estudio sobre el principio de jerarquía, “mientras haya un vínculo personal entre los titulares de dos cargos de tal manera que el uno deba al otro su nombramiento, retribución y permanencia, el poder del primero sobre el segundo será absoluto”³²⁹.

³²⁷ Sobre el principio de división de poderes en el tiempo, véase GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, págs. 57 a 71; y GARCÍA ROCA, Javier, “Del principio de división de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 108, 2000, págs. 67 y ss.

³²⁸ Sobre las causas tasadas de cese como garantía personal en las Autoridades Administrativas Independientes, véase RALLO LOMBARTE, Artemi, en *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 277.

³²⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro, “La jerarquía administrativa”, *op. cit.*, pág. 53. Abundando en esa idea merece la pena acudir a la cita de LÖWENSTEIN, Karl, en *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970 (2ªed) pág. 297: “La experiencia general sociopsicológica, según la cual el detentador de un cargo permanece obligado a la persona responsable de su nombramiento, contiene peligros específicos en el caso de la función judicial. Especialmente, cuando el nombramiento está determinado por consideraciones políticas, el favorecido

Nada dice la Constitución respecto al cese del Fiscal General del Estado y, el legislador entendió, hasta la importante reforma de 2007, que el cese, al igual que el nombramiento, era un acto discrecional por parte del Gobierno. Por tanto, un acto del Gobierno que no requeriría motivación alguna ya que el simple cese de la confianza sería el motivo de la misma.

Es más, podría considerarse que es el libre cese más que el nombramiento, el que define la relación de confianza entre nominante y nominado³³⁰. El cese *ad libitum* sería el contenido esencial del nombramiento. Por tanto, en la anterior regulación, lo decisivo no era que el Fiscal General del Estado pudiera ser de libre designación por el Gobierno, sino que, su continuidad en el cargo, dependía exclusivamente de que se mantuviera la confianza inicial ya que podía ser removido libremente. En el fondo, esto significaba que las razones que pudieran conducir a su cese podrían ser totalmente ajenas al cumplimiento idóneo de sus funciones o, al menos, ello no sería algo con relevancia para el Derecho y que, por tanto, escaparía al control judicial.

Es precisamente de esta garantía personal de estabilidad de la que ha adolecido el Fiscal General del Estado, siendo, sin embargo, un elemento presente en la regulación de todas las llamadas autoridades administrativas independientes, a través del cual se limita la función directiva del Gobierno en relación con las mismas. Por supuesto, mandato y cese por causas objetivas, también constituyen elementos definitorios del estatuto personal de los titulares de órganos de

está expuesto a la tentación humana de pagar su deuda desempeñando su cargo de forma condescendiente”.

³³⁰ *Vid.* en este sentido DíEZ-PICAZO, Luis María, “El Fiscal General del Estado y el caso Ercros”, *Teoría y realidad constitucional*, núms. 8-9, 2001-2002, págs. 251 a 260.

garantía³³¹ como Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial o Defensor del Pueblo, si bien en estos últimos supuestos, se tratará de preservar la independencia personal de los titulares de estos órganos. Sin embargo, no es la independencia personal el rasgo definitorio del estatuto del Fiscal General del Estado sino, más bien, una singular autonomía o independencia “débil”.

El artículo 31 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal vigente –desde la redacción dada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre– dispone que el mandato del Fiscal General del Estado tendrá una duración de cuatro años y no podrá ser renovado excepto en el caso de que hubiere ostentado el cargo durante un período inferior a dos años³³².

El mandato es de cuatro años y coincide, por tanto, con la duración de una legislatura, previéndose como causa de cese del Fiscal General el del Gobierno que lo hubiera nombrado³³³. Un límite mínimo superior a los cuatro años obligaría a mantenerlo aunque el Gobierno sucesivo no contara con su confianza al producirse una alternancia³³⁴. Si el legislador hubiera optado por la asincronía en los mandatos se

³³¹ Pero será la asincronía en esos supuestos de titulares de órganos de garantía lo que no concurra en el caso del Fiscal General del Estado lo que nos pone en la pista de una naturaleza distinta.

³³² La disposición transitoria novena de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, dejó abierta la posibilidad de que CONDE-PUMPIDO que, en el momento de la aprobación de la Ley, ostentaba el cargo fuera renovado en el mismo por el Gobierno de la segunda legislatura del Presidente RODRÍGUEZ ZAPATERO. A raíz de ese nuevo nombramiento tuvo lugar la comparecencia previa al mismo en sede parlamentaria conforme a la nueva legalidad.

³³³ En la moción de 1997, en el anteproyecto a la reforma estatutaria en 2007 y en enmiendas de algunos grupos parlamentarios como CIU se planteó la posibilidad de asincronía en el mandato ampliándolo a cinco años. No obstante, parece que imponer a un Gobierno investido legítimamente un Fiscal General del Estado nombrado por otro Gobierno no encontraría respaldo constitucional.

³³⁴ En los puestos de confianza directa del Fiscal General del Estado se prorrogan sus funciones hasta la nueva provisión del puesto o su ratificación en el mismo por el nuevo Fiscal General. Se introduce por tanto un correctivo al principio de temporalidad y se resalta la continuidad de estos puestos de confianza.

habría, a mi modo de ver, limitado inconstitucionalmente la potestad gubernamental³³⁵. *Sensu contrario*, tal duración de mandato supone una lógica sintonía entre el Gobierno de turno y quien ostenta la jefatura máxima del Ministerio Público. Por otra parte, al no poder renovar como fiscal a quien haya ocupado el cargo más de dos años, se da preferencia a la limitación de mandatos por encima de la continuidad en la dirección de la institución, previsión que, en principio, no me parece positiva si la confianza en determinado Fiscal General persiste. De hecho, aunque nuestro sistema parlamentario racionalizado propicia el Gobierno de legislatura, pudiera darse, sin necesidad de elecciones, el cese de un Gobierno que podría ser sucedido por otro sustentado por la misma mayoría parlamentaria. En ese caso cobraría todo su sentido la continuidad de la misma persona en el cargo de Fiscal General del Estado. Bajo mi punto de vista debería preverse la posibilidad de un doble mandato. Una legislatura me parece poco tiempo para la importante labor de dirección y organización que al Fiscal General del Estado corresponde de una institución del potencial que encierra el Ministerio Fiscal y que es una pieza clave de la Administración de Justicia, terreno en el que hay que trabajar en la línea siempre de la inclusión y el consenso³³⁶.

Antes de que concluya dicho mandato, el Fiscal General del Estado únicamente podrá cesar por los siguientes motivos: a petición propia; por incurrir en alguna de las incompatibilidades o prohibiciones establecidas en el Estatuto³³⁷; en caso de incapacidad o enfermedad que

³³⁵ Esa posición ha sido mantenida esta legislatura en sede parlamentaria por los grupos minoritarios de la oposición. Véase *Diario de Sesiones*. Congreso de los Diputados, núm. 26, de 25/01/2012, (Expediente: 276/000002, pág. 2 y ss.

³³⁶ Incluso su estabilidad sería conveniente para contrapesar la cambiante y sobredotada legislación penal.

³³⁷ Es decir, la incursión del Fiscal General del Estado en alguna de las incompatibilidades o prohibiciones previstas en el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Ello nos remite al listado de causas objetivas previstas en

lo inhabilite para el cargo; por incumplimiento grave o reiterado de sus funciones; y, como he señalado, cuando cese el Gobierno que lo hubiera nombrado. No se prevé ningún tipo de incompatibilidad sobrevenida una vez abandonado el cargo, reincorporándose en activo al servicio del Ministerio Fiscal si fuera miembro de la carrera fiscal.

El apartado tercero del artículo 31 señala que la existencia de las causas de cese mencionadas, salvo la de cese del Gobierno que lo nombró que es automática, será apreciada por el Consejo de Ministros. Por tanto, se residencia únicamente en el Gobierno la decisión sobre el cese, frente al pluralismo de instancias que concurren en el procedimiento de nombramiento.

Entiendo que el cese del Fiscal General del Estado en el supuesto de cese del Gobierno que lo nombró es un cese automático que, por tanto, no requeriría un acuerdo del Consejo de Ministros al efecto. No obstante, no ha ocurrido así en el cese del último Fiscal General del Estado, Cándido CONDE-PUMPIDO, que fue acordado en el último Consejo de Ministros del Gobierno en funciones del Presidente RODRÍGUEZ ZAPATERO. El final del mandato del Fiscal General del Estado se hizo coincidir en esa primera ocasión con la salida del Gobierno, permaneciendo en el interin ambos en funciones. Esto ha sido criticado por aquéllos que han considerado que la figura del Fiscal General del Estado cesante no está regulada en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y que en ese período provisional debiera haber ostentado la jefatura máxima de la institución el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, al que conforme al artículo 17 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal corresponde sustituir al Fiscal General en caso de vacante. Difiero de ese parecer. Bajo mi punto de vista esa previsión no es sino herencia de la regulación preconstitucional³³⁸ en la que la figura

los arts. 57 a 59 que al igual que a los fiscales son aplicables al Fiscal General.

³³⁸ *Vid.* arts. 86 y 87 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por Decreto de 27 de febrero de 1969.

del Fiscal del Tribunal Supremo, subordinado jerárquicamente al Ministro de Justicia, era cualitativamente diferente al Fiscal General del Estado en la actualidad. Además, aunque la posición del Teniente Fiscal del Tribunal Supremo no es parangonable a la de cualquier otro Teniente Fiscal, tampoco lo es a la del Fiscal General del Estado. A mi modo de ver la figura del Teniente Fiscal del Tribunal Supremo se ha reforzado en 2007 precisamente para desplazar al Fiscal General del Estado de la jefatura directa del Tribunal Supremo y circunscribirle a su labor de dirección del Ministerio Fiscal en su conjunto. Por tanto, pienso, que la interpretación adecuada para salvar la provisionalidad es que el Fiscal General del Estado quede en funciones hasta que el nuevo Gobierno investido democráticamente realice el correspondiente nombramiento desempeñando su cometido responsablemente. Además, considero que es una situación que merecería ser regulada expresamente en el Estatuto.

El comportamiento del Fiscal General del Estado en funciones debiera ser especialmente cauto y respetuoso hacia la situación de transitoriedad en que se encuentra. No sólo debe serlo con respecto al ejercicio de las funciones propias del Ministerio Fiscal sino, también, con respecto a decisiones organizativas y de gobierno interno del Ministerio Fiscal. Sería por ejemplo censurable que, un Fiscal General del Estado, realizara nombramientos o ceses discrecionales de cargos fiscales en esa situación transitoria. Su vocación debe ser, bajo el principio de lealtad institucional, el paso del testigo al Fiscal General que le venga a suceder en el cargo³³⁹.

En el modelo español, el legislador favorece la sintonía entre el Gobierno y el representante máximo del Ministerio Fiscal postergando otros valores atendibles como el de estabilidad en la dirección del

³³⁹ En la última legislatura del Gobierno AZNAR se cuestionaron algunas de las actuaciones del que a la sazón era Fiscal General del Estado, D. Jesús CARDENAL FERNÁNDEZ tras los dramáticos sucesos que presidieron la alternancia. Véase, sobre ello, *El País* del día 22 de marzo de 2004.

Ministerio Fiscal. Ello deriva claramente del tipo de nombramiento, de las causas de cese previstas y de la duración limitada del mandato³⁴⁰.

El elemento de la confianza integra el contenido esencial de la reserva gubernamental del nombramiento. Es, por tanto, desde ese principio que debemos interpretar la normativa. Por ello, el mandato se hace coincidir con el de la legislatura frente a la disociación de mandatos característica de los órganos de garantía y se prevé como causa de cese del Fiscal General el del Gobierno que lo ha nombrado. Considero que este período de cuatro años es una exigencia de la confianza como núcleo esencial de la potestad del Gobierno que nombra al Fiscal General. De esta forma se garantiza una lógica sintonía entre el Gobierno de turno y quien ostenta la jefatura máxima del Ministerio Público. Un límite mínimo superior obligaría a mantenerlo en el puesto aunque el Gobierno sucesivo no contara con su confianza al producirse una alternancia.

A diferencia del resto de motivos de cese que contempla el artículo 31 del Estatuto en su apartado primero, el del incumplimiento grave o reiterado de sus funciones es lo suficientemente ambiguo como para dar cabida a distintas interpretaciones según cuál se entienda que

³⁴⁰ Este es un camino diferente del seguido, por ej., en el ordenamiento portugués. MARCHENA, Manuel “El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes” D-331, *La Ley* núm. 6, 1996, págs. 1430-1439, pág. 1437, estudia las vicisitudes de la regulación del cese del Procurador General en Portugal. En 1992, el Tribunal Constitucional luso, en su Sentencia de 2 de julio, consideró inconstitucional la inclusión en la ley orgánica 47/1986, de 15 de octubre reguladora del Ministerio Público, de una limitación temporal al ejercicio del cargo del Procurador General de la República. Según el alto Tribunal, esa intervención del legislador degradaba un acto genuinamente político convirtiéndolo en un mero acto administrativo. Según el fundamento 23 de la citada sentencia, la doble confianza -del Presidente de la República y del Presidente del Gobierno, confería una “cierta estabilidad conjugada con una íntima y permanente ligazón al poder político, considerado en su totalidad (...) lo que venía a conferirle legitimidad democrática”. El indispensable acuerdo de voluntades, es el que garantiza la estabilidad exigida por la autonomía del Ministerio Público. La reforma del artículo 133 de la Constitución portuguesa en el año 2005 establecerá un mandato de seis años dejando a salvo el ejercicio de la facultad de cese por el Presidente de la República a propuesta del Presidente del Gobierno.

es la naturaleza de la relación existente entre el Gobierno y el Fiscal General del Estado. ¿Debemos hallarnos ante un arbitrario y burdo comportamiento del Fiscal General del Estado para que el Gobierno proceda a su cese o, por el contrario, cabe entender que un Fiscal General que se distancia de los criterios de política criminal gubernamentales, implementando otras directrices en la dirección del Ministerio Fiscal, podría ser legítimamente cesado por el Gobierno? Según MAGIDE, “el funcionamiento irregular como causa de cese, es un concepto jurídico indeterminado que, o puede interpretarse restrictivamente como conducta gravemente irregular por parte del titular del órgano, o como la simple mala gestión que incluso puede llegar a ser una apreciación de conveniencia”³⁴¹.

Que esa valoración gubernamental pueda ser objeto de control judicial nos sitúa, sin duda, en el terreno delicado de las relaciones entre la justicia y la política. Incluso la posibilidad de que esta revisión judicial pueda tener lugar podría inclinar al Gobierno por un Fiscal General complaciente y sumiso, lo que iría en contra de la pretendida voluntad del legislador de contrapesar la potestad del Gobierno.

Estas observaciones podrían sugerir el planteamiento de posibilidades distintas de *lege ferenda*, respetando la exigencia constitucional de que la iniciativa del cese recaiga siempre en el Gobierno, considerada ésta como una competencia que, naturalmente, le es reservada constitucionalmente como núcleo esencial de la potestad de nombramiento. En ese sentido, la Comisión formada en el seno de la Fiscalía General del Estado para el estudio de la modificación que condujo a la aprobación de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, propuso que la existencia de las causas de cese fueran apreciadas por una

³⁴¹ MAGIDE HERRERO, Mariano, *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP, Madrid. , 2001 Obsérvese en cualquier caso que el legislador no alude a la notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del cargo que es la expresión utilizada para el cese del Defensor del Pueblo. En este supuesto, el mandato se amplía más allá de la duración de la legislatura dando lugar a una asincronía que tiende a garantizar la imparcialidad del órgano de garantía de que se trate.

mayoría de tres quintos del Congreso de los Diputados a propuesta del Consejo de Ministros, oídos el Consejo Fiscal, la Junta de Fiscales de Sala y el Consejo General del Poder Judicial³⁴².

La intervención del Parlamento en el procedimiento de cese, dándole entrada en la valoración de la causa del mismo, supondría la incorporación de una fórmula de control parlamentario que conllevaría, entre otras cosas, una manera distinta de concebir el trámite de comparecencia parlamentaria que, por el momento, sólo se dirige a conocer al candidato desde la perspectiva de la idoneidad pero no desde la confianza que el candidato merezca. Siguiendo este planteamiento, considero que sería contrario a la Constitución un Fiscal General del Estado investido de la confianza parlamentaria pero no uno cuyo cese gubernamental pudiera ser vetado mediante una mayoría cualificada³⁴³. En sede parlamentaria se han planteado iniciativas a través de proposiciones no de ley instando al Gobierno al cese del Fiscal General del Estado o cuestionando a través de instrumentos de control su mantenimiento en el cargo³⁴⁴. Desde esa perspectiva, la relación con el Parlamento cobra importancia en el terreno del funcionamiento de los controles y contrapesos políticos que considero necesarios a la autonomía del Ministerio Fiscal.

³⁴² Da noticia de ello FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano, “El Ministerio Fiscal a través del proyecto de modificación de su Estatuto Orgánico” (Separata); Curso de Verano de la UIMP en *Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*, Santander, 21 a 23 de agosto de 2006.

³⁴³ LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo: “La incidencia de la estructura organizativa del Ministerio Fiscal en el proceso penal de *lege data* y de *lege ferenda*”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 18, 2009, considera que “hubiera sido posible en el marco constitucional ya que al respecto nada limita una mayor participación del Parlamento en la valoración de alguna de las causas de cese”.

³⁴⁴ Fórmulas de este tipo que constriñen las potestades de nombramiento y cese del Gobierno existen por ejemplo en relación con alguna de las conocidas como Autoridades Administrativas Independientes, caso del Consejo de Seguridad Nuclear (véase en este sentido el artículo 7 de la Ley 33/2007 de 7 de noviembre de reforma de la Ley 15/1980 de 22 de abril de creación del Consejo de Seguridad Nuclear).

1.2. La relación del Gobierno con el Ministerio Fiscal a través del Fiscal General del Estado.

Ya apunté más atrás que de la previsión constitucional del nombramiento gubernamental del Fiscal General del Estado no se infería, sin más, una determinada relación entre Gobierno y Ministerio Fiscal. Dicha relación debe buscarse en la posición que el ordenamiento jurídico en su conjunto atribuya a cada sujeto.

El capítulo IV del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal regula las relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes públicos. El proyecto de Estatuto, optando por la continuación de un modelo progubernamental, no contenía esa rúbrica³⁴⁵ que refuerza la opción por una institución autónoma a la que bastantes años después, en 2007, el legislador ha definido como órgano de relevancia constitucional dotado de personalidad jurídica propia. Los artículos 8 y 9 se ocupan de la relación con el Gobierno de la Nación, el artículo 10 con el Parlamento, y el 11 con las Comunidades Autónomas³⁴⁶. Sin duda son estos preceptos, junto a los relativos al estatuto personal del Fiscal General del Estado, el artículo 29 referente a su nombramiento, y el 31 a su mandato y cese, los que representan el principal cambio con respecto al modelo tradicional de configuración del Ministerio Fiscal en nuestro país delimitando su posición en el esquema de poderes constitucionalmente diseñado.

³⁴⁵ Como nos recuerda FLORES, *op. cit.*, pág. 277, la introducción de este capítulo obedeció a un grupo de enmiendas de los Grupos Comunista, Socialista y Minoría Catalana, diseñadas en base a una concepción -también presente en los trabajos constituyentes- del Ministerio Fiscal como órgano de relación y coordinación entre poderes. La atención a la descentralización política de carácter territorial, es decir, el principio de separación de poderes vertical, llevará a considerar, a instancias del grupo catalán, la relación con las Comunidades Autónomas, lo que terminará plasmándose en el art.11 EOMF.

³⁴⁶ Regulación que habría de completar con las correspondientes previsiones en los Estatutos de Autonomía que se refieren al Fiscal en su dimensión autonómica, particularmente los Estatutos catalán y andaluz. Véase *supra*, Capítulo I, 4. “Órgano del Estado *in toto*”.

La simple lectura de estos preceptos pone de manifiesto una singular relación de la institución con el Gobierno de la Nación, relación en la que juega un papel principal el Fiscal General del Estado de nombramiento gubernamental. Es a esta relación a la que me referiré ahora particularmente, dejando para un momento ulterior la consideración de las relaciones del Ministerio Fiscal con las Cortes Generales. Este planteamiento obedece a la que considero que es la interpretación que los poderes constituidos han realizado del artículo 124 de la Constitución, tanto el legislador como intérprete primario de la voluntad constituyente, como los propios sujetos concernidos a través de las convenciones y prácticas constitucionales. Al Gobierno de la Nación corresponde primordialmente la dirección política del país y al Parlamento el control del Gobierno en el marco de un sistema parlamentario racionalizado de prevalencia gubernamental.

El Ministerio Fiscal no es, por decisión constitucional, *instrumento*³⁴⁷ del Gobierno para la ejecución de su política criminal: ni es el órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales, ni el agente que representa los intereses del Ejecutivo en la Administración de Justicia. No obstante, sí es el Ministerio Fiscal un colaborador privilegiado del Gobierno en la labor que a éste compete en la lucha contra la criminalidad siendo en aras de esa colaboración natural que al Gobierno corresponde nombrar a quien piensa que será el idóneo para ostentar la jefatura máxima de la institución. Se dibuja así una conexión del Ministerio Fiscal con el circuito democrático, mayoría parlamentaria-Gobierno, bajo el control parlamentario que operará de manera diferenciada en función de la posición que a uno y otro,

³⁴⁷ Expresión traída del análisis que MAGIDE, *op. cit.*, al estudiar la relación del Banco de España con el Gobierno. También MARTÍNEZ DALMAU, R., *Constitución, legitimidad democrática y autonomía de los Bancos Centrales, op.cit.*, pág. 339.

Gobierno y Ministerio Público, corresponde, dada la autonomía constitucionalmente garantizada al segundo³⁴⁸.

Ciertamente el Ministerio Fiscal depende orgánicamente del Ministerio de Justicia en muchas de las cuestiones relativas a su gobierno y administración³⁴⁹, retiene potestades disciplinarias aunque mínimas y al Gobierno corresponde el nombramiento de los Fiscales que ocupan puestos de mayor relevancia y responsabilidad. Sin embargo, ya no depende funcionalmente del Gobierno, luego éste ni puede dirigir, ni supervisar su actuación institucional. Se debe construir a mi modo de ver una relación de colaboración privilegiada entre el Gobierno de la Nación a quien corresponde preeminentemente la dirección de la política interior y dentro de ésta la política de prevención y persecución del delito y quien ostenta la competencia de dirigir la actividad del Ministerio Fiscal y organizar al efecto todos los recursos personales y materiales con los que cuenta para ello. Tampoco podemos separar el plano de la política criminal del de la política judicial³⁵⁰, menos aún, si como parece que ocurrirá próximamente, el nuevo Código procesal penal atribuye al Fiscal la investigación de los delitos. Aunque la eficacia de las normas penales requiere del buen funcionamiento de la Administración de Justicia en sentido amplio, incluida las estructuras de prevención y persecución del delito, estamos ante un ámbito altamente sensible, dado que el principio de legalidad

³⁴⁸ Planteamiento sugerido por el informe de la SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: “Informes acerca de diversas solicitudes de comparecencia del Fiscal General del Estado para informar sobre la Actividad procesal del Ministerio Fiscal en un sumario determinado”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 15, 1988.

³⁴⁹ *Vid.* Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, el que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

³⁵⁰ Sobre los actos del Gobierno en la dirección de la política judicial (artículo 97CE), *vid.* la STC 45/1990, de 15 de marzo (caso Administración de Justicia en el País Vasco). Sobre esta sentencia véase GARCÍA LLOVET, Enrique, “Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. A propósito de la STC 45/1990, de 15 de marzo”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 36, 1992.

penal, tanto material como procesal, se erige en informador de nuestro sistema de acusación, y toca de lleno los valores de libertad y seguridad en una sociedad.

1.2.1. La no dependencia funcional externa del Ministerio Fiscal.

La relación entre Ministerio Fiscal y Gobierno no se explica en términos de dependencia jerárquica pero tampoco en los de una completa independencia. Hay jerarquía allí donde el inferior está sujeto a las órdenes, fiscalización y disciplina de un superior. Claramente el Fiscal General no depende directamente del Ministerio Justicia y por tanto no puede considerarse como en el modelo preconstitucional agente, delegado o instrumento del Gobierno de la nación ante los Tribunales. La explicación más lógica, en términos contemporáneos, del Ministerio Público como agente del Gobierno es que al Gobierno corresponde dirigir la política criminal, de lo cual responde políticamente y eso justificaría la dirección del Ministerio Fiscal. Ese sería el modelo francés³⁵¹.

En nuestro ordenamiento hasta 1978 estuvo subordinado al Gobierno, no lo está *ex tunc*. El Ministerio Fiscal no está subordinado jerárquicamente al Ministerio de Justicia y ello significa que al Ministerio de Justicia no le corresponde dirigir la actividad en general del Ministerio Fiscal, ni impartir órdenes de hacer o no hacer en asuntos concretos o de hacerlo en un determinado sentido, ni dirigidas al Fiscal del Tribunal Supremo ni al resto de fiscales³⁵²; ni siquiera al

³⁵¹ El 25 de julio (2013) entró en vigor en Francia la derogación expresa de la posibilidad del Gobierno de dirigir órdenes en asuntos concretos a los procuradores generales modificando al efecto el Código procesal penal.

³⁵² Conforme a la regulación preconstitucional el Reglamento orgánico del Ministerio Fiscal de 1969 señala en su artículo 82.2 que “el Ministro de Justicia podrá dirigir al Fiscal del TS orden escrita o verbal, en caso de urgencia, respecto de asuntos genéricos o especialmente determinados, en los que, conforme a las funciones que le son propias, deba intervenir el Ministerio Fiscal. El Fiscal del TS cumplirá dichas órdenes, ejercitando las acciones procedentes conforme a las leyes”. En el apartado 4 la situación es más grave porque en contra del propio principio jerárquico “en casos de excepcional

Gobierno corresponde fiscalizar, vigilar o supervisar la actuación del Ministerio Fiscal. Todas esas funciones han salido fuera del Ejecutivo, de la órbita de gestión del Ministerio de Justicia -a salvo la provisión de medios materiales y personales de la institución- y han pasado al propio Ministerio Fiscal, en concreto al Fiscal General del Estado que ejerce su jefatura suprema y lo representa en todo el territorio del Estado. Esta labor del Fiscal General del Estado y del resto de estructuras de dirección y gobierno interno del Ministerio Fiscal constituye, una función ejecutiva pero que sale de la órbita de la Administración³⁵³. El avance en la autonomía del Ministerio Fiscal es de hecho cada vez mayor en la gestión presupuestaria, en la formación de los fiscales, en la informatización de datos y en lo relativo a información y comunicación.

De esa instrumentalidad del Ministerio Fiscal con respecto al Gobierno en la regulación preconstitucional quede como botón de muestra lo que disponía el artículo 74 del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926 según el cual “el Ministro de Justicia podía..., *excitar el celo* del Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones y cumpla los deberes que le corresponden”. Esa expresión recurrente siempre me ha parecido que ha resaltado históricamente el interés propio del Ejecutivo en que las leyes tanto procesales como materiales se ejecutaran cumplidamente en tiempo y forma. Para ello el Gobierno contaba con el Fiscal del Tribunal Supremo y con el resto de fiscales que a él estaban subordinados.

urgencia el Ministerio de Justicia podrá dar las órdenes y pedir las noticias a que los párrafos anteriores se refieren a los fiscales de las audiencias territoriales y provinciales, dando cuenta al Fiscal del TS tanto el Ministro como los referidos fiscales. Estos tendrán en tal caso las mismas facultades y obligaciones que el del TS respecto al cumplimiento de las órdenes del Ministro” (por supuesto esta redacción ya no está en vigor).

³⁵³ De la Administración como persona jurídica, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid.

Desde su reconocimiento constitucional el Ministerio Fiscal no es sino instrumento de la misión que como órgano del Estado se le encomienda promoviendo la justicia en defensa del interés público.

Tampoco desde la perspectiva opuesta podemos afirmar que el fiscal en España goce de una completa independencia externa equiparable a la del fiscal italiano, integrante de la magistratura, definida constitucionalmente como orden judicial autónomo y sujeto constitucionalmente al principio de obligatoriedad³⁵⁴. Por más que lo podamos considerar una autoridad judicial que debe actuar con imparcialidad, independencia y objetividad y que participa desde su posición en el proceso en la garantía judicial de la libertad y la seguridad, el fiscal se sitúa en una organización unitaria y jerárquica, cuyo vértice es nombrado por un Gobierno que lo consideró idóneo para dirigir el Ministerio Fiscal. La doctrina utiliza expresiones como independencia débil o relativa para diferenciarla de la que es propia del juez o sustituyen la palabra independencia por la de autonomía.

El principio de dependencia jerárquica informa la organización y funcionamiento internos del Ministerio Fiscal, es decir, tiene alcance *ad intra* pero no *ad extra*. A decir verdad la independencia frente a terceros y en particular frente al Poder Ejecutivo no está constitucionalmente acogida de manera expresa pero el principio de legalidad, que en todo caso sujeta al Ministerio Fiscal a tenor del artículo 124.2, viene a garantizar esa independencia externa³⁵⁵.

Es así, que el artículo 55.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal delimita *sensu contrario* la dependencia jerárquica al afirmar que ningún miembro del Ministerio Fiscal podrá recibir órdenes o

³⁵⁴ La obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal formulada en el artículo 112 de la Constitución italiana implica, conforme a la interpretación de la Corte Constitucional, la independencia externa del *Pubblico Ministero* italiano. A dicha afirmación, en decisiones posteriores la Corte añadirá la garantía de la igualdad entre los justiciables.

³⁵⁵ Así lo advierte DÍEZ PICAZO, Luis María, en *El Poder de Acusar*, *op. cit.*

indicaciones relativas al modo de cumplir sus funciones más que de sus superiores jerárquicos estando en lo que al Fiscal General del Estado se refiere a lo dispuesto en los artículos 8 y siguientes, en el capítulo relativo a las relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes públicos. Se consagra, por tanto, una dependencia interna en clara oposición a la independencia interna de los jueces que define el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en lo que hace al plano externo, al tiempo que prohíbe la posibilidad de que el Ministerio de Justicia dirija instrucciones a fiscales concretos –ya que cada fiscal sólo puede recibirlas de sus superiores jerárquicos- pone de manifiesto una relación singular que se abre entre Fiscal General y Gobierno, relación que no es de dependencia jerárquica³⁵⁶.

Para gran parte de la doctrina actual muy influenciada en este extremo por discursos comparados se propone una solución “imaginativa”, en palabras del profesor FLORES³⁵⁷, conforme a la cual “roto el principio de dependencia externa... se encuadre al Ministerio Fiscal en el marco del juego de poderes evitando que dicha ruptura desemboque en una independencia institucional externa difícilmente imaginable en un Estado de Derecho”. Supondría un gran peligro para el equilibrio de poderes que un cuerpo independiente organizado jerárquicamente en el que se deposita la importante potestad de acusar

³⁵⁶ Existe un supuesto que mantiene una concepción de dependencia jerárquica del Fiscal General del Estado al Ministerio de Justicia en sede del recurso extraordinario de revisión penal ya que la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la posibilidad de que el recurso se interponga por el Fiscal General porque así se lo ordene el Ministro de Justicia cuando después del oportuno expediente determine que existen motivos para ello. Entendemos, más si cabe, abierta desde 1992 la legitimación al penado (y sus parientes) y, como no podía ser de otra manera, legitimando al Fiscal General del Estado para su interposición, si así lo considera, que no cabe mantener esta competencia en manos del Ministro de Justicia que –como el propio TC tuvo ocasión de señalar en las SSTC 7/1981 y 1984- *se inserta en la vía judicial*, la que añadimos nosotros es el terreno del Ministerio Fiscal y en ningún caso del Ejecutivo (la cursiva es mía).

³⁵⁷ Por todos ellos FLORES, *op cit*, pág. 704.

en nombre del Estado funcionara totalmente al margen del resto de poderes.

Encaja en este punto la teoría de la autonomía funcional construida sobre el principio de competencia a partir de la cual es posible concebir a un Ministerio Público vinculado al Ejecutivo a través de instrucciones generales y positivas pero no a través de la dependencia que implicaría también las instrucciones particulares y negativas³⁵⁸.

Dicha relación entre Gobierno y Ministerio Fiscal supone la traslación de justificaciones ya utilizadas con respecto a las Autoridades Administrativas independientes en las que se ha intentado explicar la relación Gobierno-Autoridad, no en términos de jerarquía, sino de dirección³⁵⁹. Según GIANNINI constituye dirección aquella relación en la que la autoridad superior no tiene el poder de ordenar, sino un poder directivo y un poder de control más o menos atípico, relación en la que son dos las autoridades que tienen decisión³⁶⁰. Seguiríamos dentro de las relaciones de *sopraordinazione* que dirían los italianos.

Esta construcción teórica, bajo mi humilde parecer, ni describe las relaciones de *lege data* existentes en la actualidad entre Ministerio Fiscal y Gobierno ni marca una tendencia posible en nuestro ordenamiento. No considero que este cuadro de relaciones case con nuestro modelo constitucional de Ministerio fiscal ni por supuesto con la tradición histórica española.

³⁵⁸ Es esa la regulación recién entrada en vigor en Francia.

³⁵⁹ Es el caso de BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid. 1994.

³⁶⁰ La relación de dirección es según GIANNINI, un tipo de relación de subordinación, *vid.* GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, volumen I, (3ª edición), Giuffrè Editore, Milán, 1993, pág. 314 y 315. También CHAPUS en Francia.

Hacia él podría virar el Ministerio Público italiano retomando, como parte de la doctrina³⁶¹ y de la clase política postulan, una relación con el Gobierno para definir las líneas generales de la política criminal³⁶². Bajo mi punto de vista la prohibición expresa de instrucciones particulares a los fiscales franceses por parte del Gobierno y la asimilación a los jueces en la política de nombramientos y en la exigencia de responsabilidad disciplinaria nos hace columbrar un modelo de Fiscal vinculado al Ministerio de Justicia precisamente en esos términos de relación de dirección³⁶³. Sobre ello me extenderé en el próximo capítulo. Aquí pretendo hacer visible la singularidad que en nuestro modelo imprime el sello constitucional.

Intuyo en nuestra regulación un modelo diferente al de dirección que doctrinalmente define el contenido de la relación entre el Gobierno y la Autoridad Independiente según el esquema al uso. En nuestro modelo de autoridad independiente –recipendiario de la impronta histórica y de la relevancia constitucional expresa otorgada al Fiscal General del Estado- la relación entre Gobierno y Fiscal General del Estado se define como una relación intersubjetiva en la que no hay relación de subordinación alguna, ni en términos de jerarquía ni de dirección. Ésta es, a mi modesto entender, la orientación que han marcado las últimas reformas del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal así como la tendencia que se advierte en la práctica de las relaciones inter-institucionales, sobre todo a partir de la nueva regulación estatutaria en 2007.

³⁶¹ Debemos citar aquí a ZANON, *Pubblico Ministero, op, cit.* que recoge la opinión de la doctrina proclive a esa solución y más reciente el estudio de BASTARRECHE págs. 183 a 189

³⁶² En tensión con esa postura está de la del Consejo Superior de la Magistratura como órgano de *indirizzo* político pero ciertamente me parece un desequilibrio inmenso al poder de los jueces por más que se recompusiera en términos más abierto y plural el Consejo Superior de la Magistratura.

³⁶³ Se ha frustrado el proyecto de reforma constitucional en esta dirección.

Manifestación de ello es que el ordenamiento español sitúa al Ministerio Fiscal o, para ser más correctos, al Fiscal General del Estado, en el terreno de las relaciones con el Gobierno y no con el Ministro de Justicia que carece en nuestro ordenamiento de ese perfil singular que le caracteriza en Francia correspondiéndole fijar las directrices de política penal y que se relaciona no con un procurador general, representante máximo de la institución, sino con todos los procuradores generales incluido el de la Corte de Casación. En España, por el contrario, la perspectiva, desde mediados del siglo XIX, viene siendo la de reforzar la figura del Fiscal General. Dotar al Ministro de Justicia de la potestad de dictar directivas generales sobre el Ministerio Fiscal eliminaría el sentido de la existencia del Fiscal General del Estado y supondría una opción ajena a la garantía institucional que nuestra Constitución consagra. El Ministerio Fiscal, por tanto, no está subordinado al Gobierno, ni en términos de dependencia jerárquica, ni de dirección.

