

El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales

Fernando Herrero-Tejedor
Doctor en Derecho
Fiscal de Sala

SUMARIO: I. CONSTITUCIÓN Y MINISTERIO FISCAL.—II. CONSTITUCIONALISMO MODERNO: ESTADO Y PERSONA.—III. EL MINISTERIO FISCAL COMO DEFENSOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—IV. EL AMPARO JUDICIAL: 1. Proceso contencioso-administrativo. 2. Proceso civil: A) *Consideraciones generales*. B) *El Fiscal en la L.O. 1/1982, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. 3. Proceso laboral. 4. Proceso penal: A) *La regla de la proporcionalidad de los sacrificios*. B) *El Fiscal y la presunción de inocencia*.—V. EL AMPARO CONSTITUCIONAL: A) La intervención del Ministerio Público. B) La legitimación del Fiscal y sus clases.—VI. CONCLUSIONES: A) La necesaria autonomía funcional. B) La Moción del Congreso de los Diputados.

I. CONSTITUCIÓN Y MINISTERIO FISCAL

La Constitución Española de 1978 (CE) dedica al Ministerio Fiscal un precepto completo (el artículo 124, dentro de su Título VI: «Del Poder Judicial»), y lo cita en otros cuatro más: el artículo 76.1 (posibilidad de que las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales comuniquen sus resultados al Ministerio Público para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones pertinentes); el artículo 126 (que coloca a la policía judicial bajo la dependencia de los Jueces y Tribunales y del Ministerio Fiscal); el artículo 127 (que prohíbe a los miembros del Ministerio Fiscal en activo el desempeño de cargos públicos y la pertenencia a partidos políticos y sindicatos, sustituyendo estos últimos por la posibilidad de una asociación profesional dotada de ciertas peculiaridades); y el artículo 162.1.b) (que lo legitima para interponer el recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales).

La primera consecuencia de ello es que nos encontramos ante una verdadera **constitucionalización** del Ministerio Fiscal: la Institución no puede desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico ni cambiar de configuración sin una modificación de la Norma Suprema.

Tal configuración se efectúa en el artículo 124.2 CE, que lo somete a dos grupos de principios de no fácil compatibilidad:

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

La dependencia jerárquica debe entenderse como una consecuencia obligada de la unidad de actuación: si el Ministerio Fiscal debe actuar de igual forma en toda España, la única forma de conseguirlo es someterlo a una estructura jerárquica. Ahora bien, tal dependencia no está referida al Gobierno, sino al Fiscal General del Estado, cabeza de la Institución. Así se desprende del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹ (EOMF), ley que desarrolla las previsiones del artículo 124.3 CE.

Su artículo 8 prevé que:

1. *El Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público.*

2. *La comunicación del Gobierno con el Ministerio Fiscal se hará por conducto del Ministerio de Justicia a través del Fiscal General del Estado. Cuando el Presidente del Gobierno lo estime necesario podrá dirigirse directamente al mismo.*

El Fiscal General del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada. En todo caso, el acuerdo adoptado se notificará a quien haya formulado la solicitud.

Así las cosas, el Gobierno puede interesar del Fiscal General del Estado cualquier actuación, pero la Institución sólo debe hacer suya la iniciativa si lo ordena su cabeza visible, previa audiencia de la Junta de Fiscales de Sala (denominada por los medios de comunicación «cúpula de la Carrera»), formada por los 15 Fiscales que integran la primera categoría, equiparados a los Magistrados del Tribunal Supremo.

Es decir, los Fiscales dependen del Fiscal General del Estado, no del Gobierno. Este sólo puede relacionarse —a través del Ministro de Justicia— con el Fiscal General del Estado, nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno, pero no con los demás integrantes de la Carrera Fiscal. Nos encontramos, pues, ante una dependencia *ad intra*, no *ad extra* de la Institución.

Tal afirmación se ve consolidada por el segundo principio rector del Ministerio Fiscal: su actuación se producirá en todo caso con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad.

El principio de legalidad queda claro no sólo por el tenor literal del artículo 124.2 CE, sino por el hecho de que la Institución recibe el encargo del constituyente de interponer el recurso de amparo constitucional (artículo 162.1.b).

¹ Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

El último y máximo mecanismo de protección de los derechos fundamentales puede ser accionado por el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido parte en el proceso judicial subyacente. Así lo recoge la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) en su artículo 46.1.b) y el EOMF en el artículo 3.10. Y además se le atribuye intervención también en los procesos judiciales de amparo (artículo 3.12 EOMF), como veremos más tarde.

Con ello se desvincula al Ministerio Público de la misión exclusiva de ejercitar la acción pública en materia criminal. Coincidimos con DÍEZ-PICAZO² en que «el rasgo definitorio de la idea del Ministerio Fiscal radica precisamente en el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado». Pero no estamos tan de acuerdo con dicho autor en que el resto de sus funciones son «atribuciones accidentales», al menos en nuestro sistema constitucional.

II. CONSTITUCIONALISMO MODERNO: ESTADO Y PERSONA

Desde la Ley Fundamental de Bonn de 1949³, el constitucionalismo europeo ha dejado de ser principalmente una regulación de los poderes del Estado y de sus mutuas relaciones, controles y contrapesos, para poner el acento en los derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos. Podría decirse que la persona pasa a primer plano, y su protección será a partir de ahora la misión esencial de esa complicada creación del Derecho que es el Estado moderno.

La razón de tal cambio de orientación se encuentra en la misma historia constitucional de Alemania. La Constitución de Weimar de 1919, pese a su perfección técnico-jurídica y al equilibrado sistema de configuración de poderes, de sus respectivos ámbitos de competencias y los sistemas para garantizar el control de la actividad institucional, no fue capaz de evitar la llegada al poder del Tercer Reich y los desmanes del nacional-socialismo. Después de la segunda guerra mundial, el pueblo alemán ha aprendido de su propia experiencia, y su nueva Constitución, treinta años posterior a la anterior, comienza hablando de la persona, que se convierte en el eje de la nueva regulación, pasando a ser el Estado un instrumento a su servicio. Resulta ilustrativo su artículo 1.1⁴: «*La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.*»

Dentro de la dignidad de la persona ocupan un lugar preeminente los derechos fundamentales. La Ley Fundamental de Bonn no los define, sino que se limita a enumerarlos y a establecer la vinculación de todos los poderes públicos a su protección, sin necesidad de que el legislador ordinario medie en su desarrollo: «*Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable*» (artículo 1.3).

² Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *El poder de acusar*, Barcelona, 2000, pp. 12 y 13.

³ La Ley Fundamental de Bonn fue aprobada el 23 de mayo de 1949 para la entonces República Federal de Alemania del Oeste. Hoy está vigente para toda la República Federal de Alemania.

⁴ LEY FUNDAMENTAL PARA LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Seguimos la traducción española de Ernesto GARZÓN VALDÉS, con la colaboración de Ricardo GARCÍA MACHO y Karl Peter SOMMERMANN, Bonn, 1997.

La falta de enunciación de un concepto de derecho fundamental por el constituyente alemán (seguido en este punto por el español de 1978) no puede atribuirse más que a su prudencia jurídica, pues coincidimos con RUBIO LLORENTE⁵ en que «los elementos de nuestro ordenamiento que mejor se prestan a esta disolución del saber jurídico en pura retórica son los principios constitucionales y los derechos fundamentales».

Respecto a su **naturaleza ontológica**, convenimos con René Cassin⁶ —Presidente de la Comisión que elaboró la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948— en que es posible llegar a un acuerdo respecto a un cierto número de verdades prácticas relativas a la vida en común de los hombres, «a condición de que no se pregunte por qué». Es decir, cabe establecer una formulación común de tales principios, aun entre personas de procedencias muy diversas, pero los mismos derivan —en la mente de cada una de ellas— de dependencias ideológicas, tradiciones filosóficas o religiosas, trasfondos culturales, experiencias históricas y concepciones teóricas extremadamente diferentes o incluso fundamentalmente contrapuestas.

En consecuencia, una interpelación profunda acerca de la naturaleza de los derechos fundamentales resulta no sólo ajena a este trabajo, sino en extremo dificultosa: de hecho, se hace casi imposible encontrar una común justificación racional de esos derechos.

A los efectos jurídicos que nos ocupan, baste con decir que los derechos fundamentales no son sino **derechos humanos positivizados**. Es decir, aquellos que —siendo inherentes a la dignidad de la persona: (artículo 10.1 CE)— han sido recogidos por el Constituyente, y dotados de un peculiar *status*, que se resume en dos notas principales: protección y vinculación.

Como dice MONTORO PUERTO⁷, en la gradación constitucional de derechos aparecen unos de mayor nivel, que se concretan en una primera escala de derechos y libertades caracterizada por dos notas:

- a) Gozan de una especial protección judicial y constitucional.
- b) Simultáneamente, vinculan directamente a todos los poderes públicos.

Ello nos permite contestar a la pregunta clave: **cuáles son tales derechos**. En nuestro sistema, la respuesta es clara⁸: los recogidos en el artículo 53.2 de la Constitución. Es decir, aquellos que se encuentran reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Norma Suprema. Ellos —y sólo ellos— merecen en nuestro sistema la calificación estricta de «derechos fundamentales».

⁵ Francisco RUBIO LLORENTE: *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Madrid, 1995, p. IX.

⁶ Vid. Fernando HERRERO-TEJEDOR, *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1999, pp. 15 a 18.

⁷ Miguel MONTORO PUERTO: *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, 1991, T. II, p. 23.

⁸ No obstante, RUBIO LLORENTE incluye también los derechos recogidos en el artículo 53.1 CE. No le falta razón en cuanto a la vinculación del legislador y a necesidad de respetar su contenido esencial. Aquí ponemos más énfasis en su protección. Vid. Francisco RUBIO LLORENTE: «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», en *Claves de Razón Práctica*, n.º 75, septiembre 1997, p. 3.

Aunque pudiera parecer lo contrario, tampoco es de fácil respuesta la cuestión relativa a **por qué** nuestro constituyente de 1978 se decantó por esos derechos humanos y no por otros para dotarlos de especial protección. Es claro que no son los únicos derechos humanos (incluso es discutible que todos lo sean), y la solución lógica de atender a su especial importancia tampoco resulta convincente. Así, la doctrina es unánime respecto a la singular trascendencia del derecho a contraer matrimonio, tanto en su vertiente positiva como negativa, catalogándolo sin duda como un derecho humano de primordial trascendencia. No obstante, no lo encontramos dentro del elenco del artículo 53.2 de la Constitución, mientras que sí aparecen otros (la interdicción de los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil: artículo 26 CE) de mucha menor importancia. No cabe, pues, más respuesta que son derechos fundamentales en nuestro ordenamiento aquéllos que el constituyente de 1978 estableció como tales, por razones no del todo objetivas.

Por lo que respecta a su **protección judicial**, el papel de los Tribunales ordinarios no es sino es de garantizar tales derechos. Y es que –en acertada frase de HART⁹– «los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías». Nuestra experiencia histórica es especialmente enriquecedora a ese respecto, pues no han sido infrecuentes los textos constitucionales que proclamaban un sinnúmero de derechos y libertades de los ciudadanos, que en realidad éstos no podían invocar judicialmente sino en cuanto hubieran sido desarrollados por el legislador ordinario. No es ése nuestro caso actual, en que los Tribunales se ven directamente vinculados por los derechos fundamentales, que son de aplicación inmediata aunque no exista *interpositio legislatoris* (STC 254/1993¹⁰, entre otras).

En cuanto a su **caracterización**, nuestro Tribunal Constitucional –ya desde sus primeras resoluciones¹¹– ha declarado que los derechos fundamentales poseen una *doble dimensión*, subjetiva y objetiva, que conviene resaltar: «Los derechos fundamentales son *derechos subjetivos*, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un *ordenamiento objetivo* de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)».

⁹ H. L. A. HART: *The concept of law*, Oxford, 1975, p. 176.

¹⁰ STC 254/1993, de 20 de julio, ponente García-Mon, caso «Acceso a registros informáticos».

¹¹ STC 25/1981, de 14 de julio, ponente Truyol Serra, F.J. 5.º.

III. EL MINISTERIO FISCAL COMO DEFENSOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si es misión del Ministerio Fiscal promover la acción de la Justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos, parece claro que, cuanto más importantes sean los derechos a defender, más intensa debe ser la actuación del Fiscal. Por ello resulta lógico que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal le imponga como obligación la de «velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa» (artículo 3.3 EOMF).

Y ello deberá llevarlo a cabo en todas sus intervenciones procesales, independientemente del tipo de procedimiento de que se trate. La consecuencia inmediata es que debe ser el Fiscal un experto conocedor de la naturaleza, contenido y exigencias de los derechos fundamentales, lo que —en mi opinión— supone la necesidad de dominar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución (artículo 1 LOTC), cuya doctrina prevalece sobre la del propio Tribunal Supremo en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 CE), y llega a convertirse en auténtica fuente del Derecho al resultar vinculante su interpretación para los Jueces y Tribunales ordinarios (artículo 5.1 LOPJ).

IV. EL AMPARO JUDICIAL

Como hemos visto, el EOMF encarga al Ministerio Público «intervenir en los procesos judiciales de amparo». En 1981, por tales debía entenderse los regulados en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Hoy tal norma se encuentra casi derogada¹². En materia contencioso-administrativa ha sido sustituida por el capítulo I del Título V de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa¹³, que regula el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 a 122). En materia civil, ha sido expresamente abrogada, como veremos más tarde.

¹² La Ley 38/2002, de 24 de octubre, viene a derogar lo único que quedaba de la misma: su Sección Primera, relativa a la garantía jurisdiccional penal, pero dicha ley no entrará en vigor hasta el 29 de abril de 2003.

¹³ Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA).

1. *Proceso contencioso-administrativo*

a) El procedimiento especial de derechos fundamentales como proceso de amparo judicial

La Constitución prometía la instauración de un **procedimiento judicial preferente y sumario** para la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que sirviera de vía previa al recurso de amparo (artículo 53.2). El cumplimiento definitivo de tal compromiso en materia contencioso-administrativa se ha hecho esperar veinte años.

El propio artículo 114 LJCA, con el que comienza el Capítulo I del Título V, ya reconoce expresamente este carácter de «**procedimiento de amparo judicial**»:

«El procedimiento de amparo judicial de las libertades y los derechos, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española, se regirá, en el orden contencioso-administrativo, por lo dispuesto en este capítulo y, en lo previsto en él, por las normas generales de la presente Ley».

Por su parte, el artículo 53.2 de la Norma Suprema, del que trae causa este procedimiento, dispone lo siguiente:

«Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional».

La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales se articula, pues, en un **doble frente**: ante la jurisdicción ordinaria y ante la constitucional.

Esta última se desarrolla en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), pero —ante la falta de una regulación completa de su garantía judicial— su Disposición Transitoria 2.^a.2 dispuso que:

«En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la Contencioso – Administrativa ordinaria o la configurada en la Sección Segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53.2 de la Constitución».

Como puede observarse, la LJCA no ha modificado expresamente (no podía hacerlo, dado que no posee rango de Ley Orgánica) esta Disposición Transitoria 2.^a.2 de la LOTIC. Pero sin duda la mención que en ella se hace a la Ley 62/1978 habrá que entenderla ahora referida a este procedimiento especial, pues la Ley 62/1978 sí que ha sido derogada expresamente en este punto por la Disposición Derogatoria 2.^a.c) LJCA.

Se ha puesto fin, por tanto, al régimen provisional de desarrollo del artículo 53.2 CE en materia contencioso-administrativa. La Ley 62/1978 –que como casi todo lo provisional, tiende a durar más de lo previsto– ha estado vigente veinte años. Quizá es buen momento para hacer balance de esta Ley.

