

Gobierno, Administración de Justicia y Ministerio Fiscal¹

Fernando Rey Martínez
*Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.—II. ¿DEPENDE EL MINISTERIO FISCAL DEL GOBIERNO?—III. ¿DEBERÍA DEPENDER, O VINCULARSE DE ALGÚN MODO, EL MINISTERIO FISCAL AL GOBIERNO?: 1.º *En el ejercicio de la acción penal el Ministerio Fiscal dispondría de un amplio margen de discrecionalidad.* 2.º *El Ministerio Fiscal no está sometido en la actualidad a control parlamentario.* 3.º *Debe ser el Gobierno quien dirija la política criminal a través de, entre otros instrumentos, el Ministerio Fiscal.*—IV. CONCLUSIONES: MÁS AUTONOMÍA, COMPATIBLE CON MEJORES CANALES DE COLABORACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL CON EL GOBIERNO Y MAYOR CONTROL PARLAMENTARIO.

I. INTRODUCCIÓN: GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El hecho luminoso de que en un Estado de Derecho como el nuestro, en el que rige el principio de la división de poderes, la justicia se administre exclusivamente por jueces y magistrados integrantes del poder judicial (art. 117.1 CE) suele dejar muy a menudo en la penumbra que el Gobierno ostenta importantes competencias respecto de la administración de justicia. Inicialmente, es preciso llamar la atención, por lo tanto, sobre la conocida y capital diferenciación² entre «administración de justicia» en sentido estricto, o «potes-

¹ Varios profesores leyeron el borrador de este estudio y formularon valiosas observaciones: los penalistas Ricardo Mata Martín y Manuel Gómez Tomillo, el procesalista Nicolás Cabezudo Rodríguez y los constitucionales Luis Delgado del Rincón y José Miguel Vidal Zapatero. El Fiscal Jefe de Valladolid, Luis María Delgado, atendió puntualmente mis demandas de información. A todos ellos deseo agradecer públicamente su dedicación.

² Establecida inicialmente por el Tribunal Constitucional (SSTC 56 y 62/1990, de 29 y 30 de marzo) como criterio para distribuir las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de «administración de justicia» (art. 149.1.5 CE).

tad jurisdiccional», cuyo ejercicio, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», «corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes» (art. 117.3 CE) y «administración de justicia» en sentido amplio, que el Tribunal Constitucional ha descrito, en la STC 56/1990, de 29 de marzo (f. jco. 4.º), como «todo lo relacionado con los medios personales y materiales que sirven de ayuda o auxilio para el ejercicio de la función jurisdiccional pero que no forma parte de ese núcleo irreductible». La Constitución emplea la expresión «administración de justicia» en los dos sentidos según los casos³. En orden a evitar esta confusión, para aludir a la organización de la potestad jurisdiccional y no a ésta en sí ha encontrado fortuna la gráfica fórmula, acuñada también por el Tribunal Constitucional en la STC 56/1990 (f. jco. 6.º), de «administración de la administración de justicia», materia sobre la que actualmente son competentes en España el Gobierno central⁴ y los Gobiernos autonómicos que la hayan asumido⁵, el Consejo General del Poder Judicial, los órganos de gobierno del Poder Judicial (Decanatos, Juntas de Jueces y Salas de Gobierno) e incluso las autoridades municipales en lo que atañe a los Juzgados de Paz en localidades de menos de 7.000 habitantes. El *Libro Blanco de la Justicia*⁶ destaca algunos de los «considerables problemas» que provoca este «abigarramiento de instancias» que es «resultado de un prolongado proceso de acumulación de normas y directrices que no ha sido (o no ha podido ser) objeto de una ordenación sistemática que clarificase el reparto competencial», y llega a describir la situación como de «cierta esquizofrenia de gestión y decisión»⁷.

Pero, en cualquier caso, el dato que interesa ahora observar es que esta distinción entre «potestad jurisdiccional», como ese «núcleo inaccesible del poder

³ En el sentido de medios personales se emplea, por ejemplo, en el art. 122.1 CE cuando se remite a la ley orgánica «el estatuto del personal al servicio de la Administración de Justicia» y como equivalente a potestad jurisdiccional en el art. 149.1.5 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la «Administración de Justicia» (así como sobre el gobierno de ese poder judicial, que corresponde también a un órgano estatal, el Consejo General del Poder Judicial –art. 122.2 CE–), o el art. 125 CE, que otorga a los ciudadanos la posibilidad de «participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado» (posibilidad, por cierto, que, a mi juicio, no constituye un derecho fundamental: ver J. M. VIDAL ZAPATERO y Fernando REY MARTÍNEZ: «La Constitución y el Legislador del Jurado», *Abogados de Valladolid. Revista del Colegio de Abogados de Valladolid*, diciembre 1995, n.º 14, pp. 19-23).

⁴ Art. 37.1 LOPJ: Corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, proveer a los juzgados y Tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función con independencia y eficacia.

⁵ Art. 37.3 LOPJ: «Podrá atribuirse a las Comunidades Autónomas la gestión de todo tipo de recursos, cualquiera que sea su consideración presupuestaria, correspondientes a las competencias atribuidas al Gobierno en el apartado 1 de este artículo, cuando los respectivos Estatutos de Autonomía les faculten en esta materia». Como observa P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA («El Poder Judicial y la Administración de Justicia, *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, Madrid, 1998, p. 713), «varias Comunidades han asumido ya y ejercen las atribuciones correspondientes y todo apunta a una generalización de esta transferencia, de manera que, al cabo de no demasiado tiempo, serán ellas las que gestionen estas materias, reduciéndose, en consecuencia, la intervención del Ministerio de Justicia, es decir, del Gobierno central, solamente a las infraestructuras propias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, únicos órganos con jurisdicción en toda España».

⁶ Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 311-324.

⁷ Haciendo suya la expresión del documento remitido por la Junta de Andalucía como respuesta remitida al cuestionario remitido por el Consejo (p. 312). Entre los «inconvenientes que resultan de la presente situación», el Consejo resalta «la imprecisión en el reparto competencial» respecto del personal no judicial y del régimen de medios materiales y organización de servicios, «disfunciones en la gestión», «dilaciones e ineficacia», etc.

judicial» (STC 56/1990), que es competencia exclusiva del Estado y se atribuye a jueces y magistrados, y «administración de justicia», en el sentido de organización encomendada en gran medida al Ejecutivo (estatal o autonómico), con ser capital, no es tan tajante como a primera vista pudiera parecer. Y no lo es, al menos, por cuatro razones. En primer lugar, porque la configuración «gubernamental» de la «administración de la administración de justicia» puede incidir indirectamente sobre la eficacia e incluso la independencia del poder judicial. Así, el Ejecutivo estatal, o los autonómicos, deciden sobre una cuestión central en materia de «administración de justicia» cual es la propuesta anual de presupuesto, que aprobará la cámara legislativa respectiva, correspondiendo tan sólo al Consejo General del Poder Judicial la remisión anual al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, de «una relación circunstanciada de las necesidades que estime existentes» (art. 37.2 LOPJ). De manera que, como recuerda Luis LÓPEZ GUERRA⁸, «la política presupuestaria implica un condicionamiento, y también un fomento, de las prestaciones de la Administración de Justicia». Éste es un hecho incontestable. Recuérdese, si no, el impresionante atasco de asuntos en la jurisdicción contencioso-administrativa originado por la falta de voluntad política, durante más de una década, de poner en marcha los Juzgados unipersonales de lo contencioso previstos en los artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, incumpliendo la nítida obligación impuesta por la disposición adicional primera de dicha Ley⁹, un fenómeno que, entre otras razones, seguramente podría explicarse por la resistencia de la Administración a facilitar su propio control jurisdiccional. La política presupuestaria y de organización de Tribunales no afecta a la independencia judicial, pero sí impacta sobre la arquitectura en la que se desenvuelve la actividad jurisdiccional y por ello mismo, indirectamente, sobre el derecho del justiciable a un proceso justo y sin dilaciones indebidas. Joaquín GARCÍA MORILLO sostuvo en su momento que «la administración de justicia como actividad prestacional se incardina en la responsabilidad que corresponde al ejecutivo por el funcionamiento de los servicios públicos en general»¹⁰. Aunque discrepo con el recordado profesor sobre la consideración de la administración de justicia como servicio público¹¹, coincido, sin embargo, con su énfasis en la responsabilidad

⁸ «La posición del Gobierno en la Constitución española», *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, Madrid, 1998, p. 361.

⁹ «En el plazo de un año, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de ley... del proceso contencioso-administrativo». Los Juzgados unipersonales de lo Contencioso se han puesto, finalmente, en funcionamiento como consecuencia de la aplicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya disposición final segunda ordena al Gobierno «elaborar los programas necesarios para la instauración de los órganos unipersonales de lo contencioso-administrativo entre 1998 y 2000».

¹⁰ *Derecho Constitucional* (L. LÓPEZ GUERRA y otros), vol. II, 4.ª ed., Madrid, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 218.

¹¹ También para Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR (*La justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 159) la justicia es «un servicio público». Coincido más bien con quienes opinan lo contrario, entre otros, Montserrat de HOYOS SANCHO, «Nuevo diseño de la secretaría judicial y agilización de la justicia», *Revista del Poder Judicial*, n.º 50, 1998, pp. 18-22. Y ello a pesar de que en el *Libro Blanco de la Justicia* se alude constantemente al «servicio público de la justicia». Pero, como señala Montserrat de

del Ejecutivo en este ámbito verdaderamente medular de un Estado de Derecho que también es un Estado «social y democrático». En este mismo sentido, otro ejemplo, proporcionado por el *Libro Blanco de la Justicia*¹², de cómo «en ocasiones la actual estructura competencial pudiera, siquiera en forma indirecta, atentar al mismo principio de separación o división de poderes, garantía de la independencia judicial», se produce en los casos en que los órganos del Poder Judicial actúan como órganos gubernativos en relación con personal no judicial, ya que sus decisiones quedan sometidas a recursos antes órganos del Poder Ejecutivo (el Ministerio de Justicia o los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas) y, eventualmente, a revocación por parte de éstos (art. 464.3 LOPJ)¹³.

En segundo lugar, es preciso recordar que la potestad de dirección y coordinación política que corresponde al Gobierno *ex artículo 97 CE* se manifiesta respecto del resto de poderes del Estado (no sólo, pues, en relación con el legislativo), y por ello también, aunque con «menor intensidad» respecto del judicial y del Tribunal Constitucional¹⁴. De ahí la potestad gubernamental de iniciativa presupuestaria, ya mencionada, la de propuesta de nombramientos de altos cargos (dos Magistrados del Tribunal Constitucional, el Fiscal General del Estado) o la legitimación del Presidente del Gobierno para la interposición de recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia e impugnaciones frente a disposiciones de las Comunidades Autónomas. Éstas son importantes competencias del Gobierno respecto de la administración de justicia a las que, sin embargo, no se suele conceder doctrinalmente mayor atención que su rutinaria y sintética alusión en el capítulo típico de manual sobre «las funciones del Gobierno».

HOYOS, la jurisdicción es una función pública, como la legislativa o la ejecutiva, y no un servicio público; éstos los presta la administración y aquella un poder autónomo del Estado; lo característico de un servicio público es que la corrección con que se presta puede ser fiscalizada por la administración, puede ser objeto de gestión indirecta por los particulares, no es una actividad esencial del Estado, sino de mera utilidad (aunque se estime indispensable para la vida de la sociedad) y no se puede imponer al usuario su utilización, rasgos todos ellos que no se cumplen, sino todo lo contrario, respecto de la administración de justicia. Y es que, como inteligentemente observa Montserrat de HOYOS, el empleo de la expresión «servicio público de la justicia» no expresa tan sólo «una utilización no rigurosa de la categoría jurídica», sino que conlleva «numerosos riesgos que pueden hacer peligrar el Estado de Derecho», pues «la potestad jurisdiccional, desde su concepción liberal, no es, ni podrá ser nunca, una parte de la Administración pública, como no lo es el poder legislativo; no estamos pues ante un servicio que el ejecutivo presta a la sociedad, aunque sean sin duda servidores públicos todos los que la ostentan y los que ayudan a hacer posible su desarrollo» (p. 22).

¹² *Ob. cit.*, p. 316.

¹³ Ello supone que «habida cuenta de que las facultades de gobierno de órganos judiciales se producen con referencia a actuaciones dentro de las funciones propias de la Administración de Justicia y respecto de conductas del personal de esa Administración en el ejercicio de dichas funciones, se abre una vía para la injerencia del Ejecutivo en la actuación judicial; ciertamente, no de tipo directo (puesto que no incide en la resolución de cada Juez o Tribunal sobre materias sometidas a su jurisdicción), pero sí claramente de naturaleza indirecta y de carácter condicionante o incluso presionante. El control por parte del Ejecutivo de decisiones de órganos judiciales en materia de gobierno del personal no judicial supone, en efecto, no sólo la disponibilidad última del poder Ejecutivo con respecto a funciones dentro de la Administración de Justicia, sino también una evaluación y juicio de la conducta de órganos judiciales en su aplicación de la legalidad, siquiera sea en sede administrativa» (*Libro Blanco...*, *ibidem*, p. 316).

¹⁴ L. LÓPEZ GUERRA, «La posición...», *ob. cit.*, pp. 360 s.

En tercer término, habría que mencionar aquella excepción al monopolio jurisdiccional del Poder Judicial en que consiste el derecho de gracia¹⁵, que la Constitución otorga al Rey (art. 62 i), pero cuyo ejercicio efectivo corresponde al Gobierno, quien ni siquiera está obligado a motivar la concesión del indulto¹⁶. El derecho de gracia tiene, a mi juicio, naturaleza jurisdiccional, por lo que la concesión de su ejercicio al Gobierno, justificada tradicionalmente en evanescentes razones de equidad¹⁷, constituye un auténtico fósil jurídico de origen muy anterior y de fundamentación en principio extraña a las reglas de un Estado de Derecho¹⁸. De hecho, ¿bajo qué epígrafe del capítulo constitucional de funciones y competencias del Gobierno podría incluirse el derecho de gracia? En mi opinión, la justificación más solvente para que el Gobierno disponga del ejercicio del derecho de gracia no es la de impartir la justicia del Cadí, esto es, la tentación de hacer justicia en el caso concreto sino, precisamente, la de la dirección de la política criminal que se deriva implícitamente, a su vez, de la dirección de la política que el artículo 97 CE atribuye al Gobierno. El concepto de política criminal y la determinación de la responsabilidad que corresponde al Gobierno en su concreción pasan a ser, por consiguiente, conceptos centrales en el capítulo de la participación de aquel órgano en la administración de justicia en sentido estricto. Hasta ahora, sin embargo, la literatura se ha referido a la idea de política criminal relativamente poco, como tendremos ocasión de comprobar, y sólo respecto de las relaciones entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal, relaciones, por cierto, que constituyen el cuarto y último aspecto de la participación del Gobierno en la administración de justicia sobre el que desearía particularmente llamar la atención en este estudio. Y tal déficit de atención doctrinal quizás pudiera explicarse porque dicha participación es un hecho inquietante que desafía en alguna medida el entendimiento ordinario del principio de la división de poderes. La idea de que el Gobierno no toma parte en el proceso de la administración de justicia no se

¹⁵ Reciente y rigurosamente estudiado por César AGUADO RENEDO: *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, Madrid, 2001.