En este sentido se dibuja de forma cada vez más acusada el perfil del Fiscal General del Estado no sólo y por supuesto jefe y representante máximo del Ministerio del fiscal sino por ello mismo interlocutor del Gobierno, en todo lo que a la definición de la política criminal y/o judicial se refiere. Para llevar a cabo con solvencia gran parte de esa labor externa el Fiscal General se ha visto descargado de sus cometidos de dirección interna de la actividad de los fiscales por las últimas reformas estatutarias. De alguna forma -aunque parezca paradójico- al separar de la Administración al Ministerio Fiscal se produce un reencuentro con la Política en términos renovados. No se trata ya de que al Ejecutivo corresponda organizar, dirigir y supervisar la actuación de los fiscales ya que ese cometido se ha trasladado *ex Constitutione* al Fiscal General del Estado. Ahora, considero, que el interés del Ejecutivo no debe construirse desde el interés en la supervisión de la aplicación judicial de las leyes, sino en la necesidad

de que el Gobierno trasmita el sentido de su política criminal, de la que un autor, autónomo en su ejecución, es el Ministerio Fiscal.

Gran parte de la actividad del Fiscal General del Estado³⁶⁴ se desenvuelve en el terreno de las relaciones institucionales³⁶⁵ en su condición de máximo representante del Ministerio Fiscal a través de contactos dotados de mayor o menor grado de formalidad, con el Gobierno pero también con otros sujetos como el Consejo General del Poder Judicial, los Colegios de Abogados y los de Procuradores, los agentes políticos y sociales, como partidos políticos, sindicatos o colectivos en defensa de las víctimas por solo citar algunos. Obviamente estas relaciones tienen también acogida en los niveles autonómicos y locales y de forma cada vez más relevante en el marco de las relaciones internacionales bien puntualmente o bien de manera integrada en los foros creados al efecto. De toda esa labor dan cumplida cuenta las memorias fiscales y los medios de comunicación en particular el propio gabinete de prensa del Ministerio Fiscal a través de su página en internet.

Estas tomas de contacto en muchas ocasiones culminan en la firma de protocolos de actuación o de Convenios de los que se está haciendo profusa utilización en la actualidad, que reflejan el compromiso de los actores concernidos ante problemas de especial sensibilidad social. La firma de estos Convenios que ya se venía

³⁶⁴ Se potencia la figura del Teniente Fiscal del Tribunal Supremo (artículo 17 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) y se concretan sus funciones de verdadero director ordinario de la Fiscalía del Tribunal Supremo y de sustitución del Fiscal General del Estado y la posibilidad de delegar funciones de su competencia en los Fiscales de Sala (artículo 22.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

³⁶⁵ La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en 2007 da marco legal a la Unidad de Apoyo (artículo 13.4) a la que corresponde asistir al FGE en lo que se refiere a representación institucional y relaciones con los poderes públicos y en lo que atañe a la comunicación y relaciones con los medios y gestión de la atención al ciudadano. Cabe también la creación de Unidades de Apoyo en el nivel autonómico cuando estamos en Comunidades Autónomas que tienen asumidas las competencias en materia de Administración de Justicia.

realizando con anterioridad a la reforma del año 2007 viene avalada por la regulación actual reconociendo al efecto personalidad jurídica al Ministerio Fiscal que podrá ser parte en los mismos sin la necesidad de que concurra la personalidad jurídica de la Administración. El artículo 11.3 del Estatuto prevé la autorización del Fiscal General del Estado para la firma de los convenios con las Comunidades Autónomas³⁶⁶.

Pero sin lugar a dudas el examen debe centrarse en los dos mecanismos principales de relación del Gobierno con el Ministerio Fiscal previstos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: uno en la dirección Gobierno-Ministerio Fiscal cuando aquél interesa determinadas actuaciones en el artículo 8 del Estatuto, otro en la dirección Ministerio Fiscal-Gobierno a través de los mecanismos de información del artículo 9. Tanto en uno como en otro caso la relación formal que se establece lo es con el Fiscal General del Estado, que si de un lado canaliza la comunicación gubernamental con el Ministerio de Fiscal, de otro blindada la posición autónoma de la institución. Este blindaje impide -previsión que sí hacía la regulación preconstitucional para casos de urgencia- la comunicación directa del Ministerio de Justicia con fiscales determinados, lo que salvaguarda la posición de éstos. Por otra parte, aunque en el ámbito de la gestión desempeñe un papel fundamental el Ministerio de Justicia, se realiza el papel del Gobierno, bien en su formación colegiada como Consejo de Ministros, bien a través del Presidente del Gobierno, que en nuestro sistema constitucional ostenta un papel preponderante en la dirección política.

1.2.2. El Gobierno como interesado en la actuación del Ministerio Fiscal

Lo que ha quedado de ese impulso gubernamental dirigido al Ministerio Fiscal conforme al cual al Gobierno correspondía “excitar el celo” de los fiscales es la curiosa fórmula utilizada por el artículo 8 del

³⁶⁶ Posibilidad que aparece contemplada en los Estatutos de nuevo cuño catalán (artículo 96.4) y andaluz (artículo 143.5).

Estatuto en el que se reconoce la posibilidad –no tenida por habitual- de que el Gobierno interese determinada actuación al Ministerio Fiscal a través de su máximo representante, el Fiscal General del Estado. Fue éste precepto objeto, a mi parecer, de uno de los cambios fundamentales en el *iter* parlamentario³⁶⁷ seguido por el Proyecto de Ley de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Se trataba de la cuestión crucial de las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno y la respuesta debía suponer un cambio histórico de trascendencia. El artículo 6.2 del proyecto después de referirse a la sujeción del Ministerio Fiscal al principio de legalidad, le obligaba a promover ante los Tribunales las actuaciones que el Gobierno interesara al Fiscal General del Estado en defensa del interés público. Cuando el Fiscal General apreciara la inviabilidad o ilicitud jurídica de tales actuaciones, decía aquel texto, lo expondría al Gobierno razonadamente procediendo conforme a Derecho. El tránsito, en la redacción definitiva, a un Ministerio Fiscal integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial determinó la disposición actual según la cual el Gobierno se convierte en interesado y se introduce a la Junta de Fiscales de Sala como contrapeso de la decisión del Fiscal General sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas. De esta forma dispone el artículo 8 que “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”.

Este precepto relativo a las relaciones Ministerio Fiscal-Gobierno de la Nación encuentra su referente autonómico en el artículo 11 según el cual “en el marco de sus competencias y cuando los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas interesen la actuación del Ministerio Fiscal se dirigirán, poniéndolo en conocimiento del Ministerio de Justicia, al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, que lo

³⁶⁷ Consultado en la edición preparada por LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1984.

pondrá en conocimiento del Fiscal General del Estado, quien, oída la Junta de Fiscales de Sala, resolverá lo procedente, ajustándose en todo caso al principio de legalidad...”³⁶⁸.

El Fiscal General del Estado, dado que no depende jerárquicamente del Gobierno, goza de autonomía para decidir al respecto, una autonomía funcional que las exigencias de idoneidad y estabilidad incorporadas en la reforma de 2007 vienen a garantizar reduciendo, con ello, las posibilidades de mediatización gubernamental. El Fiscal General, que representa al Ministerio Fiscal y ostenta su superior jefatura, -en tal condición se dirige a él el Gobierno- no depende de un superior al que obedecer como el resto de fiscales, pero, al igual que éstos, en todo caso está sujeto a los principios de legalidad e imparcialidad. Es él quien toma la decisión y para ello cuenta con el apoyo de la Junta de Fiscales de Sala, órgano de excelencia técnica que informa al Fiscal General del Estado desde la interpretación de la legalidad que le confiere su *auctoritas* sobre la viabilidad y, en su caso, procedencia de las actuaciones que el Gobierno solicita. Estamos ante una participación de un órgano consultivo que actúa como contrapeso a la posición vértice del Fiscal General, que el modelo de Ministerio Público que conforma el Estatuto incorpora -así lo señalaba la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1998- con el objeto de defender mejor los principios de legalidad e imparcialidad que rigen la institución. La Ley 24/2007, de 9 de octubre que refuerza la autonomía

³⁶⁸ En la reunión de la Junta de Fiscales de Sala de 25 de marzo de 2010 se da cuenta de la utilización de este mecanismo a raíz de la solicitud de la Generalitat de Cataluña de interponer el recurso extraordinario de revisión en relación con el acuerdo adoptado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, en fecha 15 de octubre de 2009, por el que se instaba al Fiscal General del Estado a plantear de oficio ante el Tribunal Supremo recurso de revisión de las sentencias dictadas respecto de quien fuera Presidente de la Generalitat de Cataluña, don Lluís Companys i Jover. En cualquier caso, salvo que se trate de materias de gestión, no parece que el Ministerio de Justicia debiera tener comunicación antes que el propio Fiscal General del Estado. El objeto normal de comunicación serán cuestiones relativas a gestión de medios personales y materiales, convenios, necesidades de plantilla sobre las que las Comunidades Autónomas ostenten alguna competencia.

del Fiscal General del Estado también ha revitalizado la Junta de Fiscales de Sala dándole atribuciones nuevas y sumando como nuevos integrantes a los Fiscales de Sala especialistas.

La viabilidad, a la que se refiere el artículo 8, haría referencia a la conformidad de lo que se pide con la legalidad dado que cualquier actuación contraria a la ley, que al Ministerio Fiscal corresponde defender, debe ser rechazada, ya que la vinculación a la legalidad se impone en todo caso al Fiscal General del Estado como máximo representante de la institución. No podría el Fiscal General del Estado, por ejemplo, seguir la “sugerencia” gubernamental de no perseguir una conducta tipificada penalmente, ni dejarlo de hacer en el común de los casos, ni por supuesto en un caso concreto³⁶⁹. Además, aunque no se abunda normalmente en ese argumento, el propio Gobierno debe actuar con respeto a esa legalidad que también a él vincula como poder del Estado de Derecho y respetar en su actuación el ámbito de decisión competencial que al Ministerio Fiscal corresponde a lo que también el ordenamiento le obliga. Lo contrario supondría una injerencia no admisible contraria a la autonomía constitucionalmente garantizada al Ministerio Público y, por supuesto, una actuación antijurídica.

Más complicado, sin duda, resulta interpretar el sentido de lo que sea la *procedencia* de la actuación interesada que en la práctica puede constituir un argumento de mayor relevancia, ya que, difícilmente, y para ello precisamente está dispuesta la intervención de la Junta de Fiscales de Sala, se interesará formalmente -a través de esta vía- del Fiscal General del Estado la toma de una decisión que atente claramente contra el ordenamiento jurídico. Aún menos plausible debe ser ahora que el Fiscal General del Estado tiene blindada su posición durante un mandato determinado salvo si concurre alguna de las causas contempladas expresamente. No cabría pensar que la

³⁶⁹ Ha habido en las distintas legislaturas acusaciones en sede parlamentaria de un uso indebido en ese sentido del Ministerio Público en casos de corrupción vinculada al poder político.

negativa de un Fiscal General del Estado con el apoyo de la Junta de Fiscales de Sala pudiera ser valorada como un funcionamiento irregular grave que justificara una remoción del cargo conforme a las causas de cese previstas en el artículo 31 del Estatuto.

De una parte, podríamos considerar como procedente aquello que jurídicamente lo sea³⁷⁰. Al fin y al cabo siempre existirá discrecionalidad técnica y un momento interpretativo y creativo en la aplicación de la norma. El juego de los artículos 100 y 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha excluido del ordenamiento procesal español el principio de oportunidad, incluso en su modalidad reglada o de legalidad diferenciada³⁷¹. Ello no significa que la proclamación del principio de legalidad en el artículo 124 de la Constitución no pueda acoger una interpretación diferente. Las dos propuestas más serias que se han realizado hasta la fecha de un nuevo Código Procesal Penal en España contemplan el principio de oportunidad como manera de finalizar el proceso.

Desde otro punto de vista, procedencia sería algo más laxo dando cabida a un margen de apreciación de forma que el Fiscal General del Estado y la Junta, como órgano consultivo, deberían entrar a ponderar extremos como la oportunidad y conveniencia de llevar a cabo determinadas actuaciones en determinado sentido y momento. En este último caso cabrían dos interpretaciones en función del ámbito decisorial que reconozcamos al Fiscal General del Estado y la manera en que se defina su particular relación con el Gobierno. Según una primera interpretación el Ministerio Fiscal – el Fiscal General como su

³⁷⁰ Partiendo de la afirmación del art. 100 LECr de que “de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable...”

³⁷¹ “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada....”

representante máximo- sería el órgano que filtra a través de la legalidad la definición del interés público que haga el Gobierno. Conforme a una segunda postura es el propio Ministerio Fiscal quien decide, dentro del marco de la legalidad, lo que resulta o no adecuado al interés público. Según la corriente mayoritaria, sin embargo, sólo el Gobierno puede determinar el interés público ya que el Ministerio Fiscal no tiene capacidad ni legitimidad para ello. Según la opinión del profesor FLORES la naturaleza del Ministerio Fiscal como órgano constitucional de garantía llega a controlar y garantizar que las actuaciones interesadas por el Gobierno se muevan siempre dentro de los márgenes de la legalidad. Ir más lejos en este camino supondría atribuir al Ministerio Fiscal y muy concretamente al Fiscal General del Estado una decisión que debe corresponder al Gobierno *ex artículo 97*, a un órgano político y democráticamente responsable³⁷².

No soy yo de ese parecer. Carece de lógica, bajo mi punto de vista, considerar que si, como afirma LÓPEZ AGUILAR³⁷³, la autonomía funcional entraña un “*haz de facultades y de potestades típicas de todo órgano estatal del que sus titulares disponen para el acometimiento de funciones que el ordenamiento les atribuye de forma distintiva y específica, y para cuyo ejercicio no necesitan, por tanto, de un mandato singular, determinado y concreto, respecto de cada ocasión en que les compete actuar*”, pensemos que no tiene esa posibilidad de valoración cuando es el Gobierno el que como principal interesado en la dirección de la política criminal se ponga en comunicación con el Fiscal General del Estado. El Fiscal General del Estado y el Ministerio Fiscal que aquél

³⁷² FLORES, Ignacio, *op. cit.* pág. 364, y sobre la relación en términos parecidos entre Ministerio Fiscal y Gobierno véase también REY MARTÍNEZ, Fernando “Gobierno, Administración de Justicia y Ministerio Fiscal”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002.

³⁷³ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996 (los subrayados son míos). Sobre dos modelos opuestos de Fiscal según la promoción de la legalidad requiera del impulso de los órganos políticos o por el contrario de la peculiar interpretación del Fiscal véase GRANADOS, Francisco: *El Ministerio Fiscal (Del presente al futuro)*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 152.

representa gozan con respecto al Gobierno de una autonomía valorativa que viene a reconocer cierta capacidad de *indirizzo* en la implementación de directrices. Será el Fiscal General del Estado de manera principal pero también el resto de órganos del Ministerio Fiscal, fiscalías a través de sus jefaturas internas, el Consejo Fiscal y el sistema de Juntas los que participen en mayor o menor medida en la definición del interés público cada uno en el marco de los cometidos que le son propios. Este interés no puede ser otro que el interés de la justicia en la aplicación eficiente de las normas penales.

El ordenamiento español se suma a aquéllos que garantizan el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal lo cual no significa, como ya sabemos, la negación de la discrecionalidad implícita que acompaña a toda aplicación de la norma, el margen de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, los supuestos en los que como en las faltas es al Fiscal General del Estado al que corresponde determinar si el interés público exige la acusación del Ministerio Fiscal, el campo del derecho penal del menor en el que sí se reconoce el principio de oportunidad, la interposición de recursos o la solicitud de medidas cautelares, actuaciones todas ellas que requieren la ponderación de distintos intereses en presencia. Pero será, sobre todo, en el terreno de la dirección y organización del Ministerio Fiscal, es decir en la manera que el Ministerio Fiscal y en particular el Fiscal General del Estado predispone los medios humanos, materiales, organizativos al cumplimiento de su misión institucional en el que se debe, por el momento, construir la relación Gobierno-Fiscal General del Estado. Del impulso gubernamental puede derivar una mayor concentración de esfuerzos y dedicación de los fiscales en determinados sectores de la política criminal o postular ante los Tribunales una respuesta penal más contundente en atención a la interpretación que el Gobierno haga de la realidad política y social o la exigencia de un

especial celo y preocupación en casos de marcada sensibilidad social³⁷⁴. Se trataría en definitiva de marcar prioridades, racionalizar y gestionar esfuerzos.

Por tanto, la dinámica de la comunicación del Gobierno con el Fiscal General del Estado, a través del artículo 8, cuya utilización puede instarse también a iniciativa parlamentaria, culminará, si prospera, en la elaboración de una circular del Fiscal General del Estado o en instrucciones generales o en su caso en la firma de convenios con otros actores. Aunque es claro el protagonismo del Gobierno en esa función de *indirizzo* político también el Parlamento participa en esa definición de las directrices de política criminal. Ello tiene lugar a través de los instrumentos de dirección política de las Cámaras tales como proposiciones no de ley, mociones consecuencias de interpelaciones³⁷⁵ o resoluciones tomadas a raíz de las comunicaciones e informes del Gobierno. Las memorias de la fiscalía y las comparecencias parlamentarias del fiscal también desempeñan un papel determinante en la fijación de la política criminal del Gobierno que luego se concretará en las correspondientes iniciativas legislativas, tendente a

³⁷⁴ Así en los casos de sensibilidad social ante el índice de siniestralidad laboral que lleva al Gobierno a instar al Fiscal General del Estado que actúe en determinado sentido, o el elevado número de accidentes de tráfico, o la violencia contra la mujer, o la persecución de la corrupción. De hecho estas parcelas de la realidad son las que han llevado a crear unidades especializadas en distintos ámbitos, constatada la necesidad bien desde el hacer diario de las fiscalías, trasladando y en su caso generalizando experiencias que luego se reconocerán y definirán por el Fiscal General del Estado. También a partir del impulso principalmente gubernamental o bien del *indirizzo* político parlamentario a través de las proposiciones no de ley en las que se pide al gobierno que haga uso del mecanismo previsto en el artículo 8 del Estatuto.

³⁷⁵ El Pleno del Congreso, tras una interpelación urgente del Grupo Parlamentario Mixto sobre política del Gobierno dirigida a reducir de manera significativa los índices de siniestralidad laboral adoptó el acuerdo de 24 de febrero de 1998 por el que instó a la Fiscalía General del Estado a propiciar “la máxima coordinación con las Inspecciones de Trabajo y las Comunidades Autónomas para mejorar la eficacia de la labor de la Fiscalía en defensa de la normativa penal sobre delitos contra la seguridad y salud laboral”.

garantizar una unidad de criterio entre todas las autoridades concernidas³⁷⁶.

Si finalmente se plasma en un nuevo código procesal penal el principio de oportunidad, la dirección del Ministerio Fiscal cobrará aún más relevancia. En la propuesta de la comisión de expertos bajo el Ministerio de Gallardón corresponde al Ministerio Fiscal la apreciación discrecional de las causas que permiten concluir el procedimiento por razones de oportunidad, si bien en esta propuesta la decisión corresponde el juez que deberá en todo caso determinarla salvo que las partes acusadoras alegaran la prosecución de la causa. La apreciación de la falta de necesidad de pena en el caso concreto en el anteproyecto socialista correspondía *en exclusiva* (la cursiva es mía) al Ministerio Fiscal, apreciación basada en razones de política criminal, que se plasmaría en las circulares e instrucciones generales que fuesen necesarias para asegurar la unidad de actuación en el ejercicio de esta facultad, asegurando el respeto efectivo al principio de igualdad en la aplicación de la ley penal lo que expresamente se contemplaba en el texto. No se refiere a esa labor directiva y unificadora de la práctica de la oportunidad de los fiscales por el Fiscal General la última propuesta.

La propuesta nacida de la Comisión "Marchena" no se refiere en ningún momento al uso de la vía del artículo 8 del Estatuto Orgánico

³⁷⁶ En marzo de 2012 el Congreso insta por unanimidad al Gobierno a investigar los casos de bebés robados para "hacer justicia". El Partido Popular en el Gobierno adelanta que Justicia ha entablado conversaciones con la Fiscalía General del Estado para fijar un criterio común. La Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados ha aprobado por unanimidad una proposición no de ley del PSOE transaccionada con el PP por la que insta al Gobierno a continuar impulsando "las vías de actuación" y la investigación de los casos de niños robados con el fin de "hacer justicia" y "facilitar los reencuentros" entre las familias. Justicia ha iniciado conversaciones con la Fiscalía General del Estado para "facilitar la unidad de criterio". La diputada de UPyD Rosa Díez ha respaldado esta propuesta, aunque ha considerado que "se queda corta" para los colectivos de afectados que esperan "un paso más" por parte de los diputados. La enmienda por la que instaba a crear una sección especializada en las Fiscalías no ha conseguido el respaldo de la Comisión. Los socialistas han justificado su rechazo en que es, a día de hoy, una idea "precipitada".

del Ministerio Fiscal como mecanismo de comunicación del Gobierno con el Ministerio Fiscal en el caso de que queden comprometidos intereses de especial sensibilidad para el Estado ni tampoco hace referencia al control parlamentario de la dirección del Ministerio Fiscal a través de las circulares que el Fiscal General del Estado dicte, a lo que sí se refería el anteproyecto socialista. El artículo 155 del Anteproyecto bajo el Ministerio de Caamaño aludía expresamente a *supuestos especiales de aplicación del principio de oportunidad en los que únicamente correspondía decidir el archivo el Fiscal General del Estado* en investigaciones cuya continuación entrañaran un grave riesgo para la seguridad nacional, en supuestos de arrepentidos que eviten ese riesgo para la seguridad nacional o para el orden constitucional o en los supuestos de extensión de la jurisdicción universal (artículo 23.4 de la LOPJ) en los que el Fiscal General podía decretar el archivo del procedimiento de investigación cuando su inicio o su continuación pudiera suponer un grave daño para las relaciones de España con otro Estado soberano. En estos supuestos se preveía la utilización del artículo 8 del Estatuto pudiendo el Gobierno de la Nación, previo acuerdo del Consejo de Ministros, interesar al Fiscal General del Estado la aplicación del principio de oportunidad. Recibida la comunicación del Gobierno, el Fiscal General adoptaría su decisión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de su Estatuto Orgánico, ponderando el interés nacional invocado por el Gobierno con el interés de la justicia en la aplicación de la norma penal correspondiente. La decisión del Fiscal General del Estado a la que se refiere este artículo no podría ser objeto de control o revisión judicial más que en los aspectos reglados quedando, en cuanto a las razones que justificaran su aplicación sujeto al examen posterior del Congreso de los Diputados en la forma y con las consecuencias que estableciera el Reglamento parlamentario.

Volviendo a la regulación actual nada impide en principio que el Gobierno se interese por casos concretos. Poco sentido tendría en otro caso que el artículo 9 se refiera a la solicitud de información en asuntos

determinados que el Ministerio Fiscal deberá darle salvo que existan obstáculos legales que lo impidan. Pienso, no obstante, que a medida que vamos de lo general a lo concreto la justificación de la utilización de este mecanismo debería ser más exigente. A medida, pues, que nos trasladamos del terreno de la política a la aplicación de la norma y, por tanto, al terreno de lo judicial debería verse reforzado el papel de la Junta de Fiscales de Sala. Una incitación del Gobierno relativa a la judicialización o no de un determinado asunto sólo podría operar en sentido positivo. Realizar esta comunicación en sentido negativo, indicando al Fiscal General del Estado que no actúe frente a personas que presuntamente hayan cometido un delito, sería contrario a Derecho.

El peligro de injerencia en asuntos determinados cobra especial relevancia en el ámbito de la llamada criminalidad gubernativa³⁷⁷, terreno en el que las sospechas de una posible mediatización del Ministerio Público se incrementan. Se trataría de supuestos en los que la imparcialidad del Fiscal General del Estado pudiera ponerse en entredicho a causa del potencial conflicto entre el interés público y posibles intereses personales o partidistas, ya sean éstos de miembros del Gobierno o del propio Fiscal General del Estado en mantenerse en su puesto o simplemente en contar con cierta complacencia.

La ingeniería constitucional continental no ha prestado singular atención a este problema, a diferencia del ordenamiento americano que conoce la figura del *Independent Counsel*³⁷⁸. Quizás esto se deba a la configuración del Ministerio Público como autoridad judicial en el modelo europeo frente al sistema americano que ha concebido al acusador (*attorney general*) como Poder Ejecutivo. El sometimiento del fiscal a la ley, que garantiza la igualdad de los ciudadanos ante ella, en

³⁷⁷ DÍEZ PICAZO, Luís María, *La criminalidad de los gobernantes*, Editorial Crítica, 1999.

³⁷⁸DÍEZ PICAZO, Luís María (2000), *op cit.*

pura lógica debería hacer prescindible cualquier contrapeso en ese sentido.

Las únicas previsiones expresas frente a un potencial conflicto de intereses son las relativas a la recusación del Fiscal General en el artículo 28 y la cautela adicional dispuesta en el artículo 25 del Estatuto³⁷⁹.

En relación con lo primero, hasta la importante reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en 2007 sobre la “recusación” del Fiscal General del Estado resolvía el Ministerio de Justicia. Los miembros del Ministerio Fiscal no pueden ser recusados, de un lado, porque son partes en el proceso; de otro, debido al carácter unitario e indivisible del Ministerio Fiscal en el que cada fiscal representa a la institución. Sin embargo, si incurre un fiscal en alguna de las causas de abstención establecidas para los jueces, deberá inhibirse, dándose a las partes la posibilidad de acudir al superior jerárquico del fiscal en cuestión, interesándole que le ordene su no intervención en el proceso. Pudiera darse el caso de que sea el Fiscal General del Estado el que incurra en alguna de esas causas, situación que contempla el artículo 28 del Estatuto. Hasta la reforma de 2007 resolvía en tal supuesto el Ministerio de Justicia, decisión que, como en el caso de cualquier otro fiscal, no podía ser recurrida. Estaríamos ante una medida de administración interna reconducible a la potestad organizatoria de los superiores que solucionarían la situación encomendando el asunto a otro fiscal. Que fuera el Ministro de Justicia quien resolviera implicaría que el Ministro de Justicia seguiría siendo, a estos efectos, superior del Fiscal General del Estado, al corresponderle a él decidir sobre una

³⁷⁹ En España como por otra parte en el común de los sistemas europeos no hacen de la criminalidad de los gobernantes y en especial de la corrupción pública un problema constitucional sobre la acusación pública como maravillosamente nos cuenta DÍEZ PICAZO sí ocurre en los Estados Unidos. Sin embargo, entra dentro de la lógica que sea precisamente en esos supuestos los más sensibles ante una posible mediatización política de un fiscal dependiente del Gobierno.

posible causa de abstención. Por tanto, seguiría siendo este precepto una rémora del modelo anterior en el que como venimos afirmando el Ministerio Fiscal era un servicio gestionado por la administración. Se introducía lo político en el terreno de lo judicial y no precisamente en lo que a gobierno y administración de medios hace sino incidiendo directamente en la organización y dirección de la función desarrollada por los fiscales, con una importante proyección *ad extra* que además quedaba fuera del control judicial. Se venía a colocar de alguna manera al Gobierno en la posición de garante de la imparcialidad del fiscal³⁸⁰.

En la nueva redacción se encomienda la decisión al respecto a la Junta de Fiscales de Sala, órgano eminentemente técnico que acoge en su seno a la jerarquía fiscal, lo que le otorga gran autoridad y una gran relevancia. Además, se sitúa al Teniente Fiscal del Tribunal Supremo en la presidencia de la misma para evitar que sea el Fiscal general del Estado quien resuelva sobre su propia situación, convirtiéndose así en una decisión eminentemente técnica y, por tanto, imparcial. Es cierto que para muchos hubiera sido más conveniente en aras de una mayor autonomía del Ministerio Fiscal otorgarle esta competencia al Consejo Fiscal³⁸¹, órgano de gobierno interno del Ministerio Fiscal, pero dada la naturaleza de este órgano situaría la decisión en un campo más politizado y, por tanto, más proclive al conflicto.

En el ordenamiento español aparte del contrapeso “externo” de la acusación popular a la que tendré ocasión de referirme más adelante no existen fórmulas organizativas singulares que garanticen la

³⁸⁰ ALCALÁ ZAMORA, Niceto, “Lo que debe ser el Ministerio Público”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXVIII, nov 1929, tomo 155, págs. 519 a 531.

³⁸¹ En el último Consejo Fiscal presidido por Conde Pumpido se informó al Consejo de del Decreto del Fiscal General del Estado de fecha 7 de noviembre de 2011, por el que se abstiene del conocimiento de las actuaciones elevadas al Tribunal Supremo respecto de D. José Blanco López, correspondiendo en lo sucesivo, el ejercicio de todas las funciones que legalmente pudieran resultar atribuibles al Fiscal General del Estado, al Teniente Fiscal del Tribunal Supremo.

imparcialidad del Ministerio Fiscal en estos supuestos, a salvo el artículo 25 del Estatuto Orgánico que, desde el año 2007, introduce una garantía que podemos llamar suplementaria de la independencia funcional externa de los fiscales. Este artículo dispone que cuando las órdenes que el Fiscal General imparta a sus subordinados se refieran a asuntos que afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno, el Fiscal General deberá oír con carácter previo a la Junta de Fiscales de Sala. Se garantiza así la posición de los fiscales frente a posibles instrumentalizaciones que tengan su origen en una mediatización de *facto* del Fiscal General del Estado. Ciertamente no se exige que la Junta informe favorablemente por lo que la decisión última corresponde al Fiscal General del Estado pero sin duda un posible conflicto de pareceres con la Junta se visualizaría ante la opinión pública y con toda probabilidad en sede parlamentaria. En su despedida ante la Junta de Fiscales de Sala, el último Fiscal General del Estado, D. Cándido CONDE-PUMPIDO señalaba que “no habrá Gobierno, ni oposición, ni medio de comunicación que pueda presionar a ningún Fiscal, si por encima de cualquier ejercicio voluntarista de jerarquía se erige la excelencia del conocimiento del Derecho, y la voz colegiada de los miembros más prestigiosos del Ministerio Público. El Fiscal que dibuja la Constitución atesora en esta Sala la llave de su mejor garantía de imparcialidad”.

La respuesta razonada que el Fiscal General del Estado debe trasladar al Gobierno podría encerrar, pues, bajo nuestro punto de vista una discrepancia o una disconformidad con el interés gubernamental sea por motivos jurídicos sea, en su caso, por motivos de conveniencia u oportunidad. Al fin y al cabo nadie mejor que aquél que dirige el Ministerio Fiscal para saber de la eficacia y eficiencia de determinada medida o de la mejor manera de adecuar los elementos que debe dirigir en el más escrupuloso respeto de la legalidad para conseguir un fin legítimo determinado. No tendría sentido además limitar la posibilidad de pronunciarse sobre la procedencia de lo interesado tratándose de un

órgano de relevancia constitucional al que se reconoce en la interpretación dada por el legislador de la Constitución una autonomía valorativa. Podemos traer aquí a colación la discusión que en torno a los órganos consultivos se plantea en dicho sentido cuando se le reconoce al Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno o al Consejo General del Poder Judicial en su potestad de informe, aunque parte de la doctrina lo cuestione. La motivación de la resolución permitirá comprobar que efectivamente la decisión del Ministerio Fiscal es una decisión razonable que se atiene en todo caso a los principios de legalidad e imparcialidad.

Si antes de la reforma del año 2007 el Fiscal General que no se aviniera a lo instado por el Gobierno se exponía a la posibilidad de un cese en cualquier momento y sin necesidad, si quiera, de motivación por el Gobierno que lo nombró, lo que pudiera hacer pensar que siempre cabría la posibilidad de que la permanencia en el cargo influyera en su anuencia; la nueva regulación del cese, a la que ya me referí, conduce a otra realidad bien distinta, al menos en el plano normativo. El Fiscal General del Estado sólo puede ser cesado por causas tasadas por lo que la disconformidad del máximo representante del Ministerio Fiscal y el Gobierno sólo podría dar lugar al cese en caso de incumplimiento grave o reiterado de sus funciones, decisión del Gobierno sometida además a control jurisdiccional; lo que significa que deja de ser una decisión libre por cese de la confianza gubernamental en quien debe dirigir el Ministerio Fiscal. La garantía de estabilidad, de inamovilidad durante un mandato fijado es la mayor garantía orgánica de la autonomía funcional del Ministerio Fiscal. El Fiscal General puede razonadamente disentir del Gobierno y ello no podrá traducirse en una separación del cargo. Era hasta 2007 la principal garantía que concurría en las llamadas autoridades administrativas independientes y de la que, sin embargo, no disponía el jefe máximo de los fiscales.

Ciertamente, también cabe referir aquí la existencia de la Fiscalía Anticorrupción como Fiscalía Especial pero como decía antes

no existe una especial garantía de la autonomía de esta fiscalía que opera, si cabe, con mayor “tutela” del Fiscal General del Estado que el resto de Fiscalías como deja entrever su seguimiento mediático y parlamentario.

Concluyendo este apartado debe garantizarse que, en cualquier caso, como sugiere la Recomendación 19 (2000) las relaciones entre Gobierno y Ministerio Público, allí donde existen, deben ser transparentes. Sólo así pueden delimitarse y exigirse responsabilidades. En las memorias debería aparecer explícita referencia a la utilización de la vía del artículo 8 del Estatuto y a las medidas que el Ministerio Fiscal toma en respuesta a las demandas del Gobierno. Los contactos informales debieran reducirse al mínimo siendo la utilización de esta vía de comunicación un mecanismo “normal” de relación gubernamental con el Ministerio Público. En esa dirección pienso, también, que debiera orientarse la petición de información tanto del Gobierno como del Parlamento a través de la solicitud de comparecencias parlamentarias.

1.2.3. La información entre Ministerio Fiscal y Gobierno

El artículo 9 del Estatuto se refiere también a las relaciones del Ministerio Fiscal con el Gobierno desde la perspectiva en esta sede de la información que el Ministerio Fiscal debe hacer llegar al Ejecutivo. En el primer apartado atiende a la Memoria Fiscal como mecanismo particular de información. En el segundo apartado el Estatuto alude a la solicitud de información respecto a cualquier asunto en que intervenga el Ministerio Fiscal, así como sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia a la que el Fiscal General del Estado deberá dar cumplida respuesta en el marco de la legalidad. Me referiré por separado a uno y otro aspecto ya que considero que sendos mecanismos responden a exigencias y concepciones diferentes de la relación existente entre Ministerio Fiscal y Gobierno.

En casos excepcionales incluso se prevé que el Fiscal General del Estado pueda ser llamado a informar ante el Consejo de

Ministros³⁸². Esta comparecencia en el Consejo de Ministros está también prevista en relación con el Gobernador del Banco de España, genuina autoridad independiente³⁸³.

A) MEMORIA ANUAL DE LA FISCALÍA

Fue en 1882 que la Ley Adicional de organización del Poder Judicial en su artículo 15 estableció por primera vez la obligación del Fiscal del Tribunal Supremo de dirigir cada año judicial al Gobierno de la nación una memoria cuyo contenido sería el estado de la Administración de justicia en España, las instrucciones más importantes cursadas a los subordinados y las reformas que se estimaran pertinentes para la mejora del servicio judicial.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado es el instrumento³⁸⁴ que tiene por misión fijar y transmitir la imagen fiel de la actividad y funcionamiento del Ministerio Público en el año vencido. En ella se comprende la información sobre su actividad, la evolución de

³⁸² Así fue por ejemplo en el Consejo de Ministros que declaró el estado de alarma por primera vez desde la Constitución de 1978 a raíz del conflicto entre AENA y los controladores aéreos.