Ha sido calificada –y no sin razón– de «ley deficiente»¹⁴. Y sin duda al principio adolecía de carencias que abarcaban desde su ámbito¹⁵ hasta la falta de un trámite de admisión. Pero las modificaciones legislativas y una inteligente interpretación por parte del Tribunal Constitucional la habían convertido –en nuestra opinión– en una de las leyes más progresivas de la época democrática. Nació de los llamados «Pactos de la Moncloa», y constituía una de las más claras reivindicaciones de la oposición parlamentaria. De ahí que incluyera en su ámbito originario –entre otros extremos– las sanciones en materia de orden público.

Su principal logro fue un progresivo régimen de suspensión del acto administrativo impugnado, que ahora se ha perdido con la nueva LJCA, como veremos. El nuevo sistema se acerca más al de la LOTC, pero equipara los motivos de suspensión del procedimiento especial al ordinario. Su segunda ventaja –la innecesariedad de agotar la vía administrativa– se mantiene en el actual artículo 115 LJCA. También subsiste el carácter preferente de la tramitación de estos recursos, por expreso mandato constitucional.

b) La posición procesal del Fiscal

La LJCA llama expresa y simultáneamente al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado (o al representante de la Administración que corresponda según la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas) a que intervengan en el procedimiento. No podemos coincidir con los autores que opinan que tal previsión introduce una «redundancia y duplicidad no deseable»¹⁶. Por el contrario, estimamos no sólo imprescindible, sino especialmente clarificadora esa intervención conjunta: nos servirá para determinar la posición procesal –e incluso constitucional– de ambas Instituciones.

El Abogado del Estado defiende a la Administración. Y nos atrevemos a decir que la defiende por definición, tenga o no razón. Su Reglamento de 1943 (no derogado en este punto) es muy explícito al obligarle a recurrir todas las resoluciones judiciales que sean contrarias a los intereses de la Administración, independientemente de que las entienda o no ajustadas a Derecho. Las Circulares internas que intentan suavizar tal rigor no pueden entenderse suficientes para privar de vigencia a una disposición general.

¹⁴ Miguel MONTORO PUERTO: *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Madrid 1991, T. II, p. 61.

¹⁵ La redacción original de su artículo 1.2 era la siguiente: «Quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en su disposición final, las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad y secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público».

¹⁶ Así, ANTONIO CANO MATA: *Comentarios a la Ley 62/1978*, Madrid 1985, p. 180.

La posición del Fiscal es claramente distinta. Las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia solían decir en los encabezamientos de las Sentencias dictadas por la vía de la Ley 62/1978 que en ellas interviene el Ministerio Fiscal «en defensa objetiva de la legalidad». No podía ser de otra forma si tenemos en cuenta que el artículo 124 CE lo configura como defensor de la legalidad, de los intereses de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Si a ello añadimos que el Tribunal Constitucional ha declarado que el interés público no se identifica con el interés de la Administración (STC 143/1991, fundamento jurídico 5.^o), la distinción entre la posición procesal del Ministerio Fiscal y la del Abogado del Estado resulta paladinamente clara.

Máxime cuanto que –desde la Ley Orgánica del Poder Judicial– las Administraciones Públicas distintas del Estado poseen su propia representación y defensa (artículo 447), y no encontramos base legal para distinguir entre la intervención del Letrado de una Corporación Local y el Abogado del Estado.

Y es que no puede perderse de vista que el procedimiento especial de que hablamos tiene como objeto la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, precisamente contra las posibles lesiones de los mismos que provengan no ya de cualquier poder público, sino singularmente de la Administración, sea central, institucional, electoral, autonómica o local.

Es de la Administración y de sus órganos de quien el legislador ha querido defender a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas en este procedimiento Contencioso-administrativo especial. La posición del Fiscal será defender el interés público, que subyace tanto en garantizar tales derechos cuando realmente se ostentan –frente a quien pretenda ignorarlos o vulnerarlos– como en reducirlos a sus límites cuando pretendan ejercitarse desmesuradamente¹⁷.

Ahora bien, no debe olvidarse la fuerza expansiva que tales derechos poseen, que obliga a la interpretación de todo el ordenamiento jurídico de la forma más favorable a su eficacia¹⁸.

La distinción entre interés administrativo –defendido por el Abogado del Estado o quien haga sus veces– y el interés público –sostenido por el Ministerio Fiscal– aparece así clara.

En cuanto a la legitimación activa, aunque la LJCA no contiene una previsión tan clara como la que incluía en su artículo 12 la Ley 62/1978 para la garantía civil (que otorgaba expresamente legitimación activa al Ministerio Fiscal y dispone que éste «siempre será parte en estos procedimientos»), entendemos que su posición procesal coincide sustancialmente en los procesos civi-

¹⁷ STC 254/1988, de 21 de diciembre, ponente Begué Cantón, F.J. 3.º: «Tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social». Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente».

¹⁸ Por todas, STC 159/1986, de 12 de diciembre, ponente Begué Cantón.

les y en los contencioso-administrativos de protección jurisdiccional de derechos fundamentales.

En efecto, carece de sentido otorgar al Ministerio Fiscal la posibilidad de entablar un proceso de amparo constitucional (como hace el artículo 46.1.b) LOTC) y privarle de esa misma facultad en la vía judicial precedente. No debe olvidarse que los Tribunales ordinarios son los «guardianes naturales de los derechos fundamentales»¹⁹, y la actuación del Tribunal Constitucional es meramente subsidiaria. Por ello entendemos que la citada Disposición Transitoria 2.ª.2 LOTC (y hoy, con más razón, el artículo 114.1 LJCA) han venido a posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del Ministerio Fiscal, aunque no sea el efectivo titular de los mismos, en los mismos términos que sucede en el recurso de amparo. En este sentido, resulta clarificadora la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 86/1985²⁰:

«La legitimación para recurrir en amparo que la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal en el apartado 1.b) de su artículo 162 y que aparece igualmente recogida en el punto 1.b) del artículo 46 de la LOTC, se configura como un «ius agendi» reconocido en este órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el artículo 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal, defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su actuación, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos. Esta legitimación, según se desprende del tenor literal del citado apartado 46.1.b) de la LOTC, y como corresponde también a su carácter institucional, no queda condicionada a la exigencia de haber actuado como parte el Ministerio Público en el proceso judicial antecedente, exigencia ésta que privaría de sentido a la propia previsión constitucional y legal de la legitimación que se considera, aunque si ha de decirse que ésta no puede desplegarse, en virtud del carácter subsidiario del recurso de amparo, sino una vez que haya recaído en la vía jurisdiccional ordinaria, resolución firme. Tampoco puede compartirse la tesis adelantada por la defensa de los demandados en orden a cómo, al recurrirse por el Ministerio Fiscal una sentencia estimatoria que basó su fallo en los derechos fundamentales de aquéllos, se habría desnaturalizado el cauce del amparo constitucional. De tal premisa, y como consideración sólo preliminar, no cabe derivar dicha conclusión porque, como es obvio, el reconocimiento de derechos fundamentales en una resolución judicial ordinaria no es obstáculo para la consideración, si así se pide, de las hipotéticas lesiones de los derechos y libertades de otros que tal acto haya podido deparar, posibilidad ésta que no es descartable, de principio, cuando la decisión judicial hizo aplicación, como en este caso, del principio de igualdad».

No ha sido frecuente la interposición por el Ministerio Fiscal de un recurso Contencioso-administrativo de la Ley 62/1978, pero entendemos que nada

¹⁹ Por todas, STC 134/1998, 26 de septiembre, ponente Mendizábal Allende, F.J. 1.º.

²⁰ STC 86/1985, de 10 de julio, ponente Rubio Llorente, F.J. 1.º.

obstaba a que así suceda. Lo contrario vulneraría el propio artículo 124 CE, pues se le estaría vedando precisamente «promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos». De hecho, ha existido algún caso, como el resuelto por la Sentencia de 28 de noviembre de 1990, de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo²¹.

Lo que sí contempla expresamente la ley es que se convoque al Ministerio Fiscal a la comparecencia del trámite de inadmisión (artículo 117.2), como del escrito de formalización de demanda para que presente sus alegaciones (artículo 119). Ello permite afirmar que —al igual que se prevé en el artículo 12 de la Ley 62/1978 para la garantía jurisdiccional civil— «el Ministerio Fiscal siempre será parte en estos procedimientos».

Es bien conocida la antinomia que se produce cuando se aplica al Ministerio Fiscal el concepto de «parte». Máxime si tenemos en cuenta que el propio artículo 124 CE le obliga a regirse por el principio de imparcialidad. Hemos mantenido con anterioridad²² que nos encontraríamos —en el mejor de los casos— ante una «parte imparcial». Así ha venido a reconocerlo expresamente el Tribunal Constitucional²³, al atribuir al Fiscal la «cualidad de *parte imparcial*», de auténtico *amicus curiae de este Tribunal*. Ciertamente es que el legislador suele utilizar el término «parte» en un sentido genérico, aplicándolo a todos aquellos que intervienen en el proceso y ocupan una posición distinta a la del órgano jurisdiccional. Por ello opinamos²⁴ que es preferible considerar en sentido propio al Fiscal como un «interviniente» en el proceso (artículo 13.1.1.^a de la Ley 62/1978). De hecho, la nueva LJCA se muestra sensible a tal criterio, y habla siempre de «las partes y el Ministerio Fiscal» (artículo 117.2, por todos).

Cuando no es él quien entabla la acción, ni ostenta la consideración de demandante ni puede considerársele demandado, pues frecuentemente no se opondrá a las pretensiones de la demanda. Por ello, el Borrador de Anteproyecto de la Ley Reguladora del Proceso Contencioso-administrativo²⁵ se refería ya a «quienes se hayan mostrado parte y al Ministerio Fiscal» (artículo 116.1) o «al Ministerio Fiscal y a las partes demandadas» (artículo 118). E idéntico criterio ha seguido la LJCA en su artículo 119: «Formalizada la demanda, se dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a las partes demandadas...».

c) El trámite de inadmisión

La Ley 62/1978 no preveía expresamente una fase de admisión a trámite de la demanda. Por no prever, no señalaba ni siquiera peculiaridad alguna del

²¹ Puede leerse el texto completo de la Sentencia citada en *La Ley*, T. 1991-2, p. 209 y ss.

²² Fernando HERRERO-TEJEDOR: «El Ministerio Fiscal en los procesos judiciales de protección de derechos fundamentales», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 3, enero-junio 1996, p. 108.

²³ ATC 63/1997, de 6 de marzo, F.J. 3.º

²⁴ Fernando HERRERO-TEJEDOR: *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid 1994, p. 344.

²⁵ Primer Borrador de Anteproyecto de la Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo, publicado por el Ministerio de Justicia e Interior con fecha 15.VI.94.

escrito de interposición del recurso. Teóricamente, teníamos que acudir supletoriamente (en virtud de lo dispuesto en su artículo 6) a las normas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Ahora bien, tal aplicación mecánicamente supletoria se demostraba insuficiente en la práctica.

En efecto, si tenemos en cuenta que «en el mismo escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, o en cualquier momento posterior, podrá solicitarse la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado» (artículo 7.2), y a la vista del régimen especialmente favorable a la suspensión que constituía la principal ventaja de la Ley, las posibilidades de utilizar el procedimiento especial mediante la mera invocación *pro forma* de derechos fundamentales provocaba graves disfunciones y se prestaba al fraude de ley.

Ello obligó a la aplicación subsidiaria de algunas disposiciones previstas para el recurso de amparo constitucional. Y ello no sólo por un principio de coherencia lógica, sino en virtud de la interpretación extensiva de la Disposición Transitoria 2.^a 2 LOTC a que antes hemos hecho referencia.

En concreto, el artículo 49.1 LOTC dispone que:

«El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado».

Pues bien, mantuvimos en su día que el recurso contencioso-administrativo de la Ley 62/1978 debía iniciarse mediante un escrito mucho más similar al descrito en el precepto citado que al previsto en el entonces vigente artículo 57.1 LJCA:

«El recurso contencioso-administrativo se iniciará por un escrito reducido a citar el acto por razón del cual se formule y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso».

Un cumplimiento estricto de dicho precepto haría imposible la fiscalización del cumplimiento de las previsiones de la Ley 62/1978 en cuanto a su propio ámbito, pues ni siquiera haría falta citar los preceptos constitucionales que se alegan como infringidos, y menos aún justificar –siquiera fuera indiciariamente– la lesión de derechos fundamentales que justifica la existencia misma del procedimiento especial.

Por otra parte, la antigua LJCA preveía la posibilidad de inadmitir el recurso «cuando constare de modo inequívoco y manifiesto: a) La falta de jurisdicción o la incompetencia del Tribunal» (artículo 62.1). Ahora bien, una Sala de lo Contencioso-administrativo era competente y poseía jurisdicción para conocer tanto del recurso contencioso-administrativo ordinario como del especial de la Ley 62/1978. Sólo una interpretación restrictiva de la falta de competencia, entendida como inadecuación de procedimiento, haría posible la inadmisión de un recurso que, tramitado por la vía de la Ley 62/1978, debería hacerse a través de las normas generales de la LJCA.

De ahí que el propio Tribunal Constitucional fuera elaborando una doctrina que aproximaba el escrito de interposición y el trámite de admisión de la demanda en el proceso de la Ley 62/1978 a las previsiones de la LOTC. Citemos tan sólo algunas de sus resoluciones en esta materia.

Ya tempranamente, la STC 37/1982²⁶, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establecía los principios generales que deben regir este proceso especial:

«El Tribunal Supremo ha mantenido la doctrina, ya establecida en su Sentencia de 14 de agosto de 1979, de que tal garantía contencioso-administrativa envuelve un proceso excepcional, sumario y urgente, cuyo objeto es limitado, pues no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta o no a los derechos fundamentales de la persona, declarando igualmente el Tribunal Supremo invirtiendo los términos, que los restantes aspectos de la actividad pública, ajena a su percusión con el ejercicio de una libertad pública, en relación con los demás intereses legítimos de cualquier recurrente, deben quedar reservados al proceso ordinario. La limitación del objeto del proceso especial contencioso-administrativo, regulado en la Ley 62/1978, da lugar a que sea inadecuado para tramitar pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales, que se recogen en el artículo 53.2 de la Constitución. Lo que determina que no pueda admitirse, en efecto, la existencia de una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental».

Dando un paso más en esa misma línea, la STC 31/1984²⁷ viene a reconocer la posibilidad —y aun la necesidad— de inadmitir los recursos que no cumplan unos mínimos indispensables:

«Por supuesto, que las solas invocaciones pro-forma carentes de todo contenido, o la sola petición de que al proceso se le dé el curso de la Ley 62/1978 sin revelar unos mínimos indispensables a los efectos del curso procesal, justificarán —y aún obligarán— que el Tribunal, velando por el recto uso de los instrumentos procesales, con la necesaria contradicción, preserve el proceso especial para lo que imponen sus notas de especificidad, preferencia o sumariedad».

Tal doctrina se ha mantenido hasta las resoluciones más recientes del Tribunal Constitucional. Así, la STC 212/1993²⁸ habla expresamente de la posibilidad de inadmisión del recurso cuando a primera vista pueda afirmarse que el acto impugnado no ha «repercutido» en el ámbito de los derechos fundamentales alegados:

«Es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que la existencia del proceso especial contencioso-administrativo regulado por la Ley 62/1978 no implica un derecho a disponer libremente de tal proceso con la mera invocación

²⁶ STC 37/1982, de 16 de junio, ponente Escudero del Corral.

²⁷ STC 31/1984, de 7 de marzo, ponente Arozamena Sierra.

²⁸ STC 212/1993, de 28 de junio, ponente Gimeno Sendra.

por el recurrente de un derecho fundamental. Por el contrario, los órganos judiciales pueden, de modo constitucionalmente legítimo, haciendo uso de las facultades que al efecto le corresponden, velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para el tipo especial de proceso, y cuando «prima facie» pueda afirmarse, sin duda alguna, que el acto impugnado no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados, la consecuencia puede ser lícitamente la inadmisión del recurso (SSTC 24/1988, 83/1988 y 74/1988, entre otras)».

