

# Ministerio fiscal, Gobierno y Parlamento

## (En torno a la posición constitucional del Ministerio Fiscal)

Fernando Santaolalla López  
*Profesor Titular de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Alcalá  
Letrado de las Cortes Generales*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPCIÓN JUDICIALISTA DEL MINISTERIO FISCAL.—III. CONCEPCIÓN LEGISLATIVA DEL MINISTERIO FISCAL.—IV. CONCEPCIÓN INDEPENDIENTE DEL MINISTERIO FISCAL.—V. CONCEPCIÓN GUBERNATIVA DEL MINISTERIO FISCAL.—VI. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

### I. INTRODUCCIÓN

El origen del presente comentario se encuentra en las impresiones despertadas por la lectura del Pacto para la reforma de la Justicia, de 28 de mayo de 2001, pacto que, como es sabido, incluye, entre sus muchas previsiones, algunas que hacen referencia al Ministerio fiscal. Así, su punto 9 señala que «en lo funcional de este órgano habrá de estarse principalmente a lo que disponga una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal». Y el 17, *in fine*, contempla la resolución del «debate sobre la investigación previa al proceso penal de los procedimientos por el Fiscal o por el Juez».

Parece, pues, que habrán de acometerse reformas funcionales de tan importante órgano<sup>1</sup>. Así las cosas, pensamos que su éxito o fracaso dependerá

---

<sup>1</sup> Así, en cumplimiento del Pacto para la reforma de la Justicia, se ha promulgado la Ley 38/2002, de 24 de octubre de reforma parcial de la Ley de enjuiciamiento criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. Esta nueva regulación otorga un destacado protagonismo al Ministerio fiscal.

en buena parte del modelo que se adopte sobre el Ministerio fiscal. Y esto es lo que lleva, una vez más, a tratar la *vexata questio* de su naturaleza. Pues no cabe duda de que según cuál sea ésta, tendremos un modelo u otro de Ministerio fiscal, y esto, a su vez, influirá decisivamente en las funciones y procedimientos que se le asignen.

Como decimos, este tema ha sido objeto de profundo debate a lo largo de los años, con posturas claramente discrepantes. Muchos de los argumentos que podemos exponer aquí ya han sido esgrimidos por otros autores. Sin embargo, estimamos que ciertos aspectos todavía permanecen en la sombra y merecen ponerse sobre el tapete. Por eso, hemos decidido reabrir el tema. Y lo hacemos desde la perspectiva constitucional, que nos es más familiar, perspectiva que acaso en algunas opiniones no merece la atención debida, merced a un enfoque predominantemente procesalista.

Ahora permítasenos adelantar la tesis que inspira el presente comentario, que no es otra que la defensa de una consideración gubernamental o, si se quiere, ejecutiva del Ministerio fiscal. Es decir, abogamos porque este órgano se sitúe, con uno u otros matices, con uno u otro régimen jurídico, bajo la dependencia del Gobierno. Mas, en oposición a esta postura, existen numerosos y prestigiosos autores que defienden tratamientos diferentes. Por un lado, están los que postulan su inclusión en el poder judicial, con un tratamiento igual o similar al de los jueces. Por otro, están los partidarios de su naturaleza legislativa, en el sentido de depender del poder legislativo. Y, finalmente, figuran los que sostienen que debe ser tratado como un órgano *sui generis*, como una institución independiente, irreductible a cualquiera de los tres brazos tradicionales del Estado.

Antes de exponer las razones que entendemos abonan nuestra posición, haremos una revisión crítica de estas otras teorías, a fin de mostrar las insuficiencias que, a nuestro juicio, impiden su aceptación.

El examen que acometemos está hecho básicamente desde la perspectiva de la Constitución vigente, o sea, *constitutione lata*. Por ello se entenderá que no aceptemos como argumentos concluyentes los que se derivan de la legislación infraconstitucional. Son éstos los que precisamente se someten a revisión, con vistas a lograr el régimen jurídico que más se ajuste a las previsiones constitucionales. Si de lo que se trata es de reformar la justicia para dotarla del estatuto más operativo, legítimamente el régimen legal actual puede ser puesto en discusión.

Eventualmente cabe extender esta discusión a las concretas determinaciones constitucionales, con vistas a superar posibles contradicciones y lograr la regulación de esta institución que mejor se corresponda con las exigencias del Estado democrático y de Derecho de nuestro tiempo. Pues, como se verá, la Constitución no parece contener un modelo sólido y coherente del Ministerio fiscal<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Debe advertirse en todo caso que esta indeterminación no procede de ahora, ni mucho menos. Así, PRIETO CASTRO advertía ya en 1977 que «el polifacetismo del Ministerio Fiscal y su correcta y sensata colocación son refractarios a que se le presente como independiente del Ejecutivo o como dependiente de él, sin términos medios». Véase 1977, p. 35.

Señala L. M. Díez-Picazo que la regulación constitucional se presta a interpretaciones diferentes porque en ella coexisten imágenes distintas del órgano<sup>3</sup>. Por eso, en determinados casos puede ser lógico hacer consideraciones *de constitutione ferenda*.

## II. CONCEPCIÓN JUDICIALISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Bajo esta rúbrica nos referimos a las distintas voces partidarias de incluir el Ministerio fiscal dentro del poder judicial. Claro está que esta inclusión no es en los mismos términos que la de jueces y magistrados. Se defiende un estatuto autónomo o posición diferenciada, pero siempre dentro de este poder y, por tanto, sin relación o dependencia con los otros dos. Por sólo mencionar a autores recientes, cabe citar a JIMÉNEZ VILLAREJO<sup>4</sup>, APARICIO CALVO-RUBIO<sup>5</sup> y CONDE-PUMPIDO<sup>6</sup>.

Los argumentos utilizados a este respecto, son los siguientes:

### a) *El elemento sistemático de interpretación*

En primer lugar, se esgrime el elemento sistemático de interpretación. La situación del artículo 124 de la Constitución, regulador del órgano que nos ocupa, dentro del título VI—del poder judicial—representaría el reconocimiento constitucional de la adscripción del Ministerio fiscal a la órbita del poder judicial.

A nuestro juicio, el valor interpretativo de este elemento resulta muy endeble. Pues, por un lado, y con carácter general, el artículo 4 del Código civil yuxtapone el elemento sistemático a otros (gramatical, histórico, sociológico), de tal manera que el primero, por sí solo, no es decisivo. Y, sobre todo, lo subordina al elemento teleológico o finalista. Lo que en el caso significa que la naturaleza de las instituciones viene dada por lo que son *per se* y, en especial, por las funciones a su cargo. Esto, como se ve, poco tiene que ver con su emplazamiento sistemático dentro de un texto legal.

Nuestra Constitución contiene diversas imprecisiones sistemáticas, lo que demuestra que este elemento está lejos de ser decisivo. Así, también en el título VI aparece el ejercicio de la acción popular por los ciudadanos (art. 125). Y esto parece insuficiente para calificar a estos últimos de partícipes del poder judicial. En sentido inverso, pero con la misma conclusión, hay preceptos sobre los tribunales situados en títulos relativos a otros poderes (como el 106.1 sobre el control de la legalidad administrativa y el 153.c sobre el control de la

---

<sup>3</sup> Véase 2000, p. 158.

<sup>4</sup> Véase 1982, pp. 81-83.

<sup>5</sup> Véase 1983, pp. 644-649.

<sup>6</sup> Véase 1999, pp. 45-47.

administración autonómica) sin que ello induzca a dudar sobre su propiedad jurídica. De modo más claro, el Defensor del Pueblo (art. 54) y el Tribunal de Cuentas (art. 136), definidos ambos como comisionados o dependientes de las Cortes Generales, se encuentran regulados fuera del título III, sobre las Cortes, sin que ello impida aquella condición.

b) *Los puntos comunes con los jueces*

Un segundo argumento es que, por determinación del artículo 127 de la Constitución, los fiscales están afectados por unas incompatibilidades (desempeño de otros cargos públicos) y prohibiciones (de pertenencia a partidos y sindicatos) comunes a los jueces y magistrados.

Mas esta equiparación es parcial e insuficiente. Lo primero, porque el apartado 2 del mismo artículo 127 contempla una remisión válida para los jueces y magistrados, y no para los fiscales. Al decir *«la ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos»*, se está refiriendo sólo a los jueces, pues la nota de *«independencia»* es privativa (art. 117.1) de los mismos, y no alcanza a los fiscales, sometidos por el contrario a la *«dependencia jerárquica»*, según reza el artículo 124.2. En segundo lugar, esta equiparación es insuficiente pues, a tenor del artículo 28.1, también los miembros de las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad tienen excluida la pertenencia a sindicatos, mientras que los restantes funcionarios públicos la tienen sometida a un régimen peculiar. Obviamente, esta nota en común con los jueces no logra borrar la enorme diferencia entre unos y otros. A mayor abundamiento, la Ley 53/1984, de incompatibilidades del personal de las Administraciones públicas, aplica a todo este personal el mismo principio de incompatibilidad con otro puesto o función pública, sin que por ello este personal pierda su dependencia del poder ejecutivo<sup>7</sup>.