³⁸³ El art. 10 de la Ley 13/1994, de 1 de junio sobre Autonomía del Banco de España relativo a la información y control en materia de política monetaria prevé que 1. El Banco de España informará regularmente a las Cortes Generales y al Gobierno de los objetivos y ejecución de la política monetaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 107 del Tratado y de las reglas sobre secreto profesional del BCE. A tal efecto, el Gobernador del Banco podrá ser convocado, de conformidad con los Reglamentos parlamentarios, a cualesquiera de las Comisiones del Congreso o del Senado o mixtas de ambas Cámaras, así como ser convocado para que asista con tal finalidad a las reuniones del Consejo de Ministros o a las de su Comisión Delegada para Asuntos Económicos. 2. Asimismo, el Gobernador del Banco de España podrá ser convocado a las reuniones del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas a que se refiere el artículo 3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, para que, con el fin de facilitar el ejercicio de las tareas de coordinación financiera atribuidas al citado Consejo, informe en relación con materias de la competencia del Banco.

³⁸⁴ *Vid.* la Instrucción 3/2012 sobre la publicidad de las Memorias de las Fiscalías.

la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la justicia. El artículo 181.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que el Fiscal General del Estado hará en el acto solemne de apertura del año judicial su presentación pública oficial, al tiempo que se presenta la memoria del Presidente del Consejo General del Poder Judicial. Ese acto solemne constituye el *dies a quo* a los efectos de la publicidad externa de su contenido en relación con la ciudadanía y los medios de comunicación³⁸⁵.

En ese acto solemne de apertura del año judicial se escenifica la presentación la Memoria anual de la Fiscalía como un rescoldo del pasado que recuerda los momentos de la monarquía constitucional y su soberanía compartida en la que el Fiscal lo era de Su Majestad³⁸⁶. Más

³⁸⁵ Lo que conecta lo relativo a las Memorias con la llamada responsabilidad social o política difusa a lo que me referiré *infra* en el último capítulo. De ineludible consulta es la Instrucción 3/2005 sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los Medios de Comunicación en relación con la 3/2012 a los efectos fijación de la publicidad externa de las Memorias.

³⁸⁶ Ese carácter dual o bifronte, acorde con la soberanía compartida, se visualiza perfectamente en las palabras de la circular de 5 de marzo de 1981 de la Fiscalía del Tribunal Supremo que decía así:

“es la voz viva de la sociedad y el representante genuino de la ley, pero a la vez el órgano o la representación activa y diligente del Gobierno ante los Tribunales, ya que oficio es de éste administrar y velar por los intereses sociales, contribuyendo a su desarrollo, persiguiendo las transgresiones que afectan a la sociedad, y fomentando y defendiendo los derechos que en el orden civil puedan corresponderla. Y ya en esta consideración advierte que si los deberes del Ministerio Fiscal en orden al primer concepto son de carácter permanente e inmutables, no así en el segundo, pues como delegado del Gobierno ha de acomodarlos al pensamiento político de éste, en todo aquello que es susceptible de libertad de criterio y mientras esta libertad no dañe ni menoscabe a la justicia. El Ministerio público es también ministerio de enseñanza en muchos y muy graves puntos que con el orden social, con el orden político, con el orden religioso, con el orden administrativo, tienen íntimo contacto. Enseña pidiendo la aplicación de las leyes que son susceptibles de una interpretación más o menos amplia, en el sentido que informe la política imperante en el país por la voluntad del Rey, y que cuente oportunamente con el apoyo de los Cuerpos Colegisladores.”

allá de la importante carga cultural que los simbolismos pueden encerrar hemos de buscar en la regulación actual el sentido constitucionalmente adecuado a las relaciones entre los distintos actores implicados. En ese sentido, que sea el Gobierno el primer destinatario de la Memoria, de la que recibe copia las Cortes Generales y el Consejo General del Poder Judicial, no me parece lo apropiado o al menos no en la manera en que está previsto. La memoria del Consejo General del Poder Judicial se eleva directamente a las Cortes Generales conforme al artículo 109 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que podrán reclamar la presencia del Presidente del Consejo para su presentación.

En el Estatuto de 1926 y en consonancia con éste en el Reglamento, aún vigente, de 1969 la regulación de las memorias fiscales aparecía en el capítulo dedicado a la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal³⁸⁷ siendo lógico corolario su entrega final al Gobierno. No hay que decir que en esa dinámica el Parlamento no tenía ninguna cabida. En el Estatuto actual se contempla como medio protocolizado de comunicación institucional del Ministerio Fiscal con los tres poderes del Estado en el capítulo dedicado a las relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes públicos. En el artículo 9.1 del Estatuto Orgánico la entrega de la Memoria ya no puede ser contemplada en una perspectiva jerárquica dado que en la regulación constitucional la dependencia jerárquica sólo opera en el interior del Ministerio Fiscal pero no *ad extra*.

Pienso que las memorias fiscales deberían haber sido contempladas en dos momentos diferentes del Estatuto: en el capítulo relativo a unidad y dependencia interna como antes y en el relativo a sus relaciones con los poderes públicos también, como mecanismo de colaboración institucional, a los efectos de ofrecer una valiosa

³⁸⁷ *Vid.* Arts. 47 del Estatuto de Ministerio Fiscal de 1926 y los arts. 96 a 99 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 1969.

información y estadística³⁸⁸. Sin embargo, a mi modo de ver, debería ser el Parlamento su destinatario natural creando la ocasión al efecto para conocer de la actividad del Ministerio Fiscal, sus relaciones en el marco estatutario con el Gobierno o, en su caso, con los Gobiernos autonómicos, etc. La modificación del Estatuto por la Ley 14/2003, de 26 de mayo recogió expresamente la comparecencia parlamentaria del Fiscal General del Estado para la presentación de la Memoria, que ya venía haciéndose de hecho años atrás.

La información que se remite debe ser sensible y adecuada a sus cometidos tanto de organización en la administración de justicia, política judicial, como de política criminal. En este sentido, hay otros canales de información como el Defensor del pueblo, comisionado del Parlamento que informa sobre la situación de la administración de justicia y, por supuesto, el Consejo del Poder judicial.

El cometido tradicional del Ministerio Fiscal era informar al Ministerio de Justicia de la administración de justicia, de su funcionamiento, de sus problemas y en concreto y particularmente de lo relativo a la jurisdicción penal.

Actualmente la vocación de las memorias es principalmente la publicidad de su contenido, publicidad que debe conectarse directamente con la responsabilidad democrática y con la labor legislativa. Ello se pone de manifiesto claramente en la comparecencia parlamentaria en que tiene lugar su presentación. A través de ella se rinde cuentas de la actividad desplegada por las fiscalías, se confrontan las normas con la realidad y se proponen soluciones para el futuro. La información es el presupuesto para llevar a cabo una dirección efectiva así como la unificación de prácticas dispersas construyendo una verdadera política criminal. Que todo ello se discuta en sede

³⁸⁸ Vid. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho de Tribunales Organización, funcionamiento, gobierno*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 486.

parlamentaria me parece un síntoma democrático que acerca a la ciudadanía temas que le son de particular interés.

B) INFORMACIONES AL MARGEN DE LA MEMORIA.

En el modelo tradicional de dependencia gubernamental tenía todo su sentido una previsión como la que recoge el artículo 9 del Estatuto. El Gobierno, y en concreto el Ministerio de Justicia, necesitaba cumplida información para poder realizar el control jerárquico sobre el Ministerio Fiscal. En el modelo constitucional al Ejecutivo no corresponde dirigir ni supervisar el funcionamiento del Ministerio Fiscal. Las facultades que en ese sentido tenía el Ministerio de Justicia han pasado al Fiscal General del Estado. Además aunque el Ministerio Fiscal mantiene entre sus misiones velar por la independencia de los Tribunales las atribuciones que a tal misión se pueden reconducir deben respetar en todo caso la independencia del Poder Judicial y su defensa por el Consejo General del Poder Judicial. Ello significa que la justificación de un deber de información del Fiscal General se debería plantear desde otra perspectiva. La información no puede entenderse por el Gobierno como un instrumento para incidir en los asuntos en los que los fiscales participan.

Sobre la información puntual que el Gobierno requiera del Fiscal General del Estado, es muy importante resaltar la existencia del obstáculo legal que puede suponer el secreto de sumario. Límite que viene a impedir las instrucciones particulares y desde luego negativas del Gobierno al Ministerio Fiscal en un asunto. Con el actual marco legal habrá que convenir en que desconociendo el Gobierno las concretas circunstancias de orden jurídico que concurren en el procedimiento penal concreto, su instrucción –ya sea de acusar o no acusar- sería en todo caso de naturaleza política, de pura oportunidad o conveniencia, que no cabe en un sistema de acusación pública regido por el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal como es el nuestro. De corresponderle esa apreciación a alguien en un nuevo

sistema de oportunidad no sería al Ministro sino al Ministerio Fiscal y en última instancia al Fiscal General del Estado.

Otro límite, podría ser la existencia de derechos de las personas implicadas para negar esa información. Entiendo que tiene suma importancia la cuestión de la protección de los datos personales y la manera en que en su caso estos pudieran ser puestos a disposición del Gobierno. En este sentido claramente si el Ministerio Fiscal no es administración no hay razón alguna para que esos datos deban pasar al Gobierno, a no ser a efectos meramente estadísticos. La justificación de la información al Gobierno no existe en el terreno de lo judicial, mientras que en todo aquello que resulte auxiliar al normal desarrollo de la jurisdiccional sí sería justificable esa información a los efectos de dotación de medios personales o materiales o del ejercicio de su iniciativa legislativa o de cualquier otra medida de competencia del Ejecutivo y de la política criminal y/o judicial del Gobierno. En el terreno del proceso, tal justificación no existe y tampoco en el de la investigación del delito. Ello sería especialmente delicado si la investigación la llevara el fiscal, desapareciendo el juez de instrucción. Es más en todo este terreno el Ministerio Fiscal debe garantizar los derechos de los ciudadanos especialmente los derechos personales tanto de los sospechosos como de las víctimas.

En cualquier caso, pienso que de esta información, de la que no se define qué finalidad haya de tener, habría que dar oportuna rendición de cuentas, bien el Gobierno a través del Ministro de Justicia, o el Fiscal General del Estado y concretar en qué términos se pide la misma, si es a efectos de proveer los medios adecuados para la realización por el Ministerio Fiscal de las funciones que le son propias, lo que me parece pertinente; o si es para informarse sobre la gestión de determinados asuntos, terreno en el que ciertamente tengo mis dudas. Parece que según cuál fuera el objeto de la información, organizativo o

funcional, debiera darse entrada a los órganos consultivos, Consejo Fiscal o Junta de Fiscales de Sala en su caso³⁸⁹.

2. EL CONTROL PARLAMENTARIO DEL GOBIERNO EN RELACIÓN CON EL MINISTERIO FISCAL

La exigencia de responsabilidad política al Gobierno ante el Parlamento es el correlato de la confianza parlamentaria. En ello reside la esencia del sistema parlamentario. El Gobierno dirige la política, también la Administración, ejerce la función ejecutiva y ostenta la potestad reglamentaria. El *continuum* Parlamento-Gobierno-Administración responde así al principio democrático como principio articulador de las relaciones entre los poderes públicos en el Estado democrático. En esta lógica el Gobierno responde de la Administración en la medida que la dirige, lo que hace desde su doble veste, política y administrativa. Allí donde no hay dirección no puede haber responsabilidad y no puede haber dirección del Ejecutivo, Gobierno o Administración, sobre el Ministerio Fiscal si no cabe fiscalizar y supervisar la actuación de los fiscales. Precisamente la dirección, fiscalización y supervisión del Ministerio Fiscal como institución afecta a sus altos cometidos de relevancia constitucional se ha trasladado al Fiscal General del Estado.

Gobierno y Ministerio Fiscal son sujetos constitucionales diferentes ya que el Ministerio Fiscal no se integra en el Poder Ejecutivo. Hay que deslindar, por tanto, las iniciativas que se dirigen a uno y a otro. Las iniciativas parlamentarias de control dirigidas al Gobierno no pueden versar sobre competencias que no le son propias por serlo del Ministerio Fiscal. En otras palabras no cabe exigir responsabilidad política al Gobierno por la actuación de Ministerio Fiscal.

³⁸⁹ No faltan preguntas en sede parlamentaria dirigidas al Ministro de Justicia en las que se le pide que valore determinada actuación de la Fiscalía y el Ministro afirma que carece de cualquier información al respecto.

Esta delimitación a efectos de responsabilidad no es sino consecuencia del principio de competencia en relación con la autonomía constitucionalmente garantizada. Reflejo de ello es la contestación que normalmente realiza el Gobierno cuando se le pregunta o interpela en sede parlamentaria sobre la actuación del Ministerio Fiscal. En estos supuestos, o bien se inadmite la iniciativa por no tratarse de competencia gubernamental, o bien el Ministro de Justicia elude la contestación alegando la competencia del Ministerio Fiscal y la sujeción en cualquier caso de éste a los principios de legalidad e imparcialidad que lo presiden, o bien responde que no han existido instrucciones, ni puede haberlas, aduciendo la autonomía del Ministerio Fiscal.

La secretaría del Congreso de los Diputados informó en su día su parecer acerca de diversas solicitudes de comparecencia del Fiscal General del Estado cursadas con el objeto de informar sobre la actividad procesal del Ministerio Fiscal en un sumario determinado. En dicho informe se señaló que “no puede interrogarse al Gobierno sobre las actividades en curso del Ministerio Fiscal *más allá de lo que sean instrucciones proporcionadas al mismo por el Gobierno* en ejercicio de lo establecido en su estatuto orgánico”³⁹⁰. Ello no obsta a que puedan plantearse iniciativas dirigidas al propio Ministerio Fiscal. Así la Secretaría del Congreso señaló que la irresponsabilidad política del Gobierno no implicaba exención de control del Ministerio Fiscal a través de otros instrumentos parlamentarios diferentes a la pregunta escrita al Gobierno. Esto último hace plausible la existencia de mecanismos de control dirigidos al Ministerio Fiscal o al Fiscal General del Estado lo que nos conduce a la práctica de las comparecencias parlamentarias a las que me referiré en el último epígrafe de este capítulo.

³⁹⁰ *Vid.* SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: “Informes acerca de diversas solicitudes de comparecencia del Fiscal General del Estado para informar sobre la Actividad procesal del Ministerio Fiscal en un sumario determinado”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 15, 1988, págs. 211 a 242.

Siendo esto así, también sabemos que la singular relación del Ministerio Público con el Gobierno implica una serie de competencias y el ejercicio de determinadas facultades por parte del Ejecutivo que pueden ser perfecto objeto de control político.

Este control se ejerce a través de los instrumentos propios del control parlamentario: preguntas, interpelaciones, peticiones de información y comparecencias parlamentarias. Normalmente estas iniciativas parlamentarias provienen de los grupos de la oposición y tienen como destinatario al Ministro de Justicia, como responsable de la política gubernamental en el área de Justicia pero no han faltado las preguntas dirigidas al Presidente del Gobierno³⁹¹ en momentos de mayor tensión.

También a medio camino entre control y dirección política encontramos proposiciones no ley. Estos instrumentos de *indirizzo* tienen por objeto el de abordar una nueva regulación del Ministerio Fiscal, en un aspecto parcial o en aras de un nuevo modelo, en otras se demanda un aumento de plantilla en fiscalías concretas a raíz de casos que han saltado a la discusión parlamentaria. En otras ocasiones se insta al Gobierno a hacer uso del mecanismo previsto en el artículo 8 interesando determinada actuación al Ministerio Fiscal o se *plantea una nueva regulación del Ministerio Fiscal o se pide al Gobierno el cese del Fiscal General del Estado*. En cualquier caso siempre vienen motivadas estas iniciativas por asuntos concretos que han suscitado otras iniciativas en la Cámara.

³⁹¹ Dada la centralidad de su figura en nuestro sistema parlamentario, la relación directa del Presidente del Gobierno con el Ministerio Fiscal se contempla en el artículo 8.2. del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: (...) La comunicación del Gobierno con el Ministerio Fiscal se hará por conducto del Ministro de Justicia a través del Fiscal General del Estado. Cuando el Presidente del Gobierno lo estime necesario podrá dirigirse directamente al mismo. El Fiscal General del Estado, 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 de forma razonada. En todo caso, el acuerdo adoptado se notificará a quien haya formulado la solicitud.

El objeto de tales iniciativas parlamentarias, principalmente preguntas, viene marcado por la actualidad, la *vicenda giudiziaria* que dirían los italianos³⁹².

Más que la actuación del Ministerio fiscal lo que se ha venido controlando es la relación Gobierno–Ministerio fiscal cuestionando la posible mediatización de este último. Es decir, lo que se viene a controlar es el conocido como “uso coyuntural de la institución”³⁹³, girando la mayoría de los instrumentos de control parlamentario en torno a sospechas sobre la instrumentalización de la Fiscalía. Como puede adivinarse, los casos que se llevan a la sede parlamentaria están muy marcados por la actualidad y generan un gran enfrentamiento político en los momentos de mayor crispación. Lo curioso es que igual que se critica al Gobierno por utilizar al Ministerio Fiscal, se le exige en ocasiones que se valga de él o actúe sobre él.

Podemos observar en un recorrido por las distintas legislaturas que en el contexto de profuso uso de los mecanismos de control hay un incremento de las que se dirigen directamente a la Fiscalía, en concreto al Fiscal General del Estado, frente a las que tienen como destinatario al Gobierno. En los momentos más polémicos las iniciativas pudiéramos afirmar que las iniciativas a unos y otros se solapan³⁹⁴.

Centrados en un primer momento en las dirigidas al Gobierno, de lo dicho podemos concluir que el objeto del control será o bien la comunicación con el Ministerio Fiscal en el ejercicio de su función sustantiva, lo que se concreta en el instrumento previsto en el artículo 8 Estatuto o bien lo relativo a las competencias que el Ministerio de Justicia retiene relativas a los medios personales y materiales y

³⁹² En igual sentido, GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La legitimación democrática del Ministerio Fiscal”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 85, 1998, págs. 15 a 22.

³⁹³ *Vid.* DIEZ PICAZO, *op.cit.*

³⁹⁴ ¿no podrían llevarse a cabo al unísono?

organizativos del Ministerio Fiscal y como competencia política de primer orden el nombramiento y cese del Fiscal General del Estado. Por tanto en caso de que el objeto planteado no entre en el ámbito de la competencia gubernamental procede la inadmisión a trámite de la iniciativa.

En relación con posibles instrucciones gubernamentales al Ministerio Fiscal (que en puridad no pueden existir), a veces, se insta la actuación del Gobierno en un determinado sentido; otras, se piden explicaciones sobre por qué no se ha actuado. No han faltado aquellas iniciativas que tienen por objeto desencuentros entre el Ministerio Público y el Gobierno, llegando incluso la oposición a instar el cese del Fiscal General del Estado.

En ocasiones la formulación de la pregunta se orienta a conocer la “valoración” de la actuación del Ministerio Fiscal, de las instrucciones dadas por el Fiscal General del Estado u otros Fiscales Jefes a sus subordinados o de la disparidad de criterios en el seno de la Fiscalía. En estos casos, dado que se pide una información, la valoración que hace el Gobierno a partir de datos que por su especial relación pueden estar en su poder con lo cual de alguna manera se está instrumentalmente conociendo y en su caso enjuiciando al Ministerio Público haya sido o no interesado por no ser de competencia del Gobierno.

3. LA COLABORACIÓN INSTITUCIONAL ENTRE EL MINISTERIO FISCAL Y LAS CORTES GENERALES

3.1. El tendencial fortalecimiento de las relaciones entre Ministerio Fiscal y Parlamento

Como señala FLORES³⁹⁵ el Proyecto de Estatuto nunca trabajó sobre la base de un Ministerio Fiscal como órgano de relación entre poderes³⁹⁶. Pues, si la filosofía era residenciar en el Parlamento las funciones de control y responsabilidad política del Fiscal General del Estado, incompatible, desde luego, con su integración autónoma en el Poder Judicial se hubiera requerido no una mera adición sino un nuevo Estatuto Orgánico inspirado en una naturaleza jurídica completamente distinta del Ministerio Fiscal. Sin embargo, no fue esa la solución por la que optó el legislador en la redacción del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en 1981.

Sin embargo, a mi modo de ver, las modificaciones en el Estatuto y las prácticas, política y parlamentaria, han supuesto un paulatino acercamiento a las Cortes Generales del Ministerio Fiscal y singularmente, del Fiscal General del Estado. En su redacción original, que no ha sido alterada, el Estatuto dedicaba el artículo 10 a la relación del Ministerio Fiscal con las Cortes Generales en un llamativo segundo plano tras la consideración al Gobierno en los dos anteriores artículos.

³⁹⁵ FLORES, *op. cit.* pág. 644.

³⁹⁶ Así el texto alternativo a la ponencia que presentó PECES BARBA conforme al que el Ministerio Fiscal se configuraba como órgano de relación entre poderes, incluidas las Cortes, correspondiendo al Congreso la ratificación por mayoría cualificada del nombramiento gubernamental del fiscal del reino. Por su parte en la comisión de asuntos constitucionales Martín Toval, por el grupo socialista defendería la enmienda de su configuración como órgano de relación entre poderes. Los progresistas y socialistas independientes en el senado volverán a defender la vinculación parlamentaria del fiscal general haciendo residir la propuesta de su nombramiento en una mayoría cualificada de 3/5 del congreso con un mandato de cinco años.

En él se establece el deber de colaboración del Ministerio Fiscal con las Cortes Generales siempre que éstas se lo pidan y no exista obstáculo legal para dicha colaboración. Comparecerá ante las mismas para informar de aquellos asuntos para los que fuera especialmente requerido.

En el artículo 9 se consideraba a las Cortes Generales simples receptoras junto al Consejo General del Poder Judicial de la memoria anual de la Fiscalía General del Estado que encontraba en el Gobierno, igual que antaño, su natural destinatario. En 1985 la Ley Orgánica del Poder Judicial otorgó en su artículo 109 un protagonismo bastante mayor a las Cortes en la presentación de la Memoria del Consejo General del Poder Judicial siendo como es ésta de bastante menor relevancia por tradición y por contenido. Ha sido bastantes años después, en 2003, que el legislador ha incorporado al artículo 9 del Estatuto la obligatoriedad del trámite de presentación por el Fiscal General del Estado de la memoria anual de la fiscalía en el período ordinario de sesiones más próximo a su presentación pública³⁹⁷. La reforma no vino sino a trasladar la que, desde años, venía siendo práctica constante. En numerosas ocasiones se aprovechó incluso dicha comparecencia no sólo para presentar la memoria sino también para informar en relación con otras iniciativas parlamentarias que solicitaban las correspondientes comparecencias del Fiscal General del Estado sobre cuestiones concretas. Sin duda esa práctica se vino utilizando para mitigar la carga “política” de algunas de aquellas iniciativas.

La Ley 24/2007, de 9 de octubre introduce en el artículo 29.2 del Estatuto la comparecencia parlamentaria ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados del candidato a Fiscal General

³⁹⁷ Ley 14/2003, de 26 de mayo. Es una crítica constante planteada por los grupos parlamentarios y por el propio Fiscal General del Estado en la presentación parlamentaria de la memoria el momento en que debiera producirse la comparecencia ya que hay un importante desfase temporal respecto a los datos objeto de la misma.

del Estado previa a su nombramiento. Como se puso de manifiesto al estudiar el nombramiento, la comparecencia previa supone cierta limitación -de baja intensidad- al Gobierno en la medida que el candidato debe presentarse ante los representantes del pueblo para que valoren sus méritos e idoneidad para el cargo al que aspira a ser nombrado. Se trataría, en todo caso, de un tipo de control calificable como *preventivo*. Distinto sería si existiera la posibilidad de prórroga del mandato, como referí al hablar del nombramiento del Fiscal General.

La territorialización del Ministerio Fiscal a raíz de las últimas reformas ha contemplado también las comparecencias ante los Parlamentos autonómicos de los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas³⁹⁸. Se trata de comparecencias con una menor densidad política dado el carácter estatal del Ministerio Fiscal pero pone de manifiesto un acercamiento del Ministerio Fiscal a los poderes autonómicos, resaltando el perfil institucional de los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas. No olvidemos que doce Comunidades Autónomas tienen asumidas las competencias sobre la llamada “administración de la Administración de Justicia” que abarca medios materiales y personales afectos a la “oficina fiscal”.

En el momento actual no podemos extraer conclusiones precipitadas en torno a las comparecencias del tipo que sean del Fiscal General que refuercen la legitimidad y responsabilidad democráticas pero sí parece que va abriéndose un nuevo camino en este sentido. Aunque no llevamos un recorrido demasiado largo como para apuntar tendencias estables parece que viene a producirse una singular relación

³⁹⁸ Artículo 11 en la redacción de 2007. Los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas elaborarán una memoria sobre la actividad de las Fiscalías de su ámbito territorial que elevarán al Fiscal General del Estado. Asimismo, remitirán copia al Gobierno, al Consejo de Justicia y a la Asamblea Legislativa de la Comunidad. Deberán presentar la Memoria ante la Asamblea Legislativa de la misma dentro de los seis meses siguientes al día en que se hizo pública. Los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas colaborarán con la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma en los mismos términos y condiciones que se prevén en el artículo anterior para las relaciones entre el Fiscal General del Estado y las Cortes Generales

entre la comparecencia previa al nombramiento y las ulteriores comparecencias a lo largo de la legislatura, principalmente aquella anual en la que se produce la presentación de la memoria. La práctica pone de manifiesto la importancia del encuentro entre Ministerio Fiscal y Cortes Generales a través del Fiscal General del Estado, un Fiscal General reforzado en su autonomía en la regulación actual. No sólo las comparecencias del Fiscal General, también las del Ministro de Justicia, permiten acercarnos a las relaciones entre política y justicia en nuestro país. Más importante, sin duda, cuando hacemos una lectura concienzuda de los debates y discusiones en sede parlamentaria es advertir el *continuum* en la definición de la política judicial y criminal en nuestro país en una doble dirección que traslada las experiencias locales llevadas a cabo por las distintas fiscalías que luego se implementan en el nivel general marcando nuevas perspectivas de regulación³⁹⁹. El Ministerio Público es mucho más permeable que el juez a los cambios sociales y la definición y aplicación que de la legalidad penal realiza es un instrumento clave para el Legislador *in fieri*.

De momento me contento con acercarme a la regulación y a la práctica de las comparecencias que encuentran en el artículo 10 su entronque estatutario.

³⁹⁹ También en nuestro país al igual que en Francia podemos advertir cómo determinadas prácticas llevadas en algunas fiscalías terminan generalizándose. Es el caso por ejemplo de las secciones especializadas en materia de medio ambiente que puso de manifiesto la preocupación por la delincuencia ecológica del Ministerio Fiscal. Las memorias llegaron a incluir recomendaciones a favor de su creación ya a finales de los años noventa siendo mucho después que el Estatuto las ha contemplado. Da cuenta de ello ROLDÁN BARBERO, Horacio, "Infracciones penales contra el medio ambiente: el SEPRONA" en *Boletín Criminológico*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, nº43, 1999, pág.1.

3.2. Las comparecencias parlamentarias

3.2.1. Marco normativo

Conforme al artículo 109 de la Constitución, “las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

En el ámbito parlamentario, es el artículo 44 del Reglamento del Congreso de los Diputados (y su correspondiente en el Senado) el que prevé que las Comisiones, por conducto del Presidente del Congreso, podrán recabar entre otras, “la presencia de autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate a fin de informar a la Comisión”. Entre estas autoridades pueden encontrarse, obviamente, el Fiscal General del Estado o cualquier otro Fiscal⁴⁰⁰.

En un primer momento se aplicó el procedimiento previsto en el artículo 203 del Reglamento del Congreso de los Diputados que regula la comparecencia de los miembros del Gobierno, si bien introduciendo correctivos atendiendo a la naturaleza del Ministerio Fiscal. En este sentido, se prohibió a los diferentes grupos parlamentarios realizar actos de censura al fiscal y, por supuesto, también la posibilidad de votar una vez finalizada la comparecencia del miembro del Ministerio Público de cualquier tipo de resolución.

La práctica parlamentaria ha modulado los términos en que se expresa el reglamento de forma que las comparecencias se articulan como una facultad ínsita al estatuto del representante formando parte del *ius in officium* de los parlamentarios protegida por el artículo 23.2 de

⁴⁰⁰ En el apartado 4º el art.44 RCD se refiere a la comparecencia de otras personas competentes en la materia, a efectos de informar y asesorar a la Comisión. Los fiscales pueden comparecer como expertos en una determinada materia para informar en comisiones de estudio o legislativas.

la CE, de lo que se deriva la legitimación procesal para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional de los grupos parlamentarios en tanto que entes representativos de intereses legítimos de los parlamentarios. Debe tenerse en cuenta que según el artículo 31, apartados 4 y 5, del Reglamento del Congreso de los Diputados, son los propios grupos parlamentarios, a través de su portavoz, quienes formulan en la práctica a la Mesa las propuestas de comparecencia decidiendo ésta sobre la admisión o inadmisión de modo que en caso afirmativo es a la propia comisión a la que finalmente corresponde decidir si recaba o no finalmente una determinada comparecencia.

Según la jurisprudencia constitucional la facultad de proponer las comparecencias forma parte del *ius in officium* de los diputados y, cuando su finalidad sea el control del Gobierno dicha facultad ha de entenderse incluida dentro del núcleo básico de la función parlamentaria del artículo 23.2 de la Constitución. Para el Tribunal Constitucional, cuando de la infracción del Reglamento parlamentario queda afectado el núcleo del ejercicio de la función representativa, no sólo se está vulnerando el derecho fundamental del representante sino que, al tiempo, también se vulnera el derecho de los representados dada la conexión entre los dos apartados del artículo 23 del texto constitucional.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en una jurisprudencia, ya consolidada, que cuenta entre sus sentencias dos pronunciamientos dictados en recursos de amparo en relación con sendas solicitudes de comparecencias de Fiscales especiales a las que seguidamente prestaré particular atención. Se trata, claro está, de recursos planteados por la vía del artículo 42 de la LOTC en cuanto se recurren actos parlamentarios sin valor de ley alegándose la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 23 de la Constitución por actos de la Mesa del Congreso. Es el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional 89/2005 y 90/2005, ambas de 18 de abril y estimatorias del amparo de los

recurrentes. Los hechos de los que traen causa tuvieron lugar en la séptima legislatura ostentando el Gobierno del Partido Popular mayoría absoluta y siendo Fiscal General del Estado D. Jesús CARDENAL. Se trataba de solicitudes de comparecencias realizadas por diputados de Grupo socialista, mayoritario en la oposición, en una legislatura en la que el Fiscal General del Estado fue particularmente cuestionado por su tendenciosidad política por las fuerzas políticas que en aquel tiempo no apoyaban al Gobierno.

Los diputados alegaban, y así lo entenderá el Tribunal Constitucional, la vulneración del derecho fundamental de participación política en tanto en cuanto la facultad de solicitar comparecencias forma parte del estatuto del representante siendo vulnerado por parte de los acuerdos de la mesa del Congreso que, excediéndose de sus funciones de verificación liminar, había inadmitido a trámite la solicitud de comparecencia del Fiscal especial antidroga (STC 89/2005) y anticorrupción (STC 90/2005) ante la Comisión no permanente de estudio del problema de las drogas⁴⁰¹. La Mesa en defensa de su acuerdo consideraba que había actuado correctamente al valorar la falta de competencia de los fiscales cuya comparecencia se solicitaba a tenor de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica que presiden el Estatuto del Ministerio Fiscal. Por su parte, el Ministerio Fiscal –curiosamente– se posicionaba a favor del amparo en la comparecencia del Fiscal antidroga y, sin embargo, en la referida al Fiscal anticorrupción consideraba que la Mesa había actuado conforme a Derecho. El Tribunal Constitucional estimará el amparo en ambos casos al considerar que a la Mesa no le correspondía entrar a valorar la competencia de los Fiscales especiales en cuestión. Eso es algo que corresponde decidir políticamente a la Comisión. Por lo demás, el Tribunal Constitucional no entrará a analizar si efectivamente existe

⁴⁰¹ Véase sobre el asunto PULIDO QUECEDO, Manuel en “De nuevo sobre las comparecencias parlamentarias en Comisión. Los casos de los Fiscales especiales antidroga y anticorrupción), en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 7, 2005.

esa obligación de comparecer por parte del Ministerio Fiscal a través de alguno de los representantes de la institución.

Aunque no se entre en que se curse la comparecencia o no porque sería entrometerse en una decisión política soberana del Parlamento, que sólo otorga a los parlamentarios el llamado *ius ut procedatur*, de su argumentación puede entreeverse algo sobre la naturaleza de estas figuras de cara a la procedencia de su comparecencia así como de eventuales límites⁴⁰² que pudieran existir a la potestad de las Cortes Generales de solicitar la comparecencia del Ministerio fiscal.

3.2.2. Finalidad de la comparecencia: entre la colaboración institucional y la responsabilidad informativa

Siguiendo a GARCÍA MORILLO⁴⁰³ puede afirmarse que entre la actividad de control y la de información existen diferencias tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo. Mientras la estructura de la actividad informativa es simple agotándose en sí misma, la actividad de control es compleja ya que implica en un primer momento el conocimiento de la actividad controlada y en un segundo momento, además, una confrontación entre la actividad controlada y los parámetros que rigen para dicha actividad a lo que se incorpora también un juicio sobre la correspondencia entre la actividad controlada y la que hubiera sido deseable en términos ideales. En el control concurren además las circunstancias de publicidad e influencia que no suelen darse en la actividad informativa. La actividad de control tiene lugar entre el Ejecutivo y el Legislativo mientras que la petición de información puede dirigirse también a otras autoridades.

⁴⁰² Sobre cuáles sean estos límites atendiendo a la naturaleza de la institución fiscal véase el Informe de la Secretaría del Congreso, *op. cit.*

⁴⁰³ GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid.

Por eso, nos encontraríamos ante actividad de información parlamentaria que es siguiendo al profesor GARCÍA MORILLO aquella a través de la cual las Cámaras y sus miembros adquieren información que resulte de utilidad para el cumplimiento de sus fines. Se trata por tanto de una actividad instrumental pues la información adquirida puede ser relevante para distintos fines: legislativos, de control... o incluso no serlo para ninguno agotándose en la simple función informativa. A diferencia de en la actividad de control no se confrontaría la actividad con determinados parámetros de referencia ni se incorporaría a la misma un juicio político. Estas comparecencias pueden situarse en el límite de la actuación de control en función de la predisposición de los comparecientes y de la dinámica en las relaciones políticas. Desde esta perspectiva la jurisprudencia constitucional afirma que “por lo que a las presencias o comparecencias ante las comisiones se refiere, esa función de control del Gobierno resulta evidente cuando se solicita la presencia de sus miembros para que informen sobre asuntos relacionados con sus respectivos departamentos (artículo 44.2 RCD), lo cual se encuentra expresamente previsto en el artículo 110.1 CE. Pero es también esa misma función de control la que las comisiones ejercitan cuando se trata del resto de las presencias o comparecencias que pueden solicitar, en virtud del referido artículo, de autoridades o funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate (artículo 44.3 RCD) —cuyo fundamento se encuentra en el artículo 109 CE— y, en general, de otras personas competentes en la materia (artículo 44.4 RCD). Así pues, “para el ejercicio del control del Gobierno por parte de las comisiones, el artículo 44 RCD prevé la presencia o comparecencia de varios tipos de personas, si bien diferenciando muy nitidamente la condición o calidad en la que comparecen: en cuanto que miembros del Gobierno en sentido estricto, en cuanto que autoridades y funcionarios públicos, y, finalmente, en cuanto que particulares con capacidad, por razón de su competencia en la materia, de informar o asesorar a la comisión; todo ello con independencia de la obligatoriedad que haya en cada caso de

comparecer, cuestión ésta no suscitada en ningún momento por los recurrentes en amparo” (STC 177/2002, de 14 de octubre, Fj. 7).