¹⁶ Comparto sin reservas la argumentación de César AGUADO RENEDO que le lleva a concluir, como una de las tesis más importantes y valiosas de su estudio, la necesidad de motivación del indulto: éste «no es un acto arbitrario ni un acto político... sino un acto discrecional» (p. 212), que, como tal, no es fiscalizable en su contenido, pero sí «resulta controlable el proceso que ha llevado hasta él, o sea, su fundamentación, las razones de su adopción... en definitiva, utilizando el término jurídico preciso, su motivación» (p. 213).

¹⁷ La equidad debería ser siempre el resultado de la función judicial de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico. En caso contrario, o hay un deficiente sistema normativo o hay una deficiente aplicación judicial del derecho o ambas cosas a la vez. La gracia no es una «cláusula de cierre del sistema del Estado de Derecho», sino, al contrario, una tolerada «cláusula de apertura e incluso de fuga» de ese mismo sistema. En este punto la aceptación que el profesor César AGUADO hace de la institución (que basa en gran medida, con realismo, en el arraigo histórico y comparado de la institución) es más generosa que la mía, aunque sea partidario, por supuesto, de su interpretación restrictiva y de sujetarla a mayores controles.

¹⁸ Como bellamente dijera una cincasta hindú, S. Nair, de su país, también de las instituciones políticas podría decirse, a veces, que «los siglos no se suceden, sino que se amontonan». En el Estado de Derecho que surge de las revoluciones liberales a finales del siglo XVIII y se consolida frente a los intentos de involución conservadora y de revolución desde la izquierda, perviven diversos «fósiles» pre-ilustrados que se han ido adaptando, con mayor o menor fortuna, al nuevo régimen constitucional. Es el caso del indulto, desde luego, pero también de la monarquía o de la tradición de las segundas cámaras como instancia «moderadora» de las cámaras bajas.

compadece, sin embargo, con la realidad. Por supuesto, el Gobierno en España no suplanta al Juez, ni molesta su independencia, pero la administración de justicia no se agota en la libre decisión de los órganos del poder judicial, sino que se ve conformada por otros elementos decisivos como son su organización legal, su suficiente o insuficiente dotación de recursos y personas, la configuración del «gobierno» del Poder Judicial a través del Consejo General del Poder Judicial y sus relaciones con el Ministerio de Justicia, etc. Y, sobre todo, la participación del Gobierno en la administración de justicia tiene lugar precisamente en dos ámbitos: (1.º) el penal, lo que no es casual dado que la justicia criminal constituye una de las funciones públicas de mayor y más importante impacto social y refleja, como un «termómetro», según la conocida metáfora de J. GOLDSCHMIDT, la temperatura del sistema político, el punto de equilibrio entre el poder y la libertad individual, y (2.º) el penitenciario, que gravita sobre la idea de «tratamiento»¹⁹, y que es competencia de la Administración, correspondiendo al Juez de Vigilancia Penitenciaria el control del marco legal²⁰. Concretamente, el Gobierno interviene, o puede intervenir, en la configuración de la acción penal a través del Ministerio Fiscal; en la ya aludida política de indultos²¹, a través de los cuales puede «beneficiar discrecionalmente a los individuos respecto de las consecuencias desfavorables que les acarrea la aplicación (judicial) de normas jurídicas»²²; y en la política penitenciaria, con sus dos herramientas principales: la clasificación en grados y la decisión sobre traslados, que tan importante ha llegado a ser en la lucha antiterrorista²³.

Por supuesto, todavía hay menos respuestas doctrinales a la pregunta global de por qué el Gobierno dispone de tales posibilidades de actuación y cuál es su título jurídico-constitucional habilitante. Como he sugerido antes, entiendo que es precisamente el concepto «política criminal» el que faculta y, al mismo tiempo, limita, al objetivar una finalidad de la actuación del Ejecutivo que deberá ser motivadamente justificada en cada caso, la intervención del Gobierno sobre la administración de justicia en sentido estricto²⁴. El problema

¹⁹ Definido por el art. 59 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, como «el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados». El tratamiento pretende «hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades».

²⁰ Ricardo MATA («Consideraciones sobre del Juez de Vigilancia Penitenciaria», obra en prensa, cedida amablemente por su autor) alude, no obstante, a zonas de «incertidumbre y oscuridad» entre las competencias del Juez de Vigilancia penitenciaria y la Administración en nuestro Derecho.

²¹ Con el ejemplo más llamativo del indulto simultáneo a 1.443 personas del Consejo de Ministros de 1 de diciembre de 2000, entre ellos el polémico del juez Gómez de Liaño.

²² Así define el derecho de gracia César AGUADO (*ob. cit.*, p. 44).

²³ El art. 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria atribuye a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las instituciones que se regulan en dicha Ley. El art. 9.1 del R.D. 1499/2000, de 28 de julio, de estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, establece, en este sentido, que a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias corresponde, entre otras funciones, «la observación, tratamiento y clasificación de los internos y la adopción de resoluciones sobre sus peticiones y reclamaciones en materia penitenciaria» y «la organización y gestión de las instituciones penitenciarias en lo relativo al régimen penitenciario».

²⁴ Y por ello debiera condicionarse, por ejemplo, el indulto particular a líneas generales de política criminal previamente establecidas por el Gobierno y conocidas por todos.

es que en nuestro ordenamiento existe una *cripto-política criminal*, una política que pese a desarrollarse en el plano de los hechos no se formaliza por temor a «politizar» la justicia. Pero en la práctica se produce justamente el efecto contrario: al no existir cauces de relación formales (o ser insuficientes, etc.), crecen los informales, que no son transparentes, y se daña gravemente la imagen de la justicia. El caso de las relaciones entre Gobierno y Ministerio Fiscal, en cuanto acusador público²⁵, es un buen banco de pruebas de esta afirmación y a él vamos a dedicar el análisis.

II. ¿DEPENDEN EL MINISTERIO FISCAL DEL GOBIERNO?

La sospecha de la subordinación del Fiscal General del Estado (y, a partir de él, de todo el ministerio fiscal, dados los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica —art. 122.2 CE—) hacia el Gobierno, que es quien propone su nombramiento al Rey, oído el Consejo General del Poder Judicial²⁶ (art. 124.4 CE), entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión²⁷ (art. 29.1 EOMF), se plantea de modo recurrente y bajo diversas formas en el debate político y en los medios de comunicación, cuando no, incluso, por las propias asociaciones de fiscales²⁸. Ahí están, entre otros muchos ejemplos próximos en el tiempo, los denominados casos «Piqué»²⁹ (que ha llegado a suscitar una reprobación al

²⁵ Pues, como indica L. M.^a DÍEZ-PICAZO (*El poder de acusar. Ministerio fiscal y constitucionalismo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, p. 172), en el debate sobre la problemática relación del Gobierno con el ministerio público, «las atribuciones extrapenales del Ministerio Fiscal son irrelevantes».

²⁶ En la conocida Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de junio de 1994 (RJ 1994\5050), que resuelve el recurso contra el nombramiento de un determinado Fiscal General del Estado, D. Eligio Hernández, por no cumplir el requisito de los quince años de ejercicio efectivo, el Tribunal Supremo precisó en relación con este trámite que «la respuesta del Consejo General del Poder Judicial puede centrarse sólo en los requisitos de legalidad exigibles al Fiscal General del Estado propuesto por el Gobierno, pero también es posible que se extienda a razones de pura oportunidad, porque no tiene funciones jurisdiccionales, sino «de gobierno». Ahora bien, cualquiera que sea el contenido material (de legalidad u oportunidad) que el Consejo General del Poder Judicial estime conveniente dar a la respuesta a la audiencia en cada caso concreto, es preciso que su conclusión exprese las razones en que se funda, porque, al no ser vinculante para el Gobierno, su eficacia y valor depende del grado de convicción que alcancen sus razonamientos en orden a influir en la libre decisión gubernamental».

²⁷ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994, antes citada, el Supremo estimó que los años que tal persona ocupó el cargo de Gobernador Civil de Las Palmas y Delegado del Gobierno en Canarias no pueden computarse como ejercicio efectivo de profesión jurídica «desde el momento en que ni siquiera la licenciatuara de Derecho es precisa para desempeñar el cargo».

²⁸ Tanto la Unión Progresista de Fiscales como la Asociación de Fiscales postulan una reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que refuerce su independencia e imparcialidad respecto del Ejecutivo y una mayor vinculación del Fiscal General del Estado a las decisiones del Consejo Fiscal y a la Junta de Fiscales de Sala. Ambas asociaciones de Fiscales postulan una limitación temporal del mandato del Fiscal General del Estado, que se tasen las causas de su cese y se refuercen las funciones del Consejo Fiscal.

²⁹ En este asunto, el Fiscal General del Estado ha realizado varias acciones que han levantado polémica: (1.º) ha sostenido que no procede pedir al Tribunal Supremo la imputación del Ministro de Asuntos Exteriores, Josep Piqué (sino que simplemente basta, por ahora, que declare como testigo ante la Audiencia Nacional), de los delitos de alzamiento de bienes, apropiación indebida y fraude fiscal, por la venta ilegal de la petrolera Ertoil en la época en la que fue alto directivo y consejero de la empresa Ercros (dueña de Ertoil hasta que ésta fue transmitida a Elf en 1991 a través de la empresa «pantalla» luxemburguesa *General Medi-*

Fiscal General del Estado por parte del Consejo Fiscal³⁰) y «Formentera»³¹, la apertura de diligencias informativas por parte del Fiscal General de Estado al Fiscal Jefe Anticorrupción³², la remoción del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional José Aranda y el nombramiento de Eduardo Fungairiño en contra de la voluntad unánime del Consejo Fiscal, decisión que ha sido calificada por la Unión Progresista de Fiscales como «la mayor agresión al modelo del Fiscal Constitucional diseñado por la Constitución y el Estatuto, limitando grave-

terranean Holding); (2.ª) ha apartado del caso al fiscal que lo estaba llevando y que era partidario de la imputación del ministro, e incluso lo ha trasladado forzosamente a otra Sección de la Fiscalía de lo Penal del Tribunal Supremo; (3.ª) ha prohibido a la Fiscalía Anticorrupción que investigue al ministro Piqué sin su permiso expreso. La Junta de Fiscales de Sala coincidió con la tesis del Fiscal General del Estado mientras que la Junta de Fiscales de lo Penal del Tribunal Supremo avaló la posición contraria. C. Castresana, de la Fiscalía Anticorrupción, ha propuesto, por el contrario, que el Fiscal General del Estado se abstenga en los asuntos judiciales que afecten a personas aforadas, como ocurre precisamente en este caso, ya que tiene interés en la causa (al ser nombrado por el Consejo de Ministros del que Piqué forma parte) por lo que se ve afectada su imparcialidad objetiva (y como era también previsible, el portavoz de la Asociación de Fiscales rechazó esta argumentación –ver *El País*, 23 de junio de 2001–).

³⁰ Con fecha 13 de abril de 2001, aunque no por el fondo del asunto –es decir, el hecho de impedir que se abra una investigación contra el Ministro de Asuntos Exteriores–, sino por la forma en la que el Fiscal General había abordado el asunto, concretamente por haber apartado al fiscal del caso y haber elaborado un informe con criterios radicalmente diferentes sin una consulta previa a la Junta de Fiscales de Sala, órgano de asistencia en materia doctrinal y técnica del Fiscal General e integrada, bajo su Presidencia, por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, los Fiscales de Sala, el Inspector Fiscal, Fiscal de la Audiencia Nacional y el Fiscal de la Secretaría Técnica, que actuará como Secretario (art. 14.2 EOMF).

³¹ Que afecta al Ministro de Medio Ambiente y ex Presidente del Gobierno balcar, Jaime Matas, en una posible operación de captación de votos de 74 emigrantes baleares en Argentina para el Partido Popular con cargo a los fondos de la Comunidad Autónoma en las elecciones autonómicas del año 1999. Se está investigando si varios dirigentes del PP balcar (entre ellos Matas) contrataron a varias personas para manipular e incluso comprar el voto de emigrantes españoles en Argentina. Las votaciones entre las listas de Formentera tienen una gran importancia estratégica electoral en la composición del Parlamento balcar y se dirimen por relativamente pocos votos (hay unos 6.000 insulares inscritos). En este caso, destapado por el fuerte incremento de votos de emigrantes de familias «desconocidas» que fueron a parar, en un 90%, para el PP, el Fiscal General del Estado ha recomendado al Fiscal Jefe de Baleares que antes de instar la citación del ministro en calidad de imputado agote otras vías de investigación que aporten indicios de «cierta solidez probatoria» de la comisión de los supuestos delitos electorales, de falsedad documental y de malversación de caudales públicos, en los que asentar la inhibición del juzgado de instrucción balcar en favor del Tribunal Supremo.

³² Con motivo de ciertas afirmaciones contenidas en la *Memoria* anual de 1999, tales como que el Fiscal General del Estado todavía no puede actuar con plena independencia respecto del Gobierno, a pesar de que la Constitución y su Estatuto Orgánico establecen que sólo está obligado a defender la legalidad sometido al principio de imparcialidad, o que se está instaurando un modelo de Ministerio Fiscal que «restringe los principios democráticos» ya que intenta intensificar el control del Fiscal General del Estado respecto de la Fiscalía Anticorrupción cuando ésta interviene en asuntos que afectan a los poderes públicos o a la delincuencia económica. En el debate mediático, es corriente adscribir al actual Fiscal General del Estado, Jesús Cardenal, al bando del Gobierno popular (de «Defensor del Gobierno» le ha calificado el PSOE) y al Fiscal Anticorrupción, Carlos Villarejo, en la órbita del PSOE (pues fue nombrado gobernando el PSOE –y de él también se recuerda, por ejemplo en un editorial del periódico *El Mundo* de 5 de julio de 2001, que coincidió, desde su cargo en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, con las tesis defendidas por el Gobierno socialista de la época sobre el caso «Segundo Marcy», la no demostrada culpabilidad de Barrionuevo y Vera–). La Asociación de Fiscales, mayoritaria y que suele calificarse de «conservadora», a menudo defiende las posiciones del Fiscal General del Estado (últimamente, por ejemplo, lo ha hecho respecto de la instrucción del Fiscal General de promover la expulsión de los inmigrantes que hayan cometido delitos), mientras que la Unión Progresista de Fiscales ha solicitado reiteradamente el cese del actual Fiscal General del Estado y apoya las tesis del Fiscal Anticorrupción. En síntesis: actualmente hay una profunda división partidista en el seno del Ministerio Fiscal español que en nada contribuye al prestigio, la estabilidad y la confianza social y política en la institución. Este escenario explica, en gran parte, el enconamiento de posturas políticas, periodísticas, y doctrinales! en torno a la posición institucional del Ministerio Fiscal.

mente las competencias del Consejo Fiscal»³³, y que incluso motivó la interposición de un recurso de dicha asociación de fiscales que fue desestimado por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 21 de marzo de 2000 (RJ 2000\3502)³⁴.