Todo ello, sin dejar de advertir del peligro que con tal posibilidad de inadmisión se corre si se efectúa ligera o restrictivamente. Así, la STC 34/1989²⁹ declara:

«Procede señalar ante todo que las garantías procesales especiales que establece el artículo 53.2 de la Constitución y que, en el momento actual, son las contenidas en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, constituyen un plus de protección judicial en materia de libertades públicas y derechos fundamentales. Ello significa que, sin daño de las exigencias derivadas de los principios de preferencia y sumariedad que, según el referido precepto constitucional, caracterizan estos procedimientos especiales, las reglas legales sobre su admisión y tramitación deben interpretarse siempre conforme a aquella finalidad de garantía suplementaria o reforzada, de donde se deduce que una interpretación restrictiva o rigorista de las mismas que dificulte más allá de lo razonable el ejercicio de la acción en tales casos carece de justificación y no puede considerarse conforme a la Constitución».

Recogiendo la doctrina constitucional transcrita, el **Borrador de Anteproyecto** se hacía eco de las dos innovaciones a que nos referimos. Así, en cuanto a la claridad del escrito de interposición del recurso en el que denominaba «procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona», establecía en su artículo 114.2 lo siguiente:

«En el escrito de interposición se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso».

Y en cuanto a la admisión a trámite del recurso, su artículo 116 disponía:

«1. Recibido el expediente o transcurrido el plazo para su remisión y en su caso el del emplazamiento de los demás interesados, el órgano jurisdiccional dentro del siguiente día podrá convocar a todos cuantos se hayan mostrado parte y al Ministerio Fiscal a una comparecencia que habrá de tener lugar antes de transcurrir cinco días, en la que se les oirá sobre las procedencias de dar al recurso la tramitación prevista en esta Sección.

2. En el siguiente día el órgano jurisdiccional dictará Providencia mandando proseguir las actuaciones por este trámite o Auto acordando su inadmisión por inadecuación del procedimiento».

²⁹ STC 34/1998, de 14 de febrero, ponente Leguina Villa.

La nueva LJCA ha seguido esos pasos. Por una parte, su artículo 115.2 dispone que *«En el escrito de interposición se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso»*. Y en su artículo 117 prevé un trámite de inadmisión, similar al regulado en el artículo 50 de la LOTC. El texto legal vigente dice así:

«1. Recibido el expediente o transcurrido el plazo para su remisión y, en su caso, el del emplazamiento a los demás interesados, el órgano jurisdiccional, dentro del siguiente día, dictará Auto mandando seguir las actuaciones o comunicará a las partes el motivo en que pudiera fundarse la inadmisión del procedimiento.

2. En el supuesto de posibles motivos de inadmisión del procedimiento, se convocará a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia, que habrá de tener lugar antes de transcurrir cinco días, en la que se les oír sobre la procedencia de dar al recurso la tramitación prevista en este capítulo.

3. En el siguiente día, el órgano jurisdiccional dictará Auto mandando proseguir las actuaciones por este trámite o acordando su inadmisión por inadecuación del procedimiento».

Es decir, que el Ministerio Fiscal no es oído en caso de admisión a trámite de plano del procedimiento (tal y como sucede en la LOTC), pero sí cuando surjan posibles motivos de inadmisión.

La repercusión de tal precepto en la actuación concreta del Ministerio Fiscal resulta patente. No cabe duda de que debe intervenir activa y eficazmente en el trámite de inadmisión. La **defensa de la pureza del procedimiento**, tarea que le otorga el parcialmente vigente Reglamento Orgánico de 1969 como «principal misión del Ministerio Fiscal» (artículo 5.3), debe llevar a esa representación pública a oponerse a la tramitación de asuntos de mera legalidad por la vía del procedimiento especial, pero también a que no se produzcan inadmisiones indebidas o poco fundadas, que podrían lesionar la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional viene equiparando ordinariamente la inadmisión del proceso especial con la desestimación de las pretensiones en él ejercitadas, quedando así expedita la vía del recurso de amparo, sin que pueda alegarse falta de agotamiento de la vía judicial procedente³⁰. Ello convierte en especialmente grave una inadmisión indebida, que deberá ser remediada subsidiariamente (y, frecuentemente, así ocurre) por el propio Tribunal Constitucional.

El carácter oral de la **comparecencia**—auténtica novedad de la LJCA—obligará al Ministerio Fiscal a preparar a fondo y con celeridad su criterio, que no podrá ya ir a remolque del mantenido por otras partes, ni la demandante ni la representación de la Administración.

³⁰ Por todas, STC 363/1993.

d) Las medidas cautelares

La mera iniciación del procedimiento de la Ley 62/1978 incluía una posibilidad que ha sido calificada por la doctrina³¹ como el elemento más relevante para que este proceso se califique de excepcional, y consecuentemente sólo utilizable en supuestos tasados. Nos referimos, obviamente, a la suspensión de la efectividad del acto o resolución impugnados. El artículo 7.4 de la Ley 62/1978 disponía que «la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general».

Es decir, que la suspensión –contra lo que sucedía en el artículo 122 de la entonces vigente LJCA– se convertía en la regla general, y la no suspensión en la excepción a dicha regla. Consecuentemente (la prueba de las excepciones incumbe a quien las alega) debería ser la Administración quien acreditase la existencia real o posible de perjuicio grave para el interés general. Es decir, se producía una inversión de la carga de la prueba, pues no es ya el ciudadano quien soportaba el *onus probandi* (como en el procedimiento ordinario).

Tal sistema ha variado hoy sustancialmente. No existe diferencia alguna entre los criterios de suspensión del acto administrativo impugnado en el procedimiento ordinario y en el especial, pues ambos se regulan conjuntamente en el Título VI («Disposiciones comunes a los Títulos IV y V»), bajo la rúbrica «Medidas Cautelares».

Tal regulación conjunta no deja de plantear ciertas disfunciones:

a) No se dice expresamente que la pieza separada de suspensión (artículo 131) no debe abrirse en el procedimiento especial de derechos fundamentales **hasta que se haya decretado expresamente la admisión** a trámite del recurso. Es más, del tenor literal de la ley parece deducirse precisamente lo contrario: las medidas cautelares (entre ellas la suspensión) podrán solicitarse en cualquier estado del proceso (artículo 129.1), y deberán resolverse en un plazo de cinco días, previa audiencia de la parte contraria por un máximo de diez. El sentido común y la interpretación analógica con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional abonan por la incoación de la pieza separada de medidas cautelares después de acordar la admisión, de plano (artículo 117.1) o tras el incidente de inadmisión (artículo 117.3). Por supuesto, la inadmisión a trámite del recurso hace innecesaria la apertura de la pieza separada.

b) **Tampoco se prevé la audiencia del Ministerio Fiscal.** Se habla exclusivamente de la «audiencia de la parte contraria» (artículo 131). Dado que –acertadamente– la LJCA no denomina parte al Ministerio Fiscal, podría pensarse que su intervención no es preceptiva. Nada más lejos de la realidad. Si el Fiscal interviene en el procedimiento de derechos fundamentales, debe hacerlo en todos sus trámites, incluido el de medidas cautelares, de tanta importancia, por otra parte, para el buen éxito del proceso y la salvaguarda de los derechos implicados.

³¹ Joaquín GARCÍA MORILLO: *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid 1985, p. 83.

En consecuencia, el Ministerio Fiscal debe ser oído en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento de derechos fundamentales. Y tal audiencia (salvo en caso de apertura del trámite de inadmisión) constituirá ordinariamente la primera vez que intervenga en el proceso.

Los criterios para adoptar cualquier medida cautelar, y especialmente la suspensión del acto administrativo impugnado, han cambiado, pues, radicalmente. Según el artículo 130.1 LJCA:

«La medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición general pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso».

La similitud del criterio a seguir con el arbitrado por el artículo 56 LOTC no puede ser más clara: en el recurso de amparo constitucional la suspensión procede tan sólo *«cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad».*

También las causas de desestimación de la suspensión son prácticamente idénticas. El artículo 130.2 LJCA dispone que:

«La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada».

Por su parte, el artículo 56.1 LOTC establece que la suspensión debe denegarse *«cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero».*

Por otra parte, no sobra recordar que la suspensión puede ser parcial³², y que puede ser modificada en cualquier momento en que se acredite un cambio en las circunstancias de hecho, pues la resolución que la acuerda no posee efectos de cosa juzgada. Así lo dice expresamente el artículo 132.1 LJCA. Ello obliga al Fiscal a no desentenderse de la marcha del procedimiento, pues una medida tan seria como la suspensión de un acto (o incluso de una disposición general: ATC 370/1984³³) de la Administración merece una atención constante.

e) El escrito de alegaciones

Es sin duda el trámite más importante. En él debe analizarse en profundidad la incidencia del acto impugnado en los derechos fundamentales alegados como infringidos. Por tanto, supone un detallado conocimiento tanto del Derecho administrativo como de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

Ello nos lleva a un punto de extremo interés: la **necesaria especialización** de los miembros del Ministerio Fiscal que despachan este procedimiento especial. El legislador llama cada vez más al Fiscal a que intervenga en procedi-

³² STC 148/1993, F.J. 5.º

³³ ATC 370/1984, de 20 de junio.

mientos distintos de los seguidos por delitos o faltas. La Institución debe responder a esa confianza con una participación activa, que sólo es posible mediante el dominio de las materias objeto del proceso. En el caso que nos ocupa, es sabido que la doctrina del Tribunal Constitucional es trascendental, no sólo porque los Tribunales están obligados a seguirla (artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁴), sino porque nos encontramos en materia de derechos fundamentales, y el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución (artículo 1 LOTC).

El artículo 119 LJCA prevé que:

«Formalizada la demanda, se dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a las partes demandadas para que, a la vista del expediente, presenten sus alegaciones en el plazo común e improrrogable de ocho días y acompañen los documentos que estimen oportunos».

No se habla ya de «contestación a la demanda», sino de alegaciones del Ministerio Fiscal y de las partes. El plazo es común, de forma que —como sucede en el recurso de amparo— el Fiscal no conoce los argumentos de la parte demandada (que ordinariamente será la Administración autora del acto o disposición impugnados).

f) Los recursos

Contra la Sentencia dictada por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo procederá siempre **apelación** ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, en un solo efecto (artículo 121.3 LJCA).

Por el contrario, el recurso de **casación** no cabe en todos los casos. Según el artículo 86.2 LJCA, las cuestiones de personal al servicio de las Administraciones públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, se encuentran excluidas del recurso de casación. Se cierra así la polémica acerca de la posibilidad de que los procedimientos de protección de derechos fundamentales tuviesen siempre acceso a la casación. La duda la sembró el Tribunal Constitucional en su STC 188/1994³⁵, y fue solventada por el mismo Tribunal a partir de su STC 125/1997³⁶.

No obstante, la doctrina de la STC 188/1994 ha dejado huella en la nueva regulación, pues el artículo 86.2.b) LJCA dispone que «cuando se trate del pro-

³⁴ Artículo 5.1 LOPJ: «La Constitución es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

³⁵ Puede encontrarse un comentario a la STC 188/1994 en Fernando HERRERO-TEJEDOR y José Ramón NOREÑA SALTO: «Notas a la STC 188/1994, sobre acceso al recurso en materia de derechos fundamentales», en *Revista del Ministerio Fiscal* n.º 1, enero - junio 1995, pp. 277 a 281.

³⁶ STC 125/1997, de 1 de julio, ponente Ruiz Vádllo.

cedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales *procederá el recurso (de casación) cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso*».

2. *Proceso civil*

A) *Consideraciones generales*

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha venido a derogar expresamente³⁷ los artículos 11 a 15 de la Ley 62/1978, que constituían su Sección Tercera, relativa a la Garantía Jurisdiccional Civil.

En su lugar, el artículo 249.1.2.^a LEC establece que se decidirán en juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía, «las demandas que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación».

Por tanto, en la actualidad el único cauce procesal adecuado para recabar la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales es el del proceso declarativo ordinario cuya regulación se recoge en los artículos 399 y ss. LEC. Ello implica, en definitiva, que la mención que el artículo 9.1 de la L.O. 1/1982 hace de las vías procesales ordinarias y del procedimiento previsto en el artículo 53.2 CE para recabar la tutela judicial de los derechos comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha ley, debe ser reinterpretada, entendiéndola referida, al proceso declarativo ordinario que regula la nueva LEC³⁸.

El propósito del legislador ha sido el de cumplir, por fin, en el orden civil, con el mandato contenido en el artículo 53.2 CE, lo que convierte al proceso declarativo ordinario de tutela de los derechos fundamentales en la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo en dicho orden jurisdiccional. En acatamiento a los principios consagrados en el citado precepto constitucional, la LEC reviste este proceso de tutela de los derechos fundamentales de unas especialidades propias que le singularizan respecto del juicio ordinario común.

La concepción, desde el prisma de la LEC, de este proceso como el amparo judicial ordinario se traduce en la necesaria coincidencia entre su ámbito de aplicación y los derechos consagrados en el artículo 53.2 CE. Por ello, sólo tienen cabida en este cauce procesal aquellas pretensiones que tengan por finalidad la tutela de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas contemplados en el citado precepto constitucional, esto es, los consagrados en los artículos 14 a 29 CE, quedando fuera del mismo la invocación de la infracción de derechos o preceptos constitucionales distintos de los antes enunciadados.

³⁷ Disposición Derogatoria Única, 2.3.º.

³⁸ *Vid.* Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

a) Intervención del Fiscal

La función constitucional que el artículo 124 CE asigna al Fiscal tiene su reflejo en el artículo 249.1.2.º LEC, a cuyo tenor «*en estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal*», afirmación que encuentra su razón de ser en el interés público que dimana de las pretensiones que en este proceso se ejercitan. Ello se traduce en la intervención del Fiscal en todos los trámites del proceso, debiendo ser notificado de cuantas resoluciones se dicten en su seno y recibir traslado de cuantos escritos presenten las partes. Tal conclusión no se ve enervada por el hecho de que en los preceptos que regulan el juicio declarativo ordinario no aparezca ninguna mención al Fiscal, pues ello no es más que la consecuencia del tratamiento común que la ley otorga a dicho proceso, apto para ventilar y decidir diversos tipos de contiendas judiciales, en la mayoría de las cuales no está prevista legalmente la intervención del Ministerio Público, a diferencia de lo que ocurre, precisamente, con la tutela de los derechos fundamentales. En este caso, la condición de parte que ostenta el Fiscal aparece consagrada, sin lugar a dudas, por la previsión específica contenida en los artículos 249.1.2.º y 6.1.6.º LEC, que constituye la concreción, en el ámbito de este proceso, de la función de intervención en los procesos judiciales de amparo que el artículo 3.12 EOMF atribuye expresamente al Fiscal.

b) Legitimación

En cuanto a la legitimación activa, dado el silencio de la LEC, que implica una remisión a las normas generales sobre la capacidad para ser parte, y por el juego de los artículos 6 y 249.1.2.º de la LEC, y 24.1 y 162.1.b de la Constitución, ha de entenderse que la ostentan quienes sean titulares de un interés legítimo en el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado, superando, de esta forma, el estrecho marco que consagraba el derogado artículo 12.1 de la Ley 62/1978 al atribuir la legitimación a los titulares del derecho subjetivo vulnerado. No resulta ocioso poner de manifiesto que la inclusión en el artículo 6.1.5.º de las entidades sin personalidad jurídica, supone reconocer a tales entes legitimación activa, plasmando la doctrina del Tribunal Constitucional de conceder tal legitimación a miembros de etnias, colectividades de extranjeros, etc., surgida a raíz de la STC 214/1991.