En definitiva, la similitud o identidad en algunos puntos de su estatuto sólo demuestra que todas estas categorías son variantes de la función pública. Comparten la misma o parecida regulación por tratarse de servidores del Estado. Pero esto no suprime las diferencias orgánicas y funcionales entre ellos, siendo éstas las que permiten encajar a un concreto órgano dentro de uno de los tres poderes estatales.

c) *La aparente prohibición de instrucciones gubernamentales*

Un tercer argumento es que la Ley 50/1981, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, dispone en su artículo 8.1 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»*. De este modo, la

---

<sup>7</sup> En el mismo sentido SAINZ MORENO indica que la equiparación del fiscal con el juez esta lejos de alcanzar a la función respectiva, que constituye la diferencia radical. Véase 1985, p. 183.

legislación vigente, dictada en desarrollo de la Constitución, habría venido a suprimir la tradicional potestad gubernamental de dar instrucciones al Ministerio fiscal, lo que sería testimonio del abandono del sistema gubernativo propio de la LOPJ de 1870. Pues «*interesar*» no es lo mismo que ordenar o imponer, que es lo propio de la dependencia jerárquica, sino algo mucho más modesto, como sugerir o plantear.

Tampoco nos resulta convincente este argumento. Para empezar, una vez más, son la *ratio* y el fin del precepto lo realmente significativo, y no la expresión utilizada. Por otro, si se une la expresión «*interesar*» con otros elementos, como principalmente el nombramiento gubernamental del Fiscal General del Estado, cabe pensar que es un término pudoroso para referirse a lo que no se quiere llamar por su nombre. Esto es, el Gobierno tiene una capacidad para dirigir, bien que con limitaciones, el órgano que estudiamos. Por lo que el verbo en cuestión no significaría necesariamente lo que se ha querido ver en él. Y, sobre todo, lo que debe tenerse en cuenta es que regulaciones como la presente son las que están en tela de juicio, las que deben ser examinadas en cuanto su lenguaje puede suponer un apartamiento del mejor espíritu de la Constitución. Como norma legal, el citado artículo 8.1 no es algo inconvencible, sino sujeto a reconsideración y reforma. Entre otras cosas, porque la ambigüedad del término «*interesar*» refleja una inseguridad sobre la institución, que consideramos debe despejarse.

#### d) *Los nuevos fines del Ministerio fiscal*

También se aduce –cuarto argumento– que el Ministerio fiscal ha recibido nuevos fines por la Constitución, nuevos fines que lo alejarían de la esfera gubernamental en la misma medida que lo acercaría a la judicial. En concreto, el artículo 124 le otorga 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 la satisfacción del interés social*». De este modo, la novedad de tener atribuida la promoción de la defensa de los derechos de los ciudadanos haría del mismo un órgano con finalidad semejante a la de los tribunales. Y esto impediría mantener la tradicional pertenencia al poder ejecutivo. Incluso se llega a presentarlo como un *custos legis*, como un fiscalizador de la legalidad.

A lo anterior hay que oponer serias objeciones de fondo y forma. Empezando por las segundas, debemos advertir que el cambio respecto a la situación anterior es más aparente que real. No le falta razón a COBO DEL ROSAL cuando señala que toda la actividad recogida en el citado artículo 124 puede resumirse en una sola, como es la defensa de la legalidad<sup>8</sup>. Pues en un Estado de Derecho la defen-

---

<sup>8</sup> Véase 1998, pp. 550 y ss.

sa de los derechos de los ciudadanos, la satisfacción del interés social, etcétera, no pueden hacerse más que a través de la ley. La ley nace para garantizar ese interés público en un marco de respeto a los derechos individuales. De tal modo que buscar la aplicación de un aspecto implica la del otro y viceversa.

Mas tampoco esto último es muy significativo a los efectos que nos ocupan. Pues esa sumisión a la legalidad es propia de todos los poderes del Estado y por tanto no sirve para caracterizar a uno de ellos y, menos, a un concreto órgano. Un procesalista como GIMENO SENDRA reconoce<sup>9</sup> que los principios de legalidad e imparcialidad no son exclusivos del fiscal, sino informantes de toda la actuación de la Administración pública, por quererlo así los artículos 103.1 y 3 de la Constitución. A lo anterior podría añadirse que estos últimos preceptos no son más que consecuencia de los principios del Estado de Derecho y del propio enunciado general del artículo 9.1.

En realidad, el núcleo del artículo 124 reside en una de sus primeras menciones: la de *«promover la acción de la justicia»*. Como ya hace tiempo señaló GUASP<sup>10</sup> y hoy mantiene Díez-Picazo<sup>11</sup>, éste es el fin determinante, esencial, del Ministerio fiscal, consecuencia de que el Estado no quiera abandonar la formulación de pretensiones de justicia a la iniciativa de los particulares. Que luego se le agreguen otros fines, no puede ocultar esta premisa. El matiz diferenciador de este órgano es éste: la promoción de acciones procesales ante los tribunales. Lo cual es común a otros países, como señala J. VOLFF para Francia<sup>12</sup>. En cambio, los fines últimos de esta actividad (interés público, realización de la justicia, protección de las libertades individuales) son comunes a todos los órganos del Estado y no sirven para tipificar a uno de ellos.

En todo caso, esta función de promover la acción de la justicia, a pesar de implicar actividad procesal, en modo alguno se confunde con la actividad jurisdiccional, definitiva de los tribunales. Ésta consiste, como se desprende del artículo 117.3 constitucional, en *«juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»*. Claramente, ese juicio y su ejecución trascienden a la pura impetración de justicia, que es lo que corresponde a los fiscales y cosa que, por lo demás, puede hacer cualquier justiciable sin merecer por ello la condición de órgano judicial. Además, la función jurisdiccional aparece atribuida por dicho artículo *«exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes»*, por lo que en la misma medida deben entenderse excluidos los fiscales. De este modo, equiparar funcionalmente a unos y otros supone un olvido grave de principios elementales sancionados por la Constitución<sup>13</sup>.

Y por si fuera poco, el régimen estatutario de jueces, por un lado, y de fiscales, por otro, difiere sensiblemente. Los primeros tienen atribuida la condición de *«independientes»* (art. 117.1). Son de los pocos funcionarios que poseen

<sup>9</sup> Véase GIMENO SENDRA, 1988, p. 67.

<sup>10</sup> Véase 1971, pp. 162 y s.

<sup>11</sup> Véase 2000, pp. 12-13.

<sup>12</sup> Véase 1998, p. 8.

<sup>13</sup> En el mismo sentido véase GIMENO SENDRA, 1988, pp. 65 y s.

esta nota, tan excepcional dentro de un Estado de Derecho que sólo se explica como exigencia ineludible de su función. Esto es, sólo una justicia independiente es capaz de dirimir imparcialmente las pretensiones que se le planteen.

Además, esta independencia está garantizada por la nota de inamovilidad, que también se recoge en el artículo 117.1 y 2. Mientras, el Ministerio fiscal no sólo no tiene reconocidas estas notas, sino que se ve afectado por el principio de «dependencia jerárquica» recogido en el artículo 124.2 y por la atribución de la jefatura superior del mismo al Fiscal General del Estado (art. 22.2 de la Ley 50/1981). Lo cual no es por casualidad: siendo el fiscal parte en muy diversos procesos, resulta imposible conceptual y funcionalmente definirle en los mismos términos que los jueces y magistrados<sup>14</sup>.

### e) *La autonomía del Ministerio fiscal y su defensa de la legalidad*

Otro argumento esgrimido para incluir al órgano de que hablamos en el poder judicial es la referencia a su integración con autonomía funcional en el poder judicial, incluida en el artículo 2 de la repetida Ley 50/1981 («El Ministerio fiscal, integrado con autonomía funcional el Poder Judicial, ejerce su misión 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»). Como justificación de esta integración, se aduce que el Ministerio fiscal sería un órgano defensor de la legalidad.

