



UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
Departamento de Derecho Público



TESIS DOCTORAL

LAS RESPONSABILIDADES DEL MINISTERIO FISCAL

PROGRAMA DE DOCTORADO

**BALANCE DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES A LAS PUERTAS DEL SIGLO XXI**

AUTOR

DELIA CAROLINA DORESTE ARMAS

LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

2015

AGRADECIMIENTOS:

Al director de Tesis DR. Ezequiel Osorio Acosta, personal de la Biblioteca General de la ULPGC, a la Fiscalía de la CCAA de Canarias, a la Inspección Técnica de la Fiscalía General del Estado, así como a las distintas Asociaciones Profesionales de Fiscales, por su inestimable ayuda y apoyo en la elaboración de esta Tesis Doctoral.

INDICE Y CONTENIDO

INTRODUCCIÓN GENERAL	8
TÍTULO PRIMERO	14
CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL Y ESTUTARIA DEL MINISTERIO FISCAL. DERECHO COMPARADO.	14
CAPITULO 1º. El Ministerio Fiscal en la historia del Constitucionalismo Español. ...	14
A. Breve referencia a los antecedentes en el Derecho Romano y en el Derecho Histórico Español.....	14
B. El Ministerio Fiscal en el Constitucionalismo Español con anterioridad a la Constitución de 1978.....	24
B.1.El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835.	29
B. 2. Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870.	34
B.3. Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial.	38
B. 4. Real Decreto de 16 de Marzo de 1881.....	38
B. 5.Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926.	39
B. 6. Reglamento Orgánico de 1927.....	41
B. 7. Reglamento Orgánico de 21 de Febrero de 1958.	42
B. 8. Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1969.	43
B. 9. El Ministerio Fiscal en la II República.	45
CAPÍTULO 2º. Configuración del Ministerio Fiscal en la Constitución de 1978: Defensa de la Legalidad Constitucional. Principios de Unidad, Dependencia y Jerarquía.	49
A. Consideraciones Generales en torno a la configuración del M.F. tras la Constitución de 1978.....	49
B. Defensa de la Legalidad Constitucional.	53
C. Principios de Unidad, Dependencia y Jerarquía.....	57
Introducción.	57
C. 1. Principio de Unidad.	58
C. 2. Principio de Dependencia y Jerarquía.....	64
CAPÍTULO 3º. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; Régimen de Prohibiciones e Incompatibilidades	71
A. Régimen de Prohibiciones.	71
B. Régimen de Incompatibilidades.	74
CAPÍTULO 4º. Breve Referencia a la posición del Ministerio Público en el marco del Derecho Comparado.	81
Introducción.....	81
A. Francia.	83

B. Italia	90
C. Alemania	107
CAPÍTULO 5º. Naturaleza Jurídica del Ministerio Fiscal	121
Introducción	121
A. Diferentes posiciones en la Doctrina Científica, en torno al problema de la Naturaleza Jurídica del Ministerio Fiscal	124
A. 1. Teoría de las Bisagras del Sistema Político	124
A.2. Concepción Gubernativa del Ministerio Fiscal	133
A.3. Concepción Judicialista del Ministerio Fiscal	137
A. 4. Concepción Parlamentaria del Ministerio Fiscal	141
TÍTULO SEGUNDO	146
ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL MINISTERIO FISCAL: ENTRE LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA Y LA DEPENDENCIA POLÍTICA	146
CAPÍTULO 1º. Estructura del Ministerio Público en España	146
Introducción	146
A. Breve reseña a los modelos y fundamentos políticos en la estructura del Ministerio Público	146
B. Estructura Orgánica del Ministerio Fiscal	148
B. 1. Apuntes históricos de la Institución antes de la Constitución de 1978	148
B. 2. Con posterioridad a la Constitución de 1978	153
CAPÍTULO 2º. Elección y Remoción del Fiscal General del Estado: Independencia funcional del Ministerio Fiscal Vs. Elección Política del Fiscal General del Estado	167
Introducción	167
A. Elección del Fiscal General del Estado	167
B. Remoción o cese en el cargo de Fiscal General del Estado	179
C. Independencia Funcional del Ministerio Fiscal. Vs. Elección Política del Fiscal General del Estado	185
D. Facultades del Fiscal General del Estado	192
D. 1. Regulación Estatutaria	192
CAPÍTULO 3º. Órganos Colegiados del Ministerio Fiscal: Consejo Fiscal, Juntas de Fiscales de Sala y las Juntas de Fiscalía	198
A. Consejo Fiscal	198
B. Junta de Fiscales de Sala	210
C. Las Juntas de Fiscalía	215
TÍTULO TERCERO	228
DIMENSIÓN INTERNA DE LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA	228
CAPÍTULO 1º. La Dependencia Jerárquica en el Ministerio Fiscal	228
Introducción	228
A. Facultades de los Fiscales Jefes	230

B. Deberes y Facultades de los Fiscales: Breve reseña a la Carrera Fiscal.	243
B. 1. La Carrera Fiscal.	243
B. 2. Derechos y Deberes de los Miembros del Ministerio Fiscal.	248
B.2. 1. Deberes.	249
B. 2. 1. 1. Deber de fidelidad al cargo.	249
B. 2. 1. 2. Deber de residencia y asistencia al lugar de trabajo.	249
B. 2. 1. 3. Deber de guardar secreto.	250
B. 2. 1. 4. Deber de Obediencia e Información respecto a los superiores.	250
B. 2. 1. 5. Deberes de carácter genérico.	251
B. 2. 1. 6. Deber de acatar las Órdenes e Instrucciones de los superiores.	251
B. 2. 1. 7. Deber de respeto a los superiores jerárquicos y demás integrantes del Ministerio Fiscal así como a las personas ajenas al mismo.	251
B. 2. 1. 8. Deber de observar la normativa sobre incompatibilidades y prohibiciones.	252
B. 2. 1. 9. Deber de actuar con estricta aplicación del ordenamiento jurídico; Deber de actuar con plena objetividad e independencia respecto de presiones exteriores.	252
B. 2. 1. 10. Deber de guardar la debida imparcialidad absteniéndose de actuar cuando concurran circunstancias legales que hagan dudar de su imparcialidad, etc.	252
B. 2.2. Derechos.	252
B. 2. 2. 1. Derecho al Cargo y a la Promoción en la Carrera Fiscal.	252
B. 2. 2. 2. Derecho a los Permisos y Licencias.	256
B. 2. 2. 2. 1. Permisos.	256
B. 2. 2. 2. 2. Licencias:	257
B. 2. 2. 2. 2. 1. Licencia por Matrimonio.	257
B. 2. 2. 2. 2. 2. Licencia por Parto o Adopción.	258
B. 2. 2. 2. 2. 3. Licencia por Estudios.	258
B. 2. 2. 2. 2. 4. Licencia por Enfermedad.	259
C. Especial referencia al Derecho de Asociación de los Fiscales.	260
C. 1. Estatuto Asociativo de los Fiscales.	260
C. 2. Principales Asociaciones de Fiscales en España.	265
C.3. Acciones o Actividades que desarrollan las Asociaciones Profesionales de Fiscales.	268
C. 4. Situación Actual de las Asociaciones de Fiscales.	270
D. Libertad de Palabra.	273
E. Mecanismo de la Discrepancia. Especial referencia al caso Frago.	275
E. 1. Mecanismo de Discrepancia.	275
E. 2. Especial referencia al Caso Frago.	285
TÍTULO CUARTO.	291

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS FISCALES: DISCIPLINARIA, PENAL Y CIVIL. RESPONSABILIDAD POLÍTICA	291
CAPÍTULO 1º. Responsabilidad Disciplinaria.	291
Introducción.	291
A. Responsabilidad Disciplinaria en la Legislación Preconstitucional.	293
B. Responsabilidad Disciplinaria con posterioridad a la Constitución de 1978.	308
Consideraciones Generales.	308
B.1. Infracciones que pueden cometer los fiscales.	324
B.2. Graduación de las sanciones.	328
B. 3. Del Procedimiento Sancionador.	329
B.4. Revisión jurisdiccional de las Resoluciones Sancionadoras.	337
CAPÍTULO 2º. Responsabilidad Penal de los Miembros del Ministerio Fiscal.	343
Consideraciones Generales.	343
A. Legislación penal antes de la reforma de 1995.	347
B. Legislación Penal tras la reforma de 1995.	355
CAPÍTULO 3º. Responsabilidad Civil de los Miembros del Ministerio Fiscal.	371
Consideraciones Generales.	371
A. Regulación antes de la Constitución de 1978.	373
B. Regulación después de la Constitución de 1978.	387
B. 1. El comportamiento.	389
B. 2. El Daño.	389
B. 3. La Relación de Causalidad.	390
B. 4. El Criterio de Imputación Legal. La culpabilidad.	391
CAPÍTULO 4º. Responsabilidad Política del Ministerio Fiscal.	401
Consideraciones Generales.	401
A. La Responsabilidad Política del M.F. ante el Gobierno.	404
B. Responsabilidad Política del M.F. ante el Parlamento.	407
C. Responsabilidad Política del M.F. ante la Opinión Pública.	412
TÍTULO QUINTO.	416
PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA”.	416
Introducción.	416
A. En materia de Responsabilidad Penal.	417
B. En materia de Responsabilidad Civil.	427
C. En materia de Procedimiento Sancionador.	435
D. Nombramiento del Fiscal General del Estado.	445
CONCLUSIONES.	457
APENDICES.	475

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	475
PÁGINAS WEB	477
LEGISLACIÓN	479
DICCIONARIOS JURÍDICOS	481
ESTUDIOS JURÍDICOS	481
ANEXOS: RESOLUCIONES, INSTRUCCIONES, CIRCULARES E INFORMES .	486
A. De la Secretaría General del Congreso de los Diputados.	486
B. Del Consejo Fiscal.	486
C. Del Consejo General del Poder Judicial.	486
D. De la Fiscalía General del Estado.	486
E. Del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sala de lo Penal de Las Palmas de Gran Canaria.	487

INTRODUCCIÓN GENERAL

La elección de las Responsabilidades del Ministerio Fiscal como tema objeto de investigación, estuvo motivada inicialmente por las deficiencias que el modelo en sí mismo ofrecía.

Consideramos que la labor de todo investigador, es ofrecer a la sociedad alternativas rigurosas que ayuden a perfeccionar a las instituciones sociales y desde esta perspectiva, hemos acometido esta tarea. Partiendo de una visión global del trabajo, hemos comenzado con el análisis de los antecedentes históricos de la Institución, los principios constitucionales que la rigen, los modelos existentes en el derecho comparado así como la evolución del régimen de responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los Fiscales, y su procedimiento sancionador, finalizando con el análisis de la responsabilidad política que genera la actuación del Ministerio Público en el ejercicio del “ius puniendi” fundamentalmente, en la ejecución de la política criminal diseñada por el Gobierno. Desde esta última perspectiva, no sólo nos encontramos ante un órgano que colabora a la realización de la justicia desde la misma aparición del sistema acusatorio, sino que además en muchos países como en el nuestro, sirve a la implementación de políticas públicas razón por la cual han surgido problemas acerca de su inclusión en el campo de influencia de uno u otro Poder¹.

Hemos dedicado algunos años de estudio y trabajo, con la obtención de algunos datos que aunque puedan resultar escasos, confiamos que puedan servir a la ciencia jurídica, en el avance de esta institución, calificada en muchas ocasiones por la propia doctrina científica como una de las más complejas desde el punto de vista del derecho positivo, ambigua hasta el extremo de generar, en un primer acercamiento lo que MARCHENA GÓMEZ² ha definido como la “cuadratura del círculo”.

¹Rubén Martínez Dalmau, “ Aspectos Constitucionales del Ministerio Fiscal”, Edit. Tirant lo blanc, Valencia, 1999, Pag. 21.

² Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal : Su pasado y su Futuro”, Edit. Marcial Pons, 1992, pag, 15.

Hemos partido de la idea de que el régimen de responsabilidades civiles y penales de los fiscales ha adolecido de una enorme dificultad para su exacción porque así como en el orden penal ha existido una laguna legal que se ha puesto de manifiesto ante la imposibilidad de encauzar las presuntas resoluciones arbitrarias dictadas por los fiscales dentro del tipo penal de la prevaricación administrativa o judicial, en el orden civil nos encontramos de entrada con la dificultad añadida que presenta el instituto de la responsabilidad civil judicial que ya ha sido calificado por la doctrina como un instrumento ineficaz e insuficiente que ha conducido a que el juez sea civilmente irresponsable en la práctica. Trasladando estos presupuestos a los miembros del Ministerio Público, ha dado como resultado la existencia de limitaciones materiales establecidas en la ley, que han originado una irresponsabilidad civil fáctica de los Fiscales. Es decir, se ha hecho una trasposición de un régimen de responsabilidades pensado para Jueces y Magistrados, a un cuerpo de funcionarios que difiere de aquellos por la índole de sus funciones, por su posición dentro del proceso y por las características de la organización en la que se integran.

Pasando a describir el contenido de este trabajo, en el Capítulo Primero del Título I estudiamos la evolución histórica de esta institución con un somero análisis de los precedentes históricos tanto en el Derecho Romano, Derecho Medieval así como en la Edad Moderna, para finalizar con un estudio más detallado de los precedentes normativos que fueron configurando al Ministerio Fiscal durante los siglos XIX y XX.

El Capítulo Segundo del mismo Título, nuestro estudio considera la legislación constitucional a partir de la Constitución de 1978 quien configura al Ministerio Fiscal como un verdadero órgano de relevancia constitucional, reconocible y definido en sus caracteres y principios esenciales.

En el Capítulo Tercero, se analiza el régimen de prohibiciones e incompatibilidades, de acuerdo con el régimen establecido en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981.

En el Capítulo Cuarto haremos un estudio ordenado en los ordenamientos jurídicos francés, italiano y alemán reguladores del modelo de Ministerio Público, examinando la tradición jurídica en la configuración de la citada institución.

En el Capítulo Quinto haremos un detenido análisis de las diferentes posiciones en la doctrina científica en torno al problema de la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal.

El Capítulo Primero del Título II, comprenderá un estudio de los diferentes modelos y fundamentos políticos en la estructura del Ministerio Público e intentaremos explicar la relación existente entre el sistema político y los distintos modelos organizativos de la acción popular: es decir el valor político que subyace entre un Ministerio Fiscal dependiente del Ejecutivo y un Ministerio Fiscal sometido únicamente al imperio de la Ley, como expresión formalizada de la soberanía popular.

Seguidamente abordaremos el estudio de la estructura del Ministerio Fiscal antes y después de la Constitución de 1978, tomando en consideración el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 y sus reformas posteriores, con la valoración que al respecto ha hecho la doctrina científica.

En el Capítulo Segundo del mismo Título, se analizará la figura del Fiscal General del Estado, concretamente el procedimiento de designación y cese previsto en el Estatuto Orgánico de 1981, deteniéndonos en el análisis y valoración que la doctrina ha realizado respecto de la última reforma operada por Ley 24/2007 de 9 octubre. ¿La última reforma estatutaria ha reforzado la autonomía del Ministerio Fiscal o por el contrario ha mantenido el viejo modelo pero con un nuevo formato?

El Capítulo Tercero abordará el estudio de los órganos colegiados del Ministerio Fiscal: Consejo Fiscal, Junta de Fiscales y Sala y Juntas de Fiscalía.

El Título III abordará la cuestión de la dimensión interna de la dependencia jerárquica. Este principio siempre ha sido muy discutido dentro de la doctrina, y para comprender el sentido de la crítica es necesario distinguir dentro de él, dos dimensiones: la dependencia interna y la dependencia externa. El principio de dependencia jerárquica es ante todo, un sometimiento a los órganos internos jerárquicamente estructurados del Ministerio Fiscal, pero no a órganos extraños que puedan hacer cuestionar la imparcialidad de esta Institución. Se abordará los cambios que la Ley 24/2007 ha introducido con el fin de promover una mayor especialización en todos los niveles funcionales y territoriales del Ministerio Fiscal.

El Capítulo Primero del mismo Título, abordará las facultades de los Fiscales Jefes así como los Derechos y Deberes de los Fiscales con una breve reseña a la Carrera Fiscal. Dentro de este capítulo haremos una especial referencia al Derecho de Asociación, con una mención a las principales asociaciones de Fiscales en España. También se abordará de forma especial, el mecanismo de la discrepancia que actúa como límite al principio de dependencia jerárquica y cuyo fundamento se encuentra en la correcta defensa del principio de legalidad. Es decir, con este mecanismo se pretende incentivar una obediencia crítica orientada a una adecuada y correcta defensa de la legalidad. Se hará una especial mención al caso Frago, y a los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia de 1 de octubre de 2013 de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional.

El Capítulo Primero del Título IV abordará la responsabilidad disciplinaria de los Fiscales, partiendo de un análisis de la misma en el periodo Preconstitucional. Desde esta perspectiva histórica verificaremos como la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 dedicaba íntegramente su Título XX a esta institución. A continuación, se hará un análisis comparativo con la regulación contenida en el Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926, y su desarrollo reglamentario en los Reglamentos Orgánicos de 1927, 1958 y 1969. Igualmente se abordará la cuestión de la responsabilidad penal y civil derivada de los actos del fiscal en el ejercicio de sus funciones, trazando la trayectoria a lo largo de los diferentes códigos penales desde 1822 hasta llegar a la actualidad, considerando en todo caso, la regulación que ofrecía tanto la Ley Provisional de 1870 como el Estatuto Fiscal de 1926 y sus Reglamentos de desarrollo. Respecto a la responsabilidad civil, se hará un análisis del esquema de la responsabilidad civil que ofrecía los Reglamentos Fiscales de 1927, 1958 y 1969, y que tiene su fuente directa en la normativa que la Ley Provisional de 1870 diseñaba para Jueces y Magistrados en sus artículos 260 al 266. Verificaremos el régimen jurídico de la responsabilidad civil de los Fiscales, partiendo de las limitaciones que establecía para los miembros del Poder Judicial, tanto la Ley Orgánica de 1870 como la LEC de 1881 y dentro de esa trayectoria, llegamos a la actual regulación que establece tanto el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 y como no podía ser de otra manera, la persistente, eterna y tradicional remisión a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 para Jueces y Magistrados en materia de responsabilidad civil.

Tras la vigencia de la Constitución de 1978, hemos partido de la identificación de un problema fundamental como es la necesidad de legislar en materia de un procedimiento sancionador propio y específico para esta Institución que evite la dispersión normativa y por tanto que sea superadora de esa “eterna e inercial remisión a la LOPJ”. Después de la Constitución de 1978, tanto desde la propia Fiscalía General del Estado como desde sectores de la propia Doctrina científica, se ha denunciado de forma reiterada, la necesidad de elaborar un nuevo Reglamento que desarrolle el actual marco Estatutario de los miembros del Ministerio Fiscal. La ausencia de normas procedimentales en el Estatuto Orgánico de 1981, no puede entenderse cubiertas por el Reglamento Orgánico de 1969, Reglamento que si bien dedica su Título V a la responsabilidad del Ministerio Fiscal, y más concretamente su Capítulo Primero a las correcciones disciplinarias, la mera lectura de sus preceptos evidencia la necesidad de una regulación ex novo.

El Capítulo Segundo de este Título, abordará la responsabilidad penal de los Fiscales con un análisis de la misma, de acuerdo con la legislación antes de la reforma del Código Penal de 1995 y con posterioridad a la citada reforma.

El Capítulo Tercero analizará de forma análoga, la responsabilidad civil de los Fiscales antes y después de la Constitución de 1978, considerando especialmente la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

El Capítulo Cuarto comprenderá la Responsabilidad Política del Ministerio Fiscal. Antes de la reforma introducida por la Ley 24/2007, la libre capacidad de nombramiento y cese del Fiscal General del Estado correspondía al Gobierno y por ello no ofrecía dudas, desde la perspectiva al menos de una responsabilidad in eligiendo e in vigilando, de en quien debía recaer esa responsabilidad por la actuación de la Institución y en definitiva, en quien recaía el apoyo democrático por dicha actuación. ¿Ha incorporado una nueva visión a este juego de “checks and balances” la nueva regulación, tras la reforma introducida por la Ley 24/2007, como bien ha planteado Bestarache Bengoa?³ Tomando en consideración estas reflexiones, se realizarán las valoraciones oportunas.

A continuación se abordará la responsabilidad política del MF ante el Gobierno, ante el Parlamento y ante la Opinión Pública.

³ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia, España” Edit. Thomson Reuters, Primera Edición, 2010, Pag.444.

El Título V abordará las “Propuestas de Lege Ferenda” y Conclusiones. Resulta complicado por no decir casi imposible, intentar comprometernos con un modelo específico que encaje dentro de lo que debiera ser un órgano de tanta relevancia como es el Ministerio Fiscal. La cuestión es difícil, porque en el fondo lo que subyace es intentar hacer realidad una justicia más eficaz y por lo tanto más justa, aún a riesgo de equivocarnos, porque de lo que se trata en primera y última instancia es de cooperar en el esclarecimiento de los perfiles de esta Institución. Y dentro de esta línea argumental, se hacen algunas propuestas siendo una de ellas la que gira en torno a la conveniencia de cambiar el sistema de designación del Fiscal General del Estado, aunque hay que advertir que es una cuestión muy debatida en la doctrina.

La reforma que se propone permitiría abordar otras, como el papel del Fiscal en la instrucción penal, dado que en el contexto actual de dependencia gubernamental resulta difícil llegar a admitir la extensión de las competencias del fiscal a la fase de instrucción. Con esta fórmula, consideramos que se resolverían tensiones internas dentro de la propia Institución, al tiempo que permitiría una vinculación más coherente con el “órgano constitucional del que emana la legalidad”⁴ como es el Parlamento.

Dentro de este contexto, la conclusión fundamental en la que reside la novedad traída por la presente tesis es el entendimiento de que debe de legislarse en materia de responsabilidades tanto civiles como penales de los miembros del Ministerio Fiscal porque como ya se ha afirmado, el ordenamiento jurídico se ha limitado a realizar la trasposición de un régimen de responsabilidades pensado para Jueces y Magistrados a un cuerpo de funcionarios que difiere de aquellos por la índole de sus funciones, por su posición dentro del proceso y por las características de la organización en la que se integran. Es necesario un régimen de control específico, porque en un Estado de Derecho, cualquier órgano del Estado cuyos titulares con asignación de poderes y competencias, no pueden quedar al margen de un riguroso régimen de control y de exigencia de responsabilidad, ante cualquier desviación en el ejercicio de aquellas.

⁴ Manuel Miranda Marchena, “ El MinisterioFiscal...”, Op.Cit.Pag.194.

TÍTULO PRIMERO

CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL Y ESTUTARIA DEL MINISTERIO FISCAL. DERECHO COMPARADO.

CAPITULO 1º. El Ministerio Fiscal en la historia del Constitucionalismo Español.

A. Breve referencia a los antecedentes en el Derecho Romano y en el Derecho Histórico Español.

El surgimiento del Instituto Fiscal debe ser saludado como una consecuencia histórica, en opinión de LÓPEZ AGUILAR⁵. La búsqueda de los orígenes de una institución como el Ministerio Fiscal conlleva siempre el interrogante de cual fue en realidad el momento exacto de la historia y la causa que ayudó a delimitar esta figura y diferenciarla de otras.

¿Sería la percepción de “cauciones y abono de expensas y daños...lo que poco a poco desdibujaría una nueva función de naturaleza penal-jurisdiccional, superándose así la tutela exclusiva sobre la Hacienda del Monarca, lo que convertiría al “Procurador Fiscal”, o “Advocato Fiscal” en el precedente remoto de esta institución?. La tarea de aproximación histórica, plantea una premisa fundamental como es la de despojarse de la idea de un Ministerio fiscal como el actual. Sería completamente erróneo buscar una figura cercana al perfil que posee actualmente. Por tanto ¿Cuál es su rasgo característico en el devenir de la historia? La cercanía a un Emperador, Príncipe o Rey y ser custodio de su patrimonio, incluso pudiendo en algunos casos acudir a juicio y defender la causa real, que coincidía con la defensa del fisco, como institución que representaba los intereses del monarca o a lo sumo podía representar “una incipiente Hacienda Pública”.

⁵ Juan Fernando López Aguilar, “La Justicia y sus problemas en la Constitución. Edit. Tecnos. Madrid. 1996. Pag. 161. Vid note.3.

De cualquier modo no es posición unánime en la doctrina la consideración de este tipo de precedentes en la historia de esta institución. Así, centrandó nuestra búsqueda en la antigua Roma, vemos como los “advocatus fisci” y los “Procuratores Caesaris” tenían, además de funciones recaudatorias y controladoras de impuestos, otras de tipo judicial, pudiendo intervenir en juicio o incluso reconocerles una jurisdicción especial, una especie de “cognitio extraordinaria” defendiendo así cualquier causa ligada al fisco. En cualquier caso eran funcionarios de confianza del Emperador que éste designaba para que defendiera sus intereses económicos. Sus funciones específicas iban de ser perceptores, administradores o abogados encargados de los bienes del pueblo romano y en ocasiones se encargaban de la defensa en juicio de la hacienda del Príncipe. No obstante y para ser más precisos en torno al concepto “Fiscus” y “Aerarium”, aunque ofrecen cierta imprecisión, parece que el primero alude a la administración financiera del Emperador, e incluso en determinado momento la “total administración financiera controlada por el Emperador”. En lo que coincide la mayor parte de los romanistas es en la consideración de que los Emperadores conservaron un considerable poder sobre el “Fiscus” hasta el punto de que lo seguían reportando a su persona utilizando expresiones tales como “FiscusMeus” o fiscimeij; fiscus noster⁶.

También se han mencionado otras figuras como los “patronus fisci” que junto a la labor recaudadora de las contribuciones, perseguían a los defraudadores y le imponían un castigo, por lo que habría que pensar que se les reconocía algún tipo de jurisdicción. Junto a estos, estaban los defensores civitates, que perseguían a los delincuentes y reclamaban daños y perjuicios. Sin embargo, y pese a la existencia de figuras en la antigua Roma, con funciones acusatorias y de reclamación de daños, dicha función era accesoria de una principal como era la recaudatoria de impuestos por lo que habría que concluir que... “la pureza del sistema de acusación popular, dificulta la búsqueda de un genuino Ministerio Fiscal”⁷.

⁶ Mariano Fernández Martín-Granizo, “El Ministerio Fiscal en España” Edit. Gráficas Uguina, Madrid, 1977, pagg 17-18.

⁷ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro. Marcial Pons. Madrid 1992. pag 23.

En España determinada corriente doctrinal encabezada por RUIZ GUTIÉRREZ sitúa el antecedente más remoto de la institución en los Concilios I y II de Sevilla celebrados respectivamente en los años 590 y 618 (Alta Edad Media). En el Concilio II concretamente se menciona a un tal Suanila, “Actorerumfiscalium” que guarda bastante semejanza con el “Advocatus fisci”. Es decir dicho Suanila era un funcionario del patrimonio del Monarca designado por éste para la defensa de sus intereses económicos, a imitación de los “ProcuratoresCaesarii” y “advocatusfisci”. Sin embargo, anterior a los Concilios de Sevilla, existe una referencia en el Concilio III de Toledo, canon XVIII en el que se aprecia en el texto latino que dice así;...Actores fiscalium patrimoniorum...”⁸.

MARTÍN GRANIZO no sitúa el origen del Ministerio fiscal en este periodo de la historia. Para este autor, no fue precisamente el periodo que comprende la Edad Media, ni los Reinos de Castilla-León, Aragón, Navarra ni las Regiones Forales, los lugares y el momento de la historia en que puede hablarse de antecedentes “strictu sensu” de lo que hoy conocemos como Ministerio Fiscal, con la debida delimitación caracterológica y funcional necesaria. Por el contrario, este autor sostiene ya a título de síntesis lo que pudo significar este periodo histórico para el Ministerio Público, “...produciéndose en aquel entonces una gran influencia romanista que se refleja en la persistencia de determinados cargos como son el de actorisfisci y el de procurador del rey...Por otro lado la absoluta vinculación e identificación de la Hacienda Pública... a la persona del Rey⁹.”

Durante la alta Edad Media podemos encontrar figuras de clara influencia del derecho romano, que representan cargos de confianza del monarca con una clara función representativa del mismo, en los procesos judiciales y cuya misión es la defensa del fisco o patrimonio del monarca. Debemos insistir en la idea de una total confusión entre el patrimonio real y el público. Un posible precedente de la institución podemos encontrar en el “Liber Iudiciorum” cuya versión latina se halla en el Fuero Juzgo. En esta obra se habla de personeros del Rey, que vendrían a ser como una especie de procuradores cuya función era la defensa en juicio de los intereses del fisco o patrimonio real.

⁸ Mariano F. Martín Granizo, “El Ministerio Fiscal...”, OP.Cit. Pag.18

⁹ Mariano F. Martín- Granizo. “El Ministerio Fiscal en...” Op.Cit. pag. 53-54.

El Fuero Real, de importante trascendencia jurídica en los antecedentes de la institución, es una obra otorgada por el monarca Alfonso X el Sabio (año 1252-1255) y en la que podemos leer en la Ley III, Título X, Libro I esta mención: "... De cómo el Rey o Reyna, o Arzobispo o Obispo deben dar Procurador por sí"¹⁰.

RUIZ GUTIÉRREZ considera que esta obra supone, un precedente de enorme importancia puesto que en ella contemplamos una faceta penal en la actuación del representante del monarca, de tal manera que "de proteger intereses regios de contenido patrimonial pasa a proteger...un interés de carácter público: la persecución de los delitos". Así puede apreciarse en el Libro IV un aumento considerable de las penas pecuniarias que acompañan a cada uno de los delitos¹¹.

En las Partidas, obra perteneciente igualmente a Alfonso X el Sabio, se menciona en la Partida 3ª, Título 22, ley 19 el "Personero del Rey" como procurador designado por el monarca para que le representara en aquellos asuntos que le afectaran. En la Partida IV, título XVIII, Ley 12, se hace referencia al "Patronusfisci". Dicha ley dice: (...) "PatronusFisci tanto quierdezir en romanze, como ome que es puesto para razonar, e defender en juicio todas las cosas, e los derechos, que pertenecen a la Camara del Rey"¹².

En opinión de LÓPEZ SERRANO, la función que desempeña aquí el Patronus Fiscis es principalmente de índole civil, no desempeñando tareas de acusación¹³.

No debe extrañar la clara influencia del derecho romano, que se contempla en las Partidas, sobre todo por la similitud entre el "Patronus fisci" con el "advocatus fisci" y el "Procurador Caesarii"¹⁴.

Vemos por tanto como con diferentes denominaciones se va definiendo una institución al servicio de la monarquía que actúa en defensa del patrimonio del Rey... **personero, ome del Rey o patronus fisci**, pero teniendo presente que la imputación tenía como objetivo primero y último la defensa de "todas las cosas e derechos que pertenecen a la Cámara del Rey" tal como se detalla en la Cuarta Partida, Tit.XVIII, Ley XII¹⁵.

¹⁰ Ibídem. Pag 20-23.

¹¹ Manuel Marchena Gómez. " El Ministerio Fiscal ..." Op.Cit. pag.29

¹² Mariano F. Martín- Granizo. " El Ministerio Fiscal en..."Op.Cit. pag.23

¹³ Manuel Marchena Gómez. " El Ministerio Fiscal..." Op.Cit. pag.30.vid note de autor, nº 37.

¹⁴ Mariano F. Martín Granizo, Loc.Cit.Pag.25.

¹⁵ Ibídem. Pag 29.

Donde sí existe una completa unanimidad, con la excepción de algún sector doctrinal, encabezado por MARTÍN GRANIZO, es en la consideración de las Cortes de Briviesca – año 1387- como antecedente histórico claro de esta institución, apareciendo por vez primera el término Procurador Fiscal¹⁶. Así CONDE-PUMPIDO las menciona como el antecedente más inmediato en el origen del M.F. En las citadas Cortes de Briviesca el Rey trastámara Juan I proclamó: *“A los que nos pedisteis, por merced que pusiera un buen hombre e letrado e de buena fama por nuestro procurador fiscal a esto vos responderemos que nos place y nos lo entendemos poner tal cual cumplea nuestro servicio”*¹⁷.

En las citadas Cortes también se dispuso: *“...Porque los delitos ni finguen sin pena y castigo por defecto de acusador. E porque el oficio de nuestro Procurador Fiscal es de gran confianza y quando bien se exercita se siguen de el grandes provechos, assí en la excusión de la nuestra justicia como en pro de la nuestra Hacienda. Por ende ordenamos y mandamos que en la nuestra Corte sean Diputados dos Procuradores Fiscales promotores para acusar o denunciar los maleficios pernosas diligentes y tales que convengan a nuestro servicio...”*(Ley I, tit. XVI, Libro IV de la Nov. Recopilación). Según determinado sector doctrinal, en lo que acabamos de transcribir, vemos el origen inmediato de la acción pública (acción penal) en España¹⁸.

Las Cortes de Briviesca supusieron en cierta forma, el reconocimiento de una petición o lo que es lo mismo la satisfacción intereses sociales, diferenciados de los intereses del Monarca¹⁹.

En esta etapa de la historia que abarca el Alto y Bajo medievo es difícil encontrar un perfil de Ministerio Fiscal siquiera aproximado a lo que hoy entendemos como tal, resultando si se quiere absurdo, una búsqueda en tal sentido, porque lo que nos da la historia es un escenario de cuáles fueron sus comienzos, cercano siempre al poder político que en aquel entonces se aglutinaba en la persona del Monarca.

¹⁶ Rubén Martínez Dalmau. “Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, Pag. 104.

¹⁷ Conde –Pumpido Ferreiro, C.: “El Ministerio Fiscal”, Edit. Aranzadi. Navarra 1999, Pag.29. Jesús Pórfilo Trillo Navarro. “Ministerio Fiscal; Diacronía de una Vinculación Política”.Saber.es; Revista de Estudios Jurídicos Económicos y Sociales, año 2008. Pag. 46.

¹⁸ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.30.

¹⁹ Ibídem. Cándido Conde Pumpido Ferrerio, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.30

En estos momentos no existe todavía un concepto de Estado y mucho menos una concepción del “ius puniendi” como atributo sólo ejercitable por aquel. Si se ejerce la acusación es sólo como medio de obtención de ingresos puesto que no hay delito que no vaya acompañado de sanción pecuniaria. La esfera penal recobra de pronto un protagonismo que va a convertir al representante del Monarca en elemento fundamental en el nuevo episodio que se abre en la historia de esta institución. Hay que tener muy presente que la hacienda pública (Fisco) y el patrimonio del Rey se confunden, sin posibilidad de establecer distinción alguna.

Con el inicio de la Edad Moderna que suele coincidir en la historia, con el reinado de los Reyes Católicos, acontecen circunstancias que favorecen un mayor fortalecimiento de la institución, dibujándose una mayor concreción en cuanto a las funciones a desempeñar, no centrándose únicamente en su faceta de protector de la hacienda del monarca. Es bastante esclarecedora en cuanto al nuevo perfil que va teniendo el procurador fiscal, la ley 54 de las Cortes de Toledo de 28 de Mayo de 1480:

“...Por aquel oficio de nuestro procurador fiscal es de gran confianza, e quanto bien se exercita, se siguen dél grandes provechos en la ejecución dela nuestra justicia e nuestra fazienda, por ende ordenamos e mandamos que de aquí adelante los nuestros procuradores fiscales... e que non ayudaran en causas criminales a los reos nin en las causas ceviles contra nos nin contra nuestro fisco...”

Bajo el reinado de Carlos I se celebran las Cortes de Toledo de 7 de agosto de 1525 en las que interesa: *“ suplicamos a vuestra Majestad que, pues los pleytos que las ciudades e villas e lugares destosrreynos tratan en el Consejo y en las dichas chancillerías, son para conservar jurisdicciones y terminos que todo es seruicio de vuestra Magistad y conservación de su patrimonio real;... e mandamos...a los nuestro fiscales que en los tales pleytos asystan en favor de las dichas ciudades e villas fasta los fenecer e acabar, como cosa tocante a nuestro patrimonio...”*²⁰.

En este último texto puede observarse como se alude al concepto “conservación de jurisdicciones y términos” y conservación de su patrimonio. Por tanto se distingue entre funciones judiciales y funciones de conservación del patrimonio real. Pero también interesa como con el término “ conservación de jurisdicciones y términos” se inicia un nuevo episodio en lo que a la consolidación del poder real se refiere, en tanto que es un

²⁰ Mariano Fernández Martín- Granizo. “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.55-57

ejemplo claro de cómo la jurisdicción real fue ganando fuerza frente a las señoriales-feudales de la época²¹.

En lo que a las funciones civiles y criminales se refiere, habría que citar una obra de FERNÁNDEZ DE AYALA AULESSIA cuando dice de los fiscales: *“El fiscal de lo civil tiene su asistencia continua en las tres horas de la Audiencia en la Sala de los hijosdalgo, y de allí sale a las demás Salas, a la defensa de los pleytos que miran a la conservación del Patrimonio Real y de los Reynos...”*

*“ El fiscal de los criminal, tiene su asistencia continua en la Sala del Crimen y su ocupación en defender la causa y vendicta publica de todos los negocios criminales (sin embargo de que en ellos aya parte interesadas) y en todos los negocios que empiezan de oficio de justicia, en que aya de auer ejemplar castigo, de que resulta que en todos los negocios criminales, es parte, y con quien se sustancia, y aunque cesse el derecho de la parte por cederle, y perdonarle, no cesa el del fiscal , nosiendo por indulto, o remisión de su Magestad ”*²².

Resulta sorprendente como ya aparecen conceptos tales como “parte” en el proceso “con quien se sustancia” “empiezan de oficio” y que son claros precedentes legislativos de conceptos procesales que hasta el día de hoy forman parte de la terminología jurídica procesal. Todo ello apunta a una nueva dimensión, no solo en lo referente al afianzamiento del Ministerio Fiscal como institución, y en lo que a sus funciones se refiere, cercano no obstante al poder real, sino en cuanto a la consideración un tanto precoz de las causas criminales como competencia exclusiva del Monarca, consolidándose la acción penal como acción pública.

En esta línea, es llamativo el precedente legislativo de los art. 105 y 106 de la L.E.Cr, en relación al último párrafo del texto anterior transcrito, en el que se puede leer; *“y aunque cesse el derecho de la parte por cederle, y perdonarle, no cessa el del fiscal...”*²³.

En el orden jurisdiccional, con el reinado de los Reyes Católicos, se produce un hecho peculiar cual sería la creación de tribunales de amplia jurisdicción, adscribiéndose a los mismos dos Procuradores Fiscales, con la nota de permanencia, quienes recibieron el concreto encargo legal de ser portadores de la acusación pública en la Corte.

²¹ Rubén Martínez Dalmau. “ Aspectos Constitucionales...” Op.Cit. Pag.108.

²² Mariano Fernández Martín Granizo. “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag. 60-61

²³ Mariano Fernández Martín Granizo. “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag. 60-61

No obstante conviene precisar, que si bien se produce una generalización de la adscripción de Fiscales a los distintos órganos judiciales creados, sin embargo la presencia de los mismos se limita única y exclusivamente a los Tribunales Superiores de carácter permanente, tal como se dispone en la Novísima Recopilación en la cual se dispone que “...ante las justicias ordinaria no hayan ni se pongan ni nombren fiscales que generalmente tengan cargo de acusar y pedir...”²⁴.

El desarrollo de la entonces novedosa institución fiscal, que como ya se ha indicado anteriormente remonta sus orígenes a las Cortes de Briviesca celebradas en Burgos en 1387, coincide con la creación de corporaciones judiciales. Por ello y aunque con los Reyes Católicos se crearon tribunales de amplia jurisdicción, que se irían generalizando poco a poco, la primera Audiencia como órgano jurisdiccional data del año 1371, año en que se celebran las Cortes de Toro estableciéndose en ellas un procurador fiscal.

Conviene hacer una precisión en lo que órganos judiciales se refiere, Así habría que diferenciar entre órganos de segunda instancia y los de instancias inferiores (primera instancia), donde la presencia del fiscal todavía no se establece con carácter obligatorio.

Así se pone de manifiesto en la Novísima Recopilación – ley 4, título 17, libro V – que “cada y cuando vinieren á las nuestras Audiencias algunas apelaciones...sobe la punición de otros pecados públicos y de otros crímenes y delitos en que nuestros Corregidores y otras justicias proceden de su oficio; el nuestro Procurador Fiscal de la tal Audiencia tome la voz de los tales pleitos...y con toda diligencia los siga...”²⁵.

Así, entre los órganos de segunda instancia se encontraban las Audiencias, y respecto de las resoluciones dictadas por éstas, las Chancillerías y, como órgano supremo el Consejo de Castilla en la Corona de Castilla y el Consejo de Aragón en Aragón. En esta época no existía división de poderes y el Consejo Real asumía funciones tanto legislativas como ejecutivas y de administración de justicia, bajo la dependencia directa del Rey²⁶.

²⁴ M. Marchena Gómez. “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag 31.

²⁵ M. Marchena Gómez; “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. pag 31.

²⁶ Jesús Pórfilo Trillo Navarro. “Ministerio Fiscal: Diconía de una Vinculación ...” Op. Cit. Pag.47.

Hay que tener presente que en el periodo en el que nos encontramos (Antiguo Régimen) no existía una neta diferenciación entre las funciones administrativa y jurisdiccional, es decir que una forma normal de administrar era a través de procedimientos jurisdiccionales. De aquí que el Consejo de Castilla además de ser la suprema instancia judicial era el principal órgano de gobierno de la Monarquía²⁷.

Por otro lado y en lo que al proceso penal se refiere imperaba el principio inquisitivo, tendencia que en nada difería con el resto de los países de nuestro entorno. Así, el procedimiento a seguir era de corte inquisitiva por lo que un agente (Corregidor) con un poder en última instancia dependiente del poder real o al menos re-conducible al poder absoluto del monarca, se encargaba de la identificación del perseguido, su inculpación, la reunión de pruebas contra él y como no podía ser de otra manera, su condena²⁸.

De acuerdo con este principio no era necesaria la asistencia de un acusador diferenciado del Juez (Alcalde, Corregidor) sin embargo, dado que el proceso podía comenzar tanto de oficio como a instancia de parte, a través de denuncia o querrela, esto se traducía en la posibilidad de la presencia en el mismo, de partes acusadoras públicas o privadas por lo que el promotor fiscal podía actuar como acusador siempre que el rey tuviera algún interés en la causa²⁹.

Como hito importante en el surgimiento del instituto fiscal, en lo que a su evolución se refiere, fue la creación por Felipe V de una Fiscalía en el Consejo de Castilla que fue ocupada por Melchor de Macanaz, hombre de confianza del rey³⁰.

En aquel entonces Felipe V intentaba realizar una reforma del Estado basada en la figura de los intendentes, siguiendo el modelo francés, que eran agentes regios dependientes del Monarca, pretendiendo con la creación de la citada Fiscalía, organizar el Ministerio Público, con el fin de ejercer un control mayor sobre el mismo al ser una pieza clave en la gobernabilidad del reino. De esta forma se crea una Jefatura de la que dependían todos los Abogados fiscales que resultaban necesarios para el despacho de

²⁷Luis María Diez Picazo. "El Poder de Acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo". Edit. Ariel. Barcelona, Año 2000, Pag.142.

²⁸ Juan F. López Aguilar. "La Justicia y sus problemas en la Constitución..." Op.Cit. Pag.161. vid note de autor nº 3.

²⁹ Luis María Diez Picazo. "El Poder de Acusar". Op.Cit. pag. 141-142.

³⁰ Luis María Diez Picazo. "El poder de acusar". Op.Cit. pag.142.

los asuntos. El cargo de Procurador Fiscal lo ostentaba cualquiera de los procuradores auxiliado por un Letrado³¹..

Por tanto es la influencia francesa de la Monarquía Borbónica, con sus aires reformistas, la que logra sentar las bases de un modelo de Ministerio Público basado en los principios de jerarquía y de unidad de actuación³².

Resulta importante destacar en lo que a la Administración de Justicia se refiere, en tanto que incidirá en el funcionamiento de otros órganos que participan en la misma, que la reforma de dicha Administración ya se inició con los Reyes Católicos (Las Cortes de Toro de 1480) en tanto que su objetivo consistió en centralizar en el poder real la función de juzgar, como un atributo del poder del soberano (del Estado) disponiendo el mismo, los funcionarios encargados de dicha función. De esta manera la jurisdicción real iría ganado terreno frente a otras jurisdicciones especiales y de los señores feudales, y rigiendo plenamente el principio inquisitivo frente al acusatorio³³.

Posteriormente, con los Austrias y sobre todo con la dinastía de los Borbones, se produce una uniformización de los órganos encargados de ejercer la función judicial. No obstante y pese a esos cambios, la institución del M.F. continúa sin sufrir alteraciones sustanciales en tanto que sus esfuerzos se destinaban a la defensa del interés particular del monarca³⁴.

³¹ Jesús Pórfilo Trillo Navarro. “ Ministerio Fiscal: Diacronía...” Op.Cit. pag.49.

³²M. Marchena Gómez. “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. 34.

³³ Rubén Martínez Dalmau, “ Aspectos Constitucionales...”, Op.Cit.Pagg. 107-108

³⁴Ibídem. Pag.108.

B. El Ministerio Fiscal en el Constitucionalismo Español con anterioridad a la Constitución de 1978.

“El cambio drástico entre la misión medieval de defensa de los intereses del Rey y la moderna de vigilancia de la legalidad en interés de la sociedad, necesitó de una transformación en las estructuras económicas y sociales tan innovadora como la que se significó con la Revolución francesa, durante la cual quedaría determinado el principio del fin de las instituciones medievales ...La proclamación del principio democrático y de la división de poderes...instituía un nuevo proceder en las relaciones entre los poderes del Estado”³⁵. Acabar con las instituciones feudales y darles una nueva dimensión a las que sobrevivieron, fue realmente el objetivo de la Revolución de 1789.

“En el caso de la defensa de la legalidad y de los intereses generales, la misión recayó en el Ministère public. De esta manera la legislación revolucionaria francesa al plasmar la idea de la trilogía de poderes en el Estado, dio consistencia a la figura del Ministerio Fiscal definiéndolo como un órgano del Poder Ejecutivo al que, recogiendo y modernizando la herencia de los viejos tiempos, confería altas funciones de inspección y gestión ante la administración de justicia, el nuevo Poder Judicial. El Ministerio Fiscal se instituyó así como un órgano por medio del cual el Gobierno del Estado vigilaría el ordenado curso de la administración de justicia en todas sus ramas; más aún, como el alto celador de la legalidad en la actuación de todos los Tribunales”³⁶.

No obstante y pese a la fuerza y trascendencia que en todos los órdenes de la vida tuvieron los principios liberales de la Revolución Francesa, en España llegarían con casi un siglo de retraso, salvo algunas excepciones de escasa duración³⁷.

El periodo constitucional en nuestro país se inaugura con la Constitución de 1812. Fue esta una Constitución fruto, más que del escenario histórico en el que surge, de los propios intervinientes en dicho proceso. Esta especial composición no igualitaria en proporciones, de los estamentos sociales allí presentes, le otorga su especial significado histórico. Las Cortes Constituyentes casi de puntillas o en la clandestinidad como sería más apropiado decir, importaron todo un arsenal de ideas fruto de los intelectuales

³⁵ *Ibíd.* Pag.40

³⁶ *Ibíd.* Pagg 40-42.

³⁷ *Ibíd.* Pag.111.

ideólogos de la Revolución Francesa, intentando crear con ello un nuevo modelo de Estado y sobre todo un nuevo marco de libertades³⁸.

No obstante para ser precisos y en lo que a la administración de justicia se refiere, hay que constatar un evidente continuismo en lo que a la estructura orgánica del poder judicial se refiere. Esta afirmación es fruto de un especial estado de cosas en que se halla nuestra justicia que no había experimentado cambios significativos desde el S. XVI, de manera que cuando los constituyentes liberales inician su tarea reformadora se encuentran con un organigrama judicial bastante complejo, “con superposición de jurisdicciones, con una frecuente utilización de las avocaciones y delegaciones, con una fluctuante mezcla entre lo gubernativo y lo contencioso...” de manera que el panorama que se presenta hace bastante difícil cualquier labor racionalizadora liberal³⁹.

Pero aún así los constituyentes se vieron en la necesidad de racionalizar el ordenamiento judicial con la aplicación de principios liberales. De esta manera en el propio discurso preliminar del texto constitucional se señala con claridad la naturaleza soberana de la actividad judicial. Así se reconoce que los tribunales son los únicos con potestad para aplicar las leyes y además de forma exclusiva (art. 242), de tal manera que ni el Monarca ni las Cortes podían interferir en tal función... “*ni...podrán avocar causas pendientes ni mandar abrir los juicios fenecidos*” (art. 243)⁴⁰.

Por tanto se hace un reconocimiento explícito del Poder judicial como poder autónomo pero además de su directa adscripción a la soberanía, aunque el desarrollo normativo posterior de esta nítida concepción liberal hace bastantes concesiones a la tradición histórica. Como ejemplo podríamos mencionar el mantenimiento de jurisdicciones especiales que hace peligrar la capacidad uniformadora de la jurisdicción ordinaria, y con ella el mismo fuero común, y por tanto los mismos Códigos que establecía la Constitución de 1812⁴¹.

³⁸Miguel A. Aparicio, “El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)”, Editorial; Universitat de Barcelona, 1995. Pagg, 19-24.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹Miguel A. Aparicio, “El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español (1808-1936)”, Editorial; Universitat de Barcelona, 1995. Pagg, 19-24.