Respecto del Fiscal, goza de **legitimación activa originaria**, con carácter general, por mor de los artículos 6.1.6.º y 249.1.2.º, lo que ya había sido reconocido en el desaparecido artículo 12.1 de la Ley 62/1978. No obstante, tratándose de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, únicamente podrá ejercitar las acciones en defensa de la persona fallecida en los supuestos del artículo 4.3 de la L.O. 1/1982. Además, ostenta **legitimación activa por sustitución** en los casos de menores o de incapaces respecto de los cuales se produzca la violación de un derecho fundamental. Por último, su legitimación pasiva aparece consagrada por el citado artículo 249.1.2.º.

c) Otras cuestiones relativas al procedimiento

En cuanto al procedimiento, el diseño del proceso declarativo ordinario contemplado en la LEC permite distinguir, fundamentalmente, varias fases: una primera de alegaciones, escrita, compuesta, esencialmente, de los escritos de demanda (artículo 399) y de contestación a la demanda (artículo 405), donde las partes fijan los términos de la contienda. Y dos fases posteriores orales, donde predominan los principios de inmediación y concentración que inspiran la filosofía de la nueva LEC, la audiencia previa (artículo 414), en la que, a falta de acuerdo o transacción entre las partes que evite el proceso, se procede al examen y resolución de las cuestiones procesales planteadas (artículo 416), se fijan de forma definitiva cuáles son los hechos controvertidos y en cuáles otros las partes están de acuerdo (artículo 428) y, por último, se propone y admite, en su caso, la prueba (artículo 429). Y el juicio, que tiene por objeto la práctica de las pruebas y la formulación por las partes de sus conclusiones (artículo 431).

En este proceso la actuación del Fiscal debe estar orientada a la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público que le encomiendan los artículos 124 CE y 3.3 EOMF. Tal finalidad no debe verse obstaculizada por la existencia de eventuales disfunciones procesales que puedan originar un cierto menoscabo en el fiel desempeño de la tarea constitucionalmente impuesta, como pudiera ocurrir en aquellos supuestos en los que al Fiscal se le exigiese informar por escrito u oralmente sin conocer la postura sostenida por cada una de las partes en litigio.

No conviene olvidar que la contienda jurisdiccional planteada no deja de ser una contienda entre partes privadas, donde lo que está en juego son intereses particulares, sin perjuicio del interés público que trasciende al particular de los litigantes y que es el que justifica la intervención del Fiscal, por lo que no resulta irrazonable que pueda éste disponer de los escritos y documentos o conocer las conclusiones de ambos contendientes antes de evacuar los distintos trámites procesales.

En este sentido, la contestación a la demanda por el Fiscal debería efectuarse con conocimiento de lo alegado por el demandado. En efecto, es en la contestación a la demanda donde las partes deben aportar los documentos, dictámenes periciales e informes en que funden sus pretensiones (artículo 265) y donde deben aducir las excepciones procesales que puedan impedir la prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo (artículo 405.3), por lo que el Fiscal, de contestar simultáneamente la demanda, desconocería tal documentación e, incluso, su facultad de aportar documentos o de aducir excepciones procesales podría resultar obstaculizada, si sólo conoce parte de la contienda.

Además, la posibilidad de dictar sentencia sin necesidad de celebración del juicio se encuentra expresamente prevista, fuera del supuesto de acuerdo entre las partes, en otras dos ocasiones: si durante la celebración de la audiencia previa se llega a una conformidad sobre los hechos y la discrepancia queda redu-

cida a cuestiones jurídicas (artículo 428.3), o cuando la única prueba admitida es la de documentos ya aportados al proceso y no impugnados, o informes periciales cuya ratificación en el juicio no se solicite (artículo 429.8). En tales casos, el Fiscal no se habrá pronunciado, en realidad, sobre el fondo, al haberse limitado a una contestación formularia.

Por ello, de darse un traslado simultáneo, los Fiscales habrán de formular el escrito de contestación a la demanda abordando las cuestiones procesales y, tras poner de manifiesto la dificultad de pronunciarse sobre el fondo al desconocer la postura del demandado, interesando un nuevo traslado con la contestación de éste.

Ahora bien, cuando, pese a lo que se acaba de exponer, el escrito de contestación del Fiscal haya sido formulario, y concurra, además, alguno de los supuestos, ya señalados, de posible sentencia inmediata, los Fiscales deberán manifestar en la audiencia previa, donde ya tendrán a su disposición la contestación y documentos presentados por el demandado, su postura sobre el fondo del asunto. Para ello habrán de hacer constar la misma, bien en el trámite de fijación de los hechos cuando exista conformidad de las partes sobre los mismos (artículo 428.1 y 3), bien en el trámite de proposición de prueba cuando la propuesta reúna los requisitos del artículo 429.8.

B) *El Fiscal en la L.O. 1/1982, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*

Aunque el Fiscal debe velar por los derechos fundamentales de los ciudadanos en todas sus intervenciones, existen algunos procedimientos judiciales especialmente diseñados para la defensa de tales derechos. En tales casos, el EOMF prevé específicamente su intervención (artículo 3.12). Uno de ellos es el regulado en la L.O. 1/1982, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, citado expresamente en el artículo 249.1.2.ª LEC.

A partir de la Constitución, el Fiscal adquiere un claro protagonismo en muchos terrenos, singularmente en materia de derechos fundamentales. Como hemos visto, en ellos concurre un «destacado interés público», puesto de relieve por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 65/1983.

La L.O. 1/1982 dispone en su artículo 9.1 que:

«La tutela frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución».

Y en su disposición transitoria segunda aclara que:

«En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución sobre establecimiento de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, la tutela judicial de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se podrá recabar, con las peculiaridades

que establece esta ley sobre legitimación de las partes, por cualquiera de los procedimientos establecidos en las secciones II y III de la ley 62/1978».

a) Intervención del Ministerio Público

La intervención del Fiscal es preceptiva (artículo 249.1.2.^a LEC *in fine*). Y más si tenemos en cuenta que en estos supuestos habitualmente no será uno, sino dos los derechos fundamentales objeto del proceso: el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, de una parte, y la libertad de expresión o de información, de otra. Generalmente, el demandante se sentirá titular de alguno de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución, y el demandado frecuentemente alegará el ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 20.1 de la Norma Suprema.

El difícil papel del Fiscal radica precisamente en señalar los límites entre los respectivos ámbitos de ambos derechos fundamentales. Así se deduce del propio texto constitucional, que en su artículo 20.4 establece que:

«Estas libertades (las del artículo 20) tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título (el primero), en los preceptos de las leyes que los desarrollen, y especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

En deslindar el ámbito de los derechos de ambas partes radica el contenido sustancial de la posición que al Ministerio Fiscal corresponde en este procedimiento. Defensa formal de la legalidad y de la «pureza del procedimiento». Pero, además, defensa material del derecho fundamental que resulte prevalente. Y ello teniendo en cuenta, como dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia 104/1986, que:

«Cuando del ejercicio de la libertad de opinión (artículo 20.1.a)) y/o del de la libertad de comunicar información (artículo 20.1.d) resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco que siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otra».

b) Posición procesal del Ministerio Fiscal

La Ley 62/1978 distinguía dos supuestos distintos de intervención del Ministerio Fiscal:

- a) Podía actuar como demandante (artículo 12.1).
- b) Siempre debía ser parte en estos procedimientos (artículo 12.3).

Su posición procesal será evidentemente distinta en uno y otro caso. Ambos vienen a coincidir sustancialmente con la distinción que hace la doctrina italiana entre *Pubblico Ministero requirente e consulente*³⁹. Comencemos por el supuesto más habitual: aquél en que no es el Fiscal quien ejercita la acción.

La propia ley 62/1978 proporcionaba base suficiente para evitar la dicotomía parte demandante-parte demandada. En efecto, en su artículo 13.1.1.^a disponía que:

«El plazo de contestación a la demanda será común para todos los demandados e intervinientes».

Pues bien, es en la posición jurídica de **interviniente**, distinta, como se ve, a la de demandado, donde habrá que situar al Ministerio Fiscal. De esta forma queda salvaguardado el principio de imparcialidad, que siempre debe informar la actuación del Fiscal, según el artículo 124.1 CE.

Su posición procesal no es, por tanto, la de parte en sentido material, dado que ningún interés directo tiene en el fondo del asunto. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1982:

«El Ministerio Fiscal no es una parte privada, dada su misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (artículo 124.1 de la Constitución)».

Algunos autores acuden a la configuración del Ministerio Público como parte pública o parte formal. Ahora bien, cualquiera que sea la denominación que se adopte, lo importante es llegar a determinar qué ha querido decir el legislador al ordenar preceptivamente que el Ministerio Fiscal sea parte en todos los procedimientos civiles que se tramiten a través de la Ley 62/1978.

En **nuestra opinión**, lo único claro es la voluntad del legislador de que el Fiscal intervenga en todos los casos en que se hallen en juego exclusivamente derechos fundamentales. De ahí su denominación como interviniente. Si se le califica de «parte» es sencillamente porque no existe en nuestro vocabulario procesal otro término que resulte más adecuado a la auténtica posición del Ministerio Fiscal. Lo cierto es que, siendo el proceso civil una contienda entre partes (demandante y demandado), el Fiscal no se encuentra en ninguna de ambas posiciones. Actúa más bien como *amicus curiae*, que puede hacer suyas parte de las pretensiones del demandante y parte de las del demandado. Su único norte es la defensa de la legalidad y del interés público, y deberá amparar esos valores en la medida en que concurran en las respectivas posiciones de las verdaderas partes que compiten en el proceso.

Esta configuración del Fiscal como *amicus curiae*, necesariamente imparcial, le llevará a ilustrar al órgano jurisdiccional acerca del apoyo legal que posean las pretensiones de las partes, interesando una Sentencia acorde con la

³⁹ Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ: *El Ministerio Fiscal en España*, p. 107, Madrid, 1977.

Constitución y su legislación de desarrollo. Actuaría así como «magistratura postulante», en el sentido en que se utiliza en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1968.

En este sentido, su posición coincide en gran parte con la que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le otorga en el recurso de amparo constitucional. Pero ello no debe ocultarnos las diferencias entre dicho proceso y el regulado en la L.O. 1/1982. El objeto de aquél es sencillamente confrontar las pretensiones del demandante de amparo con la legalidad constitucional. Oído el demandante, ya posee el Ministerio Fiscal todos los elementos de juicio para su dictamen. Se trata de alguna forma de un proceso cuyo objeto es dilucidar si las pretensiones del demandante pueden o no estar constitucionalmente amparadas. Muy otra es la configuración del procedimiento de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Aquí son siempre dos partes las que intervienen enfrentadas entre sí. De ahí que el Fiscal deba conocer las pretensiones de ambas partes para poder dictaminar acerca de su contenido. Lo lógico, en consecuencia, hubiera sido que se habilitara un trámite de informe del Fiscal posterior a la demanda y a la contestación. Pero lo cierto es que, según el artículo 13.1 de la Ley 62/1978, el plazo de contestación era común para demandados e intervinientes. Se pide por tanto al Fiscal que informe conociendo tan sólo la mitad de los elementos sobre los que debe versar su dictamen.

Con la actual regulación legal *de lege data*, todas las soluciones posibles a este problema presentan inconvenientes. Si el Fiscal pretende ceñir su contestación a la demanda a un informe sobre las alegaciones del demandante, únicas a las que en ese momento ha tenido acceso, le faltará la visión de conjunto que sólo proporciona el haber oído «las dos campanas», y su dictamen habrá de ser necesariamente incompleto. Si deja su instrucción al Tribunal para el momento de la vista a la que luego aludiremos, corre el riesgo de la incongruencia e incluso de la indefensión. Pese a estos peligros, estimamos más adecuada la segunda opción. Veamos por qué.

c) La contestación a la demanda

La configuración del Ministerio Público como interviniente y no como parte en sentido material (y desde luego en ningún caso como parte demandada) se manifestará cronológicamente en primer lugar en su escrito de contestación a la demanda, única posibilidad que la ley le ofrece de dejar constancia escrita de su posición.

Si se pretende encerrar en ella el contenido fundamental de su informe, por entender que en la vista oral debe limitarse a delimitar los términos del debate, «sin alterar lo sustentado en sus escritos con carácter sustancial», como ordenaba el artículo 693.2.ª LEC para el juicio de menor cuantía, su dictamen será necesariamente incompleto, como hemos visto, pues sólo podrá versar acerca de la legalidad de las pretensiones del actor. Pero no puede olvidarse que tal previsión está pensada para el demandante y el demandado, como expresamente dice el texto legal citado. Si el Fiscal no ocupa ninguna de ambas posi-

ciones procesales, habrá que concluir que tal previsión no le afecta, y por tanto tiene plena libertad para emitir su dictamen en la vista oral.

Si se acepta esa posición, lo preferible será que en su escrito de contestación a la demanda se limite a informar acerca de la adecuación del procedimiento, de los presupuestos procesales y de las excepciones que puedan deducirse de la demanda, además de solicitar el recibimiento a prueba si lo estima pertinente. En cambio, el principio de imparcialidad por el que se rige dificultará que conteste a los argumentos de fondo del demandante antes de haber podido contrastarlos con los del demandado.

La consecuencia que se deriva naturalmente de la tesis que mantenemos es que el Ministerio Fiscal deberá solicitar en todo caso la vista que prevé el artículo 756 LEC, una vez que se mandan traer los autos a la vista para Sentencia en el procedimiento de los incidentes, que como es sabido es al que se remitía la Ley 62/1978. Tal vista tiene el carácter de meramente facultativa, pues sólo se celebra si lo solicita alguna de las partes. Si el Fiscal quiere ser oído con integridad en cuanto al fondo, se verá obligado a solicitarla en todos los procedimientos. Sólo así tendrá ocasión de dictaminar sobre las pretensiones de los demandados (a las que no ha tenido acceso con anterioridad), e incluso sobre las de los demandantes, si ha preferido no entrar en su estudio hasta haberlas podido contrastar con las de sus oponentes.

Esta solución, que parece la más lógica, no deja de presentar inconvenientes. En efecto: en la vista el Fiscal hará alegaciones que no han sido vertidas por escrito con anterioridad, por falta de trámite procesal. La consecuencia es que las partes demandantes y demandadas no han tenido ocasión de conocerlas previamente, y ello por tanto dificulta su contestación y debate. El principio de contradicción puede quedar lesionado, sobre todo si el Ministerio Público hace uso de la palabra en último lugar, como habitualmente sucede en la práctica, dado su carácter de defensor imparcial de la legalidad.

Puede suceder incluso que el Fiscal invoque la violación de algún derecho fundamental no alegado por las partes, pues nada impide «que el Tribunal entre a considerar las vulneraciones alegadas por el Ministerio Fiscal en los recursos de amparo por vez primera, dado el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales» (STC 93/1984). Ello no supondría incongruencia entre la demanda y la Sentencia, como dice la STC 77/1986, pues «dada la estrecha relación existente entre incongruencia y principio dispositivo, la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal verse sobre temas o materias que, de acuerdo con la ley, el Tribunal está facultado a introducir *ex officio*».

Pero en el resto de las materias, si bien no podría hablarse de incongruencia, la situación de indefensión material de las partes afectadas sólo se salvaría a través del ejercicio de los recursos contra la Sentencia, si caben. Así se deduce de la Sentencia constitucional que comentamos:

«La indefensión que produce relevancia jurídico-constitucional en los casos de incongruencia de la Sentencia es aquella que se produce cuando la

situación creada por una Sentencia incongruente es inamovible y adquiere eficacia de cosa juzgada, pues la indefensión creada por una Sentencia incongruente debe siempre medirse globalmente».