El propio Consejo de Europa, a través del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO)³⁵, en su Informe de Evaluación sobre España, aprobado en Estrasburgo el 11 de junio de 2001, ha concluido, en su párrafo 139, que el ministerio público tiene un grado de independencia menor que el poder judicial respecto del Gobierno ya que el Fiscal General del Estado es elegido y puede ser cesado por él y que el Fiscal General tiene autoridad para dar instrucciones al fiscal de un caso concreto, así como porque el presupuesto de la fiscalía depende fundamentalmente del Ministerio de Justicia. Y, en consecuencia, recomienda a España que, antes de 31 de diciembre de 2002, «garantice que la naturaleza y objetivo de los poderes del Gobierno en relación con el Ministerio Fiscal se establezca por ley y se ejerzan de una manera transparente y de acuerdo con los tratados internacionales, la legislación nacional y los principios generales del Derecho», y también que «las instrucciones de naturaleza general se hagan públicas por escrito y que las instrucciones de acusación en un caso determinado estén rodeadas de adecuadas garantías de transparencia y equidad» (párrafo 140 iv).

Por supuesto, en el contexto de la creciente preocupación social por el fenómeno de la corrupción política, el malestar se manifiesta principal, si no exclusivamente, en los casos que Luis María Díez-PICAZO ha definido como de «criminalidad gubernativa»³⁶, es decir, en aquellos supuestos «de hechos delictivos cometidos por cargos políticos o altos funcionarios». Aquí se produce, como hemos tenido ocasión de recordar con los casos «Piqué» o «Formentera», un claro «conflicto de intereses» y «se recrudece el riesgo de utilización partidista»³⁷. Ahora bien, aquel malestar presupone, a su vez, tres ideas cuya

³³ Revista de la UPF: <http://www.upfiscales.com/revista>.

³⁴ El Supremo consideró, a la vista del art. 13.1 EOMF, que el Informe del Consejo Fiscal no es vinculante (salvo cuando se trate de traslado forzoso o de separación del servicio).

³⁵ En su XIX Conferencia (La Valetta, 1994), los Ministros europeos de Justicia consideraron que la corrupción era una amenaza seria de la democracia y los derechos humanos y que el Consejo de Europa debería articular una respuesta, creando un Grupo Multidisciplinar sobre la Corrupción para elaborar el borrador de un programa internacional de acción contra la corrupción. En su sesión 101, de 6 de noviembre de 1997, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Resolución (97) 24 conteniendo veinte principios fundamentales para luchar contra la corrupción y dio instrucciones al Grupo Multidisciplinar para que diseñara un procedimiento eficaz para evaluar el cumplimiento de los principios aludidos. Siguiendo tales instrucciones, el Grupo Multidisciplinar en su XIII reunión (23-27 marzo 1998), aprobó el borrador de Acuerdo que establecía el «Grupo de Estados contra la Corrupción-GRECO» y lo remitió al Comité de Ministros, que lo ratificó el 5 de mayo de 1998, en su 102 sesión, mediante la Resolución (98) 7. GRECO se estableció el 1 de mayo de 1999 por la Resolución (99) 5, adoptado por Bélgica, Bulgaria, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia y España. Poco después se unieron otros Estados, incluidos algunos no miembros del Consejo de Europa, como Bosnia.

³⁶ *El poder de acusar...*, *ob. cit.*, p. 22.

³⁷ *El poder de acusar...*, *ob. cit.*, p. 23. El conflicto de intereses se produce cuando concurre «en un funcionario un interés, no necesariamente privado, que es antagónico del interés público cuya consecución tiene encomendada». Esto sucede «con un ministerio fiscal directa o indirectamente dependiente del Ejecutivo a la hora de perseguir delitos cometidos por miembros o agentes del mismo».

exactitud es muy discutible. Primera: el Fiscal General del Estado está subordinado a los intereses del Gobierno. Segunda: la dependencia se produce en todos los casos y no sólo en los de criminalidad gubernativa. Tercera: tal subordinación o, en general, cualquier grado de vinculación o incluso de colaboración entre Fiscalía y Gobierno es indeseable.

Coincido, de entrada, con Luis María Díez-PICAZO³⁸ en que «es equivocado razonar sólo desde el punto de vista de la criminalidad gubernativa». Respecto de ésta «habría que adoptar garantías específicas»³⁹, pero ello no conduce necesariamente a negar cualquier vinculación del Gobierno con el Ministerio Fiscal en el resto de actuaciones de éste, las cuales consumen, evidentemente, el grueso de su actividad. Las dos cuestiones subsistentes son, pues, si el Fiscal General del Estado depende o está vinculado al Gobierno y, en caso negativo, si debería estarlo y de qué modo.

En sede teórica, la posición constitucional del Ministerio Fiscal y sus relaciones con el Gobierno es uno de los problemas más larga e intensamente controvertidos, en España y en muchos otros países de nuestro entorno, y también de los más interesantes. Las posiciones doctrinales son muy dispares, produciéndose una auténtica «guerra de trincheras» conceptual. Las disposiciones normativas parecen ofrecer argumentos a una y otra parte⁴⁰. Es un tópico calificar al Ministerio Fiscal de figura «proteiforme», «híbrida», etc. Para la gran mayoría de fiscales y un sector de la literatura que quizá sea el dominante, el Ministerio Fiscal tiene o ha de tener un carácter «judicial» o «para/judicial», y, por tanto, se trata de una institución que debería ser completamente independiente del Gobierno, mientras que para otro buen número de expertos, muchos de ellos constitucionalistas, el Ministerio Fiscal es una institución que cumple una importantísima función jurídico-pública como es la de ejercitar la acción penal y de ahí su necesaria vinculación al Gobierno para que éste le legitime

³⁸ *Ibidem*, p. 172.

³⁹ Díez-PICAZO pone el ejemplo de cómo en Estados Unidos el problema se resuelve recurriendo a un *special prosecutor*, «un fiscal *ad hoc* al margen de la estructura pública de acusación» (p. 25). El párrafo 16 de la Recomendación (2000) 19, de 6 de octubre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel del ministerio público en el sistema de justicia penal, establece que «El Ministerio Fiscal debería en todo caso estar en condiciones de perseguir sin obstrucción pública los delitos cometidos por empleados públicos, particularmente en los casos de corrupción e injusto uso del poder, graves violaciones de derechos humanos y otros delitos reconocidos por el Derecho Internacional». En España existe una Fiscalía especial para la represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción (art. 18 *ter* EOMF), pero sometida jerárquicamente al Fiscal General del Estado. Las discrepancias mencionadas *supra* entre el Fiscal General del Estado y el Fiscal Jefe Anticorrupción no son precisamente edificantes ni contribuyen a despejar las dudas sobre la utilización partidista de la institución (por ambos lados).

⁴⁰ Sobre ambas posturas, puede consultarse: Isabel CASANOVA AGUILAR [«Dependencia jerárquica y defensa de la ley en el Ministerio Fiscal (Notas para una reflexión)», en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Universidad de Murcia, vol. I, 1997, pp. 112 s.]; Rubén MARTÍNEZ DALMAU (*Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 137-166); Manuel COBO DEL ROSAL («El Ministerio Fiscal. Artículo 124 CE», *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Edersa, Madrid, 1998, p. 548); Ignacio FLORES PRADA (*El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 281 ss.); José Aparicio CALVO-RUBIO («El Ministerio Fiscal en la Constitución», *El Poder Judicial*, vol. I, IEFE, Madrid, 1983, pp. 639 ss.); Cándido CONDE-PUMPIDO FERRERO (*El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 60 ss.).

democráticamente, establezca y dirija los principios de su actuación, y responda políticamente por él, ya que, en un Estado democrático, no puede haber poder político sin responsabilidad. La tesis «judicialista» se pronuncia en contra de la discrecionalidad del fiscal y se apoya fundamentalmente en los principios de legalidad e imparcialidad del artículo 124.2 CE. La tesis «gubernativa» admite, bajo ciertas condiciones, la discrecionalidad del fiscal y la enmarca en la dirección de la política criminal que corresponde al Gobierno. Por supuesto, ambas tesis, la «judicialista» y la «gubernativa»⁴¹, admiten en su seno tantas variantes como autores las han formulado. La polémica ha tenido traducción en el ámbito jurisdiccional: la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 11 de enero de 1997 (RJ 1997\407) es un buen ejemplo⁴².

Los argumentos principales de la concepción «judicialista» son los siguientes:

1.º Argumento histórico. El artículo 124 CE rompe con los antecedentes históricos (cuya evolución, por cierto, se ha ido en cualquier caso encaminando, al menos formalmente, hacia una mayor autonomía del Fiscal) pues en él no se configura al MF como «representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial» (art. 763 LOPJ de 1870)⁴³, ni siquiera ya como «órgano de

⁴¹ Esta terminología, que ha hallado fortuna, parece proceder de Eduardo JAURALDE: «El ministerio fiscal», en *El Poder Judicial*, n.º 1, Madrid, 1981, p. 46.

⁴² La Asociación de Fiscales impugnó el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que resolvió no aceptar la propuesta por parte del Fiscal General del Estado del nombramiento de un determinado Teniente Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Constitucional. A juicio del Supremo, que desestimó la pretensión, el Consejo de Ministros tiene una potestad de libre designación respecto de ese cargo (como del resto de cargos jerárquicos del Ministerio Fiscal), en virtud del art. 36.1 en relación con el art. 13 EOPMF. «El nombramiento para cargos de libre designación es un acto discrecional, dentro de la potestad organizatoria de la Administración, basado en la existencia o no de un motivo de confianza que sólo puede apreciar la autoridad que verifica el nombramiento». Por ello, «se deben respetar los elementos reglados del nombramiento, pero la autoridad no debe motivar por qué prefiere o no a una determinada persona». Y, además, las referencias subjetivas determinantes no podrán ser fiscalizables jurisdiccionalmente. Frente a esta tesis se alza el voto particular de Vicente Conde Martín de Hijas, para quien es necesario motivar también este tipo de actos. En efecto, no se trata de un «cargo de libre designación» porque exige una propuesta del Fiscal General del Estado y un informe previo del Consejo Fiscal y respecto del que la ley clude esa calificación. Además, «el art. 2 EOMF afirma la integración del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial... y esta integración, legalmente establecida... debe aportar una ineludible clave ordinal a la hora de explicar la posición del Gobierno en los nombramientos a él atribuidos». «Conviene precisar —continúa V. Conde— que el principio de unidad y dependencia, como rasgo estructural del Ministerio Fiscal tiene relación con la dependencia de sus miembros respecto del Fiscal General del Estado: pero no así ni de éste ni de los demás miembros con el Gobierno, lo que no se aviene con el dato de la integración de la institución en el Poder Judicial, al que parece repugnar la idea de cargos de libre designación del Gobierno, propia del orden administrativo. Desde esa clave de interpretación hay incluso razones para dudar de si el elemento de discrecionalidad es referible a los momentos de informe del Consejo Fiscal y de propuesta del Fiscal General del Estado y no tanto al de la decisión del Consejo de Ministros. En ese marco, referir los nombramientos de cargos del Ministerio Fiscal (distintos del Fiscal General del Estado) a presupuestos de confianza del Gobierno, creo que no se adecua al cambio operado en esa Institución por su Estatuto Orgánico y puede representar conceptualmente un paso atrás en su evolución histórica».

⁴³ Como señala Isabel CASANOVA [«Dependencia jerárquica y defensa de la ley en el Ministerio Fiscal (Notas para una reflexión)», en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Universidad de Murcia, vol. I, 1997, p. 111], en semejantes términos se pronunciaban el Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926 y el Reglamento Orgánico de 1927, cuyo art. 74 habilitaba al Ministro de Gracia y Justicia, respecto de «asuntos genéricos o específicamente determinados en que conforme a las funciones que le son propias deba intervenir el MF, excitar el celo de éste para que ejercite las acciones y cumpla los deberes que le correspondan». Para ello, «el Ministro se dirigirá de Real Orden o verbalmente, en caso de urgencia, al Fiscal del Tribunal Supremo. Éste cumplirá dicha orden ejercitando las acciones procedentes con arreglo a las leyes...».

comunicación entre el Gobierno y los Tribunales» (art. 35 Ley Orgánica del Estado). Todavía el artículo 114.2 del Anteproyecto de Constitución de 1978 le definía como «órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la administración de justicia», pero esta fórmula no prosperó, lo cual es muy significativo acerca de la intención del constituyente. El artículo 124 CE silencia la relación entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno, salvo la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado (artículo 124.4 CE). Esto crea algunos problemas interpretativos, pero lo que resulta claro es la voluntad del constituyente de configurar, en principio, un Ministerio Fiscal autónomo respecto del Gobierno.

2.º Argumento sistemático. El artículo 2.2 del EOMF explícitamente se refiere a que el Ministerio Fiscal está «integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial». Además, la regulación constitucional del Ministerio Fiscal se ubica sistemáticamente en el título VI, dedicado al «Poder Judicial». Por su parte, el Título constitucional dedicado al Gobierno omite cualquier referencia al Ministerio Fiscal.

3.º Argumento teleológico. El Ministerio Fiscal está obligado constitucionalmente a actuar bajo sujeción de los principios de «legalidad e imparcialidad» (artículo 124.2) y tiene por misión «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad... y del interés público tutelado por la ley» (artículo 124.1 CE), lo que a la vez que aproxima la naturaleza de sus actividades a la función jurisdiccional (pues ambas perseguirían la cabal aplicación de la ley con una absoluta neutralidad política –y de ahí también la semejanza del estatuto de jueces y fiscales–), le aleja de un órgano como el Gobierno que puede actuar en no pocas ocasiones «parcialmente», defendiendo intereses propios, y según simples consideraciones de oportunidad o conveniencia políticas. El Ministerio Fiscal sería un órgano «judicial», pero no «jurisdiccional», pues no es una magistratura decisoria como la de jueces y tribunales, sino una «magistratura postulante».

4.º Argumento lógico. Diversas competencias que el ordenamiento jurídico atribuye al Ministerio Fiscal requieren de éste una posición rigurosamente independiente del Gobierno, para evitar que el partido político o la coalición que lo sustenta no abuse de su posición dominante perjudicando a otros partidos, grupos o personas, como, por ejemplo, en los casos previstos por el artículo 76 CE, que abre la posibilidad de que una Comisión parlamentaria de investigación dé traslado de sus conclusiones al Fiscal para que inicie, en su caso, las acciones penales oportunas, o del artículo 3.2 de la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de partidos políticos, que ordena al Ministerio Fiscal instar de la autoridad judicial competente la declaración de ilegalidad de un partido cuando se dedujesen indicios racionales de ilicitud penal de sus Estatutos, o de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento contencioso-electoral. El propio artículo 124.1 CE establece como misión del Ministerio Fiscal «velar por la independencia de los Tribunales», función incompatible, desde el punto de vista de la separación de poderes, con cualquier dependencia hacia el

Gobierno, por mínima que ésta fuera⁴⁴. Por otro lado, el Ministerio Fiscal es defensor de la legalidad en ciertos procedimientos contencioso-administrativos, lo cual demuestra que puede mantener una posición contraria a la del Gobierno y es también defensor «de los derechos de los ciudadanos» en los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional contra actos que procedan del poder ejecutivo.