La última reforma de la LOPJ⁴⁰⁴ ha dispuesto (artículo 564) que el Presidente del Consejo y los Vocales no tendrán deber alguno de comparecer por razón de sus funciones⁴⁰⁵ evitando con ello la posibilidad de cualquier enjuiciamiento político del Consejo General, que como órgano de garantía que vela por la independencia del Poder Judicial bien merece tener resguardada su posición en este sentido. La naturaleza del Ministerio Fiscal y las funciones que corresponden al Fiscal General del Estado son bien distintas.

La finalidad de la comparecencia es la información sin que los miembros de la Comisión deban enjuiciar políticamente las manifestaciones del Fiscal General aunque la línea que separa la valoración política de la información no es nítida particularmente en las comparecencias motivadas por asuntos de enfrentamiento político. Precisamente una vía utilizada para mitigar el peso político de determinadas iniciativas de la oposición es la de vincular las comparecencias sobre asuntos específicos a la comparecencia que tiene por objeto la presentación de la Memoria anual del Ministerio Fiscal que desde 2003 es obligatoria. Esta práctica se ha seguido por el Gobierno, de uno y otro signo, siendo criticado por la oposición de turno.

En definitiva, aunque la finalidad de la comparecencia es fundamentalmente informativa, de manera indirecta es utilizada por la oposición como un instrumento de control político mediato del

⁴⁰⁴ Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁴⁰⁵ *Vid.* SANZ PÉREZ, Ángel L., “La función de control parlamentario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 2004, págs. 2006 a 2027. En este artículo estudiando la STC 177/2002 estimando un recurso de amparo derivado de la vulneración del artículo 23 por la inadmisión de la solicitud de comparecencia del Presidente del Consejo General del Poder Judicial.

Gobierno. Estas comparecencias en relación con las autoridades independientes pudiera afirmarse que operan de una manera compleja. Si, de un lado, son instrumentos para el ejercicio de la función de control parlamentario, control político cuyo destinatario es el gobierno; de otro, funcionan como fuente de información procedente del Ministerio Fiscal. Esta función informativa supone una manifestación de una relación de colaboración institucional Ministerio Fiscal-Cortes Generales al tiempo que opera como una modalidad de responsabilidad que podemos calificar de políticamente débil, del tipo de una responsabilidad informativa sobre el propio Ministerio Fiscal⁴⁰⁶. La moción que aprobara el Pleno del Congreso el 25 de mayo de 1997 planteó la posibilidad de que la Comisión tras el debate y ponderación de los distintos aspectos tratados en la Memoria anual elaborara propuestas de resolución. Sería de *lege ferenda* un camino interesante que transitar⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, “¿Una nueva noción de responsabilidad política en el sistema constitucional español?”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm.66, 2002, págs. 249 a 264.

⁴⁰⁷ Sobre la posición constitucional del Ministerio Fiscal, véase REY MARTÍNEZ, *op.cit.* con especial referencia a las comparecencias.

CAPÍTULO IV

LA CONFIGURACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO COMO “AUTORIDAD JUDICIAL INDEPENDIENTE”

1. DEL MINISTERIO PÚBLICO CLÁSICO AL CONTEMPORÁNEO: LA “CRISIS DE IDENTIDAD” DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público nació como una Institución propia del Estado Liberal de Derecho con rasgos característicos de dicho momento histórico. Un Estado que garantizaba la libertad personal, la igualdad ante la Ley y la seguridad jurídica protegiendo el orden de una sociedad individualista desde los principios del positivismo legalista, que termina por imponerse tras los convulsos momentos revolucionarios⁴⁰⁸.

En su configuración clásica, el Ministerio Público daba respuesta a las exigencias del Derecho y el Proceso Penales herederos de la Ilustración y el Constitucionalismo y garantizados en la codificación penal y procesal del siglo XIX de inspiración napoleónica. La ley que, en su contenido, venía a plasmar las aspiraciones de libertad de la burguesía, protegiendo el libre ejercicio de los derechos de la sociedad liberal, deberá ser aplicada por un Cuerpo Judicial integrado en la Administración de Justicia dependiente del Ejecutivo.

El modelo vertical y centralizado de la Administración Napoleónica del que somos legatarios en la Europa Continental pondrá un pie así en el mundo de la justicia del que el Poder Político tradicionalmente desconfiaba por su actitud en el pasado⁴⁰⁹. Junto a los “Agentes Judiciales” que ejercerán la función jurisdiccional, sólo dependientes de la Ley, aparecerán unos “Agentes Especiales”, los

⁴⁰⁸ Imprescindible para el conocimiento de esa época es el trabajo de NOBILI, M., “Accusa e Burocrazia. Profili storico-costituzionale” en CONSO, Giovanni (Ed.), *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, págs. 89 a 141 y en la obra colectiva *Histoire du parquet* dirigida por CARBASSE, Jean-Marie, PUF, Paris, 2000, particularmente el capítulo de Éric MARI, « Le parquet sous la Révolution » 1789 a 1799 » págs. 221 a 255.

⁴⁰⁹ Un clásico de dicho análisis es la obra de Michel TROPER, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1973.

Fiscales que, organizados jerárquicamente, supervisarían el funcionamiento de la Administración de Justicia, tendrían cometidos vigilantes en la instrucción del proceso penal y permitirían al Ejecutivo tener su representante ante los tribunales “sin menoscabar” la independencia de la justicia, al tiempo que, al menos formalmente, se garantizaba un cierto modelo de proceso, el llamado “acusatorio mixto o formal”⁴¹⁰. De esta manera, como apuntara GIULIANI⁴¹¹, el “modelo napoleónico” de Ministerio Público supondrá la “*commistione*” entre Poder Ejecutivo y Poder Acusatorio. Dos serían los pilares de esta nueva arquitectura: la “Corte de Casación” y el “Procurador del Rey” que se revitalizará como órgano de control de los jueces y como órgano de control de la observancia de la ley.

Dicha configuración tradicional ha permitido la adaptación del Ministerio Público a distintos regímenes políticos, sirviendo incluso con descaro a la instrumentalización de la justicia por el poder político en los autoritarios, que encontrarán en él una estructura idónea para sus sórdidos propósitos en el terreno de la justicia, aprovechando su naturaleza dúctil e, incluso, acomodaticia a los requerimientos del poder.

Su estructura unitaria, jerárquica y dependiente del Gobierno ha resultado permeable a las distintas formas de gobierno que se han ido sucediendo a lo largo de estos dos siglos, contrapesando dicha dependencia gubernamental con caracteres derivados de su quehacer diario en el ámbito de la justicia -una justicia deprecada frente al resto de poderes y administrada por una magistratura burocrática-. La estabilidad de la fórmula obedecía a un particular conservadurismo y renuencia a los cambios, connaturales a la Administración de Justicia, principalmente en lo que se refiere al estrato institucional.

⁴¹⁰ En el que la instrucción es encomendada a un juez y el juicio oral presidido por la contradicción aparece devaluado.

⁴¹¹GIULIANI, Alessandro, en *Accusa penale e ruolo del Pubblico Ministero*, Jovene Editore, Napoli, 1991, pág 62.

Es así que la concepción del Ministerio Público, como representante del Ejecutivo ante los Tribunales en los ordenamientos de la Europa continental de impronta napoleónica⁴¹², se correspondía con la de un *poder judicial* al que se le negaba la cualidad de “Poder”, configurándose como mera “autoridad judicial”. El modelo de juez “*bouche de la loi*” teorizado por MONTESQUIEU sumado a las tesis *rousseauianas*⁴¹³ condujeron en la tradición jurídico-continental, de la mano de la experiencia francesa -directamente de la napoleónica-, a un “juez ejecutor de la ley”, subordinado al Legislador de un lado y al Ejecutivo de otro, conforme a una heterodoxa interpretación de la separación de poderes⁴¹⁴:

- Al Legislador, del que derivaba su legitimidad, ya que el juez estaba sujeto exclusivamente a la Ley como expresión de la voluntad popular.
- Al Ejecutivo porque, habiendo una función jurisdiccional distinta de la administrativa y de la legislativa pero no un Poder Judicial, no existían más que agentes judiciales y agentes administrativos⁴¹⁵.

⁴¹² La organización del Ministerio Público se establece en la ley de 20 de abril de 1810 fuertemente jerarquizada dependiente estatutariamente: nombramiento, disciplina, dirección bajo la autoridad del Ministerio de Justicia. Vid. RASSAT, *op. cit.* págs. 35 y 36.

⁴¹³ Vid. PASQUINO, P.: *Uno e trino. Indipendenza della magistratura e separazione dei poteri*, Anabasi, Milano, 1994, pág. 23.

⁴¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 23 a 36.

⁴¹⁵ DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionell*, Tome Deuxieme: La Theorie Générale de l’Etat, Ancienne Libraire Fontemoing, Paris, 1928, Para el autor la función jurisdiccional es distinta a la administrativa pero no existe un poder judicial.

No se trataba más que de una separación de “órdenes”⁴¹⁶ o de “autoridades”⁴¹⁷, judicial y administrativa. El Ejecutivo retenía la administración de la jurisdicción que, a fin de cuentas, era función administrativa, reconociendo algunas facultades de autogobierno al propio orden judicial, aunque con vértice en el Ministerio de Justicia. Este modelo burocrático de magistratura⁴¹⁸ propio de la tradición europea se acomodaba perfectamente a la forma de gobierno que se impondrá en Europa, conocida como Monarquía Constitucional, en la que todos los poderes salvo los transmitidos al Parlamento quedaban en manos del Rey⁴¹⁹.

Los jueces serán así funcionarios nombrados por el Ejecutivo primero, a través de oposición después, e insertos en un cuerpo cerrado y jerárquico en el que los ascensos, traslados y disciplina se verán en gran medida influidos por los superiores jerárquicos y por el Gobierno. Poco a poco se irá implantando la igualdad en el empleo público que ya garantizara el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano aunque, en algunos casos, no encontraría materialización efectiva hasta bien entrado el siglo XX.

⁴¹⁶ La Constitución Italiana se refiere a la magistratura como *ordine autonomo* en su artículo 104.

⁴¹⁷ Es bien sabido que la Constitución francesa no utiliza la expresión Poder Judicial sino la de *autorité judiciaire* en la primera línea de su artículo 64.

⁴¹⁸ Véase DELGADO RINCÓN, Luis E., “La configuración de la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública durante el siglo XIX español (Análisis de algunos aspectos que influyeron en el proceso de burocratización de la justicia”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 98, octubre-diciembre 1997, págs. 221 a 238.

⁴¹⁹ Esto es, una perspectiva de organización vertical del poder frente a una organización paritaria del mismo, *vid.* la espléndida construcción de DAMASKA, M R., *I volti della giustizia e dei poteri. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991. Sobre la magistratura burocrática en el constitucionalismo liberal véase JÍMENEZ ASENSIO (2002), págs. 27 a 56.

La preocupación constitucional en la experiencia continental será la de velar principalmente por la independencia personal⁴²⁰ de los jueces a través de garantías estatutarias. La institución constitucional de la inamovilidad, que había surgido en la evolución general del Derecho de la Función Pública, será el principal bastión para la defensa de la posición del juez, garantizando no tanto su independencia jurídica sino la de hecho, en la medida que las normas jurídicas pueden coadyuvar a ello -como afirmara el profesor DE OTTO⁴²¹-. La norma constitucional reservará a la ley la regulación del núcleo del Estatuto del Juez y limitará la discrecionalidad del Gobierno en lo relativo a nombramientos, ascensos o en el ejercicio de la potestad disciplinaria. Esta limitación unas veces se conseguirá convirtiendo en regladas competencias que antes eran discrecionales y otras veces detrayéndolas del Ministerio de Justicia y dejándolas a la gestión de los propios órganos judiciales. Después -y consecuencia del mismo proceso de perfeccionamiento de las garantías de la posición independiente del juez- aparecerán en la segunda mitad del siglo XX en países como Italia, Francia, más tarde en Portugal o España, los Consejos Superiores de la Magistratura que se convertirán en órganos creados *ex professo* por el constituyente para el gobierno del Poder Judicial.

La aparición de estos Consejos de la Magistratura en una posición constitucional autónoma ha supuesto cierta -permítaseme la expresión- subjetivización del “poder judicial”, por más que no sean

⁴²⁰ No se garantizaba una independencia interna y existía incluso una despreocupación por la garantía de la independencia funcional, es decir, de la independencia como valor que garantiza una justicia imparcial sometida solo al imperio de la ley. *Vid.* sobre el argumento, DíEZ-PICAZO, Luis María, “Notas de Derecho sobre la Independencia judicial” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 34, 1992, pág. 20 y ss. La independencia colectiva acentúa la autonomía de la judicatura como orden o corporación frente a la del juez individual que se ve sometido a la decisión del órgano de gobierno, planteando el problema de la independencia interna con respecto al Consejo Superior de la Magistratura.

⁴²¹ *Vid.* DE OTTO, Ignacio, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989 pássim.

órganos representativos de la magistratura y concilien en su composición a los distintos poderes del Estado, lo que los conecta al circuito democrático. Se reducen las facultades del Poder Ejecutivo sobre el Judicial, lo cual en los sistemas que optan por el modelo institucional de Consejo dota al proceso comentado de mayor visibilidad. La nueva “entidad” del Poder Judicial explica igualmente la potenciación de una perspectiva colectiva de la independencia y acarrea una mayor preocupación por la independencia interna⁴²².

Este reforzamiento del Poder Judicial⁴²³, es decir, de los jueces y magistrados titulares de la potestad jurisdiccional, ha influido en la ubicación del Ministerio Público, esté el mismo integrado por magistrados -allí donde se establece la unidad de la magistratura, como en Francia o Italia- o lo esté por funcionarios no judiciales pero partícipes de un estatuto “cuasi judicial” como en España. Así, el Ministerio Público asume unos cometidos singulares y diferenciados en el proceso penal de los que a los jueces corresponden pero, al propio tiempo, es también copartícipe en la administración de la justicia penal como prestación del Estado y derecho de los ciudadanos.

En este contexto, se advierten dinámicas de signo opuesto en torno al Ministerio Público. De un lado, operará una judicialización⁴²⁴ de su estatuto, asimilando garantías personales de los jueces que lo pondrán al abrigo de mediatizaciones externas; de otra, una progresiva

⁴²² DÍEZ-PICAZO, Luis María, “Il modello europeo di magistratura: un approccio storico”, en ROMANELLI, R. (Dir.), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, 1997, págs. 23 a 38.

⁴²³ Me parece interesante en esta evolución la década de los setenta. Son unos años fundamentales en el posicionamiento contramayoritario de la magistratura italiana y tienen lugar las primeras decisiones del Consejo Constitucional francés que consideran al judicial como un verdadero Poder. Véase sobre el particular a PIZZORUSSO, Alessandro, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Piccola Biblioteca Einaudi, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1990, principalmente el capítulo dedicado a la evolución de la organización judicial italiana, págs. 29 a 60 y CHEVALLIER Jacques, *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 1994.

⁴²⁴ MERRYMAN, *op.cit.*

institucionalización del Ministerio Fiscal –especialmente visible en ordenamientos como el nuestro- al tiempo que, una mayor diferenciación material de lo fiscal y lo jurisdiccional, que frenará una judicialización completa tanto en las cuestiones estatutarias como en las organizativas⁴²⁵.

Precisamente ambos temas, gobierno del Poder Judicial y posición constitucional del Ministerio Público, van de la mano en toda discusión sobre las relaciones de la magistratura con el poder político, relaciones que deben garantizar de un lado la separación de poderes como exigencia del Estado de Derecho y de otro la conexión con el circuito democrático en aras de su legitimidad democrática. Han sido temas imbricados en los procesos constituyentes y legislativos en Italia y Francia. En el debate se trasluce el interrogante de si la independencia del Poder Judicial, medular en un Estado de Derecho, exige también la del Ministerio Público o si, por el contrario, su peculiar función exigiría una posición diferente.

Tras esta discusión de naturaleza constitucional, cada sistema debe dar respuesta en definitiva a la cuestión de cómo cabe proteger a quienes ejercen el “ministerio público” frente a posibles instrumentalizaciones y ello puede hacerse, o bien, en el plano orgánico y estatutario detrayendo su gestión del Ejecutivo, o bien, en el nivel funcional reforzando la sujeción a la legalidad de los fiscales y garantizando la participación de los particulares en el control de la inercia del Ministerio Público.

⁴²⁵ En Italia se alcanza la plena asimilación estatutaria de jueces y fiscales, por lo que éstos últimos gozan de la misma independencia personal que los jueces, sin embargo, no se ha cerrado constitucionalmente la cuestión de su independencia interna. Extensamente sobre el particular debe consultarse la obra de ZANÓN, Nicolás, *Pubblico Ministero e Costituzione*, CEDAM, Padova, 1996. Bastante más reciente véanse en nuestro país las tesis en Derecho Comparado de BASTARRECHE, *op. cit.* y la francesa de PERRODET, En Francia, por el contrario, la singularización estatutaria acompaña a su posición de magistrado dependiente.

Por su parte, Francia e Italia, partiendo del mismo modelo originario, han recorrido la solución *judicialista* siguiendo derroteros bien distintos. Para una observadora extranjera –como es mi caso- se advierte una tensión evidente en Francia entre la autoridad judicial entendida como una simple rama de la Administración, del Poder Ejecutivo y, su comprensión como un verdadero Poder del Estado. En el extremo opuesto la aplicación de la Constitución Italiana ha conducido a una Magistratura sobredimensionada en la estructura del Estado⁴²⁶, en base a su total independencia externa y, en gran medida, interna con la que opera el Ministerio Público italiano. Esta realidad resalta la problemática ubicación del Ministerio Fiscal.

2. DOS IMPORTANTES REFERENTES DE REGULACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO: LAS EXPERIENCIAS FRANCESA E ITALIANA

El principio de la división de poderes puede recibir numerosas actuaciones y es labor de cada Constitución concretar su propio sistema. En este sentido, GIANNINI, al referirse a la distribución de la actividad de tutela singular de los intereses públicos, considera que existen actividades de tutela de intereses concretos confiados al Poder Judicial -y hace mención a la policía judicial y al Ministerio Público- que aunque la mayoría de la doctrina las considera jurisdiccionales, también podrían considerarse como una actividad *con fisonomía propia*⁴²⁷ confiada a los magistrados del Poder Judicial pero sin ser de naturaleza jurisdiccional. Además, este autor añade que “existen Estados y normativas positivas que sitúan al Ministerio Público bajo dependencia del Gobierno por lo que en dichos ordenamientos la

⁴²⁶ Sobre el argumento véase la obra de GUARNIERI, *Pesi e contrapesi, op. cit.* y GUARNIERI E PEDERZOLI, *Democrazia giudiziaria, op.cit.*

⁴²⁷ La cursiva es mía. Esta idea enlaza con la de *organización a sé stante* que enunciaba al inicio de este trabajo.

actividad del Ministerio Público es una actividad administrativa o en sí misma considerada⁴²⁸”.

Con respecto al juez, el principio de división de poderes entraña su independencia y sometimiento único a la ley. No obstante, con respecto al Ministerio Público, no se deja cerrada la cuestión⁴²⁹. La separación de poderes tiene una vocación: la de evitar la concentración de poder, pero puede operar según distintas modalidades en cada experiencia concreta⁴³⁰, siempre con una vocación garantista.

Si bien ni el Ministerio Público francés ni el italiano responden inequívocamente a un modelo teórico, gubernamental y judicial respectivamente, sí que su oposición ilustra al estudioso sobre las virtudes y deficiencias de cada uno de los sistemas. Además, su confrontación evidencia –frente al sistema español que en cierto sentido se sitúa en una posición equidistante a sendos referentes- cómo ambos sistemas buscan, de una manera u otra, esa posición intermedia que satisfaga las exigencias propias del Ministerio Público en una sociedad democrática y que en el nivel europeo se han plasmado en la Recomendación 19 (2000).

Al estudiar el Ministerio Público en Francia y en Italia nos situamos frente a dos experiencias opuestas en importantes aspectos tales como la dependencia o independencia gubernamental; o la forma en que los fiscales se vinculan a la legalidad, según se afirme la obligatoriedad o la oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, al propio tiempo, responden a una misma ordenación en muchos aspectos ya que en ambos nos encontramos con un fiscal

⁴²⁸ GIANNINI, *op. cit.* pág. 80

⁴²⁹ Cfr. RESCIGNO, —: “L’esercizio dell’azione pubblica ed il pubblico ministero”, *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*. “Il principio di divisione dei poteri, alla luce della esperienza storica, è muto per quanto riguarda la collocazione e la disciplina di questi organi pubblici che hanno il potere-dovere di rivolgersi ai giudici nell’interesse pubblico”.

⁴³⁰ *Vid.* RESCIGNO, Giuseppe Ugo, *op. cit.*

integrado en la magistratura bajo el gobierno de un Consejo Superior de la Magistratura. Las simetrías entre la magistratura italiana resultan evidentes, tanto en la regulación vigente, como en las tendencias que siguen las propuestas de *legue ferenda* a uno y otro lado de los Alpes, especialmente a partir de la década de los noventa.

2.1. La experiencia francesa

La República francesa constituye el exponente principal en Derecho Comparado de la forma de gobierno semipresidencialista, una forma de gobierno en la que, el Jefe del Estado, elegido por sufragio universal⁴³¹ y dotado, por tanto, de legitimidad democrática directa, cuenta con relevantes atribuciones de dirección política, coexistiendo con un Gobierno ligado al Parlamento por una relación de confianza propia de la forma de gobierno parlamentaria con una clara tendencia mayoritaria⁴³².

Como jefe del Estado, el Presidente de la República ostenta una función arbitral que en el ámbito de la justicia se refleja claramente en su condición de garante de la independencia de la Autoridad Judicial, asistido en su labor por el Consejo Superior de la Magistratura⁴³³ órgano de relevancia constitucional para el gobierno de la magistratura. Desde la Ley constitucional nº2008-724 de 23 de julio de 2008 de modernización de las instituciones de la Vª República el Presidente de la República no ostenta la presidencia del Consejo Supremo Superior de

⁴³¹ Desde la importante reforma de 1962. Con la ley de reforma constitucional de 2000 el mandato presidencial se limita a cinco años, es decir el mismo que el de una legislatura.

⁴³² Entre los comentarios sobre esta reforma constitucional en Francia pueden consultarse los compilados bajo la dirección de AGUIAR DE LUQUE, en *Cuadernos de Derecho Público*, Monográfico: la reforma de la Constitución francesa, núm.34-35 mayo-diciembre 2008, de entre los artículos incluidos en este monográfico puede verse especialmente DÍEZ PICAZO, Luis María.

⁴³³ MERLEY, Nathalie: “Le Chef de l’État et l’autorité judiciaire sous la V République” en *Revue Droit Public*, pág. 701 y ss., 1997-3. Hasta la reforma constitucional de 2008 la presidencia del Consejo Superior de la Magistratura correspondía al Presidente de la República.

la Magistratura, tampoco desde esta reforma los vocales togados son mayoritarios⁴³⁴. Tanto jueces como fiscales, magistrados todos ellos, se encuentran bajo su gobierno en las cuestiones que a su estatuto hace.

A tenor del artículo 20 de la Constitución francesa, al Gobierno corresponde la dirección de la política nacional de la que responde políticamente ante la Asamblea⁴³⁵. El Gobierno dispone de la Administración que se encuentra subordinada jerárquicamente al correspondiente Ministro, en este caso el de Justicia, jefe del servicio administrativo correspondiente y responsable de la definición de la la “política criminal⁴³⁶” y de la “política judicial”. De su gestión en este terreno responde el Gobierno políticamente en el Parlamento y, por supuesto, ante la opinión pública.

En la teoría general de la concepción francesa de la separación de poderes, Ejecutivo y Legislativo, son los dos únicos poderes dotados de un estatuto constitucional desde el origen⁴³⁷. En lo que a la justicia se refiere, pesó en el constituyente la rémora de la tradicional “*défiance*

⁴³⁴ Con ello se persigue, también en relación con el Consejo Constitucional y el Consejo Económico y Social, hacer más transparente el funcionamiento de estos órganos y acercarlos a los ciudadanos.

⁴³⁵ Sin embargo, también en este terreno, interviene el jefe del Estado dada la interpretación en clave presidencial del sistema de gobierno francés cuando Presidente de la República y del Gobierno responden a la misma mayoría. El ejecutivo dual ha ido evolucionando hacia la primacía del presidente de la república de la mano de importantes reformas constitucionales: la elección directa por sufragio universal, la limitación del mandato presidencial y la inversión del calendario constitucional hasta culminar en la última reforma constitucional (Ley constitucional n° 2008-724 de 23 de julio de 2008 de modernización de las instituciones de la V República) que ha tenido precisamente entre sus objetos principales el de trasladar al texto constitucional francés la posición de primacía del Presidente de la República, encuadrarla y reforzar la posición del Parlamento.

⁴³⁶ En Francia se ha individualizado dentro de la política criminal la llamada política penal, que hace referencia al “recurso diferenciado a la sanción penal” allí donde el ordenamiento permite alternativas diferentes a la pena como respuesta al delito.

⁴³⁷ Cfr. GOYARD, Claude, “Autorité judiciaire, indépendance de la magistrature, pouvoir judiciaire?”, *Revue administrative* n° 296, pág.172.

au juges” francesa y el correspondiente temor a un gobierno de los jueces. La Constitución de 1958 no se refiere expresamente al Poder Judicial, sino a la “*Autorité judiciaire*” que, da rúbrica al título VIII, dejando constancia de la debilidad de la justicia en la estructura del Estado.

Con el tiempo, sin embargo, se ha ido produciendo un progresivo entendimiento de la Autoridad Judicial como verdadero Poder alejándose de la dualidad de poderes jacobina. En esta evolución ha sido esencial la contribución doctrinal⁴³⁸ y, de manera destacada, el papel jugado por el Consejo Constitucional⁴³⁹ que, sobre todo, a partir de 1971 dando garantía efectiva a los derechos garantizados en el bloque de constitucionalidad y, gracias a la incorporación en 1974 del recurso a instancia de parte contra las leyes aprobadas en el Parlamento⁴⁴⁰, ha recreado la Constitución. En lo que a la justicia se refiere, irá llenando de contenido las disposiciones fragmentarias que la Constitución francesa le dedica integrándolas con los principios que a partir de la remisión del preámbulo constitucional vienen a formar parte del bloque de constitucionalidad, particularmente, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, y, asimilando la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el Convenio de Roma. Estos pronunciamientos, han ido construyendo una

⁴³⁸ Entre otros, RENOUX, *op. cit.*

⁴³⁹ El Consejo Constitucional francés está compuesto por seis miembros, designados tres por el Presidente de La República, tres por la Asamblea Nacional y 3 por el senado como miembros renovables cada tres años por tercios con un mandato de nueve años; además como miembros natos los expresidentes de la República.

⁴⁴⁰ Conforme al artículo 61 de la Constitución francesa las leyes orgánicas deben antes de su promulgación ser sometidas a control previo por el Consejo Constitucional que se pronunciará sobre su conformidad al bloque de constitucionalidad. La ley constitucional n° 74-904 de 29 octubre de 1974 contempló con el mismo objeto el control previo de constitucionalidad de las demás leyes a instancia del Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o senadores.

suerte, según RENOUX⁴⁴¹, de “*prothese*” jurisprudencial que ha contribuido a la identificación de un verdadero Poder Judicial, comprensivo tanto de la jurisdicción ordinaria, como de la jurisdicción administrativa. También el Consejo de Estado, como órgano que culmina la jurisdicción administrativa francesa, desempeña un singular papel en defensa del estatuto de la magistratura francesa, paradójico en cierta medida, dada su condición de órgano administrativo⁴⁴².

En su redacción original, el constituyente francés no hizo referencia expresa al Ministerio Público. Su consideración como autoridad judicial y por tanto su independencia, era cuestión controvertida. El Consejo Constitucional, en sus primeras decisiones al respecto, entendió, que, la autoridad judicial venía representada por los jueces, únicos garantes de la libertad individual a los que se referiría el art 66 del texto constitucional.

Ha sido décadas después, a partir de la reforma constitucional de 1992, cuando la Constitución ha dotado de relevancia constitucional expresa a los fiscales al reformar la composición y competencias del Consejo Superior de la Magistratura que extiende su competencia sobre éstos, como órgano de gobierno reflejando con ello el principio de la unidad de la magistratura. En 1992 se inició con esta reforma un camino que sigue recorriéndose⁴⁴³.

⁴⁴¹ RENOUX, Thierry, “Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet”, AIJC, 1995, pág. 221

⁴⁴² El Consejo de Estado es juez de casación de las decisiones del Consejo Superior de la Magistratura cuando éste decide como consejo de disciplina de los jueces. Es juez del exceso de poder en lo que concierne a las decisiones disciplinarias sobre los fiscales tomadas por el Ministro de Justicia y en las cuales el Consejo Superior de la Magistratura participa de forma consultiva.

⁴⁴³ Hubiera llegado a su fin de haberse aprobado la reforma constitucional que había planteado el presidente Holland, finalmente frustrada en verano de 2013. Se hubiera alcanzado definitivamente la unidad de la magistratura garantizando el estatuto personal de los fiscales en los mismos términos que el de sus colegas los jueces en lo que hace a nombramientos y disciplina, extremos en los que aún rige la diferencia.

El Comité Vedel, de cuyos trabajos derivaría esa importante reforma constitucional de 1992 sobre el Consejo de la Magistratura, fue mucho más avanzado en sus propuestas, al plantear una nueva rúbrica al título VIII que pasaba a denominarse “la independencia de la magistratura”. En el artículo 64 se proponía algo que me parece especialmente relevante para la construcción de un Ministerio Público adecuado a las exigencias del Estado Democrático. A los fiscales les correspondería:

“ejercer el ministerio público y velar en las condiciones previstas por una ley orgánica por la igualdad en la aplicación de la ley”.

Sin duda esta propuesta hubiera reforzado la posición constitucional del fiscal al que se le encomienda el ejercicio del “ministerio público” y velar por la igualdad en la aplicación de la ley en el terreno de la acusación pública y la persecución del delito, algo fundamental si reparamos en el principio de oportunidad que tradicionalmente rige la fiscalía francesa. No llegó a aprobarse esta disposición. Pero sí ha marcado, a mi modo de ver, una directriz importante en la evolución de la Fiscalía francesa⁴⁴⁴.

Siguiendo la tendencia de judicialización del fiscal, en 1993 el Consejo Constitucional afirmará en dos importantes decisiones que la autoridad judicial garante de la libertad individual a tenor del artículo 66 se integra tanto por jueces como por fiscales. Esta afirmación se refiere al fiscal como autoridad judicial en su dimensión material y no tan solo en su condición subjetiva de magistrado. En la primera de las decisiones a que nos referimos, el Consejo Constitucional entendió que no vulneraban la libertad personal, que la autoridad judicial garantiza, las competencias del fiscal en materia de detención provisional (Decisión n° 23-326 de 11 de agosto 1993, Fj. 5°). Tampoco, según la Decisión n° 93-323 de 5 agosto 1993, Fj. 6°, se desconoce por las

⁴⁴⁴ La manera en que se condensaba en este texto la esencia del Fiscal es a mi juicio esclarecedora de la problemática en torno a su naturaleza jurídica.

atribuciones al fiscal en relación con los controles de verificación de identidad. El fiscal es autoridad judicial y, por tanto, garante de la libertad individual. Pero, solo el juez ejerce la función jurisdiccional determinando el derecho aplicable al caso concreto de una manera irrevocable. La condición de autoridad judicial del fiscal se entiende suficiente para ciertas restricciones de la libertad individual⁴⁴⁵.

No puede decidir sobre medidas privativas de la libertad personal⁴⁴⁶ y, su cometido principal, es el ejercicio de la acusación pública. La garantía judicial viene definida precisamente por la separación entre juez y acusación. Se produciría una especie de gradación de la independencia judicial. Sería digamos una autoridad judicial de segundo grado, algo no muy distinto a lo que algún autor ha denominado juez *douce*.

La independencia que se predica de la autoridad judicial, condición de la que participan los fiscales, en cuanto magistrados, no es

⁴⁴⁵ El Consejo Constitucional ha interpretado la referencia a la libertad individual a la que se refiere el artículo 66 de la Constitución francesa al establecer la garantía de la intervención o control judicial, en el sentido de libertad física, es decir la garantía frente a la detención arbitraria entendiendo que proyecta sus exigencias garantistas en el terreno de la represión del delito pero no en el de la prevención del mismo cuyo objeto es la preservación del orden público y que se desarrolla a través de medidas administrativas de policía. El artículo 66 sólo exigiría el control judicial en los supuestos en que la limitación lo fuera de la libertad personal a modo de *habeas corpus* frente a la detención. No extiende por tanto sus exigencias a la restricción de otras libertades individuales como la libertad de circulación o la vida privada que derivan su protección del artículo 2 y 4 de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789 y que no exigirían la garantía del control judicial (Decisión núm. 2004-492, de 2 de marzo de 2004, sobre la Ley Perben II).

⁴⁴⁶ Y aunque sea autoridad judicial y ésta garantice la libertad individual, las medidas coercitivas sobre la libertad personal tales como la prisión preventiva se reservan al juez (Decisiones núms. 95-360 de 2 de febrero de 1995 y 96-377 de 16 de julio de 1996). Con lo cual cabe decir que la garantía judicial reside en la propia separación de la función acusatoria y decisoria exigencia del proceso debido y en ese sentido el fiscal es autoridad judicial pero no quiere decir que el fiscal pueda decidir sobre la libertad personal. (Vemos como una gradación en las garantías ofrecidas. Se trataría de injerencias de baja intensidad en la libertad personal las que el fiscal pudiera llevar a cabo en su condición de autoridad judicial).

la independencia propia de los jueces. Son defensores de la legalidad, su actuación es obligada en la jurisdicción penal como representantes de la sociedad y por tanto deben guiarse con la imparcialidad propia de un magistrado. A ello se reconduce su independencia efectiva. Mientras que el juez no puede sufrir ningún tipo de injerencia por parte del legislativo, del ejecutivo o de los demás jueces, el fiscal -al que corresponde promover la justicia defendiendo la legalidad con la imparcialidad propia de un magistrado- se inserta en una organización presidida por el principio de dependencia jerárquica de sus superiores y, en último término, del Ministro de Justicia.

Su independencia como autoridad judicial requiere una independencia personal a modo de estatuto protector de su condición de magistrado, eso sí, modulado por la peculiaridad de su función. Las diferencias en este sentido se justifican objetiva y razonablemente, si observamos que el fiscal que participa de la condición de autoridad judicial no ejerce sin embargo función jurisdiccional⁴⁴⁷.

Mientras el juez ejerce sus funciones desde la independencia, la posición del fiscal es esencialmente distinta ejerciendo su función bajo la dirección y control de sus superiores jerárquicos y bajo la autoridad del Ministerio de Justicia⁴⁴⁸ y dotado de un estatuto peculiar con respecto a los jueces. Estos dos polos en tensión, los pone perfectamente de manifiesto el profesor RENOUX cuando señala que, todo el problema del estatuto constitucional del fiscal tiende a la coexistencia de dos principios antagonistas: de una parte, el principio de la unidad del cuerpo judicial que implica una cierta asimilación de las reglas aplicables a los magistrados, jueces y fiscales y, de otra parte, el principio de subordinación jerárquica de los fiscales que tiende a

⁴⁴⁷ Su cualidad de magistrado le exige un comportamiento leal a su alta función y le impone deberes de reserva al igual que a sus colegas los jueces. Igualmente exige reconocerle la libertad de palabra.

⁴⁴⁸ Art. 5 del estatuto de la magistratura (ordenanza nº 58-1270, de 22 de diciembre de 1958).

limitar la independencia de estos magistrados⁴⁴⁹. Las reformas, culminadas o no, y todo el debate que rodea al *Parquet* francés, se explican desde esa tensión aparentemente irreconciliable que no es, sino manifestación de la peculiar naturaleza de esta institución.