Tres importantes decretos configurarían la estructura básica de la Administración de Justicia con trascendencia posterior a la muerte de Fernando VII. Los Decretos mencionados son: Decreto de 9 de Octubre de 1812, por el que se aprueba el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia; el Decreto de 24 de marzo de 1813 por el que se dictan reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos, y por último el Decreto de 13 de marzo de 1814 por el que se aprueba el Reglamento del Tribunal Supremo de Justicia. Hay que recordar que el Decreto por el que se crea el Tribunal Supremo y se suprime los Consejos de Indias, Castilla y Hacienda, es de 17 abril de 1812, y será el que fije en número de dos, los Fiscales entre la plantilla del personal adscrito al Supremo⁴².

Con el primero de los decretos mencionados se establece, como competencia de los Jueces de Primera Instancia, las demandas civiles a partir de determinada cantidad dineraria, así como de las causas penales con pena superior a “alguna advertencia, represión o corrección ligera”. Hay que reconocer la importancia de esta norma, puesto que establece las reglas básicas de distribución de competencias entre las distintas instancias judiciales además de perfilar la figura del Juez letrado de Primera Instancia como figura central del nuevo organigrama judicial⁴³.

Pero además reorganiza la planta de los tribunales, esboza las normas de la independencia de los citados órganos judiciales, además de establecer los criterios para llevar a cabo las demarcaciones territoriales. El organigrama judicial, a tenor de lo establecido en el texto constitucional, se componía jerárquicamente de los siguientes órganos: Juzgados de Primera Instancia, las Audiencias y de un Tribunal Supremo que aparece regulado en el art. 259 de la Constitución gaditana; “*Habrá en la Corte un tribunal que se llamará Supremo Tribunal de Justicia*”⁴⁴.

⁴²Ibídem. Pags 29-39.

⁴³ Ibídem. .

⁴⁴ Ibídem.

El Reglamento del Tribunal Supremo, además de establecer las normas sobre funcionamiento, similares a las que regulaban el funcionamiento de las Audiencias, venía a establecer la plantilla del personal al servicio del Tribunal: Los Fiscales en número de dos podían sustituir a los Magistrados cuando no hubiere número bastante en una Sala; los agentes fiscales (dos por cada Fiscal) debían ser nombrados en un futuro por el Gobierno, a propuesta en terna por el Tribunal, tras haber superado una oposición. Además existía entre jueces y fiscales similitudes en materia de incompatibilidades y sueldo. La sustitución de los jueces por los fiscales habla de una equiparación entre estos cargos⁴⁵.

Este Reglamento, que apenas pudo entrar en vigor, debido a la restauración absolutista, sirvió de antecedente y orientación al que habría de dictarse en 1835 (Reglamento Provisional para la administración de justicia)⁴⁶.

Si bien la Constitución gaditana no hace mención alguna al Ministerio Público, lo que sí hace es dejar abierta la posibilidad de legislar sobre la institución del jurado, con la natural trascendencia para el nuevo diseño del proceso penal, pero además establece garantías procesales como la publicidad de las actuaciones o la obtención de pruebas⁴⁷.

Dentro de la labor legislativa llevada a cabo por las Cortes de Cádiz, habría que mencionar el Reglamento de Audiencias y Juzgados de 9 de octubre de 1812⁴⁸. Este reglamento puede resultar iniciador en una moderna configuración del Ministerio fiscal como órgano que representa al Estado y que asume funciones de acusación y por ende de investigación en el proceso. El modelo del proceso comienza a cambiar en tanto que existe un órgano diferenciado del juez, que en aras de la defensa de la “causa pública” o de la “jurisdicción ordinaria” acusa o simplemente es oído “antes que el propio “defensor del reo o del demandado”. El art. 26 del citado Reglamento establece: “*En todas las causas criminales será oído el Fiscal de la Audiencia, aunque haya parte que acuse. En las civiles lo será únicamente cuando interesen a la causa pública o a la defensa de la jurisdicción ordinaria*”.

⁴⁵ *Ibíd.* Pags 29-39.

⁴⁶ José Antonio Escudero. Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas, Madrid, Pags: 944.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ www.congreso.es “Reglamento de Audiencias y Juzgados de 9 de octubre de 1812”, Pag.18

A su vez el Art. 28 dispone: “ *Los Fiscales en las causas criminales o civiles en que hagan las veces de actor o coadyuven el derecho de éste, hablarán en estrados antes que el defensor del reo o de la persona demandada; y podrán ser apremiados a instancia de las partes como cualquiera de ellas*”.

Se establece la oralidad del proceso como garantía. El modelo inquisitivo comienza a dejar paso al modelo acusatorio. De acuerdo con lo que establece el Reglamento, el fiscal habrá de ser oído “...*en todas las causas criminales y en las civiles cuando interese a la causa pública o a la defensa de la jurisdicción ordinaria*”. El Fiscal ha dejado de ser defensor exclusivo de la causa real, de los intereses Fisco o del patrimonio del monarca para comenzar a asumir una nueva función como es la defensa de la causa pública⁴⁹.

Hay que tener presente que durante gran parte del siglo XIX el único derecho vigente estaba contenido en la Novísima Recopilación, con lo que hablamos de un derecho anacrónico y por tanto extemporáneo. Solo a medida que avanza el siglo y se promulgan nuevas Constituciones y aparecen Códigos de leyes, dentro ya del Estado Liberal, comienza a derogarse partes de la Novísima que ante las nuevas leyes carece de sentido su vigencia, y que ya desde su nacimiento en 1805 recibió más censuras que elogios⁵⁰.

Y es precisamente en este contexto normativo, donde las ideas de modernización del Estado, en lo que respecta a la Administración de justicia, trae consigo todo un conjunto de medidas que tras la muerte de Fernando VII, eclosionan en toda una serie de decretos ministeriales a través de los cuales se intenta una obra de uniformización no sólo a nivel de fueros sino de la propia administración territorial del Estado. Recordar el nuevo esquema de división provincial creado por Javier de Burgos en 1833, y que traerá consigo igual grado de homogeneidad con la Administración de justicia repartiéndose todo el territorio nacional en 15 Reales Audiencias, en condiciones de igualdad jerárquica y competencial. A su vez el territorio provincial, sufrirá otra demarcación judicial con los denominados partidos judiciales⁵¹.

⁴⁹ Rubén Martínez Dalmau. “Aspectos Constitucionales...”. Op.Cit. pag.46-47

⁵⁰ Francisco Tomás y Valiente. “Manual de Historia del Derecho Español”, Edit.Tecnos, Madrid, 1988, Pag. 397-398.

⁵¹ Miguel A. Aparicio. “El status del Poder Judicial ...”. Op.Cit. pag. 48-49.

En la misma línea reformista, entre los decretos que ven la luz en este periodo, destaca uno especialmente importante para el Instituto del Ministerio Fiscal. El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria, de 26 de septiembre de 1835. Es unánime la consideración por parte de la doctrina, de que constituye el texto que marca definitivamente un nuevo periodo en la historia de un Ministerio Fiscal Moderno y por tanto cercano a su configuración actual⁵².

B.1.El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835.

Ubicados históricamente en un periodo convulso, de vuelta a las ideas liberales y revolucionarias tras la muerte de Fernando VII, con la regencia de Maria Cristina y con la vigencia del Estatuto Real de 1834, se intentará poner freno a ese proceso, pero la realidad histórica es que todo se precipita hacia una nueva etapa más revolucionaria en la que el Estado se define como constitucional, con transformaciones profundas en la Sociedad y en las relaciones jurídicas de los individuos entre ellos, y en sus relaciones con el poder establecido.

En este contexto social y político surge este Reglamento, que para el Ministerio Fiscal, va a significar su conversión a un nuevo status ya no solo como parte en el proceso “...*En toda causa criminal sobre delito...que por pertenecer a la clase de público ...será parte el promotor fiscal del juzgado*”(Art 51.disp. 15) sino además en lo que sus funciones se refiere en tanto que se erige en “*defensores...y encargados de promover la persecución y castigo de los delitos que perjudican a la sociedad...*”(Art 101)⁵³.

Por tanto, además de la acusación pública en todo los delitos perseguibles de oficio, se le asigna la defensa de la causa pública y de la real jurisdicción ordinaria (art. 101) así como la supervisión del correcto funcionamiento de los Tribunales, debiendo poner en

⁵² Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.35. Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “El Ministerio Fiscal...” Op.cit.Pag.32. Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos Constitucionales del Ministerio Fiscal”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, Pagg.111-112.

⁵³ Mariano Martín Granizo. “ El Ministerio Fiscal ...” Op.Cit. Pags 68

conocimiento del gobierno los abusos y las irregularidades observados en la administración de Justicia (artículos 89 y 103)⁵⁴.

No obstante, contrasta estas funciones con las que se recogen en el art. 104 del Reglamento en relación a los Fiscales del Tribunal Supremo: “...Promover..las demandas pendientes y entablar...y proseguir las que correspondan sobre las fincas, rentas y derechos que deban... revertir a la Corona “⁵⁵

En el artículo 105 del mismo texto legal, recoge el principio de jerarquía como principio de organización interna de la Fiscalía, al igual que el sometimiento a la legalidad como principio funcional de la misma: “... Los promotores fiscales estarán bajo las órdenes y dirección de los fiscales de la respectiva Audiencia...y no pedir ni proponer sino lo que ellos mismos conceptúen conforme a las leyes”⁵⁶. Como puede observarse, la autonomía de criterio y por tanto la libertad en el desenvolvimiento de las actuaciones judiciales, con el único límite de la observancia de la ley, es realmente novedoso; se consagra la independencia de opinión de los promotores fiscales⁵⁷.

Los principios y criterios de actuación del Fiscal que aparecen recogidos en este Reglamento como son la sumisión a la legalidad, la imparcialidad y la independencia en su actuación, lo convierten en una “magistratura paralela a la de los jueces, valores que tardaran más de un siglo en volver a ser reconocidos”⁵⁸.

Efectivamente, y encontrándonos en un contexto social y político que no es demasiado receptivo a las ideas ilustradas-liberales del momento (el Reglamento Provisional es de carácter escasamente liberal) se importa del país vecino, una institución de origen napoleónico como es el Ministerio Público: Institución jerarquizada y unitaria, unida al Poder Ejecutivo y portavoz del mismo, erigiéndose en acusador público, que ejerce la acusación en un sentido técnico ante el Tribunal de Justicia dentro de una proceso penal de tipo acusatorio formal⁵⁹. Sin embargo el Reglamento Provisional como principal texto normativo en materia procesal no llegó a introducir un proceso penal de tipo

⁵⁴ *Ibíd.* Pag.69

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Jesús Pórfilo Trillo Navarro. “Diacronía de una ...”. *Op.cit.* pag 52.

⁵⁷ Luis María Diez Picazo, “El Poder de acusar...”, *Op.Cit.*Pag.145. Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal en España”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, Pag. 125.

⁵⁸ Cándido Conde- Pumpido Ferreiro. “El Ministerio Fiscal...”. *Op.Cit.* Pag. 32. Rubén Martínez Dalmau, “El Ministerio Fiscal...”, *Op.cit.*Pag.112. Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.*Pag.35

⁵⁹ Jesús Pórfilo Trillo Navarro. “Diacronía de una ...”. *Op.cit.* pags 52. Luis María Diez Picazo, “El Poder de acusar...”, *Op.Cit.*Pag. 144.

acusatorio formal sino que se limitaba a atenuar el rigor del principio inquisitivo mediante la obligación de que se celebrara un juicio plenario⁶⁰

Por tanto, la gran aportación del Reglamento Provisional, es que valiéndose de una institución existente en nuestro país y que estuvo tradicionalmente, a lo largo de la historia, vinculada al poder real y a la defensa de su patrimonio, asumiera el nuevo papel de convertirse no solo en el defensor de los intereses del Estado (la causa pública) sino además en el titular del ejercicio de la acción penal en la represión de los delitos. De esta forma nace la figura del fiscal, de manera definitiva y permanente en su nueva faceta de defensor de un nuevo orden social y político. Su presencia se hace permanente en los juzgados inferiores (juzgados de primera instancia) con la figura del promotor fiscal así como en las Audiencias y en el Tribunal Supremo⁶¹.

No obstante y pese a la trascendencia de este texto legal al que se le atribuye el haber sido el primero en introducir como criterios de actuación en las tareas del fiscal, los principios de legalidad e imparcialidad, sin embargo continúa arrastrando reminiscencias decimonónicas que lo alejan de su configuración actual. No hay sino que observar en los párrafos tercero y cuarto del artículo 104 en donde se puede leer: “...solicitar la retención de las bulas, breves y rescriptos apostólicos atentatorios contra las regalías de S.M.” y el de “promover con toda actividad las demandas...y proseguir eficazísimamente todas las que correspondan sobre las fincas, rentas y derechos que deban revertir a la Corona.”⁶².

Con posterioridad, se promulgan una serie de disposiciones que afectan al aspecto orgánico de la institución: el Real Decreto de 6 de octubre 1835 señalaba las condiciones que habrían de reunir los que se propusieran para jueces letrados de primera instancia, Promotores fiscales, Ministro o Fiscal togado. La Real Orden de 31 de enero de 1836 reiterada por otra posterior de 11 de mayo de 1837, se refería a la elección de los Promotores Fiscales. Una Orden de 9 de noviembre de 1843, resolutoria de un supuesto concreto referido a la propiedad sobre un monte, girando la litis en torno a la propiedad del mismo y en el que se persona el Fiscal como parte en la causa y como defensor de los intereses del Estado (Hacienda pública), se instituye en precedente

⁶⁰ Luis María Díez Picazo, Loc. Cit.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Manuel Marchena. “El Ministerio Fiscal...” Op. Cit. Pag. 35. Yolanda Gómez Sánchez, “ El Fiscal en los inicios del Constitucionalismo Español”, Revista de Derecho Político de la UNED, N° 83, año 2012, pag.351.

dentro de esa función de defensa de los intereses patrimoniales del Estado, conectando aquí con su pasado, con sus comienzos como defensor del patrimonio real, como defensor del fisco⁶³.

Aquí el Fiscal como defensor y representante de la Hacienda Pública, se acerca a la figura del Abogado del Estado: Es una faceta más en su evolución⁶⁴. Se reiterará más tarde dicha función defensora de los intereses económicos del Estado o del Real Patrimonio, mediante otro Real Decreto en el que además de establecer dicha obligación, se recogen de forma clara los principios orgánicos de unidad y dependencia; *“...En los pleitos sobre Señoríos, Mostrencos...en que se interese el Estado o el Real Patrimonio, los Promotores fiscales y Fiscales de Hacienda... no podrán proponer demanda ...sin consultar primero el dictamen de mi Fiscal en la Audiencia respectiva arreglándose... a sus instrucciones. Si no se conformasen con ellas, le dirigirán las observaciones que estimaren conducentes; y en caso de insistir le obedecerán cumplidamente y **salvarán su responsabilidad...**”*. Sin embargo sería a través de otro Real Decreto de 26 de abril de 1844 por el que se “entroniza los principios de unidad y dependencia”⁶⁵.

En esta línea de actividad normativa referida al Ministerio Fiscal, se siguen dictando reglas, bien a través de Reglamentos o de Reales Ordenes a través de las cuales se intenta crear un incipiente marco estatutario donde se fijan las obligaciones, derechos (consideraciones y respetos debidos a los fiscales) pero sobre todo se recoge con toda claridad, la vinculación directa del M.F a las instrucciones del Gobierno, eliminándose cualquier atisbo de autonomía funcional por parte del mismo. Así puede leerse en la Real Orden del Ministerio de Hacienda de 10 de noviembre de 1846 lo siguiente: *“...no puede reconocerse en este la independencia de opinión que pretende el Fiscal y que por el contrario debe haber entre los fiscales y el Gobierno igual subordinación que la que existe entre los promotores fiscales y los fiscales...”*⁶⁶.

En el Reglamento Provisional ya se establecía una cierta organización y planta del Ministerio Fiscal: Promotores Fiscales para los Juzgados de Primera Instancia y Fiscales para los Audiencias y Tribunal Supremo, que culminaría con disposiciones posteriores, donde se nombran fiscales por el Ministerio de Hacienda e incluso Promotores Fiscales

⁶³ Ibídem. Pág.36

⁶⁴ Ibídem. Pág. 41.

⁶⁵Ibídem. Pág. 37

⁶⁶Ibídem. Pág. 38.

destinados a los Tribunales de Comercio. La Jerarquía orgánica de los mismos culminaría posteriormente mediante R.D de 28 de abril por el que se emplea por vez primera el termino de Teniente Fiscal para designar a los abogados fiscales⁶⁷. Con ocasión de crear un cuerpo especial de fiscales en temas relacionados con la Administración de Hacienda, se dicta un Decreto de 20 de junio de 1852 sobre jurisdicción de la Hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación donde se establece la facultad del Gobierno de “...*nombrar Fiscales, abogados fiscales y Promotores Fiscales donde pareciera necesario y han sido tantos los de la última clase nombrados...por el Ministerio de Hacienda, que constituyen la mayoría*”. Evidentemente se sigue manteniendo la sumisión de todos los agentes del Ministerio Fiscal a las instrucciones dadas por el Gobierno (Ministro de Hacienda) tal como se pone de manifiesto en su art.15⁶⁸.

En torno a ese cuerpo especial que se crea para la represión de los delitos contra la Hacienda Pública, resulta llamativo como ya desde los inicios del M.F existiera ya la preocupación de nombrar “... *promotores especiales...nombrados por el Ministerio de Hacienda...*”.

Además, a partir de esa fecha se sucedieron varias Instrucciones gubernamentales en aplicación del anterior Decreto, que ponen de manifiesto la preocupación de las autoridades del momento por luchar contra los “...*negocios civiles y criminales de Hacienda...*”, de ahí la necesidad de destinar promotores especiales de Hacienda que representaran a la misma⁶⁹.

Esta pudo ser la antesala de esa necesidad de luchar contra el fraude y por tanto el precedente de una de las Fiscalías Especiales como es la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, que fue una de las aportaciones novedosas del actual Estatuto Orgánico, que responde ya no solo a un principio de especialización sino de eficiencia en sus objetivos, tal como consta en la Exposición de la Ley 24/2007 de 9 de octubre de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981.

⁶⁷Ibídem. Pag. 40

⁶⁸ Mariano Martín Granizo. “ El Ministerio Fiscal...” Op. Cit. Pag.70.

⁶⁹ Manuel Marchena Gómez. “ El Ministerio Fiscal...”Op.Cit.Pag.39.

En todo este recorrido histórico descrito, lo que resulta evidente y por otro lado sorprende es la adaptación de una institución como es el Ministerio Fiscal, que con el devenir de los tiempos y al igual que lo hiciera el Poder Real, evoluciona hacia formas más democráticas en el que los movimientos revolucionarios se encargan de poner en jaque no solo al monarca absoluto, sino a toda una estructura feudal y decimonónica dando paso a nuevas estructuras de poder y modelos sociales en donde se llega a reconocer todo un decálogo de derechos, primero civiles y luego, políticos y sociales.

Y en esa evolución vemos involucrado al Ministerio Fiscal, que como figura de arcilla va remodelándose al compás que lo hace el Estado. Su faceta como “advocatis fisci”, “Procuradores del Rey” o los llamados “omes del Rey”, que en opinión de MARTÍN GRANIZO⁷⁰, nada tienen que ver con los antecedentes de esta institución, está tan alejada en la historia, que es erróneo remontarse a ella desde la concepción de un Ministerio Público en su dimensión actual. El Ministerio Fiscal evoluciona, y sus distintos cometidos y misiones se transforman. El Ministerio Fiscal solo conoce de sí mismo “antecedentes sectoriales”. En la actualidad, su regulación en el art. 124 del texto Constitucional ha logrado que lo que antes era definitorio y sustantivo se convierta ahora en adjetivo, según MARCHENA GÓMEZ⁷¹.

B. 2. Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870.

Esta ley, cuya primera discusión parlamentaria fue el 26 de marzo de 1856, fecha en la que se presentó el Proyecto de Ley de Bases de la Ley Orgánica del Poder Judicial, produciéndose con su aprobación, el esfuerzo más importante para modernizar y racionalizar la estructura judicial, en la última etapa del bienio liberal y por tanto significa uno de los mejores exponentes de la labor legislativa llevada a cabo durante ese periodo. No obstante, este modelo de reforma se interrumpió con la vuelta al moderantismo, siendo posteriormente recuperado con la revolución de septiembre de 1868. En julio de 1870, las Cortes autorizaban al Ministro de Gracia y Justicia la

⁷⁰ Mariano Fernández Martín- Granizo. “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. pag.75.

⁷¹ Manuel Marchena Gómez. “El Ministerio Fiscal...”Pag.41

publicación como Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial produciéndose su publicación efectiva el 15 de septiembre de 1870⁷².

Esta ley encerraba en sí misma una contradicción de principios del pensamiento liberal de la época, en donde residió probablemente su éxito y su capacidad de pervivencia en medio de regímenes políticos tan diversos (Primera República, Restauración, Dictadura de Primo de Rivera, Segunda República, Franquismo y cinco años y medio del actual régimen Constitucional). Esa mezcla de principios permitió inclinarse por uno u otro según fuera el signo político dominante del momento. Pero además del objeto regulado por la ley como era el Poder Judicial, ninguno de los regímenes políticos puso en cuestión si era o no Poder, el aparato judicial. Además la propia organización judicial se iría modificando con cierta independencia de la coyuntura política del momento, puesto que su sustrato estaba más identificado con el funcionamiento técnico del Poder Judicial, que con la definición constitucional que en cada momento político se le otorgara⁷³.

El Título XX de la ley se destinaba al Ministerio Fiscal. Así el art. 763 que constituye el pórtico del citado Título decía: *“El M.F velará por la observancia de esta ley y de las demás que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y **tendrá la representación del gobierno en sus relaciones con el Poder judicial.**”*

Como puede observarse, este artículo representa dos concepciones distintas: una moderna, vigente en el entorno europeo y que encarna el modelo napoleónico de Ministerio Público. La otra concepción de naturaleza histórica, representa a un M.F fiel legatario de su pasado. Ambas concepciones se refunde en el citado artículo cuando designa al Ministerio Fiscal como **representante del gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial**. Se configura así el instrumento ideal con el que se lograba que el poder ejecutivo tuviera una preponderancia sobre el resto de los poderes del Estado, sobre todo el judicial⁷⁴.

⁷² Miguel A. Aparicio. “El status del Poder Judicial...”. Op.Cit. Pags. 92-113.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Manuel Marchena Gómez. “El Ministerio Fiscal...”. Op.Cit. Pag.72

No obstante y a pesar de que el modelo de Ministerio Fiscal diseñado por esta ley respondía a los cánones al uso en el continente, lo cierto es que el gobierno se reservaba ciertas prerrogativas en el Orden Judicial, que no solo afectaban al Ministerio Público, puesto que incluso en la carrera judicial, con el tan debatido tema de la inamovilidad de los jueces al que la ley dedica su Título IV, y en torno al cual se perfila no solo su independencia orgánica sino además su estatuto jurídico, “ pende siempre del poder gubernamental”. Por tanto se mantenía la concepción tradicional de “subordinación de la administración de justicia al Ejecutivo, siendo este un elemento central del sistema constitucional” de la época⁷⁵.

No cabe la menor duda sobre el papel que diseña el legislador de 1870, para el M.F; Una lectura de los diferentes artículos reguladores de este instituto sólo recalca una idea central, un Ministerio Público totalmente sometido al Poder Ejecutivo, en el ejercicio de sus funciones, de tal manera que su regulación en el texto “...carece de los resortes legales para rechazar cualquier sugerencia del Gobierno acerca del cómo o del cuando de su función”⁷⁶.

Su estatuto funcional, es bastante similar al establecido para jueces y magistrados, no obstante este dato, que pudiera parecer un gesto de reconocimiento de un decálogo de garantías similares a las que disfrutaban aquellos; imparcialidad, independencia..., era pura quimera. Cualquier intento de reconocer autonomía orgánica al Fiscal choca con su perfil de órgano situado en la “órbita Gubernamental”⁷⁷.

En este sentido recordar que el jefe del M.F de toda la Monarquía (Fiscal del Tribunal Supremo) se halla bajo la dependencia directa del Ministro de Gracia y Justicia, pudiendo ser separado libremente por el Gobierno, de acuerdo con el art.820 de la Ley. Por otro lado, los criterios que inspiran el funcionamiento de la función fiscal, desde el propio principio de dependencia jerárquica hasta el principio de legalidad limitada siempre al aspecto organizativo-competencial de los Tribunales, se diseñan para crear un Ministerio Público que garantice la hegemonía y el control del Gobierno sobre aquellos, y por otro lado, actúe como parte procesal en la defensa de los intereses de la Administración Pública, en los conflictos contenciosos que aquella pudiera plantear⁷⁸.

⁷⁵ Miguel A. Aparicio. “ El status del Poder Judicial...) Op.Cit. Pags: 100.- 115

⁷⁶ Manuel Marchena Gómez. “El Ministerio Fiscal...”. Op.Cit. Pag. 73.

⁷⁷ *Ibidem*. Pags.73-75.

⁷⁸ *Ibidem*.

El poder del ejecutivo sobre los funcionarios del ministerio fiscal es de tal magnitud que pueden ser suspendidos, trasladados o separados de forma arbitraria, en cuanto carecen de instrumentos de defensa, que les permita oponerse a tal ejercicio de autoridad⁷⁹. Así se deduce igualmente del párrafo segundo del art. 820 que establecía: “*Cuando la separación fuese sin causa fundada en actos u omisiones en el ejercicio de su cargo (¿?) seran atendidos para darles colocación en la Magistratura*”⁸⁰.

La dependencia estructural tanto interna como externa respecto del gobierno, es un elemento consustancial de esta Institución. Así y cerrando el círculo de la dependencia del Gobierno, vemos como en materia disciplinaria, el último recurso, que le quedaba al funcionario sancionado ante una sanción impuesta por el Fiscal del Supremo o resolviendo este último contra una sanción impuesta por el Fiscal de la Audiencia, era su interposición ante el Ministro de Gracia y Justicia⁸¹.

Algún sector doctrinal entre los que podemos destacar a CONDE-PUMPIDO, defiende la tesis de que la regulación que recoge el Título XX de la Ley establece un autentico estatuto jurídico del Ministerio Fiscal, iniciándose así su andadura como carrera independiente de la judicatura, y por tanto como cuerpo orgánicamente separado de los jueces⁸².

Esta Ley Provisional, que algunos consideran que debió su inesperado éxito o lo que es lo mismo su inesperada longevidad a su perfección técnica⁸³, en lo que al Ministerio Fiscal se refiere ha dejado en la conciencia colectiva una visión, aun no superada en la actualidad como es la de ser fiel representante del Gobierno, en tanto que la definición que le diera el 763 de la Ley, no fue derogada. Quizás puede decirse que la idea se reforzó en regulaciones posteriores (Estatuto de 1926, Reglamento de 1927 y Reglamento de 1958) con lo que la “inercia histórica no ha sido...definitivamente superada”⁸⁴.

⁷⁹ Ibídem. Pag. 74. Art. 829 de la Ley: “...podrán los funcionarios del Ministerio Fiscal ser trasladados libremente por el Gobierno”

⁸⁰ Francisco Granados. El Ministerio Fiscal. Edit. Tecnos 1989. Madrid. Pag. 40.

⁸¹ Ibídem. Pags. 41-42.

⁸² Jesús Pórfilo Trillo Navarro. “Saberes”. Revista de Estudios jurídicos. Op.Cit. Pag 53.

⁸³ Miguel A. Aparicio. “ El Status del Poder Judicial...” Op.Cit. Pag.92.

⁸⁴ Manuel Marchena Gómez. “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pags.75-76

B.3. Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial.

En términos generales, y como novedad a destacar, con esta ley-Decreto de 14 de Octubre de 1882- se introducía nuevos Tribunales en el orden penal reforzando la efectividad en la aplicación de las normas penales, pero no introduce modificación cualitativa en la Ley Orgánica, manteniéndose por tanto las pautas generales de esta última, aunque se refuerza la dependencia judicial respecto del ejecutivo. Sin embargo habría que decir que pese a ello, con esta ley se pretendió modernizar el aparato judicial y salir de la situación de infra-dotación de personal en la que se encontraba España⁸⁵.

En lo que al M.F se refiere, deja sin efecto la separación entre la Carrera Judicial y Fiscal prevista en la Ley Provisional, estableciendo como única la Carrera para ambos cuerpos. Así, el Título II de la Ley establecía: “*De las condiciones para ingresar en la Judicatura, Magistratura y Ministerio Fiscal*”. (art.35)⁸⁶.

Se completa la organización del M.F, asignándose un Fiscal en el Tribunal Supremo y otro en cada Audiencia, y en ambos casos, con un Teniente Fiscal y el número de abogados fiscales que se determinen. En cada Juzgado municipal se nombra un Fiscal municipal (art.13). Los promotores fiscales se suprimen siendo sustituidos por los Fiscales municipales Letrados⁸⁷.

B. 4. Real Decreto de 16 de Marzo de 1881.

Este decreto despoja al Ministerio fiscal de esa función de representación y defensa en juicio de los intereses de la Hacienda Pública y del Estado, que hasta ese momento asumía como si de un particular se tratara, interviniendo por tanto en calidad de parte. Es a partir de este momento cuando se le encomienda dicha misión al Cuerpo de Abogados del Estado, lo que supone una oportunidad a fin de que el M.F. se centre definitivamente en las funciones que le son propias: representación de la sociedad y

⁸⁵ Miguel A. Aparicio. “El status del Poder Judicial...”. Op.Cit. Pags 141-143.

⁸⁶ Jesús Pórfilo Trillo Navarro. “Revista Saberes”... Op.Cit. Pag. 54.

⁸⁷ *Ibidem*

ejercicio de la acción penal⁸⁸. En opinión de MANUEL MARCHENA, supuso la gran ocasión histórica de edificar un M.F sobre esquemas judicialistas, ocasión que fue desaprovechada puesto que se continuó en la misma línea: es decir, la falta de rigor técnico en la creación de un M.F ceñido a las funciones que por su naturaleza le correspondía, propició el que se siguiera asignando cometidos de defensa y representación de la Hacienda Pública, según se detalla en el art. 2 del Real Decreto, según el cual la Dirección General de lo Contencioso podía “ *acordar las instrucciones que deba darse al M.F. en cuanto a los pleitos y causas que interesen a la Hacienda pública* ”⁸⁹.

B. 5. Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926.

El Art.1 del Estatuto establece: “*El Ministerio Fiscal tiene por misión esencial velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a la organización de los Juzgados y tribunales, promover la acción de la justicia en cuanto concierne el interés público y representar al Gobierno en sus relaciones con el Poder judicial, procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social.*”⁹⁰”

De la lectura del citado del art.1 puede apreciarse la vocación que tuvo inicialmente y al que pocas notas de transparencia otorga, en un intento de construcción dogmática del Instituto Fiscal. Al contrario, no solo ratifica la representación que ostenta del Gobierno ante los Tribunales, sino que además aumenta las contradicciones al querer aparecer como órgano con ciertas notas de judicialidad en sus funciones: imparcialidad, legalidad, mantenimiento del orden jurídico, satisfacción del interés general y sin embargo mantiene su vinculación con el ejecutivo, aspecto éste último que vicia no sólo las funciones del fiscal al que le resultará difícil en ocasiones sustraerse a una legalidad interpretada bajo el prima del Gobierno, sino además en la propia concepción de la institución⁹¹.

⁸⁸ Cándido Conde Pumpido. “ El Ministerio Fiscal”, Op, Cit. Pag.33.

⁸⁹ Manuel Marchena Gómez. “ El Ministerio Fiscal..”, Op, Cit.Pag. 75. Yolanda Gómez Sánchez, “ El Fiscal en los inicios...”, Op.Cit.Pag.356.

⁹⁰ Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926, publicado en la Gaceta de Madrid del día 23 de junio del mismo año. Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.77

⁹¹ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pag 77.

No obstante estas contradicciones en su naturaleza, como aportaciones destacables habría que citar el mantenimiento de una legalidad más amplia que la que recogía la Ley Provisional, en tanto que ahora se extiende al mantenimiento del orden jurídico. Y como principio que rige su actuación, la observancia de la imparcialidad. La satisfacción del interés social, como concepto nuevo, entre las misiones encomendadas al Ministerio Público, aparece diferenciado del concepto de interés público⁹².

En relación a estos dos últimos conceptos “interés público e interés social” que como argumenta acertadamente MARCHENA GÓMEZ aún hoy no tienen una diferenciación adecuada⁹³, y que en relación al segundo, surge por vez primera entre las funciones del Fiscal como criterio orientador y delimitador en el ejercicio de aquellas,⁹⁴ nos conduce a reproducir el planteamiento de MARTÍNEZ DALMAU⁹⁵ cuando se pregunta si “ la función principal del Fiscal guarda relación con el interés particular del soberano o por el contrario, con el interés público del ciudadano”, aún a pesar de la crítica que recibe por parte de la doctrina, la función de representación del Gobierno ante los Tribunales de Justicia, y que como también considera DALMAU era aquella una función habitual del M.F, como de hecho sucedía en algunos países cercanos geográfica y culturalmente al nuestro⁹⁶.

No hay que olvidar la referencia que hacía el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 del término Imparcialidad, en su artículo 107 al disponer que “ *Empero todos los fiscales y promotores fiscales deberán siempre tener muy presente que su ministerio aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la ley en cuyo nombre la ejercer...*”⁹⁷

Por tanto, la regulación estatutaria en materia de representación del Estado; nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo; resolución de controversias entre éste y el Consejo Fiscal, que aparece por vez primera como órgano de emisión de Informes y de evacuación de Consultas; nombramientos y traslados de fiscales, deja claro su vinculación al gobierno⁹⁸.

⁹² Ibídem. Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.195.

⁹³ Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit.,

⁹⁴ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...” Op.cit.Pag 195.

⁹⁵ Rubén Martínez Dalmau, “ Aspectos Constitucionales...”, Op.Cit.Pag.117.

⁹⁶ Ibídem.

⁹⁷ Babel.hathitrust.org/cgi., Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, Pag.36

⁹⁸ Ignacio Flores Prada. El Ministerio Fiscal en España. Editorial: Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. Pag. 195

Además hay que tener presente el marco político en el que se surge este estatuto, en plena dictadura de Primo de Rivera, por lo que resulta comprensible la corriente pro-gubernamental en la concepción de la institución, siguiendo la línea marcada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto órgano de representación del Gobierno ante los Tribunales⁹⁹.

No obstante, pese a que el Estatuto Orgánico se limitó a sistematizar la regulación existente hasta ese momento sobre la mencionada institución, sin embargo se pueden destacar dos aspectos, en los que resultó novedoso: Uno sería el deber de consulta con los subordinados en los términos recogidos en el art. 44 ; “ *En las Fiscalías se celebrarán periódicamente Juntas de todos los funcionarios adscritos a cada una....Los acuerdos de la mayoría tendrán carácter de informe y el criterio que prevalecerá será el que, después de oír a todos sus auxiliares, adopte el Fiscal Jefe; pero si este criterio fuere otro que el de la mayoría de la junta deberá a su vez consultarlo con su superior jerárquico.*”

El otro aspecto a destacar sería la definitiva separación de la carrera fiscal respecto de la Magistratura, y que ya lo intentara la Ley Orgánica de 1870, dejándolo sin efecto la Ley Adicional de 1882¹⁰⁰.

B. 6. Reglamento Orgánico de 1927.

Este sería uno de los reglamentos que vendría a desarrollar al Estatuto de 1926, en el que se puede apreciar un reforzamiento de la idea de vinculación con el Gobierno. Establece su art. 1; “*El Ministerio Fiscal, como representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial, tiene a su cargo la misión de cuidar de que se administre pronto y cumplidamente la justicia.*”

Junto a la idea ya enunciada en el Estatuto en cuanto órgano de representación del Poder Ejecutivo, llama la atención el cometido asignado: una especie de custodio del funcionamiento de los tribunales, en cuanto se le asigna tal como dice MARCHENA GÓMEZ, la tarea de garantizar el principio de celeridad procesal como impulsor de las

⁹⁹ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.cit.Pag.195

¹⁰⁰ Luís María Díez- Picazzo. “ El Poder de Acusar..”, Op.Cit. Pag 149.

actuaciones jurisdiccionales. No sólo representa al gobierno sino que cuida del correcto funcionamiento de la administración de justicia¹⁰¹.

También llama la atención, como el principio de jerarquía, se instaura de forma tan férrea que es imposible averiguar si la misión del M.F es la observancia suprema de la legalidad, en el ejercicio sus funciones o por el contrario, cumplir lo ordenado por el Gobierno, se ajuste o no a la legalidad. En palabras de MARCHENA GÓMEZ, la jerarquía se interpreta como un sometimiento encadenado al Ministro de Gracia y Justicia, aunque este último aspecto ya destacaba en la Ley Orgánica de 1870¹⁰².

B. 7. Reglamento Orgánico de 21 de Febrero de 1958.

Este reglamento nada nuevo aporta en una construcción dogmática del M.F. Antes al contrario, vuelve a reproducir la “esencia gubernamentalista del fiscal”¹⁰³. El motivo de esta reforma tuvo su origen en dar cumplimiento a la legislación de la época, concretamente a aquella¹⁰⁴ que incorporaba nuevas tendencias en materia funcionarial, por lo que son los aspectos administrativos o situaciones administrativas de los funcionarios del MF lo que va a modificarse. Todo lo demás, al menos en su gran mayoría, es una reproducción del anterior reglamento de 1927. Es decir, va a suponer un desarrollo del Estatuto Orgánico de 1926 pero desde una perspectiva orgánica administrativa, por tanto no estamos ante el instrumento jurídico que produjera un cambio en la configuración de la institución. El reglamento Orgánico de 1958, se destina a regular desde una nueva perspectiva administrativa las diversas situaciones en la Carrera Fiscal, sin que sufriera modificación alguna las funciones, su naturaleza jurídica o el estatuto jurídico de la institución¹⁰⁵.

¹⁰¹ Manuel Marchena Gómez. “El Ministerio Fiscal...”Op.Cit.Pag.80.

¹⁰² *Ibidem*.Pag.74. El art.74 del Reglamento de 1927 establecía; “El Ministro de Gracia y Justicia podrá respecto de asuntos...en los que...deba intervenir el M.F, excitar el celo de éste para que ejercite las acciones y cumpla los deberes que le correspondan....El ministro se dirigirá de real orden o verbalmente ...al Fiscal del Tribunal Supremo. Este cumplirá dichas órdenes, ejercitando las acciones procedentes con arreglo a las leyes.”

¹⁰³ *Ibidem*. Pag.80.

¹⁰⁴ Ley de 15 de Julio de 1954 sobre situaciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

¹⁰⁵ Ignacio Flores Prada. “El Ministerio Fiscal en España...”Op. Cit. Pag.199

Es especialmente llamativa la total desprotección en materia de inamovilidad de los funcionarios fiscales. Así el art. 49 del Reglamento establecía la procedencia del derecho a “*destituir a cualquier fiscal (...) 3º Cuando lo acuerde el Ministro de Justicia, en virtud de propuesta del Consejo Fiscal constituido en Tribunal de Honor (...)*”.

El Art. 50 establecía las causas que podían dar lugar a la destitución: por haber sido “*una o más veces declarado responsable civilmente*” o “*cuando por su conducta viciosa, por su comportamiento poco honroso o por su habitual negligencia no sean dignos de continuar ejerciendo funciones fiscales.*”

En el plano político, no podemos obviar el marco en el que dicho Reglamento conoce su vigencia y que por otro lado pudo haber sido el art.50 antes citado, el instrumento perfecto como cajón de sastre para proceder a la destitución de funcionarios de la carrera fiscal. No obstante parece que no mostraron mayor preocupación por hacer uso de dichas posibilidades puesto que ya el propio sistema se encargaba de que la selección de los aspirantes fuera rigurosa, aunque como en todos los aspectos de la vida es inevitable las excepciones a cualquier sistema de control¹⁰⁶.

B. 8. Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1969.

La derogación del Reglamento Orgánico de 1958 que se hizo de forma expresa en el art. 2 del Decreto 437/1969 del Ministerio de Justicia de 27 de febrero por el que se aprobaba el nuevo Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, supuso más un cambio de carácter formal, que en la naturaleza jurídica, funciones, competencias y dependencia orgánica del Ministerio Fiscal respecto a la anterior normativa¹⁰⁷.

El art 1º del Reglamento establecía, en lo que a la naturaleza del M.F se refiere, una definición novedosa que causó polémica dentro de la doctrina al definir a la institución como “*órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia*”. No cabe duda, que pudo haber significado un paso importante, sin olvidar que esa definición se encontraba inserta en la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, en su art. 35. No obstante la realidad era otra, puesto que se mantenía inalterable tanto el

¹⁰⁶ Francisco Granados Calero. “ El Ministerio Fiscal..”.Op.Cit.Pag.47

¹⁰⁷Ibídem.Pag.49

Estatuto de 1926 como las facultades del Ministro de justicia de dar órdenes al Ministerio Fiscal¹⁰⁸

Pero además, el Ministerio de Justicia se reserva amplias facultades en relación a situaciones administrativas de los fiscales, que iban desde la propuesta al Gobierno para la provisión de altos cargos de la Fiscalía por libre designación, hasta decisiones relativas a expedientes de suspensión, destitución en el cargo, cuestiones de incapacidad, incoación de expedientes sancionadores contra un funcionario fiscal, autorizar la presentación de querrela para exigir presunta responsabilidad criminal al Fiscal del Tribunal Supremo...¹⁰⁹.

Por tanto la subordinación al Gobierno se mantiene. No obstante y tal como se ha mencionado en los párrafos anteriores, este Reglamento trae su precedente de la Ley Orgánica del Estado de 1 de enero de 1967, siendo esta una de las Leyes Fundamentales Franquistas más importantes, siendo su rango normativo el de Ley Orgánica, elevándose con ello al máximo rango normativo la regulación del M.F¹¹⁰.

Para MARCHENA GÓMEZ, la elevación al máximo rango legislativo de un órgano que hasta ese momento solo resultaba encajable en textos de naturaleza orgánica o procesal significó un avance importante en lo que a la construcción dogmática de la institución se refiere. No obstante, la institución permanecía internamente en la misma situación, dado que el marco legislativo en el que se movía hacía inviable una renovación que diseñase un M.F más independiente. Fue tan sólo un ligero barniz o ingeniosa retórica en palabras de citado autor, el cambio de matiz representación-comunicación. No se produjo un reforzamiento de la independencia. El M.F continuaba representando al Gobierno y defendiendo sus intereses¹¹¹.

Este Reglamento profundiza la visión de un M.F totalmente instrumentalizado por el Gobierno; las funciones del M.F pasan a estar vinculadas a su condición de brazo del Gobierno. Esto ya se había producido con el Reglamento de 1927. Sin embargo a diferencia de lo que sucediera con el Estatuto de 1926, en este último la representación del Gobierno era una de las funciones del M.F¹¹².

¹⁰⁸ Fernando Alamillo Canillas. El Ministerio Fiscal Español. Edit. Colex. Madrid. 1989. Pag. 17

¹⁰⁹ Francisco Granados Calero. "El Ministerio Fiscal..." Op. Cit. Pag. 51-52.

¹¹⁰ Rubén Martínez Dalmau. "Aspectos Constitucionales..." Op. Cit. Pag. 121

¹¹¹ Manuel Marchena Gómez. "El Ministerio Fiscal..." Op. Cit. Pag. 100.

¹¹² Rubén Martínez Dalmau. "Aspectos Constitucionales..." Op. Cit. Pag. 122.

En los términos en que se expresaba el Reglamento de 1969, era dudosa la interpretación que pudiera darse a la vigencia del Estatuto de 1926, lo que agravó la confusión de esta institución, y de la especial naturaleza de las funciones que se le encomendaban. A finales de 1974, la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, ley 42/1974, que fue derogada posteriormente sin haber alcanzado su desarrollo reglamentario, incluyó como principio rector del M.F la sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad. Hay que destacar como éste último término “imparcialidad” había sido eliminado de la Ley Orgánica de 1967, eliminación que sólo podía ser interpretada de forma negativa¹¹³.

La Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974 seguía definiendo al fiscal como un órgano de comunicación, la realidad es que su texto recuerda mucho al que más tarde configuraría la redacción del art. 124 del actual texto constitucional¹¹⁴.

B. 9. El Ministerio Fiscal en la II República.

En nuestra historia constitucional las referencias expresas al Ministerio Fiscal son realmente excepcionales siendo dos, los textos constitucionales en donde se hace mención expresa a la institución.

El Estatuto de Bayona de 6 de junio de 1808¹¹⁵ hace una referencia al Ministerio Fiscal aunque de forma indirecta¹¹⁶ puesto que todavía no existe una institución diferenciada jurídicamente con los caracteres de un Ministerio Público moderno¹¹⁷. De cualquier forma, cierto sector doctrinal encabezado por TOMAS Y VALIENTE, no cataloga al Estatuto de Bayona como “concepto normativo racional de Constitución”.

¹¹³Ibidem. Pag.124

¹¹⁴ La base 72 de la Ley señalaba: “El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los tribunales, ejerce sus funciones por medio de órganos propios, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica y con sujeción a los de legalidad e imparcialidad. El término legalidad como principio rector de actuación del M.F se incorpora de nuevo dentro de marco legal regulador de la Institución. Ibidem.

¹¹⁵ El Art. 105. de la Constitución de Bayona ; “Habrà en el Consejo Real un procurador general o fiscal y el número de sustitutos necesarios para la expedición de los negocios.” La carga histórica de la figura es clara, asimilándose la figura de Procurador general y Fiscal”. Rubén Martínez Dalmau. “ Aspectos Constitucionales...”Op.Cit.pag 119. Hay que tener en cuenta que el Consejo Real operaba como órgano de casación. Luis María Díez Picazo. Op.Cit. Pag.143.

¹¹⁶ José Hidalgo García. “Imparcialidad del Ministerio Fiscal y Poder Político” en la obra “Ética e Imparcialidad del Ministerio Fiscal”. Edit. Dykinson, S.L. Madrid, 2010.Pag.50.

¹¹⁷ Luis María Díez Picazo. “ El Poder de Acusar...”Op.Cit.Pag.143. Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, Pag. 119

Este último texto fue propiamente una carta otorgada por José Bonaparte con el apoyo de los afrancesados españoles, con una vigencia dudosa y siempre combativa”¹¹⁸.

Es realmente la Constitución Republicana de 9 de diciembre de 1931 donde se menciona de forma clara y diáfana a un Ministerio Fiscal con “vocación de independencia” y además marca las líneas esenciales en lo relativo a sus funciones¹¹⁹.

Dice el art. 104: 1. “*El Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. II. Constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia*”. Sin embargo el desarrollo y el alcance normativo de la norma no llegó a producirse ante el acontecimiento de la guerra civil¹²⁰.

Las notas características de este primer tratamiento constitucional de la institución, fueron: el silencio sobre el carácter de órgano de representación del Gobierno, la atribución de la función de velar por la legalidad, y el tratamiento de las garantías de los miembros Ministerio Fiscal se hicieron en condiciones de paridad con la judicatura aunque habría que constatar, que aquellas no tuvieron su reflejo positivo en la legalidad republicana ni en una reforma del Ministerio Fiscal que continuó rigiéndose paradójicamente tal como afirma CONDE PUMPIDO, por el Estatuto y el Reglamento Fiscal fruto de la Dictadura de Primo de Rivera¹²¹.

Para ser más coherentes con la importancia que supuso en múltiples aspectos la Constitución de 1931, sólo decir que su escasa vigencia no puede menospreciarse y sólo justificarse por el paréntesis de la guerra civil y por otro lado, constituyó uno de los textos más avanzados dentro del constitucionalismo europeo, con una clara influencia de la Constitución alemana de Weimar, de la Austriaca, Mexicana y de otras que gozaban de mayor prestigio. Consiguió de este modo ser reflejo de los avances político-jurídicos que se habían realizado tras la segunda guerra mundial¹²².

¹¹⁸ Francisco Tomás y Valiente. “Manual de Historia del Derecho...”. Pag.436.

¹¹⁹ José Hidalgo García. “Imparcialidad del M.F...” Op.Cit.Pag.50.

¹²⁰ Ibidem. Pag.50.

¹²¹ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.34. Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos Constitucionales...”, Op.Cit.Pag.120

¹²² Ignacio Flores Prada. “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pag.196. Tal como expone SOLE TURA Y AJA, autor mencionado por Flores Prada, la gran preocupación de los padres de la Constitución de 1931 fue la ampliación de los derechos de los ciudadanos recogiendo las aspiraciones sociales más sentidas y hasta entonces desconocidas por nuestros textos constitucionales y por otro lado asegurar el cumplimiento el cumplimiento de la declaración de derechos. Las instituciones se inscribieron además en un régimen parlamentario equilibrado, con una total independencia del Poder Judicial.

Esta Constitución supuso una radical transformación en la concepción del Ministerio Fiscal, inserto por tanto en un texto que significó uno de los primeros ejemplos del constitucionalismo europeo, siendo su regulación en el art. 104 un claro precedente de la Constitución Italiana de 1948. La referencia a la Administración de Justicia, se hace desde la perspectiva de las garantías de la que goza la misma; inamovilidad e independencia. Sin embargo el M.F queda definido con “cierta imprecisión”, como un órgano independiente dentro de la propia administración de justicia, con las funciones primordiales de la defensa de la legalidad y del interés social¹²³.