5.º Argumento internacional. La Recomendación (2000) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 6 de octubre, sobre el papel del ministerio público, se ha pronunciado elocuentemente por un modelo de fiscal con garantías de autonomía respecto del Gobierno. En el párrafo nueve, por ejemplo, se lee que «respecto a la organización y las operaciones internas de la acusación pública, en particular la asignación de casos, deberá asegurarse la imparcialidad e independencia del Ministerio Fiscal». Y en el párrafo undécimo: «Los Estados deberán tomar medidas apropiadas para asegurar que los fiscales sean capaces de desarrollar su deber profesional sin interferencias injustificadas».

Algunas de estas ideas han sido, sin embargo, cuestionadas. Así, por ejemplo, el argumento histórico puede volverse en contra de la tesis «judicialista», porque aunque es cierto que se eliminó del proyecto de Constitución la definición del Ministerio Fiscal como «órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales», se atribuyó al Gobierno la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado (que antes se entregaba al Pleno del Consejo General del Poder Judicial) precisamente para mantener una vinculación explícita entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal⁴⁵. Como hemos indicado, la propuesta gubernamental del nombramiento de Fiscal General del Estado es la causa de la sospecha generalizada de la dependencia (o, más exactamente, de la subordinación) de éste hacia el ejecutivo. A los ojos de muchos, se trata de un hecho *contaminante*⁴⁶ de la credibilidad de la institución. Pero, en cualquier caso, se admita o no tal valoración, el hecho cierto es que la potestad de propuesta de este nombramiento (y cese: artículo 29.1 EOMF), así como el de los cargos de

⁴⁴ En palabras de Carlos GRANADOS, ex Fiscal General del Estado, «sólo desde la estrechísima conexión del Fiscal con el Poder Judicial que queda plasmada en esa fórmula del art. 2 de su Estatuto Orgánico, la integración con autonomía funcional en el Poder Judicial, pueden entenderse las facultades del Fiscal de intervención en materia disciplinaria de jueces y magistrados, en los expedientes de suspensión o incapacitación, en la salvaguarda de la independencia de los jueces y tribunales. Mantener cualquier suerte de vinculación que vaya más allá de la establecida legalmente en el Estatuto Orgánico tropieza con el modelo constitucional. Incardinar al ministerio público como institución en el Poder Ejecutivo, resucitar esas reminiscencias gubernamentales que antaño tuvo, supondría traicionar el sistema constitucional» («El gobierno de la justicia y el Ministerio Fiscal», en *El Gobierno de la Justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, E. Pedraz, coordinador, Universidad de Valladolid, 1994, pp. 323 s.).

⁴⁵ Ver Ignacio FLORES, *El Ministerio Fiscal...*, *ob. cit.*, p. 306. En cualquier caso, a la luz de la dependencia fáctica del Fiscal General del Estado hacia el Gobierno que le nombra, M. COBO DEL ROSAL («El Ministerio Fiscal...», *ob. cit.*, p. 547) llega a afirmar que «la expresión de la Ley Orgánica del Estado como "órgano de comunicación" entre el Gobierno y la administración de justicia era más sincera que lo que tenemos ahora».

⁴⁶ Emplea esta expresión, en sentido crítico, J. F. LÓPEZ AGUILAR, *La justicia y sus problemas...*, *ob. cit.*, p. 210.

la primera categoría de la carrera fiscal⁴⁷, establecen una relación precisa entre Gobierno y Ministerio Fiscal que debe ser tenida en cuenta. Los artículos 8 y 9 EOMF regulan otras tres vías de relación con el Gobierno: (1.º) Éste, por conducto del Ministerio de Justicia o directamente por su Presidente, «podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público»; 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». (2.º) El Fiscal General del Estado «elevará al Gobierno una Memoria anual sobre su actividad, la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la justicia». De esta Memoria se remitirá copia a las Cortes Generales y al Consejo General del Poder Judicial. (3.º) El Fiscal General del Estado «informará al Gobierno cuando éste lo interese y no exista obstáculo legal respecto a cualquiera de los asuntos en que intervenga el Ministerio Fiscal, así como sobre el funcionamiento, en general, de la Administración de Justicia. En casos excepcionales podrá ser llamado a informar ante el Consejo de Ministros».

El argumento internacional no sirve para apoyar la tesis de un Ministerio Fiscal totalmente independiente del Gobierno porque la Recomendación 2000 (19), de 6 de octubre, alude expresamente al caso de un Ministerio Fiscal que sea «parte o esté subordinado al Gobierno» (como ocurre en varios países europeos), aunque sea para intentar someter dicha subordinación a condiciones estrictas de proporcionalidad, transparencia y prohibición de arbitrio⁴⁸. El texto internacional incluso recomienda, en su apartado decimoquinto, que los fiscales cooperen con «agencias gubernamentales e instituciones», tanto como «permita la ley», en orden a «promover la justicia y efectividad de la política criminal».

El argumento de la ubicación sistemática tampoco es concluyente, pues como «institución cooperadora de la administración de justicia» (así le descri-

⁴⁷ Según el art. 36.1 EOMF, «Los destinos correspondientes a la categoría primera, los de Fiscales del Tribunal Supremo y los de Fiscales Jefes de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales se proveerán por el Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado... De igual modo serán designados los Tenientes Fiscales de aquellos órganos cuyo Jefe pertenezca a la categoría primera y los de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico de Drogas y los de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción».

⁴⁸ En efecto, el párrafo número 13 establece que «allí donde el Ministerio Fiscal es parte o está subordinado al Gobierno, los Estados deberán tomar medidas para asegurar que:

- a) La naturaleza y objetivo de los poderes del Gobierno estén establecidos por ley.
- b) Se ejerzan de una manera transparente de acuerdo con los tratados internacionales, la legislación nacional y los principios generales del Derecho
- c) Las instrucciones del Gobierno deberán ser escritas y publicadas.
- d) Si el Gobierno tiene el poder de dar instrucciones para perseguir un caso específico, tales instrucciones tienen que estar rodeadas de adecuadas garantías de transparencia y equidad.
- e) El Ministerio Fiscal permanece libre de someter a los tribunales cualquier argumento legal de su elección, incluso allí donde tienen el deber de reflejar por escrito las instrucciones recibidas.
- f) La orden de no actuar en un caso concreto debe ser, en principio, prohibida y someterse a un control específico apropiado que garantice la transparencia»

be la rúbrica del Libro VI LOPJ), parece razonable que el Ministerio Fiscal se regule en el capítulo dedicado al Poder Judicial. También allí se establece el régimen jurídico fundamental del Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 y 3), por ejemplo, sin que a nadie se le ocurra concluir que sólo por ello el Consejo se ha convertido en «poder judicial».

Los argumentos que hemos denominado «teleológico» y «lógico» son más convincentes para explicar en qué consiste la específica función constitucional del Ministerio Fiscal que para justificar su integración en el espacio del poder judicial o para rechazar de plano su relación con el Gobierno. En efecto, hay que coincidir en que el Ministerio Fiscal ejercita, con «autonomía funcional», sus competencias «por medio de órganos propios», y por tanto, que no es ni un órgano administrativo dirigido por el Gobierno ni un órgano judicial independiente del Gobierno. Las versiones «fuertes» de las tesis «judicialista» y «gubernativa» no son consistentes, y pueden responder a la «estéril polémica» (J.F. LÓPEZ AGUILAR⁴⁹) sobre cuál de los tres poderes clásicos da cobijo institucional al Ministerio Fiscal. Éste no es, sin embargo, poder ejecutivo ni poder judicial, es un órgano del Estado con una organización, unos principios y unas competencias específicas diseñadas por la Constitución. Los principios constitucionales sobre el Ministerio Fiscal son cuatro (art. 124.2 CE), dos orgánicos, el de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y dos funcionales, el de legalidad e imparcialidad. El de unidad significa que el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado (art. 22.1 EOMF)⁵⁰, es *un et indivisible*, orgánica (el Ministerio Fiscal es indivisible y fungible), funcional y territorialmente.

La dependencia jerárquica tiene una dimensión exclusivamente interna y en ningún caso externa respecto del Gobierno. No coincide, por ello, con la tesis enunciada por J. GARCÍA MORILLO⁵¹ según la cual «el hecho de que el Fiscal General del Estado sea nombrado y removido a propuesta del Gobierno sitúa a éste como punto de imputación mediata de dicha dependencia jerárquica» (el punto de «imputación inmediata» sería, a juicio del mismo autor, el propio Fiscal General del Estado). De entrada, hay que recordar que la jerarquía es una relación interorgánica y no intersubjetiva, así que, en todo caso, habría que hablar más bien de «tutela» o «dirección»⁵², conceptos que, a mi juicio, de ninguna manera expresan cabalmente la relación entre Gobierno y Ministerio Fiscal. El artículo 8 EOMF no obliga al Fiscal General del Estado a realizar las acciones instadas por el Gobierno, sino tan sólo a valorarlas jurídicamente y a notificar el acuerdo adoptado a quien haya formulado la solicitud (Ministro de Justicia o Presidente del Gobierno). La propuesta de nombramiento y cese del Fiscal General del Estado por parte del Gobierno no estable-

⁴⁹ *La Justicia y sus problemas...*, ob. cit., p. 168.

⁵⁰ El Estatuto Orgánico (art. 24) establece que «para mantener la unidad de criterios... cada Fiscalía celebrará periódicamente Juntas de todos sus componentes».

⁵¹ *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 238.

⁵² Ver: Mariano MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP, Madrid, 2000, pp. 65 ss.

ce tampoco, al menos desde un estricto punto de vista jurídico, un vínculo jerárquico o de tutela entre ambas instituciones, aunque sí pueda crearlo de alguna manera en el plano de los hechos. Internamente, el Ministerio Fiscal sí se organiza de forma jerárquica. El Fiscal General del Estado ostenta la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal y su representación. Imparte las órdenes e instrucciones, generales o específicas⁵³, convenientes al servicio y orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal (art. 22.2 EOMF). Podrá llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darle instrucciones (art. 26 EOMF). Podrá designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado (art. 26 EOMF), y también podrá sustituirlo por otro «si razones fundadas así lo aconsejan» (art. 23 EOMF). Por su parte, el Fiscal Jefe de cada órgano ejercerá la dirección del mismo y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado (art. 22.3 EOMF).

El principio de dependencia jerárquica a favor del Fiscal General del Estado se ha intentado matizar en el Estatuto Orgánico con la relevancia concedida al Consejo Fiscal (art. 14), órgano de carácter mayoritariamente electivo⁵⁴, con funciones asesoras e incluso vinculantes en algunos casos⁵⁵, que algún sector de fiscales desearía todavía ampliar⁵⁶. El EOMF establece otras «correcciones» al principio de dependencia jerárquica⁵⁷.

⁵³ Que se pueden clasificar en circulares, las cuales establecen criterios generales de interpretación y aplicación de normas, así como de organización y funcionamiento de los órganos; instrucciones, sobre cuestiones de menor importancia y que pueden ser generales y particulares; notas de servicio para asuntos de régimen interior y resolución de consultas (ver: Fernando JARAMILLO, *El Ministerio Fiscal (su organización y funcionamiento)*, Colex, Madrid, 1990, p. 52).

⁵⁴ Art. 14.1 EOMF: «El Consejo Fiscal se constituirá, bajo la Presidencia del Fiscal General del Estado, por el teniente Fiscal del Tribunal Supremo, el Fiscal Inspector, un Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, un Fiscal del Tribunal Superior de Justicia, un Fiscal provincial, tres miembros del Ministerio Fiscal con categoría de Fiscal y tres con categoría de Abogado Fiscal. Todos los miembros del Consejo Fiscal, excepto el Fiscal General del Estado, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Inspector, se elegirán, por un periodo de cuatro años, por los miembros del Ministerio Fiscal en activo, constituidos en un único Colegio electoral en la forma en que reglamentariamente se determine. El Consejo Fiscal podrá funcionar en Pleno y en Comisión Permanente y sus acuerdos se adoptarán por mayoría simple, siendo dirimente, en caso de empate, el voto de su Presidente».

⁵⁵ Art. 14.1 EOMF: «Corresponde al Consejo Fiscal: a) Elaborar los criterios generales en orden a asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en lo referente a la estructuración y funcionamiento de sus órganos. b) Asesorar al Fiscal General del Estado en cuantas materias éste le someta. c) Ser oído en las propuestas pertinentes respecto al nombramiento de los diversos cargos. d) Elaborar los informes para ascensos de los miembros de la Carrera Fiscal. e) Conocer de los recursos interpuestos contra resoluciones dictadas en expedientes disciplinarios por los Fiscales Jefes de los distintos órganos del Ministerio Fiscal. f) Instar las reformas convenientes al servicio y al ejercicio de la función fiscal. Gobierno) Las demás atribuciones que este Estatuto, la ley u otras disposiciones le confieran».

⁵⁶ Por ejemplo, la Unión Progresista de Fiscales en las conclusiones de su XVI Congreso (8-9 junio de 2001) ha postulado la «potenciación del Consejo Fiscal», que pasaría por excluir al Teniente Fiscal del Tribunal Supremo (salvo cuando sustituyera al Fiscal General del Estado) y por una ampliación de competencias, sobre todo las de carácter decisorio en materia disciplinaria y de designación de cargos jerárquicos.

⁵⁷ Cándido CONDE-PUMPIDO (*El Ministerio Fiscal...*, *ob. cit.*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 83): (1.ª) «Ad extra, cada Fiscal en su actuación expresa la voluntad y el criterio del Ministerio Fiscal, por lo que incluso la actuación realizada incumpliendo una orden sólo puede dar lugar a una responsabilidad de índole

De acuerdo con el principio de legalidad, el «Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan» (art. 6 EOMF). La eventual contradicción entre el principio de legalidad y el de dependencia se intenta resolver en el artículo 27 EOMF mediante un procedimiento específico⁵⁸. Tampoco debería haber colisión entre el principio de legalidad y la posible vinculación del Ministerio Fiscal al Gobierno, entre otras razones, porque también el Gobierno, como todos los poderes públicos, está sujeto en su actuación al principio de legalidad (arts. 9.1 y 103.1 CE).

Por el principio de imparcialidad, «el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados» (art. 7 EOMF). Se trata de una imparcialidad *subjetiva*, pero no *objetiva*, que es exclusiva de jueces y magistrados, ya que «a la hora de determinar el interés general en el caso concreto, el Ministerio Fiscal es parcial pues no actúa en una relación jurídica ajena, sino en relación propia». Por eso, «el Ministerio Fiscal es parte en los procesos en los que actúa y no es un tercero imparcial» (J. MONTERO AROCA⁵⁹). El Ministerio Fiscal es, paradójicamente, «parte imparcial»⁶⁰.

A la vista del Derecho aplicable que se ha expuesto, ¿se puede, pues, concluir que el Ministerio Fiscal en España depende del Gobierno? En mi opinión, la respuesta desde el punto de vista jurídico es clara: no. Ciertamente, el Gobierno elige al Fiscal General del Estado, nombra las jefaturas principales de la carrera fiscal y decide el presupuesto de la fiscalía. Es verdad que todos los fiscales están sujetos, en virtud de los principios de unidad de actuación y

interna, pero el acto realizado es válido y causa estado». (2.ª) «El deber de cumplimiento de las órdenes e instrucciones recibidas del superior sólo es eficaz en lo que hace a las actuaciones escritas, pero las intervenciones orales son libres y sólo viene obligado a expresarlas en lo que crea conveniente al bien de la justicia —art. 25.4 EOMF—, según el conocido brocardo «la pluma es sierva pero la palabra libre».