Las peculiaridades estatutarias de los fiscales con respecto a los jueces se justificarán, por tanto, en la función que al Ministerio Público corresponde. Los fiscales son autoridad judicial, pero, a ellos no corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional, que debe ser independiente, sino la función acusatoria en régimen de monopolio y con arreglo al principio de oportunidad lo cual justifica su subordinación al Gobierno y la jerarquía de su organización interna y, con ello, las especialidades estatutarias frente al estatuto de los jueces. A la dependencia funcional se corresponde una dependencia orgánica del Gobierno limitada, eso sí, por las competencias del Consejo Superior de la Magistratura que se han visto ampliadas en las últimas reformas en una tendencia constante, pero contenida, de asimilación a la magistratura *assise*⁴⁵⁰.

El Consejo Constitucional Francés en su decisión 2004-492⁴⁵¹ considerará que “la subordinación jerárquica de los fiscales tal y como aparece dibujada en los textos legales no atenta contra la separación de poderes en el sentido que esta noción tiene en la Constitución francesa (traducción propia)”. La importancia singular de esta decisión radica en que, en decisiones anteriores, el Consejo Constitucional Francés había tenido ocasión de pronunciarse sobre la condición de autoridad judicial del fiscal y su estatuto al hilo de las correspondientes reformas de la

⁴⁴⁹ Por su parte el artículo 43 de la Ordenanza n° 58-1270, de 22 de diciembre de 1958. Sujetos a la correspondiente responsabilidad disciplinaria que tiene en cuenta su subordinación jerárquica.

⁴⁵⁰ FAVOREAU, Louis, “Breves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution”, *Rev. Sc. Crim*, n°4, oct-déc. 1994, pág. 680 se refiere a una solución mixta como peculiaridad del fiscal francés.

⁴⁵¹ Decisión núm. 2004-492, de 2 de marzo, Journal officiel de 10 de marzo de 2004, pág. 4637, cons. 96-98, Rec. p. 66.

ordenanza sobre el estatuto de la magistratura y la ley del Consejo Superior de la Magistratura pero nunca directamente sobre si su subordinación jerárquica al Ministerio de Justicia vulneraba, o no, la independencia de la autoridad judicial constitucionalmente garantizada.

El objeto del recurso ante el Consejo era el artículo 30 del Código de procedimiento penal francés que en su nueva redacción incorporaba un nuevo capítulo dedicado al Ministerio de Justicia añadiendo a las previsiones anteriores que literalmente se limitaban a instrucciones particulares las instrucciones generales dirigidas por el Ministro de Justicia al Ministerio Fiscal disponiendo expresamente que “el Ministro conduce la política de la acusación pública determinada por el Gobierno y vela por la coherencia de su aplicación sobre el territorio de la República. Con tal fin, dirigirá a los magistrados del Ministerio Público instrucciones generales de actuación (traducción propia)”.

En concreto el Consejo Constitucional debía dirimir sobre si la regulación realizada por la ley⁴⁵² de las relaciones entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio Público “definiendo y limitando las condiciones en las que se ejerce la autoridad del Ministro de Justicia” vulneraba la independencia de la autoridad judicial y, dado que los fiscales son magistrados, y participan de la cualidad de autoridad judicial, con ello, el principio de separación de poderes constitucionalmente garantizado según la doctrina del propio Consejo Constitucional (artículo 66 de la Constitución francesa y 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano).

⁴⁵² Se trata de la “Ley relativa a la adaptación de justicia a las evoluciones de la criminalidad”, conocida como *Ley Perben II*, que recoge disposiciones heterogéneas que giran principalmente en torno a la instauración de una legislación especial en relación con determinados delitos relajando las garantías constitucionales para determinadas formas de delincuencia. Esta reforma da un mayor peso al fiscal verdadero protagonista de un nuevo procedimiento conocido como *plaidure du culpable* que permite condenar a un sujeto con la sola homologación judicial de la propuesta realizada por el fiscal de una pena que el sujeto acepta siempre que concurren ciertos requisitos.

Según el Consejo Constitucional francés esta reforma del código procesal penal no venía sino a trasladar a la ley⁴⁵³ lo que es una práctica constante en Francia señalando que “son conformes a la tradición republicana según la cual los magistrados del *parquet* se sitúan en una organización jerárquica de la que el Ministro de Justicia es el vértice” y tanto las instrucciones particulares previstas anteriormente como ahora las instrucciones generales a las que ahora se les da expresa cabida derivan directamente del carácter jerárquico del Ministerio Público.

El Consejo Constitucional dota este modelo de valor constitucional considerando que “ya que esta tradición preexistía a la constitución de la 5ª república aprobada por referéndum el pueblo francés el texto de 1958 principalmente el título relativo a la autoridad judicial el pueblo francés le ha otorgado valor constitucional. Y por esta razón la puesta en cuestión del carácter jerárquico del Ministerio Público necesitaría de una revisión constitucional. Con esta decisión el Consejo Constitucional da un paso consideramos fundamental en la constitucionalización del Ministerio Público al pronunciarse expresamente sobre el modelo francés de Ministerio Público.

Es interesante traer aquí la justificación que el Gobierno francés⁴⁵⁴ hizo del nuevo texto del artículo 30 del Código de Procedimiento Penal, alegando que esta jerarquía era de una naturaleza específica a diferencia de la existente entre otros ministros y la administración que dirigen. Esta especificidad radica en que los fiscales

⁴⁵³ Realmente el legislador aprovecha la ocasión, al regular un procedimiento específico de persecución penal en el que se refuerza la posición del fiscal, para trasladar a la ley alguna de las previsiones que ya bajo el Ministerio de GUIGOU se habían planteado. Se trataba de legalizar la práctica de la política penal llevada por los distintos Ministros de Justicia y los procuradores generales y procuradores de la república, protagonistas todos ellos de llamada “política penal”.

⁴⁵⁴ De la misma forma el Gobierno francés ha defendido el carácter de autoridad judicial del fiscal francés ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Medvedev*.

conservan en todo caso su libertad de palabra, disponen de poderes propios que el Ministro no puede actuar por sustitución, no pueden recibir instrucciones negativas como sería la de sobreseer un asunto y las instrucciones que se le dirigen deben ser escritas y contenidas en el dossier del asunto. Además se benefician en materia de promoción y de sanción disciplinaria de la garantía derivada de la intervención del Consejo Superior de la Magistratura que viene a limitar las competencias del Ministerio de Justicia en la gestión de su carrera.

El día 6 de mayo de 2012, François Holland, candidato socialista, ganó las elecciones presidenciales francesas. En su programa político destacó como punto fundamental un reforzamiento de la independencia de la autoridad judicial frente a la instrumentalización que de la misma, principalmente de la justicia penal, se había realizado en la última etapa de la Presidencia de Nicolas Sarkozy. Las reformas tendrían como principal objeto de consideración al *parquet* de un lado modificando de nuevo el Consejo Superior de la Magistratura equiparando constitucionalmente la gestión de la carrera de jueces y fiscales. De otro reforzando la autonomía funcional⁴⁵⁵ del Ministerio Público prohibiendo expresamente la posibilidad de órdenes del Ministerio de Justicia en asuntos particulares que lógicamente han sido siempre las más cuestionadas. Se rechaza la idea del sometimiento del Ministerio Público a un fiscal general porque ello comprometería la legitimidad democrática de la dirección de la política criminal de la que el Ministerio de Justicia, el Gobierno, por tanto es su responsable político.

⁴⁵⁵ También se habla de la adecuada limitación de los poderes del fiscal y de la regulación de una posible vía de acceso de los particulares en la persecución de delitos de víctimas difusas o colectivas (*class action*). También en el programa se comprometía Holland a la supresión del juez de instrucción y el otorgamiento de la investigación de los delitos al fiscal pero esa discusión obligadamente debería pasar por la garantía de la independencia externa del fiscal. La influencia de las últimas decisiones del TEDH cuestionando el modelo francés de fiscal era patente.

Acaba de darse cumplimiento a ese compromiso de reforma del Ministerio Público en aras de garantizar su independencia del Gobierno en un primer nivel: el de la reforma por el legislador ordinario del código de procedimiento penal. El 25 de julio de 2013 entró en vigor la ley que prohíbe expresamente al Ministro de Justicia la posibilidad de dirigir instrucciones particulares a los fiscales en asuntos concretos.

Esta importante reforma quedaría incompleta si no se acometiese la reforma del plano institucional, lo que exige una reforma de la Constitución. Se encuentra, actualmente, en la Asamblea Nacional francesa⁴⁵⁶, un texto en dicho sentido que viene a completar la nueva disciplina del Ministerio Público para garantizar el estatuto de los fiscales, acercando su posición a la de los jueces en lo que a nombramientos y disciplina se refiere, equiparando para ello el papel del Consejo Superior de la Magistratura con respecto a unos y otros.

De aprobarse este nuevo texto se daría respuesta a la pregunta “retórica” que formulaba la profesora DELMAS-MARTY, “*La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres?*”⁴⁵⁷. La afirmación de que efectivamente ni es ni puede serlo supone que la dirección de la política en este terreno puede prescindir de las actuales competencias del Gobierno sobre los nombramientos de los procuradores generales y la disciplina⁴⁵⁸, que en la regulación actual derogan las garantías propias de los jueces, en correspondencia a la

⁴⁵⁶ Proyecto de Ley constitucional para la reforma del Consejo Superior de la Magistratura presentado el 14 de marzo de 2013 ante la presidencia de la Asamblea Nacional en nombre del Presidente de la República francesa, François Holland, por el Primer Ministro Jean-Marc Ayrault y la Ministra de Justicia Christiane Taubira.

⁴⁵⁷ DELMAS-MARTY, Mireille, “La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres?” *Rev.sc.crim*, 1994, págs. 150 a 154.

⁴⁵⁸ MATHIAS, Eric, *op. cit.*, pássim, compara al fiscal francés con el fiscal alemán, también éste dependiente del Ministerio de Justicia en su condición de funcionario, pero que ve garantizada su posición en mayor medida que el francés en tanto en cuanto la potestad disciplinaria corresponde a los mismos tribunales disciplinarios que conocen de la disciplina de los jueces.

peculiaridad de una función que se ejerce bajo la autoridad superior del Ministerio de Justicia. Estas especialidades estatutarias de los fiscales que quiebran el principio de unidad de la magistratura francesa dejarían de justificarse como mecanismo de legitimación democrática de los fiscales franceses que no podemos olvidar realizan una labor fundamental en la implementación de la política criminal que al Gobierno francés compete dirigir.

2.2. La experiencia italiana

Cualquier estudioso del Ministerio Público no puede obviar la discusión que al más alto nivel tuvo lugar en Italia. De la mano de eminentes juristas, destacadamente CALAMANDREI y LEONE, el Ministerio Público y el gobierno de la Magistratura fueron los dos grandes temas sobre los que pivotó la discusión de los padres de la Constitución italiana en 1947 en torno a la división de poderes y las garantías que el nuevo marco constitucional debía ofrecer. Se evidencia, así, la profunda preocupación por la consagración del Estado de Derecho en lo que hace a la independencia judicial con un necesario contrapeso que evitara una patológica separación del Poder Judicial del circuito democrático. En palabras de LEONE el fin a alcanzar era el de “desvincular el poder judicial de los otros poderes del Estado para evitar cualquier injerencia, pero al mismo tiempo impedir la creación de una casta cerrada de la Magistratura”⁴⁵⁹.

El fiscal en Italia es magistrado. Magistrados son los componentes del orden judicial. La magistratura conforme al artículo 104 de la Constitución italiana constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder. En este precepto como señala MORTATI se reconoce a la magistratura la autonomía organizativa frente a la autonomía funcional que garantiza el artículo 101.2 al sujetar a los jueces (la Constitución utiliza expresamente la expresión *giudici* en

⁴⁵⁹ Asamblea Constituyente, Comisión para la Constitución, Segunda Subcomisión (segunda sesión), balance sumario de la sesión de 8 de enero de 1947.

lugar de la de *magistrato*⁴⁶⁰) a la ley. No se quiere decir con ello que el Ministerio Fiscal no esté sujeto (sólo) a la ley sino que esta sujeción según la doctrina mayoritaria no deriva del artículo 101.2 sino que debe construirse de otra forma, a través de la constitucionalización del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal garantizado en el artículo 112⁴⁶¹. La obligatoriedad dirigida a garantizar el principio de legalidad y el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley se convierte así en el fundamento de la independencia del Ministerio Fiscal frente a terceros, principalmente el Poder Ejecutivo.

Esta autonomía reconocida a la magistratura en su conjunto u orden judicial en cuanto complejo organizativo como señala CALAMANDREI no era en sí misma necesaria para asegurar la independencia del juez en concreto, que es realmente el valor que en todo caso un Estado de Derecho debe garantizar. Respecto a la posición constitucional del *Pubblico Ministero* de ello derivan consecuencias importantes. En Francia el fiscal es magistrado y como tal es integrante de la magistratura u orden judicial pero a diferencia de Italia la norma francesa no constituye a la magistratura como un complejo autónomo e independiente del resto de los Poderes del Estado en consonancia a la propia concepción de la “*autorité judiciaire*” en Francia. Si en Italia el orden judicial es autónomo y eso como señala MORTATI es sinónimo de

⁴⁶⁰ El artículo 101.2° se refiere a jueces y no a magistrados. El término “magistrati” fue sustituido inexplicablemente para algunos por el de “giudici” en sede de coordinación. El término juez es más reducido que el de magistrado ya que no se refiere a todos los componentes del “ordine giudiziario” (artículo 104.1° y 4 del Real Decreto de 1941) sino sólo a aquellos que ejercen funciones jurisdiccionales. El artículo 2.2 del Proyecto Calamandrei extendía explícitamente al Ministerio Público la independencia funcional propia de los jueces. Independencia es igual que dependencia solamente de la ley. Véase MORTATI, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo I, 10ª ed., Padova, CEDAM, 1991.

⁴⁶¹ Sumamente interesantes resultan los análisis de ZAGREBELSKY, Vladimiro, “L’obbligatorietà dell’azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale, en *Rivista di Casazione Penale*, 1992 y “Le soluzioni peggiori del male (a proposito del Pubblico Ministero), en *Rivista di Casazione Penale*, 1991.

poder judicial⁴⁶², en Francia el orden judicial es solo tal: orden judicial y el poder judicial lo es sólo en sentido objetivo como ejercicio de la función jurisdiccional.

El fiscal, por tanto, al ser magistrado se integra en un orden autónomo e independiente hacia el exterior, es decir, frente a los poderes políticos y de manera singular frente al Poder Ejecutivo. Deriva por tanto la independencia externa del fiscal garantizada por la misma norma que a los jueces.

El artículo 104 de la Constitución italiana corona, pues, un proceso evolutivo dirigido a separar la magistratura de Poder Ejecutivo. La autonomía de la magistratura no significa aislamiento de la misma o separación. Precisamente en la discusión de las formas de conexión entre la justicia y la política fue donde se urdió la discusión sobre la posición constitucional de independencia o no del Ejecutivo del Ministerio Fiscal en el nuevo orden constitucional italiano. La concepción de la división de poderes y en concreto de la magistratura se proyectaría así en el Ministerio Fiscal y después en el Consejo Superior de la Magistratura. La discusión quedaba planteada de la mano de la concepción tradicional heredada de Francia del Ministerio Fiscal como órgano de comunicación entre el Ejecutivo y la Administración de Justicia frente a un fiscal magistrado independiente del Ejecutivo. Como telón de fondo estaba la historia y la experiencia de la justicia en la época fascista con la manipulación operada sobre la misma a través de la instrumentalización del Ministerio Fiscal.

Las diferencias en la Constituyente no lo fueron tanto sobre los principios de actuación sino sobre las soluciones institucionales por lo que desde el primer momento estuvo clara la opción frente al principio de obligatoriedad como respuesta a la instrumentalización sufrida en épocas anteriores. Frente a CALAMANDREI la obligatoriedad y la

⁴⁶² MORTATI, *op. cit.*

independencia no eran sino caras de la misma moneda. Para LEONE cabía conciliar la obligatoriedad con un Ministerio Público dependiente del Ejecutivo con tal de que su posición fuera protegida por garantías efectivas.

En Italia, se han venido planteando, principalmente desde 1997, propuestas –incluso de reforma constitucional– que separen la carrera de los fiscales de la de los jueces y sometan a los primeros a reglas diferentes de actuación que garanticen la igualdad en la actuación de la ley penal. La reforma del artículo 111 de la Constitución Italiana garantizando expresamente las reglas del *giusto processo* han reforzado la necesidad de una separación clara de carreras para garantizar la equidistancia del juez con respecto a la acusación y a la defensa, condición *sine qua non* de la *terzietà* del organo judicial y la paridad de las partes.

La última propuesta en este sentido se presentó el 7 de abril de 2011 siendo Ministro de Justicia Alfano bajo la presidencia del Gobierno de Berlusconi. El gran hándicap de esta propuesta es que su principal valedor político, por circunstancias de sobra conocidas, se encuentra en una enconada relación con la magistratura, especialmente la requirente, desde hace bastantes años.

3. INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD COMO EJES VERTEBRADORES DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO COMO “AUTORIDAD JUDICIAL INDEPENDIENTE”

3.1. Aproximación a la idea de autoridad independiente

La posición del Ministerio Público en un determinado ordenamiento viene dada por el binomio in-dependencia-

responsabilidad⁴⁶³. La independencia viene a proteger al Ministerio Público de cualquier injerencia extraña a su función. La responsabilidad se corresponde con la predisposición de los controles que aseguren que la función del fiscal se ajusta a los principios que la disciplinan. Se trata pues de la exigencia de conciliar la separación de poderes, principio medular del Estado de Derecho, y la rendición de cuentas propia del Estado democrático. Es la aplicación por tanto de la teoría de los “*checks and balances*”⁴⁶⁴ a una institución clave en las democracias constitucionales actuales para el funcionamiento de la garantía judicial y el ejercicio del “ministerio público, es decir, la defensa del interés público en el proceso.

La discusión sobre la posición constitucional del Ministerio Público debe plantearse bajo premisas diferentes a las de la clásica dicotomía doctrinal de oposición de un modelo dependiente o gubernamental *versus* un modelo independiente o judicial. Frente a la experiencia francesa, de configuración gubernamental, e italiana, que prácticamente sitúa al fiscal en la misma posición que al juez, pienso que la regulación española posibilita un modelo de equilibrio a modo de tercera vía que salve los desajustes que aquéllos plantean en la práctica. A este equilibrio contribuye el hecho de que el ordenamiento jurídico español conoce de antaño la acusación popular que opera en la práctica un importante contrapeso al poder de acusar en manos del Ministerio Fiscal⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Es la perspectiva de DI FEDERICO, Giuseppe: “La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada”, *Poder Judicial*, núm. 48, págs. 13 y ss.

⁴⁶⁴ Nadie mejor que DÍEZ-PICAZO, Luis María, lo ha estudiado en nuestro país desde esa perspectiva genuinamente constitucional (*El poder ...op. cit., vid* especialmente las págs. 43 y ss.)

⁴⁶⁵ Esa virtud de la regulación española se pone de manifiesto en los estudios comparados extranjeros, no muchos, que hacen explícita referencia a nuestro sistema de acusación pública.

Las nuevas exigencias, tanto de la política como del proceso en el Estado democrático actual, han sumido en una crisis de identidad al Ministerio Público en su configuración tradicional. El Ministerio Público se ha convertido en un órgano necesario para la organización constitucional del poder dada la importancia de las misiones que el Estado cumple a su través. Se pudiera incluso afirmar que la crisis del modelo clásico de Ministerio Público ha trasladado al ámbito constitucional la discusión sobre su configuración trasmutando su naturaleza legal o administrativa en constitucional. La relevancia constitucional⁴⁶⁶ expresa de esta institución va a entrañar una garantía frente al legislador, al tiempo que se reconoce su participación en el *indirizzo* constitucional desde una posición de relativa independencia o autonomía con respecto a otros órganos constitucionales. Se trata de resguardar de la mediatización política la función de promoción de la justicia sin por ello desconectar al Ministerio Público en términos de legitimidad y responsabilidad democráticas⁴⁶⁷.

Tras los intentos infructuosos de la doctrina de situar al Ministerio Fiscal en el terreno del Poder Judicial o en el del Poder Ejecutivo, la doctrina actual ensaya fórmulas organizativas que garanticen cierta autonomía al Ministerio Fiscal. No llega sin embargo a caracterizarse expresamente como autoridad independiente. Autoridades independientes son las que la doctrina define como tales a partir de la posición que el ordenamiento jurídico atribuye a las mismas. En cualquier caso, hablar de autoridad independiente exige una actividad especialmente sensible a la mediatización política, un sector de la actividad estatal que por exigencias funcionales exige una cierta separación del Gobierno y en definitiva de la mayoría. La doctrina no enumera al Ministerio Fiscal, tampoco al Fiscal General del Estado,

⁴⁶⁶ Sobre la relevancia constitucional, CHELI, E., “Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (Appunti per una definizione)”, *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, Modena, 1965, pág. 61 y ss.

⁴⁶⁷ Véase sobre el particular MARTÍNEZ DALMAU (2005).

en el elenco de autoridades independientes⁴⁶⁸. A mi juicio, en el caso del Ministerio Fiscal, la propia Constitución pone las piezas claves de esta autoridad independiente y en ese sentido lo concreta e interpreta el legislador democrático, o al menos parece orientarse en esa dirección.

Que utilicemos la expresión autoridad independiente⁴⁶⁹ no debe extrañar desde el punto y hora que ésta no es sino un marco de referencia doctrinal que intenta definir la naturaleza y posición de determinados sujetos. No estamos ante categorías legales, sino ante una categoría doctrinal de figura organizativa bajo la que se encuadran distintas figuras con elementos comunes.

Sin embargo, ese modelo teórico de análisis, que nos sirve de referencia deontológica (deber ser) y al que desde un punto de vista histórico podemos afirmar tiende nuestro modelo positivo de Ministerio Fiscal, está en tensión con un modelo heredado de organización de la acusación pública oficial en España. Al fin y al cabo, cualquier referente teórico se modula en su concreta realización que además lo es de la herencia histórica. Las instituciones *a la fine* no son sino producto de la historia y de lo que las quienes las ocupan hacen de ellas⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ Siguiendo a MAGIDE HERRERO, *op. cit.*, págs.40 y ss, son organizaciones que responden al concepto de Administración Independiente en nuestro ordenamiento estatal: el Consejo de Seguridad Nuclear, el Tribunal de Defensa de la Competencia, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Agencia de Protección de Datos y la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

⁴⁶⁹ La discusión entre los que optan por la expresión autoridad administrativa independiente y autoridad independiente en nuestro caso queda salvada desde el punto y hora que el Ministerio Fiscal no es Administración.

⁴⁷⁰ Es curioso observar como la particular inercia de la institución se impuso frente a la concepción constitucional del Ministerio Fiscal en la Constitución republicana que lo definía como un cuerpo separado del Poder Judicial pero que gozaba de las mismas garantías de independencia. Sin embargo en las Memorias de la época sigue reconociéndose a sí mismo como el representante del Gobierno, eso sí del Gobierno de la República. Prueba de ello es la Memoria de 1932 en la que Fiscal General de la República elevó al Gobierno de la República las siguientes palabras que merece la pena traer aquí

3.2. La in-dependencia del Ministerio Público

La posición “relativa” del Ministerio Fiscal en el ordenamiento jurídico español puede medirse en términos de mayor o menor autonomía funcional y/o de mayor o menor autogobierno, dirigido lógicamente éste a garantizar los niveles de autonomía funcional en la toma de decisiones.

Trasladando los términos con los que la doctrina⁴⁷¹ ha analizado el estatuto de los jueces -extrapolados también al análisis de las llamadas autoridades independientes- hago referencia a dos parejas conceptuales: de un lado, la de independencia externa o interna, según las fuentes del peligro de posibles injerencias en el cometido que les es propio a los fiscales provengan del interior o del exterior de la institución; de otro lado, y en función de cuál sea el objeto de protección, las categorías de independencia –o autonomía- bien orgánica, bien funcional.

En relación con posibles injerencias o peligros frente a los que levantar garantías, hemos de advertir que la posición del fiscal difiere de la del juez, pues no está completamente separada del Ejecutivo, tanto en el plano orgánico como en el funcional. La singularización del Ejecutivo como polo en la relación deriva del origen del Ministerio Público en la Europa Continental, en el que el Gobierno retiene competencias importantes en relación con la política judicial y criminal.

“la carrera fiscal es hoy independiente de lo judicial, por lo que debe rodeársela de los más grandes prestigios en beneficio, no ya del público ministerio, sino del Gobierno de la nación y encontrará así en los funcionarios que la constituyen eficaces inspectores del judicial servicio, por ser independientes de éste y dependientes, en cambio, del Poder Ejecutivo de la República”.

Los fiscales seguían participando de la cultura de dependencia que había informado tradicionalmente el cuerpo.

⁴⁷¹ Es el esquema utilizado por BIONDI, Francesca y ZANON, Nicolò, Diritto Costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali, Giuffrè Editore, Milán, 2002.

Eso es con respecto al plano externo. En las relaciones internas de los fiscales hemos de partir de una organización monocrática y jerárquica que relativiza la independencia interna frente a la personalización de la función del juez.

Si se trata de la administración burocrática que soporta a la institución, de la gestión del elemento personal y material y por tanto de las garantías estatutarias y presupuestarias hablaremos de la primera, si se trata de protección de la autonomía valorativa, es decir de la manera en que el ejercicio de la función del fiscal se vincula a la ley nos referimos a la independencia funcional, bien entendido que la independencia institucional se orienta, cómo no, a proteger instrumentalmente esa autonomía valorativa, es decir el grado de independencia funcional.

El estudio de la que podemos llamar autonomía orgánica abarca el estudio del estatuto personal de los fiscales y de manera principal del Fiscal General del Estado como representante máximo y vértice de la institución. Habremos de considerar el modelo de gobierno del Ministerio Fiscal, tanto del Ejecutivo, y particularmente del Ministerio de Justicia como de gobierno interno de la Institución.

La posición de in-dependencia funcional en relación con el Ejecutivo (externa) y la posición de independencia funcional en el seno de la organización de referencia (interna) pasa por el estudio de un lado de las relaciones con el Gobierno en la definición de la política criminal encuadradas por el principio de competencia que define al Ministerio Fiscal y los principios de legalidad e imparcialidad que en todo caso deben presidir su actuación, como en el plano interno por el estudio de la dirección de los superiores jerárquicos y la posición de los fiscales en el seno de una institución en la que si bien es cierto que se organiza jerárquicamente (no personalización) cada fiscal representa al Ministerio Fiscal y es directamente investido de su competencia por la ley (vinculación con respecto a la ley y defensor de la ley).

Podemos referirnos a la independencia de la institución o a la de cada uno de los fiscales que la representan. Ello implica que el análisis de la independencia funcional se sitúe en dos planos, el interno y el externo. En el interno se estudia la toma de decisiones de los fiscales en el seno de la organización de la que forman parte. En el externo se examina la particular relación del Ministerio Fiscal, de la institución, como del fiscal individualmente considerado, con el Gobierno en el ejercicio de los cometidos que le son propios.

Si con respecto al exterior la separación del Ejecutivo supone un freno a la posible politización del fiscal la afirmación de la dependencia debe verse desde el principio de igualdad de los justiciables que tiende a garantizar. Es la unidad de actuación la que nos lleva a hablar de la relación de la institución y de cada uno de los fiscales.

Estos son los presupuestos sobre los que he descrito el régimen del Ministerio Fiscal en el ordenamiento español actual en las páginas anteriores.

3.2.1. La neutralización del “ministerio público”

El problema de la separación del Ministerio Público del Ejecutivo con la idea de evitar posibles instrumentalizaciones que puedan suponer una mediatización de la justicia puede intentar atajarse a través de mecanismos diferentes. Ello puede plantearse en términos estatutarios desvinculando orgánicamente a los fiscales del Ejecutivo o bien incidiendo en el plano procesal a través de la participación de los particulares en el control de la actuación del fiscal rompiendo el enorme poder que condensa la acusación oficial⁴⁷².

⁴⁷² La experiencia alemana en su evolución histórica planteó la discusión entre dos modelos que se le presentan al legislador imperial para evitar la preocupación de que el Gobierno pudiera instrumentalizar a su servicio el monopolio del ministerio público: una estatutaria y la otra procesal por separar al Gobierno del Ministerio Público (*Staatsanwaltschaft*) *vid.* MATHIAS, *op. cit.* pássim.

En la Constituyente italiana entre las opciones que manejaba la constituyente, el diputado Piero CALAMANDREI lanzó una propuesta tremendamente sugestiva bajo mi punto de vista. Son palabras del diputado italiano que he preferido, a pesar de su extensión, recoger en su literalidad. Su propuesta giraba en torno al nombramiento de un “*Procuratore generale commissario de la giustizia*” que vendría a ser:

“l’organo di collegamento tra Magistratura e Governo. Tale commissario avrebbe in parte la figura del magistrato, in quanto sarebbe scelto tra i Procuratori generali della Corte d’appello o di Cassazione, e in parte quella di rappresentante politico, in quanto sarebbe nominato dal Presidente della Repubblica su designazione della Camera, prenderebbe parte alle sedute del Consiglio dei Ministri con voto consultivo e risponderrebbe di fronte alle Camere del buon andamento della magistratura. Di modo che, essendo tale commissario il capo dell’organo di accusa, con potere disciplinare sui magistrati, ove si verificassero nell’interno del corpo giudiziario inconvenienti di carattere politico, a lui potrebbesi far carico di non aver saputo esercitare le sue funzioni. Qualche cosa di simile si ha nell’ordinamento inglese, con qualche differenziazione che potrebbe essere indicata, ove l’argomento dovesse essere approfondito⁴⁷³.”

Se ha planteado la posibilidad de desvincular al Ministerio Público del Ministerio de Justicia haciendo descansar la institución en un fiscal general sustituyendo así la jerarquía política por una jerarquía técnica. Fue la idea que estuvo en la propuesta italiana de CALAMANDREI que abogaba por la figura de un comisario de justicia, o la propuesta de PIZZORUSSO⁴⁷⁴ después retomada por un amplio sector doctrinal. Se

⁴⁷³ *Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione (seconda sezione), resoconto sommario della seduta del 5 dicembre 1946*). El artículo 19 del proyecto de Calamandrei recogía claramente la responsabilidad política de este Procurador General.

⁴⁷⁴ Puedo traer aquí una consideración histórica de la experiencia alemana en la discusión entre dos modelos que se le presentan al legislador imperial para evitar la preocupación de que el Gobierno pudiera instrumentalizar a su servicio el monopolio del ministerio público planteó dos tipos de solución: una estatutaria y la otra procesal por separar al Gobierno del Ministerio Público (*Staatsanwaltschaft*).

planteó en Alemania, descartándose en el modelo instaurado en 1877⁴⁷⁵, y recurrentemente de la mano de la doctrina en Francia.

En todo caso lo que sí parece cierto es que Francia no va a romper al menos de momento la configuración gubernamental del Ministerio Fiscal. El comité de reflexión Balladur en julio de 2007 contempló como objeto de una posible reforma constitucional al Ministerio Público sin embargo la propuesta no fue finalmente elevada al Gobierno de la nación ni este la incluyó en su proyecto. Se barajó la posibilidad de instaurar una nueva institución, la de un Procurador General desvinculado políticamente del Ministerio de Justicia y responsable ante el Parlamento del funcionamiento del Ministerio Público. Las dudas sobre la naturaleza jurídica de una tal figura, principalmente en lo que hace a su encuadre constitucional, impidieron avanzar en la propuesta y el informe entenderá que esa institución no cuadra con la tradición francesa. El comité Balladur afirmaría -no mirando desde luego hacia nuestro país- que no existe una institución parecida en otros ordenamientos que pueda servir al legislador francés de comparación. En 2008, el senador COSSIGA⁴⁷⁶ presentaba una iniciativa en la cual el Ministerio Público vendría a ser un orden autónomo, no sujeto al Poder Ejecutivo pero responsable a través de su propio vértice en el Procurador General de la República nombrado por el Presidente de la República a propuesta del Ministerio de Justicia con la aprobación del Parlamento. Junto a él, un Consejo Superior se ocuparía de la gestión de la carrera fiscal.

⁴⁷⁵ La otra opción para evitar sospechas de mediatización política del Ministerio Público por el Ejecutivo pasa por reformar el régimen de la acusación rompiendo el monopolio de la acusación pública o al menos garantizar el control a instancias de los particulares de los archivos decretados por el fiscal. Combinada con esta última previsión el ordenamiento alemán optó por sujetar al Gobierno y al propio Ministerio Público a la legalidad (artículo 20III GG).

⁴⁷⁶Iniciativa de ley presentada el 1 de septiembre de 2008, núm. 1002.

Creo que estas propuestas son las más idóneas para garantizar los valores en juego y en cierta medida veo en ellas un referente al que, si no aún, podría en un futuro no muy lejano, tender nuestro modelo de Ministerio Fiscal a modo de una especial “autoridad judicial independiente”.

En el ordenamiento español el juego de los principios de actuación que consagra el artículo 124 del texto constitucional y la expresa individualización de la figura del Fiscal General del Estado nos facilita la tarea de buscar una nueva adecuación al juego de los poderes constitucionales en torno a la importante misión de promoción de la justicia, principalmente de la penal.

La organización constitucional no ha evolucionado hacia la separación ni hacia la exclusividad, sólo predicable necesariamente de la función jurisdiccional, sino por la senda contraria de la integración y colaboración⁴⁷⁷. A la regla de la división, en la forma histórica de tripartición, de los poderes, ha seguido la de la independencia, que alude no sólo a los órganos constitucionales, cada uno con sus propias potestades, sino que puede investir a todos o parte de los poderes públicos en sus relaciones recíprocas. Esta independencia no va a significar ausencia de relaciones jurídicas, sino sólo impenetrabilidad de las potestades atribuidas a cada órgano o cada poder público⁴⁷⁸ en el seno de un Estado complejo⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ GARCÍA ROCA, Javier, “Del principio de división de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 108, 2000, pág. 41 a 75.

⁴⁷⁸ GIANNINI, Massimo Severo: *Diritto Amministrativo*, vol. I, (3ªed.) Giuffrè Editore, Milano, 1993.

⁴⁷⁹ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977.

En este contexto, más explicable, en términos de equilibrio institucional⁴⁸⁰ que de división de poderes, aparecen órganos auxiliares de los órganos constitucionales que no ocupan exactamente relaciones de paridad ni de subordinación con éstos y dotados en muchas ocasiones de relevancia constitucional expresa⁴⁸¹, u órganos que como el Consejo General del Poder Judicial han detraído competencias que el Ejecutivo ostentaba sobre los jueces convirtiéndose en órganos constitucionales de gobierno *ad hoc* del Poder Judicial⁴⁸². Igualmente hemos asistido –más tardíamente que en el mundo anglosajón- a la irrupción de las denominadas Autoridades Independientes que ocupan una posición especial con respecto a la Administración estatal en su enfoque tradicional. Teniendo su origen en la Administración no tiene

⁴⁸⁰ El principio de equilibrio institucional preside la arquitectura de las instituciones europeas e implica que cada institución actúa en el marco de las atribuciones que le son conferidas por los Tratados con arreglo al reparto de competencias. El principio no figura como tal, explícitamente, en los Tratados, sino que se deriva de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencia Meroni, en 1958). El principio del equilibrio institucional prohíbe cualquier interferencia de una institución en las competencias atribuidas a otra. Corresponde al Tribunal velar por el respeto de este principio.

⁴⁸¹ De consulta ineludible en el estudio de los órganos auxiliares *vid.* FERRARI, Giuseppe, *Gli Organi Ausiliari*, Giuffrè, Milano, 1984. También puede verse SANTAOLALLA, Fernando, “Las funciones parlamentarias en relación con los órganos auxiliares del Parlamento”, en *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Según este autor la condición de órgano auxiliar del Parlamento se limita a aquellos órganos designados por el Parlamento y que participan de alguna forma en el ejercicio de las funciones constitucionales de las Cortes. En nuestro ordenamiento concurriría esa naturaleza en el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas pero no en órganos como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial ya que éstos no colaboran en las funciones enumeradas por el art. 66.2 CE ni las Autoridades Independientes que realizan funciones materialmente administrativas y que para alejarlos del Gobierno se hace recaer su nombramiento en las Cámaras.