No obstante en esta nueva construcción dogmática del M.F, existe una clara influencia de ALCALÁ-ZAMORA¹²⁴, para quien el Ministerio Fiscal que se configura en el Proyecto de Constitución queda “... lejos de estar por completo desligado del Gobierno; continúa siendo el medio de comunicación y el agente del Ejecutivo en sus relaciones judiciales”. Así se desprendía de su articulado, concretamente del artículo 56 del citado Proyecto que establecía que: “*Con arreglo a lo establecido en el art. 101 de la Constitución, el Ministerio Fiscal será el órgano de comunicación entre el Poder Ejecutivo y el judicial, en las funciones de Justicia*”.

Para el citado autor, su función debe quedar limitada a su razón de ser: “vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre administración de justicia, proteger jurídicamente a los indefensos y desvalidos, y ejercitar la acción penal, con aquellas otras atribuciones secundarias que sirvan para el mejor cumplimiento de las primeras. Sólo así se conseguirá que la institución sea lo que debe ser: representante del interés social, del Estado si se quiere, pero tomada la palabra en su acepción plena, no como sinónimo de administración y mucho menos de Gobierno”¹²⁵.

El art. 83 del Proyecto señalaba que “*el Ministerio Fiscal velará ante los Tribunales, por el cumplimiento de la leyes, por el interés social y por la pureza de los procedimientos. Servirá también de órgano de relación entre el Gobierno y el Poder Judicial. Su organización será distinta de la de los Tribunales de Justicia. El Fiscal de la República será el jefe del Cuerpo Fiscal en todas las jurisdicciones. Las garantías de la independencia del Ministerio Fiscal, en analogía con la de los jueces y magistrados serán reguladas por la ley*”¹²⁶. Sin embargo, el precepto constitucional definitivo fue

¹²³ Ibídem. Pagg. 196-197.

¹²⁴ Ibídem.

¹²⁵ Ibídem. Pagg. 198.

¹²⁶ Rubén Martínez Dalmau, “ Aspectos constitucionales...”, Op.cit.Pag.120.

mucho más parco aunque no llegaría a recoger ese papel de relación entre el Poder Ejecutivo y el Judicial y que según la Comisión Jurídica Asesora redactora de la propuesta de Constitución, continuaba formando parte de las funciones del Ministerio Fiscal¹²⁷.

Contrariamente a lo que pudiera concluirse del mandato constitucional y como ya se afirmara supra en esta sede, esta nueva concepción del Ministerio Fiscal no llegaría a materializarse ni en la legislación positiva republicana, ni tampoco llegaría a tener su reflejo en una reforma de la Institución, que continuó rigiéndose por el Estatuto Fiscal de 1926 y su Reglamento Orgánico de 1927¹²⁸.

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ *Ibíd.*

CAPÍTULO 2º. Configuración del Ministerio Fiscal en la Constitución de 1978: Defensa de la Legalidad Constitucional. Principios de Unidad, Dependencia y Jerarquía.

A. Consideraciones Generales en torno a la configuración del M.F. tras la Constitución de 1978.

Resulta llamativo como una institución como el M.F, clave en el funcionamiento de la Administración de Justicia, haya pasado casi desapercibida en lo que a su regulación constitucional se refiere¹²⁹. La Constitución actual viene a ser el tercer texto de máximo rango normativo, considerando el Estatuto de Bayona de 1808, en recoger esta figura a la que habrá que reconocerse su capacidad camaleónica de transformación, a la par que el poder político estatal, convirtiéndose en legitimador o pieza legitimadora como diría MARTÍNEZ DALMAU¹³⁰ de sistemas, bien democráticos bien de signo autoritario.

Por tanto y siguiendo en este punto a FLORES PRADA, la constitución de 1978 si bien diseña un nuevo marco político de derechos y libertades no logra definir con claridad al Ministerio Fiscal, pero pese a todo lo diseña como un órgano de configuración constitucional en sus rasgos esenciales¹³¹, como una “institución constitucionalmente relevante” encargada de la “promoción objetiva de la Legalidad ante los Tribunales” según LÓPEZ AGUILAR¹³². Llegados a este punto conviene precisar como el legado histórico no termina de desaparecer de la redacción del art. 124 de la Constitución, en lo que a la relación de dependencia del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo se refiere, al menos de forma implícita¹³³.

¹²⁹ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal ...”, Op.Cit., Pag. 167. Entre los países que han dotado al Ministerio Fiscal de rango constitucional se encuentra España, Italia y Portugal. En estos países las reformas que han afectado al M.F han resultado de mayor calado y alcance que en aquellos otros en donde la Institución se halla regulada por normas de rango ordinario en donde hay mayor resistencia a la reforma. Además la incorporación del Ministerio Fiscal a textos constitucionales supone una exigencia de vinculación entre la institución y el sistema político con independencia de la mayor o menor fortuna en el diseño del modelo de la institución.

¹³⁰ Rubén Martínez Dalmau. “Aspectos Constitucionales...” Op.Cit. pag 127.

¹³¹ Ignacio Flores Prada. “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.pag.340.

¹³² Juan F. López Aguilar. “La Justicia y sus problemas...” Op.Cit. pag. 180.

¹³³ Rubén Martínez Dalmau. “Aspectos Constitucionales...” Op.Cit. pag. 132.

Cuando se hace referencia a la carga histórica se alude al carácter de nexo causal que siempre tuvo el Ministerio Fiscal en las relaciones entre el Ejecutivo y los Tribunales. En los trabajos realizados por la Ponencia Constitucional que se plasma en el Anteproyecto de Constitución, la Institución Fiscal se regulaba inicialmente en el art.114. Esta inicial regulación entrañaba una contradicción que difícilmente permitía que el Ministerio Público fuera un órgano de relación entre el Gobierno y la Administración de justicia, pese a que en su párrafo segundo se reconocía de forma expresa dicha relación¹³⁴.

Y se afirmaba dicha contradicción porque a su vez se proclamaba el sometimiento en su actuación a los principios de legalidad e imparcialidad, y además el nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo por el C.G.P.J. que evidentemente se sustrae a toda influencia del Gobierno y por tanto a su consideración como órgano de relación entre el Gobierno y la Administración de Justicia. Es decir, dos posiciones en la concepción de un Ministerio Público, difícilmente conciliables; una concepción judicialista y otra como órgano de relación¹³⁵.

Esta contradicción se resuelve finalmente en los términos de la redacción del actual art. 124 del texto constitucional que pone de relieve un cierto consenso o postura intermedia entre quienes desean romper con la tradición y los que se negaban a abandonarla. Pero de cualquier forma aunque la redacción final del texto pusiera de manifiesto dicho consenso de posturas enfrentadas ya en los propios debates constituyentes¹³⁶, lo que si puede afirmarse es que dicha dependencia del Gobierno se eliminó de forma explícita pero no implícitamente¹³⁷.

Tras la Constitución de 1978 ya no estamos ante un fiscal como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, instituyéndose a partir de ahora en un órgano autónomo e imparcial respecto del Gobierno; autónomo, aunque el principio de unidad de actuación requiere que se manifieste el principio de dependencia jerárquica y en cuya virtud, el vínculo que se crea entre el inferior y el superior, quiebra en la relación existente entre el FGE y el Ministro de Justicia, comunicador éste último

¹³⁴ Ignacio Flores Prada. “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.pag.224.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Sobre los debates constituyentes, Vid Francisco Granados, “El Ministerio Fiscal...”Op.Cit. Pag 27-38.

¹³⁷ Rubén Martínez Dalmau. “Aspectos Constitucionales...” Op. Cit. Pagg. 130-131

de los deseos o pareceres del Gobierno¹³⁸. Es verdad que a la luz del Estatuto Orgánico de 1981, cuenta con la posibilidad de negarse a las peticiones del Ejecutivo, pero el hecho cierto es que la Constitución ha colocado a un Fiscal en una posición cercana a la órbita de influencia del Gobierno, que se pone de manifiesto en la propia propuesta de designación del Fiscal General que regula el apartado 4 del art. 124 CE. Además habría de mencionar la posibilidad que tiene el Ejecutivo, de interesar a través del máximo representante de la institución, aquellas actuaciones que estime pertinentes en aras del interés general, de acuerdo con el art. 8 EOMF¹³⁹.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 aprobado por Ley 50/1981 de 30 de diciembre, deroga definitivamente el Estatuto Fiscal de 1926, si bien el Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 1969 permanece en vigor y continuará aplicándose en todo aquello que no se oponga a la actual Ley, todo ello de acuerdo con la Disposición Final Segunda del Estatuto. Como ya afirmara MARCHENA GÓMEZ Y MARTÍNEZ DALMAU, la descripción que realiza el Estatuto del M.F, queda lejos de haber desarrollado “el perfil constitucional del Fiscal”¹⁴⁰.

El art. 1º del EOMF transcribe las funciones del art. 124.1 CE y su art. 2º, los principios de actuación que aparecen regulados en el apartado segundo del precepto constitucional, añadiendo la expresión “integrado con autonomía funcional dentro del Poder Judicial”. El artículo 3º del EOMF, viene a establecer las funciones que corresponde al funcionario Fiscal, que lejos de ser un “númerus clausus” según MARTÍNEZ DALMAU, quedan ampliadas ante la expresión que contiene el precepto “...y demás funciones que el Ordenamiento Jurídico Estatal le atribuya”¹⁴¹.

¹³⁸ Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos Constitucionales...”, Op.cit.Pag.208.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ *Ibíd.* Pag.133. Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.194.

¹⁴¹ Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos Constitucionales...”, Op.Cit.Pag.134. El citado art. 3 del EOMF señala que corresponde al Fiscal: “1. Velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a los leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes. 2. Ejercer cuantas funciones le atribuye la ley en defensa de la independencia de los Jueces y Tribunales. 3. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas en cuantas actuaciones exija su defensa. 4. Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas y oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda. 5. Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas. 6. Tomar parte en la defensa de la Legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley. 7. Asumir, o en su caso promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, o puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, contiene la normativa básica sobre la misión y funciones del Ministerio Público, regulando así mismo la organización de sus órganos y el estatuto jurídico del personal que cumple tal misión ante los Tribunales y órganos de la Administración de todo orden, con excepción de la Jurisdicción especializada Militar¹⁴². Finalmente y continuando con la persistente remisión a la legislación orgánica judicial, el art. 60 del Estatuto establece que: “..la exigencia de responsabilidad civil y penal a los miembros del Ministerio Fiscal y la repetición contra los mismos por parte de la Administración del Estado, en su caso, se regirán en cuanto le sea de aplicación, por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial...” Así mismo, en lo que a responsabilidades disciplinarias se refiere, el Informe del Consejo Fiscal sobre el Reglamento de la Carrera Fiscal elaborado en septiembre de 2011 venía a establecer; “...no regula el Estatuto Fiscal propiamente el procedimiento sancionador pues el artículo 68 se limita a disponer que la sanción de advertencia podrá imponerse de plano, previa audiencia del interesado. Para la imposición de las restantes, será preceptiva la instrucción de expediente contradictorio, con audiencia del interesado y salvo estas referencias a la audiencia y carácter contradictorio nada se dice sobre cómo haya de ser tal expediente. Tal ausencia de normas procedimentales no puede

tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos. 8. Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes e intervenir en las promovidas por otros. 9. Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afectan al interés público y social. 10. Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. 11. Intervenir en los procesos judiciales de amparo así como en las cuestiones de inconstitucional en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 12. Interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conocer el Tribunal Constitucional en defensa de la Legalidad en la forma en que las leyes establezcan. 13. Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor. 14. Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas. Defender igualmente la legalidad en los procedimientos contencioso-administrativos y laborales que prevean su intervención. 15. Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales. 16. Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya.

¹⁴² Fernando Alamillo Canillas, “ El Ministerio Fiscal Español (su organización y funcionamiento”, Edit. Cólax, Madrid 1990, Pag.47. Mediante la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio que entraría en vigor el 1 de julio de 1988, se integra la Jurisdicción Militar dentro del principio de unidad jurisdiccional proclamado por el art. 117. 5 y 6 de la CE. En la citada ley, aparece la Justicia militar como un orden jurisdiccional especializado, integrado en la organización general del Poder Judicial mediante la creación de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, desapareciendo el Consejo Supremo de Justicia Militar, la supresión de funciones judiciales atribuidas a órganos de mando y su exclusiva atribución a órganos judiciales militares específicos, compuestos exclusivamente por técnicos en derecho procedentes de los Cuerpos Jurídicos militares, sometidos a los mismos principios constitucionales que los demás Jueces y Magistrados (art. 8 de la Ley Orgánica 4/1987) Fernando Alamillo Canillas, “ Aspectos Constitucionales...”Op.Cit.Pag.223.

entenderse cubiertas por el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1969, Reglamento que si bien dedica su Título V a la responsabilidad del Ministerio Fiscal, y más concretamente su Capítulo Primero a las correcciones disciplinarias, la mera lectura de sus preceptos evidencia la necesidad de una regulación ex novo”¹⁴³.

B. Defensa de la Legalidad Constitucional.

Resulta indispensable aludir al párrafo primero del art.124 CE en donde se produce una definición funcional del Ministerio Fiscal¹⁴⁴ en una primera aproximación al mismo.

Dice el citado **párrafo primero**;

*“El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión **promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad**, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés general”.*

Párrafo segundo;

*“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 circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo 7/78 de 30 de septiembre explicaba así los nuevos perfiles institucionales a raíz del art. 124 de la constitución: “el M.F es constitucionalmente garante de la legalidad y no estrictamente de la punitiva, porque ubilex non distinguit, nec nos distinguere debemos” calificando aquella idea como presupuesto esencial e insoslayable¹⁴⁵.

¹⁴³ www.Fiscal.es, “Informe del Consejo Fiscal sobre el Reglamento de la Carrera Fiscal”, Septiembre de 2011. Pag.54.

¹⁴⁴ . Juan F. López Aguilar. “La Justicia y sus Problemas...” Op.Cit.pag 199.

¹⁴⁵ . Juan F. López Aguilar. “La Justicia y sus Problemas...” Op.Cit.pag 199.

La promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, supone para la mayor parte de la doctrina no solo la misión clásica y genuina que sintetiza la actividad funcional del Ministerio Fiscal sino que además condensa o se erige en finalidad última de la institución¹⁴⁶.

Es decir, la legalidad que afecta al Ministerio Fiscal tiene una doble vertiente al erigirse en principio rector de actuación y en finalidad última de la misma. Tal como dice MARCHENA GÓMEZ, el Fiscal no agota su actuación con la defensa de la legalidad sino que la misma habrá de presidir cualquier cometido que se le asigne¹⁴⁷. De esta manera, la posición constitucional del Ministerio Fiscal en la Constitución queda singularizada frente al resto de los poderes del Estado a quienes también va dirigido aquel “desideratum constitucional”, en tanto en cuanto todos los poderes públicos están sometidos al principio de legalidad que no es otra cosa que la esencia misma del Estado de Derecho¹⁴⁸.

Es cierto que la concepción de la legalidad, se ha ido concretando y ensanchando a lo largo de la historia de la institución¹⁴⁹. Lo que el Fiscal ha defendido, como valedor de una legalidad circunscrita a Juzgados y Tribunales, recuérdese la Ley para la Administración de Justicia de 1870, o bien el mantenimiento de un orden jurídico como proponía el Estatuto Orgánico de 1926, o el Reglamento Orgánico de 1969, o la propia L.O.E. en su art. 35, no era más extenso que las normas que regulaban el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, con la sola excepción del art. 104 de la Constitución de la II República en donde se dio un giro de 180° no solo en lo que al concepto de legalidad se refiere sino en cuanto al modelo de Ministerio Público que aquella nueva redacción constitucional imprimía a la institución. Por tanto y en suma, una legalidad más extensa; “exacto cumplimiento de las leyes” siendo esa la misión de defensa y observancia del Ministerio Fiscal¹⁵⁰.

¹⁴⁶Ignacio Flores Prada. “El Ministerio Fiscal...”. Op.Cit. pag.392.

¹⁴⁷Manuel Marchena Gómez. “ El Ministerio Fiscal...”. Op.Cit. pag.124.

¹⁴⁸ Ibídem.

¹⁴⁹ Ibídem.

¹⁵⁰Ibídem.Pag. 126

En otra línea argumental está aquel sector de la doctrina que estima que tampoco habría que exagerar en cuanto a la sumisión del Fiscal a la ley, en tanto que este es uno de los principios básicos que distingue al Estado de Derecho, donde todos los poderes públicos y sus ciudadanos se encuentran constreñidos al mismo¹⁵¹. Extremando incluso esta última posición, está aquella corriente de autores que reaccionan frente a una “competencia universal”¹⁵² del Ministerio Público para accionar jurisdiccionalmente en todo proceso enarbolando la defensa de la legalidad como instrumento legitimador de su actuación. Afirman que su actuación debe limitarse, en lo que a la defensa de la misma se refiere, a la concreta y específica actuación que han desarrollado¹⁵³. Y en el razonamiento de que al Fiscal no le corresponde una defensa in abstracto de la legalidad, se halla el por-qué de la exclusión del Ministerio Público de la interposición del recurso de inconstitucionalidad¹⁵⁴.

Y tal como se ha mencionado anteriormente, es el marco de un nuevo sistema político de reconocimiento de derechos, donde el concepto de legalidad recobra un nuevo matiz puesto que desde el marco de su defensa, se le asigna al Ministerio Público nuevas funciones, funciones que van desde la defensa de los derechos de los ciudadanos o bien del interés social o la salvaguarda de la independencia de los tribunales¹⁵⁵, tal como se recoge en el art. 124 del texto Constitucional.

Tal como afirma GRANADOS CALERO, el Ministerio Público es una institución vital para la subsistencia del Estado de Derecho, en lo que a esa misión fundamental de defensa de la legalidad se refiere, accionando en cada caso concreto para lograr su “restitución o reparación”. El Ministerio Fiscal en su actividad de defensa del orden constitucional, de la legalidad constitucional, contribuye como ningún otro órgano del Estado a la salvaguarda del mismo, y de los valores supremos establecidos en el art. 1º del texto constitucional, precisamente porque la defensa de ese orden jurídico constitucional, de la legalidad constitucional, preside su actuación en cada momento. La

¹⁵¹ Jiménez- Blanco y Carrillo de Albornoz, Antonio: “Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal” Apud, Manuel Marchena Gómez. “El Ministerio Fiscal...” op.cit.128

¹⁵² Ibídem. Pag.130.

¹⁵³ Serrano León, José. “Nueva Organización del Ministerio Fiscal y de los Tribunales” Apud Manuel Marchena Gómez. “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. pag.130. En el mismo sentido se manifiesta F. Granados; “El Ministerio Fiscal” Op.Cit. Pagg.148-149.

¹⁵⁴ Montoro Puerto, Miguel: “Funciones del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional”. Revista de Administración Pública. Enero- Febrero, num.91, autor mencionado por Manuel Marchena Gómez: “El Ministerio Fiscal...”Op.Cit.Pag.130.

¹⁵⁵ Ignacio Flores Prada; “El Ministerio Fiscal...”Op.Cit. Pag.393.

defensa de la legalidad no es sólo un fin en sí mismo sino el medio para lograr el mantenimiento del orden jurídico político del Estado¹⁵⁶.

Y precisamente dentro de ese orden jurídico político del Estado, es la defensa de la legalidad penal donde el Ministerio Fiscal tiene el papel más protagonista de entre los cuatros ordenes jurisdicciones en los que pudiera intervenir. En este sentido no se puede obviar su intervención como pieza clave en la ejecución de la política criminal del Gobierno. Pero no sólo en el orden penal sino además la función de defensa del interés social ante los Tribunales de justicia hace del Ministerio Público una pieza clave e importantísima que debiera traducirse en “actuaciones de impulso y ...de seguimiento de la actividad judicial” de tal modo que el Ministerio fiscal se convierta ante el ciudadano en custodio del funcionamiento eficiente de la Administración de Justicia evitándose demoras injustificadas, o simplemente actuando ante las desviaciones en el cumplimiento de la ley tanto en los procedimientos judiciales como en la actuación de la administración de justicia. La cooperación judicial internacional o la interposición de los recursos en interés de ley, constituyen también ejemplos claros de la defensa por Ministerio Público del interés social¹⁵⁷.

En tanto que el Ministerio fiscal sirve a la legalidad¹⁵⁸, el sometimiento a la misma es garantía de la independencia funcional de la institución, frente a cualquier poder del Estado especialmente frente al Ejecutivo, aunque este modelo de Fiscal legalista e imparcial en su actuación, exige siempre un ejercicio de interiorización y reflexión del modelo que representa, en el orden constitucional actual¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Francisco Granados; “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pagg.149-150.

¹⁵⁷ Juan F. López Aguilar; “ Los problemas de la Justicia...” Op.Cit.Pagg 199-201.

¹⁵⁸ Juan F. López Aguilar. Justicia y Poder Judicial. Radiografía de una crisis cronificada. Nuevas Políticas Públicas; Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, nº 5º,2009. pag.17.

¹⁵⁹ Pablo Lanzarote Martínez; “ La Autonomía del Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag 368.

C. Principios de Unidad, Dependencia y Jerarquía.

Introducción.

El Ministerio fiscal, es efectivamente un órgano con una estructura autónoma, ajena a la Judicial y a la del Poder Ejecutivo, ubicada por razones de sistemática en el Título VI de la Constitución pero es al tiempo, un “órgano vinculado” por los principios funcionales de legalidad e imparcialidad así como por los de naturaleza organizativa, de unidad de actuación y dependencia jerárquica¹⁶⁰.

Estos dos últimos principios constitucionales siempre han estado confrontados de forma negativa, “en radical perjuicio” frente a los de legalidad e imparcialidad, y que en opinión de LÓPEZ AGUILAR ponen de manifiesto un desconocimiento o más exactamente una clara incompreensión del encuadre constitucional y orgánico de la institución¹⁶¹. Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica establecidos constitucionalmente como criterios organizativos, responden también y de forma necesaria a la función principal de “promover la acción de la jurisdicción”¹⁶² sobre todo en el orden penal,¹⁶³ en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (124 C.E).

Y responden de forma necesaria a la promoción de la justicia porque con estos principios se garantizan actuaciones coherentes con determinados criterios evitándose así actuaciones dispersas y en consonancia con esa unidad de actuación se establece paralelamente la dependencia jerárquica¹⁶⁴. El Ministerio Fiscal es un órgano constitucional del Estado que participa del ejercicio de la jurisdicción cuya titularidad corresponde en exclusiva a los juzgados y tribunales. Participa con una actividad de impulso, de petición, de informe, pero no decide sobre el derecho en cuestión¹⁶⁵. Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica contribuyen así, de acuerdo con el modelo constitucional y orgánico, a lograr una mayor seguridad jurídica en el ejercicio de las misiones encomendadas a la institución fiscal. En este sentido se afirma

¹⁶⁰ Juan F. López Aguilar; “ La Justicia y sus Problemas...” Op.Cit. Pag.199

¹⁶¹ *Ibidem*. Pag.202.

¹⁶² *Ibidem*. Pag.209.

¹⁶³ *Ibidem*. Pag.207.

¹⁶⁴ *Ibidem*. Pag.209.

¹⁶⁵ *Ibid.*

que la unidad y dependencia no son solo y por tanto, principios referidos a aspectos internos sino que ofrecen una “...proyección ad extra sobre la que se construye la uniformidad y la previsibilidad en la actuación...”fiscal¹⁶⁶.

C. 1. Principio de Unidad.

El principio de unidad, de clara influencia francesa, en la concepción teórica del Ministerio Público, se traduce en un axioma; El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado. Esta idea se recoge de forma clara en el art. 22.1 del Estatuto Orgánico¹⁶⁷. El análisis del Ministerio Fiscal partiendo de este principio, siempre hará referencia a dos aspectos; uno orgánico y otro funcional y que por otra parte están tan íntimamente relacionados que como afirma SERRANO ALBERCA “la unidad de actuación derivará de la unidad orgánica, puesto que la actuación unitaria del Ministerio Fiscal deriva de su indivisibilidad”¹⁶⁸.

El Artículo 22 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece;

“1. El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado. 2. El Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio Español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal. 3. El Fiscal Jefe de cada órgano ejercerá la dirección del mismo y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado. 4. Corresponde al Fiscal Jefe la dirección de la Fiscalía respectiva; Al Tte. Fiscal sustituir al Jefe cuando reglamentariamente proceda y ejercer junto con los Fiscales y por delegación de aquel las funciones propias de la Fiscalía.”

Del análisis del anterior artículo se infiere tres aspectos distintos del principio de unidad; unidad orgánica, unidad territorial y unidad de actuación¹⁶⁹. La unidad orgánica se traduce en el axioma antes mencionado de un único Ministerio Público para todo el

¹⁶⁶ Ignacio Flores Prada; “ El Ministerio Fiscal...”Ob.Cit.Pag. 689.

¹⁶⁷Ibid.

¹⁶⁸ Serrano Alberca, J.M. Artículo124. Comentarios a la Constitución.2 Edición. Editorial Civitas. Pagg.1799 y ss. Autor citado en el artículo “ El M.F.; Consideraciones en torno a un modelo constitucional ”.Revista del Poder Judicial nº 54.

¹⁶⁹ Ignacio Flores Prada; “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag. 690

Estado, pero además esta unidad también implica una estructura orgánica propia, distinta y ajena a cualquier otra estructura administrativa dentro de los poderes del Estado¹⁷⁰. Pero además, la unidad orgánica tiene dos manifestaciones importantes en lo que al funcionamiento de la institución se refiere. Es lo que se denomina la indivisibilidad y fungibilidad¹⁷¹ de la intervención o actuación de los fiscales. Así el art. 23 del Estatuto dispone que los miembros del Ministerio Fiscal “...actuarán en representación de la Institución...”. En cualquier momento del proceso, en el que un Fiscal intervenga..., podrá su superior inmediato sustituirlo por otro, si existieran razones fundadas que lo aconsejen. Ambos caracteres no son incompatibles con el establecimiento de mecanismos de control que eviten sustituciones injustificadas guiadas por criterios de oportunidad o conveniencia de la Jefatura¹⁷². Así mismo, el art. 26 del mencionado Estatuto, dispone que: “El Fiscal General del Estado podrá designar a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en que el Ministerio Fiscal esté legitimado para actuar, oído el Consejo Fiscal”¹⁷³.

El segundo aspecto que cabe aplicar al principio de unidad sería aquel que hace referencia a una estructura centralizada a nivel estatal y que la distribución orgánica del Ministerio fiscal a lo largo y ancho del territorio obedece a criterios de racionalización en el trabajo y a la necesaria presencia del mismo ante los órganos jurisdiccionales¹⁷⁴ pero en ningún caso puede interpretarse como competencias atribuidas a las CC.AA en lo que a la presencia de la Institución en los diversos territorios autonómicos se refiere, dado el tenor literal del Art. 149.1.5 de la Constitución¹⁷⁵.

El tercer aspecto referido a este principio, sería la unidad de actuación que de forma explícita aparece mencionada en la Constitución. En relación a este último principio, solo decir que es posición generalizada en la doctrina¹⁷⁶ la consideración de que

¹⁷⁰ *Ibíd.* Pag. 691.

¹⁷¹ La STS de 16 marzo de 1996 afirmaba en su fundamento jurídico 1º, que en cuanto al cambio en la persona que ostentaba la representación del Ministerio Fiscal carece totalmente de trascendencia a efectos constitucionales en cuanto que la acusación pública se ejercita institucionalmente por el Ministerio Fiscal y cualquiera de sus componentes puede ser perfectamente intercambiable no sólo en sesiones distintas sino incluso durante una misma e ininterrumpida sesión. Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Pag. 161.

¹⁷² El libro blanco del Ministerio Fiscal. *Op.Cit.* Pagg. 30-31.

¹⁷³ Ignacio Flores Prada. *Op.Cit.* Pag. 692.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Francisco Granados, “ El Ministerio Fiscal...” *Op.Cit.* Pag. 295

¹⁷⁶ Ignacio Flores Prada; “ El Ministerio Fiscal...” *Op.Cit.* Pag. 693.

únicamente una estructura jerarquizada en el Ministerio Público asegura una misma interpretación de los criterios a seguir en su actuación, y además garantiza el cumplimiento de las órdenes e instrucciones de las altas jerarquías, que efectivamente coadyuva en esa interpretación homogénea y armónica de las leyes, garantizándose entre otros el principio de igualdad en una visión “ad extra” de este principio frente a la sociedad¹⁷⁷.

El principio de unidad, concebido con esa doble visión, como cuerpo único funcional con diversidad de órganos propios, al tiempo que un órgano que interpreta la legalidad de manera homogénea y sin fisuras, está en condiciones de garantizar la seguridad jurídica en su actuación¹⁷⁸, como titular de la defensa de los intereses generales tutelados por la ley, promoviendo para ello la acción de la justicia¹⁷⁹.

En nuestro país y a diferencia de lo que sucede en Italia¹⁸⁰ donde el principio de unidad de actuación se entiende dentro de cada órgano, las normas estatutarias han aludido más a la unidad institucional u organizativa que a la funcional¹⁸¹ aunque vienen a ser dos caras de una misma moneda¹⁸². Por el contrario, la idea de unidad que emana del art. 124 de la Constitución es la que integra el principio de unidad de actuación¹⁸³.

En España se ha optado por seguir un criterio uniforme para todo el Estado, no obstante en la formación de aquel no sólo interviene el Fiscal General del Estado a través de las circulares e instrucciones que imparte, sino que cada uno de los órganos que integran el Ministerio Fiscal, participan de forma conjunta en su elaboración, a través de las Juntas de Fiscalía y Junta de Fiscales de Sala¹⁸⁴. Por ello habría que sostener siguiendo en este punto a CONDE-PUMPIDO que en la adopción de la unidad de criterio, se acude a

¹⁷⁷ Flores Pérez, “ Los Principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal. Autor citado por Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal en España...” Op.Cit.Pag 693.

¹⁷⁸ Manuel Marchena Gómez; “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pagg., 160-162. A este respecto y aludiendo al principio de seguridad jurídica, viene a decir Conde- Pumpido que el principio de unidad de actuación es una consecuencia lógica del sometimiento del Ministerio Fiscal al principio de seguridad jurídica proclamado en el art.9.3 de la Constitución que proporciona al ciudadano la seguridad de que ante una eventual acusación se utilizaran criterios uniformes y preestablecidos de antemano, lo que se traduce en el principio de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica. “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pag.79

¹⁷⁹ Juan F. López Aguilar; “ Los problemas de la Justicia...” Op.Cit.Pagg., 206-207.

¹⁸⁰ En Italia pese a la posición del Ministerio Fiscal asimilada a la Magistratura, se habla del sometimiento al principio de unidad o impersonalidad aunque aplicado a cada uno de los órganos que integran la institución. Pagliario/ Tranchita, *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*(3ª Edición) Giuffré, Milano, 1996, Pag 235. Autor citado por Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.693.

¹⁸¹ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit., Pag.80.

¹⁸² Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit., Pag., 693.

¹⁸³ Fernando Alamillo Canillas, “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit., Pag. 31

¹⁸⁴ Vid. Pagg. 245 y 254.

mecanismos más democráticos en el seno de la Institución, tal como queda de manifiesto a través del art. 15 y 24 del Estatuto Orgánico, aunque la naturaleza jerárquica de la institución imponga la obediencia en la observancia de dichos criterios interpretativos garantizándose así la unidad de actuación¹⁸⁵.

Aunque en opinión de FLORES PRADA¹⁸⁶, cuando se trata de mantener la unidad de criterios el Estatuto opta por un sistema de ponderación más que por un sistema colegiado; es decir por el mecanismo de la ponderación, el F.G.E o el Fiscal Jefe de cada órgano pondera la opinión de los funcionarios que se encuentran bajo su dirección, a la hora de fijar criterios unitarios de actuación.

Sintetizando su significado¹⁸⁷, podría decirse que el principio de unidad de actuación supone la asunción de un criterio institucional por parte de los Fiscales cuando ejercen sus funciones, prescindiendo con ello de posiciones personales en la defensa de asuntos de su competencia¹⁸⁸. Y aunque ello pudiera interpretarse como una instrumentalización de los fiscales actuando como meros servidores, la realidad es que la posibilidad de discrepar del criterio oficial puede tener lugar ofreciendo para ello su estatuto orgánico, el recurso establecido en el art. 27, aunque ello siempre suponga un ejercicio de coherencia personal en defensa de la legalidad, si de lo que se trata es de la duda en torno a la legalidad de la orden o instrucción¹⁸⁹.

No obstante y pese a que en torno al principio de unidad de actuación, no existe en la doctrina grandes debates, admitiéndolo como esencial a la propia institución¹⁹⁰, la pregunta que nos hacemos desde un inicio es ¿por-qué el Ministerio Fiscal garantiza la seguridad jurídica desde el paradigma de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y los jueces y magistrados en el ejercicio de la función

¹⁸⁵ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit., Pag. 81.

¹⁸⁶ Ignacio Flores Prada; “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.707-708

¹⁸⁷ Entre las varias definiciones dadas por la doctrina de este principio, destaca la de Agúndez, “que entiende que por el principio de unidad de actuación, los funcionarios fiscales actúan en nombre del estamento único y corporativo que es el M.F en el que se integran sus funciones y absorbe la personalidad de cada uno en lo que atañe a la proyección externa ante los Tribunales.” Agúndez Antonio, “Repercusiones de la nueva Constitución en el derecho procesal” en la obra “Lecturas sobre la Constitución Española”, tomo II pag.436. Autor citado por Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos constitucionales...” Op.Cit., Pag.183.

¹⁸⁸ Fernando Alamillo Canillas, “El Ministerio Fiscal ...” Op.Cit., Pag. 31.

¹⁸⁹ *Ibidem*. Pag.32.

¹⁹⁰ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag., 287

jurisdiccional, garantizan igualmente esa seguridad jurídica con una actividad caracterizada por la independencia de criterio en la interpretación de la legalidad¹⁹¹?

La respuesta a esto se encuentra en el fundamento mismo de este principio, y en su consecución habría que partir de la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal, partiendo de su regulación constitucional, lo cual nos ayudaría a interpretar los rasgos definitorios esenciales de la Institución¹⁹².

No obstante, hay que tener presente su fundamento histórico, que tal como se ha mencionado anteriormente tiene un claro precedente en el derecho francés. Y es que los orígenes históricos y el tránsito revolucionario en Francia, han tenido una influencia importantísima en la naturaleza jurídica y en la posición institucional de Ministerio Público aun vigente¹⁹³.

Entre las diversas posturas doctrinales que intentan justificar este principio, se mantiene como rasgo característico entre todas ellas, la necesidad de dar unidad a las interpretaciones en torno a la ley, bien sea como “respuesta institucional individualizada”¹⁹⁴ o bien como “postura de un cuerpo de funcionarios que actúa de forma colegiada con criterios preestablecidos...”¹⁹⁵.

En cualquier caso, la unidad de criterio interpretativo da como resultado una homogeneidad en lo que al comportamiento se refiere, una previsibilidad referida a la actuación y desde luego todo ello redundará en beneficio del principio de igualdad y de seguridad jurídica, pero todos estos conceptos lo que explican son consecuencias derivadas de la unidad pero no su fundamento¹⁹⁶.

Y es que el fundamento del principio de unidad de actuación solo puede encontrarse en esa doble función jurídico-política del Ministerio Fiscal; como órgano público que actúa en una determinada línea marcada por la política interior del gobierno, y como órgano que contrapesa la dispersión de criterio del Poder Judicial, para asegurar el

¹⁹¹ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag., 696.

¹⁹² *Ibidem*. Pag.697.

¹⁹³ En Francia a partir de 1799, se retoma un modelo absolutista de Ministerio Público caracterizado por el monopolio del ejercicio de la acción penal atribuido a una organización concentrada, centralizada y jerárquica, bajo la dependencia del poder ejecutivo. *Ibidem*. Pagg 119-121.

¹⁹⁴ Cándido Conde- Pumpido Ferreiro. “El Ministerio Fiscal en la Constitución” en Revista de Legislación y Jurisprudencia, nº 6. junio de 1981.

¹⁹⁵ Jiménez Villarejo, C. “Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal. Libro Blanco del M.F. Barcelona 1995. Pag.5. Cita de autor utilizada por Ignacio Flores Prada. “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag., 696.

¹⁹⁶ Ignacio Flores Prada. “El Ministerio Fiscal...” Op. Cit. Pag.,698.

cumplimiento de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico a través de la aplicación del derecho¹⁹⁷.

La vinculación de la Institución con el Gobierno, se ha justificado desde una triple perspectiva jurídico-política; de un lado ha facilitado la puesta en práctica de criterios de política criminal de diseño gubernamental; de otro, confiere legitimidad democrática a la función y además hace posible la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento por la actuación del Ministerio Fiscal. Pero esta situación de delicada dependencia habría que controlarla para evitar tentativas que supongan una dirección contraria a lo que es la aplicación imparcial de la ley así como el establecimiento de criterios unitarios de interpretación del Derecho o de directrices de política criminal, que no vayan encaminadas a la satisfacción del interés general¹⁹⁸.

No hay que olvidar, precisamente con el objetivo de fortalecer la labor de control del Parlamento sobre el Fiscal General del Estado, la Moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 27 de mayo de 1997, en relación a la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en la que se establece la necesaria remisión a la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, de la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado para su examen, debate y en su caso formulación de propuestas de resolución¹⁹⁹.

En última instancia, el principio de unidad encuentra su justificación en la misión asignada a la institución en sede constitucional de defensa y garantía de la legalidad y esta misión exige la exclusión de pareceres y criterios diferentes lo cual es una exigencia del principio de seguridad jurídica²⁰⁰.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ Pablo Lanzarote Martínez; “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”*Op.Cit.* Pag.291

¹⁹⁹ Manuel Marchena Gómez, “ ¿ Un Fiscal General Independiente?, ó El Fiscal Imposible”, *Noticiero de las Ideas*, n° 23, 2005, Pag.86.

²⁰⁰ Manuel Marchena Gómez; “ El Ministerio Fiscal...” *Op.Cit.* Pagg.160-161.

C. 2. Principio de Dependencia y Jerarquía.

A nivel teórico, la dependencia implica subordinación de unos miembros del Ministerio Fiscal sobre los otros. La jerarquía entendida como orden o grado respecto a otro órgano sería un criterio atribuible a dicha dependencia²⁰¹.

El principio de dependencia jerárquica es intrínseco a la propia naturaleza del Ministerio fiscal. Principio que a lo largo de su evolución histórica ha sido elemento definitorio no solo en cuanto a su funcionamiento interno sino además ha servido para identificarlo. La dependencia jerárquica no acababa en el Fiscal del Tribunal Supremo, sino que alcanzaba las instancias gubernamentales²⁰², por lo que la dependencia política era evidente. Con la consagración constitucional de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, en el apartado segundo del art. 124 de la Constitución de 1978, se logra al menos en teoría, no solo circunscribir la dependencia jerárquica dentro de la propia Institución al funcionar ésta por medio de órganos propios sino además establece el sometimiento de estos dos principios, a los de legalidad e imparcialidad²⁰³.

El sometimiento de los fiscales a la legalidad e imparcialidad, convierten a los principios de unidad y dependencia jerárquica, en instrumentos a fin de lograr la defensa imparcial de la legalidad. Es lo que la doctrina denomina principios de carácter instrumental sin perder no obstante su rango constitucional²⁰⁴.

Por tanto hablamos, partiendo de la vigencia de este principio, de una Institución organizada jerárquicamente en la que los superiores no solo tienen potestad de dirección sino disciplinaria sobre los inferiores²⁰⁵.

Existen dos vertientes, siguiendo en este punto a la doctrina, del principio de dependencia; Una dependencia interna (ad intra) que conectada con el principio de unidad, e implica la existencia de una organización de tipo jerárquico, tal como se

²⁰¹ Manuel Miranda Atrampes, Sergi Guasch Fernández. “ El Ministerio Fiscal: Consideraciones en torno a un modelo constitucional. Revista del Poder Judicial nº 54. año 1999.Pag.373.

²⁰² Manuel Marchena Gómez; “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.74

²⁰³ Miguel Colmenero Menéndez de Lurca. El Principio de Dependencia Jerárquica. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. V. Año 2000. Pag.590

²⁰⁴ Ibídem. Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal..”, Op.Cit.Pag.164. Este autor sostiene en torno a este principio,: “ la dependencia jerárquica, de carácter interno, conduce a través de la unidad, a la mejor realización de la legalidad y, por ende, de la Justicia. La dependencia así entendida, pasa a ser una exigencia insoslayable de la seguridad jurídica”. Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.83. Dice este autor; “ ...la propia letra de la Constitución que establece que la sujeción a los de legalidad e imparcialidad será en todo caso, esto es primordial y preferente...”

²⁰⁵ Ibídem. Pag.589.

recoge en el art. 25 y 26 del EOMF. De esta manera toda orden, instrucción o comunicación es dada por un superior jerárquico. Y por último existiría una dependencia externa la cual se evidencia en el sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado²⁰⁶.

De acuerdo con el art. 22.2 del EOMF, el Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal así como su representación en todo el territorio español, correspondiendo a él impartir las instrucciones y órdenes convenientes al servicio y al orden interno de la institución y en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal. En el apartado 4º del mismo artículo, se atribuyen análogas funciones de dirección y representación a los Fiscales Superiores de las CC.AA, y en general análogas funciones cumplen los Fiscales Jefes respecto de sus subordinados, tal como queda de manifiesto en el apartado 5º del citado art. 22.

Por tanto, una estructura piramidal en cuya cúspide se encuentra el F.G.E. La jerarquía del Ministerio Fiscal trasciende lo estructural y organizativo para incidir en la asunción de competencias y funciones, las cuales siguen el mismo esquema de concentración de poder desde la base a la cúpula²⁰⁷.

Dicha estructura piramidal de perfecta cohesión interna, se pone de manifiesto al atribuirse la alta jefatura de la institución a cada uno de los Fiscales Jefes de los órganos de los niveles inferiores que están en cada momento informados de las decisiones que marcan la actuación de los fiscales que ejercen su actividad desde la base de la institución²⁰⁸.

En este punto señalar que pese a que esta estructura piramidal definida por GRANADOS CALERO como una pirámide perfectamente ensamblada, lo cierto es que no lo es tanto al carecer de escalafones intermedio, puesto que de todo el conjunto de funcionarios adscritos a los distintos órganos del Ministerio fiscal y el Fiscal General del Estado, el único mando intermedio sería el Fiscal Jefe respectivo²⁰⁹. De esta forma,

²⁰⁶ Manuel Miranda Atrampes, Sergi Guasch Fernández. “ El Ministerio Fiscal: Consideraciones en torno a un modelo constitucional. Revista del Poder Judicial nº 54. año 1999.Pag.374.

²⁰⁷ Francisco Granados Calero, “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. pag.105.

²⁰⁸ *Ibidem*. Pag.296. Ignacio Flores Prada ; “ El Ministerio Fiscal...” Op. Cit. Pag 699: A los efectos de garantizar el funcionamiento vertical del M.F. tanto el Fiscal General del Estado como los Fiscales Jefes de cada órgano podrán impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones, generales y particulares, convenientes al servicio (art.25 I y III). Cuando estas órdenes e instrucciones provengan del F.G.E se comunicarán a través del superior jerárquico respectivo (art.26 EOMF).

²⁰⁹ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...” Op.cit.Pag.700. No obstante se prevé, en aquellos casos en que sea necesario crear salas de lo social o de lo contencioso administrativo en provincias

todos los Fiscales Jefes, salvo en temas de carácter administrativo²¹⁰, se entenderán directamente con el Fiscal General del Estado²¹¹.

No obstante aunque prevalece en la toma de decisiones la vía jerárquica, y por tanto la dependencia de los miembros de la Institución a las decisiones tomadas por sus superiores, los cuales están sometidos a su vez al Fiscal General del Estado, no se lleva al extremo de considerarlos meros transmisores y ejecutores de dichas decisiones sino que se establece por el EOMF una “sutil”²¹² y clara vinculación al principio de legalidad (art. 2, art. 6 y art. 48 del EOMF) lo que se traduce en un contrapeso a una legalidad impuesta por vía jerárquica. De esta manera, aunque el F.G.E disponga de instrumentos para hacer valer su propia concepción de la legalidad por la vía jerárquica y por tanto la sumisión a su criterio por vía de la dependencia existente entre los fiscales, no obstante estos últimos pueden hacer valer su juicio personal recordando que cada miembro del Ministerio Fiscal está vinculado al principio de legalidad, aunque esto puede traer consigo un conflicto entre la instrucción recibida de la instancia superior y el criterio personal de cada fiscal.

En este caso si considerase que la acción o actuación que se le haya confiado es improcedente puede pedir que se le releve de la responsabilidad que pudiera derivar de su actuación tal como recoge el art. 6 y 27 del EOMF²¹³.

En opinión de FLORES PRADA ²¹⁴ este recurso de la procedencia que justifica la oposición del fiscal, y en cuya virtud se valora la orden recibida no solo a la luz de la legalidad sino en función de cualquier otro motivo que la convierta en improcedente, es una auténtica manifestación de autonomía funcional, no solo referida a la Institución sino respecto a cada uno de los funcionarios que la integran y que la sitúan en un punto “equidistante” tanto frente a la independencia (inexistencia de órdenes) como frente a la dependencia estricta.

distintas de aquellas que sean sede del TSJ (art.78 LOPJ) la dependencia del Fiscal Jefe de la Audiencia provincial respecto del Fiscal Jefe del TSJ el cual puede impartir órdenes o instrucciones pero circunscritas al ámbito del procedimiento seguido ante dichas Salas.

²¹⁰ . Según dispone el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia(RD 249/1996 de 16 de febrero) que contempla el único supuesto de relación jerárquica con el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia en asuntos de concesión de vacaciones al personal auxiliar de las Fiscalías de las Audiencias Provinciales.

²¹¹ Ignacio Flores Prada. Op.Cit. Pag. 701.

²¹² Fernando Sainz Moreno. El Ministerio Fiscal y la Defensa de la Legalidad. Revista de Administración Pública. Nº 108.Pag 169.

²¹³ Ibídem. Pag. 169-170.

²¹⁴ Ignacio Flores Prada. Op.Cit. Pagg.705-706.

Pero además el Estatuto Orgánico dispone de otros mecanismos que atenúan la rigurosidad del principio de dependencia²¹⁵, de tal modo que el fiscal no se vea privado de la necesaria libertad de expresión consagrada en el art. 20 de la C.E. siempre que con ésta se alcance el valor superior de la justicia, tal como establece el último párrafo del art.25 del EOMF²¹⁶. Si bien se consagra la libertad de expresión en las intervenciones orales durante el procedimiento, también se consagra el sometimiento jerárquico al tener que obedecer la orden o instrucción recibida, en sus dictámenes escritos. Y esto último tiene trascendencia habida cuenta de lo establecido en el art. 120.2 de la C.E que establece el principio de oralidad en los procesos judiciales, sobre todo en materia criminal, aunque no siempre es posible acudir a este recurso si choca frontalmente con la orden recibida²¹⁷.

Otra limitación esencial al principio de dependencia jerárquica, viene impuesta por el propio carácter orgánico de este principio por lo que en caso de incumplimiento de la orden o instrucción por quien está obligado a respetarlo, no afecta a la validez del acto de que se trate, sin perjuicio de la responsabilidad interna o disciplinaria en que haya podido incurrir el funcionario en cuestión²¹⁸.

En cualquier caso, aunque puedan resolverse eventuales conflictos en lo relativo al principio de dependencia, lo que no se producirá es un debilitamiento de la misma²¹⁹. El Ministerio Fiscal es una institución pensada para obedecer. Tal como dice FLORES PRADA²²⁰, es en realidad “una estructura orgánica pensada para cumplir instrucciones por más que el moderno Estado de Derecho haya dotado al Ministerio Fiscal de un ámbito de autonomía funcional para depurar dichas instrucciones y filtrarlas a la luz de la legalidad e imparcialidad”.

El principio de dependencia, es uno de los principios clásicos que informan el funcionamiento y organización del Ministerio Público. Pese a ello, es el que refleja una mayor permeabilidad a los cambios experimentados por el poder político del Estado. Así acontece que la conversión a un modelo de Estado Social y Democrático de

²¹⁵ Manuel Miranda Atrampes y Sergi Guasch Fernández, “ Consideraciones en torno...” Op.Cit. Pag. 374.

²¹⁶ Este precepto fue incorporado a la ley tras una enmienda aceptada en el Congreso de los Diputados (enmienda nº90) introduciéndose el sistema introducido en el Código de Procedimiento Penal Francés de 1958. En él se reproduce el adagio “ la pluma es sierva pero la palabra es libre”.

²¹⁷ Fernando Sainz Moreno, “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.171

²¹⁸ . Manuel Marchena Gómez; “ El Ministerio Fiscal...”Op.Cit. Pag.164.

²¹⁹ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. “ El Ministerio fiscal en la Constitución...”Op.cit.594.

²²⁰ Ignacio Flores Prada. “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pag.698.

Derecho, imprime nuevas exigencias a la Institución, tanto en su funcionamiento como en la nueva ubicación jurídico-política frente a otros poderes, especialmente el Ejecutivo²²¹.

En este punto señalar, que no es posición pacífica en la doctrina hablar de dependencia externa de la Institución respecto del Gobierno cuando se alude a la propuesta de nombramiento del F.G.E y de los altos cargos de la Carrera Fiscal. En esta línea de debate apuntada, sostienen entre otros FLORES PRADA, que dicha dependencia es mera especulación, concretamente cuando se afirma que la propuesta de nombramiento gubernamental de aquellos, responde “a una suerte de mandato representativo”²²².