Todo lo dicho anteriormente nos lleva a la inexcusable conclusión de que, *de lege ferenda*, sería deseable que el legislador introdujera un trámite de informe escrito del Ministerio Fiscal posterior a la contestación de los demandados, y no simultáneo a ella como ocurre en la actualidad. Con ello se respetaría la auténtica posición que a nuestro juicio ocupa el Ministerio Público en estos procesos, como interviniente en defensa de la legalidad y el interés público, y no como una parte más, y mucho menos como parte demandada.

d) La legitimación activa del Fiscal

«El destacado interés general que concurre en los derechos fundamentales» (STC 93/1984), y el «destacado interés público que les asiste» (STC 65/1983) implican un importante cambio en la naturaleza de los derechos recogidos en los artículos 14 a 29 CE. Así, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de ser meros derechos de la personalidad —de naturaleza esencialmente privada— han pasado a convertirse, a raíz de su constitucionalización como derechos fundamentales, en «elementos de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica» (STC 25/1981). Y el artículo 10.1 CE los considera «fundamento del orden político y de la paz social».

Ello es lo que justifica que el Ministerio Fiscal, como «órgano encargado constitucionalmente de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley» (artículo 124.1), tenga legitimación activa con carácter general para entablar demandas en defensa de los derechos fundamentales, tanto en vía jurisdiccional civil (artículo 12.1 de la Ley 62/1978) como en vía constitucional (artículo 46.1 LOTC). Ninguna restricción se establece en la capacidad general del Ministerio Fiscal para entablar demandas por sí mismo en los dos preceptos citados.

Ahora bien, en concreto en la Ley Orgánica de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen tan sólo se le cita expresamente para ejercitar las acciones en defensa de persona fallecida, en los supuestos del artículo 4.3 de dicha ley. Y cuando su disposición transitoria segunda se remitía a la Ley 62/1978, lo hacía tan sólo al **procedimiento** de sus secciones II y III. Y añadía que esas normas procedimentales se seguirán «con las peculiaridades que establece esta ley sobre legitimación de las partes».

Se plantea la duda acerca de si la L.O. 1/1982, como ley especial, había querido derogar las normas generales de la Ley 62/1978 en materia de legitimación activa. ¿Debe entenderse entonces que en materia de honor, intimidad y propia imagen no tiene el Ministerio Fiscal más legitimación que la mencio-

nada expresamente? El principio de especialidad y el aforismo *inclusio unius exclusio alterius* así parecen abonarlo.

En consecuencia, nos parece muy dudoso que el Ministerio Fiscal esté legitimado activamente para interponer la demanda de protección civil al honor, a la intimidación y a la propia imagen en cualquier caso que no sea el expresamente regulado respecto a las personas fallecidas.

No obstante, hoy hay que tener en cuenta el artículo 4.5 de la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica al Menor, a cuyo tenor «Sin perjuicio de las acciones de que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública».

Si se acepta esta tesis, tampoco podría el Ministerio Fiscal instar la continuación del procedimiento civil entablado por demanda del interesado en los supuestos de desistimiento del actor. Aunque al respecto nada dice la ley, habrá que acudir a criterios de interpretación analógica, según el artículo 4.1 del Código Civil, pues entre la protección civil y la penal de un mismo bien jurídico (en este caso el honor) debe apreciarse «identidad de razón». Y en el terreno penal no cabe duda de que «el perdón del ofendido (que sería una de las posibles causas del desistimiento) extingue la acción penal o la pena impuesta o en ejecución» (artículo 4.2 de la Ley 62/1978).

Si se niega al Fiscal legitimación para iniciar o proseguir por sí mismo el procedimiento civil, habría que concluir que tampoco posee facultades para recurrir una Sentencia desestimatoria de la demanda de protección al honor, si el propio interesado no lo hace. En efecto: el hecho de no recurrir equivale a aquietarse, conformarse con la Sentencia. Y si se acepta que sólo el perjudicado puede ejercitar la acción en primera instancia, por la misma razón sólo él podrá ejercitarla en segunda instancia. Nada obsta, sin embargo, a que el Ministerio Fiscal se adhiera a la apelación del demandante.

No ocurre lo mismo si la Sentencia es estimatoria de la demanda: el Fiscal puede entender que se han valorado equivocadamente los límites entre el derecho al honor y la libertad de expresión o información, y que son éstas las que deben prevalecer. Y en este caso ya no nos encontramos ante derechos estrictamente privados, que aunque sean fundamentales corresponden a cada ciudadano, sino que, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, nos hallamos ante libertades que significan «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (SSTC 12/1982 y 104/1986, entre otras).

3. *Proceso laboral*

A diferencia de otros órdenes jurisdiccionales, el laboral no fue incluido en el ámbito de la Ley 62/1978. Sin embargo, resulta obvio que también ahí pue-

den lesionarse derechos fundamentales. Siempre cabe el proceso ordinario, pero hoy el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, regula en sus artículos 175 a 182 un capítulo relativo a la tutela de los derechos de libertad sindical.

Aunque aparentemente tal procedimiento se limita a la tutela de la libertad sindical, el artículo 181 LPL dispone que:

«Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos».

En este tipo de procesos, también resulta preceptiva la intervención del Ministerio Público. El artículo 175.3 establece que *«El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos, adoptando, en su caso, las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas».*

Aparte de las posibles conductas delictivas, la participación del Ministerio Fiscal resulta similar al resto de los órdenes jurisdiccionales. Su misión no es otra —pues— que la de salvaguardar los derechos fundamentales en juego, actuando de forma imparcial y en defensa de la legalidad constitucional, de la que los derechos fundamentales son parte tan relevante.

4. Proceso penal

Hablar del Ministerio Fiscal y de los derechos fundamentales en el proceso penal supone afrontar una paradoja. Por una parte, el Fiscal es el defensor ante los Tribunales de los derechos de los ciudadanos, y sobre todos ellos, los de primer rango constitucional: los derechos fundamentales y las libertades públicas. Pero, a la vez, es obvio que la función del Ministerio Público se desarrolla primordialmente en el ámbito criminal, hasta el punto que ha podido afirmarse⁴⁰ —con razón— que *«el proceso penal es el reino del Ministerio Fiscal».*

El procedimiento criminal no tiene como misión primaria la defensa de derechos fundamentales, como no sean los del imputado. Existe una función de prevención, tanto general como especial, que posee un carácter más retributivo —punitivo en sentido estricto— que restaurador de los derechos vulnerados. Dicho en otros términos: el protagonista no es la víctima, sino el acusado.

Y quien —ordinariamente— pone en marcha la maquinaria punitiva es precisamente el Ministerio Fiscal. Por ello en ocasiones no resulta fácil descubrir en el proceso penal su faceta de defensor de los derechos fundamentales. Sin duda

⁴⁰ FRANCESCO CARNELUTTI: *Instituciones de Derecho Procesal*, T. II, p. 52.

aparece como un guardián de la sociedad, agraviada siempre por el delito, pero —aparentemente— su papel está más cerca de la víctima que del justiciable.

Lo describe con acierto y elocuencia CALAMANDREI⁴¹: «Entre los oficios judiciales, el más arduo me parece el del acusador público; el cual, como mantenedor de la acusación, debería ser parcial como un abogado, y como guardador de la ley, deberá ser imparcial como un juez. Abogado sin pasión, juez sin imparcialidad; éste es el absurdo psicológico en el cual el público ministerio, si no tiene un exquisito sentido de equilibrio, está expuesto en todo momento a perder, por amor a la serenidad, la generosa combatividad del defensor, o por amor a la polémica, la desapasionada objetividad del magistrado».

Sin embargo, tal paradoja desaparece como por ensalmo cuando salimos del proceso penal. Tanto en el ámbito contencioso-administrativo, como en el civil o laboral, el Fiscal está llamado de forma primordial (cuando no exclusiva) a defender los derechos fundamentales de los ciudadanos. Y no digamos cuando interviene en el recurso de amparo constitucional. Por ello, hablar de la legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo equivale prácticamente a salir del ámbito criminal.

En un sistema como el nuestro que admite la acusación particular y la acción popular, el Fiscal aparece ordinariamente en el proceso penal como el acusador público. Y ésa es la imagen que la sociedad suele tener de la Institución.

Como acusador público, trata de limitar los derechos fundamentales de los imputados, en aras a la protección de los derechos (no necesariamente fundamentales) del perjudicado y de la sociedad en general. Todo delito supone la máxima quiebra de la legalidad cuya defensa ante los Tribunales encomienda la Norma Suprema al Ministerio Fiscal. Ahora bien, la condena del culpable no restaura el derecho lesionado: la privación de libertad no puede devolver la integridad, la salud y menos aún la vida. Sin duda cumple una función (hoy por hoy insustituible) de prevención general y especial, pero sin que ello suponga el restablecimiento de la situación anterior.

Ahora bien, la situación descrita no desliga en absoluto al Fiscal de los derechos fundamentales. A su función ordinaria de acusador público deberá unir la de guardián de las garantías constitucionales del imputado. Es decir, se encuentra en el difícil equilibrio de intentar limitar sus libertades públicas, y —a la vez— velar porque todas las cautelas que la Constitución exige se cumplan escrupulosamente. El proceso penal moderno no es más que un conjunto de garantías, que aseguran el cumplimiento de la legalidad (el peso de la ley) con el aval del respeto al sistema propio de un Estado de Derecho⁴².

⁴¹ PIERO CALAMANDREI: *Elogio de los Jueces escrito por un Abogado*. Góngora, Madrid 1936, p. 40.

⁴² El proceso penal —a diferencia de lo que ocurre con otras ramas del Derecho— trata de averiguar la *verdad material* sobre la comisión de hechos delictivos y su autoría. Ahora bien, el Tribunal Supremo Federal Alemán, ya desde 1960, efectuó una declaración que no por obvia deja de ser importante: «no se puede obtener la *verdad material* a cualquier precio». Esa idea ha sido recogida por múltiples Tribunales Constitucionales, entre ellos el español. Así, la STC 341/1993 afirma en su F.J. 8.º B que: «La *eficacia en la persecución del delito, cuya legitimación es incontestable, no puede imponerse, sin*

La Constitución vincula a los poderes públicos doblemente: de forma genérica⁴³, como a los particulares, y de forma específica⁴⁴. Y no debe olvidarse que el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de sus funciones, es un poder público. Por tanto, aunque no le esté permitido limitar derechos fundamentales, no puede dejar las garantías de tal limitación en manos de los Jueces y Tribunales. Su intervención debe ser beligerante —si se nos permite la expresión—. Por una parte deberá solicitar del órgano judicial la restricción de los derechos fundamentales de los imputados y, por otra, deberá erigirse en garante del respeto a las cautelas constitucionales que tal limitación debe conllevar.

Dos son los aspectos que nos interesa resaltar especialmente: la llamada regla de la proporcionalidad de los sacrificios y los efectos del derecho a la presunción de inocencia del imputado cara al Ministerio Fiscal.

A) *La regla de la proporcionalidad de los sacrificios*

Quisiera centrarme ahora en un aspecto que me parece no sólo de singular importancia, sino que (tras una importante Sentencia del Tribunal Constitucional⁴⁵) se ha convertido en un tema de actualidad. Me refiero a la intervención del Ministerio Fiscal en cualquier actuación judicial que suponga una limitación de derechos fundamentales. Ello resulta de especial trascendencia para una Institución que (siempre en defensa de la legalidad y del interés público) deberá proceder en múltiples ocasiones a la solicitud de que alguno de los derechos de los justiciables sea sacrificado. No ya sólo el principal derecho a la libertad, cuya merma resulta patente en una pena de prisión, que el Fiscal deberá interesar frecuentemente, sino también de forma mediata, en las diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos delictivos y a la averiguación de su autor.

Cualquier limitación, por pequeña que sea, de un derecho fundamental, ha sido calificada por el Tribunal Constitucional⁴⁶ como de «*un acto tan grave que necesita encontrar una especial causalización*». Ello posee una especial tras-

embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales». La Constitución se erige así en un sistema de garantías, fundamentalmente de carácter procesal, tendentes a evitar la primacía de la eficacia sobre la libertad. En un Estado de Derecho es preferible que existan criminales sin castigo al riesgo de que haya inocentes en la cárcel.

⁴³ Artículo 9.1 CE: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

⁴⁴ Artículo 53.1 CE: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos».

⁴⁵ STC 207/1996, de 16 de diciembre, ponente Gimeno Sendra, caso «*El pelo*», F.J. 4.C: «Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad».

⁴⁶ STC 26/1981, de 17 de julio, F.J. 14.º.

cendencia para una Institución que (siempre en defensa de la legalidad y del interés público) deberá proceder en múltiples ocasiones a la solicitud de que alguno de los derechos de los justiciables sea sacrificado. No ya sólo el principal derecho a la libertad, cuya merma resulta patente en cualquier pena de prisión, que el Fiscal deberá interesar frecuentemente, sino también de forma mediata, en las diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos delictivos y a la averiguación de su autor. Piénsese en entradas y registros domiciliarios, escuchas telefónicas, pruebas periciales limitadoras de la intimidad o la integridad corporal, etc.

Permítasenos alguna cita de jurisprudencia constitucional que esclarezca el tema mejor que nuestras propias palabras: «Según una muy reiterada doctrina constitucional, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios (STC 26/1981, F.J. 14.º) es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (STC 13/1985, F.J. 2.º) y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho (STC 62/1982, F.J. 2.º), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental»⁴⁷.

Por su parte, la STC 207/1996 resume la doctrina sobre las condiciones que toda limitación de derechos fundamentales debe reunir para resultar constitucionalmente legítima. Ella misma los resume de esta forma⁴⁸: «Conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo».

Todos esos condicionamientos han de ser vigilados escrupulosamente por el Ministerio Fiscal en cualquier medida limitativa que se lleve a cabo en el proceso penal, esté o no adoptada a instancia suya. Especialmente —y no por ser la más importante, pero sí la de más fácil incumplimiento— debe cuidarse la motivación de cualquier medida judicial que suponga una restricción (aunque sea leve) de derechos fundamentales. Hasta el punto de que no sobra un recurso contra una resolución con la que el Ministerio Fiscal está de acuerdo (puede incluso haberla interesado), pero de cuya suficiente fundamentación discrepa. No se olvide a este respecto la doctrina constitucional sobre la carga de la prueba de la justificación de cualquier medida limitativa de derechos fundamentales⁴⁹: «Para concluir nuestro análisis, hay que resolver aún una última cuestión, que es establecer a quién compete o sobre quién pesa, en un caso como el presente, la carga de la prueba. Este problema se plantea así: ¿es

⁴⁷ STC 37/1989, de 15 de febrero, ponente Rubio Llorente, F.J. 8.º, caso «*Exploración ginecológica*».

⁴⁸ STC 207/1996, cit., F.J. 4.º.

⁴⁹ STC 26/1981, de 17 de julio, ponente Díez-Picazo, F.J. 16.º.

la representación del Gobierno quien tiene que demostrar que los actos de restricción de derechos constitucionales tuvieron plena justificación o, al revés, son los impugnantes de tales actos y por ello demandantes de amparo quienes tienen que demostrar la falta de justificación de los actos del poder? Aun cuando una mimética aplicación de las reglas generales sobre distribución del *onus probandi* (*actore non probante reus est absolvendus*) parecería inclinar el ánimo en favor de la tesis de que el demandante del amparo, en cuanto actor, tiene que probar lo injustificado de la lesión de su derecho, como hecho constitutivo de su propia demanda, un examen más atento nos debe llevar a la conclusión contraria, esto es, a la idea de que cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, dado que el supuesto que se produce es modificativo o extintivo de tales derechos, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación. Lo anterior no significa, como es obvio, negarle a la autoridad la prerrogativa de probidad y de actuación racional. Significa simplemente que la limitación del derecho es una excepción puesta a su normal ejercicio, y que la prueba de las excepciones compete siempre al demandado».

Es al órgano judicial a quien compete la justificación explícita de la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, so pena de que la misma pueda ser invalidada, con la nulidad radical que deriva de toda quiebra de un derecho fundamental. De ahí que el Ministerio Fiscal, para «velar por el respeto... de los derechos fundamentales y las libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa»⁵⁰, deba poner todos los medios a su alcance para garantizar la constitucionalidad de la resolución judicial.