⁵⁸ Si un fiscal recibiera una orden o instrucción que considere contraria a la ley o improcedente, en primer lugar se lo hará saber a su Fiscal Jefe mediante informe razonado. Si la orden o instrucción procediera de éste, y no encontrara satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro fiscal el despacho del asunto a que se refiera.

⁵⁹ Juan MONTERO AROCA (y otros): *Derecho Jurisdiccional*, Parte General, vol. I, 7.ª cd. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 194.

⁶⁰ En realidad, observa Víctor MORENO CATENA (*Derecho procesal penal...*, con V. GIMENO y otros, *ob. cit.*, pp. 245 s.), «el Ministerio Fiscal defiende en el proceso penal intereses públicos que se concretan tanto en el castigo del culpable como en la absolución del inocente; en uno y otro caso adopta una posición parcial, que debe sostener hasta el momento en que se acredite lo contrario a lo largo del procedimiento». Así, «habiéndose sostenido la imputación contra una determinada persona o pedido incluso la adopción de medidas cautelares, puede luego instar el levantamiento de éstas y solicitar el sobreseimiento si las razones que lo llevaron a la convicción sobre la culpabilidad desaparecen durante la investigación», y lo mismo en la fase de juicio oral.

dependencia jerárquica, a las órdenes e instrucciones del Fiscal General del Estado y que, de hecho, es difícil imaginar que éste se desmarque de las posiciones del Gobierno, especialmente en los supuestos de criminalidad gubernativa. Pero con la Constitución y el Estatuto Orgánico en la mano, el único procedimiento de que dispone el Gobierno para dirigirse al Ministerio Fiscal es el previsto en el artículo 8 EOMF, que casi nunca se utiliza, quizás porque está social y políticamente mal considerado hacerlo. Pero es que aunque se empleara, el tantas veces citado artículo 8 EOMF instaura un procedimiento muy estrecho de relación. Desde luego, no permite al Gobierno dar órdenes o instrucciones de ningún tipo, ni tampoco orientaciones o recomendaciones, sino tan sólo «interesar» del Fiscal General del Estado las actuaciones pertinentes en un caso concreto. Con ello el Gobierno se sitúa ante el Ministerio Fiscal como cualquier otro interesado, con la particularidad, en negativo, de que el Fiscal General del Estado y la Junta de Fiscales de Sala pueden valorar de su propuesta no sólo la «viabilidad» (cabe entender «jurídica» de la acción), sino también su «procedencia», concepto que podría abrir la valoración a elementos distintos de un simple y estricto juicio técnico.

En definitiva, ¿de quién depende jurídicamente el Ministerio Fiscal en España? No del Gobierno, sino del Fiscal General del Estado y, aunque está obligado a oír al Consejo Fiscal en materia de personal y a la Junta de Fiscales en materias técnicas, de él solo. Cuestiones distintas, que sin embargo a menudo aparecen mezcladas y que añaden confusión al análisis, son, por un lado, que, *de hecho*, el Fiscal General del Estado se vincule de modo extraoficial o informal a las posiciones del Gobierno en un caso concreto (tanto por la confianza y proximidad políticas que cabe suponer entre ambos, cuanto por el posible temor al cese), y, de otro lado, que, *de lege ferenda* debiera contemplarse algún mecanismo de relación entre Gobierno y Ministerio Fiscal en el marco de la dirección de la política criminal que al primero corresponde, así como para hacer de algún modo responsable al Ministerio Fiscal, particularmente al Fiscal General del Estado, de su actuación.

III. ¿DEBERÍA DEPENDER, O VINCULARSE DE ALGÚN MODO, EL MINISTERIO FISCAL AL GOBIERNO?

A mi juicio, pues, el debate doctrinal sobre el Ministerio Fiscal parece no avanzar hacia puntos de encuentro porque con demasiada frecuencia no distingue depuradamente los diversos planos de análisis, esto es, cuál es la realidad normativa (un Fiscal General del Estado con amplios poderes pero exento de control político), la realidad fáctica, por lo menos tal como es apreciada por muchos (un Fiscal General del Estado sumiso a los dictados —informales o extraoficiales— del Gobierno que le ha nombrado y que puede cesarle) y la realidad hipotética del modelo o modelos de Ministerio Fiscal que mejor se adaptarían al diseño constitucional por contraposición al existente y que por tanto debieran orientar la tantas veces anunciada como postergada reforma del Esta-

tuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En este último punto es preciso considerar particularmente las tesis de quienes reclaman un Ministerio Fiscal vinculado funcionalmente al Gobierno (no, evidentemente, del modo fáctico y un tanto vergonzante en que lo está ahora), por tres razones, íntimamente relacionadas: (1.^a) La importancia de la función jurídico-pública del ejercicio de la acción penal y el inevitable margen de discrecionalidad que le acompaña. (2.^a) La carencia absoluta, pese a lo anterior, que actualmente se produce de mecanismos de responsabilidad y control del Ministerio Fiscal. (3.^a) El requerimiento constitucional (implícito) de residenciar en el Gobierno la dirección de la política criminal. Analicemos con algún detalle estas tesis.

1.^a. *En el ejercicio de la acción penal el Ministerio Fiscal dispondría de un amplio margen de discrecionalidad*

Recientemente ha llamado la atención sobre este hecho L.M. DíEZ-PICAZO⁶¹, quien distingue entre discrecionalidad *técnica* o interpretativa, ligada a la respuesta que el fiscal debe dar a preguntas capitales como «¿son los hechos constitutivos de delito?, ¿existen pruebas suficientes para sostener la acusación?, ¿qué pena debe pedirse?»⁶², etc., y discrecionalidad *política* o de oportunidad, consistente en «un juicio de pura conveniencia en virtud del cual se decide si el ejercicio de la acción penal es apropiado con respecto a ciertos objetivos políticos»⁶³. En su opinión, la discrecionalidad técnica es «inherente al ejercicio de la acción penal»⁶⁴ y también existen «márgenes ocultos de discrecionalidad política» tanto «por la escasez de medios personales y materiales que impide investigar y perseguir todos los delitos de que tiene noticia», como «porque las modernas democracias están experimentando una notable inflación de la legislación penal»⁶⁵. Y, ante este hecho, «¿sería razonable dejar los aspectos ejecutivos de la política criminal en manos de una institución pública que, como sucedería por definición con un Ministerio Fiscal independiente, no sea representativa ni políticamente responsable?»⁶⁶. DíEZ-PICAZO concluye

⁶¹ *El poder de acusar...*, *ob. cit.*, *passim*.

⁶² *Ibidem*, p. 173.

⁶³ *Ibidem*, p. 11. DíEZ-PICAZO advierte, no obstante, de que la línea de separación entre discrecionalidad técnica y política «no es nítida ni impermeable» (p. 16).

⁶⁴ I. PARADA (*ob. cit.*, p. 297) añade, por su parte, que la inevitable discrecionalidad del Ministerio Fiscal deriva también del hecho de que su actividad, a diferencia de la del Juez, «no puede resultar prefigurada ni prefigurable en todos sus extremos», ya que, con cita de DOMINIONI (p. 296, nota 782), «la orientación de las investigaciones, su ritmo, la propia valoración de la *notitia criminis*, la prioridad de las investigaciones sobre otras, son elementos consustanciales a la actividad del fiscal, imposibles de cristalizar en fórmulas legales de una cierta concreción normativa». De ahí también «los importantes márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal».

⁶⁵ *Ibidem*, p. 173.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 174. En un sentido semejante se pronuncia I. FLORES (*ob. cit.*, p. 297): «Si efectivamente nos encontramos ante una función que lleva implícitos importantes márgenes de discrecionalidad en cuanto no puede resultar prefigurada ni prefigurable en todos sus extremos, no parece desacertado reclamar que dicha actuación venga orientada, dentro de los márgenes que la ley establece, por un órgano legitimado democráticamente, esto es, capaz de traducir políticamente los mandatos de los ciudadanos contraídos

que «parece evidente que, en un moderno Estado democrático de Derecho, el ejercicio de la acción penal debe estar presidido por una difícil compaginación de las exigencias de legalidad y de política criminal, que no puede dejar de reflejarse en la configuración a dar al Ministerio Fiscal, institución cuyo principal cometido es, precisamente, ejercer la acción penal en nombre del Estado»⁶⁷.

La conclusión de L.M.^a DíEZ-PICAZO es inobjetable si se comparte su punto de partida, esto es, el amplio margen de discrecionalidad (técnica y política) que el Ministerio Fiscal tiene para el ejercicio de la acción penal. Aunque es innegable un cierto margen de discrecionalidad en la actuación del Ministerio Fiscal, la premisa mayor del razonamiento de DíEZ-PICAZO resulta, sin embargo, opinable. En efecto, no pueden olvidarse dos datos de Derecho positivo: (1.º) el artículo 408 del Código Penal, que tipifica el delito de omisión del deber de perseguir delitos⁶⁸, y (2.º), que nuestro ordenamiento obliga al Ministerio Fiscal al ejercicio de «todas las acciones penales que considere procedentes» (art. 105 LECr), sin que en ningún momento se le autorice a solicitar un sobreseimiento por razones de «oportunidad»⁶⁹. Aunque la alusión a la «procedencia» del ejercicio de la acción permitiría una interpretación favorable a que el Ministerio Fiscal pudiera introducir, en su caso, un juicio «político» o de oportunidad, lo cierto es que, de modo constante en la práctica, por «procedente» se entiende tan sólo «viable» técnicamente, de modo que, en el sistema procesal penal español, el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acción penal por todo hecho que revista carácter de delito o falta del que tenga noticia y considere que puede prosperar. Según acuerdo general, el nuestro es un sistema de ejercicio de la acción penal de «legalidad» y no de «oportunidad»⁷⁰. No obstante, una línea doctrinal que cuenta con importantes valedores matiza este principio por una doble vía: o bien llamando la atención sobre algunas excepciones del principio de legalidad permitidas por la legislación aplicable, sobre todo el instituto de la conformidad (arts. 655 y 694-700 LECr), o bien, con carácter más general, negando la contraposición radical entre los principios de legalidad y de oportunidad. En efecto, casi ningún autor de los que

periódicamente a través de las consultas electorales. De este modo, la facultad del Ejecutivo para designar y cesar al Fiscal General del Estado aparece como un instrumento esencial a la hora de garantizar la vinculación del Ministerio Fiscal respecto de determinadas líneas de política criminal, competencia como se sabe del Gobierno *ex art. 97 CE*.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 174.

⁶⁸ «La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

⁶⁹ V. GIMENO (y otros): *Derecho Procesal Penal...*, *ob. cit.*, p. 112.

⁷⁰ Ambos principios indican «en qué condiciones debe ejercitarse y extinguirse la acción penal». Un ordenamiento procesal está informado por el principio de oportunidad «cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer o no uso de su ejercicio, dejando de ejercitar la acción que ostentan en régimen de monopolio o provocando la iniciación del procedimiento e, incluso, una vez iniciado éste, pueden las partes acusadoras con la autorización judicial obtener un sobreesamiento por razones de política criminal (tales como la nimiedad de la infracción, el temor al escándalo público o a costes procesales enormes, etc.), aun cuando concurren los presupuestos de la apertura del juicio oral». El principio de legalidad obliga, por el contrario, al Ministerio Fiscal a ejercitar la acción penal por todo hecho que revista carácter de delito o falta (ver: VICENTE GIMENO —y otros—: *Derecho procesal penal...*, *ob. cit.*, pp. 110 ss. y ERNESTO PEDRAZ —y otros—: *Derecho Procesal Penal. Principios*, tomo I, Colex, Madrid, 2000, pp. 161 ss.).

defienden la introducción del principio de oportunidad se pronuncia a favor del principio puro⁷¹ (al estilo norteamericano⁷²), sino de la oportunidad *reglada* según la cual el Ministerio Fiscal no podría disponer libremente de su capacidad de acusar o no hacerlo (o para suspender el ejercicio de la acción penal), sino que «la opción debe venir ordinariamente determinada por razones legalmente preestablecidas, obedeciendo a un criterio axiológico que las haga prevalecer sobre el eventual beneficio del castigo del hecho concreto»⁷³. En este mismo sentido, se sostiene que «lo contrario de “legalidad” no es “oportunidad”, sino “arbitrariedad”» (E. PEDRAZ⁷⁴) y, por tanto, la oportunidad (reglada) debería ser legítima en algunos casos (aunque siempre debería entenderse de modo restrictivo), pero la arbitrariedad nunca. Estos supuestos legitimadores del principio de oportunidad que suelen traerse a colación⁷⁵ son, entre otros, los «delito-bagatela» esto es, los delitos o faltas de escasa lesión social; el estímulo a la inmediata reparación de la víctima; la evitación de los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento resocializador alternativo (lo cual es muy oportuno en el caso de los delincuentes toxicómanos), a cuyo cumplimiento efectivo se condiciona el sobreseimiento por razones de oportunidad; la obtención de información en supuestos de narcotráfico, terrorismo⁷⁶, etc. Entre los procesalistas se discute, sin embargo, con intensidad la eventual apertura legislativa de mayores espacios para el principio de oportunidad, aunque sea la reglada⁷⁷. Para conseguir los mismos objetivos que persigue el principio de oportunidad, C. BLASCO⁷⁸ indica que bastaría «una reordenación de los delitos y la despenalización de algunos tipos». Lo que no cabe es «diferir este criterio, que pertenece al legislador, al momento procesal, recurriendo a la oportunidad para evitar la sanción o la condena», pues «si el legislador ha incluido en los códigos determinadas conductas como

⁷¹ E. PEDRAZ (*ibidem*, p. 160) denuncia que, en la práctica, el principio de oportunidad libre o puro se aplica «por la policía» cuando «conocidos los hechos, incluso mediante los medios de comunicación, no presenta el correspondiente atestado». Ésta es una omisión que podría ser constitutiva del delito previsto en el art. 408 Código Penal.

⁷² Nicolás CABEZUDO RODRÍGUEZ (*El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comarcas, Granada, 1989, pp. 59 ss.) se muestra muy crítico con la «justicia negociada» típica del principio de oportunidad puro que rige en los Estados Unidos. Los criterios más importantes para rebajar o aumentar la acusación por parte del fiscal en ese país y, en su caso, negociar la condena son: el coste económico que tendría la persecución del delito, el intento de evitar un daño innecesario al sospechoso, la presión social, la neutralización de un delincuente especialmente buscado, la compensación por una absolución anterior, o, directamente, como medio para conseguir otros fines, por ejemplo, lograr la cooperación del presunto delincuente a cambio de una rebaja en los cargos. La mayoría de estos criterios, evidentemente, serían de dudoso encaje en nuestro sistema procesal penal. Por otro lado, cada oficina del ministerio público en Estados Unidos tiene su propio modo de operar, su *policy* (*ob. cit.*, p. 59).

⁷³ E. PEDRAZ, *ob. cit.*, p. 165.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 169.

⁷⁵ E. PEDRAZ, *ibidem*, p. 175, y V. GIMENO, *ob. cit.*, pp. 111 s.

⁷⁶ El art. 579 CP faculta al órgano jurisdiccional a rebajar la pena en uno o dos grados para el «terrorista arrepentido».