Tampoco resulta de recibo este argumento. Lo primero porque es la vigente ley lo que en último extremo está en discusión, de tal modo que dicho precepto no se puede tomar como dogma indisputable. Lo segundo porque el citado artículo no puede asumirse sólo en la parte que reconoce la integración en el poder judicial. Si así fuera, se trataría de un órgano jurisdiccional más, cosa que nadie se atreve a defender, visto el artículo 117 y los principios del Estado de Derecho. Prueba de ello es el desconcierto del legislador —y que se transmite al intérprete— al incluir la expresión «con autonomía funcional», escasamente aclaratoria de lo que haya de significar esa supuesta integración<sup>15</sup>. En tercer lugar, este desdichado artículo resulta atemperado por otros de la Constitución y de la misma ley que apuntan en sentido opuesto (básicamente los derivados del nombramiento gubernamental del Fiscal General y de la dependencia jerárquica interna). Asimismo, debe recordarse que esa autonomía no es un atributo exclusivo de órganos judiciales: nuestro Derecho conoce numerosos casos de organismos autónomos (como los previstos en el título III de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), cuyo carácter de tal no sólo no implica su pertenencia al poder

<sup>14</sup> En parecidos términos se pronuncia MARTÍNEZ DALMAU. Véase 1999, pp. 148 y ss.

<sup>15</sup> Según DÍEZ-PICAZO, esta expresión posee un valor retórico. Luego añade que el rasgo más sorprendente del Ministerio fiscal en España es la vaguedad de sus funciones y la inadecuación entre sus fines y medios. Véase 2000, pp. 161 y 166.

judicial, sino precisamente su pertenencia al ejecutivo. En definitiva, disfrutar de un cierto grado de autonomía es relativamente frecuente en el Estado constitucional y no basta para definir la adscripción al poder legislativo, al ejecutivo o al judicial.

Finalmente, la presentación del Ministerio fiscal como defensor de la legalidad, o custodio de la ley, no resiste el menor análisis, al menos si se utiliza esta expresión rigurosamente. Pues si nos referimos a la defensa de la legalidad ordinaria, enseguida se comprueba que, según el artículo 106.1, esta actividad es propia de los tribunales. Y si con tal expresión se piensa en la legalidad constitucional, resulta que la misma es propia del Tribunal Constitucional, a tenor de los artículos 161.1.a y 163 de la Ley fundamental. Además, no sólo carece el Ministerio fiscal de atribuciones en este sentido, sino que nunca podría poseerlas. Pues la citada dependencia jerárquica y su condición de parte en numerosos procesos excluyen que se trate de un órgano independiente. Con lo cual falta la premisa más elemental para una labor de este tipo. Por su parte, la custodia de la Constitución no sólo no le está atribuida, sino que en los sistemas de justicia constitucional concentrada, como el nuestro, lo está a favor de un órgano que refleja la legitimidad democrática, siquiera indirectamente. Esto es, la mayoría de los miembros el Tribunal Constitucional procede de acuerdos de órganos, como las Cortes y el Gobierno, que son deudores de la voluntad popular. Cosa que no se da en los miembros del Ministerio fiscal.

Si lo que se quiere decir con tan sonoras expresiones es que el fiscal debe perseguir lo ordenado por las leyes, volvemos al punto ya comentado: se trata de algo cierto, pero que no lo es menos para cualquier autoridad o funcionario público. Los fines últimos se comparten dentro del Estado de Derecho. Lo que separa radicalmente a unos y otros funcionarios son las condiciones con que se someten a ese imperio de las leyes. Para unos —la mayoría— a través de una cadena de subordinaciones que acaba en un órgano directa o indirectamente elegido por el pueblo. Para otros —los menos— en condiciones de estricta independencia garantizada por la inamovilidad en el cargo. Y es esto lo que explica que a estos últimos corresponda la función jurisdiccional, mientras que al vasto conglomerado de los primeros lo sea la función ejecutiva o administrativa.

Por tanto, y como se comprobará a lo largo de este comentario, lo que está de más y debe reformarse es la referencia a la integración de la fiscalía en el poder judicial que realiza el artículo 2 de la Ley 50/1981.

### III. CONCEPCIÓN LEGISLATIVA DEL MINISTERIO FISCAL

Entendemos por concepción legislativa del Ministerio fiscal el conjunto de teorías partidarias de su inclusión o dependencia del Parlamento. Bien es verdad que no se afirma una integración o dependencia cualquiera, sino matizada, en el sentido de reservarse a este órgano un margen mayor o menor de autonomía. Ésta sería la postura de MARCHENA GÓMEZ, quien aboga incluso por el nombramiento parlamentario del Fiscal General por las cámaras y por

una nueva legislación que defina con mayor concreción los criterios de oportunidad que deben presidir la actuación del Ministerio fiscal<sup>16</sup>. O la de COBO DEL ROSAL, que justifica su dependencia del legislativo en su función primigenia de defensa de la ley y en la, a su juicio, improcedencia de la dependencia judicial o gubernamental<sup>17</sup>.

Estas teorías salvan muchas de las objeciones que suscitaban las judicialistas, pero levantan otras nuevas, que no hacen más fácil su aceptación.

#### a) *La inadecuación funcional al poder legislativo*

Por un lado, si se analiza lo que en sí misma representa la función del fiscal, se cae en la cuenta de que nada tiene que ver con la función legislativa que caracteriza al Parlamento<sup>18</sup>. Pues en modo alguno supone establecer normas jurídicas, cualquiera que sea su rango. Para nada hay dación de leyes o de otras normas jurídicas en la actuación de los fiscales. Ciertamente que el Ministerio fiscal busca la defensa de la ley, pero esto en absoluto le diferencia de lo que hacen los órganos integrados en poder ejecutivo, los cuales tienen por misión aplicar la ley, como de hecho nuestra Constitución reconoce inequívocamente. Aquel y éstos persiguen el interés público tal como la ley lo define y, por eso, realizan una función que en esencia es la misma. Podrán diferir en algo, pero este algo es siempre secundario, adjetivo. Que los fiscales puedan tener un mayor grado de autonomía que el que caracteriza a un funcionario administrativo, significa una diferencia de grado, cuantitativa. No que se trate de una función materialmente distinta. Ciertamente también que esa actividad ejecutiva posee particularidades, como la de consistir en buena parte en actos procesales. Pero estos actos procesales no son propiamente actos jurisdiccionales, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que es lo propio de los jueces, ni, mucho menos, legislativos. Obsérvese que hay actos procesales, como los que se desarrollan a través de los recursos en vía administrativa, que son actos administrativos. Por su parte, la abogacía del Estado también realiza actos de promoción de la justicia ante los tribunales sin que nadie ose por eso dudar de su condición de órgano administrativo. Las fuerzas de seguridad también se relacionan y colaboran con los órganos judiciales sin perder por ello su común naturaleza administrativa. En definitiva, la realización de actos procesales no excluye necesariamente que quienes los protagonizan pertenezcan al poder ejecutivo.

Más, en teoría, se podría ignorar esta común naturaleza material y hacer depender a todo el Ministerio fiscal del Parlamento. De *constitutione ferenda*, tal como hacen algunos autores, podría postularse una radical separación del mismo del Gobierno y su adscripción formal al Parlamento. Algo parecido a lo que ya

---

<sup>16</sup> Véase 1992, p. 194.

<sup>17</sup> Véase 1998, pp. 557 y s.

<sup>18</sup> SAINZ MORENO alega en este sentido que el Ministerio fiscal no tiene frente al Parlamento ninguna vinculación especial. Véase 1985, p. 161.

ocurre con el Tribunal de Cuentas y con el Defensor del Pueblo. Una de las medidas sería atribuir la elección del Fiscal General del Estado a las Cortes Generales; otra, establecer mecanismos de control del Parlamento sobre el Ministerio fiscal.

b) *Inconveniencia de la adscripción parlamentaria*

Pero ¿convienen estos cambios?, ¿hay razones que abonen una reforma en el sentido expuesto? Nuestra postura es decididamente contraria. Veamos el porqué.

Primero, exigiría una reforma de la Constitución, con las dificultades consiguientes. Pues esa dependencia y esa elección merecerían constar en la misma<sup>19</sup>.

Segundo, y más capital, haría del Fiscal General del Estado un bis del Gobierno nacional, y del conjunto del Ministerio fiscal un paralelo de la Administración pública. Si el Parlamento eligiese directamente al primero, el mismo quedaría colocado en una situación de dependencia y, en la misma medida, liberado de toda ligazón con el Gobierno. El Fiscal General haría las veces del Presidente del Gobierno para todo el bloque orgánico a su cargo: sólo sería elegido aquel que contase con la confianza de las cámaras y el nombrado tendría legitimidad para acometer los nombramientos sucesivos de sus inferiores.

Pero si este paralelismo acabase en este punto, la Fiscalía tendría todos los inconvenientes y ninguna de las ventajas que posee la dependencia del Gobierno del Parlamento. Pues una de dos: o el Fiscal General se somete a la misma relación de confianza del Presidente del Gobierno, lo que conlleva supervisión continua por las cámaras y posibilidad de remoción por estas últimas a través de una moción de censura, o se produce una situación inaceptable para el Estado de Derecho.