⁴⁸² Como afirma LÓPEZ AGULAR, Juan Fernando, “en el Estado fundado en la Constitución normativa no sólo se funden *tres poderes* como *tipos ideales* de las respectivas expresiones funcionales del poder que se reputa legítimo, sino también otro entramado más complejo y delicado de órganos (sean estos *constitucionales* o de *relevancia constitucional*”,...) y de instituciones que tienen la exacta incardinación, sentido funcional y extensión (en lo que se refiere a potestades y facultades atribuidas) que la Constitución ha deseado conferirle” *op. cit.* pág. 168.

por qué extrañar que su configuración acostumbre a ser legal y carezcan de relevancia constitucional expresa. Algunas de ellas, por ejemplo en el terreno de los Medios de Comunicación o el bancario, tienden a abrirse espacio en los textos constitucionales con lo que eso significa de garantía frente al legislador ordinario. La fórmula organizativa que supone la “autoridad independiente” se convierte en garantía organizativa de la objetividad de la actuación administrativa⁴⁸³ en terrenos especialmente sensibles bien por el tecnicismo de los cometidos encomendados bien por los derechos fundamentales concernidos por la actividad en cuestión.

En el caso del Ministerio Público ciertamente no nos encontramos con un agente nuevo en el ordenamiento como en el caso de las autoridades independientes conectadas en su aparición con la realidad de las sociedades tecnológicamente avanzadas sino con una *institución* con solera histórica. No obstante, al igual que con respecto a aquéllas, su renovada posición constitucional puede explicarse a partir de un fenómeno similar de neutralización gubernamental de una institución que nació vinculada al Ejecutivo si bien presentando singulares diferencias derivadas de su naturaleza de autoridad judicial.

Se trata en cualquier caso de escrutar fórmulas organizativas más novedosas que encuadren la necesaria autonomía del Ministerio Público como trasunto institucional de la imparcialidad y neutralidad que deben caracterizar la institución.

Con estas fórmulas organizativas se conseguirá neutralizar políticamente a la acusación pública sin renunciar a las bondades de una organización jerarquizada pero situando en su vértice a un órgano técnico y no político. Lógicamente que se produzca la neutralización

⁴⁸³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, afirma que “La administración independiente supone una garantía organizativa de la objetividad administrativa en el servicio de los intereses generales que impone el artículo 103 de la Constitución” en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

pasa por dotar de ciertas garantías personales al titular del órgano que aseguren su estabilidad al resguardo de injerencias políticas.

En puridad no es sobre el Ministerio Público como institución que opera esa neutralización. Si al estudiar el Ministerio Fiscal se observa el fenómeno de su judicialización⁴⁸⁴ que tiende a asimilar el estatuto de los fiscales al de los jueces; A decir verdad el Ministerio Público, aun en el modelo de dependencia gubernamental, no se confunde con el Gobierno. El Ministerio de Justicia gestiona la carrera fiscal, supervisa la actuación de los fiscales y dirige su actuación pero no se confunde con el Ministerio Público: el Ministerio de Justicia no puede por tanto avocar los asuntos y llevarlos directamente. Es en el análisis del Fiscal General del Estado que aplicaremos este concepto de neutralización. El concepto de neutralización que podemos analizar en el caso del Fiscal General del Estado no es el mismo que el que opera cuando hablamos de los fiscales en el ejercicio de sus funciones. No nos referimos en este momento a la neutralidad del Ministerio Fiscal en el sentido que refirió el profesor SANDULLI⁴⁸⁵ como institución que realiza una actividad vinculada al ordenamiento jurídico. Aludimos a la neutralización que opera con la finalidad de establecer centros de decisión en los que ciertas funciones, materialmente integradas en el Ejecutivo, quedan sustraídas por el legislador, -por el constituyente en su caso- a la influencia de las mayorías políticas⁴⁸⁶. De quedar abandonadas a las fuerzas políticas mayoritarias en cada momento podrían ponerse en peligro algunos valores superiores, esenciales al mismo orden constitucional, en nuestro caso, la promoción de la justicia principalmente el ejercicio de la acusación pública.

⁴⁸⁴ Así lo afirmaba MERRYMAN, John Henry, *op. cit.*

⁴⁸⁵ SANDULLI, “Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione”, en *Studi Segni*, IV, Milán, 1967, págs. 249 y ss.

⁴⁸⁶ SALA ARQUER, Tomas: “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, 1984, págs. 401 a 422.

Autoridades independientes son las que la doctrina define como tales a partir de la posición que el ordenamiento jurídico a las mismas atribuye. En cualquier caso hablar de autoridad independiente exige una actividad especialmente sensible a la mediatización político, un sector de la actividad estatal que por exigencias funcionales exige una cierta separación del gobierno y en definitiva de la mayoría⁴⁸⁷. En el caso del Ministerio Fiscal la propia Constitución pone las piezas claves de esta autoridad independiente y en ese sentido lo concreta e interpreta el legislador democrático.

Siguiendo la definición que hace AGUILAR HONTORIA a la que ya antes me referí⁴⁸⁸, “el Fiscal General del Estado sería el órgano supremo de gobierno del Ministerio Fiscal siendo su cometido típico y singularizador el de representar el centro supremo de ordenación supervisión y orientaciones de los elementos de diversa índole (materiales, personales funcionales) que concurren y posibilitan el ejercicio concreto de la función constitucional del Ministerio Fiscal por parte de sus diversos órganos”.

En el caso del Fiscal General del Estado cabe hablar incluso de una discrecionalidad configuradora o conformadora definida por MAGIDE⁴⁸⁹ como “aquella cuyo ejercicio permite a una determinada organización administrativa contribuir siempre en el marco de la ley de modo innovativo y relevante a la determinación de las condiciones que caracterizan un sector de la actividad administrativa participando así de una manera decisiva en la definición de una determinada política sectorial”, en este caso la política criminal. El carácter conformador no se va a predicar tanto de una determinada potestad administrativa

⁴⁸⁷ Sobre las autoridades administrativas independientes véanse GARCÍA LLOVET, “Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 131, 1993 y GUÉDON, Marie-José, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, LGDJ, PARIS, 1991.

⁴⁸⁸ HONTORIA, *op. cit.*

⁴⁸⁹ Sigo el planteamiento de MAGIDE HERRERO, *op. cit, in totum.*

como del efecto del conjunto de potestades que el ordenamiento atribuye a una organización administrativa en un determinado ámbito.

Lógicamente su posición de órgano vértice del Ministerio Fiscal le hace participar de los mismos principios que disciplinan la actividad de los fiscales y del Ministerio Fiscal como institución, legalidad e imparcialidad (lógicamente no le son aplicables los principios de unidad y jerarquía dado que es el órgano de jefatura). Estos exigen un amplio grado de autonomía y justifican requisitos como su profesionalidad o su estabilidad, es decir el reforzamiento de las garantías personales del Fiscal General que aseguren su posición frente a injerencias externas, principalmente del Ejecutivo. Al propio tiempo la constitución mantiene la confianza en el Fiscal General del Estado del Gobierno como rasgo definitorio del órgano al que corresponde dirigir al Ministerio Fiscal, una confianza no tanto personal sino en la idoneidad para conducir al Ministerio Fiscal en colaboración con el Gobierno.

3.2.2. Hacia una nueva relación con el poder político

Los términos de la relación entre el Ejecutivo y el Ministerio Público han cambiado. La subordinación al Gobierno allí donde existe deja de explicarse en términos de jerarquía tradicional planteándose más bien en fórmulas de dirección política⁴⁹⁰. Si en el modelo tradicional europeo la vinculación al Gobierno obedecía a una organización política de lo judicial que permitiría un control gubernamental de la Administración de Justicia, el Ministerio Público en la actualidad debe reencontrarse con la política desde parámetros diferentes contruidos no a partir de los intereses gubernamentales sino a partir de las exigencias de conexión con el circuito democrático de la función de promoción de la justicia que le corresponde. La independencia del fiscal supone un grado cierto de autonomía en el cumplimiento de sus funciones asegurado a través de las

⁴⁹⁰ Sobre esta nueva relación es ineludible la obra de Ignacio FLORES, Fernando Rey MARTÍNEZ y por supuesto la de Luis María Díez PICAZO.

correspondientes garantías, ya sean éstas funcionales, organizativas o personales, que preserven un ámbito de decisión, libre de interferencias, inherente a la condición que el fiscal tiene como autoridad que defiende de manera imparcial y objetiva la legalidad, lo que no obsta para que se haga en un contexto de funcionamiento unitario y jerarquizado.

Desde esta perspectiva podemos ver al Ministerio Fiscal cuando ejerce la acción penal, pero también cuando realiza tareas de prevención, mediación, investigación o ejecución. El Ministerio Fiscal es en este sentido un actor de la definición e implementación de la política criminal. Política que ciertamente no es como las otras⁴⁹¹ precisamente por percutir en el proceso y derivarse de ello determinadas exigencias propias de la administración de justicia y llevar consigo la defensa de la ley que exige su igual aplicación.

Históricamente la lucha por la independencia del juez se ha construido fundamentalmente como un valor de oposición frente al Gobierno como fuente principal de peligros para el juez funcionario. En el caso del fiscal, sin embargo, el discurso viene siendo ambiguo. De una parte debe evitarse toda interferencia de la política en el proceso lo que exige garantías de tipo institucional y funcional pero de otra los Gobiernos legitimados democráticamente juegan un papel fundamental en la definición de la política criminal como sector de la política interior lo que justifica que la norma contemple relaciones entre el Ejecutivo y el Ministerio Público frente al que no tiene sentido que no resulte permeable siempre que el interés gubernamental sea legítimo.

No ya sólo en los ordenamientos que configuran la acción penal como discrecional sino también en aquéllos que la configuran como obligatoria se imponen referentes de imputación de un indirizzio general en la orientación y la organización del trabajo de las fiscalías tanto en el

⁴⁹¹ DELMAS MARTY, Mireille, "La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres?" Rev.sc.crim janv-mars 1994, págs 150 a 154.

terreno de la gestión de las investigaciones penales como en el del ejercicio de la acción penal como en el caso italiano, donde en ocasiones se exacerbó la independencia interna incluso en el seno de la fiscalía⁴⁹².

En relación con posibles injerencias o peligros frente a los que levantar garantías hemos de advertir que la posición del fiscal difiere de la del juez, no completamente separada del ejecutivo ya sea en el plano institucional y/o funcional. La singularización del Ejecutivo como polo en la relación deriva como sabemos del origen del Ministerio Público en la Europa Continental heredero del modelo napoleónico en el que el gobierno retiene competencias importantes en relación con la policía judicial y criminal. Eso en el plano externo.

El constituyente español no ha renunciado a la conexión del Ministerio Fiscal a la política pero esa conexión no supone que el Ministerio Fiscal sea representante del Gobierno ante el Poder Judicial ni que tenga como misión relacionar Gobierno y Tribunal ni viceversa.

3.2.3. Garantías

La relevancia constitucional del Fiscal General del Estado nos sitúa en una relación la existente entre Gobierno y Fiscal General del Estado que se mueve en el terreno de la colaboración institucional. La constitucionalización del Ministerio Fiscal siendo importante no viene sino a dar fuerza y relevancia constitucional a una institución con perfiles propios y conocidos asentados históricamente. La relevancia singular del Fiscal General del Estado adquiere inusitada importancia permitiendo una configuración diferente y novedosa *ex Constitutione*. Se trata de un órgano bifronte que concilia su natural relación con el Gobierno y el resto de instituciones con su servicio a la justicia

⁴⁹² Véase sobre el particular el trabajo de ZANON, Nicolás (1996), *op. cit.* la función del fiscal caracterizada por un margen de discrecionalidad mucho mayor que el del juez necesita de un órgano idóneo que determine un *indirizzo* general en materia de política criminal y judicial tanto en la gestión de las investigaciones como en el ejercicio de la acción penal y que asuma la correspondiente responsabilidad.

dirigiendo a la organización que se ocupa de promoverla defendiendo la legalidad y el interés público en el proceso.

El legislador ha incidido en la garantía de la autonomía del Ministerio Fiscal a través de un aumento de credibilidad (confiabilidad) del Fiscal General del Estado reforzando las garantías de su estatuto personal (perfil del candidato, fórmula de nombramiento, mandato y cese) pero sigue residiendo demasiado la legitimidad de la Institución en la confianza que inspire su representante máximo por lo que cualquier duda sobre su imparcialidad y objetividad percutirá directamente sobre el Ministerio Fiscal y a través de él en la legitimidad de la justicia en su conjunto.

Las relaciones con el Gobierno, allí donde existen, deben ser encuadradas por la ley y transparentes, única forma, por otra parte, de que se puedan delimitar responsabilidades.

Si en la última reforma se ha aquilatado la posición del Fiscal General del Estado con respecto al Gobierno garantizando su mandato salvo cese por causas justificadas resta garantizar la posición del Ministerio Fiscal con relación al Fiscal general del Estado, en definitiva a garantizar la posición de cada fiscal en una organización jerárquica que encuentra en el Fiscal General del Estado su inmediato superior en la regulación actual y a cuya disponibilidad en gran medida se encuentra.

Es una de las fallas fundamentales que encuentro en la regulación vigente. Y ello supondría de *lege ferenda* la necesidad de detraer del Gobierno las cuestiones que tienen relación directa con el estatuto personal de los fiscales, principalmente importantes la responsabilidad disciplinaria y los nombramientos discrecionales de altos cargos y jefaturas del Ministerio Fiscal. Ese gobierno tendría que ser residenciado, si no, en un órgano colegiado tipo Consejo Superior de la Magistratura -lo que requeriría una reforma constitucional en ese

sentido- en el Fiscal General del Estado con el contrapeso debido del Consejo Fiscal como órgano representativo de la carrera fiscal.

Todas las cuestiones que atañan a la organización del trabajo, a la adjudicación de los asuntos, remociones, sustituciones. deben analizarse en el contexto de una organización jerarquizada pero allá donde no se comprometa la unidad de actuación debe salvarse la posición del fiscal en pos de la legalidad y de la imparcialidad que deben presidir en todo caso la institución. Todas estas medidas de administración interna, competencia del Fiscal General del Estado o del resto de jefaturas. no pueden ser tomadas sin respetar la posición del fiscal que recordemos ya no tiene su competencia como Fiscal atribuida por delegación de su superior inmediato -y en última instancia el Fiscal General del Estado- sino que sus facultades derivan directamente de la ley y representa a la Institución cuando ejerce los cometidos que le son propios.

El fiscal debe ver su posición de autonomía con respecto a la ley y con ello su imparcialidad preservada. Tendría que reforzarse la autonomía de las jefaturas garantizando a éstas un poder propio que hacer valer frente al Fiscal General del Estado. Habría que incidir igualmente en las garantías de la posición del fiscal subordinado: revestir las órdenes de las formalidades y publicidad oportunas, mejorar el mecanismo de queja frente a la orden que se considera improcedente, consolidar la conocida como unidad colectivamente reflexionada, es decir, que las medidas se resuelvan a través de una discusión con sus contrarias en los órganos al efecto, las Juntas de Fiscalía correspondientes; predisponer el adecuado control frente a las medidas disciplinarias y frente a las medidas de administración interna que puedan incidir en la correspondiente esfera de trabajo y en los derechos profesionales del fiscal, etc.

3.3. Un Ministerio Público responsable

La independencia del fiscal supone un grado cierto de autonomía en el cumplimiento de sus funciones asegurado a través de las correspondientes garantías, ya sean éstas funcionales, organizativas o personales, que preserven un ámbito de decisión, libre de interferencias, inherente a la condición que el fiscal tiene como autoridad que defiende de manera imparcial y objetiva la legalidad. Sin embargo ese ejercicio autónomo por una organización jerárquica y profesional supone un enorme poder que corre el peligro de desequilibrar el sistema si no se contrabalancea con las debidas precauciones auxiliares⁴⁹³. La separación que la autonomía entraña no puede aislar al Ministerio Público al que precisamente corresponde filtrar el ritmo de entradas de asuntos en la justicia penal promoviendo su actuación en defensa de la legalidad.

El fortalecimiento de la figura del Ministerio Fiscal y su independencia debe tener como necesario contrapeso su responsabilidad. El binomio independencia – responsabilidad constituye, así, la clave para definir y enjuiciar la posición del Ministerio Público en un determinado ordenamiento.

La responsabilidad es la otra cara de la moneda y opera a través de un conjunto de controles, jurídicos y/o políticos, previstos por el ordenamiento jurídico, bien respecto a las líneas de actuación del Ministerio Público, bien en relación con la administración ordinaria de su estructura, bien respecto a actuaciones concretas en el marco del proceso o en momentos previos a éste. La democracia constitucional exige el equilibrio entre el valor democrático de rendir cuentas ante la ciudadanía y el valor como garantía de la independencia. Obviamente

⁴⁹³ Sobre las precauciones auxiliares es ineludible la consulta directa de *El Federalista*, pág. 221 traídas a consideración por DÍEZ PICAZO, op. cit. y BRUTI LIBERATI: “Il dibattito sul Pubblico Ministero. Le proposte di riforma costituzionale in una prospettiva comparata”, *Questione giustizia*, núm. 1, 1997.

los tipos de control variarán en función de la posición relativa que el fiscal ocupe en cada ordenamiento jurídico.

La preocupación por la responsabilidad del Ministerio Público es posterior al recelo hacia su mediatización gubernamental. La responsabilidad en general, y la responsabilidad judicial en particular son, en palabras de CAPPELLETTI⁴⁹⁴, conceptos cargados de implicaciones valorativas, reflejan una cierta relación del sujeto con los valores sociales, y los valores no son los mismos en toda sociedad: cambian con el tiempo y con el lugar lo que en relación con el Ministerio Público actual plantea una discusión desde parámetros diferentes a los tradicionales.

El problema de la organización de la acusación pública oficial en el sistema constitucional en la actualidad no es tanto que un cuerpo de funcionarios gestione de manera independiente el acceso a la justicia penal sino que ello no se haga por buenos profesionales de una manera responsable de forma ajustada a los principios constitucionales que deben regir la potestad de acusar del Estado. Dicho con otras palabras, en relación con el Ministerio Fiscal⁴⁹⁵, la exigencia de la legitimidad de origen como proyección del principio democrático⁴⁹⁶ se relativiza en la medida que la autonomía garantiza la desvinculación del circuito mayoritario precisamente para salvaguardar otros valores constitucionales en juego. El Fiscal General del Estado es nombrado por el Gobierno pero no depende de él. Ello supone la necesidad de reforzar la llamada legitimidad de ejercicio y por tanto la responsabilidad, ya que de lo contrario peligra el equilibrio institucional y la ciudadanía perdería su confianza en el funcionamiento legítimo de las instituciones. Creo

⁴⁹⁴ CAPPELLETTI, M., *Giudici irresponsabili ?...*, *op.cit.* pág. 4

⁴⁹⁵ Como por otra parte ocurre a efectos de legitimidad democrática con la propia Administración. Sobre el argumento, la fina pluma de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*

⁴⁹⁶ MARTÍNEZ DALMAU, *Constitución, legitimidad democrática y autonomía de los Bancos Centrales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

que al menos es un hecho que las exigencias de rendición de cuentas sobre cómo se gestiona la entrada de asuntos en la justicia penal –una parte de lo que se entiende como política criminal- cada vez es mayor⁴⁹⁷.

En el modelo que denominamos tradicional el control del Ministerio Fiscal ha girado predominantemente en torno a la propia naturaleza monocrática de la institución y su dependencia gubernamental lo que, combinado con un estatuto de singular autoridad judicial ha llevado a que la magistratura decisoria absorba la cuota de responsabilidad de la acusación, lógicamente en la medida que esa responsabilidad es conciliable con el sometimiento único a la ley del juez. Los cometidos del fiscal como autoridad judicial tampoco han hecho en la práctica factible un control democrático sobre la actuación del Ministerio Público, ni sobre él directamente ni mediatamente sobre el Gobierno que retiene importantes competencias en el terreno de la política judicial y criminal.

Con respecto al control se combinan en mayor o menor medida distintos tipos de control -político, disciplinario, procesal y jerárquico⁴⁹⁸- en función de la posición que el Ministerio Público ostente y de la naturaleza de las funciones que realice. A este respecto son variables importantes del análisis: la relación con el Gobierno, la intensidad de las potestades jerárquicas de los superiores, el grado de discrecionalidad en el ejercicio de las funciones y la relación del fiscal con el juez, es decir la concreta distribución de roles en el proceso.

⁴⁹⁷ FIGUEREIDO DIAS, J, se refiere a la necesidad de una heterolegitimación que respete su autonomía en “Le role du ministère public en justice penale. Une approche criminologique”, en *The role of the public prosecutor in criminal justice, according to the different constitutional systems*, Istituti di ricerca sui sistemi giudiziari, Consiglio Nazionale di Ricerca, Bologna, Lo escarabeo, 1995.

⁴⁹⁸ Vid. PEPINO, Livio, “Il Pubblico Ministero tra indipendenza e controllo” en *Questione giustizia*, núm.4, 1985, págs. 588 a 622.

La configuración constitucional autónoma del Ministerio Fiscal va a significar, por tanto que el problema de la responsabilidad ni se resuelve apelando a su vinculación al Ejecutivo ni su condición de “autoridad fiscal” permite discurrir en los mismos términos que respecto al juez sometido exclusivamente al imperio de la ley.

En Italia la independencia externa del Ministerio Fiscal y de la magistratura en su conjunto excluye *per se* todo control político externo sobre la actividad de los fiscales, tanto *a posteriori* como *a priori* a modo de controles preventivos a través de cualquier función directiva. Los controles se ven limitados al control judicial y en concreto a un control endoprocesal como control que opera en el seno del proceso por parte del juez *a quo* y que se proyecta sobre los actos, y no sobre la persona, ni sobre la actividad, del fiscal⁴⁹⁹. Se considera que sólo un control de este tipo puede ser respetuoso de la independencia constitucionalmente garantizada. No se trata de un control incidental sino de un control

⁴⁹⁹ PEPINO LIVIO, *op.cit.* Cuando al fiscal después de las indagaciones preliminares se le plantea la disyuntiva entre el archivo o el ejercicio de la acción penal el fiscal debe acudir al juez. Se plantea a partir de este momento un control sobre la inacción del fiscal y otro sobre el ejercicio aparente de la acción penal. Para el primero se articula la conocida como *inputazione coatta*, claramente influida por la *klager* del ordenamiento alemán. En el ordenamiento italiano el fiscal no archiva sino que pide al juez el archivo. Mientras que en el ordenamiento alemán se rechaza por principio un control regular del juez sobre el archivo y el interés de la víctima se instrumentaliza al efecto de controlar el comportamiento del fiscal, en Italia, en aras de controlar el efectivo cumplimiento del principio de obligatoriedad se trata de un control rutinario que corresponde al conocido como *giudici delle indagini preliminari*. Este operaría como jurisdicción de control con parámetros similares al fiscal requirente lo que ha llevado a cuestionar su constitucionalidad por posible usurpación de funciones y vulneración de la independencia de los fiscales. Se configura un control ordinario y no incidental porque de otra forma si el archivo –obviamente por razones jurídicas dado el principio de obligatoriedad garantizado– correspondiera al fiscal difícilmente podría arbitrarse un control del mismo por parte de la víctima dado el monopolio de la acción penal en el sistema constitucional italiano.

permanente que prescinde de la actuación de los particulares para que opere⁵⁰⁰.

En nuestro sistema, en el que no hay dependencia política del Ministerio Fiscal del Gobierno, pero tampoco una completa separación del Poder Político ¿cabe afirmar que el Ministerio Fiscal –el cual ejerce el poder político de la excitación o no del *ius puniendi* estatal- carece en la actualidad de control político alguno? Y si así fuera ¿qué puede hacerse para paliar esta situación, anómala desde el punto de vista de las exigencias del Estado Democrático de Derecho?⁵⁰¹.

Importa desde la perspectiva ciudadana sobre todo la inercia del Ministerio Fiscal, es decir aquellos casos en los que la negativa del Ministerio Fiscal a actuar en un determinado sentido lesiona de alguna manera la tutela judicial de intereses legítimos. Esta exigencia del ciudadano es consustancial a la naturaleza del Ministerio Público como órgano promotor de la actuación de la justicia, de puesta en funcionamiento de la potestad jurisdiccional del Estado⁵⁰². La proyección de este problema del control de la inercia del Ministerio Público alcanza los controles políticos a la discusión parlamentaria cuando los asuntos comprometen responsabilidades políticas o en su caso así los definen los controles (sociales) de la opinión pública, a través del tratamiento que de estos asuntos realizan los medios de

⁵⁰⁰ Al contrario de lo que ocurre en Alemania a través de la institución de la *KEV* que según un sector de la doctrina sirvió de inspiración al legislador italiano y que no controla el ejercicio de la oportunidad por el fiscal.

⁵⁰¹ REY MARTÍNEZ, Fernando, *op. cit.*, pág. 63.

⁵⁰² No extraña que la Inspección fiscal en instrucción dirigida a todos los fiscales señale que “siendo recurrente objeto de queja ante la inspección fiscal los decretos que dictan las fiscalías acordando el archivo de las diligencias de investigación penal cuando no revistan los hechos caracteres de delito... Luego volveremos sobre el contenido de la misma: es un deber frente al ciudadano, se recuerda que han de comunicarse siempre a quién hubiere alegado ser perjudicado u ofendido a fin de que-en su caso- pueda reiterar su denuncia ante el juez de instrucción si lo estima conveniente, debiendo recogerse esta circunstancia en el decreto (artículo 5 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y artículo 773.2 LECr).

comunicación y por supuesto supone también la predisposición de control interno, incluso el propio Defensor del Pueblo⁵⁰³.

El ciudadano, como veíamos al inicio de este trabajo, en la evolución del proceso penal -y en concreto en el proceso que responde al modelo de actuación de decisiones políticas que se erige frente al modelo de resolución de controversias⁵⁰⁴- se ha visto relegado a una posición de mero apoyo al poder público como mecanismo de información a través de las denuncias, una posición por tanto marginal. La cuestión de la persecución del delito es una cuestión estatal. El ciudadano no tiene un derecho en el sentido propio del término a exigir la persecución de un delito público, salvo su participación en un interés difuso relacionado con la seguridad. Sin embargo, la extensión de la tutela judicial como derecho incluso fundamental, ligado a las mayores demandas de seguridad ciudadana, ponen de manifiesto que el interés de todos por la persecución del delito -desde ese primer momento anterior a la intervención del juez en el juicio oral- es constatable y creciente. Los ciudadanos se interesan cada vez en mayor medida por la actuación de los poderes públicos. La actuación del fiscal persiguiendo

⁵⁰³ Obviamente el Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales que defiende los derechos y libertades supervisando la actuación de la Administración puede conocer de las deficiencias en el funcionamiento del Ministerio Fiscal. Así el Ministerio Fiscal no sólo colabora con el Defensor del Pueblo en la medida que conforme al artículo 13 de su ley reguladora las quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia deberán dirigirse a él para que este investigue su realidad y adopte las medidas adecuadas entre ellas el traslado al Consejo General del Poder Judicial. Según FERNÁNDEZ APARICIO “El Ministerio Fiscal español y su relación con el Poder Legislativo”, en *Revista de Derecho*, vol. 20, núm. 1, 2007, en la ley ha olvidado determinar quién investigaría las quejas que se refieran a errores o disfunciones en la actuación del Ministerio Fiscal. Según este fiscal ante el silencio de la ley debemos entender que el Defensor del Pueblo puede y debe directamente investigar las disfunciones del Ministerio Fiscal de las que tenga conocimiento con total respeto evidentemente respecto de a las competencias que le son propias. Una vez finalizada su investigación deberá notificárselo al Fiscal General del Estado para que este adopte las medidas que tenga por convenientes asistido en todo momento por el Consejo fiscal y la Inspección Fiscal.

⁵⁰⁴ DAMASKA MIRJAN R., *I volti della giustizia e dei poteri. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991.

y acusando tiene unas consecuencias directas sobre los ciudadanos sin necesidad de esperar al momento judicial.

El ciudadano, y en muchos casos la ciudadanía como víctima difusa, reclama un mayor control de la actividad del fiscal, sobre todo de su inactividad, ya que su percepción de la tutela judicial se traslada a ese primer momento que es el inicio del proceso y demanda mayores cotas de libertad y seguridad. La sed de justicia se acompaña en demandas muchas veces populistas de una sed de condenas.

El desarrollo de la opinión pública a través del control social ejercido por los medios de comunicación sobre la justicia ha sacado del oscurantismo del foro a este singular protagonista del proceso. Y si los medios de comunicación –en connivencia con las víctimas- han volcado en un momento del proceso primordialmente su atención, es en su inicio, en la instrucción, en el momento de la imputación o como corolario de cara a la apertura del juicio oral en la acusación. El fiscal se ha convertido así en el centro de gravedad del procedimiento penal, por encima del propio juez en la fase del *avant-process* y la acusación se percibe en el imaginario social como pena. Esto supone en la práctica la consideración de la acusación como actividad limitadora de derechos por más que desde un punto de vista formal no sea sino un presupuesto instrumental de cara al proceso desvirtuando el derecho de presunción de inocencia.

Pienso que hay distintos niveles en los que el legislador debe incidir para asegurar una responsabilidad adecuada del Ministerio Fiscal en términos democráticos. En primer lugar debe tenerse en cuenta la manera en que el sistema regula la participación de los particulares concurriendo con el Ministerio Fiscal en la defensa del interés público. En segundo lugar debe poderse cuestionar ante un juez, a instancia de los particulares, la actuación del Ministerio Fiscal. Es una cuestión decisiva en la nueva regulación de la investigación del delito que se realiza en la propuesta de un nuevo código procesal

penal⁵⁰⁵. En tercer lugar debería institucionalizarse en mayor medida una responsabilidad de tipo secuencial, en función del objeto de la actuación del Ministerio Fiscal de que se trate: informativa, explicativa y encauzadora.

3.3.1. Concurrencia de acusación oficial y de acusación cívica en la defensa del interés público

Con una vocación garantista de esta realidad distintos textos internacionales han recomendado a los Estados que reconozcan los derechos a las víctimas y su papel en el ámbito del proceso penal. La jurisprudencia europea en sus últimas decisiones muestra también su preocupación por el acceso a la jurisdicción⁵⁰⁶.

Haciéndose eco de tal preocupación la recomendación del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal REC (2000) 19 señala en su punto 34 que “las partes interesadas en el asunto, cuando son reconocidas o identificables, y particularmente las víctimas deben tener la posibilidad de oponerse a la decisión tomada por el fiscal de no emprender acciones; esa oposición del particular puede hacerse dado el caso tras un control jerárquico,

⁵⁰⁵ La tutela en demasía de la actuación del fiscal por parte del juez de garantías es una de las principales críticas que la fiscalía está planteando sobre la nueva regulación en la propuesta de código procesal penal.

⁵⁰⁶ En este sentido el TEDH ha tenido ocasión de conocer supuestos en los que se analiza si la decisión del fiscal de no actuar puede vulnerar el derecho de acceso a los Tribunales garantizado en el artículo 6 CEDH. El Tribunal de Estrasburgo no consideró la violación de tal derecho ante determinadas limitaciones a la parte civil en un proceso penal en el caso *Berger* contra Francia (3 de diciembre de 2002) precisamente por el hecho de que la demandante conservaba la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil en demanda de la indemnización derivada de un hecho que se había considerado falta de tipicidad penal. De nuevo contra Francia en el caso *Pellier*, el 21 de mayo de 2002, el Tribunal entendió vulnerado el derecho de acceso a la jurisdicción en un supuesto en que las decisiones del fiscal impidieron el acceso a un Tribunal al inadmitir la demanda de un ciudadano en base a un fundamento previsto en los textos legales incurriendo de esa forma en un error de Derecho que impidió que se discutiera la realidad de la infracción cometida ante un Tribunal.

sea en el marco de un control jurisdiccional o sea autorizando a las partes a poner en marcha ellos mismos las acciones correspondientes.” En el mismo sentido se ha pronunciado también el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos en la Declaración de Burdeos sobre “los jueces y fiscales en una sociedad democrática”⁵⁰⁷. El 25 de octubre de 2012 se aprueba la Directiva 2012/29/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo cuyo contenido deberá ser incorporado a las normativas internas⁵⁰⁸. Se trata de Derecho Europeo que entraña la obligación de incorporación de su contenido a los códigos procesales de los Estados miembros.

El tema es de crucial importancia en relación con la actuación del fiscal cuando su decisión impide que el asunto sea discutido ante un Tribunal poniendo en solfa la efectividad de la tutela judicial⁵⁰⁹. Como afirmaba BENTHAM si el Ministerio Público no tiene el contrapeso de la actuación de los particulares quiere decir que tiene el poder absoluto de perdonar⁵¹⁰, un auténtico poder de disposición sobre la legislación.

⁵⁰⁷ Dificilmente cabe un control judicial externo. La jurisprudencia ha señalado que no cabe un control contencioso administrativo. Los actos del fiscal son actos insertos en la vía judicial o bien preprocesales. El control del fiscal será el control que supone el propio proceso. Estos controles endoprocesales se han ayudado incluso de la propia jerarquía fiscal. Con el paso de la dirección de la investigación al fiscal el juez de garantías asumirá el control de la actuación del fiscal antes de decretar la apertura al juicio oral.

⁵⁰⁸ Esta directiva viene a sustituir a la Decisión Marco del Consejo de la Unión europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI).

⁵⁰⁹ Según SPENCER, John R, en su prefacio a la obra de PERRODET, A. *op. cit.*, pág. VI, la posibilidad de un control jurisdiccional sobre la decisión del fiscal y las facultades de las víctimas ante la inercia del fiscal supone una de las grandes cuestiones espinosas en torno al Ministerio Público.

⁵¹⁰ BENTHAM, J., a finales del siglo XVIII, se mostraba firme partidario de la concurrencia de la acusación voluntaria en manos de los particulares y acusación oficial frente al monopolio del derecho de iniciativa para la persecución de los delitos que suponía en realidad tener un derecho de negativa sobre toda la legislación. Si toda acusación debe partir del Ministerio

Aunque es cierto que la actuación del fiscal pudiera ser encajable en teoría en algún tipo penal está claro que no es tanto la responsabilidad jurídico personal del fiscal sino el control de su proceder lo que realmente garantiza la posición del ciudadano. Existen dificultades a la hora de arbitrar un control judicial externo de la decisión del fiscal. La decisión del fiscal no es impugnabile jurisdiccionalmente. Cuando el Ministerio Público decide - expresa o tácitamente- no actuar, su valoración del supuesto de hecho no puede ser sustituida por de un juez que le imponga la obligación de actuar en un sentido determinado. No cabe configurar un control externo de tipo jurisdiccional sobre la decisión del fiscal más allá del control “endoprocesal” desarrollado en el seno proceso *a quo*. Contra el acuerdo que se adopte "no cabrá recurso alguno y sí el derecho del denunciante a reiterar la denuncia ante la autoridad judicial" con lo cual queda salvada cualquier indefensión. En todo caso no cabe por supuesto el recurso contencioso administrativo frente al archivo de diligencias tratándose de una decisión no sometida al derecho administrativo sino al derecho penal. “En el caso de que efectivamente un fiscal se negara a acusar por razones anticonstitucionales demostradas, no sería inmune, puesto que quedaría abierta la posibilidad de exigirle la correspondiente responsabilidad disciplinaria o incluso penal lo que de por sí implica el preciso control judicial de su actividad”.

Aunque no son habituales se han planteado algunos supuestos ante los Tribunales (Auto del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 1984 y el de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990). En ambos se inadmiten a trámite precisamente por tratarse de actos del Ministerio Fiscal. Dos razones se aducen: una, la posibilidad de acción popular en materia penal que satisface cumplidamente el derecho a la tutela judicial efectiva; otra, que al tratarse de una

Público, éste posee el poder absoluto de perdonar. Véase *De l'organisation judiciaire et de la codification, Ouvres*, Tomo III, cap. XX, 1791, págs. 31 a 35.

actuación de un órgano constitucional no puede controlarse el modo en que la ha ejercido⁵¹¹.