B) *El fiscal y la presunción de inocencia*

Que todas las personas son inocentes mientras no se demuestre judicialmente lo contrario es uno de los contenidos nucleares del derecho a la presunción de inocencia garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución. Obviamente no debe confundirse con el principio *in dubio pro reo*, que hace referencia a la valoración de las pruebas y no a su existencia con todas las garantías.

Pues bien, así como el juzgador no debe condenar con dudas, el Fiscal sí que puede (aunque ordinariamente no deba) acusar con ellas. Pero **nunca sin pruebas**. Es decir, que una de las manifestaciones de la presunción de inocencia es la garantía no sólo de que el Juez o Tribunal no condenará sin una actividad probatoria de cargo, sino que –anticipadamente– el justiciable debe tener la seguridad de que tampoco el Ministerio Fiscal le acusará si entiende que no existe un acerbo probatorio obtenido con todas las garantías que resulte susceptible de ser valorado por el juzgador como de cargo. En este sentido,

⁵⁰ EOMF artículo 3.3.

cabe hablar del Fiscal como una «magistratura postulante», que se rige por los mismos principios y criterios que los órganos jurisdiccionales.

Es más, como encargado de velar por los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa, el Fiscal debe examinar atentamente las pruebas obrantes en autos, para comprobar —de una parte— si han sido obtenidas con todas las garantías, y —de otra— si el material probatorio con que cuenta como acusador público es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado o acusado.

Se trata así de hacer aparecer la verdadera función del Ministerio Fiscal, como defensor de los derechos de los ciudadanos. Ello le llevará en ocasiones a actuar como acusador público, pero en otras le obligará a defender al acusado por otros, o —si es el único mantenedor de la acción penal— a retirarla, que es la mejor defensa (*nemo iudex sine actore*).

Y ello aunque íntimamente pueda estar convencido de la culpabilidad del imputado. Era frecuente en épocas preconstitucionales entender que debía haber condena en el proceso penal si se obtenía la «íntima convicción psicológica» del juzgador acerca de la culpabilidad del acusado. Hoy tal concepción no resulta adecuada: tanto el Fiscal como el Juez pueden estar moralmente convencidos de la culpabilidad del reo (y lo estarán más de una vez), pero si no disponen de pruebas (ni siquiera indiciarias) que puedan reputarse tales, y de las que se desprenda la autoría de los hechos por el imputado, ni el primero debe acusar ni el segundo condenar.

Así se desprende con claridad de la importante STC 31/1981⁵¹: «El principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 741 LECrim, supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde en consecuencia valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la Sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llegar a desvirtuar la presunción de inocencia, es precisa una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo, y de la que se puede deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la concurrencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte la prueba a que se refiere el propio artículo 741 LECrim son «las pruebas practicadas en el juicio», luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él (*secundum allegata et probata*)».

V. EL AMPARO CONSTITUCIONAL

Si el Ministerio Fiscal interviene en los procesos de amparo judicial, con mayor razón lo hace también en el amparo constitucional, por exigencia de la

⁵¹ STC 31/1981, de 28 de julio, ponente Bcgué, F.J. 3.º.

propia Norma Suprema, que le señala esa misión de forma inderogable por la ley. No podría ser de otra forma, pues en caso contrario su papel en defensa de los derechos fundamentales quedaría notablemente mermado.

A) *La intervención del Ministerio Público*

Como señala con acierto MONTORO PUERTO⁵², la intervención del Fiscal en el procedimiento de amparo constitucional es doble:

a) Para promover el recurso de amparo

Su legitimación es afirmada tanto por el artículo 162.1.b) CE, como por el artículo 46.1.a) y b) LOTC.

No obstante, cabe plantearse si el Fiscal, legitimado para instar el recurso de amparo, debe acudir previamente en el supuesto del artículo 43 LOTC (recursos contra actos del Gobierno o de la Administración en general) a agotar la vía judicial precedente; y si en el supuesto del artículo 44 de dicho texto legal (actos de los órganos judiciales) debe agotar los recursos judiciales y hacer la invocación del derecho fundamental violado.

La respuesta —afirma MONTORO— debe ser negativa en ambos supuestos: en el primero, desde el momento en que el artículo 46 está tratando la legitimación a efectos simplemente del recurso de amparo, es decir, está tomando en consideración el tema desde una óptica distinta de aquella en que puede encontrarse «la persona directamente afectada»; y en el segundo supuesto, desde el instante en que se distingue entre quienes «hayan sido parte» en el proceso judicial y el Ministerio Fiscal.

El Fiscal puede no haber intervenido en el proceso, por tratarse de materias en la que de suyo, y en virtud del cuadro normativo específico, no se prevea su intervención. Lo cual llevaría a concluir que, estando legitimado en vía de recurso de amparo, tal legitimación era sectorial, con exclusión de aquellos en los que no podía haber incidido en el proceso en el que se produjo el acto u omisión del órgano judicial atacado⁵³.

b) Intervención preceptiva en todos los recursos de amparo

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional va más allá de la legitimación activa por lo que el Ministerio Fiscal se refiere, ya que en su artículo 47.2 dispone que:

⁵² Miguel MONTORO PUERTO: «El Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional», en *El Tribunal Constitucional*, T. III, p. 1925, Madrid, 1981.

⁵³ Sobre el tema puede verse también Miguel MONTORO PUERTO: «Apuntes en torno a la legitimación en algunos procesos constitucionales», en *Revista de Administración Pública*, n.ºs 100-102, enero - diciembre 1983, p. 1375 y ss.

«El Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley».

De ello se deduce:

1) Que su intervención es **imperativa**: «intervendrá», dice la ley, sin que le sea dable al Ministerio Fiscal actuar o no en un determinado recurso de amparo, desde el momento en que en todos ellos la presunta violación de un derecho, puesto que abstenerse equivaldría a dejar de ejercer una misión que le es asignada por vía constitucional.

2) Que las **razones** de esta imperativa intervención tienen, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, un diverso origen, plenamente coherente con las funciones que al Ministerio Fiscal se asignan en la Constitución, ya que no solamente se funda en la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, sino también en la defensa de la legalidad.

Por otra parte, puede hacerse una similar reflexión a la efectuada anteriormente respecto a la L.O. 1/1982: el trámite que concede al Ministerio Fiscal tanto el artículo 50.3 LOTC (para informe de inadmisión) como el 52.1 (para alegaciones) es común al Fiscal y al resto de los intervinientes en el proceso. Ello coloca al Ministerio Fiscal –como resalta MONTORO⁵⁴– en una situación no siempre fácil para el mejor cumplimiento de sus misiones de defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos. En muchos casos, con los documentos aportados y las alegaciones de la demanda no es posible captar el verdadero contenido del proceso de amparo. Ese «**plazo común**», que impide al Fiscal conocer la integridad del contenido del proceso, y le obliga a actuar exclusivamente a partir de una visión no total, debe ser objeto de **reforma**. Sólo así el Ministerio Fiscal podrá ilustrar plenamente al Tribunal como la ley y la Constitución le encomiendan.

B) *La legitimación del Fiscal y sus clases*

El Tribunal Constitucional ha aceptado explícitamente el concepto doctrinal de legitimación, entendida como «la relación jurídico material que liga a las partes con el objeto procesal»⁵⁵. No se trata, pues, de un presupuesto procesal susceptible de basar una excepción, sino de un requisito de la fundamentación de la pretensión que pertenece al fondo del asunto. De ahí su naturaleza eminentemente material.

Tal relación material de las partes con el objeto del proceso dio lugar inicialmente a dos clases de legitimación prácticamente exclusivas y excluyentes:

⁵⁴ Miguel MONTORO PUERTO: «Misiones constitucionales del Ministerio Fiscal», p. 39 (Curso desarrollado en el Centro de Estudios Constitucionales, en marzo de 1988).

⁵⁵ STC 214/1991, de 11 de noviembre, ponente Gimeno Sendra, F.J. 4.º.

podía estarse en el pleito en una situación activa o pasiva, pretendiendo en tal concepto la estimación o la desestimación del fondo, casi sin situaciones intermedias. Era una de las consecuencias del rígido sistema de contradicción de partes, propio de los últimos años del siglo XIX. Lo explica con claridad JIMÉNEZ-BLANCO⁵⁶: «Las Leyes de Procedimiento de fines de siglo —y aun vigentes— recogen este sistema [de contradicción de partes], según el cual el amparo de los derechos se decidía por el encargado de juzgar tras oír las argumentaciones de los que contendían por aquéllos. Los litigantes serían así «las partes», una y otra vinculadas al bien en conflicto y en pro de cuya tesis exponían sus respectivos razonamientos, que el Juez destilaba en base a las leyes vigentes dando la razón al que más o mejores títulos presentara».

En ese esquema, la intervención del Fiscal difícilmente tenía cabida fuera del proceso penal. Ahora bien, la situación actual es distinta, y dentro de la legitimación activa debe hoy entenderse comprendida tanto la **legitimación originaria** como la **adhesiva**. La primera faculta para iniciar el proceso, y la segunda para intervenir activamente en el mismo, en una posición distinta de la del demandado.

La legitimación activa del Ministerio Fiscal puede también distinguirse en **propia** y **por sustitución**. La primera deriva de su posición de parte procesal, que como tal puede sufrir una quiebra de alguno de los derechos reconocidos en el artículo 24 CE, singularmente de la tutela judicial efectiva, que corresponde a todos los litigantes.

Pero también puede el Fiscal interponer un recurso de amparo por sustitución de los titulares directos del derecho fundamental que se estima lesionado. Tales titulares pueden ser personas físicas, difuntos, personas jurídicas o quienes resulten afectados por lo que la doctrina ha venido en llamar «intereses difusos».

Ello se debe en parte a la doble configuración que poseen en nuestro sistema los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional aprovechó ya su primera Sentencia⁵⁷ para dejar claro que el recurso de amparo —junto a su función de proteger los derechos fundamentales como derechos subjetivos— posee también una misión objetiva, de defensa de la Constitución, que trasciende de lo singular. Lo explica con claridad la STC 25/1981⁵⁸: «Los derechos fundamentales son **derechos subjetivos**, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un **ordenamiento objetivo** de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)».

⁵⁶ Antonio JIMÉNEZ-BLANCO: «Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal», en *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid 1980, p. 1628.

⁵⁷ STC 1/1981, de 26 de enero, ponente Arozamena Sierra, F.J. 2.º.

⁵⁸ STC 25/1981, de 14 de julio, ponente Truyol Serra, F.J. 5.º.

Especialmente en su aspecto objetivo, en la tutela de los derechos fundamentales concurre un destacado **interés público**, pues no se trata ya sólo de salvaguardar los intereses subjetivos de sus titulares, sino también de garantizar la primacía de la Constitución de los principios y valores en ella consagrados.

Es precisamente en este extremo donde **los derechos fundamentales confluyen con la intervención del Ministerio Fiscal** en su defensa. Es bien sabido que el artículo 124.1 CE le confiere —entre otras misiones— «la defensa del interés público tutelado por la ley». No cabe duda de que la Constitución es no sólo una ley, sino la *lex legum*, de forma que el Fiscal debe defenderla en todas sus actuaciones, especialmente en materia de derechos fundamentales.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé expresamente la legitimación activa del Ministerio Fiscal en el recurso de amparo, tanto originaria como adhesiva.

La primera se encuentra regulada en el artículo 46 LOTC:

«1. Están legitimados el recurso de amparo constitucional:

a) En los casos de los artículos 42 y 45, la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

b) En los casos de los artículos 43 y 44, quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

2. Si el recurso se promueve por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, la Sala competente para conocer del amparo constitucional lo comunicará a los posibles agraviados que fueran conocidos y ordenará anunciar la interposición del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» a efectos de comparecencia de otros posibles interesados. Dicha publicación tendrá carácter preferente».

Su legitimación adhesiva se prevé en el artículo 47.2 LOTC: «El Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley».

Esta segunda no presenta ningún problema especial: dada su misión institucional, una de las garantías previstas por la ley para la tutela de los derechos fundamentales es la intervención del Ministerio Fiscal, tanto en los amparos judiciales como en el amparo constitucional. A tal efecto, el artículo 49.3 LOTC dispone que a la demanda se acompañarán tantas copias como partes haya habido en el proceso previo, y una más para el Ministerio Fiscal.

Los problemas —y no pequeños— surgen al estudiar la legitimación originaria del Fiscal para interponer el recurso de amparo constitucional. Antes hemos distinguido entre la legitimación propia y por sustitución. Estudiémoslas ahora con más detalle.

a) La legitimación por sustitución

Los derechos fundamentales pertenecen en principio a los individuos, como consecuencia que son de la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE).

Las personas, tanto naturales como jurídicas, que invoquen un interés legítimo, son las primeras legitimadas para interponer el recurso de amparo por el artículo 162.1.b) de la Norma Suprema.

Ahora bien, puede suceder que el titular del derecho fundamental presuntamente vulnerado, o no quiera ejercer su defensa, o no sea fácilmente conmutable. En tales casos, y siempre defendiendo derechos ajenos, es posible la interposición del recurso de amparo por el Ministerio Fiscal. Pueden distinguirse varios supuestos:

1. Ministerio Fiscal e intereses difusos

En algunas ocasiones, la identificabilidad de los titulares de los derechos fundamentales puede no resultar sencilla. No es que no existan los detentadores de tales derechos, sino que su concreción es ardua, cuando no imposible. En tales casos, el Ministerio Fiscal aparece como la Institución más apropiada para interponer el recurso de amparo por sustitución de los afectados.

Así ocurrió, por ejemplo, en el caso resuelto por la STC 86/1985⁵⁹, en que se pretendía la defensa del derecho a la educación, de titularidad personal pero difícilmente conmutable. El Fiscal interpuso el amparo, y el Tribunal Constitucional admitió sin problemas su legitimación activa. Es más, hizo declaraciones que no sobra recordar ahora.

Interesa resaltar que no se trata de una especie de recurso «en interés de ley». El hecho de que no se concrete la identidad de los supuestos agraviados en sus derechos fundamentales no empece su carácter de auténtico recurso de amparo, pues tal determinación subjetiva puede no ser posible en ciertos supuestos, según se admite claramente en el artículo 46.2 LOTC.

Sería éste uno de los supuestos en los que el Ministerio Fiscal puede actuar en defensa de lo que la doctrina ha venido en denominar «intereses difusos», expresión que ha sido acogida hasta por el propio Tribunal Constitucional⁶⁰. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS⁶¹ entiende que «La característica fundamental de los denominados intereses difusos es la existencia de una continua interferencia entre el aspecto individual y el colectivo. Este aspecto colectivo no debe llevar a considerar dichos intereses como alternativos o antagónicos a las tradicionales situaciones jurídicas subjetivas, sino que más bien se complementan, ya que el interés o la necesidad de salvaguarda de un específico derecho subjetivo es común a la colectividad, siendo compartido por sujetos distintos del que aparece como titular del específico bien lesionado».

⁵⁹ STC 86/1985, de 10 de julio, ponente Rubio Llorente, F.J. 1.º.

⁶⁰ SSTC 15/1989, ponente Díez-Picazo, F.J. 5.º, y 119/1995, ponente Vives Antón, F.J. 6.º.

⁶¹ Antonio MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS: «El medio ambiente como ejemplo de interés difuso protegido por el Derecho Penal», en *Intereses difusos y Derecho Penal*, CGPJ 1994, pág. 288.

2. Legitimación por sustitución de persona aquiescente

En otros supuestos, el titular del derecho fundamental hipotéticamente lesionado se hallar perfectamente identificado, pero en lugar de interponer el recurso de amparo puede preferir que sea el Fiscal quien lo interponga, o al menos no oponerse a ello. Ha habido ejemplos de Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en ambos casos.