En el otro extremo está aquel otro sector de la doctrina que considera dicha dependencia como real y que deriva del mecanismo instituido para la elección y nombramiento del F.G.E. Para LANZAROTE MARTÍNEZ²²³, la nueva redacción del art.29 del EOMF referido a dicho nombramiento así como el art.31, donde se establecen las causas de cese en el cargo, no han roto la vinculación de la Institución con el Poder Ejecutivo. DIEZ PICAZO²²⁴ habla de dependencia indirecta entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno, siendo “...el F.G.E. un filtro entre el Poder Ejecutivo y el conjunto de los fiscales...”.

Para LÓPEZ AGUILAR²²⁵ “debe quedar fuera de discusión guste o no, el designio constitucional de reafirmar la vinculación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal “...porque si la Constitución ha singularizado esa relación... ello se debe a que el Fiscal asume funciones de relación entre órganos (y/o poderes) del Estado”. Es claro y evidente, que estamos ante un principio que al contrario que el principio de unidad, es causa de discusión en la doctrina, y que tal como dice MARCHENA GÓMEZ, habría

²²¹ *Ibíd.* Pag.702.

²²² *Ibíd.* Pag. 703. Esta postura es igualmente seguida por Manuel Miranda Strampes y Sergi Guasch Fernández quienes consideran que la dependencia jerárquica se agota en la propia esfera organizativa del Ministerio Fiscal por lo que en virtud del art. 55 del EOMF ningún miembro del M.F. puede recibir órdenes o indicaciones relativas al modo de cumplir sus funciones, sólo de sus superiores jerárquicos. En base a este último precepto, la dependencia jerárquica respecto del Gobierno no existe aunque pueden establecerse siempre mecanismos de relación y en esta línea argumental justifican el contenido de los arts.8 y 9 del EOMF. Granados Calero sigue esta posición, “El Ministerio Fiscal...” *Op.Cit.* Pag 342 “...su dependencia no deriva ...de la premisa de que el Fiscal General del Estado sea nombrado a propuesta del Gobierno...”

²²³ Pablo Lanzarote Martínez. “La Autonomía del Ministerio Fiscal...” *Op.Cit.* Pag.282-283. En su opinión, el actual estatuto vigente de 1981 han tratado de disimular, sin conseguirlo una dependencia histórica de esta Institución, con la sola intención de acallar las numerosas críticas que la doctrina había estado formulando a la organización jerarquizada del Ministerio Fiscal.

²²⁴ Luis Díez Picazo, “El Poder de acusar...” *Op.Cit.* Pag.177.

²²⁵ Juan F. López Aguilar. “La Justicia y sus problemas...” *Op.Cit.* Pag.205.

que restar generalidad a la discusión en torno a la conveniencia o rechazo de este principio puesto que tradicionalmente se ha identificado la dependencia jerárquica con vinculación gubernamental a modo de argumento para sostener la “gubernamentalización del Ministerio Público”²²⁶.

No obstante, y considerando el art. 67 del Estatuto Fiscal donde se establece la competencia para conocer del recurso de alzada al Ministro de Justicia contra las resoluciones del F.G.E. serviría para sostener la tesis contraria, es decir la vinculación gubernamental de la Institución al menos en aspectos administrativos, aunque no se puede pasar por alto las garantías estatutarias como las mencionadas en el art. 27, o incluso el art. 24, cuando se entabla un conflicto colectivo entre la junta de fiscales y el fiscal jefe, que ponen de manifiesto la independencia funcional de la Institución y de sus miembros, sin desdeñar la establecida en el art. 8 del Estatuto, en virtud del cual el Fiscal General del Estado tendría facultades para desestimar las peticiones del Gobierno²²⁷.

Sin embargo la realidad es que como dice ALAMILLO CANILLAS, “como casi todas las teorías pueden tener su quiebra en la práctica”. Y es que la dependencia a título personal del Fiscal General del Estado respecto del Gobierno es un hecho incontestable²²⁸.

Por todo ello, quizás en lo que habría que incidir es en la defensa de la independencia e inamovilidad de sus miembros porque de lo que se trata es de rodear de garantías el ejercicio cotidiano de la función fiscal, deseo éste último que no sólo se ha mantenido a nivel teórico o doctrinal sino que incluso se ha plasmado en textos legales²²⁹ y en ocasiones ha sido objeto de debate parlamentario plasmándose en enmiendas como la

²²⁶ Manuel Marchena Gómez ; “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.166.

²²⁷ Miguel Colmenero Menendez de Luarda, “ El Principio de dependencia Jerárquica...” , Op.Cit.Pag.590 592.

²²⁸ Fernando Alamillo Canillas ; “ El Ministerio Fiscal...” . Op.Cit. Pag.19. No hay que olvidar que la competencia exclusiva para resolver en materia de ascensos, destinos, jubilaciones, e ingreso en la carrera fiscal la tiene el Ministerio de Justicia a diferencia de los que sucede con la carrera judicial, en la que es el Consejo General del Poder Judicial el órgano competente para conocer de esas cuestiones.

²²⁹ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...” , Op. Cit.Pag.165.;...En la discusión o debate sobre el status personal de los fiscales, en el logro de determinadas garantías en el ejercicio de sus funciones cabe mencionar el precepto 105-2 del Reglamento Provisional de 1835 que aludía a la responsabilidad individual de los propios fiscales o bien el art. 104 de la Constitución de la II República (1931) en el que se mencionaba que el M.F. constituiría un solo cuerpo y gozaba de las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia.

presentada por el grupo parlamentario minoría catalana²³⁰ durante la tramitación del Estatuto Orgánico de del Ministerio Fiscal de 1981, concretamente en lo referido al status individual de los Fiscales y que fueron desoídas finalmente.

²³⁰Ibidem. Pag 166. El contenido de la citada enmienda, en términos de alternativa a otras redacciones del art. 36 del proyecto del Estatuto que regulaba dicho status individual de los fiscales constituía un avance significativo dado que establecía que “...Ningún miembro del Ministerio Fiscal podrá ser separado, suspendido, trasladado ni jubilado sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en esta Ley Dicha enmienda afirmaba entre otras cosas que el citado art. 36 “ ..constituía un...peligro para la seguridad jurídica de los ...Fiscales y además un ..entorpecimiento a la imparcialidad y legalidad de su actuación. Inquieta pensar el uso que puede hacerse de conceptos tan ambiguos como disidencias, enfrentamientos, o alteraciones públicas...Y resulta necesario recordar que el Fiscal que mejor desempeña su función no es el que hace de la docilidad y el silencio conformista su primera pauta de conducta.”

CAPÍTULO 3º. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; Régimen de Prohibiciones e Incompatibilidades

A. Régimen de Prohibiciones.

Es claro y evidente, que el contenido del art.127 de la Constitución, responde a esa idea argumentada por el profesor OJEDA AVILÉS²³¹ de que el colectivo de Jueces, Magistrados y Fiscales están dotados de “Autóritas en el ejercicio de sus funciones, muy diferente a la cumplida por los restantes cuerpos de funcionarios(...). No solamente detentan soberanía especial los Jueces, Magistrados y Fiscales sino también una fuerte independencia (...), una posición autónoma en el ejercicio de sus funciones. Órganos con (...) poder coactivo e institucional (...). Los Jueces, Magistrados y Fiscales deben mantener una imparcialidad alejada de posiciones que puedan alterar (...) el equilibrio constitucional de poderes”²³². Y Precisamente para evitar conductas que puedan ser sospechosas de parcialidad es por lo que la ley, establece una serie de medidas constitutivas de un régimen de prohibiciones²³³.

La primera y más genéricas de las prohibiciones la podemos encontrar en la Constitución, en su art. 127.1 que prohíbe a Jueces y Magistrados, así como a los Fiscales, mientras se hallen en activo, desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos, haciendo una reserva legal en lo que a las modalidades y sistemas de asociación profesional se refiere, tanto para Jueces, Magistrados y Fiscales. En segundo lugar y de forma correlativa a dicha disposición constitucional, el art. art. 59 del EOMF establece: *No podrán los miembros del Ministerio Fiscal pertenecer a partidos políticos, sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos, ni tampoco podrán dirigir a los poderes y funcionarios públicos o a corporaciones oficiales, felicitaciones o censura por sus actos ni concurrir con carácter o atributos oficiales a cualesquiera actos o reuniones públicas en que ello no proceda en el ejercicio de sus funciones. Así mismo, tampoco podrán participar en las elecciones legislativas, autonómicas o locales salvo para emitir su voto particular”*.

²³¹ Antonio Ojeda Avilés. “Límites al derecho de huelga de Jueces, Magistrados y Fiscales”, Revista de Jueces para la Democracia, nº 16-17, Pag. Pag.136.

²³² *Ibídem*

²³³ Fernando Alamillo Canillas: “ El Ministerio Fiscal”. Op.Cit. Pag.37Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal ...”, Op.Cit.Pag.130.

En lo concerniente a la asistencia de los funcionarios fiscales a actos o reuniones públicas, la Ley Orgánica del Poder Judicial²³⁴ en su art.395.1 especifica y establece una excepción al decir; “...reuniones públicas que no tengan carácter judicial, excepto aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubiesen sido convocados o autorizados para ello por el Consejo General del Poder Judicial”. Dado el carácter supletorio de esta Ley, este precepto es perfectamente aplicable a los funcionarios fiscales²³⁵.

El art. 17 del Reglamento Fiscal de 1969, en su último párrafo, se manifiesta en los mismos términos de prohibir la asistencia a actos no oficiales ostentando en los mismos atributos o insignias propias del cargo fiscal.

En términos generales, este Reglamento contiene el núcleo esencial de las prohibiciones que aparecen en el Estatuto Fiscal, pero es más explícito detallando actividades que resultan comprometedoras para los fiscales, por lo que las prohíbe. Así por ejemplo se mencionan“...No podrán los funcionarios fiscales;...mezclarse en reuniones o manifestaciones y otros actos de naturaleza política,...participar en discusiones, publicaciones o polémicas públicas”. El espíritu que se deja entrever es que el Fiscal no manifieste su ideología ²³⁶al menos públicamente y es justamente la idea que se mantiene en el Estatuto Fiscal de 1981 y su última reforma en el año 2007.

La idea que subyace es la de sancionar conductas de los fiscales que puedan poner en peligro su imparcialidad²³⁷, bien por participar en actos de naturaleza política, o como bien dice el Estatuto, de dirigir felicitaciones o censuras a poderes, autoridades o funcionarios.

En tercer lugar, el art. 59 del Estatuto Fiscal, tras la reforma operada por la Ley 24/2007 de 9 de octubre introduce en su articulado una prohibición que ya recogía el art. 17.2 del Reglamento Fiscal así como el art. 395.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha prohibición se concreta, según el último párrafo del citado artículo: “...*tampoco*

²³⁴ De acuerdo con la Disposición Adicional Primera del Estatuto del Ministerio Fiscal, en lo concerniente a incompatibilidades, prohibiciones, y responsabilidades de los mismos, será de aplicación supletoria lo dispuesto para Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²³⁵ Fernando Alamillo Canillas; .Op.Cit. Pag. 37

²³⁶ Ibídem. Pag.38.

²³⁷ Tomás Bastarache Bengoa: Constitución y Ministerio Público; Holanda, Italia, España. Editorial; Centro de Estudios Jurídicos.2011. Pag 512. Recuérdese la renuncia al cargo del Fiscal Superior de Cataluña, Martín Rodríguez Sol, al verse involucrado en unas polémicas declaraciones sobre el proyecto secesionista en Cataluña, en marzo de 2013, y en el que llegó a manifestar: “...en esta carrera y en esta situación, la confianza es un elemento esencial”. El País, 6 de marzo 2013.

podrán tomar parte en las elecciones legislativas, autonómicas o locales más que para emitir su voto personal”.

No obstante, el art. 17.2 del Reglamento Fiscal así como el art.395.2 de la L.O.P.J completan dicho enunciado en los términos del deber de solicitar la excedencia en el cargo, para aquellos funcionarios fiscales que deseen ser candidatos en dichas elecciones²³⁸.

En cuarto lugar, otra de las prohibiciones regulada a modo de derecho de los funcionarios fiscales aparece recogida en el art. 55 del Estatuto Fiscal ²³⁹ y que es fiel reflejo de la contenida en el art. 17.4 del Reglamento (artículo que regula las prohibiciones); es la relativa a que ningún miembro del Ministerio Público podrá recibir órdenes o indicaciones relativas al modo de realizar sus funciones más que de sus superiores jerárquicos, prohibición que se justifica, dado el principio de dependencia jerárquica que impide la obediencia más allá de los fiscales jefes de cada órgano, superiores jerárquicos y en todo caso del Fiscal General del Estado.

Respecto del Fiscal General del Estado, el art. 8 del Estatuto, establece la vía preceptiva aunque no vinculante de consulta a la Junta de Fiscales de Sala, acerca de la viabilidad o no de las actuaciones interesadas por el Gobierno que dada la literalidad del mismo, es en si mismo una garantía de desvinculación de las solicitudes gubernamentales ²⁴⁰ y por tanto, pone de manifiesto la independencia del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno²⁴¹, al menos “en línea de principios”, como argumentaría MARCHENA GÓMEZ ²⁴².

Como complemento a todas estas prohibiciones que tienen como objetivo primordial asegurar la imparcialidad de los fiscales en el ejercicio de sus funciones, encontramos el deber de abstención, en virtud del cual deberán apartarse de aquellos procesos en que debieran intervenir, cuando concurrieran en ellos algunas de las causas de abstención establecidas para Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 28 del EOMF). En opinión de CONDE -PUMPIDO²⁴³, el deber de abstención de los fiscales, cuando se vean incursos en alguna de las citadas causas no es sino uno

²³⁸ Fernando Alamillo Canillas. Op. Cit. Pag.38

²³⁹Ibid.

²⁴⁰ Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. “Principio de Dependencia Jerárquica...”. Op.Cit. Pag.590.

²⁴¹ Manuel Marchena Gómez; “El Ministerio fiscal...”. Op.Cit. Pag.168.

²⁴² Ibídem. 167.

²⁴³ Cándido Conde Pumpido; “El Ministerio Fiscal...”. Op.Cit.Pag.131.

manifestación más del paralelismo de los principios aplicables a ambas carreras, como son la sumisión a la ley y la imparcialidad.

De acuerdo con el art. 28 del Estatuto, los miembros del Ministerio Fiscal no pueden ser recusados debiendo abstenerse cuando en aquellos pleitos o causas, se vean afectados por algunas de las causas de abstención establecidas para Jueces y Magistrados, según lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto les sea de aplicación. Establece además el citado precepto, que las partes intervinientes en los pleitos o causas podrán acudir al superior jerárquico del Fiscal de que se trate, interesando que se ordene, en los referidos supuestos, su no intervención en el proceso.

Cuando se trate del Fiscal General del Estado, será la Junta de Fiscales de Sala quien resuelva, estando presidida en estos casos por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo. Hay que hacer constar como la no abstención en estos supuestos puede dar lugar a la apertura de expediente disciplinario con la imposición de sanción, que dependerá de la calificación de la falta como grave (art.63.11) o leve (64.6), dependiendo de la intencionalidad, de la trascendencia para la Administración de Justicia, y de lo que pudiera afectar a la dignidad de la función fiscal²⁴⁴.

Pese a que los principios que inspiran la actuación procesal de jueces y fiscales son los mismos, sometimiento a la ley y principio de imparcialidad, que además sirven de fundamento al deber de abstención de aquellos, las consecuencias derivadas de su no observancia, son distintas para uno y otros; los jueces pueden ser recusados, mientras que los fiscales no, dado el carácter con que se ejerce la función fiscal; Los fiscales no ejercen una función propia, sino que actúan en representación de la Institución de acuerdo con el art. 23 del EOMF²⁴⁵.

B. Régimen de Incompatibilidades.

Como principio general se reconoce que son compatibles las actividades a las que se refiere el art. 19 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Todas las demás actividades

²⁴⁴ *Ibidem*. Pag.132.

²⁴⁵ Fernando Sainz Moreno. El Ministerio Fiscal y la Defensa de la Legalidad. Revista de Administración Pública. Nº 108.Pag.167.

exigen la correspondiente autorización o el reconocimiento de compatibilidad siendo competente para otorgarla, cuando se trate de una actividad pública o privada retribuida, el Ministerio de Justicia. A sensu contrario, si tal actividad no conlleva retribución, la autorización habrá de concederla los órganos del Ministerio Fiscal. La Fiscalía General del Estado, concretamente la Inspección Fiscal deberá estudiar la solicitud de compatibilidad enviada por el interesado y que de resultar informe positivo al respecto, se elevará al F.G.E. quien la autorizará. Si por el contrario el informe de la Inspección es negativo, se comunicara mediante resolución motivada al interesado quien podrá dirigirse al Consejo Fiscal de acuerdo con el artículo 14.4.e del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²⁴⁶.

La norma específica del Ministerio Fiscal, es decir su Estatuto Orgánico, contempla el régimen de las incompatibilidades en los artículos 57 y 58 del Capítulo VI del Título III del citado Estatuto.

En realidad, las causas que se contemplan en ambos artículos responden a la necesidad de que el cargo fiscal se ejerza sin influencias que puedan afectar al ejercicio imparcial de sus funciones, siendo su “ratio legis”²⁴⁷ la necesidad de asegurar la independencia del entorno o de determinados intereses así como asegurar dicha imparcialidad de la que la independencia es condición indispensable.

Las incompatibilidades absolutas²⁴⁸ aparecen en el art. 57 y suponen que un fiscal no podrá simultanear sus funciones con las actividades reseñadas en el citado artículo:

“El ejercicio de los cargos fiscales es incompatible:

- 1. Con el de juez o magistrado y con los empleos de todas calces en los tribunales y juzgados en cualquier orden jurisdiccional.*
- 2. Con el de cualquier otra jurisdicción, así como la participación en actividades u órganos de arbitraje*
- 3. Con cualquier cargo de elección popular o designación política del Estado, comunidades autónomas, provincias y demás entidades locales y organismos*

²⁴⁶ Informe del Consejo Fiscal sobre el Reglamento de la Carrera Fiscal de fecha 11 de octubre de 2011 redactado en desarrollo de lo previsto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre. Pagg. 48-49. Puede observarse una regulación detallada en el art. 114 del texto propuesto por el Consejo Fiscal, en lo que a la competencia para conceder la autorización se refiere.

²⁴⁷ Cándido Conde Pumpido; “El Ministerio...”Op. Cit. Pag.129.

²⁴⁸ Fernando Alamillo Canillas; “El Ministerio...”Op.Cit. Pag.38.

dependientes de cualquiera de ellos. (en este apartado incluir los cargos de Eurodiputados y cualquier otro dentro de las Instituciones Comunitarias)

4. Con los empleos o cargos dotados o retribuidos por la Administración del Estado, las Cortes Generales, la Casa Real, comunidades autónomas, provincias, municipios y cualesquiera entidades, organismos o empresas dependientes de unos u otras.

5. Con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, debidamente notificada a su superior jerárquico y las publicaciones derivadas de aquella, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas²⁴⁹.

6. Con el ejercicio de la abogacía, excepto cuando tenga por objeto asuntos personales del funcionario, de su cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, de los hijos sujetos a patria potestad o de las personas sometidas a su tutela, con el ejercicio de la procuraduría, así como todo tipo de asesoramiento jurídico sea o no retribuido.

La incompatibilidad con el ejercicio de la abogacía se extenderá en todo caso a la llevanza, directamente o mediante persona interpuesta, de aquellos asuntos en los que el Fiscal hubiese intervenido como tal, aun cuando haya pasado con posterioridad a la situación de excedencia. A este supuesto le será aplicable el régimen de responsabilidad disciplinaria previsto en el Estatuto General de la Abogacía para quienes ejerzan la profesión de abogado estando incursos en causa de incompatibilidad.

7. Con el ejercicio directo o mediante persona interpuesta de toda actividad mercantil. Se exceptúa la transformación y venta de productos obtenidos de los bienes propios, operaciones que podrán realizarse pero sin tener establecimiento abierto al público.

8. Con las funciones de director, gerente, administrador, consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas de cualquier género”.

²⁴⁹ *Ibidem*. Pag.39. No obstante de acuerdo con el art.418.14 de la LOPJ, califica de falta grave la falta de autorización cuando esté prevista la misma.

El artículo 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial enumera los casos de incompatibilidades para Jueces y Magistrados que coinciden íntegramente con los supuestos recogidos en el artículo 57 del Estatuto Fiscal.

Las incompatibilidades relativas solo determinan la imposibilidad de ejercer el cargo fiscal en determinadas fiscalías, estando reguladas en el art. 58 del Estatuto Fiscal.

El citado art. 58 establece: “*Los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ejercer sus cargos:*

Uno: *En las Fiscalías que comprendan dentro de su circunscripción....en la que ejerza su cónyuge una actividad industrial o mercantil que obstaculice el imparcial desempeño de su función a juicio del Consejo Fiscal. Se exceptúan poblaciones de más de cien mil habitantes.*

Dos: *En la misma Fiscalía o sección en que ejerzan sus parientes dentro del segundo grado...o su cónyuge, o persona ligada de (...), cargos de la carrera fiscal siempre que exista dependencia jerárquica entre ambos. (...)*

Tres: *Cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial establezca incompatibilidades... (entre ambas carreras)²⁵⁰.*

Cuatro: *Como Fiscales Jefes en la Fiscalías donde ejerzan habitualmente como Abogado o procurador su cónyuge o persona (...), o un pariente dentro del segundo grado(...),salvo que se trate de circunscripciones territoriales de más de quinientos mil habitantes, y sin perjuicio del deber de abstención cuando proceda.*

Cinco: *En una Fiscalía en cuyo territorio hayan ejercido como Abogado o Procurador en los dos años anteriores a su nombramiento.”*

Por tanto, pese a la literalidad del citado artículo en el que se dice; “ *Los miembros del M.F. no podrán...*” aunque pudiera considerarse como una prohibición, de acuerdo con los términos del mismo y el sentir de algún sector de la doctrina científica²⁵¹, sin

²⁵⁰ La LOPJ, establece incompatibilidad entre los miembros de ambas carreras que mantengan una relación de vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente o relación de parentesco dentro del 2º grado de consanguinidad o afinidad. Así el art. 392.2.a) especifica la incompatibilidad con el Presidente y Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y los de las Audiencias Provinciales, respecto de los miembros del Ministerio Fiscal de la correspondiente Fiscalía (...). El art.392.2.b) establece la incompatibilidad con el Presidente y Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal respecto del Fiscal Jefe y Teniente Fiscal de la Audiencia Provincial. El art. 392.2.c) establece la incompatibilidad con los Jueces de instrucción y Jueces unipersonales de lo Penal, respecto de los Fiscales destinados en su jurisdicción (...)

²⁵¹ Cándido Conde Pumpido; “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.130.

embargo a lo que da lugar es a una incompatibilidad entre el Fiscal y el cónyuge o familiar que realiza una actividad mercantil o es abogado, por citar un ejemplo, y que sería uno de los problemas más comunes que se plantea en la carrera fiscal y que el Informe del Consejo Fiscal al Proyecto de Reglamento Fiscal del año 2011,²⁵² soluciona con el traslado forzoso del funcionario.

En el citado Informe, de acuerdo con su art.127 apartado 2º, dicho traslado forzoso será a plaza(o cargo) que no implique cambio de residencia, siempre que no persista la causa de incompatibilidad o de prohibición. De subsistir la misma, quedará adscrito a la Fiscalía o Sección Territorial más cercana a su anterior lugar de residencia hasta tanto pueda obtener plaza de su preferencia por el sistema de provisión.

En su apartado 1º, el citado artículo establece la competencia para proponer el traslado forzoso del Fiscal que incurre en alguna causa de incompatibilidad sobrevenida, al F.G.E quien propondrá al Gobierno dicho traslado, salvo el caso de que la incompatibilidad lo sea con miembros de la Carrera Judicial de menor antigüedad en el cargo, en cuyo supuesto podrá proponer al Consejo General del Poder Judicial el traslado forzoso de éste²⁵³.

En torno a estas últimas consideraciones, el Reglamento Fiscal del 1969, por el tratamiento dado a las incompatibilidades establecidas en el artículo 15 del Reglamento en el que se aprecia no solo similitud con algunos de los supuestos contemplados en el art. 58 del Estatuto Orgánico sino además y fundamentalmente, porque se trata de actividades que generan incompatibilidad al ser ejercidas por el cónyuge o familiar del funcionario, y que se sanciona con el traslado forzoso del mismo²⁵⁴según se desprende del artículo 56.2.c.del Reglamento²⁵⁵, se podría concluir que se trata de supuestos de incompatibilidad sobrevenida. Por tanto la solución de traslado forzoso recogido en el

²⁵² Informe del Consejo Fiscal al Proyecto de Reglamento de la Carrera Fiscal de 14 de Octubre de 2011. Pagg 49-50.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ El art. 56.2.c del Reglamento Fiscal de 1969, impone el traslado forzoso a través de expediente que seguirá los trámites establecidos para los de carácter disciplinario, cuando se compruebe alguna de las causas de incompatibilidad del art.15. Dicho expediente será informado por el Consejo Fiscal y se remitirá al Ministerio de Justicia para la resolución que proceda.

²⁵⁵ **Art. 56.2 Reglamento fiscal de 1969 establece que deberá ser trasladado el funcionario cuyo nombramiento será posterior y si ambos hubieran sido nombrados en la misma fecha, el más moderno en el escalafón. El citado artículo fue aplicado por el Consejo Fiscal en acuerdos del plenode 27 de septiembre de 1985 y 24 de enero de 1986, en un supuesto de incompatibilidad entre una Fiscal y su esposo, Magistrado de la misma Audiencia. Fernando Alamillo Canillas, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.173**

Informe del Consejo fiscal, a los supuestos de incompatibilidad sobrevenida mantiene los términos de la regulación que establece el Reglamento Fiscal de 1969.

También coincide con la regulación que establece el art. 39.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 y además es coincidente con la regulación mantenida para Jueces y Magistrados por la Ley Orgánica del Poder Judicial. No hay que olvidar que esta última, completa las evidentes lagunas del Reglamento Fiscal de 1969 aún vigente en tanto no ha sido derogado de forma expresa, y por tanto ayuda también a su reinterpretación²⁵⁶.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 6 de julio de 1985, impone la sanción de traslado forzoso a los supuestos de incompatibilidad de Jueces y Magistrados previstos en los artículos 391, 392, 393 de la Ley, cuando el funcionario incurra en causa de incompatibilidad por causa de nombramiento o por circunstancias sobrevenidas, destacando en todos los supuestos recogidos en los artículos anteriores, la existencia de relaciones familiares, de parentesco o conyugal con el Juez o Magistrado. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394 de la citada Ley, se impondrá la sanción de traslado forzoso en virtud expediente disciplinario²⁵⁷, del que derivará dicha sanción, por la comisión en este caso, de una falta muy grave de acuerdo con el art. 417.6 de la L.O.P.J.

Conforme al artículo 39.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, los fiscales pueden ser trasladados; *“Por incurrir en las incompatibilidades relativas establecidas en esta Ley”*.

Asimismo, el art. 40 del Estatuto, dispone; *“También podrán ser trasladados: Uno. Por disidencias graves con el Fiscal Jefe respectivo por causas a aquellos imputables. Dos. Cuando así mismo por causas imputables a ellos (fiscales) tuvieran enfrentamientos graves con el Tribunal. El traslado forzoso se dispondrá por el órgano que hubiese acordado su nombramiento en expediente contradictorio, previo informe favorable del Consejo Fiscal.”*

Fuera de estos casos, reconoce el Estatuto sólo dos supuestos en que el Fiscal puede ser apartado forzosamente del cargo concreto que ejerce: el de los Fiscales Jefes de órganos del Ministerio Fiscal que pueden ser removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal

²⁵⁶. Alberto Manuel López López. “Fiscales y Régimen Disciplinario”. Revista del Ministerio fiscal, nº 3. 1996. Pag. 288.

²⁵⁷ Eladio Escusol Barra. Estudio sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ed. Colex. Madrid. 1989. Pagg. 207-208

General del Estado que deberá oír previamente al Consejo Fiscal (art. 41.5 EOMF) y el supuesto de los Fiscales de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado que de acuerdo con el art. 36.3 EOMF serán designados y relevados directamente por el Fiscal General del Estado²⁵⁸.

Sin embargo esta remoción no implica necesariamente traslado en el sentido de cambio de residencia ni de órgano, puesto que para evitar a los removidos perjuicios innecesarios, el RD. 1544/1988, de 23 de diciembre, en su Disposición Adicional Segunda estableció que los Fiscales Jefes así removidos quedarán adscritos, a su elección, a la Fiscalía en cuya Jefatura cesan o a la que pertenecían al ser nombrados para ella, y podrán optar entre pedir el traslado a plaza de su categoría que esté o quede vacante en otros órganos, u ocupar plaza de su categoría que exista o se produzca en el órgano a que estén adscritos, teniendo estos destinos carácter forzoso a efectos de participar en posteriores concursos de traslado. Para los Fiscales destinados en la Secretaría Técnica se da igual solución aunque la adscripción inicial será a su elección a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid o a la de su anterior destino²⁵⁹.

Por tanto y a tenor de lo dispuesto en los artículos 39 y 40 del Estatuto, puede concluirse que estamos ante una regulación tasada de las causas que dan lugar al traslado forzoso del funcionario así como de un procedimiento con sus debidas garantías, sin que pueda apreciarse discrecionalidad en sus causas y en su ejecución²⁶⁰. Aunque también habría que añadir a esta última afirmación, que cuando el Estatuto Fiscal en su artículo 68 establece para la imposición de sanciones (a excepción de la sanción de advertencia) la apertura de expediente contradictorio, en el que deberá darse audiencia al interesado, salvo estas referencias a la audiencia y al carácter contradictorio del expediente, nada se dice de cómo haya de ser el citado expediente²⁶¹.

²⁵⁸ Fernando Alamillo Canillas, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.173.

²⁵⁹ *Ibidem*. Pag 174.

²⁶⁰ Tomás Bastarreche Bengoa; “Constitución y Ministerio Público: Holanda...” Op.Cit.Pag.512.

²⁶¹ Informe del Consejo Fiscal al Proyecto de Reglamento Fiscal. Op.Cit. Pag.54.

CAPÍTULO 4º. Breve Referencia a la posición del Ministerio Público en el marco del Derecho Comparado.

Introducción.

El Ministerio Público, expresión que en la mayor parte de los países con tradición jurídica afín a la nuestra (Italia, Francia, Holanda...), se emplea para designar al Ministerio Fiscal. Esta institución ha sido y continúa siendo objeto de muchas controversias y debates donde subyace la idea de cuál ha de ser su configuración en un moderno Estado de Derecho, porque en muchos de los debates actuales, todavía subyace la imagen clásica de una Institución, actualmente en crisis. Esa imagen clásica del Ministerio Público, se gestó durante todo el S. XIX y buena parte del S. XX, en plena construcción del Estado Liberal en Europa, con una marcada influencia francesa y dentro de un contexto jurídico y político muy distinto del actual, con criterios y necesidades, que difieren del modelo actual de Estado Democrático y de Derecho que impera en los países de nuestro entorno cultural y geográfico²⁶².

Con la Revolución Francesa y las reformas legislativas posteriores que se sucedieron según los nuevos dictados revolucionarios (Montesquieu, Voltaire, Beccaria,..) se transforman los esquemas relativos al modo de hacer justicia y como aplicarla, produciéndose un giro profundo que transforma a una Europa medieval, afianzada en un orden jurídico, propio de sociedades primitivas, en un nuevo orden social y político con el que se inaugura el actual Estado Moderno-Contemporáneo. Y es aquí, donde comienza a fraguarse una Institución que se denomina propiamente Ministerio Público²⁶³ y que si bien tuvo sus antecedentes en las denominadas “gens du roi” (gentes del rey), los postulados de los ideólogos ilustrados, la convierten en una institución absolutamente imprescindible en un moderno Estado Democrático de Derecho²⁶⁴.

²⁶² Luis María Díez-Picazo; El Poder de Acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, Edit. Ariel, 2000, Pag.109-110.

²⁶³ *Ibidem*. Pag.117. Y. Jeanclous, La legislación pénale de la France du XVI au XX, cita la Ley de 1790(Título VIII). En esta obra, aparece por vez primera la expresión “Ministerio Público”, integrado por los denominados “comisarios del rey “ que eran agentes del Poder Ejecutivo ante los Tribunales, y sus funciones consistían en hacer observar las leyes en las sentencias que se pronunciaban además de hacerlas ejecutar, pero no eran propiamente “los acusadores públicos”. Este desdoblamiento de funciones y de órganos en materia de acusación, obedeció a la desconfianza revolucionaria hacia aquellos agentes que representaban al Poder Ejecutivo cuyo titular era el Rey.

²⁶⁴ *Ibidem*. Pag.113. La idea de Ministerio Público responde a la confluencia de tres factores que si bien tuvieron su aparición en épocas distintas, confluyen definitivamente dando origen a la institución con los

Y es precisamente en este contexto histórico, con la confluencia de acontecimientos y factores diversos, donde nace esa profunda “paradoja”²⁶⁵ que define a esta Institución; Ser representante o portavoz del Ejecutivo, guardián de la legalidad o “discreto vigilante” de las actuaciones judiciales y por otro lado, el Poder Judicial que teóricamente ha de ser independiente y en el que recaen las decisiones importantes dentro de la instrucción del procedimiento de naturaleza inquisitiva. Pero es precisamente una judicatura “burocratizada y en posición subalterna respecto del Poder Ejecutivo”²⁶⁶ además de una natural desconfianza hacia los jueces, lo que convierten al Ministerio Público en el vigilante de Jueces y Magistrados que se sitúan en un escalafón inferior respecto del Poder Ejecutivo, natural garante de la legalidad al estar investido por el Parlamento. Sin embargo, desde una perspectiva teórica y constitucionalista más exigente, este planteamiento choca frontalmente con las exigencias que imponían un proceso penal inspirado en el principio acusatorio, pero contradictoriamente a lo esperado, acabó implantándose un proceso penal de tipo acusatorio formal, más en la línea de un constitucionalismo moderado de tradición e inspiración francesa que llega incluso a España y a otros países de nuestro entorno cultural europeo.

caracteres que la definen en sentido estricto; Así, junto a la represión de la criminalidad como función pública, se une el principio acusatorio además de una concepción centralista del Estado, y más concretamente de la Administración de Justicia. Pero además la conexión del Ministerio Fiscal con el Poder ejecutivo deviene del hecho de que el ejercicio de la acción penal habrá de corresponder al Estado como condición para la gobernabilidad del mismo, por lo que el ejercicio de aquella se encomienda a la citada institución, convirtiéndola en la voz del gobierno ante los Tribunales. Pero además de convertirse en la institución que ejercería la acusación tras la abolición de la acción popular (compromiso entre los postulados liberales y la experiencia pre-revolucionaria) se transforma en una institución jerarquizada y unitaria cuyos agentes, tras la caída de Napoleón (época que conformó la culminación del Ministerio Fiscal) se les denominó comisarios del Rey, nombrados y cesados por el Gobierno.

²⁶⁵ Luis María Díez Picazo, “El poder de acusar...” Op.Cit. Pag.120.

²⁶⁶ *Ibidem*. Pagg.121-122.

A. Francia.

Hecho un primer esbozo de los orígenes del Ministerio Público como institución de clara procedencia francesa, al menos en su configuración moderna según MARCHENA GÓMEZ²⁶⁷ conviene precisar cuáles son sus caracteres actualmente en el país Galo.

La Fiscalía francesa lleva aproximadamente dos siglos integrada dentro del aparato judicial, por lo que en opinión de FLORES PRADA siguiendo la línea argumental sostenida por PRIETO CASTRO: “el Ministerio Fiscal continúa siendo en Francia el mismo de siempre”²⁶⁸, apareciendo como una institución indivisible, subordinada jerárquicamente y dependiente en el plano jurídico e institucional del Ministerio de Justicia. La magistratura francesa constituye un cuerpo único en la que se integran dos categorías de Magistrados; Los jueces (magistrats du siége) y los fiscales (magistrats du parquet), por lo que a diferencia de lo que sucede en España, la Fiscalía francesa se integra abiertamente y sin ambages en la estructura del Poder Judicial, y quizás por ello mantienen un Estatuto común, regulador de las obligaciones, incompatibilidades así como en materia de responsabilidades. Pero este hecho no aclara la naturaleza jurídica del Ministerio Público francés, tal como argumenta PAUNER CHULVI²⁶⁹ puesto que no se predica de él ni la independencia que caracteriza a los jueces, ni la inamovilidad, también característica de estos. Por el contrario, hubiera sido más acertado declarar abiertamente su carácter de órgano dependiente del Gobierno quedando más que justificada su dependencia y subordinación así como la movilidad de sus integrantes.

Esta autora pone como ejemplo los modelos instaurados en Italia en el que la Fiscalía conserva un status independiente o el caso de España que no establece su inclusión en el Poder judicial, aunque a este respecto podríamos sostener que no se integra de forma expresa en ninguno de los tres poderes del Estado, pero el nombramiento del Fiscal General del Estado a propuesta del Gobierno a tenor del art. 124.4 de la Constitución, pone en evidencia al menos, una “dependencia personal” del Poder Ejecutivo.

²⁶⁷ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”Op.Cit. Pag.26.

²⁶⁸ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal ...”Op.Cit.Pag.168.

²⁶⁹ Cristina PaunerChulvi, “ El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia; el proyecto de reforma sobre su dependencia jerárquica. Poder Judicial. N° 55. Pagg.224-225.

Sin embargo y dada las distintas funciones que aquellos tienen asignadas, cada cuerpo de funcionarios mantiene su propio Estatuto, en lo que a la gestión de la carrera se refiere²⁷⁰. En opinión de LÓPEZ AGUILAR, el Ministerio Público en Francia no recibe “...un tratamiento institutivo detallado” en la Constitución de 4 de octubre de 1958. Su regulación por el contrario se encuentra dispersa en una normativa de rango inferior al constitucional, siendo la Ley Orgánica del Estatuto de la Magistratura de 22 de diciembre de 1958, modificada por Ley Orgánica de 25 de febrero de 1992, la que se ocupa de regular la institución²⁷¹.

En torno a la organización y competencias del Ministerio Público según ejerza sus funciones en la jurisdicción judicial o en el orden administrativo, resulta de gran interés las distinciones de organización que describe GRANADOS CALERO²⁷² cuando los Fiscales franceses actúan en una jurisdicción u otra, destacando la estructura jerarquizada del denominado “parquet”, típico del orden judicial en el que aquellos actúan y que sólo se encuentran en los Tribunales de Gran Instancia, los de Apelación (equivalentes a las Audiencias Provinciales) y en el Tribunal de Casación.

A sensu contrario, cuando los Fiscales actúan en el orden administrativo no se integran en organización jerárquica alguna, siendo designados mediante Decreto de entre los miembros del Consejo de Estado (órgano supremo de esta jurisdicción), Corporación o de entre los Vocales de altos Organismos, actuando con carácter individual y temporal, lo que en la práctica se traduce en una gran independencia de actuación.

²⁷⁰ *Ibidem*. Pag.193.

²⁷¹ Juan Fernando López Aguilar, “La Justicia y sus problemas...”. *Op.Cit.* Pag.186. En este sentido Marchena Gómez destaca la previsión constitucional del art. 64.3 de la Constitución Francesa, relativa a una ley orgánica que regularía o establecería el estatuto de los magistrados por lo que Magistrados y Fiscales tienen el mismo referente normativo, con las especificidades propias del ámbito funcional de cada uno. Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes”, *Diario la Ley*, 1996. Pag.5.

²⁷² Francisco Granados, “El Ministerio Fiscal...”. *Op.Cit.* Pagg.312-313. A lo expuesto habría que añadir que los fiscales actúan también frente a otros Tribunales,(que no disponen de parquet) y que son designados por el Procurador General del distrito correspondiente. Además habría que decir que en lo que respecta a las atribuciones de los Fiscales, no se encuentran ni facultades de instrucción y menos aún pronunciarse sobre la inocencia o culpabilidad del inculcado aunque puede participar en la instrucción de la causa, haciendo las observaciones que estime oportunas pero no puede comprometer la libertad del acto del juicio y la independencia judicial. Aunque los jefes del Parquet disponen de gran autonomía, destaca tal como ya se ha comentado la organización jerarquizada del Ministerio Público Francés que depende directamente del Ministro de Justicia, quien imparte instrucciones o ejerce su autoridad sobre el Procurador General ante el Tribunal de Casación o ante los Procuradores Generales actuantes ante los Tribunales de Apelación. A esto añadir el compromiso de todos los fiscales de mantener informados a sus superiores, además todos ellos son designados por el Presidente de la República a propuesta del Ministro de Justicia quien puede acordar su remoción o traslado sin alegar causa que lo justifique. Además el Ministro de Justicia se reserva la facultad de imponer las falta graves y las menos graves a la Comisión de Disciplina ante el Tribunal de Casación.

A estos Fiscales cuando actúan en este orden jurisdiccional se les denomina Comisarios del Gobierno, y a quienes se les asigna en opinión de GRANADOS CALERO la misión de “...mantener en juicio lo que consideran sea una correcta aplicación del Ordenamiento Jurídico”²⁷³.

PAUNER CHULVI define a la fiscalía francesa de ambigua, desde el punto de vista de su integración en un mismo cuerpo integrado por Jueces y Fiscales, que se intercambian sus destinos y de forma pareja su independencia e inamovilidad²⁷⁴.

La ambivalencia según esta autora alcanza no solo a su condición de Magistrado o funcionario dependiendo de la elección realizada, sino además a su actividad o funciones cuando actúan como fiscales²⁷⁵.

Esta ambigüedad en la naturaleza del Ministerio Público francés, ha favorecido según esta autora, a la clase gobernante cuando de lo que se trata es de llevar a la práctica la “política gubernamental en materia penal “...resultando cómodo presentar a los fiscales como magistrados y utilizarlos a la sombra como funcionarios”²⁷⁶. Según FLORES PRADA el problema de la compatibilidad entre ser un órgano dependiente del Poder Ejecutivo y al mismo tiempo ser o instituirse en defensor de la legalidad, crea un

²⁷³ *Ibíd.* Pag. 313.

²⁷⁴ Cristina PaulnerChulvi, “ El Ministerio Fiscal y la Fiscalía ...”*Op.Cit.* Pag.193. Esta autora describe la situación que puede acontecer dentro de la magistratura francesa en la que Jueces y Fiscales se intercambian sus destinos con esa naturalidad, que no deja de “sorprender”. Los Jueces se caracterizan tradicionalmente por su independencia, intrínseca a la naturaleza de su función que es básicamente la de juzgar y por su inamovilidad que de acuerdo con el art. 64.4 de la Constitución Francesa los define como inamovibles mientras que los Fiscales, de acuerdo con el art. 5 de Estatuto de la Magistratura: “ Los Fiscales están situados bajo la dirección y control de su superior jerárquico y bajo la autoridad del Ministro de Justicia”, aunque tal como recuerda esta autora todos los fiscales conservan su libertad de palabra lo que significa que los miembros de la Fiscalía pueden expresar sus conclusiones aunque sean distintas a las instrucciones dadas desde la jerarquía(La Pluma es sierva pero la palabra es libre). Este principio es también tradicional en la Fiscalía Española, estando así recogido en el art. 25 del EOMF. Guarnieri, *Público Ministerio e Sistema Político*, Cedám, Padova, 1984. Este autor viene a señalar que su uso se permite sólo en aquellos supuestos en que no existe instrucciones específicas por parte del superior jerárquico. Autor citado por Ignacio Flores Prada. “ El Ministerio Fiscal...” *Op.Cit.* Pag.171. Ver nota.445.

²⁷⁵ Cristina PaunerChulvi, *Op.Cit.* Pag. 196. Esta autora pone de manifiesto la ambivalencia de la Fiscalía en tanto que pueden representar los intereses de la comunidad pero al mismo tiempo pueden recibir instrucciones del Ministro de Justicia, instrucciones que pueden ser generales o particulares. Al tiempo puede actuar como simple parte en el proceso ejerciendo los derechos de la acusación pero también se le reconocen facultades de naturaleza “jurisdiccional” en el ámbito penal (oportunidad de ejercer la acusación o no, elección de las vías procesales, vigila la ejecución de las penas...). Conde Pumpido Ferreiro; “ La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el nuevo Estatuto Orgánico”. Pag.850. Conde Pumpido destaca como nota característica del sistema francés la dependencia o la “subordinación de los magistrados del “parquet”, denominación que reciben los miembros de la Fiscalía en Francia, del “le garde des Sceaux” o Ministro de Justicia, de tal forma que el Ministerio Fiscal se convierte en “enclave” del Poder Ejecutivo dentro del Poder Judicial. Autor citado por Ignacio Flores Prada; “ El Ministerio Fiscal en España”. *Op.Cit.* Pag. 169.

²⁷⁶ *Ibíd.* Pag.197.

verdadero problema en Francia. Autores como RASSAT, autor citado por FLORES PRADA, se ha manifestado a favor de la necesaria separación de órganos, para la defensa por un lado, del interés del gobierno y por otro de los intereses públicos²⁷⁷.

Resulta muy interesante la aportación sobre la naturaleza del Ministerio Público que hace NICOD,²⁷⁸ quien señala que a pesar de que el nuevo Código Procesal Penal (arts. 1, 31, 34, 39 y 40) otorga a los fiscales la exclusividad en el ejercicio de la acción penal con sujeción a la ley, sin embargo, reconoce la facultad al Ministro de Justicia para impartir instrucciones al Fiscal General, ordenando incoar diligencias penales o presentar los informes que el Ministro juzgue oportunos. Además continúa diciendo este autor que "...aunque no tenga respaldo en la ley, los Ministros de Justicia en Francia, se han arrogado el derecho a dar instrucciones de no perseguir delitos"²⁷⁹.

PAUNER CHULVI²⁸⁰ expone que solo se puede aceptar esa naturaleza ambigua de Ministerio Público Francés en el cual los Fiscales permanecen integrados en el cuerpo de la Magistratura pero que al tiempo son funcionarios sometidos al Ministro de Justicia al que deben respetar su posición²⁸¹. Comparten con los magistrados un estatuto común, del que sólo los diferencian dos aspectos; su nombramiento y el régimen disciplinario.

FLORES PRADA²⁸² coincidiendo con MOLINARI, expone la problemática de las relaciones de subordinación²⁸³ de la Institución Fiscal en Francia con el Gobierno, subordinación que se manifiesta tanto interna como externamente. Así acontece, tal como se ha expuesto supra, que el Ministro de Justicia puede interferir en el ejercicio de la acción penal, ya sea solicitando información concreta respecto de un asunto o procedimiento en cuestión, como dirigir órdenes o instrucciones a la Fiscalía a los

²⁷⁷ Rassat. "Le ministère Public entre son passé et son avenir", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durant-Auzias, Paris, 1967. Pag.250. Autor citado por Ignacio Flores Prada; "El Ministerio Fiscal". Op.Cit. Pag. 169.

²⁷⁸ . Nicod, "El Ministerio Público en Francia", en Jueces para la Democracia, núm.18, 1/1993. Autor citado por Ignacio Flores Prada, "El Ministerio Fiscal...", Op.Cit. Pag.170.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ Cristina Pauner Chulvi, "El Ministerio Fiscal y la Fiscalía..." Op. Cit. Pag.199.

²⁸¹ Ignacio Flores Prada, "El Ministerio Fiscal..." Op.Cit. Pag.170. En torno al adagio francés "La pluma es sierva pero la palabra es libre" (que también lo recoge el EOMF en España, en su art. 25). Según Flores Prada, dado lo que supone de contradictorio este argumento en cuya virtud los fiscales franceses deberán atenerse en sus informes escritos a las instrucciones u órdenes recibidas, sin embargo en las vistas y audiencias podrán exponer lo que estimen según su convicción personal con lo que es posible que se produzcan contradicciones con los informes escritos y esto tal como puede observarse y según este autor lo que hace es "...oscurecer aún más el problema de fondo".

²⁸² Ignacio Flores Prada, "El Ministerio Fiscal..." Op.Cit.Pagg. 171-172.

²⁸³ Manuel Marchena Gómez, "El Ministerio Fiscal en Europa...", Op.Cit. Pag.5. Marchena Gómez habla de dependencia gubernamental de la Fiscalía Francesa respecto del Ejecutivo calificándola de histórica hasta el extremo de haber definido " uno de los modelos más influyentes en el ámbito Europeo."

efectos de su actuación. Pero además de este control funcional de la institución por el Ejecutivo, aquel alcanza a la introducción de criterios de política criminal en la valoración de la noticia delictiva que pueda tener el Fiscal, y por tanto en la ponderación de los criterios a los efectos de la iniciación del procedimiento penal respectivo.

En Francia, no solo impera el principio de legalidad a la hora de decidir investigar los hechos con apariencia de delito sino que juega un papel fundamental el principio de oportunidad sobre la decisión de iniciar o no el procedimiento.

No obstante, el sistema normativo en Francia ha experimentado reformas que incluso han alcanzado al plano constitucional, aunque como afirma MARCHENA GÓMEZ, en lo sustancial no garantiza la “pérdida de instrumentos al alcance del poder político para el ejercicio de influencia en la actividad jurisdiccional”. Así, por Ley Constitucional de 1993, se reforma la Constitución de 1958, que da un nuevo enfoque al Consejo Superior de la Magistratura, pero pese a todo, ha podido más la tradición histórica que el espíritu rupturista. En esa línea de reforma, destacar como en el terreno del proceso penal, en el año 1993, en virtud de dos disposiciones normativas se introduce un añadido al art. 36 del Código Procesal por el que las instrucciones del Ministro de Justicia se harán constar siempre por escrito y además aquellas (instrucciones) habrán de incorporarse por escrito a la causa²⁸⁴.