La primera hipótesis (control continuo y capacidad de destitución por el Parlamento) provocaría una intensa politización del Fiscal General del Estado y, a través suyo, de buena parte de la organización, precisamente por asumir la misma posición que un órgano eminentemente político, como es el Gobierno. El organismo en cuestión quedaría parlamentarizado y, con ello, sometido a todas las tensiones de la vida política. Un modelo semejante, como ya hemos

---

<sup>19</sup> MARCHENA GÓMEZ (1992, p. 196) llega a afirmar que esta elección podría introducirse sin reforma de la Constitución, haciendo que la elección parlamentaria precediese al nombramiento gubernamental del Fiscal General, que de este modo quedaría como un acto puramente formal, tributario de la decisión de las cámaras.

Este punto de vista es, a nuestro juicio, insostenible. Si se observa la regulación de otros órganos, como el CGPJ, el Defensor del Pueblo y el Tribunal Constitucional, bien pronto se cae en la cuenta que el nombramiento parlamentario es un elemento constitutivo, expresamente determinado para estos órganos en la Ley fundamental. Luego, el silencio constitucional sobre una elección semejante del Ministerio fiscal no puede tener otra explicación que su exclusión pura y simple. No es un puro aditamento lo que se propone, sino un cambio radical en el modelo de órgano.

advertido en otra ocasión<sup>20</sup>, no es más que una plasmación del llamado gobierno de asamblea. Esto es, de aquel sistema político en el que el Parlamento o asamblea instituye, dirige y controla directamente a todos o casi todos los órganos estatales. De apariencia sumamente democrático, en cuanto supone que son los representantes populares los que por sí mismos dirigen todo el aparato estatal, tiene el gravísimo inconveniente de poner en solfa el principio de separación de poderes. El Gobierno no podrá abusar de su poder, pues se le priva del control directo de todos esos sectores que se colocan directamente bajo la dependencia de la asamblea. Pero, a cambio, esta última se convierte en un órgano todopoderoso, no contrapesado por otros poderes independientes y, con ello, surge el espectro del gobierno absoluto. En definitiva, el punto de llegada es escasamente democrático y, desde luego, inquietante para el Estado de Derecho<sup>21</sup>.

Otro grave inconveniente sería la duplicidad de ejecutivos que traería consigo la dependencia del legislativo<sup>22</sup>. Surgirían dos ejecutivos: uno, el ordinario, integrado por la Administración y presidido por el Gobierno, y otro, especial, compuesto por los fiscales y dirigido por el Fiscal General del Estado. En dicha tesitura, la posibilidad de descoordinación entre los dos ejecutivos, formalmente independientes entre sí, es una amenaza real. Pues no debiéndose nada el uno al otro, cada uno podría interpretar las leyes de modo distinto. Ello traería consigo una pérdida sensible de efectividad por el Estado y un derroche de recursos. Lo que forzaría al propio Parlamento a coordinar las dos organizaciones que esencialmente realizan ejecución de las leyes y, con ello, probablemente a preterir sus funciones genuinas. De este modo, la consecuencia final no podría ser más negativa.

La tesis que comentamos ignora algo tan básico como que la existencia de un órgano colegiado y presidido por el presidente del Gobierno obedece a la necesidad de imprimir una dirección unitaria y coherente a toda la actividad estatal. Si hay un órgano de estas características es por la necesidad de coordinar y armonizar las distintas facetas de la ejecución de las leyes. Es, por tanto, el Gobierno el que debe asumir la tarea de coordinar los distintos bloques de la actividad ejecutiva. De todo lo cual responde ante la representación popular. Si esto es así, no se comprende el establecimiento de un sector separado para los órganos encargados de promover la acción de la justicia.

La segunda hipótesis dentro de ese escenario imaginable sería que el Fiscal General fuese elegido por el Parlamento, pero que a partir de ese momento gozase de independencia, en el sentido de estar exento de un control conti-

---

<sup>20</sup> Nuestras consideraciones respecto al Consejo General del Poder Judicial en SANTAOLALLA 2001-2002, p. 235 y ss., especialmente 242-245.

<sup>21</sup> Por eso LOEWENSTEIN dice que el gobierno de asamblea es la plataforma plenamente archidemocrática a través de la cual se puede montar un gobierno autocrático, bien de una persona, de una junta o de un partido. Véase 1976, p. 101.

<sup>22</sup> Pues, como queda dicho, la función del Ministerio fiscal es materialmente ejecutiva, en el sentido de consistir en la aplicación no jurisdiccional de la ley, lo cual le acerca bastante a lo que hacen los órganos administrativos.

nuo y, sobre todo, de la posibilidad de remoción por el segundo. Desde luego, a través de este sistema, la parlamentarización del Ministerio fiscal perdería intensidad y acaso el riesgo de politización disminuiría: sus componentes ejercerían autónomamente sus funciones, sin intromisiones del legislativo. Mas perduraría este aparato administrativo desligado del que dirige el Gobierno y con ello la descoordinación de ambos sectores. Y, sobre todo, tendría todos los inconvenientes de aparecer como una suerte de poder independiente, separado del legislativo y del ejecutivo. Esta alternativa se confunde con la que se va a examinar como tercera concepción, pues, en definitiva, viene a hacer del Ministerio fiscal una organización autónoma, no encajada en ninguno de los tres brazos del Estado. Por eso la enjuiciamos en el apartado siguiente.

#### IV. CONCEPCIÓN INDEPENDIENTE DEL MINISTERIO FISCAL

Bajo esta rúbrica englobamos a todos los autores que, con unos u otros matices, sostienen que el Ministerio fiscal es un organismo *sui generis*, dotado de independencia o, al menos, de autonomía respecto a los tres poderes clásicos, y que por ello no puede ser considerado ni parlamentario, ni ejecutivo ni judicial. Tal fue el caso, por ejemplo, de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO<sup>23</sup>. Entre los autores más recientes cabe citar, entre otros, a FAIRÉN GUILLÉN<sup>24</sup>, GIL-ALBERT<sup>25</sup>, PÉREZ GORDO<sup>26</sup>, LORENTE HURTADO<sup>27</sup>, GIMENO SENDRA<sup>28</sup>, GRANADOS<sup>29</sup>, MARTÍNEZ DALMAU<sup>30</sup> y FLORES PRADA<sup>31</sup>. Lo relevante para este grupo es que la Fiscalía gozaría de un estatuto particular de independencia, producto de la especialidad de sus funciones, pero no incompatible con una obligación de cooperación con los tres poderes clásicos.

A nuestro juicio, la concepción independiente del Ministerio fiscal es menos atendible que las teorías antes expuestas, pues en su intento de escapar a las objeciones, fundadas o no, que suscitan estas últimas, abre nuevas y acaso más elevadas dificultades.

<sup>23</sup> Véase 1929, p. 531.

<sup>24</sup> FAIRÉN GUILLÉN abogaba por el abandono del sistema francés, ya decrépito decía, y la instauración de otro alternativo, caracterizado por la independencia del Ministerio Fiscal, quedando para la Abogacía del Estado la defensa del Gobierno en lo administrativo. Véase, con amplias referencias a los proyectos legislativos del momento, 1969, pp. 481-517.

<sup>25</sup> Véase 1983, p. 99, según aparece citado en MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 161.

<sup>26</sup> Véase 1983, p. 345 y s.

<sup>27</sup> Véase 1980, pp. 32 y s., según cita de MARTÍNEZ DALMAU 1999, p. 162.

<sup>28</sup> Este autor no se manifiesta expresamente sobre este punto. Sin embargo, creemos posible adscribirle a esta tendencia pues dice (1988, p. 67 y s.) que el Ministerio fiscal es un órgano administrativo cualificado por su función colaboradora de la función jurisdiccional, pero que no se integraría ni el poder ejecutivo ni en el judicial.

<sup>29</sup> Véase 1995, p. 16.

<sup>30</sup> Véase 1999, p. 164.

<sup>31</sup> Véase 1999, p. 362 y s.

a) *La falta de apoyo constitucional y la supuesta imparcialidad*

Para empezar, esta concepción es la que menos apoyo encuentra en la Constitución. Pues, por un lado, no hay atisbo constitucional alguno que pueda apuntar en ese sentido de separación o independencia: ni mención expresa ni inclusión en un lugar diferenciado. Por otro, ignora que, según el artículo 124, el Gobierno designa al jefe de esa organización y que todos sus componentes están afectados por la exigencia de «*dependencia jerárquica*».