La vía más sencilla es por tanto la del reconocimiento a los interesados, y particularmente de las víctimas⁵¹², de un derecho de acceso directo al Tribunal en los casos en que el fiscal considere que no procede la apertura de una causa penal. La actuación de los particulares introduce en cierta forma elementos ajenos a la concepción objetiva de la jurisdicción penal pero considero que esta participación de los particulares en el proceso es asumible por el sistema siempre que se predispongan las adecuadas cautelas que impidan la desviación de los fines genuinos del proceso penal. Esta consideración me parece fundamental en la discusión actual sobre la extensión de la acusación popular en España a la que me referiré más adelante.

⁵¹¹ REDONDO HERMIDA, Álvaro, “La revisión de la decisión del fiscal de no ejercitar acciones”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 5, 1998 pág. 238. “En mi opinión de las doctrinas expuestas cabe inferir que las decisiones del Fiscal relativas al modo de “promover la acción de la justicia...”, son actos superiores de un órgano constitucional, como la decisión del Defensor del Pueblo de solicitar amparo para un ciudadano, o la del Consejo de Estado de dictaminar en un sentido u otro. Por ello, no cabe la revisión de tales actos, como no cabe la de otros órganos establecidos por la norma fundamental, *salvo los actos regulados por Derecho Administrativo o las actuaciones judiciales* susceptibles de amparo, revisables por el Tribunal Constitucional.

⁵¹² Concepto de víctima en sentido estricto sería según la directiva la persona física que haya sufrido un perjuicio en especial lesiones físicas o mentales, daños mentales o un perjuicio económico directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro. En el anteproyecto del Ministro Caamaño se definía la víctima a efectos del proceso penal a partir de la titularidad del interés protegido por la infracción o el sufrimiento de un perjuicio directamente derivado de los hechos punibles (artículo 65 Anteproyecto de LECr.) En la propuesta de la Comisión presidida por D. Manuel Marchena el artículo 59 se define a la víctima como “todo ofendido o perjudicado por el hecho punible objeto de la causa, incluida la persona que haya sufrido daño personal o patrimonial por tratar de prevenir el delito o auxiliar a la víctima en el momento de la comisión del hecho punible o inmediatamente después”. El artículo 68 del mismo texto se refiere al ejercicio de la acusación particular por asociaciones de víctimas del hecho punible objeto del proceso y personas jurídicas a las que la Ley otorga legitimación para defender derechos de sus integrantes o de terceros.

Constituye un deber del fiscal frente al ciudadano que en los decretos en que acuerde el archivo de las diligencias de investigación penal cuando los hechos no revistan caracteres de delito el fiscal haga saber al perjudicado u ofendido tal circunstancia a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el juez de instrucción. Es un deber frente al ciudadano la puesta en conocimiento de quien hubiere alegado la condición de perjudicado u ofendido a fin de que-en su caso- pueda reiterar su denuncia ante el juez de instrucción si lo estima conveniente.

También el legislador procesal⁵¹³ arbitra determinadas cautelas para, sin menoscabar el principio acusatorio, garantizar que no deje de abrirse indebidamente el juicio ante la inercia del fiscal. En este sentido el artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto al proceso sumario⁵¹⁴ y el artículo 782 respecto al abreviado prevén que cuando el fiscal solicite el sobreseimiento y no hubiere querellante particular el Tribunal podrá acordar que esto se haga saber a los interesados en el ejercicio de la acción penal. Si éstos no comparecen, el principio acusatorio obliga al juez a sobreseer. Antes de ello, todavía, se abre una posibilidad más para forzar la reconsideración sobre la no apertura del juicio ya que si el juez no está de acuerdo con la petición del fiscal y no hubiere querellante particular podrá determinar que se remita la causa al fiscal superior para que resuelva si procede o no la acusación⁵¹⁵.

En el ordenamiento español este reconocimiento del derecho de acceso a la jurisdicción, que como ya apunté ha sido reconocido ampliamente por el Tribunal Constitucional, supone un importantísimo

⁵¹³ La Exposición de Motivos de Alonso Martínez ya se refirió a ello.

⁵¹⁴ El artículo 26.2 de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado se remite a este precepto para el supuesto del proceso con jurado.

⁵¹⁵ Esto conllevaría una suspensión de la causa que no habría de ser la forma habitual de dar respuesta al principio acusatorio además de que viene a cuestionar la posición del fiscal *a quo*.

contrapeso frente a la actuación del Ministerio Fiscal, principalmente frente a su inercia⁵¹⁶.

Es así que a tenor de la jurisprudencia española la solución al problema que plantean las decisiones del Ministerio Fiscal que pudieran cerrar el acceso a la tutela judicial debe resolverse no por la vía de establecer un recurso judicial contra éstas sino por la de eliminar los supuestos en los que el acceso a los tribunales de justicia dependa de la sola decisión del Ministerio Fiscal⁵¹⁷.

Son ciertamente residuales los supuestos en los que la legislación procesal española limita el acceso de los particulares al proceso penal. En el caso del proceso penal militar o en el del proceso de menores no es ya que el legislador en su libertad de configuración haya excluido la acción popular dados los rasgos particulares de estos procesos⁵¹⁸ sino que también se limitaba la acusación particular consagrando por tanto un monopolio en la práctica del Ministerio Fiscal. Este monopolio ha desaparecido en el proceso de reforma de menores por la Ley Orgánica 15/2003 cuando tras una demanda ciudadana intensa tras crímenes que compungieron a la opinión

⁵¹⁶ La Inspección fiscal en instrucción dirigida a todos los fiscales señala que son recurrente objeto de queja ante la inspección fiscal tales los decretos. *Vid.* arts. 5.1 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 773.2 LECr.

⁵¹⁷ Así se expresaba SAINZ MORENO al analizar el control jurídico de la actuación del Ministerio Público. *Vid.* “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 108, 1985, pág.174 y ss.

⁵¹⁸ Aunque los principios que inspira el proceso de reforma de menores no son por supuesto los mismos que el proceso penal ya que el interés del menor, su reeducación, su no estigmatización deben ser puestos al mismo nivel si no antes que la defensa de la sociedad en su conjunto (principios que por cierto el fiscal que asume también la investigación está en todo caso obligado a salvaguardar) es ilustrativo a estos efectos señalar que poco después de la entrada en vigor de la ley algunos crímenes cometidos por menores sobresaltaron la opinión pública española como fue el caso llamado de las “amigas de San Fernando”. Las denuncias de las familias españolas llegó al defensor del pueblo andaluz que en su comparecencia ante el parlamento andaluz pidió una reforma de la ley en este sentido que diera un mayor protagonismo a las víctimas.

pública terminó reconociéndose al ofendido por el delito cometido por un menor el derecho a personarse como acusación particular con los derechos que derivan de ser parte en el procedimiento. Eso sí, sólo cabe su participación si el asunto se judicializa, ya que el fiscal -titular de las diligencias preliminares en el proceso de reforma de menores- puede decretar el archivo conforme al artículo 18 de la Ley reguladora de la responsabilidad del menor, por motivos de oportunidad.

En el caso del proceso militar ha sido el Tribunal Constitucional el que como intérprete supremo de la Constitución en su STC 179/2004⁵¹⁹ ha considerado inconstitucional la limitación de la acusación particular al militar subordinado al no considerar que los principios de disciplina y jerarquía en el ámbito castrense justifiquen de manera suficiente esa diferencia de trato.

El Ministerio Fiscal tiene la misión constitucional de promover la acción de la justicia. A él corresponde decidir qué acciones proceden desde su profesionalidad como técnico en Derecho y su imparcialidad vinculado en todo caso a la legalidad. Es importante siempre a efectos de responsabilidad que los fiscales motiven sus decisiones porque sólo así puede conocerse las razones que le han llevado a la toma de esa decisión. A él le corresponde por tanto, privativamente, ponderar las circunstancias que le puedan llevar a tomar la decisión de ejercitar las pertinentes acciones penales bien a considerar que esto no es procedente sin que en esta función pueda ser sustituido por el criterio que sobre el particular tenga el agraviado o quien legítimamente considere que representa sus intereses. Los problemas que pudieran derivarse para el interesado de la mencionada facultad del fiscal quedan perfectamente obviados en nuestro sistema procesal, en el que el Ministerio Público no monopoliza el ejercicio de la acusación penal. Precisamente porque pueden ejercer la acción penal por sí mismos,

⁵¹⁹ Deriva de una autocuestión de inconstitucionalidad (artículo 55.2 LOTC) a partir de la estimación del amparo en la STC 115/2001 (antes de la reforma del procedimiento de la autocuestión en 2007)

carecen los particulares, incluso cuando son parte ofendida por el delito, de derecho alguno a determinar cómo debe actuar el Ministerio Fiscal en cuanto acusador público.

La acusación en manos de los particulares y en concreto la acusación popular constituyen una válvula de seguridad clave y por ello cobra tanta importancia la discusión actual sobre la limitación de la acusación popular en el procedimiento abreviado.

La cuestión se ha planteado en el terreno de la aplicación de la norma en casos de especial relevancia pública pero habría que señalar para entender bien el contexto que la reforma de la acción popular – principalmente en el sentido de una restricción a su ejercicio- es un extremo en consideración por la clase política y un debate social en este momento. Un debate que por supuesto lleva aneja la discusión sobre el papel y posición del Ministerio Fiscal.

El asunto se ha planteado en relación con el procedimiento abreviado que en nuestro ordenamiento es el procedimiento por el que se sustancian el mayor número de causas penales⁵²⁰ y lo ha hecho en asuntos de especial sensibilidad mediática y gran eco, por tanto, en la opinión pública lo que sin duda ha ocasionado un control difuso o social de la actuación en estos casos del Ministerio Fiscal.

La interpretación polémica tuvo por objeto la norma contenida en el artículo 782 de la LECr que en su redacción tras la reforma efectuada por la Ley 38/2002 dispone que “Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevé los artículos 637 y 641, lo acordará el juez, ...” Doctrina y jurisprudencia diferencian con claridad los conceptos de acusación popular y de acusación particular como partes

⁵²⁰ Por el procedimiento abreviado se enjuician la mayoría de causas penales, aquéllas con pena privativa de libertad no superior a nueve años (Véase artículo 757LECr).

contingentes en el proceso penal, no así la ley que se expresa en términos generales utilizando terminologías diversas.

El 17 de diciembre de 2007, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo resolvió en el caso “cesiones de crédito”⁵²¹ –realizando una interpretación literal del artículo 782 LECr que expresamente se refiere a la acusación particular⁵²²- que si, en un procedimiento abreviado, Ministerio Fiscal y acusación particular piden el sobreseimiento libre, el juez lo acordará no pudiéndose abrir el juicio oral sólo a instancia de la acusación popular. Se cerró así el paso al enjuiciamiento de un presunto delito de falsedad y contra la Hacienda Pública a instancia de la sola acusación popular.

La prensa dio enseguida gran relevancia a esta sentencia y se extrajo -precipitadamente quizás, a tenor del ulterior desarrollo de los acontecimientos procesales- de la decisión del Tribunal Supremo importantes consecuencias de cara a la aplicación de tal doctrina a la resolución de otras causas que se estaban coetáneamente sustanciando

⁵²¹ Caso en el que estaba encausado el Presidente del Banco Santander, Emilio BOTÍN y otros por supuestos delitos de falsedad y contra la Hacienda Pública. Se trataba del recurso de casación interpuesto por la acusación popular representada por la Asociación para la defensa de inversores y clientes y por la Federación de Partidos políticos *Iniciativa per Catalunya Verds* contra el auto de sobreseimiento de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 2006. El asunto se ha cerrado en el Tribunal Constitucional por no mantener su pretensión el recurrente.

⁵²² En su redacción tras la reforma de la LECr por la Ley 38/2002, el artículo 782.1 dispone que “Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevé los artículos 637 y 641, lo acordará el juez, ...2. Si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento el juez de instrucción: a) Podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no lo hicieren en el plazo fijado, se acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente. b) Podrá remitir la causa al superior jerárquico del fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien comunicará su decisión al juez de instrucción en el plazo de diez días (se entiende residualmente sólo si no existiera acusación particular alguna que se persone en la causa para hacer valer su derecho).

por los trámites del procedimiento abreviado y en las que sólo la acusación popular estaba interesada en su continuación. Se trata de asuntos de amplio calado político.

Fue así que al poco tiempo la sala de lo penal del Tribunal Supremo en el asunto *Atutxa* (sentencia 54/2008 de 8 de abril), revocaría, a raíz del recurso planteado por el sindicato manos limpias como acusador popular, la decisión absolutoria de la sala de lo penal del Tribunal Superior de Justicia del País vasco condenando finalmente al Presidente del *Eusko Legebiltzarra* y a otros dos parlamentarios autonómicos por delito de desobediencia judicial por no haber procedido a la disolución del grupo parlamentario *Sozialista Abertzaleak* en ejecución de una decisión de la sala especial del Tribunal Supremo.

En este caso se reinterpreta el posicionamiento anterior modulando el papel de la acusación popular en casos de inacción del Ministerio Fiscal. Si no se hubiera admitido la legitimación de la acusación popular en esta causa el principio acusatorio hubiera impedido continuar con el procedimiento que concluyó con la condena de los encausados. Fue la naturaleza del delito en este caso -la desobediencia judicial- que al excluir la posibilidad de existencia de ofendidos que pudieran personarse como acusación particular lo que condujo a la admisión de la acción popular como mecanismo de defensa de intereses difusos de la sociedad en su conjunto.

La sentencia del Tribunal Supremo, en el conocido como asunto *Ibarretxe*, vino a cerrar la discusión asumiendo la anterior doctrina que resume en su fundamentación jurídica. En este caso, el fallo fue finalmente absolutorio por motivos de fondo. El Tribunal Supremo recapitula afirmando la existencia de una doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 782 de la ley procesal que se encuentra desarrollada, y explicada, en las SSTS 1045/2007 y 54/2008. Esa doctrina es vinculante para los órganos de la jurisdicción en los términos señalados. La doctrina jurisprudencial en interpretación del

artículo 782 es la siguiente: “en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa, (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que *en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral* (STS 54/2008)” (la cursiva es mía)-

El tema es complejo como evidencia la jurisprudencia y refleja la discrepancia de algunos magistrados con el fallo mayoritario⁵²³ en esta sentencia y la posición mantenida por el Ministerio Público en sus alegatos. En su día se anunció recurso de amparo frente a la decisión del Tribunal Supremo con lo cual hemos de esperar que un pronunciamiento del Tribunal Constitucional clarifique el tema. El Tribunal Constitucional deberá analizar si se justifica tal diferencia de trato de la acusación popular en función del bien jurídico protegido por el delito y, por tanto, en función de la posibilidad o no de perjudicados por el delito o si, por el contrario, tal interpretación de la legalidad vulnera la Constitución. Habría que justificar también en el terreno de la constitucionalidad de la norma si la libre configuración del legislador posibilita tal diferenciación entre el procedimiento abreviado y el sumario teniendo en cuenta que los distintos procedimientos lo son en función de la gravedad del delito pero no de los potenciales perjudicados por los mismos, la sociedad en su conjunto o ésta en concurrencia con un perjuicio individualizable⁵²⁴.

⁵²³ En esta sentencia nº 1045/2007 se formulan seis votos particulares de los cuales dos son concurrentes con el fallo pronunciado.

⁵²⁴ En las recientes causas contra el juez Baltasar Garzón -asunto “escuchas en la instrucción del caso Gürtel” y asunto sobre la “memoria histórica”.

La discusión sobre la acusación popular tiene que venir guiada de una interpretación sistemática de la Constitución que ajuste todas las exigencias que en el terreno se imponen. El tema está sobre la mesa en los trabajos de reforma del proceso penal y tendrá que tener en cuenta, en su caso, la traslación de la investigación penal al fiscal. No olvidemos que en el sistema español son la policía judicial y el juez de instrucción los que principalmente definen la cifra de delincuencia oficial al ser los receptores habituales de las denuncias y, distinta sería la situación, si el fiscal se convirtiera en la criba principal de las denuncias⁵²⁵.

Creo que el resultado del sistema español es una mayor politización del juez de instrucción y se propicia una mayor tensión entre las dos instituciones públicas a las que corresponde que el proceso se abra, juez y fiscal, con lo cual se termina trasladando el tema a la politización del Ministerio Fiscal y con ello al de la Administración de Justicia⁵²⁶.

incluso la prensa internacional se ha hecho eco de lo que la singularidad de la acusación popular supone en el panorama comparado en supuestos en los que el Estado no estima procedente actuar a través del Ministerio Fiscal. *“The case has been brought because of a complaint by lawyers for the jailed suspects, even though prosecutors say Garzon did nothing wrong and should be acquitted. This is a quirk of Spanish penal law — private citizens can seek to bring criminal charges against someone even if prosecutors disagree. The same circumstances exist in the civil war case.”* en *Spanish Judge Who Charged Pinochet Stands Trial* by Daniel WOOLLS Associated Press, Madrid, January 17, 2012.

⁵²⁵ Véase ROLDÁN BARBERO, Horacio,

⁵²⁶ El que fuera Fiscal del Tribunal Supremo, Víctor COVIÁN Y JUNCO, en la Memoria elevada al Gobierno a S.M. el Rey Alfonso XIII en 1921 en la pág. CV de su discurso mostraba su rechazo a la acusación popular ya que “la intervención de terceros resulta desnaturalizadora del sistema y del procedimiento: la acción popular *después de robustecida la social por medio de la feliz organización del Ministerio Fiscal* (la cursiva es mía), es un error del espíritu democrático llevado a los Tribunales de justicia, que sólo se explica por el sistema de desconfianza que se refleja en la ley y respecto a los organismos judiciales y especialmente al Fiscal”. Incluso afirma que el ofendido se convierte en un estorbo generalmente para la acción de la justicia. Esta desconfianza aparece también en ALCALÁ ZAMORA, Niceto, *op. cit.*

El acceso de los particulares a la jurisdicción penal, particularmente a través de la acción popular, debe considerarse como he hecho en las páginas anteriores desde la consideración del necesario control jurídico de la actuación del Ministerio Fiscal. Pero más allá de la arena del proceso la cuestión es relevante en relación con la posición institucional del Ministerio Público ya que se colocan en tensión dos maneras diferentes de interpretar el interés público que subyace a la acusación, la del órgano estatal al que se le encomienda la acusación oficial y la de la acusación popular. La acusación popular representará en estos supuestos un contrapeso a la inercia del fiscal lo cual desde el punto de vista del control del fiscal es en sí mismo positivo. Al propio tiempo supone, en cierto sentido, una desconfianza hacia el órgano que desde la imparcialidad le corresponde promover la justicia lo cual parece razón suficiente para mostrarnos recelosos ante estos supuestos. Además esa diversidad de pareceres, de diferentes interpretaciones en torno a cuál deba ser el interés público a perseguir, tenderá a visualizarse incluso de forma estridente lo cual puede repercutir en un cuestionamiento de la institución. Más grave, si cabe, es la proyección en el marco procesal de la falta de respeto y entendimiento entre Poder Judicial y Ministerio Fiscal como instituciones estatales que coadyuvan en el ejercicio del *ius puniendi* estatal desde planos distintos⁵²⁷.

Es por ello que desde otra óptica se plantea algún tipo de freno al uso de la acción popular o de control respecto a su fundamento ya que ha de cohonestarse su condición de instrumento democrático de participación ciudadana en la justicia con las irrenunciables garantías del proceso debido. Por ello es tan importantes desde el punto de vista de los fines del proceso penal que esta no pueda ser instrumentalizada

⁵²⁷ En este sentido no podemos dejar de referir la argumentación del magistrado Luciano Varela respecto al parecer del Ministerio Fiscal en la causa contra Garzón en relación con un posible delito de prevaricación en la conocida como causa contra el franquismo abierta por el magistrado instructor de la Audiencia Nacional.

por intereses espurios, entre ellos partidistas. En esta línea se mueve el anteproyecto de Código Procesal Penal⁵²⁸ regulando restrictivamente el ejercicio de la acción popular. Así en las causas por delitos contra bienes públicos o colectivos limita la acción popular a “las entidades y organizaciones privadas que tengan por objeto la protección o defensa de intereses difusos o generales relacionados con el bien jurídico tutelado en la norma penal” y prohíbe expresamente actuar como acusación popular a las Administraciones Públicas, los partidos políticos y sindicatos.

En la misma línea del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵²⁹, aunque con una interpretación que se me aventura aún más restrictiva en la definición de los posibles titulares, la actual propuesta de Código Procesal Penal limita la acción popular a las personas físicas prohibiendo expresamente su ejercicio a partidos políticos, sindicatos, personas jurídicas públicas o privadas. Exceptúa de esta prohibición a las asociaciones constituidas para la defensa de las víctimas del terrorismo. Enumera los delitos en los que puede actuar el ciudadano en defensa del interés público, todos ellos relacionados con la corrupción y el abuso del poder y/o con la defensa de intereses colectivos o difusos. Es a este ámbito al que se tiende a

⁵²⁸ También el que se elaborase bajo el Ministerio de Caamaño al final de la segunda legislatura del Gobierno de Rodríguez Zapatero. Para conocer la propuesta actual podemos acudir a la comparecencia del Ministro de Justicia, a petición propia, ante la Comisión de Justicia el día 7 de abril de 2013, para informar sobre la propuesta del texto articulado del nuevo Código Procesal Penal.

⁵²⁹ Dicho texto establecía en su artículo 82 importantes límites a la acusación popular comenzando por la prohibición subjetiva a sindicatos, partidos políticos y Administraciones Públicas, también limita su participación en los procesos en los que se conozca de delitos que protegen bienes jurídicos particulares en los que no podrá personarse cuando Ministerio Fiscal y víctima interesen el sobreseimiento de la causa y en todo caso se establece un control judicial del interés legítimo que sustente el acusador popular que deberá acreditar al tiempo de su personación la existencia de una relación o vínculo personal, social o profesional con el interés público que motiva su intervención en el proceso penal y la relevancia de su actuación en el proceso para la defensa del interés público.

circunscribir la acción popular. Parece que las asociaciones en defensa de intereses no individuales encontrarían su lugar como acusación particular (artículo 67 de la propuesta). El texto para la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵³⁰, partiendo en su exposición de motivos de que es al Ministerio Fiscal al que corresponde la acusación pública, prohíbe también su ejercicio expresamente a las organizaciones empresariales, ni siquiera a través de persona interpuesta. Este texto se remite a los supuestos previstos por la ley y dispone, como ámbito mínimo en el que debe asegurarse este derecho a los ciudadanos, el de la persecución de delitos cometidos por cargos públicos en el ejercicio de sus funciones, en definitiva a los delitos relacionados con la corrupción y el abuso desde el poder, que ciertamente pienso debe ser su campo de actuación genuina ante posibles inhibiciones del fiscal pero que se me aventura como una opción demasiado restrictiva si no contempla otras lesiones de bienes jurídicos colectivos o difusos que pudieran partir del poder económico.

Más allá del escenario procesal concreto no en menor medida la acción popular posibilita en nuestro país un marcado control político-difuso o social de la actuación del Ministerio Fiscal. En los importantes asuntos judiciales mediáticos⁵³¹ que tienen que ver con la delincuencia en y desde el poder esto es particularmente evidente.

3.3.2 De una responsabilidad informativa a una responsabilidad explicativa y encauzadora del Ministerio Fiscal

CAPPELETTI se refiere a la responsabilidad social del juez cuando el sujeto ante el que se rinde cuentas es ante un grupo social o la

⁵³⁰ *Vid.* “Propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, elaborada por la Comisión institucional creada por acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 para la elaboración de un texto articulado de Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Demarcación y Planta Judicial”, expresamente su art 19. El texto está disponible en www.fiscal.es.

⁵³¹ Este fenómeno se acusa en los llamados juicios paralelos. En el caso Bárcenas que actualmente se instruye en la Audiencia Nacional el papel de las acusaciones populares está siendo especialmente mediático.

sociedad en general⁵³². En este sentido cabe hablar también de responsabilidad política impropia o difusa del fiscal en ejercicio de su ministerio y en principio tiene, igual que en el caso del juez, como finalidad la mejora en las pautas de comportamiento de la Administración de Justicia redundando esa relación con la sociedad en la legitimación democrática del Poder Judicial. La definimos siguiendo al profesor italiano como “la exposición del comportamiento de los jueces a la crítica pública, especialmente por medio de los medios de comunicación pero también de la doctrina y otros instrumentos informativos⁵³³”. Presupuestos de esta responsabilidad son la libertad de expresión y la publicidad y motivación de las actuaciones judiciales.

De hecho, en el imaginario social que construye la opinión pública el primer impacto lo realiza el fiscal en un escenario que, de momento en España, comparte con el juez instructor. De ahí viene la discusión sobre el estatuto del imputado –o encausado- o de la conocida como pena de banquillo.

Es fundamental en este sentido la Instrucción 3/2005 sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los Medios de Comunicación en la que la información a los Medios aparece como una obligación del Fiscal en aras de satisfacer el derecho de información de los ciudadanos.

Al Ministerio Fiscal corresponde conforme al artículo 4 del Estatuto Orgánico informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto de sumario⁵³⁴. También el ordenamiento francés y el italiano han previsto esta colaboración con los medios de comunicación⁵³⁵.

⁵³² Vid. CAPPELETTI, *Giudici irresponsabili?..op. cit.* pág. 40 (traducción propia).

⁵³³ Véase el concienzudo estudio de DELGADO DEL RINCÓN, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad del Poder Judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

⁵³⁴ Es una cuestión de importancia en el seguimiento de juicios muy mediáticos en los que los medios de comunicación buscan la información en

De hecho podemos advertir que ese protagonismo debería ser asumido más por los fiscales que por los jueces que deberían en este sentido preservarse de cualquier contaminación en este sentido por parte de la opinión pública.

En un segundo escalón podríamos referirnos a una responsabilidad *lato sensu* política “explicativa” que denominarán los ingleses que se produce a través de las explicaciones que como responsables de la política penal los fiscales jefes tienen en sus circunscripciones⁵³⁶.

La discusión sobre la independencia del Ministerio Público es al propio tiempo la de su responsabilidad y debe tener un alcance institucional más allá del terreno de la responsabilidad difusa o social. Situarlo entre los órganos de garantía lo hace entrar en el circuito garantista⁵³⁷ y se opone a cualquier tipo de control político, igual que sucede con el Poder Judicial, Tribunal Constitucional pero también otros órganos auxiliares como pudiera ser el Defensor del Pueblo que han venido a complicar el principio de división de poderes. Situarlo por el contrario en el circuito democrático supone conectarlo al pueblo de manera más o menos mediata y exigirle que rinda cuentas de su actuación ante el pueblo o bien ante el Parlamento o el Gobierno.

distintas fuentes: abogados, jueces y fiscales en otros. Pues bien, es precisamente a los fiscales a los que debe corresponder esa labor informativa.

⁵³⁵ Por ley de 15 de julio de 2005 se estableció en Italia que corresponde al procurador de la república relacionarse con los medios de comunicación evitando que los magistrados puedan informar personal y descoordinadamente sobre los asuntos y deberá comunicar al Consejo Judicial los comportamientos de los fiscales que no respeten la unidad informativa. El artículo 11 del código de procedimiento penal francés, por su parte, atribuye también al procurador de la república como defensor del orden público hacer públicos los elementos objetivos de un determinado procedimiento penal sin poner por ello en solfa la presunción de inocencia de los implicados.

⁵³⁶ Vid. PERRODET, *op. cit.*

⁵³⁷ Vid. PIZZORUSSO, *op. cit.*

La necesidad de una responsabilidad en términos políticos de una actuación con un importante grado de discrecionalidad justifica la dependencia. Y esa dependencia lleva a exigir a sus críticos la necesaria autonomía del poder político. Su independencia es criticada por su irresponsabilidad exigiéndose algún tipo de conexión con el circuito político, en definitiva la búsqueda de un equilibrio autonomía-responsabilidad.

Si difícil es construir su relación con el gobierno preservando a un tiempo su imparcialidad, principalmente la imparcialidad que genera confianza en los ciudadanos ahuyentando cualquier sospecha de mediatización política de las misiones que la constitución encomienda al ministerio fiscal. Más difícil es articular mecanismos de control que garanticen que el Ministerio Fiscal se ajusta en todo caso a los principios que disciplinan su actuación.

El control entraña “una actividad de reexamen sobre la actividad desarrollada en precedencia por otro organismo, no necesariamente subordinado al primero pudiendo ser diversa naturaleza, y con el fin de determinar (*accertare*) que los actos puestos (*in essere*) son conformes a las normas y principios que disciplinan la actividad”⁵³⁸ De ese juicio se derivarán determinadas medidas que pueden ser de diversos tipos según nos encontremos ante un control sobre un acto o un control de actividad.

Este control como sabemos puede operar bajo un juicio de oportunidad para determinar no si una actividad es legal o ilegal sino si resulta conveniente o acertada. Este control no puede operar sobre el juez en el ejercicio de su función judicial ya que la actividad de éste está sometida exclusivamente al imperio de la ley. El juez no puede ser objeto de una responsabilidad política en sentido propio. Y siendo inamovible no puede operar sobre él una responsabilidad política

⁵³⁸ Vid. PEPINO, LIVIO, “Il Pubblico Ministero tra indipendenza e controllo” en *Questione giustizia*, núm.4, 1985.

institucional que arrastre como consecuencia la remoción del cargo. Pero ni el fiscal es independiente en el sentido de que solo está sometido al imperio de la ley ya que también está sujeto a las órdenes y directrices de sus superiores jerárquicos y en su decisión de si actúa o no o lo hace en un sentido o en otro existe un margen de discrecionalidad diferente según los ordenamientos.

Frente al modelo anglosajón⁵³⁹ en el que la función del Ministerio Público se ha entendido siempre como una función del Ejecutivo que responde a los principios de representatividad y responsabilidad democráticas, la naturaleza del Ministerio Fiscal europeo- heredera de un modelo tradicional de autoridad judicial subordinada al Ministerio de Justicia- ha eludido largo tiempo la discusión sobre la responsabilidad del Ministerio Público en términos políticos.

La verdadera preocupación ha sido la de su dependencia o independencia del Gobierno debido a la instrumentalización del ministerio fiscal, el uso coyuntural de las instituciones que la configuración tradicional de acusación pública sin duda ha propiciado, dado que en la configuración normativa era el Ejecutivo el responsable de la actuación del “ministerio público” por los funcionarios fiscales. La discusión sobre el problema de la legitimidad y responsabilidad democráticas ha surgido como problema reflejo a finales de los años ochenta planteando su necesidad como adecuado contrapeso en el modelo independiente italiano y su racionalización en el modelo dependiente francés a partir del reconocimiento de la existencia de una política criminal, momento en el que la posición del Ministerio Público comienza a ser un problema de relevancia constitucional en el marco de las difíciles relaciones entre magistratura y política. Es decir en el

⁵³⁹ Ampliamente los estudios sobre la acusación en Inglaterra de DÍEZ PICAZO, en el *Poder de acusar, op. cit.* pág. 35 y ss Antoinnette PERRODET, *op. cit.* pássim. sobre Escocia e Inglaterra y Tomás BASTARRECHE, *op. cit.* pássim sobre la acusación en Holanda.

momento que la relevancia del fiscal trasciende de los procesos concretos y se sitúa en el marco del poder.

La existencia de controles políticos externos deriva, pues, del tipo de relaciones que el Ministerio Fiscal mantenga con el Gobierno y con la representación popular a través del Parlamento. De estas relaciones derivará la responsabilidad en la definición e implementación del interés público que al Ministerio Fiscal corresponde defender. En el modelo francés de dependencia gubernamental el Ministerio de Justicia que dirige al Ministerio Fiscal responde políticamente. En el modelo italiano por contra se excluye todo control político externo dado que los fiscales forman parte de una magistratura independiente.

El caso español exige un planteamiento diferente. De una parte está el control político del Parlamento sobre el Gobierno en relación con los cometidos que a éste le corresponden con respecto al Ministerio Fiscal. De otra está el posible control político directo del Ministerio Fiscal por parte del órgano que encarna la representación popular.

Este examen en dos planos deriva de que Ministerio Fiscal y Gobierno son sujetos diferentes, el Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Ejecutivo, pero sin embargo mantiene con el Gobierno y la Administración una peculiar relación. Al Gobierno corresponde el nombramiento de quien ostenta la jefatura del Ministerio Fiscal y retiene toda una serie de atribuciones sobre el gobierno interno de la institución que van desde las decisiones sobre el estatuto personal de los funcionarios fiscales hasta las relativas a los medios materiales que el Ministerio Fiscal necesita para realizar eficazmente sus cometidos. El Ministerio Fiscal por su parte goza de una autonomía funcional derivada de los principios de legalidad e imparcialidad a los que constitucionalmente está sujeto que impide cualquier control gubernamental del funcionamiento cotidiano de la institución y por supuesto cualquier forma de instrumentalización política que mediatamente pondría en cuestión la independencia del propio Poder

Judicial y de un nivel de autonomía “notable” sobre la gestión de todos los medios personales, materiales y organizativos que hacen posible la gestión eficaz y eficiente de sus fines institucionales.

La dación de cuentas a la ciudadanía es irrenunciable en un Estado democrático. La responsabilidad deberá cohonestarse con el lugar que el Ministerio Fiscal ocupa en el entramado de poderes. Se trata de encontrar los mecanismos que satisfagan el delicado equilibrio entre el principio democrático y la independencia de la autoridad judicial de la que en cierta medida han de gozar fiscales. Por eso, como diría DELMAS MARTY, podemos afirmar que la política penal no es una política como las otras⁵⁴⁰.

¿Responde políticamente el Gobierno por la actuación del Ministerio Público? ¿Cabe exigir algún tipo de responsabilidad política al propio Ministerio Público?⁵⁴¹

Más allá de la responsabilidad *in eligendo* y de la responsabilidad por el mantenimiento en el cargo de quien fuere ostentadamente más gestor del Ministerio Fiscal, es ciertamente difícil exigir cualquier tipo de responsabilidad política al Gobierno por la actuación del Ministerio Fiscal ya que al menos formalmente no existe ningún tipo de subordinación funcional en nuestra regulación actual. Ninguna vigilancia le corresponde tampoco al Gobierno sobre el cumplimiento de sus funciones específicas por el Ministerio Fiscal. Por

⁵⁴⁰ DELMAS, *op. cit.*

⁵⁴¹ Traslado aquí la cuestión que se plantea José Luis PEÑARANDA RAMOS con respecto a determinados entes –aunque no parece que tenga en su mente el caso del Ministerio Fiscal como caso problemático (pág.55) – de “si el Gobierno cuenta con un poder de dirección lo suficientemente intenso para asumir la responsabilidad política derivada de la actuación de aquellos, o la de si el ámbito objetivo de su actuación justifica que el control se dirija directamente a estos entes, dado que lo que no es en ningún caso admisible en un Estado democrático es la existencia de ámbitos públicos exentos del control político” en “Información parlamentaria, poderes públicos y sector público”, en *Instrumentos de información de las Cámaras Parlamentarias*, CEC, Madrid, 1994.pág. 71.

tanto nos encontramos con el mismo problema existente con relación a las Autoridades Independientes, sobre como pedir responsabilidad por una actuación en la que el Gobierno en principio no puede incidir. Sería una responsabilidad por lo actuación del Ministerio Fiscal bajo la dirección de quien el Gobierno ha nombrado y que ya ni siquiera es libre de remover por lo que en principio no es responsable de mantenerlo en el cargo salvo burda labor al frente del Ministerio Fiscal.

En las Administraciones independientes, el Gobierno ve reducida sus funciones directivas sobre el sector en el que opera la misma. Esto conlleva un debilitamiento o, incluso, vaciamiento de la función de control atribuida al Parlamento sobre la acción del Gobierno, lo que supone una alteración del ejercicio normal del control parlamentario. A mi juicio, esto debería originar una intensificación del control parlamentario directo sobre la administración independiente, que reequilibraría la legitimidad derivada del circuito democrático⁵⁴².