También se ha expuesto supra, respecto al modo de ejercicio de la acción penal, que no existe un genuino ejercicio de aquella por los particulares sino que impera el principio del monopolio público, además de ser tradicional en el derecho francés la idea de la discrecionalidad o oportunidad ya comentada, que otorga al Fiscal la decisión de archivar las actuaciones y no proceder a la persecución de un hecho aún con caracteres delictivos. Este principio quedó consagrado en el informe Truché, que se elaboró en Francia en el año 1997 por la Comisión de Reflexión sobre la Justicia, que luego fue denominada “Comisión Truche”²⁸⁵ creada con el fin de hacer un examen de la

²⁸⁴ *Ibíd.* Pagg.6-7. Las leyes mencionadas supra son la ley núm. 93-2 de 4 de enero de 1993 y la ley 93-1013, de 24 de agosto de 1993.

²⁸⁵ . Jose María Diez Picazzo, “ El Poder de acusar..”*Op.Cit.* Pag.136-137. En Francia, en la década de los noventa (1997), siendo presidente de la República Jacques Chirac se creó una Comisión de Reflexión sobre la Justicia, que pasó a denominarse “Comisión Truche” que toma el nombre del presidente de la Corte de Casación (Pierre Truche) que pasó a presidir la citada Comisión. Uno de sus objetivos pasaba por examinar varias cuestiones y elaborar un informe sobre algunos de los problemas relacionados con la Administración de Justicia y más concretamente con dos cuestiones muy cercanas a la opinión pública como eran las relaciones entre el mundo de la política y la justicia y la presunción de inocencia en aquellas causas de especial notoriedad que alcanzaban a los medios de comunicación. El telón de fondo del informe era la creciente judicialización de la política así como el creciente peso de la judicatura en la

Administración de Justicia en Francia, ocupando una parte importante de dicho informe la política criminal y el estatuto del Ministerio Público, precisamente por el peso que tiene la Fiscalía en este país. En Francia, el inicio de los procesos penales tienen una faceta política muy importante, por lo que el tema de la legitimidad democrática en la actuación de la Fiscalía queda solventada gracias a esa relación intensa entre el Ministerio de Justicia y Fiscalía.

La legalidad democrática en Francia deja un amplio margen de maniobra a los operadores jurídicos por lo que su concepto, va mucho más allá del simple cumplimiento de la legalidad. De este modo se consagra la idea de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, tal como constató la “Comisión Truche” en su informe, reafirmando su validez con la llamada “opportunité des poursuites”, aunque al mismo tiempo en dicho informe se hacen una serie de propuestas a fin de evitar una manipulación partidista en el ejercicio de la acción penal²⁸⁶.

En cualquier caso y en opinión de DIEZ PICAZZO, esta Comisión se creó ante lo que él denominó fascinación por el modelo italiano de la Fiscalía, concluyendo la propia Comisión en su informe, la incompatibilidad entre ambos modelos, dado que en Francia se defiende un modelo de Ministerio Público dentro de la esfera gubernamental, su estructura jerarquizada así como la amovilidad de los fiscales. Además, a esto habría que añadir las facultades de gestión sobre la política de la acción penal que impera en el modelo de Fiscalía francés y el rechazo a la separación de la carrera judicial y fiscal, que forma parte de la tradición jurídico - política francesa.²⁸⁷

No obstante hay un aspecto en dicho informe de gran relevancia como fue la necesidad de garantizar los derechos del inculcado antes de la apertura del juicio oral, dada las facultades instructoras más incisivas que posee el Ministerio Público en Francia y que pueden afectar o poner en peligro las garantías constitucionales del ciudadano, con lo que se abogaba por la creación de una figura o autoridad judicial distinta del Juez instructor y del Fiscal, en el que se residencien las decisiones en materia de derechos,

vida pública. En dicho informe se plantearon una serie de propuestas encaminadas a evitar la manipulación en el ejercicio de la acción penal, y en esta línea, una de sus propuestas sería la creación de un órgano “ad hoc” que se encargaría de estudiar aquellos recursos que pudieran interponerse ante las decisiones de la Fiscalía de no ejercer la acción penal, en la que siempre existe un elemento de oportunidad política, con lo que habría un cierto control público en lo relativo a la gestión de la política de la acción penal, al tener que presentarse ante el Parlamento por el propio Ministro de Justicia, un informe de los objetivos y gestión del órgano “ad hoc” o autoridad independiente tal como la definió la Comisión.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ Jose María Diez Picazzo, “ El Poder de Acusar, Op.Cit.Pagg.136-139.

por lo que en opinión de DIEZ PICAZZO, se insinúa “ la desaparición del Juez Instructor” abogando así por un entendimiento más riguroso del principio acusatorio y por tanto por la defensa de las garantías judiciales antes de la apertura del juicio oral²⁸⁸.

PAUNER CHULVI²⁸⁹ plantea como alternativa, a la situación de la Fiscalía en Francia la adopción de una serie de medidas que irían en primer lugar por ; .- La sustitución del principio de oportunidad, por el principio de legalidad en el proceso penal; .- No es partidaria de una total independencia del Ministerio Público francés, por lo que defiende el mantenimiento del status quo existente, porque es necesario que el Ministerio de Justicia siga conservando la facultad de dirigir instrucciones generales a los fiscales en aras del mantenimiento de una política penal coordinada y armónica en todo el territorio nacional, cuestión esta última necesaria por razones de política penal nacional;.- El calificativo de funcionarios, por parte de los integrantes de la Fiscalía, no sintoniza bien con su total independencia, por lo que precisamente por esa condición funcional, su actuación queda legitimada si se someten a las instrucciones del Gobierno o al imperio de la ley.

Pero junto a la defensa de los argumentos expuestos, también plantea el arbitrio de medidas que sirvan para “ la interdicción de las directrices individuales” del Ministro de Justicia en asuntos judiciales concretos;.- Propone igualmente una reforma del Consejo superior de la Magistratura, ya no solo en su composición, aunque no se opone a que siga ocupando la presidencia, el Presidente de la República pero sin derecho a voto; se excluiría así mismo al Ministro de Justicia de la vicepresidencia;.- En materia de nombramiento, los fiscales generales deberían ser nombrados a propuesta del Consejo Superior de la Magistratura;.- El resto de los fiscales pueden seguir siendo nombrados a propuesta del Ministro de Justicia pero con el informe vinculante del Consejo; .- En lo que al aspecto disciplinario se refiere, sería competente el Consejo, para decidir sobre

²⁸⁸Ibidem. Pagg.139-140. Resulta de interés en este tema la aportación de Pauner Chulvi, “El Ministerio Fiscal y la Fiscalía”. Op. Cit. Pagg.199-203. En torno a la Comisión Truche y sus propuestas, aquellas motivaron una serie de “reformas ...en una línea moderada...aunque.. recuerda que el Poder Judicial recibe su legitimidad del Poder Ejecutivo”, según declaraciones de la Ministra de Justicia Francesa ante la Asamblea Nacional en la sesión de 15 de enero de 1998 (Le Monde, 17 de enero de 1998). No obstante y según opinión de esta autora, el clima político en Francia desde finales de los años ochenta ha contribuido “a sacar a la luz la ambigüedad del Estatuto del Ministerio Público y su relación con el Ministerio de Justicia, por lo que la opinión pública y propuestas provenientes del mundo de la Magistratura, motivaron que el Gobierno, después de la adopción de algunas medidas que se tornaron ineficaces, se esforzara por cambiar la supremacía de la política sobre el mundo de la Magistratura, poniéndose de manifiesto iniciativas personales procedentes de los Ministros de Justicia dispuestos a acabar con el clima de desconfianza e impulsar proyectos que sirvieran para lograr una mayor autonomía del Ministerio Público y la independencia de la Magistratura en Francia.

²⁸⁹ Cristina PaunerChulvi; “El Ministerio Fiscal y la Fiscalía...”,Op.Cit.Pagg.225-227.

esas demandas de sanciones, correspondiendo concretamente a la formación disciplinaria de dicho Consejo, obteniéndose de esta forma una unidad dentro de la magistratura francesa²⁹⁰.

B. Italia.

Según DIEZ PICAZO²⁹¹ Italia no supuso inicialmente una excepción a la expansión del modelo napoleónico de Ministerio Público, pero sería el periodo posterior a la caída del fascismo²⁹² en Italia, el generador de un clima favorable en la doctrina académica, que posteriormente influiría en el ámbito político, circunstancia ésta que unida a la especial coyuntura histórica, produjeron la conjunción perfecta para que se produjeran cambios en el modo de entender el funcionamiento de la Fiscalía, surgiendo de este modo propuestas legislativas y disposiciones normativas en sede parlamentaria, que conducen a un paulatino proceso de descentralización en el ejercicio funcional de los magistrados del Ministerio Público, tal como afirma MARCHENA GÓMEZ²⁹³, con un debilitamiento del principio de dependencia jerárquica que no se manifestaría tanto en una autonomía orgánica respecto del cuadro gubernamental, sino en una autonomía funcional²⁹⁴ en el proceso penal, produciéndose un reforzamiento de la posición de la Fiscalía Italiana que se convierte ahora sí, en la excepción al modelo napoleónico. El modelo de Ministerio Público se ha convertido, en opinión de LÓPEZ AGUILAR²⁹⁵ en uno de los más “extraordinariamente discutidos” en el contexto político institucional de la República Italiana, que sólo es entendible cuando se está familiarizado con las

²⁹⁰ *Ibidem.*

²⁹¹ Ignacio Díez Picazo, “ El poder de acusar...”Op. Cit. Pagg. 123-127.

²⁹² Bestarache Bengoa considera que el modelo de Magistratura Italiana que califica con el atributo de ser la magistratura más independiente y autónoma de la Europa occidental surgió precisamente como reacción a lo ocurrido durante el régimen facista, caracterizado por el vinculo entre Magistratura y Poder Político . Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público: Holanda, Italia y España”, Centro de Estudios Jurídicos, Edit. Aranzadi. 2010. Pag.91.

²⁹³ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal en Europa: Algunos Problemas comunes”, Diario la Ley, 1996. Pag 9.

²⁹⁴ Sobre la autonomía funcional de los miembros de la Fiscalía Italiana expone Francisco Granados que ésta constituye la característica más relevante del sistema organizativo de esta institución en Italia, resultando del análisis del ordenamiento jurídico aunque no faltan críticas según este autor, dirigidas a recortar las amplias facultades de que disponen los fiscales italianos en el desempeño de sus competencias. Francisco Granados, “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.317.

²⁹⁵ . Juan Fernando López Aguilar, “ La Justicia y sus problemas...”Op. Cit. Pag.187. Sobre las críticas al modelo italiano, tanto dentro como fuera de Italia también se manifiesta Francisco Granado, “ El Ministerio Fiscal...” Op. Cit. Pag.317

singularidades de la vida pública de ese país. Este mismo autor ²⁹⁶ señala que a pesar de las referencias al “Publico Ministero” en la vigente Constitución Italiana en vigor desde el 1 de enero de 1948, la realidad es que las competencias y organización de esta Institución continúan estando reguladas en el Real Decreto de 30 de enero de 1941.

Este Real Decreto unificó en uno solo, el cuerpo de funcionarios denominado “Magistratura”, integrado por los miembros de la Judicatura y del Ministerio Público siendo esta la aportación “novedosa” de la citada disposición normativa, en opinión DIEZ PICAZO²⁹⁷. Y a pesar de que el art. 108 de la Constitución Italiana estableciera la previsión mediante ley, de una regulación global de la organización judicial²⁹⁸, lo cierto es que nunca se llevo a cabo por el legislador, por lo que el citado Real Decreto continúa siendo en la actualidad, el texto normativo básico sobre organización judicial, con las modificaciones posteriores en la materia.

Este Real Decreto²⁹⁹ experimentó no obstante, una modificación importante con el Real Decreto de Lugartenencia de 31 de mayo de 1946, en cuya virtud se produjo una disminución del control o dependencia del Gobierno sobre la Fiscalía Italiana, privándose al Ministro de justicia de impartir órdenes a los fiscales, dejándole sólo facultades disciplinarias ³⁰⁰y además, extiende la inamovilidad judicial a los miembros

²⁹⁶ Juan Fernando López Aguilar, “La Justicia y sus problemas.”Op.Cit. Pag.187. No obstante, hay que recordar las modificaciones que han experimentado tanto el R.D de 1941 (Ley sobre el Ordenamiento Jurídico de la Magistratura) como el R.D de 1946 (Ley sobre las Garantías de la Magistratura) en virtud de dos Decretos Presidenciales de 22 de septiembre de 1988 por el que se aprueba además un nuevo Código de Procedimiento Penal actualmente en vigor y que sustituye al anterior de 1930 y que en opinión de Bestarache Bengoa es la gran obra codificadora aprobada desde la promulgación de la Constitución italiana de 1948. T. Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.190.

²⁹⁷ Luis María Díez Picazo, “El Poder de Acusar...”Op.Cit.Pag.124.

²⁹⁸ Sobre el sistema judicial italiano consultar el artículo de Verde, Giovanni “El sistema Judicial Italiano”. Artículo disponible en el sitio: [http://WWW.csm.it/documenti pdf/sistema giudiziario italiano/spanolo. Pdf.](http://WWW.csm.it/documenti/pdf/sistema_giudiziario_italiano/spanolo.Pdf)

²⁹⁹ En torno a este Real Decreto, considera Bestarache Bengoa que si bien el cambio en el modo de entender el M.P. pudo venir de las palabras citadas en el preámbulo de este “Regio decreto legislativo 31 de maggio de 1946,nº 511 Garantigiedella Magistratura”, en el que se sustituye el término dirección por vigilancia, lo cierto es que sería la Constitución Italiana en su regulación del “ordine giudiziario”, la que aporta las innovaciones necesarias para superar la vieja concepción de un M.P como órgano administrativo dependiente del gobierno, o más concretamente del Ministro de Justicia. Diego Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...” Op. Cit. Pag.175.

³⁰⁰ Ibidem. Pag.125. El art. 69 del Real Decreto de 1941 establecía; “El Ministerio Público ejerce, bajo la dirección del Ministro de Justicia, las funciones que la ley le atribuye. Con la modificación introducida por el R. Decreto de la Lugartenencia de 31 de mayo de 1946 atenúa la dependencia sobre la Fiscalía por parte del Gobierno, al sustituir la expresión de “bajo la dirección del Ministro de Gracia y Justicia” por “bajo la vigilancia”

del Fiscalía. La independencia y condiciones de estabilidad de los fiscales, se garantizan a través de los arts. 107 y 108 de la Constitución Italiana³⁰¹.

Por tanto es la Constitución Italiana de 1948, la que consagra definitivamente la independencia del Ministerio Público italiano superándose así etapas anteriores, en la que aquel ejercía sus funciones bajo la dirección del Ministerio de Justicia, según el art. 69 del R.D de 30 de enero de 1941 o bajo la vigilancia del Ministro de Justicia de acuerdo con el art. 39 del R.D. de 31 de mayo de 1946 según lo expuesto supra³⁰².

En torno a la Constitución Italiana afirma BESTARRECHE BENGEOA³⁰³, que ya desde su art. 1,³⁰⁴ puede observarse la búsqueda de la independencia de la Magistratura, que él califica como una de las más “independientes y autónomas de la Europa Occidental” expresión que incluye al Ministerio Fiscal en tanto que se haya integrado en aquella, por lo que el fiscal es un magistrado totalmente equiparado al juez. El constitucionalismo italiano se caracteriza así, por ese apartamiento de la clásica fórmula que imperaba en el S. XIX, en el que la Justicia se administraba en nombre del Rey o en nombre del Estado o Nación como por ejemplo estipulaba la Constitución Republicana Española de 1931, que establecía la clásica fórmula de que “ La justicia se administra en nombre del Estado” pero con un alejamiento evidente del concepto de soberanía popular, que en cambio si se plasma en la vigente Constitución, en su art. 117 : “ *La Justicia emana del Pueblo y se administra en nombre del Rey ...* ”

Continúa afirmando BESTARRECHE BENGEOA³⁰⁵, que el art. 1 de la Constitución Italiana, establece un concepto de soberanía popular que se reduce precisamente a la sujeción estricta del Juez a la ley emanada del Parlamento. Pero como este autor afirma, la Constitución Italiana de 1948 en su conjunto, supuso un cambio radical en el “equilibrio de poderes” del Estado respecto al régimen anterior, que trajo consigo ya no

³⁰¹ Francisco Granados Calero, “El Ministerio Fiscal...”. Op.Cit. Pag.314. El art. 107 de la Constitución Italiana de 1948 establece; “Los Magistrados serán inamovibles (...). El Ministro de Justicia tendrá la facultad de incoar expedientes disciplinarios. Los Magistrados se distinguen entre sí únicamente, por la diversidad de funciones. El Ministerio Fiscal gozará de las garantías establecidas para él por los preceptos orgánicos de la judicatura”. Así mismo el art. 108 de la Constitución dice así; “Se establecerán mediante ley las normas orgánicas de la judicatura y de cualquier tipo de magistratura. La ley garantizará la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, del Ministerio Fiscal destinado ante ellas, y de los terceros que participen en la Administración de Justicia”.

³⁰² Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal...”, Op. Cit. Pag.331.

³⁰³ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op. Cit. Pagg. 91-92.

³⁰⁴ Art. 1 de la Constitución Italiana de 1948; “La Justicia se administra en nombre del Pueblo. Los Jueces únicamente están sometidos a la Ley”.

³⁰⁵ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.93.

solo fuertes limitaciones del Poder Ejecutivo, sino la independencia de la Magistratura y por ende del Ministerio Fiscal de tal forma que la tendencia a equiparar Jueces y Fiscales ha ido siempre “in crescendo” desembocando en el panorama actual en que se observa una fuerte independencia de la Magistratura Italiana externamente y de los propios fiscales a nivel interno³⁰⁶.

El modelo de Ministerio Público diseñado por la Constitución de 1948, es en opinión de FLORES PRADA³⁰⁷, de clara vinculación con la órbita judicial, tal como se aprecia con la lectura de preceptos tales como el art.104 de la CI, que dispone que formará parte del Consejo Superior de la Magistratura, el Procurador General ante la Corte de Casación; o bien el art. 107.4 por el que se atribuye al Ministerio Fiscal todas las garantías establecidas para él, por el Ordenamiento Judicial. En relación a este último artículo habría que decir en opinión de FLORES PRADA, que las dificultades de interpretación en torno al mismo se remonta a los debates constituyentes, centrándose el motivo de discusión según expone BESTARRECHE BENGOA³⁰⁸ en la pregunta de si todas las garantías del Tít. IV, parte II, sección 2ª se aplican o no por mandato Constitucional al Ministerio Fiscal, y por tanto cual es el margen de discrecionalidad del legislador al amparo del citado precepto, cuestión ésta última que gira en torno a los defensores de una vinculación (que no subordinación) con el Ejecutivo o por los que abogan por una

³⁰⁶ *Ibidem*. Pag.175. Este mismo autor expresa no obstante la fuerte crítica que ha suscitado este tema en la Doctrina Italiana que no comparte la fuerte independencia del Ministerio Fiscal cuestionando incluso el que este diseño derive de una “consecuencia constitucionalmente obligada”, encontrando incluso opiniones o corrientes en la doctrina que se inclinan por otorgar a la Fiscalía un carácter dual como órgano del ejecutivo que ejerce la acción penal protegiendo la acusación pública con todas las garantías de legalidad, en cuanto tiene la cualidad de magistrado. Resulta interesante como en los propios debates constituyentes, la cuestión de la naturaleza del Ministerio Fiscal fuese una cuestión debatida, siendo una postura mantenida precisamente por el representante de la Democrazia Cristiana(Giovanni Leone) el carácter dual de la Fiscalía evitándose a juicio de este parlamentario, la tentación de construir un poder no suficientemente independiente en el ejercicio de sus funciones o bien tan independiente que quedara a espaldas de la sociedad, siendo necesario en opinión de este autor, limitar la disciplina de la magistratura decisoria respecto del Ministerio Público limitando sus garantías y acercarlo en una relación más directa con el Ministro de Justicia, tesis que incluso fue rebatida por miembros de su propio partido, o bien apoyada por parlamentarios del partido comunista. De este forma y a diferencia de España, los modelos de Ministerio Público, defendidos en la cámara a nivel individual parlamentario, no siempre iban acompañados de la posición defendida por el Partido al que cada uno de los parlamentarios pertenecía. *Ibidem*. Pag.177. Sobre el sistema judicial italiano consultar el artículo de Verde, Giovanni “El sistema Judicial Italiano”. Artículo disponible en el sitio: http://WWW.csm.it/documenti/pdf/sistema_giudiziario_italiano/spanolo.Pdf.

³⁰⁷ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”. *Op.Cit.* Pag.187.

³⁰⁸ Diego Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”. *Op.Cit.* Pag.179. En torno a la desconstitucionalización de las garantías del Ministerio Público puede leerse en esta misma obra, la postura mantenida por un sector de la doctrina que sostiene que la reserva de ley que hace el art. 107.4 de la Constitución tiene por misión o como único significado rebajar de rango constitucional la disciplina de las garantías que han de atribuirse a los Magistrados del M.P. De este modo el art. 107.4 está dirigido a desconstitucionalizar esta materia con el fin de impedir que se regule expresa o implícitamente la misma por las normas constitucionales relativas a los magistrados. *Ibidem*, Pagg. 184-185.

Fiscalía independiente, por lo que el ámbito de disponibilidad del legislador será más o menos amplio según se defienda una postura u otra,(a mayor independencia de M.P menor disponibilidad y cuanto mayor vinculación con el Ejecutivo mayor margen de discrecionalidad legislativa).

Según DIEZ PICAZO³⁰⁹, el art. 107.4 de la Constitución Italiana supone como él dice textualmente “una especialidad o excepción”, en tanto que las garantías constitucionales propias de la judicatura se recogen en los párrafos anteriores del citado art. 107. No obstante la ubicación del mismo, dentro del texto constitucional y sobre todo, la mención a la necesaria existencia de garantías que la propia Constitución establece, impide al legislador tener una libertad absoluta en esta materia, aunque no cabe duda y en términos concluyentes podría afirmarse que en esta materia el legislador, posee no obstante un amplio margen de discrecionalidad aunque la Constitución impide asimilar el estatuto del Ministerio Fiscal al del resto de funcionarios administrativos. También concluye el citado autor, que dado que no se ha elaborado ninguna norma sobre organización judicial, las garantías de la Fiscalía Italiana siguen siendo las contempladas en el citado Real Decreto de Lugartenencia de 1946.

Este último extremo, continúa afirmando DIEZ PICAZO, es de vital importancia en tanto que si bien no se ha consagrado a nivel Constitucional de forma expresa la unidad de carrera, dicha unidad y la atribución de las garantías de inamovilidad a los fiscales duran más de cincuenta años, sumando a estos argumentos, el hecho de que desde que se puso en funcionamiento el Consejo Superior de la Magistratura con la Ley de 24 de marzo de 1958, el legislador italiano ha entendido que en la medida en que Fiscales y Jueces son miembros de la misma carrera, deben estar sometidos a idéntico régimen de gobierno autónomo (nombramientos, traslados, promociones, sanciones disciplinarias, etc.)³¹⁰.

Pero como sostiene MARCHENA GÓMEZ³¹¹ “pasando por sutilezas semánticas del legislador preconstitucional” e incluso por “equivocos lingüísticos” como diría DIEZ PICAZO³¹², todo ello ha confluído en una situación de hecho en la que la independencia

³⁰⁹ Ignacio Diez Picazo, “ El Poder de acusar...”, Op.Cit. Pag.128.

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio fiscal en Europa...”, Op.Cit. Pag.9. Vid note 436.

³¹² Así expresa Diez Picazo el empleo no del todo inocente de la palabra “magistrados” no para identificar a quienes ejercen un tipo de función sino con un tipo de funcionarios, siendo un “ejemplo de interpretación constitucional sobre la base de la legalidad ordinaria”. Ignacio Diez Picazo, “ El Poder de acusar...”, Op. Cit. Pag.128.

del Ministerio Público se asemeja mucho a la independencia de la Judicatura, pero además hay que afirmar siguiendo igualmente a MARCHENA GÓMEZ que la organización vertical del Ministerio Público en Italia “ha quedado para la historia” convirtiéndose en una institución policéntrica según DIEZ PICAZO³¹³ en la que la dirección de la Institución corresponde, dentro de su ámbito territorial, a cada uno de los procuradores generales.

Así mismo, el cambio de diseño de la Fiscalía Italiana se aprecia en otros preceptos como el art. 108.2 de la Constitución que establece “...la ley asegura la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, del Ministerio Público cerca de ellas ...”³¹⁴, y finalmente el art. 112 que regula el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. Según BESTARRECHE BENGOA³¹⁵, transcribiendo textualmente la frase de CALAMANDREI³¹⁶ según la cual “no se puede pretender proponer por una parte el principio de legalidad y por otra, el Ministerio Público como dependiente del Ministro, o una u otra es una propuesta inútil” considerando gran parte de la doctrina, con ocasión de tales manifestaciones, que el art. 112 constituye una garantía de independencia del Ministerio Fiscal.

Continúa argumentando BESTARRECHE BENGOA³¹⁷, que el hecho de atribuir la Constitución Italiana al Ministerio Público la titularidad de la acción penal y por tanto de los poderes que le son inherentes, este núcleo competencial de naturaleza judicial le estaría vedado al legislador ordinario permaneciendo inmutable la naturaleza judicial

³¹³ Ignacio Diez Picazo, “ El Poder de acusar...”, Op.Cit. Pag. 129. Y tal como explica este autor, se convierte en una institución policéntrica en la medida en que el Procurador ante la Corte de Casación nunca estuvo jerárquicamente supra-ordenado a los procuradores generales ante los tribunales de apelación, la facultad gubernamental de incidir sobre el Ministerio Público desaparece y determina que esta Institución dejara de ser una Institución con vocación unitaria para convertirse en una Institución policéntrica.

³¹⁴ Según Marchena Gómez, en torno a este art. 108.2 de la Constitución Italiana, existe alguna corriente de opinión, e incluso una interpretación extendida en torno al mismo, por algunos partidos políticos, que abogan por una separación clara de funciones y de las carreras ante la situación actual de cierta confusión, por lo que defienden la existencia de algún vínculo entre el Ministerio Público y otros poderes del Estado, en especial con el Ejecutivo que es responsable ante el Parlamento, aunque otro sector de la doctrina advierte del peligro que ello implica si se reduce la autonomía e independencia del Ministerio Público, y aboga en todo caso por una mayor especialización del órgano pero defendiendo en todo caso la pertenencia de la Fiscalía Italiana a la Magistratura y un sistema único de garantías. Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal en Europa...”, Op. Cit. Pag.9. vid note.27.

³¹⁵ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.183.

³¹⁶ Prieto Calamandrei era un ilustre procesalista y diputado del partido de acción quien justificó la propuesta de establecer la obligatoriedad de la acción penal en el hecho de que ante un hecho delictivo el Ministerio Público carece de discrecionalidad debiendo ejercer siempre la acción penal, iniciativa que fue aceptada por todos durante los debates constituyentes quedando plasmada en el art. 112 de la Constitución; “ El Ministerio Público tiene la obligatoriedad de ejercer la acción penal”. Ignacio Diez Picazo, “El Poder de Acusar...”, Op.Cit. Pag.126.

³¹⁷ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag.183.

del M.P y por tanto la aplicación de todas la garantías constitucionales previstas para todos los magistrados.

En la misma línea argumental continúa afirmando el citado autor, que otra cuestión sería aquella que obedeciendo a criterios de oportunidad legislativa, se atribuya al M.P competencias de naturaleza administrativa que podrían ejercerse bajo la supervisión del Ministro, es decir bajo garantías distintas, y sólo en este sentido no habría paridad entre Jueces y Fiscales, ni sería exigida por la Constitución Italiana³¹⁸. LANZAROTE MARTÍNEZ³¹⁹ argumenta en relación al ejercicio de la acción penal, que en el ordenamiento procesal italiano, sólo el M.F está legitimado para el ejercicio de la misma actuando además de oficio y en régimen de monopolio, salvo en los supuestos de delitos contra la libertad sexual o en los casos de injurias en que se hace necesario la interposición de querrela por parte de la víctima.

El ejercicio de la acción penal compete de manera absoluta y con carácter obligatorio al Ministerio Público de tal forma que ante cada notitia criminis, el Fiscal debe proceder a su ejercicio. No obstante semejante obligación crea, en opinión de BESTARRECHE BENGEOA³²⁰ un marco de discrecionalidad muy amplio, asociándose la independencia del fiscal, precisamente a esa obligación. En opinión de este autor, el art. 112 de la C.I crea una Fiscalía irresponsable, totalmente libre de organizar las causas según sus propios criterios, discrecionalidad que siempre ha estado en tela de juicio pero que parece difícil de superar cuando de ello se cree depender la independencia del Ministerio Fiscal, o lo que es lo mismo, su “instrumentalización” por el ejecutivo, siendo además esta cuestión uno de los puntos, objeto de análisis en el Proyecto Bicamerale³²¹ elaborado por la Comisión Parlamentaria Bicameral creada por Ley de 24 de enero de 1997. Íntimamente relacionado con el ejercicio de la acción penal, está el

³¹⁸ *Ibíd.*

³¹⁹ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”*Op.Cit.*Pag.315. Continúa exponiendo este autor en relación a la singularidad en cuanto al ejercicio de la acción penal, que el “ordenamiento procesal italiano no conoce ni la acción popular ni la acusación particular”.

³²⁰ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, *Op.Cit.* Pag.128. Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.*Pag.316.

³²¹ *Ibíd.* Pag.125. La Comisión Parlamentaria Bicameral transmitió a las cámaras el “Proyecto de revisión constitucional” que más tarde sería congelado en junio de 1998 y nunca se retomó de manera conjunta aunque algunas (muy pocas)de sus sugerencias fue implementada por el legislador. Algunas de las cuestiones planteadas por la Comisión fue la posición constitucional del Ministerio Público y la obligatoriedad de la acción penal.

criterio funcional de la oportunidad ³²² en la actuación del Ministerio Público al que Italia ha acogido su entrada en el nuevo Código di Procedura Penale aprobado por Decreto de 22 de septiembre de 1988.

Como una de las manifestaciones de este principio podría citarse la denominada fórmula de transacción intra-procesal que sería la “aplicación de la pena a instancia de parte”, y que consiste en la posibilidad que asiste al acusador y acusado de solicitar al Juez la imposición de una pena sustitutiva de la que en principio sería procedente³²³. LANZAROTE MARTÍNEZ siguiendo en este punto las afirmaciones de una parte de la doctrina italiana representada en este caso por Di GIUSSEPE quien llega a afirmar que “... aunque la Constitución impone perseguir todos los delitos, la acción penal se ejerce de hecho de forma muy discrecional, al igual que en otros países, si no más. La Independencia del Ministerio Fiscal y la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal han producido formas de discrecionalidad más amplias y menos vinculantes que las presentes en otros países democráticos donde los poderes discrecionales del Ministerio Público son más transparentes y precisos debido a regulaciones específicas. Y quienes manifiestan dudas sobre la actuación del Ministerio Fiscal son tachados de atentar contra el principio constitucional de independencia del Fiscal por razones personales, interesadas o políticas” ³²⁴.

En torno al proceso de “judicialización” del Ministerio Público en Italia, afirma DIEZ PICAZO³²⁵ que se ha visto favorecido por la creación de un genuino sistema de autogobierno que en virtud de la Ley de 24 de marzo de 1958, puso en funcionamiento el Consejo Superior de la Magistratura, como órgano independiente que se encargaría

³²² En relación a este principio, resulta interesante las argumentaciones de Marchena Gómez que expone la necesaria búsqueda de soluciones al colapso que sufre en nuestro país, el ejercicio de la función judicial en los distintos órdenes jurisdiccionales, pudiendo ser este principio una solución, aunque su apoyo en la doctrina no es unánime. Continúa afirmando Marchena Gómez que la existencia de principios constitucionales, tales como la seguridad jurídica, la igualdad o la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos chocarían de entrada con la manifestación de este principio en su forma más extrema por lo que sería defendible con la existencia de controles legales y judiciales haciendo de este principio una oportunidad reglada. Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”, Op. Cit. Pagg.130- 136.

³²³ . Marchena Gómez, explica la applicazione de la pena su richiestadelleparti del Derecho italiano, recogida en el Codice di procedurapenale de 1988, como una de las manifestaciones del principio de oportunidad. En su virtud, acusador y acusado pueden solicitar del juez la imposición de una pena sustitutiva de la que, en principio, sería procedente. Ello permite la reducción de un tercio de la pena, ya sea ésta de índole pecuniaria, privativa de libertad o ambas conjuntamente. La pena privativa de libertad no puede exceder de dos años. Sin embargo, estaes sólo una de las manifestaciones de este principio, puesto que los artículos 358 y ss. y el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal recoge otras formas en que se plasma el principio de oportunidad. “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag. 136. Vid note. 92.

³²⁴ Pablo Lanzarote Martínez, “LaAutonomia del Ministerio Fiscal...”Op.Cit. Pag.320.

³²⁵ Luís María Diez Picazo, “El poder de acusar...”, Op.Cit. Pag.130.

de la “vicisitudes profesionales de los magistrados”. Pero este proceso de judicialización de la función fiscal, culmina con la posibilidad de asunción de los cargos de Fiscal o Magistrado indistintamente, durante la vida profesional del funcionario, con la previa autorización del Consejo³²⁶.

El sistema de acceso³²⁷ a la Magistratura y Fiscalía es el mismo, dado que se trata de una misma carrera, distinguiéndose los magistrados entre sí por la diversidad de sus funciones, de acuerdo con el art. 107.3 de la C.I, siendo frecuente asumir los cargos de Fiscal o Magistrados de forma indistinta previa autorización del Consejo Superior de la Magistratura como órgano común de gobierno tal como se ha indicado supra. No obstante y en opinión de LANZAROTE MARTÍNEZ³²⁸, la regulación relativa al acceso, progresión y funciones de la carrera de Magistrado se ha visto afectada por la ley número 150 de 25 de julio de 2005 cuyo contenido se ha concretado a través de cinco Decretos³²⁹ aprobados por el Gobierno, según los plazos indicados en la delegación legislativa, y que ha tenido por objetivo una mayor separación entre la Judicatura y Fiscalía dada la situación denunciada por la doctrina italiana relativa a los inconvenientes que se derivan de una relación tan estrecha entre ambas carreras, que pone en peligro la imparcialidad del Juez puesto que la pertenencia a un mismo cuerpo y la proximidad generada, ha condicionado una situación que pone en peligro dicha

³²⁶ Según el art. 104.2 de la Constitución el Consejo está presidido por el Presidente de la República de Italia y por el Procurador General de la Corte de Casación que forma parte del mismo por derecho propio. Los miembros del Consejo son elegidos de la siguiente forma; Dos tercios se eligen por los Magistrados pertenecientes a los dos órdenes (judicial y fiscal) y un tercio por el Parlamento, de entre Profesores de Universidad en materias jurídicas y abogados con 15 años de ejercicio. El periodo de mandato es de 4 años sin posibilidad de ser reelegidos. De acuerdo con el art. 105 de la Constitución corresponde al Consejo cuestiones tales como. traslados, admisiones, ascensos y medidas disciplinarias de los Magistrados, sin perjuicio de las competencias que corresponden al Ministerio de Justicia para la organización y funcionamiento del servicio de la justicia. Ignacio Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal ...”, Op.Cit. Pag.332.

³²⁷ De acuerdo con el art. 106 de la C.I el concurso público es el procedimiento de ingreso en la magistratura, ya sea en la judicatura como en el Ministerio Público. Uno de los problemas constitucionales más relevantes precisamente ha girado en torno a los requisitos de concurrencia establecidos en el R.Decreto de 30 de enero de 1941 sobre organización judicial, sido una legislación preconstitucional que aunque ha sido objeto de varias modificaciones, una crítica suscitada en torno a la misma ha sido la incapacidad política para consensuar una ley sobre organización judicial moderna y adaptada a la realidad., jugando un papel fundamental en este sentido la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia. Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.104. vid note. 227.

³²⁸ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit.

³²⁹ . Los tres primeros Decretos han sido publicados en la Gaceta Oficial el 3 de febrero de 2006 y los otros dos en el mes de julio si bien la Asociación Nacional de Magistrados ha seguido cuestionando la utilidad y la legitimidad de los decretos delegados, solicitando el bloqueo de su ejecutividad y una revisión de la Ley 150/2005. El nuevo Ministro de Justicia en aplicación del programa de gobierno de la coalición vencedora de las elecciones de abril de 2006, se comprometió a suspender la eficacia de al menos una parte de los decretos delegados, y en particular aquellos que se refieran a la carrera de los magistrados y su promoción, la materia disciplinaria y la organización de las Fiscalías. Loc.cit.

imparcialidad, dado que los que juzgan pueden ser especialmente sensibles a las pretensiones de sus colegas fiscales que se encargan de la instrucción.

En lo relativo a la organización y modo de funcionamiento de la Fiscalía, ésta ha optado por un modelo totalmente distinto al modelo napoleónico, caracterizado por la autonomía³³⁰ en el ejercicio de funciones, al tiempo que se configura como una institución no unitaria, en la que cada departamento u oficina de Fiscalía, diseña sus propias estrategias y opciones en la persecución de la criminalidad, siendo en estos casos el propio jefe de cada “ufficio del Pubblico Ministero” el encargado de ese cometido concreto³³¹.

Además no rige el principio de unidad de actuación y precisamente por ello, sus miembros no están sujetos a la obligación de observar pautas interpretativas en la labor de aplicación de la ley, emanadas de un órgano rector como sucede en España, por lo que no existe por ser “innecesario” en opinión de LANZAROTE MARTÍNEZ, un entramado jerárquico entre las distintas Fiscalías y sus integrantes³³².

Es precisamente la peculiar jerarquía existente en la organización interna de las Fiscalías, lo que gráficamente ha servido para su definición como una especie de pirámide truncada, según la interpretación de FRANCISCO GRANADOS³³³, dado que la cúspide de la organización no está ocupada por el Ministro de Justicia sino por los Procuradores Generales de la República, sin que exista entre ellos y los fiscales destinados en niveles inferiores relación de subordinación jerárquica alguna.

De lo expuesto puede concluirse que a pesar de la ausencia de principios organizativos y funcionales como la unidad de actuación y dependencia jerárquica característicos de la Fiscalía española, si existe, según argumenta LANZAROTE MARTÍNEZ³³⁴, relaciones de vinculación, que aunque no se produzcan con el Poder Ejecutivo, si existen con el titular del ufficio (oficina) a quien se le atribuyen funciones de dirección y organización

³³⁰. De acuerdo con el art. 53 del nuevo Código de Procedimiento Penal de 22 de septiembre de 1988, “...en la audiencia el Magistrado del Ministerio Público desempeñará sus funciones con plena autonomía”, siendo esta la contrapartida según Lanzarote Martínez, a las facultades de las que dispone el titular del ufficio relativas a la dirección y organización del trabajo de cada departamento, todo ello de acuerdo con el art. 70 del Decreto de Organización Judicial de enero de 1941. Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal...”, Op.Cit. Pag.333.

³³¹ Pablo Lanzarote Martínez, Loc. Cit. Una diferencia más que evidente con nuestro país tal como argumenta este autor, se encuentra en el hecho de que el Gobierno italiano no dispone como sucede en España, de una Fiscalía en la que poder apoyarse para ejecutar sus decisiones en materia de política criminal.

³³² Pablo Lanzarote Martínez, Loc. Cit.

³³³ Francisco Granados Calero, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.316.

³³⁴ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit.

del trabajo de acuerdo con el art. 70 del Decreto de Organización Judicial de 1941. Además, de acuerdo con el citado precepto, el Fiscal Jefe es quien ejerce las funciones encomendada al M.P por el Código de Procedimiento Penal y por el resto de la legislación, funciones que no obstante son delegables en los miembros de su oficina, quienes actúan por sustitución de su jefe y de acuerdo con los criterios establecidos por aquel, en la investigación preliminar.

No obstante, hay un dato que ha influido en esta peculiar estructura interna de la Fiscalía italiana en opinión de DIEZ PICAZO³³⁵, como ha sido el nuevo Código de Procedimiento Penal y las disposiciones organizativas dictadas para su ejecución. Así un Decreto de la Presidencia de la República de 22 de septiembre de 1988 (el mismo día de la promulgación del nuevo Código) modifica alguno de los preceptos del R.D sobre organización judicial de 1941, incidiendo aquella, en la estructura interna del Ministerio Público, y esta modificación de su estructura interna ha venido a afectar a la Jefatura y a la relación entre los miembros de cada órgano.

De esta forma y de acuerdo con el art. 51 del Código de Procedimiento Penal, la Jefatura del Ministerio Público ha pasado de los Procuradores Generales ante los Tribunales de Apelación, a los Procuradores de la República³³⁶ ante los tribunales de distrito, es decir ante cada uno de los órganos de base, concluyendo DIEZ PICAZO, que los Procuradores de la República han dejado de ser sustitutos de los procuradores generales y por consiguiente se ha producido otro paso más en la “descentralización del Ministerio Público. Según este autor, la finalidad de la reforma era reducir las posibilidades de presión política sobre quienes dirigen el Ministerio Público³³⁷.

En opinión de BESTARRECHE BENGOA³³⁸ el nuevo Código de Procedimiento Penal y la nueva redacción dada al RD de 1941, con una disminución clara de los poderes del Fiscal General ante la “Corte di Appello”, pone en duda cualquier relación de dependencia funcional entre los órganos del Ministerio Público Italiano.

³³⁵ Luis María Diez Picazo, “ El Poder de Acusar...”, Op.Cit. Pag. 131.

³³⁶ Existen según Diez Picazo, dos excepciones a esta jefatura del Ministerio Público, como son los supuestos que representan por un lado, el Procurador Nacional Antimafia en su específica esfera de competencia y los propios Procuradores Generales que continúan existiendo precisamente para coordinar las procuradurías de la República que operan dentro de su ámbito territorial. *Ibíd.* Pag.132.

³³⁷ *Ibíd.*

³³⁸ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”,Op.Cit. Pag.191.

En lo que concierne a la relación existente entre los miembros de las Fiscalías, se ha producido una nueva regulación, que según BESTARRECHE BENGOA³³⁹ ha dado lugar a una clara disminución del poder de los Fiscales Jefes, ya sean estos, Fiscales Generales o Fiscales de la República. El art. 20 del Decreto Presidencial de 22 de septiembre modifica el art. 70.3 del R.D de 1941, regulador de las relaciones entre el titular de la fiscalía y los fiscales sustitutos, modificación que afecta a algunos puntos fundamentales³⁴⁰. El más importante es precisamente la eliminación del término “dependiente” lo que normalmente llevaba a interpretar la disposición como legitimadora de una organización jerárquica dentro de la Fiscalía, aunque también existía un sector de la doctrina que no interpretaba la misma, bajo la óptica de relación jerárquica alguna.

De cualquier forma y según el citado autor³⁴¹, la modificación del citado precepto, ha dado lugar a puntos de vista antagónicos entre los distintos autores, considerando algunos, que la citada reforma es una clara intención de disminuir el papel del titular del órgano de la Fiscalía, mientras que otro sector doctrinal subraya el buen funcionamiento de la justicia, significando el artículo en cuestión, una adaptación a la verdadera relación que existe entre el Fiscal de la República y el sustituto, que en ningún caso era de delegación sino de “designación” con lo que la verdadera innovación deriva de las nuevas competencias asignadas al titular de la Fiscalía en la nueva redacción del precepto 70.3 del R.D de 1941.

En línea con estas argumentaciones hay que añadir la cuestión relativa a la plena autonomía de la que dispone el Fiscal sustituto en la fase del juicio oral (fase de audiencia) y la excepcionalidad de su sustitución, de acuerdo con la nueva redacción del art. 70.4 del R.D de 1941, art. 53 del c.p.p y el art. 36 del c.p.p.³⁴².

³³⁹ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag. 192.

³⁴⁰ El art. 70.3 en su redacción original era el siguiente; “ El Fiscal general, los abogados generales incardinados en las secciones destacadas de la Corte de Apelación y los fiscales de la República ejercitan sus funciones personalmente o por medio de los magistrados dependientes destinados en sus respectivos órganos”. La redacción actual es: “Los titulares de los órganos. del Ministerio Público dirigen el órgano en el que están situados, organizan su actividad y ejercen personalmente las funciones atribuidas al Ministerio Público por el Código de procedimiento criminal y por las demás leyes cuando no designen a otros magistrados destinados en el órgano. Puede designarse más de un magistrado considerando el número de imputados o la complejidad de las indagaciones o de la fase oral”.

³⁴¹ *Ibíd.* Pag.193.

³⁴² El art 70.4 del RD de 1941 después de las modificaciones introducidas por los RD de la Presidencia de 22 de septiembre de 1988 es el siguiente: “ En el curso de las audiencias penales, el magistrado designado desarrolla las funciones del Ministerio Público con plena autonomía y puede ser sustituido sólo en los casos previstos por el Código de procedimiento penal. El titular del órgano transmite al Consejo

La pregunta que se hace al respecto BESTARRECHE BENGOA³⁴³ es si se ha suprimido toda forma de control y jerarquía y si resulta posible compatibilizar la autonomía del Fiscal Sustituto y la unidad del Ministerio Público.

Se sostiene por un sector de la doctrina, que la “fuerza” del carácter del Ministerio Público Italiano se podría ver disminuida si se difumina el conocimiento y la responsabilidad que se deriva de la continuidad del ejercicio de la acción penal ejercida por el mismo Fiscal designado, realizada con autonomía y permanencia a lo largo de todo el proceso. En esta línea se manifiesta el art. 3 de las “Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del Codice di Procedura Penale” (Decreto Legislativo 28 de julio 1989 n° 271) que ponía el énfasis en que el titular de la fiscalía, procura que siempre que resulte posible, el mismo magistrado haga frente a las distintas fases del procedimiento. Incluso el art. 570.3 C.p.p. prevé la posibilidad de que el mismo fiscal sea designado para actuar en la fase de apelación. De esta forma y tras el nuevo proceso más decididamente acusatorio y por tanto con más competencias para el Fiscal, defendiéndose de esta forma las ventajas que derivan de la concentración en un único magistrado de toda la actividad relativa a cada fase del procedimiento. Por tanto para este sector de la doctrina el paso de la delegación y la dependencia, a la designación permite pensar que de acuerdo con la Constitución Italiana, la asignación de la notitia criminis, activa un poder inherente de cada magistrado perteneciente a la Fiscalía que elimina todo poder del órgano superior. Esta designación solo podría ser revocada por exigencias organizativas generales, burocráticas, excluyéndose la revocación por motivos concernientes al mérito (procesal o sustancial) de la propia actuación del sustituto. Esta es la denominada “personalización de funciones”³⁴⁴.

superior de la magistratura copia del procedimiento motivado bajo el cual ha dispuesto la sustitución del magistrado”.

El art. 53 del c.p.p.: “Autonomía del ministerio público en la audiencia. Casos de sustitución. 1. En la audiencia, el magistrado del ministerio público ejerce sus funciones con plena autonomía. 2. El jefe del órgano procede a la sustitución del magistrado en el caso de grave impedimento, de relevantes exigencias de servicio y en aquellos casos previstos en el art. 36 punto 1 letras a) b) d) e). En los demás casos el magistrado sólo puede ser sustituido con su consentimiento. 3. Cuando el jefe del órgano omita proveer la sustitución del magistrado en los casos previstos del art. 36 ap. 1, letras a) b) d) e) el Fiscal General de la Corte de Apelación designa para el trámite de audiencia a un magistrado perteneciente a su fiscalía. *Ibidem.* Pag.193.

³⁴³ Tomás Bestarreche Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, *Op.cit.* Pag.194

³⁴⁴ *Ibidem.* Pagg. 195.196

Además no parece estar lejos de esta tesis el propio Consejo Superior de la Magistratura cuando propone una lectura restringida del art. 70.3 del R.D de 1941, sin perder de vista que la Constitución Italiana no permite o no admite relaciones de jerarquía en el seno de las Fiscalías y que todos los preceptos de su Tit. IV son de aplicación al Ministerio Público³⁴⁵.

Continúa afirmando BESTARRECHE BENGEOA que...“la compatibilidad entre los poderes del Fiscal-jefe -o el criterio de unidad de actuación y cierta jerarquía- y la autonomía de los fiscales italianos, se hace posible mediante la distinción, tal como distingue nítidamente la ley, entre la fase de audiencia y las actuaciones previas, en especial su fase fundamental de “indagaciones preliminares”- así como de las relaciones que se establecen”³⁴⁶.

En opinión de BESTARRECHE BENGEOA³⁴⁷ la garantía de la autonomía y la imposibilidad de sustitución o remoción de los fiscales designados durante el trámite de audiencia es en todo caso una decisión legislativa tendente a la “personación”, pero en cualquier caso no supone la expresión de un mandato constitucional que otorgue a todos los fiscales una total independencia interna. Según este autor y siguiendo el planteamiento de ZAGREBELSKY “... no se extrae ninguna duda de que la autonomía del MP prevista por el art. 53 del C.p.p en el sentido de la imposibilidad de su sustitución se refiere sólo a la audiencia”.

El art. 70.4 del R.D de 1941³⁴⁸ otorga al Fiscal Jefe un poder- deber de garantizar, la corrección, la eficacia de la investigación preliminar y la unidad general de la dirección en la actividad de la fiscalía. El poder-deber de revocar la designación se encontraría amparado por el principio constitucional contemplado en el art. 97.1 de la Constitución Italiana y en dicha previsión normativa encuentra sus límites el poder del Fiscal Jefe.

³⁴⁵ *Ibidem*. Pag.196.

³⁴⁶ *Ibidem*. Pag.198.

³⁴⁷ *Ibidem*. Pag.200.