Tampoco sería de recibo la invocación de los principios de legalidad e imparcialidad. Como ya se ha dicho, la legalidad es un atributo de todos los órganos estatales y, por tanto, no puede servir para definir a uno de ellos. La legalidad no es sinónimo de independencia o autonomía, según se revela en el caso de la Administración pública, tan subordinada y dependiente del Gobierno como sometida al imperio de la ley.

Por su parte, la nota de imparcialidad no puede tomarse en sentido literal, salvo que se quiera llegar al extremo de negar al Ministerio fiscal su atributo más característico, a saber, el ejercicio de acciones ante los tribunales, como por lo demás proclama el propio artículo 124 («*promover la acción de la justicia*») y desarrolla el artículo 3.1 y 4 de la Ley 50/1981<sup>32</sup>. El Ministerio fiscal está destinado a actuar como parte en diversos procesos, precisamente para defender el interés público, y por eso mal puede aceptarse la referencia de imparcialidad en su literalidad. De hecho, como señala JIMÉNEZ-BLANCO, la mencionada Ley 50/1981 se ha encargado de concretar el sentido, al referir la imparcialidad a la «*defensa de los intereses que le estén encomendados*», en la inteligencia de que esta encomienda le viene dada desde fuera, al modo como un abogado defiende el interés de su cliente<sup>33</sup>.

Lo que se discute es quién y cómo puede encomendar a los fiscales el ejercicio de acciones procesales en defensa del interés público. No basta decir que es la ley la que asume este papel, pues la ley contiene normas generales, susceptibles de interpretaciones diversas, y adolece no pocas veces de imprecisiones o insuficiencias que ensanchan la discrecionalidad de su ejecutor. Y, sobre todo, la ley es susceptible de incumplimiento, de aplicación inadecuada por sus valedores, lo que plantea la cuestión de la responsabilidad de estos últimos. Expresivamente decía GARCÍA MORILLO<sup>34</sup> que «en muchas ocasiones, es claro cuál es ese interés público tutelado por la ley; pero en otros no lo es tan claro. Alguien tendrá entonces que definirlo. Ese alguien es el Fiscal General del Estado. Y lo es porque mientras los demás fiscales, en tanto que funcionarios que son, no ostentan responsabilidad política, él sí la ostenta, ante el Gobierno que, a su vez, responde ante el Congreso».

---

<sup>32</sup> En el mismo sentido DíEZ-PICAZO, 2000, p. 165.

<sup>33</sup> Véase 1983, p. 1639.

<sup>34</sup> Véase 1996, p. 149.

b) *La ausencia de responsabilidad*

Con ello llegamos a la objeción fundamental que puede hacerse a esta concepción. Y es que ignora un principio básico e irrenunciable del Estado de Derecho. No es ya la preterición o interpretación forzada de un precepto constitucional, sino el olvido de un valor lleno de sentido para la vigencia de este tipo de Estado, proclamado en el artículo 1 de nuestra Constitución.

Desde los albores del Estado de Derecho, ha figurado como exigencia fundamental la de la responsabilidad de todos los agentes públicos. Ya la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 proclamaba en su artículo 14: «*La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas de su administración a todo agente público*». Esta exigencia es una consecuencia directa de los principios de limitación del poder y de democracia, pues de nada serviría reconocerlos si después los encargados de la aplicación de la ley pudiesen interpretarla libremente y escapar indemnes en caso de incumplimiento. Forzosamente, si se desea cumplir con la ley y asegurar la voluntad popular, tiene que existir algún medio de perseguir a los funcionarios que no cumplieron con su obligación de respetar y hacer respetar las leyes o que lo hicieron inadecuadamente. Y esto no es otra cosa que la exigencia de responsabilidad.

Todo funcionario o autoridad está unido a una cadena de dependencia que asegura la exigencia de responsabilidad. A través de la jerarquía administrativa, todo agente público responde de su gestión ante su superior, y éste ante el suyo, y así hasta llegar al Consejo de Ministros. A su vez, el Gobierno responde ante el Parlamento y éste no responde inmediatamente ante nadie. Simplemente porque al ser el órgano de representación popular, carece de superior jerárquico. Pero sí que responde indirectamente, y lo hace ante el pueblo con ocasión de las elecciones periódicas que se convocan para su renovación.

Todo el aparato estatal está, como escribe BÖCKENFÖRDE, asociado a esta cadena de dependencia y posible responsabilidad, y no por casualidad o por un motivo espúreo, sino para dar satisfacción a esos principios que están en la base del Estado de Derecho<sup>35</sup>. Pues para evitar el abuso de cualquier centro de poder, desde el más insignificante hasta el propio Gobierno, es preciso que su actuación pueda ser dirigida, vigilada y, en su caso, sancionada, llegándose hasta la remoción del supuesto responsable de la incorrección.

La única excepción, plenamente justificada, es la de los jueces y tribunales. Pues la administración imparcial de justicia requiere la circunstancia opuesta de independencia, como reconoce el artículo 117.1 de la Constitución, independencia que implica que nadie puede dar instrucciones a los jueces acerca de la forma de desempeñar su función, que los mismos no tengan que explicar ante otro órgano los motivos de su conducta y, en fin, que no pueden «*ser sepa-*

---

<sup>35</sup> En concreto afirma BÖCKENFÖRDE: «la legitimación democrática orgánico personal consiste en que los cargos públicos que tienen encomendada la gestión de los asuntos estatales han de reposar sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que pueda retrotraerse hasta el pueblo». Véase 2000, p. 58.

*rados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley*». Hasta tal punto esto es así que uno de los padres del constitucionalismo americano, HAMILTON, escribió<sup>36</sup> que «no hay nada que pueda contribuir tanto a la firmeza e independencia de los jueces como la permanencia en el cargo. Esta cualidad puede ser considerada como un ingrediente indispensable de su estatuto».

Es más, ni siquiera en el caso de los jueces la independencia es total. El propio artículo 117.1 los califica de «*responsables*», pero con toda seguridad lo hace en un sentido limitado, en referencia a sus obligaciones legales. El título III de la LOPJ (Ley Orgánica 6/1985) concreta las causas de la responsabilidad penal, civil y disciplinaria de los jueces y magistrados. Claramente se deduce que la responsabilidad se ciñe a conductas tipificadas como infracciones y cometidas por los mismos en el ejercicio de sus funciones. Fuera de esos casos típicos, expresamente tasados, es imposible adoptar una medida que signifique perturbar a un juez. El juez no puede ser responsabilizado y, en particular, cesado, trasladado o suspendido, por las decisiones que adopta en el espacio de discrecionalidad de que dispone para el ejercicio de su función jurisdiccional.

En cambio, como decimos, los restantes sectores estatales no pueden ser independientes, pues en ese caso se daría de lado la obligación de rendir cuenta de su gestión, que es inherente al Estado de Derecho. Si aplicamos estas consideraciones a los fiscales, se advierte con facilidad que los mismos no pueden ser independientes o autónomos respecto a los poderes en que el Estado se divide<sup>37</sup>. Necesariamente han de depender de uno de ellos, a efectos de que éste pueda controlar su actuación y en su caso exigir la responsabilidad pertinente. Los fiscales desarrollan una importantísima función (en la que sobresa-le el ejercicio de acciones ante los tribunales para la defensa del interés público). Esta función constituye un servicio público, en la medida que persigue la aplicación de las leyes para, con ello, satisfacer el interés público insito en las mismas. Y, como servicio público que es, reclama su dirección y supervisión por alguien que pueda asumir la responsabilidad del mismo ante los representantes populares. No se adivina porqué este servicio público habría de escapar a la regla general de supervisión y control que es propia de todos ellos<sup>38</sup>. Según advierte LÓPEZ AGUILAR, la independencia del Ministerio fiscal cristalizaría en «un anómalo principio de irresponsabilidad»<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Véase n.º 78 de la obra citada 1982, p. 394.

<sup>37</sup> En sentido similar se manifiesta DIEZ-PICAZO: «es perfectamente comprensible que el constituyente huyera de una judicialización del Ministerio Fiscal, porque ésta habría creado más problemas que los que podría haber resuelto... resultaría inconstitucionalmente inaceptable dejar en manos de funcionarios políticamente no responsables la discrecionalidad insuprimiblemente insita en toda actividad de persecución del delito». Véase 1991, p. 162.

<sup>38</sup> Acierta de nuevo GARCÍA MORILLO al decir que «difícilmente podríamos aceptar que un fiscal, por el solo hecho de haber superado una oposición, acuse a quien quiera, de lo que quiera, o deje de acusarle: algún responsable tendrá que haber de ello». Véase 1996, p. 150.