En el primero, el Sr. López de la Manzanara interpuso un recurso de amparo, que fue mantenido por el Ministerio Fiscal, y dio lugar a la STC 4/1987⁶². Más tarde, la misma persona encareció al Fiscal que interpusiera un amparo en su nombre. Así se hizo, y concluyó con la STC 81/1990⁶³, que estimó el amparo.

En otros casos, como el resuelto por la STC 188/1992⁶⁴, el Ministerio Fiscal interpone el recurso de amparo para defender derechos fundamentales de persona determinada, aun en contra de la posición procesal que ha adoptado el propio Fiscal en la vía judicial precedente. En un proceso criminal seguido ante el Juzgado de lo Penal, el Ministerio Fiscal ejerció la acción contra determinado acusado, que resultó absuelto. Apelada la Sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso y condenó al apelado. Ahora bien, el escrito de personación del mismo sufrió un extravío en la Sala y no pudo ser tenido en cuenta a la hora de dictar la segunda Sentencia. El mismo Fiscal interpuso recurso de amparo para que la misma fuera anulada por indefensión del condenado, y su pretensión prosperó.

3. Legitimación del Fiscal para recurrir en amparo en contra de la voluntad del interesado

El máximo problema surge cuando el interesado no sólo decide no impear la actividad jurisdiccional en defensa de su derecho fundamental vulnerado, sino que expresamente se opone a que nadie interponga una demanda de amparo constitucional en su defensa. Aparentemente, la respuesta a si puede el Ministerio Fiscal en supuestos como el expuesto interponer un recurso de amparo debería ser negativa. Sin embargo, existen dos casos en que ocurrió, con el beneplácito del Tribunal Constitucional.

Nos referimos a las Sentencias 11/1991⁶⁵ y 67/1991⁶⁶, en que el Fiscal recurrió en defensa del derecho a la vida de los presos de la organización terrorista GRAPO, en huelga de hambre en los establecimientos penitenciarios en que se hallaban internos. El Tribunal Constitucional omitió (posiblemente con toda deliberación) cualquier referencia explícita a la legitimación activa del Minis-

⁶² STC 4/1987, de 23 de enero, ponente López Guerra.

⁶³ STC 81/1990, de 4 de mayo, ponente Rubio Llorente.

⁶⁴ STC 188/1992, de 16 de noviembre, ponente De la Vega Benayas.

⁶⁵ STC 11/1991, de 17 de enero, ponente García-Mon.

⁶⁶ STC 67/1991, de 22 de marzo, ponente García-Mon.

terio Fiscal en unos recursos de amparo por él interpuestos con la expresa oposición de los titulares del derecho fundamental que, como consecuencia de la política de dispersión carcelaria, habían decidido poner fin a sus vidas, oponiéndose a una alimentación coactiva asistida por vía parenteral.

Pese a ello, el intérprete supremo de la Constitución admitió a trámite los citados recursos de amparo, e incluso estimó el segundo. Entiende GIMENO SENDRA⁶⁷ que tras esa Sentencia cabe inferir que el Ministerio Fiscal ostenta legitimación originaria y principal para la defensa del bien constitucional «vida» en los establecimientos penitenciarios. Advierte, sin embargo, de que tal legitimación no se extiende, en su opinión, para la defensa genérica del derecho a la vida, sino sólo cuando se trate de personas internadas en centros sanitarios del Estado, sobre todo cuando su titular sea una persona desvalida.

En esta materia de intervención principal del Ministerio Fiscal la casuística es muy amplia, abarcando aspectos de la legislación penal y administrativa, de los que cabe destacar las *transfusiones sanguíneas coactivas* con el objeto de salvar la vida de un paciente que, en un centro hospitalario del Estado, se opone por la razón que fuere (de las que cabría destacar el ejercicio de la libertad religiosa del artículo 16.1 de la Constitución en el caso de los Testigos de Jehová); la *esterilización de incapaces* por motivos espurios (artículo 156 del Código Penal y Consulta 1/1991 de la Fiscalía General del Estado; los *ensayos clínicos* (Ley 25/1990, del Medicamento, y RD 561/1993); los *trasplantes de órganos* e implantación de tejidos de personas vivas (Ley 30/1979); o la *donación de embriones* o fetos viables (Ley 42/1988 y STC 212/1996).

En todos estos supuestos, en los que el legislador suele exigir el consentimiento previo del titular del derecho fundamental para la procedencia de la medida, entiende Gimeno que —no obstante su previa autorización— si la intervención pone en peligro su vida, le puede ocasionar lesiones o minusvalías irreversibles o sufrimientos o tratos inhumanos o degradantes (expresamente proscritos por el artículo 15 de la Constitución), el Ministerio Fiscal ha de estar legitimado para formular su oposición a esta restricción del derecho fundamental, llegando incluso, en su caso, a la interposición del recurso de amparo.

b) La legitimación propia

El artículo 46.1.b) LOTC, que otorga legitimación al Ministerio Fiscal para interponer el recurso de amparo, se la reconoce también —y primordialmente— a «quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente». Pues bien, el Fiscal es parte en numerosos procesos judiciales, especialmente penales. Por ello, y aparte de la legitimación por sustitución, puede afirmarse una legitimación *propia* del Ministerio Fiscal, como parte procesal.

⁶⁷ VICENTE GIMENO SENDRA: «La legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo», en *Revista del Ministerio Fiscal* n.º 7, 2000, pp. 9 a 30.

Es cierto que aplicar al Fiscal la denominación de parte es un contrasentido. Una Institución que se caracteriza constitucionalmente por ser «imparcial», difícilmente puede ser considerada parte en sentido propio. Ahora bien, el principio de contradicción suele llevar a considerar «parte» a cualquier interviniente que no sea el órgano judicial. Y—desde luego— el Fiscal no pertenece al Poder Judicial.

El propio Tribunal Constitucional ha suavizado esa denominación, reconociendo expresamente al Ministerio Fiscal su condición de «parte procesal imparcial» y de *amicus curiae* (como hemos visto antes). Y ha matizado que su intervención en el proceso penal es distinta de la propia de la acusación particular⁶⁸: «Como es obvio, no puede equipararse la finalidad perseguida con la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos penales y en la ejecución de sus Sentencias (defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley —artículo 124.1 CE—), con la que se persigue mediante la intervención en los mismos de quien resultó perjudicado u ofendido por el delito enjuiciado o a través del ejercicio de la acusación particular (defensa de los propios derechos y del interés de parte)».

En este sentido el Ministerio Fiscal ha sido definido por la doctrina como *parte formal*. Ahora bien, el adjetivo formal no puede hacernos perder de vista su auténtico carácter de parte procesal. Desde esta perspectiva, ostenta todos los derechos del resto de las partes en el proceso, singularmente algunos de los derechos fundamentales garantizados en el artículo 24 CE, y especialmente debe asistirle el derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde a todos quienes tienen capacidad para ser parte en un proceso⁶⁹.

Pues bien, si a todas las personas que tienen capacidad para ser parte en un proceso alcanza no sólo la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, sino también la posibilidad de accionar en amparo para instar el restablecimiento de sus derechos cuando éstos hayan sido vulnerados, no cabe duda de que el Ministerio Fiscal detenta en los procesos en que es parte los derechos derivados de su condición de tal. Así lo ha venido a reconocer expresamente el Tribunal Constitucional⁷⁰: «Eliminada así por la Sentencia recurrida en amparo la clara indefensión que se había producido al Ministerio Fiscal —no está más recordar que las garantías del artículo 24 de la Constitución comprenden a todas las partes del proceso y no sólo a una de ellas—...».

En conclusión: el Ministerio Público, en los procesos en que interviene, ostenta la titularidad de los derechos fundamentales propios de su condición de parte procesal. Entre ellos se encuentra singularmente el derecho a recibir una tutela judicial que pueda llamarse verdaderamente efectiva, sin sufrir en ningún momento indefensión. Y si ello llegara a suceder, poseería legitimación activa propia —además de la que genéricamente le otorga la ley— para accionar

⁶⁸ ATC 373/1989, de 3 de julio, F.J. 2.º

⁶⁹ STC 19/1983, de 14 de marzo, ponente Gómez-Ferrer, F.J. 1.º

⁷⁰ ATC 191/1988, de 15 de febrero, F.J. 2.º

en amparo en defensa de esos derechos fundamentales lesionados.

Pero sería un error pensar que todas las garantías del artículo 24 de la Norma Suprema afectan al Fiscal. No debe olvidarse que en principio los derechos fundamentales corresponden al ciudadano frente al Estado, y el Ministerio Fiscal es un órgano del Estado. De ahí que el Tribunal Constitucional haya efectuado una interpretación muy restrictiva de los derechos que pueden llevar al Ministerio Fiscal a interponer un recurso de amparo con legitimación propia. Hemos visto que se acepta su derecho a la tutela judicial efectiva. Por el contrario, se le niega el derecho a la interdicción de la *reformatio in peius*: así lo declaró el intérprete supremo de la Constitución en una de las primeras ocasiones en que el Fiscal acudió en amparo en defensa de sus derechos como parte procesal⁷¹: «Así pues, la prohibición de reforma peyorativa constituye una garantía del condenado en primera instancia que, por consecuencia del principio acusatorio, no podrá ver agravada su situación jurídica por obra de su propio recurso, ni en mayor grado que lo propugnado por las partes acusadores si éstas impugnaron la Sentencia o se adhirieron a aquél. Pero, en ningún caso, representa una garantía de las partes acusadoras para que, como postula el Ministerio Fiscal, la Sentencia de segunda instancia no pueda imponer penas inferiores ni acordar la absolución del condenado como consecuencia del exclusivo recurso de las acusaciones. Y ello porque, en primer lugar, tal solución no afectaría al principio acusatorio, del que deriva la prohibición de *reformatio in peius* en el proceso penal, y, en segundo lugar, porque en el ejercicio del *ius puniendi* normas de orden público impiden al Juez ceñirse estrictamente a las peticiones de las partes».

Tampoco en las demás ocasiones en que el Ministerio Fiscal ha interpuesto un recurso de amparo en defensa de sus derechos fundamentales como parte procesal con legitimación propia le ha acompañado el éxito. Así, la STC 148/1994⁷² desestima el recurso del Fiscal en que se invocaba el derecho (propio y ajeno a la vez) a la ejecución de las Sentencias firmes, ante la negativa de la Audiencia Provincial de Barcelona de ordenar la ejecución en un caso en que se habían producido dilaciones indebidas.

Por su parte, la STC 211/1994⁷³ desestima el recurso de amparo del Fiscal contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en que se absolvía al acusado por una interpretación de la prueba ilícitamente obtenida a su juicio errónea: «En el presente caso, en el que el recurso de amparo no ha sido interpuesto por el ciudadano inicialmente condenado y posteriormente absuelto, sino por el Ministerio Fiscal, es importante recordar que el recurso de amparo «no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aque-

⁷¹ ATC 47/1993, de 8 de febrero, F.J. 3.º

⁷² STC 148/1994, de 12 de mayo, ponente Rodríguez-Piñero.

⁷³ STC 211/1994, de 13 de julio, ponente García-Mon, F.J. 2.º

llos actos, en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares» (STC 257/1988). Y es lógico que sea así porque, de lo contrario, se invertiría el significado y función del recurso de amparo como medio de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos para convertirse en instrumento de los poderes públicos frente a los particulares».

Por fin, el ATC 63/1997⁷⁴ inadmite a trámite el recurso de amparo del Ministerio Fiscal contra un Auto de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo que apreciaba la concurrencia de una causa extintiva de la responsabilidad criminal (la prescripción) sin haberle dado (ni al Fiscal ni al resto de las partes) oportunidad de alegar lo procedente acerca de su concurrencia. El argumento principal era el siguiente: «hemos de declarar la falta de legitimación activa del Ministerio Fiscal para promover un recurso de amparo cuyo objeto se circunscribe al restablecimiento de un supuesto derecho de audiencia que, en su calidad de parte procesal acusadora no le asiste, ya que, en última instancia, dicho derecho de defensa no está destinado a proteger el derecho a la libertad del ciudadano, sino a promover la actuación del *ius puniendi* del Estado. En efecto, tal y como este Tribunal tiene declarado, no todos los derechos del artículo 24 corresponden indiscriminadamente a cualesquiera partes en el proceso, pues, junto a la existencia de derechos procesales, que, por ser consustanciales a la misma idea de proceso (así, el derecho a la tutela, la «igualdad de armas», el derecho a la prueba, etc.), asisten a todas las partes procesales, permanecen otros que, para equilibrar la desigualdad material entre el Estado y el imputado en la esfera del proceso, son de la exclusiva titularidad de la defensa. Así, hemos declarado que derechos tales como el derecho a un juez imparcial o al principio acusatorio (STC 136/1992), la presunción de inocencia y naturalmente el derecho penal de defensa asisten exclusivamente al imputado, por lo que no corresponde reclamar su protección constitucional a las partes acusadoras».

Así pues, sólo el derecho a la tutela judicial efectiva, la igualdad de armas, el derecho a la prueba y pocos más corresponden a las partes acusadoras, entre ellas el Ministerio Fiscal. Y aun así, con la peculiaridad de que nunca puede alegarlas como parte del *ius puniendi*, que le corresponde accionar como órgano del Estado, sino como parte procesal que posee ciertos derechos, de los que sólo algunos ostentan el rango de fundamentales.

Que no existe un derecho fundamental a la condena penal es algo que el Tribunal Constitucional reitera con cierta frecuencia, y no sólo en relación al Ministerio Fiscal. Así, la STC 215/1999⁷⁵ recuerda y resume la doctrina anterior sobre el tema: «Dicha eventual estimación del amparo no entrañaría contradicción alguna con la reiterada doctrina de este Tribunal de que no existe un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (SSTC 157/1990 fundamento jurídico 4.º, 31/1996 fundamento jurídico 10.º, 177/1996 fundamento jurídico 11.º, 199/1996, fundamento jurí-

⁷⁴ ATC 63/1997, de 6 de marzo.

⁷⁵ STC 215/1999, de 29 de noviembre, ponente Conde Martín de Hijas, F.J. 1.º.

dico 5.º, 41/1997 fundamentos jurídicos 3.º y 4.º, 74/1997 fundamento jurídico 5.º, 116/1997 fundamento jurídico 5.º, 218/1997 fundamento jurídico 2.º, 67/1998 fundamento jurídico 2.º, 138/1999 fundamento jurídico 5.º); pues ello no implica «sostener que el haz de derechos cobijados en el artículo 24 de la Constitución a la hora de configurar la efectividad de la tutela judicial se agote, en el proceso penal, con el mero respeto de las garantías allí establecidas a favor del imputado, procesado o acusado, según las distintas fases de aquél. Tal norma incorpora, también, el interés público, cuya relevancia constitucional no es posible, y ni siquiera deseable, desconocer en un juicio justo donde queden intactas tales garantías de todos los partícipes» (STC 116/1997, fundamento jurídico 5.º, 138/1999, fundamento jurídico 5.º). De ello deriva que el *ius ut procedatur* que asiste a la víctima de un delito no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, «sino que de él derivan con toda naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso» (STC 218/1997 fundamento jurídico 2.º). Por consiguiente, el análisis y la declaración de vulneración de los derechos procesales invocados es ajeno a la inexistencia de un derecho de la víctima del proceso penal a la condena penal de otro y ha de efectuarse tomando como referente el canon de los derechos contenidos en los artículos 24.1 y 2 de la Constitución (STC 41/1997 fundamento jurídico 5.º)».