³⁴⁸ La redacción del art. 70.4 del R.D de 1941 después de la modificación de los RD de la Presidencia de 22 de septiembre de 1988 es la siguiente; En el curso de las audiencias penales, el magistrado designado desarrolla las funciones del Ministerio Público con plena autonomía y puede ser sustituido sólo en los casos previstos por el Código de Procedimiento penal. El titular del órgano transmite al Consejo Superior de la Magistratura copia del procedimiento motivado bajo el cual ha dispuesto la sustitución del magistrado. *Ibidem*. Pag.193.

El art. 70.5 del R.D de 1941³⁴⁹ establece que ante una notitia criminis no corresponde al sustituto decidir de forma autónoma sobre la puesta en marcha del proceso sino que debe dar traslado de la misma al titular del órgano, el cual podrá designar a uno o más sustitutos, o bien proceder personalmente³⁵⁰.

En opinión de DIEZ PICAZO³⁵¹, la denominada “personalización de funciones” no ha alcanzado plenamente a la fase de investigación en la que se mantiene intacta la superioridad jerárquica de los Procuradores de la República, debiendo éstos autorizar cualquier iniciativa de investigación de sus sustitutos, originada en una “notitia criminis” de la que hayan tenido conocimiento. Esta norma recogida en el citado art. 20 del Decreto del Presidente de la República de 1988 tiene en sí una apariencia inocua según opinión de este autor, pero sin embargo ha sido de trascendental importancia en el contexto de la lucha contra la corrupción política de los últimos años en Italia: así para poder abrir una investigación, los sustitutos tienen que tener una autorización previa de su superior que si bien podría entenderse como un freno a posibles “excesos de celo” la realidad es que el sustituto queda automáticamente protegido en la medida que tiene el apoyo del Procurador de la República.

Conviene hacer referencia a la relación entre el Ministerio Público y los Poderes Políticos del Estado Italiano, en especial con el Gobierno, y que en opinión de BESTARRECHE BENGOA³⁵² es calificable como de conflictiva, al tiempo que esa desvinculación o inexistencia de relaciones, lo configuran como una de las notas características de un modelo que se erige como alternativo al modelo tradicional napoleónico, imperante en muchos países de Europa³⁵³.

³⁴⁹ El art. 70.5 del RD de 1941 establece: Todo magistrado adscrito a una fiscalía de la República que, fuera del ejercicio de sus funciones, tenga conocimiento de hechos que puedan determinar el inicio de la acción penal o de indagaciones preliminares, se lo comunicará por escrito al titular del órgano. Estos, cuando no subsistan los presupuestos para la solicitud de archivo y no pretendan actuar personalmente, proceden a designar a uno o más magistrados del órgano para el tratamiento del asunto”. Se entiende que los magistrados sustitutos se encuentran “fuera del ejercicio de sus funciones” siempre que no hayan sido expresamente designados. Ibidem. Pag.210. vid note 486.

³⁵⁰ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.210.

³⁵¹ Luis María Diez Picazo, “El Poder de acusar...”, Op.Cit. Pag.133.

³⁵² Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op. Cit.Pag411.

³⁵³ Luis María Diez Picazo, “ El Poder de acusar..”, Op. Cit. Pag.133. El autor cita además como características del modelo que representa el Ministerio Público Italiano, además de su desvinculación con los poderes políticos en especial con el Ejecutivo, la nota de que además de encomendársele la acusación en juicio se encarga de la investigación de los delitos, con la consiguiente supresión del Juez de Instrucción. Un Ministerio Público en el que prácticamente ha desaparecido la jerarquía interna de forma que cada fiscal goza de un amplio margen de independencia.

Según LÓPEZ AGUILAR³⁵⁴, el modelo del Público Ministero en Italia ha sido muy controvertido y discutido a lo largo del tiempo, siendo en sí mismo un debate interminable que sólo es entendible cuando se está familiarizado con la “peripecia político- institucional italiana a lo largo de la segunda mitad del S.XX”.

Pero al margen del peculiar problema de la “corrupción política” que ha sido esgrimido por la doctrina, como la principal razón de política criminal que impide la relación Ejecutivo-Ministerio Público por el alto riesgo que conlleva, circunstancia que ha sido incluso calificada como “habitual” y que ha llegado a difundirse de forma amplia en opinión de autores como ZANON³⁵⁵, ha sido la propia Constitución Italiana la que a través de la regulación del “ordine giudiziario” ha impreso “un cambio de ruta” irreversible en la legislación precedente que se caracterizaba por poner al Ministerio Público bajo la dependencia del Gobierno y que concebía a este órgano, con un margen de autonomía muy inferior a la reconocida a los Jueces³⁵⁶. Sin embargo, la Constitución Republicana de 1948 aporta las “innovaciones necesarias” en opinión de BESTARRECHE BENGOA³⁵⁷ para superar la vieja concepción de un Ministerio Público como órgano administrativo dependiente del Gobierno, y más concretamente del Ministro de Justicia. Así el Consejo Superior de la Magistratura, deja constancia en la “Relazioneannualesullostatodellagiustizia” que al amparo de las discusiones jurídicas importa recalcar que hoy el ordenamiento reconoce a los magistrados del Ministerio Público una posición perfectamente idéntica a aquella de los jueces en lo que se refiere a su estatuto personal. Se trata de una constatación importante pues sirve para aclarar que el legislador ordinario ha interpretado la Constitución en el sentido de la “absoluta independencia del Ministerio Público” en relación al poder ejecutivo...”.

Por tanto y partiendo del punto de vista de la responsabilidad política, se construye una situación de absoluta analogía con la Judicatura, de manera que a los jueces no se les puede exigir responsabilidades porque su irresponsabilidad es precisamente garantía de su independencia, condición esencial, para un correcto ejercicio de las funciones jurisdiccionales³⁵⁸.

³⁵⁴ Juan Fernando López Aguilar, “La Justicia y sus problemas...”, Op. Cit. Pagg. 186-187.

³⁵⁵ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag. 415. Vid note. 945.

³⁵⁶ *Ibidem*. Pag. 412. Vid note 937.

³⁵⁷ *Ibid.* “ Relazioneannualesullostatodellagiustizia”, Roma, 1971.pag.562. Texto citado por Tomás Bestarache Bengoa, Loc.Cit.

³⁵⁸ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.377.

Un principio que ha servido para definir al Ministerio Público Italiano ha sido la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal (art. 112 de la Constitución). Su interpretación por parte de la doctrina italiana, como se pone de manifiesto en autores como CRISAFULLI³⁵⁹, vienen a subrayar el problema de la compatibilidad de cualquier tipo de autorización con el principio de obligatoriedad de la acción penal (...), principio que en opinión de BESTARRECHE BENGOA ha condicionando en exceso la estructura orgánica de la institución, convirtiéndose aquel, en el máximo garante de la independencia de la Fiscalía en Italia.

No obstante y según el citado autor, que se hace eco de la opinión de parte de la doctrina italiana, considera que no es contradictorio el planteamiento según el cual la Fiscalía se integra dentro de la Magistratura con todas sus garantías, junto a la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, pero es necesaria una regulación, en términos de esa “vigilancia preconstitucional” que contemplaba el art. 69 del RD de 1941. Y fundamentan esta tesis en la conveniencia de establecer un control político-administrativo sobre la actividad de esta institución más allá de los controles endo-procesales (control por el juez dentro del procedimiento) o bien sobre su inactividad, si ello se produjera. Es decir, abogan por la solución holandesa, defendida entre otros por DOMIONI, tesis que es mantenida por BESTARRECHE BENGOA³⁶⁰ según la cual es posible la independencia del estatus del Ministerio Público y de los fiscales pero admitiendo una cierta dependencia funcional respecto de los órganos políticos. En estos casos, la independencia de estatus sería un mecanismo corrector ante posibles excesos de la dependencia funcional. Pero esta tesis es contraria a la postura mantenida por la opinión mayoritaria de la doctrina italiana que considera la posible relación entre el poder ejecutivo y el Ministerio Público, contraria a los artículos 104, 107, 108 y 112 de la Constitución Italiana. Es decir, se haría necesario una revisión constitucional para introducir cambios en la línea de una dependencia funcional entre el Ministro de Justicia y el Ministerio Público.

³⁵⁹Crisafulli V., “ Incompatibilità dell’auttorizzazione a procedere ext. Art.16 c.p.p. con el art. 28 della Costituzione”. Autor citado por Tomás Bestarreche Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag 411.

³⁶⁰ Ibídem. Pag.420.

El principal problema que esgrime la doctrina italiana, para ese acercamiento entre el Gobierno y el Ministerio Público deriva de una incompatibilidad conceptual entre administración y jurisdicción de tal manera que aquellas propuestas que buscan el acercamiento entre ambas instituciones, contrastarían con la garantía de independencia, pero según BESTARRECHE BENGUA ³⁶¹ obvian un dato importante como es que para suspender el valor de la independencia de la magistratura solo podría invocarse un principio constitucional de igual relevancia, preguntándose este autor si no sería suficiente el art. 97³⁶² de la Constitución italiana (correcta administración).

El segundo problema planteado sería la corrupción y la irresponsabilidad política de los gobiernos en Italia. En opinión de este autor³⁶³, una relación cercana entre el Gobierno y la Fiscalía, permitiría que la orientación en la política de persecución penal fuera un mecanismo adicional de control del Parlamento al Gobierno o de exigencia de responsabilidad de la ciudadanía al Ejecutivo, o simplemente sirva de contenido a los debates que la oposición pueda mantener cuando pretendan acceder al Gobierno. Pero en cualquier caso, esta segunda opción es bastante improbable dada las escasas competencias del Ministro de Justicia respecto al Ministerio Público Italiano.

C. Alemania.

La institución del Ministerio fiscal en Alemania, no encuentra acomodo en su Constitución³⁶⁴(Ley Fundamental de Bonn) arrancando su primera regulación con la Ley Orgánica de los Tribunales³⁶⁵, que dedica los párrafos 141 a 152 a su regulación.

³⁶¹ *Ibidem*. Pag. 418.

³⁶² El art. 97 de la constitución italiana: “Los cargos públicos se organizarán según los preceptos de la ley, de tal modo que se garanticen su buen funcionamiento y la imparcialidad de la administración (...)”.

³⁶³ *Ibidem*. Pag.421.

³⁶⁴ Como señala RaoulMuhm, en “Política y Justicia en la experiencia comparada actual: el caso alemán”. Estudios de Derecho Judicial,nº 6,1997(Sistema político y criminalización de la vida política e independencia judicial), Pag156. “... Ahora puede producir perplejidad constatar que los miembros de la Asamblea Constituyente alemana, no obstante la experiencia del uso arbitrario del aparato judicial por parte de la dictadura nacional-socialista, no se hubieran preocupado de sancionar constitucionalmente ni la independencia personal del fiscal ni la institucional del ministerio público...”

³⁶⁵ La Ley de la Constitución o Ley Orgánica de los Tribunales, es promulgada por vez primera el 1 de octubre de 1879, junto con los códigos procesales civil y penal así como el código de concursos. La GVG experimenta una reforma importante en el año 2002, con la reforma de la ley del proceso civil alemán. Código Procesal Civil Alemán. Publicación facilitada por la Fundación Konrad Adenauer Stiftung. Berlín. 2006. Pag.36. No obstante los artículos citados en esta sede y el contenido de los mismos, se recogen del texto de la ley de 9 de mayo de 1975, con la modificación efectuada por Ley de 20 de

Se trata de una Institución adaptada a la estructura federal del Estado, pero presenta bastantes similitudes con el Ministerio Público francés, en lo que respecta a su estructura, tanto desde una perspectiva orgánica como funcional³⁶⁶.

Coincidiendo en este punto con el planteamiento de LANZAROTE MARTÍNEZ³⁶⁷, para comprender mejor la organización jurisdiccional en Alemania, es necesario tener presente la división territorial y la distribución de competencias entre el Estado Federal (Bund) y los Estados Federados alemanes (Länder), siendo competencia de cada Estado Federal, la gestión de la Administración de Justicia, pasando a depender los Fiscales alemanes de los respectivos Ministerios de Justicia. Por tanto y en opinión de MARTÍNEZ DALMAU³⁶⁸ “...un entramado de relaciones entre estos dos tipos de entes, que conlleva una desconcentración organizativa en la estructura judicial alemana”.

Así, dentro de la organización de la Fiscalía alemana, observamos diferentes escalas o niveles de control, que van desde el Ministro Federal de Justicia que ejerce concretamente las funciones de dirección e inspección de acuerdo con el parágrafo 147.1 de la ley orgánica de los Tribunales (GVG), respecto del Fiscal General Federal (FGE federal) y de los Fiscales Federales, propuestos todos ellos por el propio Ministro de Justicia Federal, correspondiendo el nombramiento al Presidente Federal, con la aprobación de la cámara de representación territorial(Consejo Federal o Bundesrat) ostentando la condición de funcionarios con dicho nombramiento, lo cual exige el acuerdo por mayoría de los once Estados Federados de acuerdo con los párrafos 148 y 149.1 de la GVG. Por tanto y coincidiendo con la tesis de MARCHENA GÓMEZ³⁶⁹, “...la dependencia gubernamental deriva, por sí sola, del criterio de nombramiento”.

A su vez, los Ministerios de Justicia Federales ejercen funciones de control y supervisión respecto de todos los Fiscales del Estado Federal y los Fiscales Generales de estos Estados Federales ejercen aquellas funciones, respecto de los Fiscales de la Fiscalía General del Land y sobre aquellos fiscales que integran la Fiscalía Local.

diciembre de 1984. Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal ...” Op.Cit. Pag.58. vid. note de autor nº 37. Flores Prada y RaoulMuhm sitúan la primera promulgación de la GVG el 27 de enero de 1877, con modificaciones posteriores en 1950 y 1969.

³⁶⁶ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”,Op.Cit. Pag.174.

³⁶⁷ Pablo Lanzarote Martínez, “ La Autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.321.

³⁶⁸Rúbén Martínez Dalmau, “ Aspectos Constitucionales ...”, Op.Cit. Pag.65.

³⁶⁹ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes”, Diario la Ley, Sección doctrina, 1996, Pag.8.

Por último, el primer funcionario director de la Fiscalía Local es quien ejerce las funciones de control y supervisión sobre los fiscales de su Fiscalía ante el Tribunal del Länd (Landgericht)³⁷⁰.

De acuerdo con la Ley Orgánica de los Tribunales (parágrafos 141 a 152), la Fiscalía Alemana se organiza de forma piramidal, bajo la autoridad del Ministro de Justicia Federal y los respectivos Ministerios de Justicia de cada Länd, y, a su vez, en dos niveles de acuerdo con la estructura federal del Estado. Así, el párrafo 141 del GVG establece que ante cada Tribunal debe existir una Fiscalía. De acuerdo con ello, en el Tribunal Supremo Federal, las funciones del Ministerio Público se ejercen por el Fiscal General Federal y uno o varios Fiscales Federales. La competencia de la Fiscalía General Federal abarca todo el Estado y está presidida por el FGE Federal, pero su ámbito competencial, con funciones propias, abarcaría el equivalente a nuestro Tribunal Supremo y a nuestra Audiencia Nacional. Por tanto no tiene los cometidos que en nuestro país asume la Fiscalía General del Estado. En los Tribunales Superiores del Länd (Estado Federal), y en los Tribunales del länd, existen uno o varios Fiscales. Así, las Fiscalías Superiores que existen en cada uno de los Estados Federales, tienen su respectivo Fiscal Jefe (FGE) a la cabeza, interviniendo en todas aquellas causas de que conoce el citado Tribunal Superior (equivalente a nuestros Tribunales Superiores de Justicia). En los Tribunales del Länd, con sus respectivas Fiscalías y con su Fiscal Jefe al frente de las mismas, actúan ante estos órganos jurisdiccionales (equivalentes a nuestras Audiencias Provinciales). En los tribunales inferiores, u órganos judiciales unipersonales (Amtsgericht), las funciones del Ministerio Fiscal son ejercidas por uno o varios Fiscales legos del Amtsgericht³⁷¹.

³⁷⁰ Pablo Lanzarote Martínez, “La Autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag. 322. Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes”. Diario la Ley. Sección Doctrina. 1996. Pagg.20-21. Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos Constitucionales...”, Op.Cit.Pag.65 y 68.

³⁷¹ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.174. Vid note 459. Pablo Lanzarote Martínez, “La Autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag. 324-326. Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos Constitucionales del Ministerio fiscal...”, Op.Cit. Pag.68. Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg. 59-60. Juan Luis Gómez Colomer, “Sobre el Ministerio Público Alemán” Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos: in Memoriam.Vol. II. 2001. Pag. 787

La competencia territorial de las Fiscalías se corresponde con el territorio del respectivo Tribunal, aunque en aquellos casos donde exista peligro de demora, se autoriza a que un Fiscal pueda extender los límites de su competencia más allá del territorio de su adscripción³⁷².

La estructura jerárquica del Cuerpo Fiscal alemán empieza, de acuerdo con lo expuesto, por el Ministro de Justicia Federal, quien dirige y controla al Fiscal General ante el Supremo, el Generalbundesanwalt, quien a su vez, dirige a los Bundesanwälte (Fiscales Federales). Por otro lado y de acuerdo con esa estructura federal del Estado, el Ministro de Justicia de cada Länd (Estado federado alemán) dirige y controla al Fiscal General de su Estado, el General staatsanwälte, al que a su vez, están subordinados los Fiscales de cada distrito.

En lo que respecta a la jerarquía interna, de acuerdo con el parágrafo 146 de la Ley sobre Ordenamiento Judicial (GVG) se establece, que los “funcionarios acatarán las órdenes de su superior que se refieran al servicio”. Al mismo tiempo, cada uno de los órganos superiores tiene derecho a dictar instrucciones a los Fiscales inferiores, según dispone el art. 145 del GVG. El órgano superior dispone del derecho para poder encargarse por sí mismo, del caso concreto (derecho de avocación) pero también puede sustituir al fiscal que inicialmente se encargaba del caso, por otro fiscal. Mientras el derecho de sustitución puede ser ejercido también por el ministro de Justicia, el de avocación compete únicamente a los superiores dentro del Ministerio Público³⁷³.

En este sentido y tal como sostiene RAOUL MUHMN³⁷⁴, será el fiscal jefe del Länd, o el de la República Federal, el encargado de ejercer eventualmente, por instrucción del Ministro de Justicia, como último superior jerárquico interno, el derecho de avocación, con lo que tal como concluye este autor, “el poder político puede influir en cualquier fase del proceso, sobre el curso de la acción penal, tanto ordenando su archivo como decidiendo las modalidades del trámite, sustituyendo a los fiscales encargados o avocando las investigaciones”.

³⁷² *Ibíd.*

³⁷³ RaoulMuhmn, “Política y Justicia en la experiencia comparada...”, Op.Cit. Pag.159.

³⁷⁴ RaoulMuhmn, “Política y Justicia en la experiencia comparada...”, Op.Cit. Pag.160.

Las decisiones del superior jerárquico no están sujetas a obligaciones formales, con lo cual aquellas no tienen que ser motivadas ni estar documentadas. Una instrucción oral, sería absolutamente suficiente. Además, contra las decisiones del superior jerárquico no hay prevista tutela judicial³⁷⁵.

Como manifestación del principio de unidad orgánica, y según se desprende del párrafo 144 del GVG, las personas designadas ante el primer funcionario serán tratadas como sus sustitutos, de forma que cuando actúan en su nombre o en representación del mismo, están autorizadas a ejercer sus funciones sin tener que justificar el encargo. En lo que respecta al principio de unidad de actuación, principio en virtud del cual, el fiscal que se halla integrado dentro del órgano correspondiente, debe respetar las instrucciones generales y las particulares recibidas en relación a un asunto concreto, provenientes de un superior dentro de la cadena jerárquica, con lo que sus decisiones de cómo llevar a cabo las investigaciones de los casos que están bajo su responsabilidad, no se limitaran a sus propios criterios personales³⁷⁶.

Pero resulta llamativo como a pesar de la presencia del principio de unidad, dentro de la organización de la Fiscalía alemana, en sus distintas vertientes o manifestaciones tal como se desprende de lo expuesto en esta sede, el FGE Federal no tiene facultades de dirección ni control sobre el Ministerio Fiscal de cada Estado Federal por lo que no puede impartir órdenes o instrucciones a los Fiscales de los Estados Federales ni ejercer los derechos de devolución o sustitución³⁷⁷.

La Fiscalía Federal ante el Tribunal de Casación depende de la Administración Federal y por tanto del Ministro Federal de Justicia. La Fiscalía Federal, según los párrafos 142 a 120 del Ordenamiento Judicial o Ley Orgánica de los Tribunales, únicamente conocerá de aquellos tipos de delitos que lesionan los intereses institucionales de la República Federal Alemana en su conjunto o en su totalidad (delitos tales como atentados contra la Constitución, terrorismo, espionaje, etc.)³⁷⁸.

³⁷⁵ *Ibíd*

³⁷⁶ Pablo Lanzarote Martínez, “ La Autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg.322-324. Esto sería lo que la doctrina Española representada por Jimenez Villarejo, define como la indivisibilidad y fungibilidad en el funcionamiento de la institución. Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.692. Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.59.

³⁷⁷ Pablo Lanzarote Martínez, “ La Autonomía del Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag. 322.

³⁷⁸ RaoulMuhm, “Política y Justicia en la experiencia comparada...”, Op.Cit. Pag.159.

Lo expuesto supra, podría ser una manifestación de esa descentralización política que implica la independencia de los poderes estatales frente a los federales y que se debe al rasgo federal del Estado Alemán en un doble nivel: federal (Bund) y estatal (Länder), de acuerdo con el carácter compuesto de su ordenamiento Jurídico en los diferentes órdenes de la jurisdicción, tal como lo describe LÓPEZ AGUILAR³⁷⁹. Y tal como lo interpreta este autor, al hablar del modelo de la Fiscalía Alemana, argumentando al respecto que es uno de los más próximos al modelo español, poniéndose de manifiesto ya no solo por su estructura jerarquizada sino por los principios orgánicos de unidad de actuación y dependencia jerárquica, además de aquellos de naturaleza funcional legalidad e imparcialidad, a pesar de su dependencia del Poder Ejecutivo.

En sede general, el principio de legalidad implica, que ante hechos que adquieran la naturaleza de delictivos o punibles, se abrirán las investigaciones conducentes al esclarecimiento de los mismos, con el consiguiente deber de acusar si existen condiciones para ello de acuerdo con los parágrafos 152.2 y 170.2 del Código Procesal Penal de 1879 (StPO). El principio de imparcialidad en la actuación del Ministerio Público supone, que al igual que se debe fundamentar la acusación detallando los hechos que la motivan, también deberá procederse a la defensa del inculpado si se dieran las circunstancias que así lo demuestran, o bien sirvan a la atenuación de la responsabilidad penal de aquel³⁸⁰.

No obstante su sometimiento a la Legalidad, consagrada no sólo como principio que debe inspirar las actuaciones de los Fiscales, sino de todos los órganos del Estado, de acuerdo con el art. 20.3 de la Constitución Alemana (Ley Fundamental de Bonn), el Fiscal alemán puede manifestar su desacuerdo, con una instrucción recibida, pudiendo incluso rechazar su ejecución en caso de no tener éxito ante las instancias superiores, con el riesgo de apertura de expediente disciplinario. Esta facultad, ha de estar fundada en su convicción personal de ser contraria a la ley o al derecho, y deberá dejarse

³⁷⁹ Juan Fernando López Aguilar, “ La Justicia y sus problemas...”, Op.Cit. Pag.173.

³⁸⁰ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”Op.Cit. Pag.323. Andreas Ritter, “El Ministerio Fiscal alemán: naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado”, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal,VI, 2001, Pagg.36-37 y ss. En opinión de este autor, el Ministerio Fiscal alemán por las funciones que realiza dentro del proceso, se erige en la columna vertebral del sistema procesal alemán, dirigiendo y participando en todas las etapas del proceso penal, desde la interposición de la denuncia hasta el cumplimiento final de la pena. Su tarea se rige por el principio de legalidad que le obliga a iniciar la investigación si existen elementos suficientes que permitan suponer la existencia de un hecho punible, a dirigir la investigación controlando la legalidad de la actividad policial, con el fin de decidir finalmente si formula acusación o archiva el caso por falta de pruebas.

constancia de ello ante sus superiores, pudiendo llegar incluso al Ministro de Justicia dentro de la cadena jerárquica. En cualquier caso, siempre está la solución alternativa ofrecida por el artículo 145 de la GVG a través del derecho de sustitución, lo que conduce al resultado de que ningún fiscal está obligado a ejecutar una instrucción que atente contra su convicción personal³⁸¹. En opinión de ANDREAS RITTER³⁸², esta facultad del Fiscal asegura su independencia personal para asumir sus tareas, sin perjuicio de la función fundamental de resguardo del derecho.

Cuando dichas instrucciones proceden del Ejecutivo y se refieran a algún caso concreto, deberá hacerse constar en las actas, asegurándose así la debida transparencia por parte del Ministerio Fiscal. Esta práctica carece de cobertura legal pero está ampliamente aceptada.

En lo relativo a la Naturaleza Jurídica del Ministerio Público alemán, establece el parágrafo 150 de la GVG, que aquel es un órgano independiente en el desempeño de sus funciones oficiales, y el parágrafo 151 de la GVG, dispone que los Fiscales no podrán realizar asuntos judiciales ni tampoco podrán delegárseles funciones de inspección del servicio sobre los Jueces. Del contenido de estas disposiciones, se evidencia en opinión de MARCHENA GÓMEZ³⁸³, la verdadera naturaleza de la Fiscalía Alemana. Y tal como ya se ha expuesto supra, no es ajeno el Ministerio Público alemán a los criterios de unidad y dependencia jerárquica, desde una perspectiva orgánica y funcional, sobre todo respecto del Ministro de Justicia, cuestionando esto último, la naturaleza de la Institución sobre todo a partir de la reforma de 1974, por la que se amplían sus competencias dentro del proceso penal. Frente a una minoría dentro de la doctrina alemana que considera al Ministerio Público incardinado dentro del Poder Judicial, el sector mayoritario de aquella considera por el contrario, que se trata de un órgano de la Administración de Justicia sui generis que forma parte del poder ejecutivo³⁸⁴.

³⁸¹ Pablo Lanzarote Martínez, “Aspectos Constitucionales del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag. 324. Andreas Ritter, “ El Ministerio Fiscal alemán: Naturaleza, Funciones, sus relaciones con los demás Poderes del Estado”, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, VI-2001, Pag.48. En relación a la facultad del Fiscal alemán de poder negarse a ejecutar las instrucciones recibidas cuando sospecha de su legalidad, dejando constancia de sus dudas y de su desacuerdo a su superior, debe hacer constar su similitud con el contenido del art. 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal Español.

³⁸² Andreas Ritter, “ El Ministerio Fiscal Alemán...”, Op.Cit. Pag.48.

³⁸³ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.59. Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.324.

³⁸⁴ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.174-175. RaoulMuhm, “Política y Justicia en la experiencia comparada...”,Op.Cit. Pag.158.

GÓMEZ COLOMER³⁸⁵ señala respecto de esta institución que se trata de una “...autoridad de la Administración de Justicia, una autoridad autónoma dentro de la misma”. No se trata de una autoridad judicial porque el ejercicio de la función jurisdiccional no le viene reconocido por el art. 92 de la Constitución alemana o GG (Grundgesetz), por la sujeción jerárquica de los miembros de la Institución Fiscal, a las disposiciones del superior y por la falta del efecto de cosa juzgada de sus resoluciones. Pero tampoco se trata de una autoridad administrativa pura, porque su autoridad no se deriva de las exigencias de la Administración, no está orientada hacia las mismas, sino hacia la Verdad y la Justicia.

MARTÍNEZ DALMAU³⁸⁶, viene a afirmar que es la propia ley, en concreto la Ley Federal del servicio civil, la que se encarga de reconocerle una naturaleza gubernamental al concederle el calificativo de “funcionario civil”.

ANDREAS RITTER³⁸⁷, insiste en el consenso casi general dentro de la doctrina alemana, que considera la no pertenencia del Ministerio Fiscal al Poder Judicial, en tanto en cuanto sus decisiones en torno al archivo o suspensión de los procesos judiciales no pueden ser consideradas decisiones con efectos judiciales: las decisiones del Fiscal no tienen efecto de cosa juzgada. Continúa afirmando este autor, que la actuación de los miembros de este organismo jerárquico se halla limitada por las instrucciones dentro de la organización, con lo cual no goza de la independencia del Juez, a la hora de adoptar sus decisiones, pero tampoco en un simple órgano del Poder Ejecutivo, puesto que su actividad gira en torno al ordenamiento jurídico y el respeto absoluto al mismo. Se trata por tanto de “...un órgano encargado de una parte importante de la administración de justicia penal que debe promover, siendo un puente entre el Ejecutivo y el Poder Judicial y que por lo tanto se sitúa entre ambos”. El citado autor afirma, que una aproximación a la naturaleza jurídica de esta institución pone de manifiesto que no existe una definición sobre la misma, tan sólo normas que de forma fragmentaria regulan aspectos de aquella, existiendo no obstante un consenso casi general dentro de la doctrina y de la jurisprudencia según la cual, estamos ante un órgano de carácter jerárquico, asignado al Poder Judicial, (de ahí se establece que ante cada juzgado debe de existir una fiscalía, de acuerdo con el art. 141 del GVG) y además

³⁸⁵Luis Gómez Colomer, “Sobre el Ministerio Público Alemán”, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Vol. 2. Año 2001. Pag.784. Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos constitucionales...” Op.Cit.65.

³⁸⁶ Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos Constitucionales...” Op.Cit. Pag.66.

³⁸⁷ Andreas Ritter, “ El Ministerio Fiscal Alemán: Naturaleza, funciones...” Op.Cit. Pagg. 25 y 36.

sus actuaciones serigen por el principio de legalidad y objetividad en la consecución de sus tareas, además de asegurar una persecución penal eficaz de acuerdo con las leyes y el respeto a los derechos del inculpaado.

Y es precisamente esa naturaleza del Ministerio Fiscal Alemán como órgano sui géneris de administración y tutela de la justicia, tal como opina la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, en la que encuentra su licitud, el estatuto rígidamente jerárquico de la Institución Fiscal, por lo que un sector mayoritario de la doctrina, se inclinan por la limitación de los poderes del superior jerárquico sobre todo considerando el hecho del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, que en Alemania conoce numerosas excepciones, principio que no tiene reconocimiento constitucional y además se encuentra limitado por el principio de oportunidad de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 152, 2º del Código Procesal Penal(Stpo). Según el principio de oportunidad, cuando el delito sea considerado de escasa entidad y no exista un interés público en el ejercicio de la acción penal, el fiscal puede pedir el archivo, al juez competente, o en algunos casos, decidir el propio fiscal el archivo del procedimiento: en este último supuesto, el fiscal habrá de considerar que el hecho no constituye delito o bien que aquel no ha sido cometido, teniendo por tanto la facultad de archivo sin intervención del Juez³⁸⁸.

Cabe incluso la posibilidad, de acuerdo con el párrafo 153ª de la StPO, de que la Fiscalía con la aprobación del Tribunal competente, prescinda provisionalmente del ejercicio de la acción pública en caso de delito castigado con pena privativa de libertad inferior a un año, imponiendo al inculpaado en este caso, la obligación de una prestación para la reparación de los daños causados por el hecho, o bien pagar una cantidad a favor de una institución de utilidad pública o del Estado, o cumplir obligaciones alimenticias o una prestación de utilidad pública. La posibilidad de abstención en el ejercicio de la acción penal se extiende a los casos de arrepentimiento activo, en el que el autor del hecho punible “haya contribuido a evitar el peligro para la integridad de Alemania” de acuerdo con el párrafo 153e de la StPO³⁸⁹.

³⁸⁸Raoul Muhm, “Política y Justicia en la experiencia comparada...”, Op.Cit. Pag.161.

Rubén Martínez Dalmau, “ Aspectos Constitucionales...”, Op.Cit. Pag.67. Ignacio Flores Prada, El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.176. Vid note de autor 465: Según Rebmann, el principio que gobierna el ejercicio de la acción penal en Alemania es el Principio de legalidad, aunque el StPO recoge varias excepciones que constituyen manifestaciones del Principio de oportunidad reglada (...).

³⁸⁹ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.61.

ANDREAS RITTER³⁹⁰ poniendo el punto de atención en la insignificancia del delito y por tanto en la posibilidad de suspender un procedimiento, éste queda limitado a aquellos casos y condiciones expresamente previstas en el Código Procesal Penal alemán, con lo cual se trata de una decisión adoptada por el fiscal que no es poder discrecional del Ministerio Público sino la aplicación de la ley misma.

Según expresa MARCHENA GÓMEZ³⁹¹, “no provoca ningún rubor al legislador alemán el reconocimiento de la existencia de motivaciones políticas que puedan ser decisivas en el ejercicio de la acción pública. Sólo así se explica, la libérrima facultad que el párrafo 153d confiere al Fiscal General Federal para abstenerse, desistir de la acción o archivar el proceso en los casos de persecución de ciertos ilícitos que puedan provocar el peligro de una grave desventaja para la comunidad alemana o cuando se opusieran a la persecución otros intereses públicos superiores. La no exigibilidad, en tales casos, de aprobación del Tribunal sentenciador, hacen difícilmente plausible la omnímoda prerrogativa puesta al alcance del Fiscal”.

ANDREAS RITTER³⁹², considera en cuanto al principio de oportunidad, que no se trata de una excepción al principio de legalidad sino “una limitación más o menos (...) establecida por la ley de su aplicación absoluta”. Su objetivo en la práctica, es disminuir la carga de trabajo del sistema procesal alemán, para así destinar los esfuerzos a la persecución de delitos de mayor envergadura.

A este respecto RAOUL MUHM³⁹³ ha manifestado una cierta preocupación, haciéndose eco de la posición de la doctrina mayoritaria, que ha denunciado como en Alemania, se han archivado con bastante frecuencia, en aplicación del principio de oportunidad, denuncias en las que estaban implicados personajes del mundo político y de las finanzas, situación ésta que ha generado preocupación en la doctrina científica y además se ha propugnado una posición concreta en este sentido, como es la de limitar la relación de subordinación del fiscal en el ejercicio de la acción penal, llegándose incluso a posturas de defensa de “inexistencia de vínculo jerárquico” entre el Ministro de Justicia y los fiscales considerados individualmente, con lo que implícitamente se está

³⁹⁰ Andreas Ritter, “ El Ministerio Fiscal Aleman...”, Op.Cit. Pag.34.

³⁹¹ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag61. Rubén Martínez Dalmau, “ Aspectos constitucionales...”, Op.Cit. Pagg.67-68.

³⁹² Andreas Ritter, “ El Ministerio Fiscal Alemán...”, Op.Cit. Pag.34.

³⁹³ Raoul Muhm, “ Política y Justicia en la Experiencia comprada ...”, Op.Cit. Pag.161

asimilando la función del Ministerio Público con el Poder Judicial, en cuanto órgano del ordenamiento judicial.

Continúa afirmando este autor³⁹⁴, que la necesidad de una reforma del sistema jerárquico del Ministerio Fiscal en Alemania no solo ha sido sentida y advertida por la doctrina e incluso por el propio estamento fiscal sino que esta propuesta se ha visto respaldada por la investigación llevada a cabo por la comisión parlamentaria en el Länd Baden-Wuttemberg, que se constituyó para esclarecer las connivencias entre el Ministro de Justicia y los funcionarios de la Fiscalía, que habían dado pie a “diligentes inercias y fáciles archivos en procesos penales en los que resultaban implicados personajes estrechamente ligados a miembros del gobierno”.

En el ámbito de la investigación, el partido liberal de la coalición gubernamental llegaron a proponer que los fiscales pudieran actuar de manera análoga a como lo hacían los jueces, es decir con independencia y sin sujeción a instrucciones, desvaneciéndose de este modo las sospechas e injerencias ilícitas. Concluye este autor, que el modelo de Fiscalía en Alemania no es el más idóneo, dada su estrecha dependencia jerárquica del ejecutivo, no pudiendo por tanto garantizarse una actuación libre de influencias externas y por consiguiente una actuación imparcial, y por tanto, tampoco se podría garantizar el precepto constitucional de igualdad ante la Ley³⁹⁵. En este sentido MARCHENA GÓMEZ³⁹⁶, se ha manifestado en relación al modelo alemán de Fiscalía, sosteniendo al respecto que no es un ejemplo a imitar.

ANDREAS RITTER³⁹⁷ considera que el concepto de una cierta independencia personal del fiscal en sus decisiones dentro del organigrama jerárquico es relativamente moderno, circunscribiendo el debate a la naturaleza jurídica de esta institución, como órgano de la administración de justicia penal al mismo nivel que los juzgados. Este autor, resitúa el problema y de alguna manera lo justifica, en la posibilidad de destitución del Fiscal General de la República y de los Fiscales Generales de ciertos Estados Federales, estando el resto de los miembros del Ministerio Público alemán en una situación similar a la de los jueces en lo que respecta a su inamovilidad. Y justifica la posible destitución de aquellos, en el hecho de la necesidad de una concordancia con

³⁹⁴ RaoulMuhm, “Política y Justicia en la Experiencia comparada...”, Op.Cit. Pag.164. Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal en Europa...”, Op.Cit. Pag.8.

³⁹⁵ Raoul Muhm , Loc.Cit.

³⁹⁶ Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit.

³⁹⁷ Andreas Ritter, “El Ministerio Fiscal Alemán: Naturaleza, funciones...”, Op.Cit. Pag.45.

el Poder Ejecutivo en materia de política criminal y por tanto en objetivos concretos de la persecución penal, pero no deja de reconocer que la instrumentalización del Ministerio Fiscal por el Poder Ejecutivo, es un problema crucial para el principio de separación de poderes e incluso para la propia Institución, cuya naturaleza y funciones no son compatibles con una actuación como “brazo alargado del Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial”.

Según ANDREAS RITTER³⁹⁸, las funciones del Ministerio Fiscal representan “La columna vertebral del sistema procesal alemán”. Actúa, dirige o participa en todas las etapas del proceso penal, desde la interposición de la denuncia hasta el cumplimiento final de la pena. El Ministerio Fiscal es el “dueño de la investigación” viniendo a definir contra quien, como y de qué manera se lleva a cabo. Su tarea se rige por el principio de legalidad lo cual significa, que inicia la investigación, si existen elementos suficientes que permitan suponer que existe un hecho punible. De igual forma controla la legalidad de la actuación policial con el fin de decidir finalmente si formula o no acusación o se archiva el procedimiento. Es decir, importantes prerrogativas procesales ya no solo, en la fase instructora o de acopio de material probatorio, sino en orden a la disponibilidad de la acción penal con aplicación de criterios de oportunidad, en la persecución del ilícito penal³⁹⁹. El Fiscal alemán puede ordenar la adopción de medidas que constituyen una intervención en los derechos fundamentales de una persona, como por ejemplo el registro de una vivienda o una intervención telefónica, medidas que son dictadas directamente por el fiscal aunque están siempre supeditadas a recurso por parte del inculcado y además a confirmación por parte del Juez de la Investigación (que no Juez de Instrucción) pero las citadas medidas intrusivas o cautelares se producirían en aquellos casos “ de peligro de una actuación no inmediata”. El Juez de la investigación sólo está habilitado para comprobar si la medida solicitada por el fiscal cumple con las condiciones previstas por la ley para su aplicación. No dispone de la facultad de dictar la medida de oficio, ni ordenar una medida distinta a la solicitada por el Ministerio Público. Es decir, sólo ejerce un control del respeto del derecho pero no ejerce funciones de investigación, aunque evidentemente determinadas medidas como la privación de libertad del inculcado o el análisis de material genético, por citar dos

³⁹⁸ Andreas Ritter, “El Ministerio Fiscal alemán...”Op.Cit. Pag.37.

³⁹⁹ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”Op.Cit. Pag.61.

ejemplos, son medidas cautelares que está reservadas exclusivamente al Juez de la Investigación⁴⁰⁰.

En Alemania, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Strafprozeßordnung) de 1877, fue reformada en 1974, regulándose a partir de este momento, un modelo procesal penal en el que la instrucción pasaría a cargo del Fiscal de acuerdo con sus artículos 160 a 163 de la citada ley. Así el art. 163 viene a establecer, que la Fiscalía ordena a la Policía que investigue los hechos aparentemente delictivos, conforme a sus técnicas propias, siendo en la práctica la Policía, la verdadera instructora de las causas criminales, cosa que en España⁴⁰¹ ya sucede aunque con el manto judicial. Las razones que llevaron a Alemania a atribuir dicha competencia al Ministerio Público se pueden resumir sumariamente en dos razones: La primera de ellas, tendría que ver con una potenciación del principio acusatorio, como eje en torno al cual se produce la modificación del proceso penal, principio mucho más compatible con un Estado de derecho, limitándose por tanto los amplísimos poderes del Juez de Instrucción en la fase de averiguación o sumarial del proceso penal, con un acercamiento claro al modelo anglosajón, y más concretamente al proceso penal federal norteamericano⁴⁰², espejo en el que se miran los legisladores actuales. La segunda de las razones está relacionada con la necesidad de evitar reiteraciones de actuaciones procesales, con lo cual se estaba yendo en contra del principio de economía procesal. Con esta solución se logra acelerar el proceso penal, centrando en la vista oral, la práctica de las pruebas, con lo que los actos de investigación se reservan en esta fase previa, donde se dilucida si se acusa y por tanto se abre juicio oral o por el contrario se archiva el procedimiento⁴⁰³.

Por tanto, dentro del contexto europeo, es Alemania e Italia los países donde se lleva a cabo un modelo de proceso acusatorio con mayor o menor profundidad, muy aproximado al que impera en los Estados Unidos, en donde el proceso acusatorio que rige dentro del sistema de enjuiciamiento criminal (federal), destaca por su pureza o autenticidad⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ Andreas Ritter, Loc.Cit.

⁴⁰¹ Juan Luis Gómez Colomer, "La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado", Revista del Ministerio Fiscal, nº 4, 1997, Pag.93.

⁴⁰² Juan Luis Gómez Colomer, "Reforma estructural del Proceso Penal y la elección del modelo a seguir", artículo publicado en el "AdversarialSystem, Proceso Acusatorio y Principio Acusatorio : Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los EE.UU de Norteamérica". Revista del Poder Judicial , número especial XIX,Madrid, 2006,pag.2

⁴⁰³ Juan Luis Gómez Colomer, "Sobre el Ministerio Público Alemán"... , Op.Cit. Pág.794-795

⁴⁰⁴ Juan Luis Gómez Colomer, " Reforma estructural del Proceso Penal ... "Op.Cit. Pag.2

En Francia, muchos juristas franceses ante el intento del Presidente Sarkozy de acabar con los restos del Juez de Instrucción, en beneficio del control total de los procesos penales por los Magistrados del “parquet”, no han tenido el menor reparo en afirmar que el cambio deseado por el ex-presidente de la República Francesa, (que al final tuvo que retroceder) constituía un condicionamiento decisivo e indeseable de la debida persecución penal de la delincuencia de mayor resonancia social, considerando en todo momento que en el país vecino el tema fue debatido con mediana seriedad⁴⁰⁵.

En España, un sector importante de la doctrina procesalista ⁴⁰⁶ se oponen a que instruya el Fiscal, el proceso penal, no por razones dogmáticas sino puramente organizativas, estructurales y prácticas. Estas razones son de suma importancia, hasta el extremo de considerarse que su no introducción, corrección o mejora en el sentido propuesto, haría que una reforma de esta entidad fuera un fracaso, aunque se insiste que la instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal no es tampoco una cuestión de tanta relevancia puesto que lo realmente importante es que se observe un proceso penal propio de un Estado de Derecho, además de que cualquier reforma de la Justicia penal requiere un debate serio sobre todo, partiendo de planteamientos reales por parte del Ministerio de Justicia y de la Fiscalía General del Estado como promotores fundamentales de la cuestión a debatir.

⁴⁰⁵ Andrés de la Oliva Santos, “ Sobre el Ministerio Fiscal y la instrucción...”, Op.Cit. Pag.986.

⁴⁰⁶ Andrés de la Oliva Santos, “Sobre el Ministerio Fiscal y la instrucción...”, Op.Cit. Pagg. 981 y ss.
Juan Luis Gómez Colomer, “La instrucción del Proceso Penal por el M.F....” Op.Cit., Pagg. 92 y ss.

CAPÍTULO 5º. Naturaleza Jurídica del Ministerio Fiscal.

Introducción.

Resulta cuanto menos llamativo, que si bien la ambigüedad del art. 124 de la CE ha generado en la doctrina muchas interpretaciones y lecturas respecto a la concepción de la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal, observamos como desde antes de la proclamación del texto constitucional, se haya planteado esta cuestión, como uno de los problemas más insolubles; es decir el problema de la dependencia o independencia respecto del Poder ejecutivo y subsiguientemente el de su cualidad de órgano autónomo respecto de la Administración de Justicia o bien el ser un simple funcionario o servidor de la maquinaria administrativa⁴⁰⁷.

El Ministerio Público puede ser definido como una institución abstracta, compleja e incluso paradójica que se inspira en principios sociopolíticos que se remontan a los siglos XVIII y XIX y que a pesar de estar actualmente superados, sin embargo son muchos los países dentro del Derecho comparado, que siguen manteniendo la idea de un Ministerio Fiscal no totalmente desligado del Ejecutivo, deduciéndose por tanto un tremendo conservadurismo en orden a esta institución, con la excepción del caso Italiano⁴⁰⁸.

En la Constitución republicana de 1931, el Ministerio Fiscal tomó auténtica carta de naturaleza, concretamente en su Título VII dedicado a la Justicia, cuyo art. 104 establecía que: “...*el Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social...*”. Y desde un punto de vista orgánico, afirmaba que constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia.

Como antecedente más inmediato y salvando las distancias democráticas, la Ley Orgánica del Estado de 1 de enero de 1967, en su art. 35 regulaba la institución fiscal, afirmando en su apartado primero, que el Ministerio Fiscal era un órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, que tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar ante los juzgados y tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la

⁴⁰⁷ Mariano F. Martín Granizo, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.109.

⁴⁰⁸ *Ibídem*.

satisfacción del interés social. Ser órgano de comunicación entre el Gobierno y el Poder Judicial era sinónimo de todo tipo de intromisiones del Ejecutivo a través de un supuesto interés social o del mantenimiento del orden jurídico. Las funciones del Ministerio Fiscal se ejercían de acuerdo con los principios orgánicos de unidad de actuación y dependencia jerárquica⁴⁰⁹.

La ambigüedad en torno a la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal, se puso de manifiesto en los debates constituyentes seguidos en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados. Las afirmaciones de Cisneros Laborda portavoz del grupo parlamentario Unión de Centro Democrático, entonces con mayoría en la Cámara, refleja con claridad la confusión conceptual y la falta de diseño estructural de la Institución, que desembocaría en un precepto adjetivable de conglomerado yuxtapuesto de cometidos, en ocasiones tautológicos. Así, para justificar la frase que aparecía en el Anteproyecto relativa a la condición del Fiscal como órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la Administración de justicia, se dijo que no es esencial ni determinante que la Constitución lo diga expresamente puesto que **habrá de serlo, lo reconozca o no explícitamente la Constitución** so pena de desconocer la naturaleza de este Ministerio Fiscal, de desvirtuar gravemente su papel. Seguidamente tras esta afirmación se dijo que **la Fiscalía del Reino está inserta en el Poder Judicial** como se infiere con claridad de la inclusión sistemática del precepto en el **Título** que nos ocupa dentro de toda la **tradición constitucional española y exterior**⁴¹⁰.

En opinión de FLORES PRADA, el artículo 124 de la Constitución española de 1978, coloca al Ministerio Fiscal en una difícil situación de equilibrio, ante la necesidad de compatibilizar el principio de competencia que se reconoce a la Institución en la calificación de los hechos jurídicos y en la determinación o no de su intervención, con las líneas generales de la actuación política, determinando este hecho, una situación de ambigüedad en la regulación constitucional⁴¹¹, cuyas funciones de garantías, no deben hacer de los funcionarios del Ministerio Fiscal un poder independiente del propio Estado. Sin embargo la posición de equilibrio, viene de la mano en opinión de FLORES

⁴⁰⁹ Manuel Miranda Strampes y Sergi Guasch Fernández, “El ministerio Fiscal: Consideraciones en torno a un modelo constitucional. Revista Poder Judicial, nº 54. Pag.307.

⁴¹⁰ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg. 105-106.

⁴¹¹ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg. 343-344. Francisco Granados Calero, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.149. El autor se manifiesta en el sentido de afirmar que la actividad del M.F es tan jurídica como política aún siendo consciente de la polémica que suscita tal afirmación.

PRADA, de su propio Estatuto orgánico y funcional así como del nombramiento de la cúspide de la Carrera Fiscal, garantizando uno y otro, su autonomía funcional y su conexión con la legitimación político-democrática. El art. 124 de la Constitución, define los elementos esenciales de la Institución, como son sus funciones, los principios y la forma de nombramiento del Fiscal General del Estado. Y si esta regulación se conecta con el sistema político que instaura la Constitución de 1978, comienzan a despejarse algunas dudas, y a clarificarse algunos extremos en torno a esta Institución⁴¹².

Un dato que la Constitución ha destacado, en ese ejercicio de ubicación institucional, es la ruptura de la relación entre el Ministerio Fiscal y el Poder Ejecutivo, a través del mecanismo de la dependencia, y es precisamente en este punto, donde surgen las diferentes posiciones en la doctrina sobre su naturaleza jurídica, aunque habría que reconocer, que los mecanismos de relación institucional no siempre se reducen al binomio dependencia- independencia⁴¹³.