<sup>39</sup> Véase 1996, p. 228.

c) *Otras alegaciones*

Finalmente, tampoco convence el alegato de CONDE PUMPIDO en el sentido de que el hecho de que el Ministerio fiscal pueda promover acciones contra la Administración (como en la Ley 62/1978, en el recurso de amparo y en el procedimiento contencioso electoral) sólo se comprendería si el mismo es independiente del Gobierno<sup>40</sup>. Este punto olvida que también la Administración y el propio Gobierno pueden promover la anulación de los actos administrativos, según se regula en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la disposición adicional 16 de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Por tanto esa posibilidad en modo alguno determina por sí sola que se pierda la naturaleza de órgano administrativo. Lo mismo ocurre con la invocación del artículo 76.1 de la Constitución (que contempla la facultad de las comisiones parlamentarias de investigación de trasladar al Ministerio fiscal sus conclusiones para el ejercicio de las acciones oportunas), en el sentido de que esta cláusula sería inoperante si los fiscales dependiesen del Gobierno y esas acciones estuviesen pensadas contra sus componentes. Pues dejando a un lado la dificultad de que en un sistema como el nuestro prospere una de estos acuerdos, lo cierto es que la dependencia gubernamental, con todos sus defectos y limitaciones, es la que permitiría a las cámaras vigilar mejor la aplicación de los mismos. Esto es, el Parlamento podría exigir aclaraciones y criticar lo que para su consecución hiciese o dejase de hacer un Ministerio fiscal gubernamental. En todo caso, si una comisión de investigación decidiese ese traslado en modo comprometedor para responsables gubernamentales, lo más probable es que ello implicase una censura encubierta, con todas las consecuencias propias de la retirada de la confianza parlamentaria, entre ellas la dimisión. En esas condiciones poco podría jugar la dependencia gubernamental de los fiscales<sup>41</sup>.

## V. CONCEPCIÓN GUBERNATIVA DEL MINISTERIO FISCAL

a) *Las razones de esta concepción*

Con ello llegamos a la concepción que se defiende sobre el Ministerio fiscal: la de órgano gubernativo, en el sentido de situado bajo la dependencia y

---

<sup>40</sup> Véase 1999, p. 60 y s.

<sup>41</sup> De todos modos, esta cuestión está relacionada con la perseguibilidad de los ilícitos penales cometidos por miembros del ejecutivo, cuestión compleja que apenas puede acometerse en estas líneas. Debe reconocerse que la dependencia gubernamental del Ministerio fiscal es una rémora a estos efectos. Mas la misma se ve contrapesada por el hecho de que todo perjudicado puede querrellarse contra los supuestos responsables y que en nuestro Derecho está reconocida la acción pública. En todo caso, puede admitirse que en estos casos especiales podrían designarse fiscales con un estatuto de autonomía funcional. Sobre este punto véase Díez-PICAZO, 2000, pp. 85-108.

responsabilidad del Gobierno. Es la posición asumida por esta institución en Europa continental desde la instauración del Estado constitucional. En concreto, la Ley francesa de 16-24 de agosto de 1790 dispuso en su artículo 1 del título VIII: «Los oficiales del ministerio público son agentes del poder ejecutivo ante los tribunales». Pero nuestra conclusión no viene determinada por razones historicistas ni es meramente negativa, en el sentido de asumirse por las pegas que suscitan las anteriores, sino positiva, al entenderse que hay muy serias razones que aconsejan este emplazamiento. No es un mero remedio a las insuficiencias de aquéllas, sino una conclusión derivada de los postulados del Estado de Derecho.

Por un lado, como se ha visto, la promoción de acciones legales ante los tribunales no es, materialmente hablando, ni jurisdicción ni mucho menos legislación. Constituye la gestión de un instrumento público asociado a la política criminal del Gobierno. Si a éste compete la lucha contra el crimen, en el sentido de buscar su erradicación y el castigo de sus autores, lógicamente debe tener los medios apropiados. Y uno de los medios es, clarísimamente, el ejercicio de acciones penales contra los responsables de los delitos.

No tiene vuelta de hoja. El Estado nace para proporcionar seguridad y justicia a los individuos. Y el Estado de Derecho no difiere de esto sino en los medios que emplea: con arreglo a la ley y administrando justicia por tribunales imparciales. Mas si el Gobierno surge con la misión de aplicar las leyes y de velar por su observancia, lógicamente debe disponer de los instrumentos al efecto. Uno de ellos es el Ministerio fiscal, encargado de activar las acciones posibles para la persecución y castigo del delito, postura en la que coinciden JIMÉNEZ-BLANCO<sup>42</sup> y LÓPEZ AGUILAR<sup>43</sup>.

Por eso es lógico que el ejecutivo supervise y controle dicho servicio. Lo mismo puede decirse de los otros cometidos del Ministerio fiscal recogidos en el artículo 3 de la Ley 50/1981. Pensemos, por ejemplo, en las acciones en defensa de los derechos fundamentales, o en la participación en procesos de estado civil o en la defensa de los intereses de los incapaces. Todo esto forma parte de la política interior que corresponde al Gobierno a tenor del artículo 97 de la Constitución y del cuidado de los intereses generales que el artículo 103.1 atribuye a la Administración. Consecuentemente, no puede extrañar que se sitúen en la esfera gubernamental.

---

<sup>42</sup> Según JIMÉNEZ-BLANCO, «el interés del Estado (que en mi opinión en este punto ha de determinar básicamente el Gobierno quam director de la política criminal) ha de consistir en lo penal en la represión de los delitos..., y para ello cuenta con el Ministerio Fiscal...». Y más adelante añade: «para hacer ejecutar las leyes es imprescindible que el Gobierno pueda tener acceso a la puesta en marcha del aparato coactivo que en última instancia asegura su vigencia y que no es otro que el poder judicial. De ahí, sin duda, la primera incardinación constitucional del artículo 8 del Estatuto del Ministerio Fiscal». Véase 1983, pp. 1636 y 1641, respectivamente.

<sup>43</sup> Según este autor, «el Ministerio Fiscal es una pieza clave en una ejecución de la política criminal determinada por quien, constitucionalmente, tiene facultad para ello (art. 97)». Véase 1996, p. 200.

b) *Posibles objeciones*

Mas la dependencia de la fiscalía del Gobierno se ha interpretado en modo inadecuado. Bien por ignorancia de lo que representa este último en un sistema constitucional, bien por móviles corporativos<sup>44</sup>, bien por motivos distintos, el caso es que esa dependencia ha sido criticada como una suerte de crimen de lesa democracia. GIMENO SENDRA considera que la subordinación al ejecutivo es propia de regímenes autocráticos<sup>45</sup>. COBO DEL ROSAL sostiene que la dependencia total del Gobierno correspondía a la naturaleza del Estado franquista, para más adelante concluir que su implantación ahora supondría una quiebra del Estado de Derecho<sup>46</sup>. Y CONDE PUMPIDO afirma que la ruptura de esta dependencia gubernamental es una consecuencia de la instauración entre nosotros de un régimen democrático<sup>47</sup>.

En realidad supone lo contrario. Esto es, que esa dependencia gubernativa constituye una condición del Estado de Derecho y democrático.

Ciertamente, en principio, la inclusión del Ministerio fiscal en la esfera gubernativa viene a reforzar al Gobierno. El que dirige este servicio ostenta una capacidad de influencia indudable en la sociedad. Si el director es el Gobierno, el mismo verá incrementado su poder. Y este poder es susceptible de abuso.

Mas si fuese por esta última posibilidad, no se concedería poder al Gobierno ni a órgano alguno, pues todo poder es susceptible de uso torticero. Por tanto, el riesgo de desviación o abuso de poder no es una objeción seria para su atribución al Gobierno o a cualquier otro órgano, incluido el propio Ministerio fiscal entendido como organización independiente. Todos ellos pueden extralimitarse en el ejercicio de la atribución que se les reconoce. De otra parte, si el Gobierno es responsable de la paz y seguridad pública, necesariamente deberá estar dotado de las facultades oportunas, como ya se ha dicho. Es un contrasentido e, incluso, una arbitrariedad, exigir a alguien responsabilidad por algo que no depende de él.

c) *Garantías de este sistema*

Mas lo realmente importante es que la fórmula que se defiende es la que más garantías encierra y, desde luego, la que colma todas las exigencias del Estado de Derecho. Pues, al depender del Gobierno, todos los actos del Ministerio fiscal estarán sometidos a un doble control: por un lado, el control jurídico a través de los tribunales, control que no sólo se extiende a los actos procesales protagonizados por los fiscales, sino a los actos administrativos

---

<sup>44</sup> Esto es lo que imputa JIMÉNEZ VILLAREJO a las posturas autonomistas. Véase 1982, p. 82.

<sup>45</sup> Véase 1988, p. 65.