No parece que hubiera inconveniente constitucional en introducir algún tipo de mecanismo de relación entre el Parlamento y el Fiscal General en sentido positivo o constructivo. Esta construcción partiría de la necesidad de una función de dirección externa que legitime de manera heterónoma al Ministerio Fiscal a través de líneas de actuación que podrían plasmarse en algún tipo de *guidelines* para el Fiscal⁵⁴³ que podrían servir de parámetro de un control *a posteriori* y que podrían ser consecuencia de mociones planteadas al hilo de la presentación de la memoria y/o en el trámite de comparecencia previa del candidato.

⁵⁴² En este sentido, RALLO-LOMBARTE, Artemi, *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 279.

⁵⁴³ ZAGREBELSKY se refirió a unaa ley anual de indirizzo sobre la política judicial y criminal o bien la resolución u orden del día votado por el Parlamento como éxito de la discusión sobre la relazione (fórmula equiparable a la presentación de la memoria) que el Consejo Superior de la Magistratura, en el caso italiano deberá presentar anualmente al Parlamento sobre el estado de la justicia y sobre los resultados obtenidos por los órganos judiciales.

Por su parte, la separación de poderes implica que toda exigencia de responsabilidad, incluso en términos explicativos, debe tener en cuenta los límites que la independencia del Poder Judicial y la imparcialidad de la Justicia requieren. Se trataría de tender, no tanto a un control focalizado que termina politizando la justicia y crispando el clima político, sino a una dación de cuentas real de las relaciones entre Gobierno y Fiscal General del Estado en la dirección de la política criminal del país ante las propias Cámaras. Con ello se daría transparencia a las relaciones que establecen los artículos 8 y 9 del Estatuto Fiscal, a efectos de puesta en conocimiento de temas por el Gobierno y de información procedente del Ministerio Fiscal, y se racionalizarían las relaciones entre Gobierno y Fiscal General del Estado.

Hasta tanto se establezca la obligatoriedad de estas prácticas, bien mediante su incorporación al Estatuto del Ministerio Fiscal o a las normas parlamentarias, lo que existe es una relación guiada en gran medida por las convenciones y prácticas de los distintos agentes y que son plasmación de un principio de lealtad entre las instituciones, principio clave en una separación de poderes armónica.

EPÍLOGO

I.- El pasado 9 de mayo (2013) compareció en sede parlamentaria a petición propia el Ministro de Justicia, D. Alberto Ruiz-Gallardón, para explicar ante la Comisión de Justicia e Interior las principales propuestas de las Comisiones creadas *ex profeso* para la reforma de sendas leyes: la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se prevé que en otoño puedan aprobarse los correspondientes Proyectos de Ley y dar así inicio a una tramitación parlamentaria pausada que a tenor de las mayorías existentes en las Cortes Generales alcanzará su aprobación en la legislatura en curso.

La novedad más importante del nuevo Código Procesal Penal será la asunción de la investigación en las causas penales por una autoridad del Estado distinta al Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal. Se alteran los equilibrios entre los distintos protagonistas de la fase anterior al juicio oral, el *avant-process* que dirían los franceses, de forma que el fiscal adquiere un renovado protagonismo, controlada su actuación por un juez de garantías que además será el encargado de autorizar determinadas diligencias de investigación y adoptar medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales a requerimiento del fiscal.

Si el modelo de juicio condiciona el modelo de juez en un determinado ordenamiento, igualmente proyecta sus exigencias sobre el fiscal que, desde una posición distinta a la del juez, es también Autoridad Judicial que desde la imparcialidad y la objetividad y el escrupuloso respeto a la legalidad debe promover la justicia en defensa de la ley, que de aprobarse la reforma en el sentido propuesto, lo será no sólo en su veste de órgano del Estado al que corresponde el ejercicio de la acusación pública sino también como responsable de la investigación y bajo cuya dependencia se colocaría a la Policía Judicial. Si relevante es la posición del Ministerio Fiscal en España en la actualidad, indudablemente su importancia sería aún mayor si se

llevara a término esta propuesta de reforma de la anticuada Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si el poder de la acusación oficial es grande y plantea el problema constitucional de su relación con el poder político, mayor sería la preocupación, si el fiscal amplía sus competencias al terreno de la investigación del delito.

II.- Aunque es crucial la tarea del Ministerio Público en el orden penal para estudiar la posición constitucional del Ministerio Público, también los fiscales ejercen su ministerio en el resto de órdenes jurisdiccionales en defensa de la legalidad ejercitando las acciones que procedan, informando o dictaminando. Lo hacen allí donde el legislador ha considerado que existe un interés social preeminente derivado de la importancia de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. En esos casos lo público desplaza a lo privado en aras de un reequilibrio que tutele la relevancia de alguno de los intereses concernidos: el interés del menor, de los incapaces, de los consumidores y usuarios, de las víctimas de derechos fundamentales en el marco de las relaciones de trabajo, etc. El Ministerio Fiscal es el representante de la sociedad y contribuye desde su posición a la defensa de los más débiles.

No sólo las garantías del proceso debido y la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales se hallan concernidas tras la actuación del Ministerio Fiscal. La garantía de la unidad de actuación de todos los fiscales que integran la institución contribuye de manera decisiva a la consecución del principio de seguridad jurídica y, como ingrediente fundamental del mismo, de la igualdad en la aplicación de la ley. Unidad del ordenamiento jurídico e igualdad ante la ley son elementos definitorios del Estado democrático de Derecho con los que debe entroncar la naturaleza jurídica del Ministerio Público en el Estado Constitucional.

III.- En esta tesis doctoral, en la que la que la mirada a otras experiencias ha sido fundamental, he intentado “cuadrar el círculo” y

definir la “naturaleza anfibológica” de esta Institución vinculada esencialmente tanto al poder como al proceso. Como toda utopía ha sido imposible de alcanzar pero sí he podido acercarme a ella y contemplar desde esa perspectiva los delicados equilibrios que definen el Derecho Constitucional bajo el pretexto del estudio del Ministerio Público en nuestro país, el Ministerio Fiscal.

IV.- La posición constitucional del Ministerio Público deriva del lugar que en el juego de poderes este órgano ocupa, en relación con el Poder Judicial y en relación con el Ejecutivo. Existen ordenamientos como el francés que consideran al fiscal autoridad judicial, garante de la libertad individual, pero en una posición distinta a la del juez. El fiscal actúa bajo la dependencia de sus superiores y en última instancia bajo la autoridad del Ministro de Justicia. Esta dependencia gubernamental que permite al Gobierno implementar a través de los fiscales una determinada política criminal de la que el Gobierno responde democráticamente justifica determinadas derogaciones singulares al estatuto de la magistratura en base a sus peculiaridades funcionales con respecto a los jueces. No obstante la cualidad de magistrado exige la imparcialidad de los fiscales y, a la vez, supone que el ordenamiento determine una serie de garantías orgánicas y funcionales que tienden a evitar una instrumentalización política de la justicia.

En Italia, la Constitución de 1948, rompiendo con el modelo napoleónico de Ministerio Público corona la independencia del Poder Judicial con la independencia externa del Ministerio Público, órgano que debe obligatoriamente ejercer la acción penal lo que garantiza su sometimiento único a la ley. Jueces y fiscales integran la magistratura que constituye un orden autónomo cuyo gobierno corresponde al Consejo Superior de la Magistratura. A diferencia de sus colegas franceses los fiscales italianos disfrutaban de las mismas garantías que los magistrados jueces. No existen derogaciones del régimen común de la magistratura en cuanto a disciplina, ascensos o nombramientos de

los fiscales que ocupan los destinos más comprometidos, que en Francia siguen residiendo en el Ministerio de Justicia. Ciertamente las fiscalías siguen presentando una organización jerárquica pero la participación de los fiscales en una cultura de la jurisdicción como cultura de la independencia reforzada por el papel del Consejo Superior de la Magistratura ha supuesto que en muchos casos la unidad de actuación se vea desplazada por la personalización de la función de los fiscales. La posición del Ministerio Público italiano se convierte así en algo decisivo para definir las complejas relaciones entre la justicia y la política en Italia. Para algunos, esa independencia del Ministerio Público supone un caso anómalo en las democracias constitucionales que no cuenta con los adecuados contrapesos en términos de legitimidad y responsabilidad democráticas. Para otros, la independencia del Ministerio Público no es sino última salvaguardia de un Estado garantista.

En cualquier caso, la obligatoriedad de la acción penal que se alzó primero como garantía de la independencia del Ministerio Público respecto al poder político y después, sobre todo, como mecanismo de protección de la igualdad de todos los justiciables ante la ley, no ha podido dejar de resentirse debido a un problema de eficiencia de la justicia penal que resuelva en plazo razonable el elevado número de asuntos. Ello exige una respuesta unitaria tanto para marcar y definir prioridades de atención como para garantizar una responsabilidad que hoy por hoy no existe.

Ni en Italia ni en Francia se han cerrado las discusiones en torno a la manera que debe satisfacerse la independencia y la responsabilidad del Ministerio Público en un Estado democrático que no ponga en peligro la imparcialidad en la administración de la justicia pero que tampoco suponga un ejercicio incontrolado del poder tan importante que supone el control de la entrada de asuntos en la jurisdicción penal.

IV.-Los sistemas francés e italiano responden a la *fine* al mismo modelo decapitado en su vértice en Italia. En ambos, el gobierno de la magistratura descansa en un único órgano aunque en Francia se articule en dos formaciones distintas. Los referentes -Ministerio de Justicia y Consejo de la Magistratura- tienden a ocupar respectivamente las conexiones necesarias de la magistratura con el circuito democrático, y en concreto del Ministerio Público.

La aparente ambigüedad de nuestra Constitución en torno a la posición de nuestro Ministerio Fiscal desvela la preocupación del constituyente por su inquietante naturaleza. A partir de los trazos que recoge, conciliando tradición y modernidad, permite resolver de manera diferente a los referentes comparados el problema constitucional de la organización del Ministerio Público. Quizás el legislador en 1981 no podía atisbar la trascendencia que en democracia habría de tener la autonomía del Ministerio Público. O quizás se impuso el conservadurismo propio de lo judicial y no se apostó por otro modelo que preservara al Ministerio de cualquier mediatización gubernamental. Ciertamente han existido momentos de cuestionamiento, agrio incluso, por la actuación sesgada del Ministerio Público. La institución ha sufrido reformas -siempre potenciadoras de su papel-, ha ido modernizando sus estructuras -más permeable por su propia naturaleza a los cambios que el Poder Judicial- y ha, en 2007, reforzado su autonomía como órgano de relevancia constitucional garantizando la posición del Fiscal General del Estado, su más alto representante, frente a quien lo nombró, el Gobierno de la nación como la persona idónea para dirigir la actividad de los fiscales que sirven el Ministerio Público. El legislador ha garantizado su posición limitando el cese *ad libitum* del Fiscal General, por la simple pérdida de confianza gubernamental, estableciendo causas tasadas por las que puede ser destituido durante su mandato. Esta inamovilidad viene a garantizar la neutralidad del Fiscal General del Estado. Se garantizará así una dirección técnica y no política de una organización que se debe siempre

a la legalidad y que por su misión como promotor de la justicia debe desempeñar sus funciones desde la imparcialidad propia de una autoridad judicial.

Se ha incidido en la credibilidad de quien ocupa la *auctoritas* y la *potestas* últimas en el Ministerio Público y ello ha redundado en la confianza de la sociedad en quien dirige la actividad de los fiscales, confianza que compromete incluso las apariencias que la ciudadanía percibe. La legitimidad democrática exige ir más lejos, en concreto una regulación transparente de las relaciones entre el Gobierno y el Fiscal General del Estado, una adecuada delimitación de responsabilidades y una mayor relación con el Parlamento que haga posible la rendición de cuentas por parte del Ministerio Público en todo aquello que no perjudique el interés de la justicia.

El Ministerio Público tiene una voz única construida desde su interior e impulsada legítimamente por terceros, la ciudadanía, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, otros organismos públicos y sobre todo el Parlamento, también los autonómicos, y el Gobierno, también los Gobiernos autonómicos, pero especialmente por su papel predominante en la dirección de la política criminal el Gobierno de la Nación, titular principal de la iniciativa legislativa.

Cada uno de los fiscales en el ejercicio de su función representa al Ministerio Fiscal. Todo fiscal se halla investido directamente por la ley de las competencias que acompañan al órgano en que se integra. Es esa posición del fiscal la que debe ser aquilatada por la ley para preservar cabalmente su imparcialidad. Ello no significa negar la idoneidad de la organización jerárquica para el cumplimiento eficaz y eficiente de las funciones que le corresponden. Sin embargo, nada impide tampoco que se limiten las facultades de los superiores jerárquicos en aras de garantizar la sujeción del fiscal a la ley y en base a ello su núcleo de autonomía decisional respecto a la norma.

En cualquier caso, todo cambio institucional necesita de un cambio de cultura. La historia de estos treinta y cinco años de andadura constitucional han conformado una cultura legal, en particular de los fiscales, radicalmente diferente a la del régimen anterior. En nuestro ordenamiento –a diferencia de nuestros vecinos- el reconocimiento constitucional de la acusación popular opera un contrapeso fundamental a la inercia del fiscal, especialmente en los supuestos en los que la sociedad como víctima difusa tiene más difícil acceso a la jurisdicción o donde la corrupción y el abuso del poder comprometen más la independencia de la Justicia.

El papel de la Justicia, es decir, la administración de la misma en el marco de procesos con todas las garantías de una manera tendencialmente justa, sobre todo en estos momentos de crisis total, es el principal bastión de regeneración democrática. A esa labor del Poder Judicial contribuye de manera decisiva el Ministerio Público.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR DE LUQUE, Luïs, (dir) “Monográfico: la reforma de la Constitución francesa”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm.34-35 mayo-diciembre 2008.

AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, Jaime, “A propósito del Defensor del Pueblo: los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares”, *Revista de Administración Pública*, 1986.

ALAMILLOS CANILLAS, Fernando, *El Ministerio Fiscal Español (su organización y funcionamiento)*, Colex, Madrid, 1990.

ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, Niceto, “Lo que debe ser el Ministerio Público”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXVIII, nov 1929, tomo 155.

AMORTH, Antonio, *La nozione di gerarchia*, Società Editrice Vita e Pensiero, Milano, 1936.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio, *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986.

—: “Entre política y derecho. El estatuto del actor público” en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 1, 2007.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Sobre la jerarquía y la tutela como vías de reintegración a la unidad del Estado”, Lección dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, Madrid, 1974.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, Ariel, 1995.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel “Comentario a la Sentencia 31/2010. Sobre el Poder Judicial”, en *Revista catalana de dret públic*, núm. Extra 1, 2010.

BACIGALUPO SAGESE, Mariano, “De nuevo sobre la motivación de los nombramientos discrecionales en las carreras judicial y fiscal”, en *La ley*, t. 2, D-61.

BASTARRECHE BENGEOA, Tomás, *Constitución y Ministerio Público Holanda, Italia y España*, Centro de Estudios Jurídicos-Aranzadi, Navarra, 2010.

BENTHAM, Jeremy, De l’organisation judiciaire et de la codification, *Ouvres*, Tomo III, cap. XX, 1791.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid. 1994.

BIONDI, Francesca y ZANON, Nicolò, *Diritto Costituzionale dell’ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Giuffrè Editore, Milán, 2002.

BLANCO VALDÉS, Roberto L., “Acción del gobierno, política de nombramientos y control parlamentario”, *Documentación Administrativa*, nº246-247, 1997.

BONNET, Julien, "Le Conseil d'Etat et le Conseil supérieur de la magistrature", *Revue du Droit Public*, nº4, 2004.

BRUSCHI, Christian, *Parquet et politique pénale depuis le XIX siècle*, Droit et justice, PUF, Paris, 2002.

BRUTI LIBERATI, Edmondo, “Il dibattito sul Pubblico Ministero. Le proposte di riforma costituzionale in una prospettiva comparata”, *Questione giustizia*, núm. 1, 1997.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *Jurisdicción y proceso constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

CÁMARA VILLAR, Gregorio, “Reformas estatutarias y consejos de justicia autonómicos a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional” *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011.

CANO BUESO, Juan, *La política judicial en el régimen de Franco (1936-1945)*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

CAPPELLETI, Mauro, *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1969.

—: *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, A. Giuffrè, Milán, 1988.

CONTRERAS ALFARO, Luís H., “Principio de oportunidad y delitos económicos relacionados con la corrupción: reflexiones en torno a la posibilidad de satisfacción sucedánea del interés público en la persecución penal, a través de la aplicación de facultades de oportunidad basadas en la reparación”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 5, 2004.

CARBASSE, Jean Marie, *Histoire du Parquet*, Droit & Justice, PUF, Paris, 2000.

CHELI, Ed., “Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (Appunti per una definizione)”, *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, Modena, 1965.

CHEVALLIER Jacques, *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 1994.

CHIAVARIO, Mario, *L'azione penale. Tra diritto e politica*, CEDAM, Padova, 1995.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

CUADRADO SALINAS, Carmen, “Discrecionalidad de fiscal y flexibilización de la acción penal. El interés público en una administración eficaz de la justicia”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 18, 2009.

DAMASKA, Mirjan R., *I volti della giustizia e dei poteri. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991.

DELGADO RINCÓN, Luis E., “La configuración de la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública durante el siglo XIX español (Análisis de algunos aspectos que influyeron en el proceso de burocratización de la justicia”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 98, octubre-diciembre 1997.

—: *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad del Poder Judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille, “La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres?” *Rev.sc.crim*, 1994.

—: “El proceso penal en Europa: perspectivas”, *Revista Poder Judicial*, núm. 37, 1995.

—: “Evoluzione del pubblico Ministero e principio direttivi del processo penale nelle democrazie europee”, *Questione giustizia*, núm. 1, 1997.

DIETER SIMON, *La independencia del juez*, Ariel, Barcelona, 1985.

DÍEZ PICAZO, Luis María, *La autonomía administrativa de las Cámaras Parlamentarias*, Estudios albortiana, 1985

—: “Notas de Derecho sobre la Independencia judicial” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 34, 1992.

—: Il modelo europeo di magistratura: un approccio storico, en Romanelli, R. (Dir.), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, 1997.

—: *La criminalidad de los gobernantes*, Editorial Crítica, 1999.

—: “El Fiscal General del Estado y el caso Ercros”, monográfico dedicado al Poder Judicial, *Teoría y realidad constitucional*, núms. 8-9, 2001-2002.

—: *El Poder de Acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.

—: *Sistema constitucional de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.

—: “Tipos de actos del Gobierno” en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (Coord.), *Gobierno y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

—: “Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador”, en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 1, 2007.

—: “Las transformaciones de la Constitución francesa”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 34-35, 2008.

DI FEDERICO, Giuseppe, “La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada”, *Poder Judicial*, núm. 48.

“Il Pubblico Ministero indipendenza, responsabilità, carriera “separata”, *L'indice penale*, anno XXIX, maggio-agosto 1995.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Jueces para la democracia*, núm. 49, 2004.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, Fernando, “La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol.100, núm. 3, 2001.

DOMINIONI, Oreste, “Per un collegamento fra Ministro della Giustizia e Pubblico Ministero”, en CONSO, Giovani (Ed.), *Pubblico Ministero e Accusa Penale*, Zanichelli, Bologna, 1994.

DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionell*, Tome Deuxieme La Theorie Générale de l'Etat, Ancienne Libraire Fontemoing, Paris, 1928.

ELIA, Leopoldo, “Sulla ordinaria amministrazione degli organi costituzionali”, *Archivio giuridico*, 1958.

FAVOREAU, Louis, “Breves observations sur la situation du parquet au regard de la Constitution”, *Rev. Sc. Crim.* núm. 4, 1994.

FERRAGIOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, Bari, 1990.

FERRARI, Giuseppe, *Gli Organi Ausiliari*, Giuffrè, Milano, 1984.

FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano, “El Ministerio Fiscal a través del proyecto de modificación de su Estatuto Orgánico” (Separata); Curso de Verano de la UIMP en *Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*, Santander, 21 a 23 de agosto de 2006.

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel, “El Ministerio Fiscal español y su relación con el Poder Legislativo”, en *Revista de Derecho*, vol. 20, núm. 1, 2007.

FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck, “Descentralización de la justicia: la propuesta de creación de Consejos de Justicia en las Comunidades Autónomas”, en *El Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Granada, 2003.

—: “El derecho a la acusación popular. Reflexiones en torno a la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, en *El Poder Judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

FIGUEIREDO DIAS, J de, “Le role du ministère public en justice penale. Une approche criminologique”, en *The role of the public prosecutor in criminal justice, according to the different constitutional systems*, Istituti di ricerca sui sistemi giudiziari, Consiglio Nazionale di Ricerca, Bologna, 1995.

FLORES PRADA, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

FONT I LLOVET, Tomás, “Órganos consultivos”, *Revista de Administración Pública*, 1985, nº 108

FRIEDMAN, Lawrence M., “Is there a Modern Legal Culture”, *Ratio Juris*, vol.7, n. 2, July.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Órganos constitucionales, órganos estatales y Derecho Administrativo” en *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. II, Madrid, 1994.

GARAPON, Antoine y SALAS, Denis, *La Repubblica Penale*, Liberilibri, Macerata, 1997.

GARCÍA CALDERÓN, Jesús M^a, “Una idea constitucional del Ministerio Fiscal en el Estado de las Autonomías”, en *El Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid.

—: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

GARCÍA LLOVET, Enrique, “Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. A propósito de la STC 45/1990, de 15 de marzo”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 36, 1992.

—: “Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 131, 1993.

GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid, 198.

- “La legitimación democrática del Ministerio Fiscal”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 85, 1998.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977.

—: “El “status” del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981.

GARCÍA ROCA, Javier, “Del principio de división de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 108, 2000.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 18, 2003.

GERMAN MANCERO, Isabel, “La víctima en el proceso penal: la protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso”, *Cuadernos de la Política Criminal*, núm. 55, 1995.

GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, volúmenes I y II, (3ª edición), Giuffrè Editore, Milán, 1993.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.

—: “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la acusación popular: los casos *Botín y Atutxa*”, *Diario La Ley*, núm. 6970, de 12 de junio de 2008.

GIULIANI, Alessandro, en *Accusa penale e ruolo del Pubblico Ministero*, Jovene Editore, Napoli, 1991.

GISBERT GISBERT, Antonio, “La acción popular y las personas jurídicas públicas”, en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 22, 2007.

GÓMEZ CORONA, Esperanza, “El control parlamentario en la jurisprudencia constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 19, 2007.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Artes Gráficas y Ediciones S.A, Madrid, 1987.

GONZÁLEZ ALONSO, Augusto, “Aspectos administrativos de la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2060, 2008.

GRACIA MARTÍN, Luís, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* núm. 7, 2005.

GRANADOS, Francisco, *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Madrid, Tecnos, 1989.

GRANGER, Marc-Antoine, “Le parquet, une autorité judiciaire indépendante?”

GUARNIERI, Carlo, *Pubblico Ministero e sistema político*, CEDAM, Padua, 1984.

—: *Magistratura e Politica in Italia. Pesi senza contrapesi*, Il Mulino, Bologna, 1992

GUARNIERI, Carlo e PEDERZOLI, Patrizia, *La democrazia guidiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997

—: *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

GUÉDON, Marie-José, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, LGDJ, Paris, 1991.

HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1982.

JEAN, Jean-Paul, “Le modèle du magistrat du ministère public en Europe: un professionnel impartial” en *Quel avenir pour le Ministère Public*, Dalloz, Paris, 2008.

—: “L’inéluctable mouvement vers un ministère public européen”, en GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève y LAZERGES, Christine (Dirs.): *Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparé, Paris, 2012.

JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1978

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y Administración en España*, IVAP, Oñati, 1998.

—: *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Navarra. 2002.

—: “¿Una nueva noción de responsabilidad política en el sistema constitucional español?”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm.66, 2002.

KOUBI, Geneviève “Distinguer ‘l’imperativ’ du ‘réglementaire’ au sein des circulaires interprétatives, en *Revue du Droit Public*, núm. 2, 2004.

KRIEGEL, Blandine, « Le Parquet dans la construction de l’Etat », *Crises* n°4, 1994

LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo, “La imputación de jueces, magistrados y fiscales por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo”, *Noticias jurídicas. Artículos Doctrinales. Derecho Penal*, octubre 2002.

LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO, “La acusación penal: ¿ejercicio de soberanía? Ministerio Fiscal *versus* acción popular, en *La ley*, D-23, Diario 4463 de 22 de enero de 1998.

—: “La incidencia de la estructura organizativa del Ministerio Fiscal en el proceso penal de *lege data* y de *lege ferenda*”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 18, 2009.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, “El Ministerio Fiscal como problema”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 130, 1996.

—: *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996.

LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1984.

LÓPEZ GUERRA, Luis, “Sobre la personalidad jurídica de Estado”, en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 6, 1980

—: “Modelos de legitimación parlamentaria y legitimación democrática del Gobierno: su aplicación a la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988.

—: “Funciones del Gobierno y dirección política”, en *Documentación administrativa*, núm. 215, 1988.

LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, “En torno a la constitucionalidad de la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia de ordenar el retorno de extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España” en DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro y ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel Ángel (Coords.), *Inmigración irregular y derecho*, 2005.

LÖWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 35, 1995.

—: “La independencia judicial y la Ley”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 106, 2006.

—: “Juez, Constitución y ley”, en REVENGA SÁNCHEZ Miguel (Coord.), *El Poder Judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

—: “El control de la actividad del Consejo General del Poder Judicial en materia de nombramientos y de régimen disciplinario en la jurisprudencia reciente”, *Estudios de Derecho Judicial*, separata núm. 125.

MACHO, Miguel, “Los informes del Consejo Fiscal sobre los ascensos en la carrera fiscal y la polémica en torno a la designación del Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional (Comentario de la sentencia en pleno de la sala 3ª del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1998), en *Revista xurídica galega*, núm. 23, 1999.

MAGIDE HERRERO, Mariano, *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP, Madrid, 2001.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

—: “El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes”, en *La ley*, núm. 6, D-331, 1996.

MARAFIOTI, Luca, “Limiti costituzionali all’esercizio “improprio” dell’azione penale negli U.S.A.: i divieti di *selective prosecution* e di *vindictiveness in charging*”, en *Quaderni trimestrali di cultura giudiziaria*, núm. 5, 1990.

MARTÍN GAITE, Carmen, *Melchor de Macanaz, otro paciente de la Inquisición*, Destino, 163, 1969.

MARTÍN PASTOR, JOSÉ, “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia y la prueba en el proceso penal. Consideración especial sobre el valor probatorio de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal a propósito de la STC 206/2003 (sala 1ª), de 1 de diciembre”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 5, octubre 2004.

—: “La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: ¿Un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?” en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 14, enero 2008.

MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *La Defensa en Derecho del Estado*, Civitas, Madrid, 1986.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

—: *Constitución, legitimidad democrática y autonomía de los Bancos Centrales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005

MATHIAS, Éric, *Les procureurs du droit, De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS, París, 1999.

MERKL, Adolf, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

MERLEY, Nathalie, “Le Chef de l'État et l'autorité judiciaire sous la V République”, en *Revue Droit Public*, 1997-3.

MERRYMAN, John Henry, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Giuffrè editore, Milán, 1973.

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Reus, Madrid, 1934

MONTORO PUERTO, Miguel, “Funciones del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional”, *Revista de Administración pública*,

MORENO CATENA, Victor, “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos” en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 1, 2007.

MORTATI, Costantino, *Istituzioni di Diritto Púbblico*, Tomo I, 10^a ed., Padova, CEDAM, 1991.

NIETO GARCÍA, Alejandro, “La jerarquía administrativa”, *Administración y Constitución: el principio de jerarquía en Documentación administrativa*, núm. 229, 1992.

—: *Los primeros pasos del Estado Constitucional: historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996.

—: *El desgobierno judicial*, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial Trotta, Madrid, 2ª edición, 2005.

NOBILI, M., “Accusa e Burocrazia. Profili storico-costituzionale” en CONSO, Giovani(Ed.), *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979.

OBERTO, Giacomo, *Recrutement et formation des magistrats en Europe. Étude comparative*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2003.

OLIVER ARAUJO, Juan, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1991

ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Dir. y Coord), *El Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Aranzadi, Navarra, 2005

De OTTO Y PARDO, Ignacio, “La posición constitucional del Gobierno”, en *Documentación Administrativa*, núm. 188, 1990.

—: *Escritos sobre el poder judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

PARCKER, Herbert, *I limiti della sanzione penale*. Milano, Giuffrè, 1978

PALOMAR, ALBERTO, “El acceso a los cargos y funciones públicas. La fiscalización jurisdiccional del nombramiento del Fiscal General del Estado: la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994”, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 4, 1995.

PAREDES, Javier, *La organización de la justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial 1834-1870*, Civitas, Madrid, 1991

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico funcional Gobierno-Administración*, Iustel, Madrid, 2009

PAUNER CHULVI, Cristina, “El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia: el proyecto de reforma sobre su dependencia jerárquica”, *Poder Judicial*, núm. 55.

—: *La designación parlamentaria de cargos públicos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

—: “La articulación del control parlamentario sobre los espacios libres de control gubernamental: Parlamento y Administraciones Independientes”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 19, 2007.

PASQUINO P., *Uno e trino. Indipendenza della magistratura e separazione dei poteri*, Anabasi, Milano, 1994.

PEÑARANDA RAMOS, José Luis, “Información parlamentaria, poderes públicos y sector público”, en *Instrumentos de información de las Cámaras Parlamentarias*, CEC, Madrid, 1994.

PEPINO, Livio, “Il Pubblico Ministero tra indipendenza e controllo” en *Questione giustizia*, núm.4, 1985

PÉREZ GIL, Julio, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2010,

PERRODET, Antoinette, *Étude pour un Ministère Public européen*, L.G.D.J, París, 2001.

PIZZORNO, Alessandro, *Il potere dei giudici. Stato democrático e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

PIZZORUSSO, Alessandro, “Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero”, en CONSO, Giovanni (Dir.), *Pubblico Ministero e Accusa Penale, problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979.

—: *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Piccola Biblioteca Einaudi, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1990

—: Interesse pubblico e interessi pubblici, en *Rivista Trimestrale del Diritto e Procedimento Civile*, núm. 1, 1972.

—: *L'ordinamento giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 1974.

PORRAS NADALES, Antonio J., “Las relaciones entre el Gobierno y la Administración en la Constitución de 1978”, *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 34, 1992.

PULIDO QUECEDO, Manuel, “Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas. Comentario a la STC 47/1990, de 20 de marzo”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm.30, 1990.

—: “De nuevo sobre las comparencias parlamentarias en Comisión. Los casos de los Fiscales especiales antidroga y anticorrupción), en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 7, 2005.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho de Tribunales Organización, funcionamiento, gobierno*, Aranzadi, Pamplona, 1986

RALLO LOMBARTE, Artemi, *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Los poderes normativos del Banco de España”, *Revista española de Derecho bancario y bursátil*, 1984, n° 13.

RASSAT, *Le Ministère Public. Entre son passé et son avenir*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967.

REDONDO HERMIDA, Álvaro, “La revisión de la decisión del fiscal de no ejercitar acciones”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n°5, 1998.

REOL SUÁREZ, Antonio, “Como concibió la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 el Ministerio Fiscal”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*.

RENOUX, Thierry, *Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Ed. Economica. París, 1994

—: “Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet”, *Annuaire International De Justice Constitutionnelle*, núm. XI, 1995.

—: “Le pouvoir judiciaire en France et Europe continentale: approche comparative”, en *Revue du Droit Public*, núm. 4, 1999.

—: “L'apport constitutionnel à la réflexion sur l'évolution du ministère public”, *Quel avenir pour le Ministère Public*, Dalloz, Paris, 2008

RESCIGNO, Giuseppe Ugo, *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milán, 1967.

—: “L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero”, *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*.

REY MARTÍNEZ, Fernando, “Gobierno, Administración de Justicia y Ministerio Fiscal”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002.

RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso, “Referencias históricas sobre la carrera judicial”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 15, 2002.

ROLDÁN BARBERO, Horacio, “Infracciones penales contra el medio ambiente: el SEPRONA” en *Boletín Criminológico*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, nº43, 1999.

—: “Concepto y alcance de la delincuencia oficial”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº4, 1999.

ROXIN, Claus, “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público”, en MAIER, Julio B (compilador), *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.

SANZ PÉREZ, Ángel L., “La función de control parlamentario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, num. 1, 2004.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994.

—: “El Gobierno y la dirección de la política”, en *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 34-2, 1992.

SAINZ MORENO, Fernando, “El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 108, 1985.

SALA ARQUER, Tomás, “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, 1984.

SALAS, Denis, *Du procès pénal. Éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, PUF, Paris, 1992.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

SANCHIS CRESPO, Carolina, “La nulidad del nombramiento del Fiscal General del Estado impuesta por sentencia del Tribunal Supremo El nombramiento del Fiscal General del Estado”, en *Revista General de Derecho*, núm. 624, 1996.

SANDULLI, “Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione”, en *Studi Segni*, IV, Milán, 1967.

SANTALUCIA, Giuseppe, “Il controllo sulla discrezionalità investigativa degli uffici del Pubblico Ministero”, en *Questione giustizia*, núm. 5, 2000.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación al problema de las organizaciones estatales no administrativas”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 9, 1981.

SANTAOLALLA, Fernando, “Las funciones parlamentarias en relación con los órganos auxiliares del Parlamento”, en *El Parlamento y sus transformaciones actuales*,

SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: “Informes acerca de diversas solicitudes de comparecencia del Fiscal General del Estado para informar sobre la Actividad procesal del Ministerio Fiscal en un sumario determinado”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 15, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”,

SILVELA, Francisco “La acción popular”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*.

SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, “La situation du ministère public français”, en la página web syndicat-magistrature.org/la-situation-du-ministere-public.html, 23 de febrero de 2010.

TAJADURA TEJADA, Javier, “Cortes Generales y Ministerio Fiscal”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 60, 2003.

TEROL BECERRA, Manuel José, *El Consejo General del Poder Judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.

—: *Reivindicación autonómica sobre el gobierno desconcentrado del Poder Judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

TIEDEMANN, “13 Thesen zu einem modernen menshorientierten Strafproze”, *ZRP*, Heft 3, 1992.

TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, Alianza Editorial, Madrid.

TROPER, Michel, *La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1973.

TULKENS, Françoise “L’apport de la Convention européenne des droits de l’homme, *Quel avenir pour le Ministère Public*, Dalloz, Paris.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, “La Naturaleza Jurídica del Defensor del Pueblo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983.

VASSALLI, Giuliano, *La potestà punitiva*, Unione tipografico-editrice torinese, Turín, 1942.

VIVES ANTÓN, Tomás S., “Sobre la imparcialidad del juez y la dirección de la investigación oficial del delito” en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 1, 2007.

VV.AA., “Encuesta sobre el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia” en *Teoría y realidad constitucional*, núms. 8-9, 2001-2002.

VV.AA., “Encuesta sobre la Corrupción” en *Teoría y realidad constitucional*, núm.25, 2010.

WEIGEND T., *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978.

ZAGREBELSKY, Vladimiro, “L’obbligatorietà dell’azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale, en *Rivista di Casazione Penale*, 1992.

—: “Le soluzioni peggiori del male (a proposito del Pubblico Ministero), *Rivista di Casazione Penale*, 1991.

ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo* (trad. de la 5^a ed italiana, 1949) Volumen I. Parte General. ediciones Arayú Buenos Aires, 1954.

ZANON, Nicolás, *Pubblico Ministero e Costituzione*, CEDAM, Padova, 1996.

—: “I pareri del Consiglio Superiore della Magistratura tra leale collaborazione e divisione dei poteri” en, PACE; A. Et al. (Dirs.): *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Jovene, Nápoles, 2010.

—: “La responsabilidad dei giudici”, en *Anuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, CEDAM, Padua, 2008.

ZIPF, “Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip”, *Peters F-S*, 1973.