Para LÓPEZ AGUILAR, la naturaleza de esta institución gira en torno a dos ejes. Por un lado, la reivindicación de una mayor autonomía funcional identificada a menudo en términos de independencia respecto del Poder ejecutivo, lo que plantea problemas relativos a responsabilidad y legitimación democrática de este órgano, y por otro lado la reorganización competencial y funcional del Fiscal, lo que a su vez plantearía otro problema relativo la titularidad de la acción penal y el ejercicio de la acusación pública en este orden jurisdiccional⁴¹⁴.

En opinión de BESTARRECHE BENGOA, la regulación constitucional del Ministerio Fiscal ha sido acusada de una falta de definición del modelo de Ministerio Público, o de una indeterminación acerca de la estructura esencial de esta Institución. Pero no deja de ser cierto que la Institución Fiscal se establece de un modo independiente, cosa que no sucede con la Constitución Holandesa que guarda absoluto silencio sobre el Instituto del Ministerio Público. En España, ya no solo se regula de forma detallada, sino además se la dota de relevancia constitucional al garantizar su existencia, sus rasgos básicos y sus funciones determinantes. La garantía institucional del Ministerio Fiscal español, es por tanto de rango constitucional. No obstante, la regulación constitucional de su estructura es tan abierta, que precisa de elementos interpretativos adicionales porque el texto

⁴¹² Ignacio Flores Prada, Loc. Cit. Pagg. 343-344.

⁴¹³ *Ibidem*. Pagg.347-348

⁴¹⁴ Juan Fernando López Aguilar, “La Justicia y su problemas...”, Op.Cit.Pag.176-177.

constitucional no logra zanjar el debate sobre la naturaleza jurídica de la Institución dentro del esquema de poderes del Estado y su papel en el proceso penal⁴¹⁵.

A. Diferentes posiciones en la Doctrina Científica, en torno al problema de la Naturaleza Jurídica del Ministerio Fiscal.

A. 1. Teoría de las Bisagras del Sistema Político.

El Ministerio Fiscal se encuentra situado en una posición de equilibrio dentro del sistema de poderes, no hallándose en situación de dependencia pero tampoco desconectado de aquellos⁴¹⁶.

El Ministerio Fiscal surgido tras la Constitución de 1978, puede ser definido como un órgano de garantía para la defensa de la legalidad pero al tiempo es una Institución comprometida con los fines políticos a los que la Constitución y el Ordenamiento Jurídico aspira. De otro lado, los poderes clásicos ya no son compartimentos estancos sino instancias de decisión relacionadas y cohesionadas a través de la dirección política de la Constitución. Además, la trilogía de poderes ya no resulta expresiva de todo el mosaico de instituciones que detentan cotas de poder dentro del Estado. Las funciones políticas se han hecho más complejas en el Estado social, al tiempo que el poder se ha ido distribuyendo tanto funcional como territorialmente, lo que exige un entramado orgánico que permite asumir de manera eficaz la amplitud de la intervención del Estado en la Sociedad. Es precisamente esta situación, la que permite hablar de la denominada teoría de “las bisagras del sistema político”, como órganos de relevancia constitucional que no se encuentran integrados en algunos de los tres poderes clásicos, sino que mantienen con ellos, relaciones instrumentales para el funcionamiento armónico del sistema⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag.211.

⁴¹⁶ Ignacio Flores Prada, Loc.Cit. Pag.346.

⁴¹⁷ *Ibidem*. Pag. 350.

Según esta teoría, que muestra su acoplamiento con el modelo constitucional de 1978, con ejemplos tales como el Defensor del Pueblo, que a pesar de no estar integrado en las Cortes Generales cumple una función de alto Comisionado de aquellas, en el control del funcionamiento de la Administración Pública, manteniendo no obstante, relaciones de colaboración con las propias Cortes, el Gobierno y el Poder Judicial. También cita otros órganos como el Consejo de Estado, el Banco de España, que a pesar de gozar éste último, de autonomía funcional, mantiene con el Ejecutivo relaciones de coordinación en materia económica o monetaria⁴¹⁸. En este mismo sentido, también se expresa LÓPEZ AGUILAR⁴¹⁹, cuando argumenta que “...En el Estado fundado en la Constitución normativa, no sólo se funden tres poderes como tipo ideales de las respectivas expresiones funcionales del poder que se reputa legítimo sino también otro entramado más complejo y delicado de órganos...y de Instituciones, que tienen la exacta incardinación...que la Constitución ha querido conferirle”.

Para este sector de la doctrina, el Ministerio Fiscal se asienta caracterológicamente en tres pilares; En primer lugar no se puede decir del mismo que sea un poder independiente dentro del sistema político, dado que no existe poder público al margen de una legitimación democrática directa o indirecta⁴²⁰. En España como en otros Estados democráticos, el funcionamiento de las instituciones públicas está presidido por el principio democrático, y una de las consecuencias de este principio es que todos aquellos que ejercen un poder público son designados por elección popular, directa o indirectamente y además son responsables de sus actuaciones⁴²¹. En todos los sistemas democráticos, los integrantes del poder legislativo son en su inmensa mayoría elegidos por el electorado. Igual sucede con el Poder Ejecutivo, en el que bien directamente como sucede en los sistemas presidencialistas o bien indirectamente como sucede en los sistemas parlamentarios como el nuestro, los miembros del Gobierno gozan de legitimación democrática (ejercen sus funciones por decisión popular) y su legitimación se trasmite a la Administración a la que dirigen. La situación del Poder Judicial es bien distinta, dado que son escasos los supuestos en los que los integrantes del Poder Judicial ostentan una legitimación democrática directa, resultante de una elección popular,

⁴¹⁸ *Ibíd.*

⁴¹⁹ Juan F. López Aguilar, “La Justicia y sus problemas...”, *Op.Cit.* Pag.168. Este autor, cita además el ejemplo del Tribunal Constitucional, de quien dice que no es un “...Legislador negativo ni tampoco Poder Judicial. Del Ministerio Fiscal dice en concreto que no es Poder Judicial por el “solo y simple hecho de aparecer en el Título VI CE”.

⁴²⁰ Ignacio Flores Prada, *Loc.Cit.*Pag.351.

⁴²¹ Joaquín García Morillo, “La legitimación democrática del M.F...”, *Op.Cit.* Pag.15

circunscribiéndose esos supuestos a los Estados Unidos, en donde la elección popular directa de jueces, se relacionan casi siempre, con funciones menos relevantes. En América lo que sí es frecuente, es encontrar sistemas donde los jueces gozan de una legitimación democrática indirecta, proviniendo su designación del Poder Ejecutivo que goza de legitimación democrática directa con la intervención del Poder Legislativo⁴²². Sin embargo en la cultura europea, tributaria en lo jurídico del sistema romano-germánico y en lo administrativo del sistema funcionarial, la concepción del Juez es la de un funcionario seleccionado a través de métodos objetivos- una oposición-en razón de los principios de mérito y capacidad y que una vez que supera el proceso selectivo, adquiere un derecho al ejercicio de la función judicial, integrándose además en la denominada carrera judicial. Se crea una especie de simbiosis entre un poder el Estado, un cuerpo funcionarial y lo que se concibe como una carrera profesional. Por tanto este sistema, establece un procedimiento de designación de jueces por un Poder democráticamente legitimado, lo cual confiere legitimación democrática al Juez⁴²³.

El problema de la legitimación del Ministerio Fiscal es quizás un poco más complicada dado que los trazos de su descripción constitucional son menos definidos que los utilizados para el Poder Judicial. No obstante, un hecho es cierto. El Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Judicial en tanto que la función de administrar justicia la reserva la Constitución en su art. 117 .1.a) a Jueces y Magistrados y la potestad jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales, todo ello con absoluta exclusividad. Además a esto habría que añadir el carácter de las funciones que constitucionalmente tiene atribuida el Ministerio Fiscal en el art. 124.1 CE, y promover la acción de la justicia no es otra cosa que promover la acción de juzgados y tribunales, por lo que a pesar de la declaración contenida en el art. 2.1 del EOMF, no cabe sostener que tal integración exista en términos constitucionales⁴²⁴.

⁴²² *Ibidem*. Pagg. 15-16. El autor, alude a este dato (se parte de la premisa de que EEUU es un país inequívocamente democrático) y que según él es omitido por aquellos que cuestionan la independencia del Poder Judicial en España, a causa de la elección por el Parlamento, de los miembros del CGPJ. También cita el ejemplo del Lord Chancellor en el Reino Unido, cuna del Parlamentarismo, quien es nombrado por el primer ministro británico, el cual es miembro del Gabinete, es la cabeza visible del Poder Judicial y preside además la Cámara de los Lores que es el Tribunal final de apelación en el Reino Unido. Además la mayor parte de los jueces son nombrados por el primer ministro a propuesta del Lord Chancellor, quien como se puede observar aglutina en su persona el ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

⁴²³ *Ibidem*. Pag.16

⁴²⁴ *Ibidem*.

Pero un hecho es igualmente cierto. El poder que ejerce el Ministerio Fiscal es un “poder terrible”. Es el poder de acusar o dejar de hacerlo, insta la condena o la absolución, y como cualquier otro órgano del Estado, el Ministerio Fiscal requiere en un sistema democrático, para ejercer una función estatal, de una legitimación democrática. Pero además esa legitimación es especialmente exigible cuando se ejercen funciones de tanta relevancia como la asumida por el Ministerio Público. No obstante la legitimación del Ministerio Fiscal se encuentra en una situación similar a la del Poder Judicial. Así existen países como EEUU, en donde los integrantes del Ministerio Público, concretamente los Fiscales Jefes, son elegidos por elección popular, pero esta legitimación democrática directa tiene como resultado el que el Fiscal es libre para seguir la política criminal que le parece más conveniente, pero correlativamente es responsable políticamente de los resultados de esa política ante el electorado⁴²⁵.

La situación en España es bien distinta, por cuanto los Fiscales al igual que los Jueces, son elegidos en virtud de principios de mérito y capacidad tras la superación de unas pruebas objetivas- mediante oposición- cuya superación, el acceso a un cuerpo administrativo y la integración en una carrera profesional, da lugar a que se confundan la “carrera fiscal” con el Ministerio Fiscal como órgano del Estado que sirve los intereses públicos. En cualquier caso, lo que es importante subrayar es el dato que la superación de esa oposición no confiere legitimación democrática, por lo que nos encontramos con funcionarios que desempeñan funciones públicas de gran relevancia como acusar o dejar de hacerlo, solicitar una pena, ordenar una detención etc., siendo la situación de los fiscales más deficitaria que la de los jueces, quienes ostentan la legitimación correspondiente por su sujeción a la Ley, por su estricta constricción en el ejercicio de su función, a la ley. El Ministerio Fiscal no aplica la ley, sino que insta su aplicación. Se encuentran condicionados en el ejercicio de sus funciones por el cumplimiento de la ley, pero no la aplican. La ley es el marco del ejercicio de sus funciones pero goza de cierto margen de libertad, con el límite de lo que pueda ser ilegal, y dentro de la legalidad, disponen de un amplio margen de discrecionalidad. La sujeción genérica del Ministerio Fiscal al principio de legalidad, no es específica del Ministerio Fiscal sino que en un Estado de Derecho, debe regir la actuación de todos los poderes públicos.⁴²⁶

⁴²⁵ *Ibidem.* Luis María Díez Picazo, “ El poder de acusar...” *Op.Cit.* Pag.72.

⁴²⁶ Joaquín García Morillo, “ Legitimación democrática...”, *Op.Cit.* Pagg.18-20. Andres de la Oliva Santos, “ El futuro del proceso penal...”, *Op.Cit.* Pag.2.

Por todo lo expuesto, resulta evidente que la independencia de los integrantes del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones, y desde la perspectiva del principio democrático es inadmisibles y, a menos que se cambie o se modifique el sistema de selección y se opte por otro, como la elección popular o parlamentaria, que otorgue legitimación democrática, la superación de pruebas selectivas, no les confiere el poder de actuar con absoluta independencia. La legitimación democrática del Ministerio Fiscal procede de la designación gubernamental del Fiscal general del Estado y se complementa con la sujeción jerárquica de todos los Fiscales al Fiscal General del Estado. Por otro lado, la Institución Fiscal se rige por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, principios frontalmente contrarios a cualquier atisbo de independencia⁴²⁷.

El binomio legitimación-responsabilidad, insoslayable en mérito del principio democrático, se cierra con el nombramiento del Fiscal General del Estado por parte del Gobierno que ostenta la legitimación derivada de su investidura por el Congreso y es responsable de su política criminal ante éste, del Fiscal General del Estado, al que está jerárquicamente subordinado la totalidad del Ministerio Público. Los principios constitucionales que rigen el Poder Judicial y los que inspiran al Ministerio Fiscal, son radicalmente distintos. Existe una relación contradictoria entre la independencia absoluta que la Constitución proclama para el Poder Judicial y la Jerarquía y la Unidad de actuación que imprime al Ministerio Fiscal⁴²⁸.

La continúa remisión a las categorías judiciales en general, y a la Ley Orgánica del Poder Judicial en particular, que se contienen en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁴²⁹, son disfuncionales pues disfuncional es equiparar órganos que son conceptualmente diferentes⁴³⁰.

⁴²⁷ *Ibidem*. Pag.20.

⁴²⁸ *Ibidem*.

⁴²⁹ Así encontramos artículos en el Estatuto Fiscal como los siguientes; Art. 28(régimen de recusaciones), el art. 30 (tratamiento protocolario del Fiscal General del Estado), art. 31(retribución del Fiscal General del Estado), art.33(tratamiento protocolario de los miembros del Ministerio Fiscal), art. 42 (oposiciones para el ingreso en el cuerpo), art. 46(jubilaciones), art. 47(situaciones administrativas), art. 52 (permisos y licencias) art. (régimen retributivo), art. 60(responsabilidad civil y penal de los fiscales), art 70 (rehabilitación). En estos preceptos se equipara el régimen jurídico del Ministerio Fiscal, al previsto en la LOPJ para jueces y magistrados. Además la Disposición Adicional establece el carácter supletorio de la LOPJ, para los miembros del Ministerio Fiscal. Joaquín García Morillo, Loc.Cit. Pag.20

⁴³⁰ Antes de la actual derogación del art.120 de la LOPJ, éste fue el precepto esgrimido para impedir el nombramiento de un vocal del CGPJ como Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, dado que el precepto apunta exclusivamente a cargos judiciales, y además con el citado precepto se intentaba impedir el ascenso de categoría de jueces, valiéndose de su pertenencia a dicho órgano de gobierno, que por otro lado no gobierna a los Fiscales. *Ibidem*.

Y es en este punto concreto, donde se encuentra el segundo de los pilares en el que se asienta esta teoría; el Ministerio Fiscal no puede ser Poder Judicial, ni desde un aspecto orgánico ni funcional, ni tampoco desde un plano jurídico político; como ya se ha comentado, promover la acción de la justicia no es juzgar ni hacer ejecutar lo juzgado. Como ya aclaró en su día el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 29 de julio de 1985, “*el Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción*”. Así mismo y tal como se comento supra, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica son diametralmente opuestos al principio de independencia que inspira el estatuto y actuación de Jueces y Magistrados⁴³¹. Como señala DE LA OLIVA SANTOS⁴³², la Fiscalía o el Ministerio Fiscal no es un elemento integrante de los órganos jurisdiccionales sino que constituye un complejo orgánico propio y distinto aunque conectado con el poder judicial. El sentido de ese complejo orgánico y el núcleo del quehacer de sus integrantes, los fiscales, es también servir de instrumento a la Justicia pero desde luego no juzgando ni haciendo ejecutar lo juzgado. Pero además, un cambio radical del Ministerio Fiscal, continúa afirmado este autor, en línea de identificación o asimilación con el Poder Judicial sería imposible sin eliminar la dependencia jerárquica y por tanto sin una reforma constitucional. La reforma constitucional de los artículos 117 y 124 CE sería necesaria, además del art. 122, probablemente con objeto de incluir al Ministerio Fiscal en el Poder Judicial y dotarle así de independencia. En opinión del autor, se trataría de una “reforma traumática”.

La ubicación del Ministerio Fiscal en el Título VI de la Constitución, delimita únicamente, en opinión de FLORES PRADA, el ámbito donde ejercen sus funciones y obedece además a razones de economía y sistemática judicial al mismo tiempo que tampoco la policía judicial es jurisdicción por el hecho de estar o ser aludido en el citado Título VI, ni el Consejo General del Poder Judicial ejerce potestad jurisdiccional alguna pese a su regulación en aquel⁴³³.

⁴³¹ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, Op.vCit. Pagg. 352-353.

⁴³² Andrés de la Oliva Santos, “El futuro del proceso penal...”, Op. Cit. Pagg. 3-4.

⁴³³ Ignacio Flores Prada, Loc.Cit. Pag.355.

Para DE LA OLIVA SSANTOS, la íntima relación que guarda el Ministerio Fiscal con el Poder judicial explica tanto la ubicación del art. 124 CE en el Título VI como la expresión del art. 2 del EOMF cuando dice de aquel “...*Que es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial*”⁴³⁴.

En tercer lugar, para los defensores de esta tesis, no es posible la ubicación del Ministerio Fiscal dentro del Poder legislativo, en esa búsqueda de encuadre institucional, dado que funcionalmente los cometidos de uno y otro son diametralmente opuestos, dado que no pueden confundirse en un Estado de Derecho, las funciones de legislar, promover la acción de la justicia y aplicar la ley, porque como dice MOSQUERA, autor citado por FLORES PRADA, “ Esta tendencia del Fiscal Parlamentario a la que no son ajenos intereses y aspiraciones corporativas ...es difícilmente defendible y desemboca prácticamente en la configuración del Ministerio Fiscal en una especie de Defensor del Pueblo pero que concentraría también los poderes que hoy tiene atribuidos el Ministerio Fiscal con el consiguiente peligro que una concentración de tal calibre representaría y cuya inmediata consecuencia sería la absoluta desconexión entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo al carecer éste de canal para promover la actuación de los Tribunales”⁴³⁵. Tampoco debería corresponder el nombramiento del Fiscal General del Estado, a las Cortes Generales dado que la orientación en las funciones encomendadas al Ministerio Público, corresponde al Gobierno, como órgano que constitucionalmente tiene encomendada dicha función dado el contenido competencial que le atribuye el art. 97 de la CE, en política interior, de la que derivaría la competencia en materia de política criminal⁴³⁶.

⁴³⁴ Andrés de la Oliva Santos, Loc.Cit.

⁴³⁵ Ignacio Flores Prada, Loc.Cit. Pag.352.

⁴³⁶ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag 352. Con cierta aproximación podemos citar a Marchena Gómez , quien propugna que el candidato nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial, sea, a su vez, designado por una mayoría reforzada de tres quintos del Órgano Parlamentario, no conllevando esta tesis, una modificación del texto constitucional. Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.196. Antonio del Moral García, “ El Ministerio Fiscal en el proceso penal ...”, Op.Cit. Pag.226. Este autor comenta al respecto del Fiscal parlamentario que ha sido una aspiración de amplios sectores de la Carrera Fiscal y de distintas sensibilidades políticas, aunque reconoce que dicho nombramiento es repelida por la rigidez del art. 124 de la CE. No obstante defiende la “parlamentarización “ a través de la censura al Fiscal General del Estado, por el propio Parlamento, que exigiría una mayoría cualificada del Congreso, lo cual se atenuaría la gubernamentalización y aumentaría del credibilidad social del Ministerio Fiscal.

En opinión de FLORES PRADA, la Constitución no establece la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo, pero lo que es evidente es que el art. 124 del la CE establece una referencia sólo al Gobierno, y a ningún otro poder estatal, precisamente a través de la designación del candidato a Fiscal General del Estado. Además entre las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal está la defensa del interés público y del interés social, sin olvidar que por mandato constitucional le corresponde al Ejecutivo la dirección de la Política interior y dentro de ella, la política criminal. Junto a estas premisas hay que añadir que el Ministerio Fiscal actúa por medio de órganos propios sometidos en todo caso a los principios de legalidad e imparcialidad⁴³⁷.

La pregunta que se hace el autor, es si con los datos anteriores puede construirse la idea de la dependencia gubernamental del Ministerio Fiscal. Y la respuesta la da, en términos de que necesariamente, habrá de existir relaciones de colaboración y de comunicación con lo cual, la idea de la dependencia gubernamental va mucho más allá de lo que realmente quiso y plasmó el constituyente, aunque reconoce, que lo que finalmente quedó desarrollado legislativamente a través de su Estatuto Orgánico, no respetó el designio constitucional. Así y dentro de actual contexto, el art. 8 del EOMF es insuficiente puesto que solamente contiene la solicitud del Gobierno de interesar del Fiscal General del Estado, una determinada actuación y que la misma sería valorada por el Fiscal General del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala, decidiendo en consecuencia lo que proceda en derecho, pero nada más se dice de la relación funcional que entre ambos órganos del Estado ha de existir, dejando sin resolver cuestiones esenciales en materia del control de la responsabilidad política del Ministerio Público, además del problema de su legitimidad democrática, así como la conexión con la política criminal y la competencia para definir el interés público y social. Porque la política criminal no solo se concreta en normas positivas sino que también alcanza a líneas concretas de actuación de los órganos que como el Ministerio Fiscal, la propia Constitución pone en relación con el Gobierno, y que en ningún caso supone apartar al Ministerio Público del cumplimiento de la legalidad. Este argumento se completa con el elemento positivo de que las instrucciones que el Gobierno dé a la Fiscalía, siempre han de tener el carácter de acción y no de omisión o inactividad y además nunca habrán de vulnerar la legalidad. Además si esas instrucciones, son hechas públicas por el

⁴³⁷ *Ibidem.* Pagg.357-358.

Gobierno, antes de ser dictadas, y por tanto sometidas a un control parlamentario, se lograría mayor transparencia que garantizaría a su vez, mayor seguridad jurídica al proporcionar a los ciudadanos y al resto de los poderes públicos el conocimiento previo de las líneas de actuación gubernamental aclarándose así las relaciones existentes entre el Gobierno y la Institución Fiscal⁴³⁸.

Para De LA OLIVA SANTOS⁴³⁹, la Fiscalía o el Ministerio Fiscal no es un elemento integrante de los órganos jurisdiccionales, sino que constituye un complejo orgánico propio y distinto aunque conectado con el judicial. Mientras de los Jueces y Magistrados se predica la independencia y están llamados a ejercer la potestad jurisdiccional en órganos al mismo tiempo independientes entre sí, el Ministerio Fiscal se caracteriza por la “unidad de actuación”, y aunque en los momentos actuales en muchos ambientes jurídicos se predica una imagen del Ministerio Fiscal como apéndice del Gobierno e instrumento al servicio del ejecutivo, esa imagen y realidad no deriva necesariamente del art. 124.4 CE. De la redacción del precepto no tiene por-qué significar que el Fiscal General del Estado sea un subordinado del Gobierno y tampoco significa que los miembros del Ministerio Fiscal sean servidores públicos respecto de cualquier órgano del Poder Ejecutivo, pero no se puede ignorar las consecuencias de dos datos importantes: primero que el Ministerio Fiscal no es el Poder judicial; segundo, que la designación de su máximo representante corresponde al Gobierno. Pero lo que sí defiende el citado autor, son diversos cambios que si bien no independizan a cada Fiscal dentro de la Fiscalía, sí dificultan y eliminarían la domesticidad del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo procurando la autonomía institucional que es necesaria y posible⁴⁴⁰.

GARCÍA MORILLO, sostiene que a pesar de que el Ministerio Fiscal encuentre en el Poder Ejecutivo su legitimación, en última instancia derivada de los electores a través del Parlamento, **ello no significa que defienda o reconozca su integración en aquel.** Tampoco puede deducirse de la dicción del artículo 124.1 relativa a que el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por “medio de órganos propios” su integración dentro de la Administración. **Es precisamente la singularidad de la actuación por medio de órganos propios donde reside la singularidad del Ministerio Fiscal,** y no en una inexistente integración en el Poder Judicial o en una independencia semejante a la de

⁴³⁸ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg358-362

⁴³⁹ Andres de la Oliva Santos, “ El futuro del proceso penal...”, Op.Cit.Pagg. 3 y 4.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

éste. El Ministerio Fiscal ejecuta las instrucciones que recibe por medio de órganos propios y no por medio de órganos comunes al Ejecutivo y a la Administración⁴⁴¹.

En la línea anterior, de apelar a la **especificidad del Ministerio Fiscal desde la referencia constitucional a los “órganos propios”**, proporciona según LÓPEZ AGUILAR, el soporte necesario para avanzar notablemente en la configuración del Fiscal como órgano específico del Estado- un órgano constitucionalmente relevante-encargado entre otras cosas de postular ante el Poder Judicial aquellos criterios que sustenten los representantes del Ministerio Público sobre la interpretación de las leyes, especialmente en materia de política criminal⁴⁴².

A.2. Concepción Gubernativa del Ministerio Fiscal.

Para algunos autores, no ofrece duda la opción del legislador constituyente, por un modelo gubernamental y jerarquizado de MF. Lo que continúa siendo objeto de debate en la doctrina, es si el modelo orgánico configurado constitucionalmente, es el más adecuado a las funciones que tiene conferidas constitucionalmente y aquellas otras, que en el futuro pueda asumir⁴⁴³.

Según esta concepción, el Ministerio Fiscal es un órgano dependiente del Gobierno, y por tanto se instituye en instrumento de ejecución de políticas atribuidas legalmente al Ejecutivo, entre las que se incluiría la garantía de la independencia de jueces y tribunales así como la definición de las prioridades de la política criminal. El Fiscal está legitimado para buscar y aplicar todos los mecanismos legales con el objeto de que el Juez acepte la interpretación de la norma más acorde con los intereses generales, a falta de otra institución democrática que esté en condiciones y con voluntad de hacerlo. El fiscal sería según esta tesis, el brazo ejecutor de la política criminal del Ejecutivo, que se integra dentro de la política interior diseñada por el Gobierno, de acuerdo con el art. 97 de la CE. Por tanto a través de la vinculación con el poder gubernamental, la actividad del Ministerio Fiscal queda legitimada democráticamente, y cubierta por tanto

⁴⁴¹ Joaquín García Morillo, “ La Legitimación Democrática ...”, Op.Cit. Pag.20.

⁴⁴² Juan Fernando López Aguilar, “ La Justicia y sus problemas...”, Op.Cit.Pag.204.

⁴⁴³ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pag.215. Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.111. Vid note de autor, (29).

la responsabilidad política del Gobierno que responde de la actuación del Ministerio Fiscal⁴⁴⁴.

Razones importantes han sido esgrimidas por los partidarios de esta tesis, quienes defienden que el fiscal que emana del Título VI de la Constitución no es un fiscal de carácter judicial. Si bien existen aspectos comunes del Ministerio Fiscal con el Poder judicial, la misión de jueces y fiscales son diametralmente opuestas. El art. 117 de la CE, extrae a los fiscales del ámbito del Poder Judicial al negarles la facultad de ejercer la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, al tiempo que de entre las funciones del Ministerio Público de acuerdo con el art. 124 de la CE, no puede predicarse la capacidad de juzgar⁴⁴⁵. Además, entre otros argumentos de derecho positivo⁴⁴⁶, podría destacarse el art. 122 de la CE relativo al CGPJ, entre cuyos miembros no contemplan a miembros del Ministerio Fiscal, o el propio Estatuto Orgánico de 1981, como ley distinta a la Ley Orgánica del Poder Judicial, a pesar de las remisiones a ésta última por parte de aquel. Igualmente el apartado 4º del art. 124 de la CE que establece el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Rey a propuesta del Gobierno. También reforzó la tesis gubernamentalista, la propia Ley 50/1981, de 30 de diciembre reguladora del Estatuto Orgánico, al contemplar en el artículo 8º que: *“Uno. 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. Dos. La comunicación del Gobierno con el Ministerio Fiscal se hará por conducto del Ministro de Justicia a través del Fiscal General del Estado. Cuando el Presidente del Gobierno lo estime necesario podrá dirigirse directamente al mismo”*. También podría citarse el art. 9.2 del Estatuto que viene a disponer que: *“El Fiscal General del Estado informará al Gobierno, cuando éste lo interese, y no exista obstáculo legal, respecto a cualquier de los asuntos en que intervenga el Ministerio Fiscal, así como sobre el funcionamiento, en general, de la Administración de Justicia. En casos excepcionales podrá ser llamado a informar ante el Consejo de Ministros”*.

⁴⁴⁴ Rubén Martínez Dalmau, “ Aspectos Constitucionales...”, Op.Cit. Pag.139. Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg. 110-111. Pablo Lanzarote Martínez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.222.

⁴⁴⁵ Rubén Martínez Dalmau, Loc.Cit. Pag.140.

⁴⁴⁶ Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit. Pag.112.

En materia de recursos, el art. 67 del Estatuto establece que “...serán recurribles en alzada, ante el Ministro de Justicia” las resoluciones dictadas por el Fiscal General del Estado, y que en opinión de MARCHENA GÓMEZ, la ratio de este precepto reside en el principio de jerarquía que informa a la Administración Pública⁴⁴⁷. También habría que aludir al hecho de que el nombramiento de los cargos de gobierno de la carrera fiscal corresponde al Gobierno que los designa por Real Decreto mediante orden del Ministro de Justicia de acuerdo con el art. 38 del EOMF. En el plano jurisprudencial podemos citar la STS de 13 de abril de 1988 que resolvió el recurso contencioso administrativo, interpuesto por la Asociación de Fiscales contra el Real Decreto 814/1997 de 30 de mayo, cuyo Fundamento Jurídico 6º vino a establecer que “*el Fiscal General del Estado responde (políticamente) ante el Gobierno que lo nombra y lo cesa libremente sin otras limitaciones que respetar los requisitos fijado por el art. 29 del Estatuto Orgánico*”⁴⁴⁸

Por tanto, para los partidarios de este criterio, tanto la CE de 1978 como la Ley 50/1981 reguladora de su Estatuto Orgánico, consagran un sistema gubernativo, en el que a pesar de diseñarse constitucionalmente un Ministerio Fiscal que actúa con órganos propios, la realidad es que no está indemne de influencias e iniciativas del equipo gubernamental y además participa con su actuación, en el programa político del Ejecutivo⁴⁴⁹.

No obstante un determinado sector de la doctrina⁴⁵⁰ considera que en la actualidad, no puede sostenerse la idea de una dependencia jerárquica strictu sensu del Ministerio Fiscal respecto al Poder Ejecutivo, dado que el artículo 8.1 del EOMF faculta al Gobierno a que pueda interesar al Fiscal General del Estado a que promueva una determinada actuación ante los Tribunales, en orden a la defensa del interés público lo cual conllevaría a entender que el Ministerio Fiscal es un órgano de relación del Gobierno con los Tribunales. Sin embargo el término interesar ha de ser interpretado mas como una moción o sugerencia, más que como una instrucción. El actual marco que diseña el art. 2.1 del Estatuto Orgánico para esta Institución, definiéndola como un órgano de relevancia constitucional integrada con autonomía funcional en el Poder

⁴⁴⁷ Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit. Pag.113

⁴⁴⁸ Manuel Miranda Strampes y Sergi Guasch Fernández, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.315. No obstante, la reforma operada por Ley 24/2007 de 9 de octubre, elimina la posibilidad de cese discrecional por el Ejecutivo del cargo de Fiscal General del Estado, apareciendo regulada las causas tasadas de cese en el art. 31 del EOMF, suponiendo esta regulación un avance respecto al estatuto jurídico del FGE.

⁴⁴⁹ *Ibidem.* Pagg.110-111.

⁴⁵⁰ Lorca García, Calvo Rubio, Conde Pumpido entre otros autores, mencionados por Miranda Strampes y Guasch Fernández, “ El Ministerio Fiscal: consideraciones en torno...”Op.Cit. Pag.318.

Judicial, obliga a reconsiderar la idea de que el Gobierno pueda dirigir órdenes al Ministerio Fiscal. Por otro lado, el art. 124 de la CE, al expresar que puede actuar tanto de oficio como a instancia de parte, el Gobierno sería dentro de este marco, un interesado más. Además aunque el artículo 8.2 establezca el deber de oír a la Junta de Fiscales de Sala, antes de que el propio Fiscal General del Estado, decida sobre la actuación interesada por el Ejecutivo, y aunque la opinión de la Junta no vincule al Fiscal General, no cabe duda que su participación expone al Fiscal General a una situación de mayor responsabilidad a la hora de examinar la viabilidad o procedencia de la actuación interesada por el Gobierno. Como ejemplo podría citarse el caso en el que el Fiscal General del Estado, adoptó una decisión en contra del sentir mayoritario de la Junta de Fiscales de Sala como quedó constatado en el Informe emitido el 3 de junio de 1997, por la Junta de Fiscales y dirigido al Fiscal General, con motivo del ascenso y nombramiento del Fiscal Fungairiño como Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional.⁴⁵¹ Por tanto el Fiscal General, no está obligado a actuar en el sentido interesado por el Ejecutivo, lo que se ha señalado como una situación en la que el Ministerio Fiscal ha pasado de una situación de sumisión absoluta a otra de dependencia relativa con mecanismos correctores.⁴⁵²

BELTRÁN BALLESTER, tras el examen de varios preceptos del Estatuto de 1981, y partiendo de la tesis de un doble carácter reconocible al M.F **en su doble condición de Magistrado y Funcionario, llega a sostener que ese doble carácter es más aparente que real porque su subordinación constante al Poder Ejecutivo, suficientemente demostrada**, evidencia la notoria gobernabilidad de la Institución, incompatible con la pretendida judicialidad constitucional, ya que la oposición de un Fiscal a satisfacer los deseos del Gobierno, puede dar lugar al relevo de su Jefatura, si la ostenta, e incluso su postergación a otros puestos silentes⁴⁵³.

⁴⁵¹ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.661-662.

⁴⁵² Miranda Strampes M. y Guasch Fernández S., “El Ministerio Fiscal: consideraciones en torno...”Op.Cit. Pag.319.

⁴⁵³ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”, Op. Cit. Pag.121.

A.3. Concepción Judicialista del Ministerio Fiscal.

Ya, desde antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, autores como MARTÍN-GRANIZO, se manifestaba abiertamente por una superación del caduco y erróneo sistema de Ministerio Público francés, para sentar las bases de una actual y auténtica construcción de esta figura, poniendo como ejemplo a los procesalistas italianos, cuyos esfuerzos han servido para romper con la estructura conservadora que representa el modelo napoleónico⁴⁵⁴.

La Constitución de 1978, supuso un cambio sustancial y a pesar de no haber abordado con la profundidad que merecía el problema de la naturaleza jurídica de esta Institución, la supresión que hace el Texto Constitucional de un Ministerio Fiscal como órgano de comunicación o de representación del Gobierno con los Tribunales de Justicia, como ocurría con la LOPJ de 1870, la LOE de 1967 o el Estatuto Fiscal de 1926, textos que en el pasado permitieron que se acentuase el carácter gubernamental del Fiscal, se emplea como argumento en defensa de la tesis judicialista, a la que se añade el propio art. 2 del EOMF según el cual el Ministerio Fiscal está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial. Y si estos no fueran argumentos de peso suficiente, se citan por estos autores, el tratamiento constitucional del status de Fiscales y Jueces que se impone conjuntamente en el art. 127.1, e incluso en el 127.2, en una interpretación sistemática que hace sinónimo el término “miembros del Poder Judicial” en ese segundo párrafo, de los Jueces, Magistrados y Fiscales que copulativamente se citan en el primero. Además el Estatuto Orgánico vigente, recoge para los Fiscales la prohibición expresa de desempeñar otros cargos públicos y pertenecer a partidos políticos y sindicatos, estableciéndose un régimen de incompatibilidades en forma análoga a la de los Jueces (arts. 53, 54 y 55 del EOMF). En materia de traslados, se extiende a los Fiscales el régimen de inamovilidad de los Jueces suprimiéndose los traslados por conveniencia del servicio, que admitía el Estatuto Fiscal de 1926, y se pasa a regular ese traslado por causas objetivas y específicas que son paralelas a las establecidas para los Jueces, con idénticas garantías de contradicción y posibilidad de control del acto por vía contenciosa-administrativa⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Mariano Martín Granizo, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.110. Aunque el autor se manifestaba en el sentido de no estar plenamente de acuerdo con el sistema instaurado en Italia.

⁴⁵⁵ Miranda Strampes M, y Guasch Fernández S, Loc.Cit. Pag.312.Candido Conde Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal”, Op.Cit. Pag.53.

No obstante y a pesar de que las interpretaciones en torno a los artículos 124 CE y el art. 2 del EOMF, distan mucho de ser pacíficas, se entiende por este sector doctrinal que la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal le viene dada por un lado, por ser el órgano del Estado encargado de postular el “ ius puniendi” ante la jurisdicción, y de otro, por lo que GUASP, autor citado por MIRANDA STRAMPES, entendía como actuación colaboradora con el órgano jurisdiccional, cooperando en su misión, como promotor de la acción de la justicia y auxiliador de la función jurisdiccional⁴⁵⁶.

Por tanto, la integración del Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial se produce con carácter autónomo, autonomía que proviene de su doble condición de órgano del Estado y de defensor de la legalidad, lo que le obliga a una actuación independiente sin subordinación a ningún otro órgano o poder, y que es consecuencia del modo de actuar del Fiscal que está sujeto en todo caso a los principios de legalidad e imparcialidad por lo que no cabe ningún tipo de dependencia de otros órganos o poderes⁴⁵⁷.

Durante la elaboración del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981 de 30 de diciembre y por el que se daba cumplimiento a lo previsto en el apartado 3 del art. 124 CE, fueron expuestos en sede legislativa los mismos argumentos que años atrás se desplegaron en sede constituyente y aunque el resultado no fue el esperado por los partidarios de la judicialización del Ministerio Fiscal, no cabe duda que obtuvieron una pequeña victoria mediante la proclamación en su artículo 2º , según el cual “ *el Ministerio Fiscal es un órgano...integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial*”⁴⁵⁸, y que en opinión de LÓPEZ AGUILAR, se trata de una acuñación legal que no se encuentra en la Constitución y que “plantea más problemas que resuelva” ante ese estado de opinión que pretende hacer pasar al Ministerio Fiscal como órgano integrante del Poder Judicial⁴⁵⁹.

También se ha mencionado como argumento de importancia, la regulación de este órgano dentro del Título VI de la CE, así como la inclusión del Libro VII en la LOPJ de 1985, tras la reforma operada por LO 19/ 2003 de 23 de diciembre, que lleva por rúbrica “*Del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia*” y cuyo único art. 541 se limita a reproducir el párrafo 1º del

⁴⁵⁶ Ibídem. Pag.313. Candido Conde Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal...”Op.Cit. Pag.48

⁴⁵⁷Candido Conde Pumpido Ferreiro, Loc.Cit.Pag.54.

⁴⁵⁸ Luis María Diez Picazo, “ El poder de acusar...” , Op.Cit. Pag.181.

⁴⁵⁹ Juan Fernández López Aguilar, “ La justicia y sus problemas ...”, Op.Cit. Pagg.175-176.

art. 124 de la Constitución, para pasar a continuación en su párrafo 2º a decir que el M.F se regirá por lo que disponga su Estatuto Orgánico⁴⁶⁰.

Entre los defensores de la concepción judicialista, destaca CONDE-PUMPIDO FERREIRO, quien da una definición del modelo de Ministerio Fiscal post-constitucional quien lo conceptúa como “un órgano del Estado, constituido para el funcionamiento de la justicia e integrado autónomamente en el ámbito del Poder Judicial y que tiene por misión defender la legalidad democrática, promover los intereses públicos y sociales que pertenecen al pueblo constituido en Estado, tutelar los derechos de los ciudadanos y velar por la independencia de los Tribunales”⁴⁶¹.

Se insiste por los seguidores⁴⁶² de esta corriente doctrinal, su carácter de órgano del Estado, es decir perteneciente a la estructura política del Estado social y democrático de derecho, pero integrado autónomamente en el Poder Judicial. Atacando la tesis gubernamental, según la cual el poder judicial sólo estaría integrado por Jueces y Magistrados, la tesis judicialista defiende un concepto amplio del art. 117 CE, que contempla dentro del mismo, al Ministerio Fiscal⁴⁶³.

Por tanto los seguidores de esta concepción, defienden a un tiempo el carácter estatal y judicial del Fiscal. Así y dentro del Poder Judicial, coexisten dos magistraturas indispensables para la realización de la Justicia, una con una función promotora como sería el Ministerio Fiscal o Magistratura postulante, y la otra con funciones de carácter decisorias que estaría constituida por los Jueces y Magistrados, que disfrutan de independencia judicial como principio definitorio, cuando ejercen la potestad jurisdiccional. La magistratura postulante, vendría informada por el contrario, por los

⁴⁶⁰ Luis María Díez Picazo, Loc.Cit.Pag.161.

⁴⁶¹ Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “ El modelo Constitucional del Ministerio Fiscal en España”, Revista del Poder Judicial nº 27, septiembre 1992, pag. 1.

⁴⁶² Destacan entre otros autores , Joaquín Llobell Muedra, “ El nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”, Diario la Ley, 1982, Pag.3. Carlos Granados Perez, “ El Ministerio Fiscal y sus relaciones...”, Op.Cit. pag.15y 19. Para este autor, el nuevo diseño de Ministerio Público tras la Constitución de 1978, lo caracteriza por ser un órgano del Estado con autonomía funcional para el logro de las funciones atribuidas en el apartado primero del art. 124, recalcando el autor dicha autonomía funcional respecto del Ejecutivo. Reconoce la vinculación del M.F con el Poder Judicial, en tanto en cuanto su regulación constitucional se ubica en el Título VI de la CE. No obstante se deduce de sus argumentos, su no consideración como un órgano integrado en el Poder Judicial, afirmando la independencia de éste último y que la labor del Ministerio Fiscal en el ejercicio de su principal cometido como es la promoción de la justicia, ha de suponer en primer lugar relaciones de respeto mutuo con el Poder Judicial y en segundo lugar que los Juzgados y Tribunales constituyen el campo fundamental de su actuación, aunque no es el único. Además insiste el autor, en que es necesario de que el MF sea percibido como un órgano totalmente imparcial.

⁴⁶³ Rubén Martínez Dalmau, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.143.

principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, aunque ambas profesan como común y más alto valor el de la legalidad⁴⁶⁴.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, como uno de los más fervientes seguidores de la concepción judicialista, defiende abiertamente el carácter del M.F como órgano integrante de la Administración de Justicia, como concepto amplio frente al de Poder Judicial, reconociendo no obstante el carácter no pacífico de éste último. Según este autor, existe una corriente universal según la cual el Fiscal, es el “alter ego” del Juez. Así los franceses hablan de “Magistrat debout” y el de “siège” mientras que los italianos lo hacen refiriéndose a los “Magistrati del Público Ministero”. La inclusión de ambas magistraturas en una sola carrera es usual en muchos países y lo fue entre nosotros hasta 1926, y todavía hoy la oposición de acceso es común. Ante estos hechos no sorprende que se identifique en el art. 127 CE, el estatuto funcional de Jueces, Magistrados y Fiscales respecto a las incompatibilidades, prohibiciones de sindicación y sumisión al sistema de asociaciones. Si a esto añadimos que los principios de legalidad e imparcialidad a que se somete el Fiscal son los principios que también rigen la actuación de los Jueces, no puede sorprendernos que autores como MARTÍN GRANIZO o DE MIGUEL defiendan el carácter magistral de los Fiscales, considerando al Ministerio Público como una Magistratura de Amparo⁴⁶⁵.

Aún siendo una opinión preconstitucional, ya MARTÍN GRANIZO, hace una serie de reflexiones muy similares a las efectuadas por CONDE PUMPIDO, incluyendo al Ministerio Fiscal dentro del concepto de Administración de Justicia argumentando al respecto que no es función exclusiva de Jueces y Tribunales, ni se limita a la potestad de aplicar las leyes, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado de acuerdo con el art. 2 de la LOPJ de 1870, con lo cual comprende otras actividades como las que desempeña el Ministerio Fiscal, los Secretarios Judiciales, Oficiales, Abogados, Procuradores, todos ellos insertos en ese amplio ámbito que es la Administración de Justicia. Además

⁴⁶⁴ *Ibidem*. Pag.146. Francisco Jiménez- Villarejo Fernández, “Por un estatuto de magistrado común para jueces y fiscales”, Diario la Ley, nº 7846, año 2012. El autor defiende la judicialización del fiscal, partiendo del propio marco constitucional, dentro del cual ve indicios de aquella al proclamar su independencia en el ejercicio de sus funciones que realizará por medio de órganos propios, con lo cual y partiendo de esta premisa el Ministerio Fiscal formaría parte del Poder Judicial configurándose como Magistratura que sirve al imperio de la Ley. Defiende la necesidad de reafirmar la independencia del Ministerio Fiscal, “ la independencia del Juez y del Ministerio Público es indisociable de la primacía del principio de legalidad frente al de oportunidad política. Tanto los jueces como los fiscales actúan en defensa del interés general tutelado por la Ley, uno desde la postulación y el otro desde el enjuiciamiento, ambos en nombre de la sociedad (...).

⁴⁶⁵ Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “El Ministerio Fiscal en la Constitución”, Revista de Legislación y Jurisprudencia, nº 6, 1981, pag.586.

reconoce que los miembros del Ministerio Fiscal tienen la misma consideración y categoría que la Magistratura, especialmente en momentos actuales y además es reconocida por la generalidad de la doctrina que la define como magistratura de amparo, e incluso es constatable esta cualidad dentro del Derecho comparado, como sucede con la Constitución Italiana de 1947⁴⁶⁶.

En opinión de MARCHENA GÓMEZ, la ordenación constitucional del M.F no permite afirmar con rotundidad científica que esté plenamente constituido por una magistratura postulante o por un órgano de aproximación del Gobierno a los órganos judiciales, aunque en opinión de GIL-ALBERT, autor citado por MARCHENA GÓMEZ, se advierte una clara aproximación a la jurisdicción, situando a la institución en una zona intermedia más cercana de ésta que del Poder Ejecutivo del que, en una natural tendencia hacia su autonomía e independencia, notoriamente se ha distanciado⁴⁶⁷.

A. 4. Concepción Parlamentaria del Ministerio Fiscal.

Lege Data⁴⁶⁸, podría afirmarse que el Ministerio Fiscal no aparece vinculado orgánica ni funcionalmente al Poder Legislativo, puesto que sus funciones nada tienen que ver con las propias del Parlamento. Tampoco aparece concebido como un comisionado de las Cortes Generales, al estilo del Defensor del Pueblo. Las competencias que tiene, de acuerdo con la regulación actual, en lo que al nombramiento del Fiscal General del Estado se refiere, le atribuyen un papel que ha sido definido por LANZAROTE MARTÍNEZ como una especie “aduana parlamentaria” que viene a estar representada por la comparecencia previa al proceso de designación, que aparece previsto en el actual artículo 29 del EOMF, tras la reforma operada por Ley 24/2007, de 9 de octubre.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ Mariano Fernández Martín Granizo, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. pagg.102-105

⁴⁶⁷ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.121.

⁴⁶⁸ Al margen de la comparecencia del candidato a Fiscal General del Estado, prevista en la nueva redacción del art. 29 del EOMF, actualmente la relación entre el Ministerio Fiscal y el Parlamento se articula exclusivamente por la vía de los arts. 9 y 10 EOMF y art. 76 de la Constitución. Sobre la intervención del M.F en las Comisiones de investigación parlamentarias, su regulación se establece en los artículos 52 del Reglamento del Congreso de los diputados, y el art. 60 del Reglamento del Senado. Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.230.

⁴⁶⁹ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.230.

Esta posición dentro de la doctrina científica, tiene por finalidad estrechar los lazos del Ministerio Fiscal con el Poder legislativo, teniendo en cuenta que una de las misiones que se le encomienda constitucionalmente, es la defensa de la legalidad. Ya, en los debates parlamentarios en sede constituyente, el entonces ponente del grupo socialista en el Congreso, el profesor GREGOGIO PECES BARBA⁴⁷⁰, en la presentación que hizo del texto alternativo que se adicionó al Informe de la Ponencia, configuraba al Ministerio Fiscal como un órgano de relación entre las Cortes Generales y el Gobierno con los Tribunales de Justicia, aunque en opinión de MARCHENA GÓMEZ, a pesar de su posterior desestimación, ello no es obstáculo para reconocer el valor de síntesis que animaba al texto, pero hacía difícil conciliar la proximidad del equipo gubernamental con la condición de órgano de relación con las Cortes y los Tribunales de Justicia. Así mismo se caracteriza al Fiscal, como un “órgano con funciones autónomas en el ámbito del Poder Judicial” aunque destaca la atribución a los miembros del Ministerio Fiscal, de los mismos derechos y deberes que los de la Jurisdicción⁴⁷¹.

Por tanto, y de acuerdo con el actual marco Constitucional, la alternativa de un Ministerio Fiscal de naturaleza parlamentaria, se reduce al ámbito de las propuestas doctrinales de lege ferenda, que en todo caso, requieren de una modificación constitucional⁴⁷². Sin embargo, predomina la tesis según la cual es posible reforzar la vinculación entre ambos órganos, a través de la reforma de su Estatuto Orgánico que tiene el carácter de Ley, sin necesidad de modificación del texto constitucional⁴⁷³.