<sup>46</sup> Véase 1998, pp. 547 y 559.

<sup>47</sup> Véase 1999, p. 59.

internos de la organización, tales como nombramientos, ascensos, sanciones, etcétera<sup>48</sup>.

Junto a este control jurídico, el sistema gubernativo ofrece el control político protagonizado por el Parlamento. Al tratarse de un servicio administrativo, el Ministerio fiscal estará sometido a la vigilancia continua por las cámaras, propia del sistema parlamentario. Con ello, el peligro de abuso por el Gobierno se ve contrapesado por la obligación de este último de rendir cuentas continuamente ante la representación popular.

De este modo, cuando los actos del Gobierno sobre los fiscales aparezcan disciplinados en las leyes, no habrá nada que temer, pues los mismos podrán ser anulados por los tribunales de resultar contrarios a estas últimas. Cuando, por el contrario, se trate de facultades discrecionales, sometidas a consideraciones de oportunidad, el Parlamento podrá exigir cuentas por cuantas decisiones se adopten al amparo de las mismas. De este modo, el Gobierno tendrá que explicarse sobre cualquier exceso o defecto que se presente en su conducta respecto al Ministerio fiscal.

Este régimen que defendemos aporta lo que no hace ninguna de las alternativas examinadas: transparencia en la gestión, lo que previene no pocas extralimitaciones y abusos, y sanción política para los responsables, en el caso de que se aprecie que la gestión no ha respondido a las pautas que se estimen razonables. El sistema de independencia ofrece un Ministerio fiscal opaco y, por tanto, propenso al abuso y la corruptela y, probablemente, politizado, pues no es de esperar que las fuerzas políticas se queden cruzadas de brazos a la vista de un centro de poder tan significativo yendo por libre. El sistema legislativo evita la opacidad, pero al precio de crear una dualidad de políticas internas, posiblemente descoordinadas entre sí, y una dinámica asamblearia muy peligrosa para el Estado de Derecho y la democracia. Recuérdese: un Parlamento todopoderoso, que no sólo legisla y controla al Gobierno, sino que dirige por sí mismo servicios públicos, como el Ministerio fiscal, es un tipo de Parlamento que, por no respetar la división de funciones, devendría un elemento tan hegemónico que haría temer por la libertad y derechos de los ciudadanos.

Incluso la posible introducción en la Ley procesal penal del sistema llamado de oportunidad reglada, en cuya virtud los miembros del Ministerio fiscal dispondrían de un cierto margen de apreciación para determinar lo que debe ser perseguido y lo que podría ser relegado, refuerza la necesidad democrática de vigilar a esta organización. Pues no hay que engañarse: los miembros de la carrera fiscal y, en particular, sus jefes, están sujetos a error como cualquier sujeto y, son tan corruptibles como cualquier otro individuo o sector profesional. Por eso es imprescindible el mecanismo preventivo de la vigilancia y la

---

<sup>48</sup> Esto es ya una realidad, lo que vendría a confirmar el carácter gubernativo del Ministerio fiscal en nuestro sistema (bien que con elementos disonantes). En concreto, el artículo 67 de la Ley 50/1981 dispone *in fine*: «Las resoluciones del Fiscal General del Estado serán recurribles en alzada ante el Ministro de Justicia. Las resoluciones del Consejo Fiscal y del Ministro de Justicia serán susceptibles del recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo».

responsabilidad<sup>49</sup>. Si, como dijo Lord Acton, el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente, ha de perseguirse como mal menor lo primero. Y para ello no se ha descubierto mejor camino que la limitación y control del poder. La fórmula aquí defendida se inserta claramente en este contexto.

Se propugna por ello no otra cosa que la solución que estuvo vigente en España<sup>50</sup> y que lo sigue estando en muchas democracias<sup>51</sup>, donde la Fiscalía se integra administrativamente en el Ministerio de Justicia o donde incluso se confunde con este último, como ocurre en los EE.UU, punto éste que es reconocido incluso por sus detractores. Si la institución que comentamos se llama Ministerio fiscal o ministerio público es muy probablemente como resultado de su encaje histórico en la esfera gubernativa como un departamento ministerial más. Lo cual no quita que puedan reconocerse ciertas particularidades frente a los restantes ministerios y, en concreto, un cierto margen de autonomía funcional. Por un lado, es prácticamente imposible que el Gobierno pueda decidir y controlar todas las causas penales. Por otro, la profesionalidad de sus componentes y su sumisión al imperio de la ley permiten confiarles un cierto margen de decisión. Pero no cabe duda, a nuestro juicio, que las líneas generales de actuación así como la concreta postura en casos importantes pueden ser decididos por esa línea jerárquica que acaba en el Fiscal General y, por encima del mismo, en el Gobierno.

No muy distinto es lo que defiende DÍEZ-PICAZO. Según este autor, la existencia de un margen ineliminable de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal excluye un Ministerio fiscal irresponsable y no representativo. Por otro lado, un Ministerio fiscal independiente conduciría a una «difícilmente admisible confusión entre función acusatoria y función jurisdiccional». Por eso aboga por una independencia débil, en la que el Gobierno se haría responsable de los criterios generales de su actuación, pero debiendo abstenerse de interferir con sus decisiones en casos concretos<sup>52</sup>.

## VI. CONCLUSIÓN

Se impone, pues, en vez de dejarse deslumbrar por el brillo de lo aparentemente novedoso, reflexionar seriamente sobre esas fórmulas que algunos desechan precipitadamente por provenir del pasado, pero que curiosamente se

---

<sup>49</sup> Según LANZAROTE MARTÍNEZ (1998, pp. 1820-1824), es la desconfianza hacia el Ministerio fiscal lo que ha determinado en España la existencia de una institución contraproducente, como es la acción popular penal.

<sup>50</sup> Así, el artículo 841 de la LOPJ de 1870 disponía lo siguiente: «El fiscal del Tribunal Supremo será el Jefe del ministerio fiscal de toda la Monarquía, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia»

<sup>51</sup> En el caso de Francia, señala RASSAT que «a diferencia de otros magistrados, los funcionarios del ministerio público son funcional y estatutariamente subordinados al gobierno representado por el *Garde des Sceaux* (ministro de justicia). Y esta sumisión política se completa con una jerarquización del cuerpo. «Véase de esta autora 1996, p. 230 y s. y 1986, p. 41 y s.

<sup>52</sup> Véase 2000, pp. 174-176.

mantienen en muchos Estados reconocidos por la seriedad de sus gobernantes, el funcionamiento de sus instituciones y el respeto de las libertades.

La antigüedad de un sistema u organización no es necesariamente sinónima de su envejecimiento o defunción. Si así fuera, el Estado de Derecho y la democracia parlamentaria estarían hoy en el museo de la arqueología política, pues cuentan con más de dos siglos de vida. Por tanto, el hecho de que en el pasado el Ministerio fiscal fuese una organización enclavada en el poder ejecutivo no necesariamente significa que no deba serlo hoy día. Hay que examinar cuidadosamente sus fundamentos y optar por su abandono sólo cuando se compruebe su inadecuación a las necesidades actuales o, al menos, cuando aparezca una alternativa que la supere en ventajas o rebaje sus inconvenientes. Honestamente, no creemos que éste sea el caso.

Lo que debe hacerse, a nuestro modesto entender, es disipar las brumas en que actualmente aparece envuelto el Ministerio fiscal, especialmente por culpa de un puñado de artículos de corte corporativo que encierra la repetida Ley 50/1981<sup>53</sup>. El carácter gubernativo o ejecutivo del ministerio que nos ocupa debe reconocerse sin ambages. En el actual clima de confusión (pues la institución tiene rasgos de casi todas las concepciones) ha surgido la paradoja de acusar de proclividad gubernamental al Fiscal General del Estado, cuando en realidad esto no debía ser más que la constatación de una realidad impuesta por la Constitución y las leyes. Pues ese fiscal, en cuanto cabeza de toda la organización, debe seguir con mayor o menor autonomía la política que le marque el Gobierno, que para eso ha sido elegido en las urnas. Curiosamente, el Fiscal General ha sufrido un desgaste casi continuo, en el sentido de que sus sucesivos titulares han sido acusados políticamente de no otra cosa de lo que venía determinado por su estatuto y funciones (bien que con contradicciones). Y, de resultas suya, ha habido una sucesión de ceses y nombramientos superior al de otras esferas administrativas.