⁷⁷ Críticos con el principio son, entre otros, Andrés DE LA OLIVA (*Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, PPU, Barcelona, 1988) y Carmen BLASCO SOTO («El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo», en *Documentos penales y criminológicos*, vol. I, 2001, pp. 457 ss.).

⁷⁸ *Ob. cit.*, p. 457.

ilícitas, nada puede dar a entender que procesalmente no se persigan». Y tanto E. PEDRAZ⁷⁹ como C. BLASCO⁸⁰ recuerdan algunos de los principales argumentos contra la «justicia negociada» que es el producto de la introducción del principio de oportunidad: limita el principio de publicidad de las actuaciones procesales (arts. 24.2 y 120 CE), ya que se dispone en gran medida del objeto del proceso penal y se corre el riesgo de sustraer al público el conocimiento de la comisión del hecho y del castigo; choca contra el principio de seguridad jurídica (y sus requerimientos de previsibilidad y generalidad) y los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), pues supone la aceptación de desigualdades jurídicas establecidas, de defensa (art. 24.2 CE), ya que podría imponerse una sanción sin que el acusado haya sido oído y vencido en juicio, de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), pues el acuerdo entre fiscalía y defensor para reconocer la culpabilidad del acusado se negocia precisamente sobre su culpabilidad, no sobre su inocencia, condenándose en juicio oral y con la sola confesión del acusado; la negociación procesal es lo opuesto al principio contradictorio propio del sistema acusatorio, ya que evoca las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en la relación desigual que caracteriza la inquisición y se potencia al máximo la fase de instrucción en cuanto es la única actividad procesal realizada, fase en la que la posición del acusado se encuentra debilitada. Tampoco serían consistentes los argumentos a favor del principio de oportunidad: la mayor eficacia del derecho de defensa (art. 24.2 CE), en la medida en que se asume un cumplimiento voluntario de una sanción a fin de evitar los resultados inciertos del juicio oral, y de la individualización de la pena como instrumento para la resocialización del delincuente (art. 25.2 CE). En el primer caso, porque «el contenido del derecho fundamental a la defensa no es la obtención de una pena más leve por medio del posible acuerdo», y en el segundo, pues «con el pacto, no se logra una pena individualizada, sino una reducción de la sanción... y la resocialización se dificulta porque la pena es resultado de la capitulación procesal del acusado, no de la individualización» (C. BLASCO⁸¹). Con una introducción inmoderada del principio de oportunidad se corre «el grave peligro de una improcedente privatización del proceso penal», al colocar al Juez en una posición de impasibilidad absoluta y potenciar al máximo la relación de las partes⁸².

Por supuesto, los problemas asociados al principio de oportunidad crecerían de modo geométrico si, como puede ocurrir, la reforma del proceso penal actualmente en marcha entrega la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal⁸³. En este caso, la necesidad de independizar al Ministerio Fiscal del Eje-

⁷⁹ *Ob. cit.*, p. 175.

⁸⁰ *Ob. cit.*, pp. 459 ss.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 461-463.

⁸² C. BLASCO, *ibidem*, p. 464. Para esta autora, «siendo realistas, el principio de oportunidad sólo parece valorar el abaratamiento de los costes de la criminalización, despojando al proceso de su más expresivo momento de racionalidad crítica: el juicio oral» (p. 464).

⁸³ Posibilidad que pudicra, en vía de principio, resultar interesante. Lo cierto es que con la actual estructura, se produce «la paradoja de la inversión de papeles»: «el Juez instructor investiga para el Fiscal mientras que éste inspecciona, indirectamente vía recursos, la legalidad de las actuaciones sumariales del

cutivo alcanzaría su grado máximo, sin perjuicio, por supuesto, de que se crearan canales de colaboración entre ellos. No sería suficiente con intentar amortiguar la cuestión advirtiendo que el Fiscal, a diferencia del Juez, no tiene en ningún caso potestades decisorias, sino tan «sólo» postulantes. Ya el simple ejercicio de la acción penal, como señala L. M.^a DÍEZ-PICAZO, «implica la activación de un mecanismo que puede conducir a la restricción afflictiva de la libertad/propiedad de las personas, por no mencionar el carácter infamante ínsito en la condena penal»⁸⁴. No digamos si el Ministerio Fiscal pasa a ser en el futuro el instructor. Ante una función que puede limitar derechos fundamentales del justiciable, el Ministerio Fiscal debe ser independiente del Gobierno y debe, además, parecerlo. Un Fiscal instructor supondría, sin duda, un cambio de modelo respecto de la regulación actual.

Pero, más allá de la polémica doctrinal sobre el principio de oportunidad y la reforma del proceso penal, y retomando el curso principal de la exposición, habría que concluir que, en la actualidad, el margen de discrecionalidad del Ministerio Fiscal o, si se prefiere en otros términos, el juego del principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal, aunque sea reducido, obliga teóricamente a que el Ministerio Fiscal (o el Gobierno, o ambos órganos) respondan políticamente por el modo de su utilización y, sin embargo, esto no se da en la práctica.

2.^a. *El Ministerio Fiscal no está sometido, en la actualidad, a control parlamentario*

Es un hecho cierto que, con la regulación vigente, ni el Ministerio Fiscal está sujeto a control político alguno (pues la eventual comparecencia del Fiscal General del Estado ante las Cortes será a los solos efectos de «información» pero nunca de «control») ni tampoco el Gobierno por la actuación de aquél, pues el Gobierno suele invocar la total autonomía de la fiscalía⁸⁵. Por supuesto, la actividad del Ministerio Fiscal sí está sujeta a controles jurídicos: internamente, a través de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y externamente, la actividad procesal del Fiscal encuentra «el natural control» en la respuesta del Juez⁸⁶. Pero carece de control político alguno. Y ello supone una anomalía respecto de las exigencias de un Estado democrático de Derecho ya que un órgano estatal, el Ministerio Fiscal, ejerce poder político (la excitación o no del *ius puniendi* estatal) sin control político⁸⁷.

Juez» (I. FLORES, *ob. cit.*, p. 493). Otra cosa es que con la penuria de medios personales y de recursos típica del Ministerio Fiscal pudiera hacerse frente con garantías a esta nueva y trascendental función.

⁸⁴ *El poder de acusar...*, *ob. cit.*, p. 11.

⁸⁵ A lo sumo, se exige al Gobierno una responsabilidad «pintoresca» (I. FLORES, *ob. cit.*, p. 650) basada sólo en la *culpa in eligendo*.

⁸⁶ CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, p. 73.

⁸⁷ Junto con este déficit de control, algunos autores llaman la atención sobre el posible déficit de legitimidad democrática del Ministerio Fiscal en el caso de no hacerlo depender del Gobierno (o del Parlamen-

Se aplica, en este sentido, la doctrina de la irresponsabilidad parlamentaria del Ministerio Fiscal sentada por el Informe de la Secretaría General del Congreso de los Diputados acerca de diversas solicitudes de comparecencia del Fiscal General del Estado para informar sobre la actividad procesal del Ministerio Fiscal en un sumario determinado, de 26 de septiembre de 1988⁸⁸. El punto de partida del análisis es el artículo 10 EOMF, que establece los canales de relación entre el Ministerio Fiscal y las Cortes Generales: (1.º) El Ministerio Fiscal colaborará con las Cortes a requerimiento de éstas, siempre que no exista obstáculo legal (secreto sumarial, por ejemplo); (2.º) El Ministerio Fiscal comparecerá ante las Cortes para informar de aquellos asuntos para los que especialmente fuera requerido. En principio, pues, las Cortes parecen disponer de amplísimas facultades para requerir la comparecencia del Fiscal General del Estado, siempre que se satisfagan los requisitos generales⁸⁹. Ahora bien, el Informe se pregunta por los eventuales límites que pudieran existir a la potestad de las Cortes de solicitar la comparecencia del Ministerio Fiscal. Tales límites provendrían de la posición institucional del Ministerio Fiscal y de la naturaleza de sus funciones, aspectos que el Informe pasa a examinar obteniendo las siguientes conclusiones:

to). Así, J. GARCÍA MORILLO («La legitimación democrática del Ministerio Fiscal», en *Claves de Razón Práctica*, n.º 85, 1998) argumenta que el Ministerio Fiscal debe depender del Gobierno porque todas las decisiones públicas deben reflejar, directa o indirectamente, la voluntad popular. En el caso del poder judicial, cuyos titulares no son elegidos, su legitimación es mediata en la medida en que su función es aplicar normas que han sido democráticamente aprobadas. Pero el Ministerio Fiscal no es Poder Judicial. El Fiscal, a diferencia del Juez, actúa por iniciativa propia y de ahí que sea poco convincente la idea de una legitimación democrática mediata consistente en la aplicación de la ley. Y por ello, desde el prisma de las exigencias del principio democrático, la única solución viable para instituciones que ejercen una función activa o de iniciativa, como el Ministerio Fiscal, es la dependencia de un órgano políticamente representativo y responsable. Esta tesis de GARCÍA MORILLO ha sido replicada por L. M.ª Díez-PICAZO (*El poder de acusar...*, *ob. cit.*, p. 178), en el sentido de que «pasa por alto... que por muy activa que una institución deba ser en la gestión de políticas públicas, la idea de Estado de Derecho le impone actuar con un mínimo de objetividad». «Probablemente, el núcleo del problema es que la democracia constitucional, para la que la limitación del poder cuenta tanto como la voluntad popular y el Estado de Derecho actúa como un freno sobre las decisiones de la mayoría, es poco compatible con visiones radicales de la legitimidad. Si se adopta esta perspectiva, contrapuesta a una visión radical o jacobina de la democracia, parece que lo que ha de estar democráticamente legitimado es el sistema político en su conjunto, no necesariamente cada uno de sus componentes». La opinión de Díez-PICAZO me parece más convincente. La legitimidad de origen del Ministerio Fiscal se halla en la Constitución y, por tanto, en el cumplimiento de las misiones que la suprema norma le encomienda. Ciertamente, las funciones del Ministerio Fiscal son activas (y no «reactivas» como las del Poder Judicial), pero se hallan sometidas a los principios de legalidad e imparcialidad y al deber de ejercitar la acción pública cuando sea viable técnicamente. En cualquier caso, no es del todo impermeable la distinción entre órganos «activos» o con iniciativa propia y «no activos». Por ejemplo, en el caso del Jefe del Estado, ¿de verdad cabe sostener con realismo que nunca actúa por iniciativa propia, incluso en el ámbito de sus funciones simbólico-representativas-arbitrales-moderadoras?

⁸⁸ Publicado en la *Revista de las Cortes Generales*, n.º 15, 1988, pp. 211-242. El Informe trae causa de la solicitud presentada por un diputado para que compareciera el Fiscal General del Estado ante la Comisión de Justicia e Interior de la Cámara en relación con «la actividad procesal de la Fiscalía en sumario seguido por el Juzgado Central de Instrucción número 5 contra los policías Amedo y Domínguez y comportamiento genérico de la Fiscalía en procedimientos penales seguidos contra miembros de las fuerzas de seguridad del Estado». La Mesa de la Cámara interesó Informe de la Secretaría General.

⁸⁹ La solicitud debe precisar el objeto de la comparecencia y tal objeto debe integrarse en la esfera de competencias propias del órgano cuyo titular habría de comparecer.

1.º. El Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Ejecutivo⁹⁰.

2.º. De ello resulta una consecuencia capital: las facultades de actuación de las Cortes Generales en relación con el Ministerio Fiscal son distintas e independientes de las que les corresponde en relación con el Gobierno. Este principio tiene tres efectos básicos: (a) las Cortes pueden ejercer las facultades que les corresponde respecto del Ministerio Fiscal, haya o no interesado el Gobierno la actuación de éste en relación con el asunto de que se trate; (b) el Ministerio Fiscal no responde políticamente ante el Congreso de los Diputados, pues tal responsabilidad corresponde en exclusiva al Gobierno (artículo 108 CE); (c) si el Ministerio Fiscal no forma parte del Gobierno ni de la Administración, el único precepto constitucional en el que se puede amparar la previsión contenida en el artículo 10 EOMF es el artículo 109 CE, que limita las facultades de las Cámaras a la solicitud de «información y ayuda» en relación con cualquier autoridad del Estado (entre las que se encuentra el Fiscal General del Estado; artículo 30 EOMF).

3.º. El Ministerio Fiscal se integra en el Poder Judicial (artículo 2 EOMF), pero su función no es jurisdiccional, sino de cooperación con la administración de justicia. Por ello podrá ser citado para informar sobre sus funciones (como acredita la práctica parlamentaria). En otras palabras, no cabe inadmitir a trámite una solicitud de comparecencia del Ministerio Fiscal al amparo de la naturaleza supuestamente jurisdiccional de sus funciones.

4.º. Podría suscitarse la posibilidad de que sólo fueran admitidas a trámite las solicitudes de comparecencia del Ministerio Fiscal que se refieran a asuntos generales y no a casos particulares, pero esta distinción no está justificada ya que se puede presumir que allí donde esté presente el Ministerio Fiscal estará afectado el interés público, aunque el caso sea singular. Ahora bien, si se solicita la comparecencia del Fiscal General del Estado sobre un asunto *sub iudice* procede su inadmisión a trámite

5.º. Dispone el artículo 10 EOMF que la finalidad de la comparecencia del Ministerio Fiscal consiste en «informar» sobre los asuntos para los que se le requiera. «Informar» tiene un significado jurídico preciso: durante la comparecencia del Fiscal General del Estado y una vez que éste haya concluido su exposición informativa, las intervenciones de los diputados miembros de la Comisión no podrán proceder a la valoración o enjuiciamiento político de la información proporcionada por el Fiscal, sino exclusivamente a la formulación de preguntas o a la solicitud de aclaraciones. La garantía del cumplimiento de ese límite corresponde al Presidente de la Comisión.

⁹⁰ Utilizando los argumentos típicos de la tesis «judicialista»: su regulación se ubica en el Título constitucional dedicado al Poder Judicial y no en el del Gobierno; con la Constitución vigente han desaparecido las fórmulas legales tradicionales que sí hacían depender el Ministerio Fiscal del Gobierno; la potestad de nombramiento y remoción del Fiscal General del Estado por el Gobierno no debe suponer influencia sobre una institución cuya actuación está sujeta «en todo caso» a los principios de legalidad e imparcialidad; el Ministerio Fiscal no está obligado a promover la actuación interesada por el Gobierno, sino a exponer su resolución al Gobierno de forma razonada (art. 8 EOMF).

El Informe es, en mi opinión, demasiado radical en su conclusión de que el Congreso no puede controlar la actividad del Ministerio Fiscal, sino tan sólo solicitarle información. Prácticamente equipara la posición del Fiscal General del Estado con la de un Juez. Esto es excesivo. La Fiscalía es un órgano técnico pero con iniciativa propia que tiene que tomar decisiones optando entre unas soluciones u otras, y cuya actuación incide directamente sobre derechos fundamentales de los justiciables. Que el margen de discrecionalidad de su actuación no sea muy amplio no significa que no lo tenga. El Informe llega incluso a reconocer que aunque el artículo 44.3 del Reglamento del Congreso, a propósito de otras «autoridades y funcionarios públicos» utiliza también el verbo «informar», la praxis parlamentaria admite sin embargo la posibilidad de enjuiciamiento político de la información suministrada, pero ello no es aplicable al Ministerio Fiscal porque está sujeto a los principios de legalidad e imparcialidad. Esta afirmación olvida por completo que también autoridades y funcionarios tienen que actuar con «sometimiento pleno a la ley y al Derecho» y servir «con objetividad los intereses generales» (art. 103.1 CE).