Por terminar con una cita positiva, el Tribunal Constitucional sí que ha reconocido al Ministerio Fiscal (y al resto de las partes acusadoras) el derecho a la prueba. No se trataba en este caso de un recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal, sino por la acusación particular, y apoyado por el Fiscal. Tras aclarar la diferente posición de las partes acusadoras y defensoras en el proceso penal cara a la titularidad de derechos fundamentales, la STC 116/1997⁷⁶ acaba otorgando al amparo a la acusación particular, como interesaba el Fiscal, pues la Audiencia Provincial de Madrid, tras declarar impertinente la prueba pericial fonográfica destinada a establecer la autenticidad de

⁷⁶ STC 116/1997, de 23 de junio, ponente Mendizábal Allende, F.J. 5.º: «No estará de más determinar con la mayor precisión hasta donde llega el derecho a la prueba de quien hoy demanda amparo, dada su condición de acusador en un proceso penal. En sus líneas generales hemos marcado suficientemente la diferencia que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes en contienda según su posición de acusadoras o de acusadas y, en concreto, se ha negado al Ministerio Fiscal la titularidad del derecho de defensa aludido con ese nombre en el artículo 24.2 C.E. (ATC 63/1997), por ser el norte y finalidad principal de su función procesal el ejercicio del *ius puniendi* del Estado mediante la acción penal y no la protección de los derechos y libertades del ciudadano, aun cuando nunca puedan serles ajenos. Sin embargo, no cabe sostener que el haz de derechos cobijados en el artículo 24 C.E. a la hora de configurar la efectividad de la tutela judicial se agote, en el proceso penal, con el mero respeto de las garantías allí establecidas en favor del imputado, procesado o acusado, según las distintas fases de aquél. Tal norma incorpora, también, el interés público, cuya relevancia constitucional no es posible, y ni siquiera deseable, desconocer en un juicio justo donde queden intactas tales garantías de todos sus partícipes y, entre ellas, que no se produzca un cierre arbitrario del acceso al proceso. (...) Por otra parte, tampoco resulta congruente con el interés constitucional en el justo desarrollo del proceso, que el fundamento de esa decisión judicial, se ponga en que no están las cintas originales y las que están no son auténticas, después de haber declarado impertinente la prueba pericial para su verificación. Así, incurriendo en contradicción flagrante, se rechazó por irrelevante una prueba tenida, a la vez, por necesaria e incluso decisiva a la hora de desestimar la pretensión acusatoria. En su virtud, ha de darse amparo a quien lo pide».

unas cintas magnetofónicas, desestima la pretensión precisamente por la falta de las cintas originales.

En resumen: su configuración como órgano del Estado dificulta en gran medida la legitimación propia del Ministerio Fiscal. Sólo en su condición de parte procesal le asiste la titularidad de algunos derechos fundamentales, accionables en amparo, entre los que pueden contarse la tutela judicial efectiva, la «igualdad de armas» y el derecho a la prueba.

VI. CONCLUSIONES

A) *La necesaria autonomía funcional*

En nuestro sistema constitucional no pueden hoy dissociarse los derechos fundamentales del Ministerio Público. Ello robustece su configuración y contribuye notablemente a esclarecerla: cuando la Norma Suprema le atribuye la misión de *promover la acción de la justicia* no está pensando tan sólo en el ejercicio de la acción penal. Y ello es algo que influye en el recto entendimiento del Ministerio Fiscal en España: se rige *en todo caso* por los principios de legalidad e imparcialidad. Y la defensa de los derechos de los ciudadanos, singularmente de los derechos fundamentales y las libertades públicas le otorga —o debería otorgarle— una *autonomía funcional*⁷⁷ incompatible con los vaivenes de la vida política. Una Institución integrada *ex lege* en el Poder Judicial (y quizá *ex Constitutione*: no se olvide su regulación en el Título VI CE) necesita unas dosis de independencia respecto del Gobierno que aseguren el correcto cumplimiento de sus misiones constitucionales.

B) La moción del Congreso de los Diputados

Desde esta óptica cobran especial relieve las consideraciones de la Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en 1997 por todos los Grupos Parlamentarios.

El 27 de mayo de 1997 el Pleno del Congreso de los Diputados, tras diversas comparecencias del Fiscal General del Estado y de la Ministra de Justicia ante la Comisión de Justicia e Interior de la Cámara Baja, aprobó una Moción dirigida al Gobierno relativa a la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. La Moción fue precedida del debate de diversas enmiendas de los Grupos Parlamentarios⁷⁸, que resultan muy ilustrativas cara a esclarecer su postura en lo relativo al «modelo de Ministerio Fiscal» que cada uno estima que debe instaurarse en nuestro ordenamiento.

⁷⁷ EOMF artículo 2.1: «el Ministerio Fiscal, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial...».

⁷⁸ BOC n.º 86, de 27 de mayo de 1997.

Su texto consta de cuatro puntos, del siguiente tenor:

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno para que, en la comprometida iniciativa de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de otras modificaciones, y para el reforzamiento de su independencia e imparcialidad, se contemplen las siguientes medidas:

1. 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 su idoneidad para desempeñar el cargo.

2. El Estatuto 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. 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. 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».

Los cuatro aspectos que en ella se contemplan hacen referencia a la intervención parlamentaria en la designación del Fiscal General del Estado, al periodo de su mandato y causas de su cese, a su comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior para presentar y debatir la Memoria anual de la Fiscalía y a la dotación presupuestaria del Ministerio Fiscal⁷⁹.

a) El nombramiento del Fiscal General del Estado

Conviene comenzar recordando que el artículo 124.4 CE dispone que *«El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial».*

Aparte del formal nombramiento por el Rey, la Norma Suprema ha dado entrada al Gobierno y al máximo órgano del Poder Judicial. Lo primero suele justificarse invocando el artículo 97 CE, según el cual *«el Gobierno dirige la política interior del Estado»*, entre la que debe contarse la política criminal. Lo segundo resulta coherente con la ubicación constitucional del Ministerio Fiscal, que se regula dentro del Título VI, «Del Poder Judicial».

El examen de los debates constituyentes evidencia que se excluyó deliberadamente la intervención del Poder Legislativo. Ello nos lleva a dos consideraciones en principio contrapuestas:

⁷⁹ Sobre el tema, *vid.* Fernando HERRERO-TEJEDOR: «L'Estatut del Ministeri Fiscal davant la seva hipotètica revisió», en *Autonomia i Justícia a Catalunya*, Barcelona 2000, pp. 187 a 195.

1.^a La adición de una intervención de la Comisión competente del Congreso debe efectuarse con suma **cautela**, para evitar burlar el texto y el espíritu constitucional.

2.^o Su aprobación convertiría al Fiscal General en el único órgano constitucional en cuyo nombramiento por la Jefatura del Estado interviniesen los tres poderes que configuran la estructura estatal. Y ello sin duda **potencia la Institución**, y no debe descartarse *a priori*.

La armonización de ambas consideraciones nos lleva a efectuar alguna **matización** a la Moción parlamentaria:

En materias jurídicas, el orden de los factores frecuentemente altera el valor del producto. Por ello discrepamos personalmente del **momento** en que la audiencia de la Comisión de Justicia debe producirse. La Moción específica que la comparecencia debe efectuarse **después** del informe del Consejo General del Poder Judicial. No obstante, pensamos que resultaría más coherente que el Congreso interviniese **antes** que el Consejo. Y ello porque así se facilita la posibilidad de que el Gobierno rectifique su proyecto de propuesta, y —dando entrada a las consideraciones y valoraciones efectuadas por el Legislativo— pueda cambiar de candidato, si el mismo no reúne los apoyos parlamentarios que se estimen pertinentes. Se evitaría así un dictamen del Consejo del Poder Judicial que podía resultar estéril si la comparecencia aconseja su cambio.

Se instauraría así una figura de **precandidato**, que sólo se convertiría en definitivo una vez oída la Comisión de Justicia. Tal articulación nos parece más respetuosa con el espíritu constitucional, pues en realidad estaríamos añadiendo una fase previa al *iter* señalado en el artículo 124 de la Norma Suprema, que difícilmente puede reputarse contrario a la misma.

b) La fijación de su mandato y causas de cese

Si de lo que se trata es de reforzar la independencia e imparcialidad del Ministerio Fiscal, no cabe duda que el establecimiento de un periodo para su mandato, durante el cual sólo pudiera ser cesado por objetivas causas regladas, es una **medida adecuada**. No se olvide la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —asumida por nuestro Tribunal Constitucional— respecto a la **imparcialidad objetiva**: hay que serlo y parecerlo. En esa línea, sin duda se trata de una reforma positiva.

Las discrepancias provienen de la duración del mandato. Hay quien propone un plazo superior al de la legislatura (5 años), por analogía con el mandato de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial o del Defensor del Pueblo. Otros prefieren seguir el dictado del artículo 68.4 CE, y lo establecen en cuatro años, congruentemente con la duración de una legislatura.

Personalmente pensamos que lo decisivo no es el plazo, sino la inclusión o no entre las objetivas **causas tasadas de cese** (además de las obvias: renuncia, muerte, incapacidad sobrevenida, notoria negligencia o condena penal, como en el caso del Defensor del Pueblo), de otra consistente en el cambio de legisla-

tura. Si el artículo 124 no condiciona más que a la confianza la propuesta del candidato que reúna el resto de las condiciones, no parece lógico que un Gobierno de signo distinto deba respetar a un Fiscal General nombrado por sus antecesores, que podría no ser el instrumento idóneo para concretar la política criminal del nuevo Ejecutivo. En este sentido, Izquierda Unida no puso objeciones a la posibilidad de que el mandato de que hablamos «durase la propia legislatura, que obviamente en un momento cualquiera puede ser disuelta haciendo uso de las facultades legales que tiene el Presidente del Gobierno».

En cualquier caso, no queremos dejar pasar la oportunidad para poner de relieve que el propio Estatuto vigente contiene una previsión que —en nuestra opinión— no ha sido debidamente observada. Su artículo 29 viene a añadir algo al texto constitucional: así como la Norma Suprema sólo habla de que el Fiscal General será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el CGPJ, la norma legal que lo desarrolla añade un elemento importante: «será nombrado y cesado» con tales requisitos.

Tal precepto viene siendo interpretado en el sentido de que la audiencia del CGPJ para el nombramiento del Fiscal General supone ya la conformidad con el cese del anterior. Pero ello supondría que se le pusieran de manifiesto las causas de su cese, lo que no ocurre. Quizá dando a la intervención del CGPJ un carácter más sustantivo, que no se limitase a la constatación del cumplimiento de los requisitos reglados del candidato, estaríamos consiguiendo un mayor control del Ejecutivo a la hora de cesar a quien antes nombró, por razón exclusiva de la pérdida de confianza, que es precisamente lo que se trata de evitar.

c) El examen de la memoria de la Fiscalía por la Comisión de Justicia

Tampoco éste es un punto que parezca suscitar especial debate. En la actualidad, el artículo 9.1 EOMF prevé ya la remisión de la Memoria anual a las Cortes Generales. Quizá hasta ahora se trata de un trámite meramente formal, al que se trataría de dar un contenido sustantivo con la propuesta de la Moción.

Sin duda si se envía la Memoria debe ser para obtener alguna finalidad. Y la Comisión competente debe tener algo que decir sobre su contenido, pues nada del mismo le resulta completamente ajeno. Recuérdese que entre las materias de la Memoria anual se encuentran las propuestas de reformas legislativas efectuadas por las diversas Fiscalías, y —aparte del Gobierno, que es su destinatario natural, y posee iniciativa legislativa— es la Comisión de Justicia quien parece oportuno que las conozca de primera mano.

d) La previsión de partidas presupuestarias específicas para el Ministerio Fiscal

El Pleno del Congreso insta al Gobierno (autor del proyecto de Presupuestos Generales del Estado) para que en el mismo se contemplen partidas

presupuestarias específicas para atender las necesidades funcionales del Ministerio Fiscal. Ello presupone, obviamente, que en la actualidad no sucede así, y por paradójico que pueda parecer, no cabe duda de ello. Hoy dentro del presupuesto del Ministerio de Justicia hay una subpartida denominada «Administración de Justicia y Ministerio Fiscal», en la que se engloban determinadas cantidades inespecificadas, cuya gestión corresponde además directamente al propio Ministerio, generalmente a través de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia. Si un Gobierno decide desatender las necesidades del Ministerio Fiscal, no por ello tiene que incumplir la Ley de Presupuestos: basta que dedique las partidas previstas a otros fines también cubiertos por la rúbrica: medios materiales para Juzgados y Tribunales en aquellas Comunidades Autónomas sin competencias en la materia, o mayor dotación de los Cuerpos estatales de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, o a los Médicos Forenses. Lo mismo ocurre en cuanto a la formación de los Fiscales, tema de particular importancia.

Un primer paso para resolver tal incoherencia consiste en equiparar a la Carrera Fiscal al Cuerpo de Abogados del Estado: la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sí que cuenta con una partida individualizada. Ése podría ser un primer escalón, en nuestra opinión insuficiente.

Lo lógico sería —al menos— equiparar al Ministerio Fiscal con algún **organismo autónomo**, como la Agencia de Protección de Datos, integrada en el Ministerio de Justicia. El artículo 36.3 de la LPD⁸⁰ prevé que «la Agencia de Protección de Datos elaborará y aprobará con carácter anual el correspondiente anteproyecto de presupuesto y lo remitirá al Gobierno para que sea integrado, con la debida independencia, en los Presupuestos Generales del Estado». Se le atribuye la elaboración y aprobación de un anteproyecto de necesidades económicas, partiendo de la razonable base de que nadie como el propio interesado conoce sus previsiones de gastos y posibles necesidades. Todo ello condicionado, lógicamente, a su posterior discusión y aprobación dentro de las cuentas del Estado.

Lo deseable sería dar todavía un paso más, y configurar al Ministerio Fiscal como una **institución constitucional dotada de cierta autonomía** (a ello se encamina la Moción parlamentaria), y equipararlo al Consejo de Estado⁸¹, que posee su propio capítulo dentro de los Presupuestos Generales, sin adscripción a ningún Ministerio.

Todo ello resultaría vano si no se otorgase al Ministerio Fiscal de una cierta capacidad de **autonomía en la gestión** de dichos medios presupuestarios. Hoy la Fiscalía General del Estado carece de cualquier dotación económica independiente, y por tanto del personal que pudiera gestionarla. Hasta las subvenciones concedidas por la Unión Europea directamente a la Fiscalía entrañan hoy una dificultad para su ejecución y gasto. Qué ocurriría si las previsio-

⁸⁰ L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

⁸¹ Artículo 107 CE: «El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno».

nes del *Corpus Iuris*⁸² se cumpliesen y se creara un Fiscal General Europeo, con delegados en cada Estado miembro de la Unión Europea, es algo a lo que la legislación nacional debiera adelantarse, dotando de cierta autonomía presupuestaria y de gestión al Ministerio Fiscal⁸³.

Los Grupos Parlamentarios del Congreso se muestran unánimes en la conveniencia de tales medidas para reforzar la independencia e imparcialidad del Ministerio Fiscal. Alguno de ellos llega a afirmar que «quien tiene el poder económico tiene el poder político y, por tanto, **sin cierto margen presupuestario se puede menoscabar no sólo la eficacia sino también la independencia**».

No podemos sino concluir coincidiendo con tan acertada opinión.

Ojalá la reforma del EOMF, cuyo Proyecto de Ley fue aprobado por el Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2002 y se encuentra actualmente en fase de enmiendas parlamentarias en el Congreso de los Diputados, se muestre sensible a las aspiraciones de autonomía que laten en el seno de la Carrera Fiscal.

⁸² Artículo 18.2 del *Corpus Iuris*: «El Ministerio Fiscal Europeo es la autoridad de la Comunidad Europea responsable de la investigación, la elevación a juicio oral, el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal juzgador y la ejecución de las Sentencias relativas a los delitos previstos en los artículos 1 a 8. Es un órgano independiente de la autoridad nacional y de los órganos comunitarios».

⁸³ En similar sentido puede verse la Recomendación 19/2000 del Consejo de Europa, y el Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo (presentado por la Comisión el 11 de diciembre de 2001: COM(2001) 715 final).