Probablemente, esto se ha producido por haber asumido con muy mala conciencia la idea de un Ministerio fiscal dirigido en última instancia por el Gobierno. Aunque su estatuto es básicamente concorde con su naturaleza ejecutiva, hay otros elementos disonantes que testimonian lo comentado: hubo que disfrazar esta condición gubernamental por medio de ciertas concesiones a las posturas independentistas, autonómicas o judiciales. Y son estos elementos, productos en sí mismos de una oscuridad sobre la posición del Gobierno en un Estado democrático, los que han propiciado la confusión reinante. No es casualidad que un régimen tan poco democrático como fue el franquismo jugase con la idea del independentismo, autonomismo o judicialismo de la Fiscalía. Allí se reguló al Ministerio fiscal dentro del título sobre la Justicia de la Ley Orgánica del Estado, de 1967. Y allí también (art. 35) se inició el equi-

---

<sup>53</sup> Tal sería el caso de los artículos 1.2 (que declara integrado al Ministerio fiscal en el poder judicial), 8 (que viene a situar al Gobierno en una posición de impotencia ante el mismo), y 27 (en cuanto difumina la idea de subordinación jerárquica interna), entre otros.

voco de designar al primero como «*órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales*». Las credenciales de estas tesis no pueden ser peores.

No nos confundamos en cuestiones capitales. El Gobierno en un sistema democrático y constitucional no tiene por qué ser un órgano débil y, menos, inerte ante ciertas situaciones. Al contrario, debe ser –si se quiere que cumpla sus importantes cometidos– un órgano fuerte, dotado de los instrumentos apropiados, como es el Ministerio fiscal con relación a la política de lucha contra el delito y la delincuencia. Lo que es esencial, pero muy distinto de lo anterior, es que se trate de un órgano limitado, con funciones claramente acotadas, y de un órgano controlado. Controlado por los tribunales independientes en el cumplimiento de la ley y controlado por el Parlamento en sus decisiones políticas. De tal modo que puedan declararse nulos los actos que lesionen la primera, y criticarse y hasta cesarse a los responsables de las segundas.

Por tan elemental razón resulta imprescindible la inclusión del Ministerio fiscal en el ámbito gubernamental: debe de haber alguien que se responsabilice ante la representación popular de todas las cuestiones políticas o discrecionales que afecten a esta organización funcional. La solución más factible es que el Ministro de Justicia recupere el estatuto que tuvo entre nosotros, de tal modo que el Fiscal General del Estado sea responsable ante el mismo, como él lo es ante el Parlamento. El Fiscal General del Estado aparecería entonces como un alto cargo gubernativo (acaso con rango de Secretario de Estado). Y entonces también él tendría todas las obligaciones que dimanaban del 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 demás concordantes de los reglamentos del Congreso y Senado. Bien es verdad que algo de esto ya se viene practicando al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 de la repetida Ley 50/1981 («*El Ministerio Fiscal colaborará con las Cortes Generales a requerimiento de éstas y siempre que no exista obstáculo legal, sin perjuicio de comparecer ante las mismas para informar de aquellos asuntos para los que especialmente fuera requerido. Las Cortes Generales se comunicarán con el Ministerio Fiscal a través de los Presidentes de las Cámaras*»). Mas, con la fórmula que aquí propugnamos, la supervisión sería regular y continúa, si no igual al menos sí parecida a la que puede afectar a cualquier servicio administrativo<sup>54</sup>. Entre otras cosas, el Parlamento podría exhortar a la sustitución del Ministro de Justicia o del propio Fiscal General del Estado cuando el funcionamiento no se adecuase a las pautas tenidas por convenientes.

---

<sup>54</sup> Esta supervisión ya se viene haciendo. Según los datos que hemos podido recopilar, desde la aprobación de la Constitución hasta diciembre de 2001, el Fiscal General del Estado habría comparecido en 20 ocasiones ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso (si bien en algunas de ellas para responder a dos o más iniciativas) y 3 veces ante la de Presupuestos y 1 ante la Comisión para el estudio del problema de las drogas. A lo anterior habría que añadir alguna comparecencia singular de miembros de la Secretaría Técnica. Estas cifras (no despreciables, aunque probablemente inferiores a las de los responsables de otros sectores orgánicos) vienen a confirmar cómo la dinámica constitucional lleva a la supervisión del servicio por el Parlamento. Lo que falta es acaso más regularidad y, sobre todo, coherencia con el resto de los departamentos ministeriales.

Lo cual no quita, evidentemente, que el Ministerio fiscal pueda gozar de un ámbito de autonomía importante, especialmente en los asuntos cotidianos. Pero la dependencia gubernativa última debe quedar asegurada. A la postre, lo que se requiere es que la orientación básica de esta organización y su actitud en los casos más importantes puedan ser decididas por alguien en condiciones de asumir la responsabilidad correspondiente.

Por razones parecidas somos partidarios de desarrollar coherentemente el principio de dependencia jerárquica que sienta el artículo 124. 2 de la Constitución. Acaso cierto deterioro de este mandato ha permitido a la opinión pública contemplar el poco edificante espectáculo de disputas entre sectores de fiscales en torno al tratamiento de ciertas causas o decisiones. No ayuda precisamente al prestigio de esta institución el hecho de que unos fiscales rebatan el criterio de otros o que los inferiores puedan llegar a criticar públicamente decisiones de sus superiores. Frente a esta situación, la dependencia jerárquica brinda el cauce para posibilitar una unidad de criterios en el ejercicio de las acciones penales y con ello asegurar la igualdad de todos ante la ley. No se trata de implantar un régimen de «orden y mando», sino el mínimo de autoridad que permita que el Ministerio fiscal trabaje como una organización cohesionada y funcional. Pues no se olvide que la misma no se debe al interés de sus miembros, sino al general de todos los ciudadanos.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Niceto, 1929: «Lo que debe ser el ministerio público» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.
- APARICIO CALVO-RUBIO, José, 1983: «El ministerio fiscal en la Constitución» en *El poder judicial*, I, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto Estudios Fiscales, Madrid.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst W., 2000: «La democracia como principio constitucional» en la obra del mismo autor *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, 1998: «El ministerio fiscal» en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. IX dirección de O. Alzaga, Edersa-Cortes Generales, Madrid.
- CONDE-PUMPIDO, Cándido, 1999: *El ministerio fiscal*, Aranzadi, Pamplona.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, 1991: *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, 2000: *El poder de acusar. Ministerio fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, 1969: «La reorganización del Ministerio fiscal español», en la obra del mismo autor *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid.
- FLORES PRADA, Ignacio, 1999: *El ministerio fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- GARCÍA MORILLO, Joaquín, 1996: *La democracia en España*, Alianza Ed., Madrid.
- GIL-ALBERT, José María, 1983: «El ministerio fiscal, defensor de la Constitución» en López Pina (ed.) *La constitución de la monarquía parlamentaria*, FCE, México.
- GIMENO SENDRA, Vicente, 1988: *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid.
- GRANADOS, Carlos, 1995: *El ministerio fiscal y sus relaciones con los demás poderes del Estado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo.
- GUASP, Jaime, 1971: *Derecho procesal civil*, Instituto Estudios Políticos, Madrid.
- HAMILTON, Alexander, 1982: *The Federalist Papers*, Bantam books.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, José, 1982: «El ministerio fiscal, dentro del poder judicial (notas para el planteamiento de unas relaciones)» en *Poder Judicial* n.º 3.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, 1983: «Relevancia constitucional del ministerio fiscal» en *El poder judicial*, editado por la Dirección General de lo Contencioso del Estado y el IEF, Madrid, II.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo A., 1998: La acusación penal: ¿ejercicio de soberanía? Ministerio fiscal versus acción popular» en *La Ley* n.º 4463 de 22 de enero.
- LOEWENSTEIN, Karl, 1976: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, 1996: *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid.
- LORENTE HURTADO, Fernando, 1980: *Estatuto del Ministerio Fiscal*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel, 1992: *El ministerio fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, 1999: *Aspectos constitucionales del ministerio fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ GORDO, Alfonso, 1983: «Naturaleza y funciones del ministerio fiscal en la Constitución y en su estatuto orgánico de 1981» en *Revista Jurídica de Catalunya* n.º 2.
- PRIETO CASTRO, Leonardo, 1977: «El ministerio fiscal en Europa», en *Revista de derecho procesal iberoamericano*, n.º 1.
- RASSAT, Michèle L. 1986: *Droit pénal et procédure pénale*, PUF, París.
- RASSAT, Michèle L. 1996: *Institutions judiciaires*, PUF, París.
- SAINZ MORENO, Fernando, 1985: «El ministerio fiscal y la defensa de la legalidad» en *Revista de Administración Pública*, n.º 108.
- SANTAOLALLA, Fernando, 2001-2002: «Consideraciones constitucionales sobre el llamado autogobierno judicial» en número 8/9 de *Teoría y Práctica Constitucional*.
- VOLFF, Jean, 1998: *Le ministère public*, PUF, París.