De otro lado, son muy interesantes las medidas que el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el 4 de junio de 1997⁹¹ instando al Gobierno a «reforzar la independencia e imparcialidad del Ministerio Fiscal» y cuyas líneas de fuerza residirían en el intento de vincular el Fiscal General del Estado al Congreso, tanto en su nombramiento como en los principios de su actuación y de otorgarle, frente al Gobierno, inamovilidad y participación en el proceso de elaboración de su propio presupuesto:

1.^a. El candidato propuesto por el Gobierno para ser nombrado Fiscal General del Estado por el Rey comparecerá, tras ser oído el Consejo General del Poder Judicial, ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, para que los grupos parlamentarios puedan tener un conocimiento de sus méritos y trayectoria profesional que les permita expresarse sobre la idoneidad para desempeñar el cargo.

2.^a. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal fijará para el mandato del Fiscal General del Estado un periodo de años determinado, dentro del cual sólo podrá ser cesado por objetivas causas regladas.

3.^a. El Fiscal General del Estado remitirá la Memoria anual de la Fiscalía a la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados para su examen, debate y, en su caso, formulación de propuestas de resolución.

4.^a. Los Presupuestos Generales del Estado contemplarán partidas presupuestarias específicas para atender las necesidades funcionales del Ministerio Fiscal, previamente evaluadas por el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal.

Estas medidas apuntan, a mi juicio, en la dirección correcta. En primer lugar, el establecimiento de la garantía de la inamovilidad en el cargo de Fiscal General del Estado es el instrumento más eficaz para evitar la dependencia fáctica hacia el Gobierno que pesa realmente sobre la institución o, peor aún,

⁹¹ BCD, serie D, n.º 150, pp. 15 s.

que constantemente se le supone. La autonomía presupuestaria que se sugiere por la cuarta propuesta vendría a confirmar la ruptura de dicha dependencia gubernamental. El *hearing* ante la Comisión parlamentaria⁹², aunque interesante, me parece una medida mucho menos importante y, por tanto, más prescindible que la exigencia de remitir la Memoria anual de la Fiscalía para su examen, debate e, incluso, formulación de propuestas. En la actualidad, el destinatario a título propio de la Memoria es el Gobierno (art. 9.1 EOMF); el Estatuto Orgánico sólo ordena que se remita una copia a las Cortes Generales y al Consejo General del Poder Judicial. El examen parlamentario de la Memoria anual probablemente sea el instrumento de control parlamentario más adecuado que quepa plantear, a la vez que permitiría al Congreso participar en la definición de las grandes líneas maestras de la política criminal. El Gobierno es el director de la política criminal, pero, obviamente, no su único intérprete.

La doctrina de la irresponsabilidad parlamentaria del Ministerio Fiscal se sustenta en el Informe parlamentario recordado en la naturaleza cuasi-judicial de sus funciones y en la posición institucional de independencia respecto del Gobierno que le caracteriza. Estas dos tesis son, sin embargo, vulnerables a la crítica. Ya hemos distinguido en varias ocasiones a lo largo de este trabajo la diferente posición institucional y la diversa naturaleza de las funciones de Fiscal y de Juez. Pero interesa ahora reparar especialmente en que, si bien jurídicamente el Ministerio Fiscal no depende del Gobierno, ambas instituciones comparten (y por ello están condenadas a entenderse) un mismo ámbito de actuación, el de la política criminal, cuya dirección corresponde al Gobierno. Ésta es la siguiente estación de nuestro recorrido.

⁹² Algún autor (Manuel MARCHENA: *El Ministerio Fiscal, su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 194) ha llegado incluso a sugerir que aunque la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado corresponde al Gobierno (art. 124.4 CE), podría exigirse en el Estatuto Orgánico que tal propuesta «tomara como base un candidato nominado a su vez por una mayoría reforzada del órgano legislativo». Esta idea se inscribe en la tesis del Fiscal Parlamentario, es decir, en un Ministerio Fiscal vinculado no al Gobierno sino al Parlamento «en cuanto poder del Estado que representa la soberanía popular y del que precisamente emana la legalidad que el Fiscal ha de defender» (I. FLORES, *ob. cit.*, p. 327). Que el Parlamento participara en la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado plantea, sin embargo, alguna duda de constitucionalidad, pues en el art. 124.4 CE dicha propuesta se atribuye en exclusiva al Gobierno como un acto discrecional (FLORES, *ibidem*, p. 330). A ello añade DIEZ-PICAZO (*El poder...*, *ob. cit.*, p. 179) que la dependencia parlamentaria del Ministerio Fiscal podría, en principio, considerarse una «solución atractiva por su simplicidad y elegancia», pues «combina conexión con el circuito democrático y exclusión de la manipulación partidista del Ministerio Fiscal», pero «presenta un grave inconveniente: sólo puede funcionar mediante mayoría cualificada, porque si fuera la ordinaria, no habría diferencia práctica con la elección por el Gobierno, sustentado por la mayoría parlamentaria». Pues bien, «el problema es que los nombramientos mediante amplio consenso parlamentario tienen pleno sentido para órganos de control (Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, etc.), ya que es conveniente que gocen de la mayor confianza posible, pero tratándose de órganos activos que adoptan genuinas iniciativas, la fórmula en examen es dudosamente compatible con un régimen parlamentario, donde la dirección política corresponde al Gobierno y no al Parlamento y, sobre todo, conduciría a una especie de "democracia consociativa" en la gestión de la política criminal» «Dado que las principales fuerza políticas serían responsables, no habría oposición y, en el fondo, nadie sería responsable de la política criminal». Por mi parte, añadiría que, en la práctica, la elección parlamentaria de diversos órganos (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas) no salva (sino quizás todo lo contrario) el reproche de «politización» y de dependencia partidista (aunque no sea sólo de la fuerza política mayoritaria) de los candidatos propuestos.

3.^a. *Debe ser el Gobierno quien dirija la política criminal a través de, entre otros instrumentos, el Ministerio Fiscal*

En primer lugar debemos detenernos en el mismo concepto de «política criminal» porque, como observan M. COBO DEL ROSAL y T. VIVES ANTÓN⁹³, históricamente ha sido comprendido de modo diverso. Inicialmente, el concepto de *Kriminalpolitik* se acuña en Alemania en el siglo XIX en el sentido de «sabiduría legislativa del Estado o ciencia política de legislar», según la clásica expresión de FEUERBACH⁹⁴. Esto es, política criminal sería política de legislación penal. Pero a finales de ese siglo, junto con la emergencia y eclosión de la criminología, la noción de política criminal se va a referir, de acuerdo con la no menos clásica definición de VON LISZT, al «conjunto sistemático de principios, garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el crimen por medio de la pena y de sus formas de ejecución»⁹⁵. Esta segunda tesis, a diferencia de la primera, distingue netamente entre «política criminal», cuyo objetivo es la erradicación de la delincuencia, y «Derecho penal», que es un orden basado en la primacía de las libertades del delincuente⁹⁶. El Derecho penal sería «un límite infranqueable de la política criminal»⁹⁷.

Posiblemente, ambas concepciones de la política criminal, aunque distintas, son complementarias. Habría, por tanto, que distinguir entre la «política penal» y la «política criminal» como aspecto de una más amplia «política social»⁹⁸, pero también la primera sería política criminal en sentido amplio. El Derecho penal no sólo sería «límite», sino también «instrumento» de la política criminal. Según PULITANÒ⁹⁹, la política de Derecho penal «representa el núcleo originario de la política criminal, un campo no exclusivo ni decisivo, pero que define el objeto de esta lucha: delito y pena, los dos polos del Derecho penal son los dos polos de la política criminal». «Política penal» y «política cri-

⁹³ *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996 (4.ª ed.), p. 116.

⁹⁴ Citado por Emilio LANGLE: *La teoría de la política criminal*, Reus, Madrid, 1927, p. 18.

⁹⁵ «Kriminalpolitische Aufgaben», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1889. Citado por E. LANGLE, *ibidem*, p. 17.

⁹⁶ COBO y VIVES, *ibidem*, p. 116.

⁹⁷ COBO y VIVES, *ibidem*, p. 116. Estos autores dan cuenta (p. 119) de cómo en la actualidad el influyente Claus ROXIN, superando la clásica tesis de VON LISZT, intenta configurar las categorías centrales del derecho penal como concreciones de exigencias político-criminales. De este modo, «la cuestión de la culpabilidad aparece como cuestión 'de si y hasta qué punto' en los casos de circunstancias personales irregulares o condicionado por una situación, conviene una sanción a una conducta que, en principio, está amenazada con pena». Y la concepción de la antijuridicidad más correcta sería «la que da cabida en los casos particulares a las soluciones más adecuadas de los conflictos sociales». Y en consecuencia, «la política criminal deja así de ser factor extrínseco al sistema jurídico-penal para convertirse en criterio determinante de su contenido». COBO y VIVES critican esta tesis, tanto por razones de tipo político («la concepción de Derecho penal como medio de configuración social es peligrosa», ya que «la transformación de la sociedad por medio de la pena se convierte en insoportable tiranía»), como de corte científico (pues la tesis de ROXIN «no aporta fundamento a la dogmática penal... toma como punto de partida el sistema de convivencia de una sociedad determinada y sobre esa base se aplica a reducir o a eliminar los conflictos»).

⁹⁸ Así lo hace Domenico PULITANÒ, voz «Politica criminale», en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1985, vol. XXXIV, p. 75.

⁹⁹ *Ob. cit.*, p. 75.

minal» persiguen el mismo fin, la disminución de la criminalidad, pero con distintos instrumentos, la justicia penal la primera y «toda la amplia gama de intervenciones por las que el fenómeno social “criminalidad” pueda ser reprimido y, sobre todo, prevenido» la segunda¹⁰⁰. La distinción es interesante porque así como el máximo protagonista de la «política penal» es el legislador, al menos formalmente¹⁰¹, el director indiscutible de la «política criminal» es, sin duda, el Gobierno, órgano que dirige la política y la administración (art. 97 CE). La política criminal, sostiene M. LÓPEZ-REY¹⁰², «se ocupa de reducir la criminalidad al mínimo soportable como parte de la política general del Gobierno». Cuando el Gobierno decide crear un plan nacional sobre drogas, o tomarse en serio, con diversas medidas organizativas, preventivas y/o de Derecho administrativo sancionador, la lucha contra la violencia en los espectáculos deportivos, o la violencia doméstica, o proponer la modificación de diversas leyes para endurecer la lucha contra el narcotráfico o el terrorismo, etc., o crear una fiscalía anticorrupción, eso es política criminal. Y, por supuesto, como en toda otra política, también en la «política criminal» caben opciones y prioridades diferentes. Porque quizás lo más característico de la función de dirección que corresponde al Gobierno esté en lo que Temistocle MARTINES¹⁰³ describía como la fase teleológica del *indirizzo politico*, esto es, «la individualización de fines» (hoy diríamos la construcción de agenda). En la actividad de gobierno, a diferencia de la actividad administrativa, «no es posible una predeterminación de los fines, porque ella misma es determinadora de los fines», en el marco (relativamente amplio) de la Constitución¹⁰⁴.

El Gobierno dirige, pues, la política criminal. La cuestión ahora es determinar si el Ministerio Fiscal también toma decisiones de política criminal y, por tanto, si, de alguna manera, debe subordinarse (o, como mínimo, coordinarse o colaborar) con el Gobierno como titular constitucional de dicha función. Obsérvese que, en realidad, se trata de dos cuestiones, que son sucesivas además. Porque si se da una respuesta negativa a la primera, es decir, si se alcanza la conclusión de que el Ministerio Fiscal no toma decisiones de política criminal, sobra la segunda, esto es, la necesidad de vincularlo de algún modo con el Gobierno (al menos por esta razón). Y viceversa. Nadie discute, por supuesto, que el Ministerio Fiscal sea en sí mismo un instrumento esencial de lucha contra la criminalidad y por tanto de política criminal. La configuración de la organización, recursos, funciones, etc., de la fiscalía es un asunto central dentro de dicha política. El punto controvertido es si el Ministerio Fiscal toma decisiones en ese ámbito o, por el contrario, le vienen nor-

¹⁰⁰ PULITANÒ, *ibidem*, p. 75.

¹⁰¹ «Máximo», pero no «único», evidentemente. El Gobierno tiene en su mano todos los resortes conocidos que le otorgan una posición privilegiada en el procedimiento legislativo. Políticamente, la política criminal prevalente en cada periodo procede del programa del partido político que disponga de la mayoría parlamentaria que sostiene al Gobierno.

¹⁰² *Compendio de criminología y política criminal*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 147.

¹⁰³ Voz «Indirizzo politico» en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, p. 135.

¹⁰⁴ T. MARTINES, *ibidem*, p. 138.

mativamente predeterminadas e impuestas. Pues bien, es un hecho que el Ministerio Fiscal sí toma decisiones de política criminal, muy importantes y muy a menudo además. Basta leer los índices de las Memorias Anuales del Fiscal General del Estado para contrastarlo. El Ministerio Fiscal, sobre todo a través de las circulares, instrucciones y resolución de consultas del Fiscal General del Estado, propone modificaciones normativas (por ejemplo, este mismo año, la regulación de la prisión preventiva y de las intervenciones telefónicas), unifica criterios de interpretación legales (lo cual supone elegir entre opciones) y también «prioriza» unos asuntos sobre otros, como, por ejemplo, cuando decide «reprimir con toda ejemplaridad los malos tratos en el ámbito doméstico»¹⁰⁵, o, en mayo de este año, crear un servicio específico de accidentes laborales en las fiscalías provinciales, o cuando decide no crear un servicio semejante respecto de los delitos monetarios o de la protección del medio ambiente, a pesar de las insistentes solicitudes en este sentido desde diversas instancias.

Con la actual regulación, por tanto, el Ministerio Fiscal (particularmente el Fiscal General del Estado) toma decisiones de política criminal por las que no responde políticamente de modo alguno y sobre las que el Gobierno poco o nada puede decir ya que no hay procedimiento practicable para ello (pues el art. 8 EOMF tiene, como hemos visto, unas facturas muy estrechas), a pesar de que la Constitución le otorga la dirección de la política, y por tanto, implícitamente, de la política criminal. A todo ello súmese que sobre el Ministerio Fiscal pesa constantemente la sospecha de su dependencia fáctica gubernamental desde la propuesta de nombramiento y cese del Fiscal General del Estado por parte del Gobierno.

Parece claro, sin embargo, que es al Gobierno a quien corresponde la dirección de la política criminal, un aspecto de la dirección de la política interior que el artículo 97 CE le encomienda¹⁰⁶. También los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, sobre todo si se dispone de policía autonómica, pueden desarrollar una política criminal propia (aunque no, evidentemente, una política penal). El Gobierno vasco tiene una política criminal específica en materia antiterrorista, por ejemplo. Recuérdesse que, en virtud del artículo 11 EOMF, también los «órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas» pueden «interesar la actuación del Ministerio Fiscal en defensa del interés público». Entre los distintos instrumentos e instituciones de la política criminal (política penal, penitenciaria, de indultos, pero también de policía, prevención, servicios sociales, etc.), sobresale el Ministerio Fiscal como «actor

¹⁰⁵ Circular de la Fiscalía General de Estado de 24 de octubre de 1998. Con medidas como las de interesar a la autoridad judicial la medida cautelar de prohibir al denunciado acudir a determinados lugares, como el domicilio o el trabajo de la víctima; ordenando crear un «Servicio de Violencia Familiar» en cada Fiscalía, en el que se lleve un Registro especial de casos; instando a que los Fiscales se constituyan desde el primer momento en las actuaciones, o que interesen la incoación de diligencias previas a pesar de la escasa importancia del acto concreto violento si vinieren en conocimiento de la existencia de habitualidad, etc.

¹⁰⁶ Sobre este punto hay acuerdo generalizado: J. F. LÓPEZ AGUILAR (*ob. cit.*, p. 195), J. GARCÍA MORILLO (*Derecho Constitucional...*, *ob. cit.*, p. 238) o Díez-Picazo (*ob. cit.*, pp. 171 ss.).

penal por excelencia» (J. F. LÓPEZ AGUILAR¹⁰⁷). Algún tipo de vinculación (descartada, por supuesto, la dependencia o la tutela) entre Ministerio Fiscal y Gobierno parece, pues, necesaria¹⁰⁸. Un Ministerio Fiscal completamente independiente conllevaría «la renuncia a una política criminal mínimamente coherente o, aún peor, una delegación de dicha política en funcionarios políticamente irresponsables cuyas directrices de acusación son desconocidas de antemano y cuyo comportamiento puede ser, por consiguiente, errático» (L. M.^a DÍEZ-PICAZO¹⁰⁹). A la idea de cooperación entre Gobierno y Ministerio Fiscal alude expresamente la Recomendación número 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2000) 19, sobre el papel del ministerio público en el sistema de justicia penal: «En orden a promover la justicia y la efectividad de la política criminal, los ministerios públicos deberán cooperar con agencias gubernamentales... tanto como permita la ley». Recientemente, L. M.^a DÍEZ-PICAZO ha propuesto una tesis sugestiva para explicar las relaciones que median entre Gobierno y Ministerio Fiscal¹¹⁰. A su juicio, en el mundo del Derecho, el concepto de «independencia» puede utilizarse en un sentido «fuerte» o en uno «débil». Él descarta que la idea de independencia fuerte valga para el Ministerio Fiscal pues éste «no puede quedar desligado por completo del mundo de la política», lo contrario «conduciría a una difícilmente admisible confusión entre función acusatoria y función jurisdiccional» y, además, porque la «independencia fuerte» no es «activa» (como las funciones del fiscal), sino «reactiva» (como la función jurisdiccional): los jueces no eligen los asuntos que han de juzgar. Así que «la única independencia que cabe recabar para el Ministerio Fiscal es en sentido débil, una suerte de vinculación Ministerio Fiscal/Gobierno indirecta como única vía de cohesión las exigencias del principio de legalidad con las de la política criminal». En este sentido, «independencia no es prohibición absoluta de intromisión o condicionamien-

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 196. «Todo sistema penal democrático debe aspirar a tener un determinado cauce constitucional de diseño y ejecución de una cierta política criminal, en el que esa promoción de la acción pública penal sea razonablemente un instrumento capital. El Ministerio Fiscal es, pues, una pieza clave en una ejecución de la política criminal determinada por quien, constitucionalmente, tiene facultad para ello, el Gobierno» (p. 200). «Convendría asumirlo de una vez y por entero: es lógicamente al Gobierno y no a ningún otro órgano al que los ciudadanos exigen no sólo que, por la mediación de las Cortes Generales, la legislación penal se configure de esta o aquella manera, sino también que, una vez configurada como el legislador ha resuelto, dicha normación sea actuada y, en su caso, exigida por cauces jurisdiccionales. Y si el Gobierno no puede en modo alguno responder del patrón de la actuación (o falta de actuación) de Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial, sí debe hacerlo por lo menos (o mejor, poder hacerlo) respecto del eventual y oportuno 'impulso' de su actuación, en defensa de intereses públicos y generales, tutelados por las leyes».

¹⁰⁸ Entre otras razones, para evitar que suceda algo parecido al ejemplo que recuerda L. M.^a DÍEZ-PICAZO (*ob. cit.*, p. 166): en el año 94 el Gobierno reduce por vía reglamentaria el nivel máximo de alcohol en sangre permitido para conducir y, sin embargo, una instrucción del Fiscal General del Estado dispuso que sólo se habría de acusar a los conductores «realmente afectados por las bebidas». Este ejemplo demuestra que es el Fiscal General del Estado, y no el Gobierno, quien decide libremente en España la orientación político-criminal de su departamento, sin responder políticamente de modo alguno por ello.

¹⁰⁹ «El Poder Judicial. Independencia del Ministerio Público», en *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Civitas, Madrid, 1997, p. 225.

¹¹⁰ *Ob. cit.*, pp. 175 ss.

to, sino `autonomía operativa´ o funcional», esto es, «el Gobierno debe ser responsable de los criterios generales de actuación del Ministerio Fiscal, pero absteniéndose de interferir en sus decisiones en los casos concretos»¹¹¹. Coincido con esta tesis. Pero L.M.^a Díez-PICAZO va más allá en su razonamiento y sugiere que el modelo de esta independencia en sentido débil es el de las «Agencias Independientes», como, por ejemplo, los Bancos Centrales. Recuerda Díez-PICAZO que estas Agencias no están insertas en la jerarquía administrativa ordinaria, que el Gobierno no puede dirigirles órdenes o instrucciones, ni revisar sus decisiones, pero sobre las que subsisten «otras formas tenues de orientación y control, sobre todo de naturaleza política»¹¹², destacadamente, la facultad de nombramiento y cese de los miembros de la Agencia. La comparación de la relación Ministerio Fiscal/Gobierno con la que mantienen las Agencias Independientes y el Gobierno es evocadora, pero presenta, sin embargo, puntos de divergencia significativa. Primero: la finalidad de la creación de las Agencias es el intento de neutralizar la utilización partidista por parte del Ejecutivo de ciertas actuaciones de la Administración que tradicionalmente se venían realizando bajo la dependencia y dirección del Gobierno¹¹³, mientras que el sentido de su comparación con el Ministerio Fiscal responde, en la construcción de Díez-PICAZO, precisamente al impulso contrario, es decir, al intento de vincular de algún modo con el Gobierno a un Ministerio Fiscal independiente desde el punto de vista jurídico. Segundo: las «Administraciones o Agencias independientes» son administraciones públicas y el Ministerio Fiscal no, por lo que las comparaciones entre ambos tipos de instituciones deben trazarse con cuidado. Tercero: un factor capital de neutralización del potencial de dirección que se deriva de la facultad gubernamental de nombramiento de los órganos rectores de la Agencia reside, precisamente, en la imposibilidad de libre cese de tales órganos¹¹⁴. Esto no ocurre, empero, con el Fiscal General del Estado, que puede ser cesado libremente por el Gobierno en cualquier momento. Cuarto: como ocurre con las relaciones Ministerio Fiscal/Gobierno, tampoco las relaciones entre las Agencias o Administraciones Independientes y el Gobierno son calificadas de modo pacífico por la literatura e, incluso, algunos autores, como J. M.^a BILBAO, han planteado la difícil compatibilidad de estas Agencias con el marco

¹¹¹ *Ob. cit.*, p. 176.

¹¹² *Ibidem*, p. 177.

¹¹³ Ver: Juan María BILBAO UBILLOS: «Las Agencias Independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3 (1999), pp. 163 ss., y Mariano MAGIDE HERRERO: *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP, Madrid, 2000, p. 33. «El régimen jurídico de las Administraciones Independientes se levanta sobre las normalmente conocidas como garantías o elementos de independencia, que bloquean los instrumentos de los que normalmente se vale la Administración gubernativa para la dirección de la Administración institucional o instrumental» (p. 34).

¹¹⁴ M. MAGIDE, *ibidem*, p. 97. Existe una «asincronía» de los mandatos de los órganos rectores de las administraciones independientes con el de los miembros del Gobierno, de modo que, a veces, «el Gobierno "cohabita" con órganos cuyos integrantes fueron elegidos por gobiernos de otro color político» (p. 97). Y esta «asincronía» se refuerza por las renovaciones parciales de los órganos rectores.

constitucional¹¹⁵. En conclusión, calificar al Ministerio Fiscal como «Agencia Independiente» es un hallazgo semántico, pero, a mi juicio, aporta poco en la clarificación de su estatuto constitucional.

IV. CONCLUSIONES: MÁS AUTONOMÍA, COMPATIBLE CON MEJORES CANALES DE COLABORACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL CON EL GOBIERNO Y MAYOR CONTROL PARLAMENTARIO

Nuestro sistema reúne, pues, las debilidades tanto de la concepción «judicialista» (una fiscalía que toma decisiones de política criminal sin responder políticamente de ello y sin coordinación o colaboración gubernamental), cuanto de la «gubernativa» (sumisión fáctica al Gobierno de turno, sobre todo en los casos de criminalidad gubernativa). La combinación de la fuerte posición jerárquica del Fiscal General del Estado, la importancia jurídico-política de sus decisiones en el campo de la política criminal, y su irresponsabilidad política es un hecho inquietante desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho. Tanto o más que su dependencia fáctica hacia el Gobierno que le nombra o depone. La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal debiera, por consiguiente, tener en cuenta una *mayor autonomía* del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno, compatible con la simultánea previsión de vías de *colaboración* respecto de la política criminal que no existen o no son fácilmente transitables en la actualidad y el establecimiento de canales de *control parlamentario* del Ministerio Fiscal.

Evitar la dependencia fáctica del Fiscal General del Estado hacia el Gobierno que propone su nombramiento, una dependencia real o no pero que constantemente se presume, debe ser un objetivo irrenunciable de cualquier reforma del estatuto legal del Ministerio Fiscal. La sospecha de la subordinación del Fiscal General del Estado hacia el Gobierno que le ha nombrado y que en cualquier momento puede cesarlo es una idea tan arraigada como valorada de modo negativo en nuestra cultura jurídica y en el debate político, pese a lo cual el punto noveno del Pacto para la Reforma de la Justicia, firmado por el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español el 31 de mayo de 2001, relativo al Ministerio Fiscal, se refiere tan sólo a una «actualización del Estatuto Orgánico» sin mencionar vía alguna para impedir o, al menos, obstaculizar la posible dependencia del Fiscal General del Estado hacia el Gobier-

¹¹⁵ «Las Agencias Independientes...», *ob. cit.*, pp. 172 ss. Pues el art. 97 CE afirma expresamente que es el Gobierno quien dirige la Administración y quien responde solidariamente de su gestión ante el Parlamento (art. 108 CE). A juicio de J. M. BILBAO, «el trasfondo ideológico de esta alternativa organizativa» es «el avance imparable de la legitimación tecnocrática o sofocrática (gobierno de los sabios) frente a la democrática o electoral» (p. 180). Este es «un discurso peligroso, porque puede llevar a negar la premisa básica de la democracia, el principio de que todos pueden decidir sobre todo, de que no hay ámbitos sustraídos a la voluntad popular» (p. 181).

no de turno, salvo la de establecer «la temporalidad en los cargos jerárquicos del Ministerio Fiscal con criterios objetivos»¹¹⁶. Que el Gobierno siga proponiendo al Fiscal General del Estado puede ser coherente con la función de aquél de dirección de la política criminal y, en cualquier caso, revisarlo conllevaría el alto coste de la reforma constitucional. Que sea el Parlamento quien propusiera su nombramiento obstaculizaría su función de control (pues cualquier censura se convertiría en autocensura por *culpa in eligendo*), y tampoco impediría, por sí mismo, el riesgo del reproche de su politización partidista. Basta contemplar el triste espectáculo de la última renovación de la (significativamente) denominada «cesta de cargos» (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial y Tribunal de Cuentas). Probablemente, la medida más eficaz para evitar una dependencia fáctica, vergonzante o informal del Ministerio Fiscal hacia el Gobierno sea, como ya se ha indicado, la de garantizar la inamovilidad del Fiscal General del Estado, esto es, que no pueda ser separado o suspendido sino por algunas de las causas y con las garantías previstas por la ley.

Mención aparte merece la cuestión de la criminalidad gubernativa. En este punto la necesidad de cortar la real o posible dependencia fáctica del Fiscal General del Estado hacia el Gobierno alcanza su máxima expresión. El ampliamente difundido deseo de «independencia» del Ministerio Fiscal en España y en los países de nuestro entorno no proviene en el año 2001, según creo y contrariamente a lo que opina J. F. LÓPEZ AGUILAR¹¹⁷, de la reacción frente «a etapas históricas en las que el Ejecutivo no era democrático», sino, más bien, frente a la avalancha de casos de criminalidad gubernativa en el contexto del creciente fenómeno de la corrupción política. En los supuestos de criminalidad gubernativa debiera, pues, arbitrarse un sistema que asegurara la máxima imparcialidad de la fiscalía. Que decida en exclusiva, como con la actual regulación, un Fiscal General del Estado que ha sido propuesto por el Gobierno y puede ser cesado por él no es, ni de lejos, la solución óptima.

Pero junto con la ruptura de la dependencia fáctica, es absolutamente fundamental establecer vínculos de colaboración entre Gobierno y Ministerio Fiscal en el campo de la política criminal, superando la curiosa paradoja del actual sistema, que asegura simultáneamente una dependencia orgánica y un cierto grado de autismo funcional, pues el cauce de colaboración previsto en el artículo 8 EOMF es muy estrecho y además no se suele utilizar a fin de intentar evitar una apariencia de dependencia que, por otro lado, se presume de hecho sin asomo de duda. El Gobierno debería poder dirigir al Ministerio Fiscal directivas o instrucciones de carácter general, marcando líneas de actua-

¹¹⁶ La reforma en profundidad del Estatuto parece ser que se defiere a un momento posterior a la futura aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y, especialmente, a la nueva posición del fiscal en la fase de instrucción. Sería, probablemente, más correcto operar justo al revés: primero asegurar la «imparcialidad» del Ministerio Fiscal y luego reformar el proceso penal concediéndole tanto mayor peso cuanto sea necesario.

¹¹⁷ *Ob. cit.*, p. 193.

ción de política criminal, una posibilidad que el actual Estatuto parece no contemplar ya que el artículo 8 EOMF se refiere, más bien, a casos concretos. Unas directivas que debieran hacerse públicas, por las que el Gobierno pudiera responder ante el Congreso, generales, y «positivas» (I. FLORES¹¹⁸), esto es, «de impulso de acción y no de omisión o inactividad».

Por último, y sin perjuicio de que el Gobierno respondiera ante el Parlamento por la formalización de las directrices de su política criminal (directrices que ahora parece no tener sino de modo fragmentario e implícito, y, en cualquier caso, por las que se niega a ser controlado), el Fiscal General del Estado, que sí toma decisiones explícitas de política criminal y actualmente no responde de modo alguno por ello, debiera también poder ser controlado en sede parlamentaria. Como se ha indicado, el examen anual de la Memoria de la Fiscalía por parte de la Comisión del Congreso correspondiente pudiera ser una técnica muy apropiada en este sentido.

¹¹⁸ *Ob. cit.*, p. 361.