⁴⁷⁰ La regulación que se postulaba era del siguiente tenor literal: 1. El Ministerio Fiscal, **órgano con funciones autónomas en el ámbito del Poder Judicial**, en representación y defensa de los intereses de la sociedad, promueve la acción de la Justicia en observancia de la legalidad y tutela de los intereses públicos amparados por la ley, de oficio o a instancia de quienes lo soliciten, actúa el interés social, mantiene la independencia de los Tribunales y vela por el respecto a los derechos humanos declarados en la Constitución. El Ministerio Fiscal **es además el órgano de relación de las Cortes y el Gobierno con los Tribunales de Justicia.**

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios sometidos en su actuación a los principios de legalidad e imparcialidad y en lo orgánico a los de unidad y dependencia jerárquica.

3. El Ministerio Fiscal se regirá por su Estatuto Orgánico aprobado por Ley. **Sus miembros tendrán los mismos derechos y deberes que los de la jurisdicción.**

4. La Jefatura del Ministerio Fiscal de todo el Estado corresponde al Fiscal del Reino, quien será designado por el Gobierno y ratificado por el Congreso de los Diputados en votación secreta, y en todo caso al comienzo de cada legislatura.

⁴⁷¹ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.105

⁴⁷² Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.329.

⁴⁷³ *Ibídem.*

En esta línea de propuestas dentro la doctrina actual, el profesor MARCHENA GÓMEZ defiende que “la actual descripción constitucional del M.F no constituye un obstáculo para que, a través de futuras normas estatutarias, se refuerce esa vinculación con el órgano constitucional del que emana la legalidad. Un primer paso en la línea que se defiende, lo constituiría la exigencia de que la propuesta que el Gobierno- oído el Consejo General del Poder Judicial- ha de hacer al Rey, para el nombramiento del Fiscal General del Estado, tomara como base a un candidato nominado a su vez, por una mayoría reforzada –tres quintos- del órgano legislativo. Con ello se lograría, además de una aceptación generalizada del Fiscal General del Estado, (...) la intervención de los tres poderes del Estado, - Gobierno, Consejo General del Poder Judicial, y Parlamento...”⁴⁷⁴.

El reforzamiento de la intervención del Fiscal en las comisiones de investigación parlamentaria- art. 76.2 C.E-, su comparecencia ante el órgano legislativo para informar de las dificultades, que con origen en las deficiencias legislativas, impidan la adecuada defensa de los intereses sociales y en fin, la presentación anual de la Memoria de la institución ante quien ostenta la capacidad de generar normas legales que hagan efectivos los valores constitucionales, culminarían el proceso de acercamiento a quien crea la legalidad que luego ha de ser defendida⁴⁷⁵.

ROIG BUSTOS, autor citado por FLORES PRADA, y destacado miembro de la Unión Progresistas de Fiscales, defiende la tesis del Fiscal parlamentario ante la difícil situación de equilibrio entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Su línea de defensa descansa sobre el hipotético caso de cese del Fiscal General del Estado. En tales supuestos, el Presidente del Gobierno antes de hacer su propuesta al Rey, habría de consensuar la propuesta del nuevo Fiscal General, con las correspondientes fuerzas políticas parlamentarias⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pagg.194-195. Manuel Miranda Strampes y Sergi GuaschFernandez, “ El Ministerio Fiscal: Consideraciones...”Op.Cit.Pag.322. Dichos autores también se muestran favorables a la designación parlamentaria del candidato a Fiscal General del Estado.

⁴⁷⁵ *Ibidem*.

⁴⁷⁶ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pag.330

La reforma operada por la Ley 24/2007 de 9 de octubre, tuvo su antecedente más inmediato, en el pronunciamiento del Congreso de los Diputados de fecha 27 de mayo de 1997. La moción que incluía entre otros pronunciamientos, el examen del candidato por la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, tuvo su plasmación en la última reforma del EOMF de año 2007, y vino a suponer un cambio importante en la configuración del Ministerio Fiscal, aunque hay que reconocer que ese examen del candidato por el Congreso, no restringe la capacidad del Gobierno en la designación de aquel. En opinión de MARCHENA GÓMEZ, hubiera sido necesario una autentica obra de imaginación para restringir por vía ordinaria la capacidad constitucional del Gobierno en la propuesta de nombramiento regio⁴⁷⁷.

Dentro de la Carrera Fiscal, existe un apoyo importante a la tesis parlamentaria. Así, se pueden citar los datos extraídos de dos encuestas realizadas, una en el año 1987 y otra en el año 1993. Según los resultados que arrojó el muestreo, en la primera de dichas encuestas, un 40% se mostró favorable a que el Ministerio Fiscal dependiera de las Cortes Generales, frente a un 32,3% que defendía su dependencia del Ministerio de Justicia y un 12,3% que consideró que debía depender del Consejo General del Poder Judicial. En la segunda encuesta, realizada por la Unión Progresista de Fiscales, los resultados obtenidos daban un 48,67% a favor de un FGE propuesto por el Parlamento, un 46,90% a favor de la designación por los propios órganos de la Carrera Fiscal; un 03,53% que consideró que la propuesta debía ser realizada por el Gobierno⁴⁷⁸.

Autores como TAJADURA TEJADA⁴⁷⁹ se muestra absolutamente favorable a la vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Legislativo, pero pasando necesariamente por una reforma del sistema de nombramiento de la cúpula del Ministerio Fiscal como forma de desgubernamentalización y además se superaría esa ambigua autonomía funcional entre la dependencia del Ejecutivo y la integración en el Poder Judicial.

⁴⁷⁷ Manuel Marchena Gómez, “¿ Un Fiscal General Independiente? Apuntes críticos...”, Op.Cit.Pag.943. . Manuel Miranda Strampes y Sergi GuaschFernández, “El Ministerio Fiscal: Consideraciones...”, Op.Cit. Pag.322. No obstante, la propuesta que contemplaba la Moción era más amplia puesto que se pretendía que el **nombramiento por el Rey** del candidato propuesto por el Gobierno para el cargo de Fiscal General del Estado, **se efectuara** una vez obtenida por el mismo, la confianza del Congreso de los Diputados, manifestada por la Comisión de Justicia e Interior, tras su comparecencia ante la misma, a los efectos de examinar su profesionalidad, idoneidad y méritos.

⁴⁷⁸ Manuel Miranda Strampes y SegiGuasch Fernández, “ El Ministerio Fiscal: Consideraciones...”, Op.Cit. Pag.323.

⁴⁷⁹ Javier Tajadura Tejada, “ Cortes Generales y Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pagg.40 y 44.

COBO DEL ROSAL, autor citado por TAJADURA TEJADA, considera que dicho sistema de nombramiento no debe entrar en conflicto con las expectativas incluso legítimas del Ejecutivo, en el actual sistema democrático que deberá gozar de la apoyatura suficiente en el legislativo, que es quien lo sustenta⁴⁸⁰.

FLORES PRADA⁴⁸¹, considera que si bien esta postura dentro de la doctrina, supone una superación frente a la tradicional ambigüedad de la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal, sin embargo la primera de las objeciones que plantea se fundamenta en que el nombramiento del Fiscal General del Estado por vía legislativa, olvida la naturaleza constitucional de tal nombramiento configurado esencialmente como un acto discrecional del Gobierno, con lo que establecer limitaciones a este respecto que incluso y en opinión del citado autor alcanza al contenido del art. 29.1 del EOMF, puede plantear dudas de constitucionalidad. Este fue el sentido del pronunciamiento de la STS de 28 de junio de 1994 (Ar5050), cuyo Fundamento de Derecho Primero vino a decir que *“estamos más próximos a una resolución gubernamental en la que se actúa una opción política que ante un acto de naturaleza exclusivamente administrativa”*. Es una tesis que enlaza con la doctrina de los actos políticos del Poder Ejecutivo no revisable por los Tribunales de Justicia y que está reconocida por la Jurisprudencia del TS (Ss. de 9 de junio y 2 de octubre de 1987) y del TC (Ss. de 15 de marzo de 1990 y 26 de noviembre de 1992). Sin embargo, esta tesis no se utiliza para cuestionar el desarrollo legislativo del Estatuto en cuanto a la limitación de las facultades de nombramiento del Ejecutivo sino que se admite como facultad natural del legislador, aquella de definir mediante *“conceptos judicialmente asequibles los límites y requisitos previos a los que debe sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión”*⁴⁸².

La segunda de las objeciones vendría de la mano de que la tesis del Fiscal parlamentario supondría una inutilización de este Instituto que cumple cierta función de enlace o cooperación en determinadas líneas de la política interior, especialmente en materia de política criminal, no siendo el Parlamento el órgano que permita garantizar dicha operatividad del Ministerio Fiscal⁴⁸³.

⁴⁸⁰ *Ibidem*. Vid note de autor 73.

⁴⁸¹ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.*Pag.330.

⁴⁸² *Ibidem*. Pag.651(vid note de autor 1749).

⁴⁸³ *Ibidem*. Pag.331.

TÍTULO SEGUNDO

ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL MINISTERIO FISCAL: ENTRE LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA Y LA DEPENDENCIA POLÍTICA.

CAPÍTULO 1º. Estructura del Ministerio Público en España.

Introducción.

El Ministerio Fiscal España, no adquiere una estructura orgánica definitivamente jerarquizada y burocrática hasta la Ley Provisional de 1870⁴⁸⁴. Sin embargo va a ser la Constitución de 1978 la que dé un nuevo y radical enfoque en la significación de esta Institución, perviviendo no obstante la tradición jurídica española, al residenciarse en el Gobierno la decisión del nombramiento del Fiscal General del Estado como máximo representante, que dirige “esencialmente” el gobierno de la Institución Fiscal en nuestro país⁴⁸⁵.

A. Breve reseña a los modelos y fundamentos políticos en la estructura del Ministerio Público.

Existen dos modelos organizativos de la acción popular. Uno de ellos responde a una estructura que permanece al margen del Poder Ejecutivo, bien a través de una delegación de primer grado como ocurre en el sistema estatal norteamericano⁴⁸⁶, o bien dotando a los órganos de la acción pública, de un estatuto judicial como ocurre en Italia. El otro modelo, responde a un esquema burocrático, jerarquizado y políticamente

⁴⁸⁴. Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal ...”, Op.Cit. Pagg.632- 632. Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”,Op.Cit. Pag.73-75

⁴⁸⁵ Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit. Pagg.100 y ss.

⁴⁸⁶ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag 630. En el sistema norteamericano, se combinan dos sistemas de legitimación, que conducen a un doble efecto de concentración/difusión. A nivel federal, el nombramiento de los Fiscales es competencia del Poder Político mientras que a nivel estatal, los Fiscales son elegidos democráticamente por los ciudadanos. En el primer caso, el Gobierno dirige la acusación pública y responde por su funcionamiento, (concentración y responsabilidad indirecta) mientras que en el segundo caso, los fiscales son independientes pero responden periódicamente de su actuación ante el electorado(difusión y responsabilidad directa). El problema se plantea en el caso de Italia, donde el sistema de difusión (sujeción exclusiva a la ley y estructura carente de vertebración) se acompaña de una falta absoluta de control democrático.

dependiente como ocurre en España y en otros países de la Europa continental, y que tiene su precedente en el modelo pos-revolucionario francés de Ministerio Público. Este último, definido formalmente como modelo concentrado, supone la asunción por el Estado del monopolio de la acción pública, que se ejercita bajo el control del poder político a través de una estructura orgánica burocrática y jerárquicamente ordenada. El sistema difuso, con que se define al primero de los modelos aludidos, no es sino el producto de una idea en virtud de la cual, la defensa pública de la legalidad es una manifestación de la soberanía popular, y como tal, su ejercicio corresponde a los ciudadanos directamente, a través del ejercicio de la acción popular o bien de un modo indirecto, a través de la elección de representantes⁴⁸⁷.

Estos dos conceptos, concentración y difusión sirven para entender la relación existente entre el sistema político y los distintos modelos organizativos de la acción popular: es decir para entender el valor político que subyace entre un Ministerio Fiscal dependiente del Ejecutivo y un Ministerio Fiscal sometido únicamente al imperio de la Ley, como expresión formalizada de la soberanía popular⁴⁸⁸.

Tal como expresa FLORES PRADA⁴⁸⁹, en los últimos años se aprecia dentro del sistema concentrado, una corriente de difusión sobre la base de una naturaleza neutral del ejercicio de la acción penal, de tal forma que el Ministerio Fiscal aparece desvinculado del Poder Ejecutivo, devolviendo de forma delegada o indirecta, el ejercicio de la acción pública al ámbito genuino de la soberanía popular. Pero esto plantea un problema crucial como es el que, al ser desechada por los propios ciudadanos la defensa directa de la legalidad, aquella es asumida por el Ministerio Público, mediante un acto de delegación, pero la actividad de aquel, presentaría el riesgo de carecer de un adecuado sistema de control ante la inexistencia de una dirección general en el desenvolvimiento de su actividad. Es en este contexto, donde se plantea una unificación de la carrera judicial y fiscal, la aspiración a la inamovilidad, la desvinculación del Poder Ejecutivo y la independencia del fiscal en sus funciones, lo que culminaría el proceso de difusión pero se produciría una carencia en lo que a la legitimidad respecta, formalmente construida con el sometimiento de Ministerio Público al imperio de la ley, pero se produciría una falta de legitimación democrática al existir

⁴⁸⁷ *Ibíd.*, Pag.627. Vid.Note de autor 1697.

⁴⁸⁸ *Ibíd.*, Pagg.626-630.

⁴⁸⁹ *Ibíd.* *Ibíd.*. Pagg. 629-631. Vid note de autor 1708.

únicamente una delegación funcionarial. Siguiendo en este punto concreto a DE LUCA, autor al que hace referencia expresa FLORES PRADA, la difusión aplicada al modelo concentrado y burocrático por la vía de la sujeción a la ley, como expresión de la soberanía popular, plantea el problema de la legitimación democrática del ejercicio de la acción pública que pierde la legitimación político-gubernamental y por otro lado la legitimación popular directa, quedándose en un terreno intermedio de irresponsabilidad política⁴⁹⁰.

Pero en los sistemas democráticos actuales o como diría DE LUCA⁴⁹¹ “dentro de la óptica liberal garantista que rige actualmente”, se hace necesario buscar nuevas vías o categorías que se sitúen en un punto intermedio entre ambos sistemas, porque la estructura organizativa que requiere un moderno Ministerio Fiscal exige superar los dos polos clásicos del binomio dependencia/independencia⁴⁹².

B. Estructura Orgánica del Ministerio Fiscal

B. 1. Apuntes históricos de la Institución antes de la Constitución de 1978.

La estructura orgánica del Ministerio Fiscal en España, al menos hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, se organizaba territorialmente en función de las distintas instancias judiciales – Fiscales ante el Consejo Real, Chancillerías, Audiencias y Tribunales de partido⁴⁹³. Quizás un primer atisbo de creación de una institución fiscal estructurada, con una figura en la cúspide de la organización, aparece con el reinado de Felipe V, quien crea la figura de un Fiscal General, en su afán de debilitar la fuerza de los Consejos de la Corona de Castilla, dentro de una política de centralización borbónica, que tenía como uno de sus ejes, el fortalecimiento de la figura de los fiscales, quienes desde los diversos Consejos, Audiencias y órganos de la Monarquía, elevaban continuamente informes al Fiscal General denunciando los problemas administrativos, revelaban la realidad social,

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

⁴⁹¹ De Luca, “Controlli extra Processuali e endoprocesalenell’ attività inquirente del publico ministero” en *Accusapenale e ruolo del PubblicoMinistero*, AA.VV., Jovene, Napoli, 1991. Autor citado por Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Pag.633. Vid note de autor 1703.

⁴⁹² *Ibidem*. Pag.634.

⁴⁹³ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...” *Op.Cit.* Pag.633.

económica y política de la época, proponiendo incluso reformas al respecto. Esta práctica tan común en la actualidad, tiene su precedente más claro y nítido en este precedente histórico. Es precisamente en este periodo, donde la institución fiscal, alcanza un protagonismo quizás no conocido hasta ese momento porque a través de la figura del Fiscal General, se intenta controlar al supremo órgano de gobierno de la monarquía que en aquel entonces se aglutinaba en el Consejo de Castilla, y más concretamente en su presidente. Es decir, encontramos a una institución fiscal con funciones en el ámbito de la administración de justicia y con funciones políticas muy relevantes. Dentro de este contexto, se promulga el Decreto de fecha 10 de noviembre de 1713, por el que se establece una serie de oficios como el de Fiscal General, dos Abogados Generales, dos sustitutos del Fiscal y cuatro secretarios jefes. Posteriormente este Decreto sería revocado, volviendo la Fiscalía del Consejo de Castilla a su “...antiguo método y manejo”⁴⁹⁴

Como describe acertadamente GÓMEZ SÁNCHEZ⁴⁹⁵, durante el S. XVIII la institución fiscal fue un instrumento esencial en el programa reformista ilustrado alentado por la monarquía borbónica, pero esta función política en realidad ha sido una constante en la historia del Ministerio Fiscal, llegando incluso a conformar su estructura y funciones.

Con la aprobación de la Constitución de Cádiz de 1812 y de los principios que sobre la Administración de Justicia se recogen en el citado texto, comenzaría un nuevo periodo para La institución fiscal puesto que ésta comienza un recorrido en paralelo al recién creado Tribunal Supremo de Justicia, creado con el Decreto CLII de 17 de abril de 1812, que sustituye a los antiguos Consejos Reales.

El nuevo Tribunal Supremo integra a dos Fiscales, y sus funciones comprendían asuntos civiles y criminales y además se asignaban a los mismos, por turno riguroso de reparto con la aprobación del Tribunal, aunque no tenían obligación de acudir diariamente, sino en determinados casos. En este periodo, habría que destacar el Reglamento de Audiencias y Juzgados de 9 de octubre de 1812, por el que se establece dos fiscales en cada una de las Audiencias de las provincias en las que aquellas estuviesen establecidas, pero no se preveía la presencia de fiscales en los juzgados de primera instancias de los partidos judiciales creados en las provincias donde no existían Audiencias: en dichos

⁴⁹⁴ Yolanda Gómez Sánchez, “ El Fiscal en los inicios del Constitucionalismo Español”, Uned, Revista de Derecho Político, nº 83, enero –abril 2012. Pag.343.

⁴⁹⁵ *Ibidem*. Pag.346.

juzgados de partido, no se preveía expresamente la asistencia de fiscales, mencionándose únicamente la presencia de acusadores⁴⁹⁶.

Con el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 20 de septiembre de 1835, en su capítulo VI, se establece una nueva reorganización de la Planta de la institución Fiscal, al disponer que además de los fiscales del Tribunal Supremo y de las Audiencias, se ordena la presencia de promotores fiscales⁴⁹⁷ en los juzgados inferiores. Además, delimita las funciones a realizar por los fiscales y promotores fiscales: acusación pública, en todos los delitos perseguibles de oficio, defensa de los derechos e intereses del Estado (causa pública) y la supervisión del buen funcionamiento de los Tribunales (artículos 89, 101 y 103), aunque continúa conservando funciones muy específicas respecto al patrimonio de la Corona tal como se establece en su art. 104.4 del citado Reglamento.

El artículo 105 del Reglamento es fundamental al establecer la estructura jerarquizada de la Institución, pero con sometimiento a los principios de legalidad e imparcialidad pero se les reconoce “independencia de opinión” en el ejercicio de sus funciones, libertad que no obstante duraría poco tiempo y que además iba acompañada de la correspondiente exigencia de responsabilidad personal del fiscal que asumiera tal derecho (artículo 105.2 del Reglamento)

Posteriormente y ante la necesidad de fortalecer la institución fiscal se consagran expresamente los principios de unidad y dependencia jerárquica en virtud del Real Decreto de 26 de abril de 1844, con vinculación directa a las Instrucciones o Circulares que les pudieran remitir desde el Gobierno por encima de las convicciones u opiniones del fiscal. Este Decreto sería criticado por algunos Fiscales alegando el Reglamento de 1835 pero el Gobierno mantuvo que “atendiendo al carácter y a la nueva organización dada al Ministerio Fiscal, no puede reconocerse en éste la independencia de opinión que pretende el Fiscal y que, por el contrario, debe haber entre los fiscales y el Gobierno igual subordinación que la que existe entre los promotores y fiscales a virtud de los

⁴⁹⁶ Reglamento de Audiencias y Juzgados de 9 de octubre de 1812, Capítulo Segundo; “De los Jueces letrados de partido”. Su artículo I establecía la distribución provisional de partidos, en aquellas provincias donde no hubieran Audiencias.

⁴⁹⁷ Jesús Pórfilo Trillo Navarro, “Ministerio Fiscal: Diacronía...” Op.Cit. Pag.51. Con la nueva división judicial, por la que se crean los juzgados de partido, aparece la figura del promotor fiscal, expresamente implantados con el Reglamento Provisional de 1835, reconociéndoseles la condición de parte en los procesos por delito público, aunque haya acusador particular.

dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto de 26 de enero de 1844” (Real Orden de 10 de noviembre de 1846)⁴⁹⁸.

Los avatares políticos institucionales que prosiguieron en las siguientes décadas, no afectó esencialmente a la institución Fiscal, en lo que a sus características esenciales se refiere, aunque se consolida su pluralidad funcional. Se promulgan diversas normas sobre el Ministerio Fiscal, que reorganizan la Planta y se crean Fiscalías especiales (Hacienda, Imprenta...), hasta llegar al año 1881, en el que con un desdoblamiento de funciones, las competencias económico-patrimoniales del Fiscal se encomiendan a los Abogados del Estado con un decreto de creación (Real Decreto de 10 de marzo de 1881) que tal como fue definido por MARCHENA GÓMEZ, constituyó la primera “...gran ocasión histórica para la definitiva edificación del M.F. sobre esquemas judicialistas que despojaron a la institución de su claro soporte gubernamental...Sin embargo tal oportunidad fue desechada por el legislador...”⁴⁹⁹.

Según GÓMEZ SÁNCHEZ⁵⁰⁰, “... la sujeción a la legalidad, unidad y dependencia será la constante histórica del Ministerio Fiscal a finales del XIX y durante el siglo XX”. De este forma, el Ministerio Fiscal se transforma progresivamente hasta llegar a la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, en la que en su art. 841 se establece que el Fiscal del Tribunal Supremo será el Jefe del Ministerio Fiscal de toda la Monarquía bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia, pudiendo ser separado junto con los Fiscales de las Audiencias, por decisión del Gobierno e incluso podían ser trasladados. Con la Ley Provisional, se instaura definitivamente un modelo burocrático, centralizado y jerarquizado de Ministerio Público regulándose a través de su normativa, no solo el complejo orgánico de la institución sino además, un estatuto genuinamente funcionarial, al modo del estatuto de Jueces y Magistrados, pero destaca en la regulación estatutaria del funcionario fiscal, la rígida dependencia jerárquica del Gobierno ⁵⁰¹, aspecto éste último que es una constante en la historia de la institución, y que según expresa acertadamente

⁴⁹⁸ Yolanda Gómez Sánchez, “ El Fiscal en los inicios del Constitucionalismo...” Op.Cit. Pagg. 348-351. Luis María Díez Picazo, “ El Poder de Acusar...” Op.Cit. Pagg. 144-145.

⁴⁹⁹ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio fiscal...” Op.Cit. Pag.75. Yolanda Gómez Sánchez, “ El fiscal en los inicios...” Op. Cit. Pag.355.

⁵⁰⁰ Yolanda Gómez Sánchez, “ El Fiscal en los inicios...” Op.Cit. Pag.356.

⁵⁰¹ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio fiscal...” Op.Cit. Pag.634.

GÓMEZ SÁNCHEZ⁵⁰² “ La vinculación del Ministerio Fiscal al Ejecutivo es el precio de la independencia de los Tribunales”

La Planta orgánica diseñada por la Ley Provisional viene a estar comprendida por: el Fiscal del Tribunal Supremo, los Fiscales de las Audiencias, Fiscales de Partido y los Fiscales de los Juzgados municipales; En cada Fiscalía existirá un solo Fiscal, un solo Teniente Fiscal y un número determinado de Abogados fiscales, siendo estas dos últimas categorías, auxiliares de los Fiscales situados al frente de cada órgano (arts.764 a 766). Este modelo, se reproduce en el Estatuto de 1926 que opera con idénticos principios organizativos, aunque algunas de las categorías que integran la carrera fiscal, se diversifican (arts. 8 y 9 del Estatuto) surgiendo una nueva figura, los inspectores fiscales. En los artículos 20 y 21 del Estatuto, se aprecia la delegación de asuntos entre las distintas categorías de funcionarios fiscales y las competencias que a cada una de ellas, le es asignada. Según FLORES PRADA⁵⁰³, se produce una mayor estratificación en la jerarquía dentro de la carrera Fiscal. Se reglamenta el Consejo Fiscal, aunque con una naturaleza consultiva y asistencial del Fiscal del Tribunal Supremo, aunque podríamos sostener en base a la redacción del art. 22 del Estatuto, que las funciones del Consejo tenían una mayor trascendencia a la meramente consultiva o asistencial, en tanto en cuanto “...resuelve o propone según proceda, expedientes disciplinarios...y además eleva al Gobierno a través del Ministro de Gracia y Justicia o bien directamente a éste, mociones y propuestas relativas a la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal, de los Tribunales en general, y de los auxiliares de la Administración de Justicia.

⁵⁰² Yolanda Gómez Sánchez, Loc. Cit.

⁵⁰³ Ignacio Flores Prada, Loc.Cit. Vid note de autor, 1718.

B. 2. Con posterioridad a la Constitución de 1978.

Antes de la aprobación de la Constitución de 1978, el Ministerio Fiscal se caracterizaba por ser una institución cuya primordial misión era ejercer la acusación pública, en un proceso penal de tipo acusatorio formal y por tanto, con un acentuado protagonismo del Juez de Instrucción en la fase sumarial, una institución cuya organización interna respondía a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y además vinculada al Gobierno a través del Ministro de Justicia, e integrada además por funcionarios de carrera, vinculados por selección y mentalidad a la judicatura⁵⁰⁴.

La tradición histórica fue el argumento decisivo que impidió la consolidación de un Fiscal más independiente de las directrices del Gobierno: solo formalmente quiso superarse el modelo histórico de Ministerio Fiscal, suprimiéndose expresiones tales como órgano de comunicación, órgano de representación, órgano de relación del Gobierno con la Administración de Justicia pero siempre ha existido el reparo gubernamental a desprenderse de tan valioso instrumento institucional⁵⁰⁵. Como argumenta MARCHENA GÓMEZ⁵⁰⁶, resulta detectable en la redacción del art. 124 de la Constitución de 1978, una falta de determinación de un modelo de M.F; esa falta de determinación de la estructura esencial de la Institución Fiscal, que posiblemente fuera debida a una actitud eclética por parte de los grupos parlamentarios que participaron en los debates que se sucedieron en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, que prefirieron una fórmula intermedia, en la que sólo formalmente se superó el modelo histórico de Ministerio Público, que tradicionalmente había sido concebido como órgano de representación del Gobierno ante los Tribunales de Justicia, pero al tiempo existía un reparo gubernamental a desprenderse de tan válido instrumento institucional. Y aunque el tenor literal del art. 114 del Anteproyecto de Constitución fuera modificado, la confusión conceptual y la falta de diseño estructural se ponía de manifiesto a través de las afirmaciones formuladas por los portavoces de los distintos grupos parlamentarios, que a través de sus enmiendas intentaban perfilar el contenido definitivo del articulado del Anteproyecto.

⁵⁰⁴ Luis María Díez Picazo, “ El Poder de acusar...”, Op.Cit.,Pag. 150.

⁵⁰⁵ Pablo Lanzarote Martínez “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.355.

⁵⁰⁶ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio fiscal...”, Op.Cit. Pagg. 101-108.

No obstante, habría que reconocer como algunas de las propuestas planteadas, como las presentadas por los representantes de la Cámara Alta⁵⁰⁷, y que a pesar de su escaso éxito, sí hubiera significado a nuestro modo de entender, un giro importante en la concepción de la institución, puesto que sin grandes rupturas con la tradición histórica, habría dado como resultado un Ministerio Fiscal con un mayor grado de autonomía en el ejercicio de sus funciones, y más acorde con una Constitución garantista de tantos derechos y libertades como en la misma se reconocen. El resultado fue un texto, que al margen de juicios de opinión doctrinal, acentúa la ambigüedad en la concepción del Ministerio Fiscal⁵⁰⁸.

Una correcta valoración del Ministerio Fiscal, tras la promulgación de la Constitución de 1978 y de su Estatuto Orgánico en 1981, pasa necesariamente por un somero y previo análisis de su configuración orgánica partiendo del hecho de que estamos ante una institución perennemente problemática⁵⁰⁹, cualidad ésta última que se pone de manifiesto precisamente en esa tarea de vinculación a alguno de los poderes clásicos del Estado⁵¹⁰.

LÓPEZ AGUILAR⁵¹¹ ha criticado el esfuerzo por parte de la doctrina, de incardinar al Ministerio Fiscal en alguno de los tres poderes. Se trata como dice el autor, de “un trasunto más de la peregrina (aunque no inocua) especie de que más allá de la ideal concepción tripartita de los poderes del Estado, no habría más que el vacío, cuando no, un agujero negro de absolutismo estatal o desviación hacia ello. Contradecir esta tesis no es difícil: si tal visión de las cosas fuese atinada o correcta, ni la Justicia Constitucional concentrada, (Título IX CE), ni la participación del Gobierno en la función legislativa (arts. 82 a 97), ni la actividad comisionada de las Cortes Generales puesta en manos del ombudsman (art. 154 de la C.E)...serían posibles ni entendibles (no digamos ya legítimas) en el actual Estado constitucional de Derecho” “... Y en lo

⁵⁰⁷ *Ibídem*. Pag.108. La propuesta defendida, sin éxito, por los miembros de la Cámara Alta era del siguiente tenor literal: “...la necesidad de superar la concepción del Ministerio fiscal Como instrumento de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales...el Fiscal del Tribunal Supremo sea nombrado por el Rey para un periodo de cinco años, a propuesta del Congreso de los Diputados, que habrá de formularse por mayoría de tres quintos de sus miembros...los funcionarios del Ministerio Fiscal no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados excepto por las causas y con las garantías que el Estatuto establezca (Progresistas y Socialistas Independientes).

⁵⁰⁸ *Ibídem*.

⁵⁰⁹ Andrés de la Oliva Santos, “El futuro del proceso Penal y el Papel del Ministerio Fiscal”, *Tribunales de Justicia*, *Revista Española de derecho procesal*, nº 1, 1997, pag. 2. José Martín Pastor, “La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: Un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?”, *Revista General de derecho Procesal*, nº 14, pag 2.

⁵¹⁰ José Martín Pastor, *Loc.Cit.*

⁵¹¹ Juan Fernando López Aguilar, “La Justicia y sus problemas...”, *Op.Cit.* Pag.167.

que concierne al Ministerio Fiscal, no es (...) Poder Judicial por el solo y simple hecho de aparecer consignado en el Título VI CE (...) El Ministerio Fiscal es...lo que la Constitución ha deseado que sea: un órgano del Estado, cualificado por rasgos institucionales propios. Un órgano cuya misión es promover la acción de la Justicia (ante la que actúa sin formar parte de ella) por medio de órganos propios cuya definición objetiva y funcional habrá de actuarse por la Ley y a la cabeza de los cuales se sitúa a un Fiscal General del Estado nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, y oído el CGPJ⁵¹².

Reconduciendo el principio de autonomía funcional a la previsión constitucional de que el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones “por medio de órganos propios”, LÓPEZ AGUILAR llega a la clave de la singularidad de esta institución en el seno de la estructura de poderes del Estado: “El Ministerio Fiscal no es Poder Judicial, no es Poder Ejecutivo, pero no es per se, un poder independiente”⁵¹³.

Prosiguiendo con la anterior argumentación, de que el M.F no es ni puede ser independiente, y aceptado el hecho de que su actuación mediante órganos propios impide configurarlo como parte integrante del Poder Ejecutivo, aún no siendo Poder Ejecutivo, se trata de una institución a él vinculada y dependiente, y según expresión de LÓPEZ AGUILAR, “debe quedar fuera de discusión el designio constitucional de reafirmar, guste o no guste, la vinculación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal”⁵¹⁴.

Por tanto y de acuerdo con un sector doctrinal⁵¹⁵, la Constitución de 1978 y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, han diseñado y desarrollado respectivamente, un modelo de Ministerio Fiscal de carácter marcadamente gubernamental y no judicialista, apoyándose esta tesis, entre otros argumentos, en la forma de nombramiento de la cúspide jerárquica de la institución, además de las facultades

⁵¹² *Ibidem*, 168.

⁵¹³ Javier Tajadura Tejada, “Cortes Generales y Ministerio Fiscal”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 60, 2003, Pag.17. Juan Fernando López Aguilar, “La Justicia y sus problemas en la Constitución...”, *Op.Cit.* Pag.204.

⁵¹⁴ Javier Tajadura Tejada, *Loc.Cit.* Pag.19. Juan Fernando López Aguilar, *Loc. Cit.*205

⁵¹⁵ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, *Op. Cit.* Pag.355.

Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.*Pagg. 635-636. Vid. note de autor 1721. El autor, junto a un destacado sector doctrinal (Aparicio, Andrés Ibañez, Conde Pumpido, todo ellos mencionados por el autor) ven necesario la creación de un marco de relaciones entre el M.F y el Gobierno, habida cuenta de la vinculación de las funciones de la institución fiscal y las responsabilidades gubernamentales en materia de política criminal, considerando en este sentido Flores Prada que el actual art. 8 del Estatuto Fiscal resulta insuficiente. La omisión de este marco de relaciones, pone al descubierto, según el autor, una de las fallas más importantes del Estatuto Orgánico, en la adaptación del modelo burocrático y jerarquizado a nuevo sistema político. Juan Fernando López Aguilar, “La Justicia y sus problemas...”*Op.Cit.* Pag.205. Francisco Granado, “El Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Pagg.38-39.

atribuidas al Gobierno para interesar del FGE que promueva ante los Tribunales actuaciones en orden a la defensa del interés público. Incluso el nombramiento con carácter discrecional, de los cargos de mayor relevancia del M.F son competencia del Gobierno. Además, esta concepción del Ministerio Fiscal se fundamenta en numerosos preceptos constitucionales y legales, preceptos todos ellos, según la tesis que se mantiene, y que en nuestro sistema ha descartado por completo una concepción judicialista del Ministerio Público: a) El art. 117 de la Constitución según el cual, el Poder Judicial se integra sólo por Jueces y Magistrados; b) El art. 122 de la Constitución que no comprende al Ministerio Fiscal entre los miembros del Consejo General del Poder Judicial; c) El art. 124 de la Constitución que en su apartado tercero prevé la existencia de una Ley reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal como una ley reguladora distinta a la Ley Orgánica del Poder Judicial; d) El art. 8 del EOMF que dispone que el Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público; e) El art. 67 del EOMF que prevé que las resoluciones del Fiscal General del Estado serán recurribles en alzada ante el Ministro de Justicia⁵¹⁶.

Tras un análisis del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal antes de la reforma de 2007, se puede llegar a la conclusión que no ha existido dependencia jerárquica, pero sí una vinculación atenuada, indirecta o matizada del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo, siendo este un planteamiento o postura mantenida por un determinado sector doctrinal, con lo cual no puede sostenerse que el M.F sea un órgano independiente, sino vinculado o relacionado con el Gobierno⁵¹⁷. Esa vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo se ha evidenciado a través, entre otras, de la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado (art. 124.4 CE y art. 29 del EOMF), con lo cual nos lleva a concluir que difícilmente será nombrado un Fiscal General contrario a los postulados político-jurídicos de aquel. Pero en lo que respecta a la materia presupuestaria así como a la selección y formación de los Fiscales, sí se puede afirmar la dependencia absoluta del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo⁵¹⁸.

⁵¹⁶Javier Tajadura Tejada, “ Las Cortes Generales y el Ministerio Fiscal”, Revista de las Cortes Generales, nº 60, Año 2003, pag.21.

⁵¹⁷ José Martín Pastor, “La reforma del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal: ¿Un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?”, Revista General de Derecho Procesal, nº 14,2008, pag. 4. Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.634. Flores Prada argumenta que tras la entrada en vigor del Estatuto Fiscal de 1981, el clásico sistema concentrado va a sufrir variaciones, rompiéndose la dependencia política del Gobierno, ad extra, flexibilizándose el principio de dependencia, ad intra.

⁵¹⁸ José Martín Pastor, Loc.Cit. Pag.6

En consecuencia, se ha llegado a afirmar que la antigua dependencia jerárquica y orgánica de la institución respecto del Ejecutivo había dado paso a una vinculación meramente política que operaba en la cúspide de la institución⁵¹⁹. En este sentido DIEZ PICAZO⁵²⁰ argumenta, precisamente partiendo de esa dependencia política, que “...¿ en qué punto la posibilidad gubernamental de hacer presión sobre el Fiscal General del Estado, que desde un punto de vista formal es probablemente inatacable, comienza a ser constitucionalmente incorrecta?...” .Y concluye que en rigor, no ha habido un genuino compromiso constitucional y estatutario sobre las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno y además esa falta de acuerdo entre las distintas fuerzas políticas que han sostenido con vehemencia la desvinculación del M.F. del Gobierno, dependiendo de que se encuentren o no en la oposición, en puridad no han tenido un grado de certidumbre suficiente sobre el significado jurídico político de la institución.

Por tanto, reconociendo sin ambages, la relación existente entre Ministerio Fiscal y Gobierno, es necesario definir dicha relación porque tal como sostiene DIEZ PICAZO⁵²¹, en la medida en que aquella no es clara, faltaría un dato para hacer una interpretación sistemática y teológicas de las normas relativas a la estructura y funciones del Ministerio Fiscal.

En este sentido argumenta FLORES PRADA⁵²², que no se trata de reproducir un esquema de dependencia externa gubernamental fuera de lugar en un moderno Estado de Derecho, debiendo concretarse aquella a través de una suerte de coordinación que haga tan operativa como imparcial una estructura orgánica diseñada internamente, para llevar a cabo líneas directrices que no puedan tener su origen y legitimación en el Fiscal General del Estado que está exento de responsabilidad política.

Definir la relación del Ministerio Fiscal con el Gobierno, pasa por reconocer que aún admitiendo el sistema de nombramiento del F.G.E se hace necesario que una vez efectuado aquel, el cargo de Fiscal General ejerza sus funciones con independencia, manteniendo los legítimos cauces de comunicación y relación que se contemplan en los artículos 8 a 11 del Estatuto Orgánico, pero excluyéndose cualquier instrucción o

⁵¹⁹Luis María Diez Picazo, “ El poder de acusar...” Op.Cit. pag.160. Así dice el autor, que aunque no quepa una dependencia jerárquica no significa que el Gobierno ya no pueda dar órdenes a los fiscales, si puede nombrar aunque ahora ya no pueda cesar a su voluntad (reforma de 2007 del EOMF) al FGE que está jurídicamente al frente de la institución. José Martín Pastor, “ la reforma del estatuto orgánico...”, Op.Cit. Pag.7

⁵²⁰ Luis María Diez Picazo, “ El poder de acusar...”, Op.Cit. Pagg.162-163.

⁵²¹ Ignacio Diez Picazo, “El Poder de Acusar...”, Op.Cit. Pag. 163.

⁵²² Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag. 636.

indicación gubernamental que intente mediatizar su actuación. Se trata de que la dependencia jerárquica, principio rector “ad intra” de la organización y funcionamiento interno de la Institución, se agote en él y no sea de los miembros del Ministerio Fiscal con el Gobierno⁵²³.

Un sector de la doctrina⁵²⁴ considera que lograr una mayor autonomía de la institución Fiscal, en lo que a la dependencia externa se refiere, obliga a impermeabilizar la figura del Fiscal General del Estado, aunque la última reforma operada en el año 2007, no dio cumplida satisfacción a las expectativas en ellas depositadas en tanto que las “garantías adicionales en su regulación” tal como recogía expresamente su exposición de motivos, se limitó a regular las causas de cese excluyendo de las mismas, la decisión discrecional del Gobierno, pero permaneciendo invariable el sistema de designación constitucional.

Por tanto y dado el contenido del art. 124 de la Constitución, es muy difícil que en supuestos comprometidos o polémicos, el Ministerio Fiscal actúe al margen de la orientación política del Gobierno de turno, pero además habría que añadir que la desvinculación del Poder ejecutivo sólo tendría sentido si las atribuciones del Ministerio Público fueran sólo de *amicus curiae* o de sustitución procesal y no, cuando su principal atribución es, como sucede en la práctica, la de acusador público con lo que en estas ocasiones, el Fiscal queda automáticamente transformado en pieza clave de la política criminal, de forma que la estrategia de prevención y represión de hechos delictivos admite márgenes de variación en sintonía con la mayoría parlamentaria correspondiente⁵²⁵.

Sin embargo existe una cuestión no resuelta, y que resulta de vital importancia en lo que a ejecución de política criminal se refiere, como es la de definir mejor la vinculación del Ministerio Fiscal con el Gobierno, a efectos de exigir la correspondiente responsabilidad, puesto que una vinculación poco definida o ambigua en esta materia, puede hacer irresponsable al Gobierno. No se trata de abrir nuevos canales de relación

⁵²³ Javier.A. Zaragoza Aguado, “ El Consejo Fiscal: Reflexiones sobre su Funcionamiento, Composición y Competencias”, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, V- 2000, Pag. 565.

⁵²⁴ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pagg. 359-360, Javier. A. Zaragoza Aguado, Loc.Cit.

⁵²⁵ Luis María Díez Picazo, “ El Poder de Acusar...” Op.Cit.Pag.166. José Martín Pastor, “ La Reforma del estatuto Orgánico...”, Op.Cit. Pagg.26- 29 . El autor destaca como en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998 se ponía de manifiesto el importante papel del Ministerio Público en la política criminal (...).

sino de hacer transparentes los ya existentes de hecho, aunque no estuviesen previstos en la ley⁵²⁶.

Los principios de legalidad e imparcialidad en la actuación del Ministerio fiscal, habrán de ser interpretados como un límite constitucional a su dependencia del Gobierno y más concretamente a su condición de instrumento de política criminal, y aunque el Ministerio Fiscal no puede quedar al margen de la orientación política de la mayoría parlamentaria que apoya al Gobierno, esa conexión no justifica comportamientos contrarios a la legalidad o imparcialidad, por lo que el Ministerio Fiscal habrá de gozar de cierto grado de autonomía operativa como medio de discriminar, qué decisiones quedan excluidas por la legalidad e imparcialidad⁵²⁷.

Esta concreta visión de la relación que debe existir entre el Ministerio Público y Gobierno, es compartida por un sector de la doctrina⁵²⁸ que entiende que el actual modelo constitucional no debe traducirse, pese a su falta de independencia del Ejecutivo, en una sumisión de la Institución ni de los Fiscales que la integran respecto de sus superiores jerárquicos, posibilitándolo así la actual normativa estatutaria.

La ley estatutaria de 1981 ha flexibilizado en opinión de FLORES PRADA⁵²⁹ el principio de dependencia interna de forma que la unidad y dependencia deben hacerse compatibles con los principios de legalidad e imparcialidad, para lo cual deberán proveerse mecanismos internos que aseguren tanto el examen colegiado de las instrucciones y órdenes cuando su compatibilidad con los principios mencionados, sea puesta en cuestión por alguno de los miembros de la institución Fiscal. En este sentido se orienta el actual art. 27 del Estatuto y la función que se atribuyen a las Juntas de Fiscalía y a la Junta de Fiscales de Sala a la hora de valorar colegiadamente la adecuación o no de determinadas instrucciones, a los principios de legalidad e imparcialidad. Pero éstos no son los únicos mecanismos, sigue exponiendo el autor, que flexibilizan la dependencia tanto interna como externa de la Institución, sino la procedencia o improcedencia, en los términos que recogen los arts. 8 y 27 del Estatuto Fiscal, constituyendo un criterio, que puede llegar a motivar la desestimación de la

⁵²⁶ José Martín Pastor, “ La Reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.32.

⁵²⁷ Luis María Díez Picazo, “ El Poder de Acusar...”, Op.Cit, Pag.167. En opinión de este autor, no parece correcto a efectos constitucionales, equiparar legalidad y ejercicio de la acusación pública, porque es posible que la propia legalidad prevea ciertos márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

⁵²⁸ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal ...”, Op.Cit. Pag.422.

⁵²⁹ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.636.

actuación interesada o bien la exención del cumplimiento de la orden por el funcionario fiscal, concedida por su superior. Todo ello, marca una tendencia hacia la personalización de la función fiscal, y hacia el fortalecimiento de la autonomía institucional que en opinión de FLORES PRADA, no queda borrada, aunque al final se imponga el criterio del Fiscal General del Estado⁵³⁰.

FLORES PRADA ⁵³¹ recuerda que el Ministerio Público en España, no es un Abogado del Estado, sino una institución de garantía del conjunto del sistema político que legítimamente puede y debe oponerse a las órdenes y requerimientos contrarios a la objetividad que debe presidir el comportamiento de los poderes públicos.

Un ejemplo de esto último fue el caso de la instrucción 4/92 del Fiscal General del Estado, cursada por razones de política militar, sobre la penalidad aplicable a los insumisos, contra la que se ejerció el art. 27 del Estatuto en algunas Fiscalías. La instrucción podía ser calificada de improcedente en cuanto imponía en un determinado sentido, la aplicación del art. 61 del Código Penal, limitando la facultad del Ministerio Fiscal de solicitar la pena, atendiendo a su individualización en el caso concreto⁵³².

Con la reforma estatutaria efectuada por Ley 24/2007 de 9 de octubre, el legislador ha pretendido reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal, considerando especialmente la Fiscalía General del Estado y en segundo lugar actualizar, racionalizar y modernizar la estructura de la institución, buscando una mayor eficacia de la misma, atendiendo a los criterios de especialización y de reordenación de su modelo de implantación territorial⁵³³. Entre las medidas arbitradas para conseguir una mayor autonomía funcional en el desempeño de las funciones encomendadas, contribuyendo por tanto a reforzar de cara a la sociedad, la imparcialidad que preside la actuación de acuerdo con el art. 124.1 de la CE, destacaríamos sumariamente, en primer lugar, el establecimiento de garantías adicionales a la designación del Fiscal General del Estado, de tal forma que el candidato propuesto por el Gobierno, tras el informe preceptivo (pero no vinculante) del Consejo General del Poder Judicial, deberá someterse a una comparecencia ante una Comisión del Congreso, antes de su nombramiento por el Rey (art. 29 EOMF). No obstante se echa en falta, en la nueva regulación, los efectos derivados de una valoración negativa por la Comisión correspondiente de la Cámara, en lo relativo a los

⁵³⁰ *Ibíd.* Pag.637.

⁵³¹ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal ...”, *Op.Cit.* Pag. 707.

⁵³² *Ibíd.* Vid note de autor, 1898.

⁵³³ José Martín Pastor, “La reforma del Estatuto Orgánico...”, *Op.Cit.* Pag.41.

méritos e idoneidad del candidato. Igualmente se modifica el régimen de cese del Fiscal General del Estado, desapareciendo la libre decisión de cese sin causa, es decir el carácter discrecional de aquel por parte del Ejecutivo⁵³⁴.

Además se ha producido una limitación del mandato del Fiscal General que tendrá una duración de 4 años no renovable (art. 31.1 y 2 del EOMF). Como excepción a esta regla se establece la posibilidad de reelección cuando el titular hubiera ostentado el cargo por un periodo inferior a dos años, con lo que cabría entonces ser nombrado para un segundo mandato. En términos generales, con esta limitación temporal, desaparecería una técnica no escrita según la cual se ponderaba por el Gobierno renovar una propuesta de nombramiento si el Fiscal General ha seguido sus instrucciones⁵³⁵.

A este respecto opina MARCHENA GÓMEZ⁵³⁶, que no existiría razón alguna que impidiera la renovación del cargo, una vez se haya cumplido el plazo de cuatro años de mandato. En España y en otros países de nuestro entorno europeo, no faltan ejemplos en los que el tiempo de ejercicio se prolonga más allá de un único periodo legislativo, con lo que hubiera sido acertado evitar la prohibición de renovación, haciendo posible que el nuevo Gobierno, si lo considera oportuno ratifique al Fiscal General del Estado en el ejercicio del cargo.

En la misma línea anterior, quedan redimensionadas las relaciones entre el Gobierno y el Ministerio Público, con la intervención de la Junta de Fiscales de Sala, cuando el Fiscal General del Estado imparta instrucciones en asuntos que afecten a miembros del Gobierno. La Junta de Fiscales de Sala, como máximo órgano asesor del Fiscal General, deberá ser previamente oída cuando aquel vaya a impartir instrucciones a sus subordinados en cualquier asunto que afecte directamente a miembros del Gobierno. Sin embargo, aquí lo que se plantea la doctrina, es la naturaleza vinculante o no de dicha consulta, considerándose al respecto, que el Fiscal General no resultará vinculado o compelido por el parecer de la Junta de Fiscales de Sala⁵³⁷.

⁵³⁴ *Ibíd.* Pag. 42.

⁵³⁵ *Ibíd.* Pag.43

⁵³⁶ Manuel Marchena Gómez, *¿Un Fiscal General independiente? Apuntes críticos a la Reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, LiberAmicorum, en homenaje al Profesor Antonio González Cuellar, 2006, Edit. Colex, Pag. 944.

⁵³⁷ José Martín Pastor, “La reforma del Estatuto Orgánico...”, *Op.Cit.* Pag.44.

El régimen de abstención del Fiscal General del Estado, se ha visto igualmente modificado, de tal manera que cuando en él concurran alguna de las causas de abstención establecidas para Jueces y Magistrados, ya no resolverá el Ministro de Justicia como sucedía con anterioridad, sino que habrá de intervenir la Junta de Fiscales de Sala como órgano colegiado de perfil esencialmente jurídico (art. 28 EOMF).

En lo que respecta a los órganos operativos del Ministerio Fiscal, como son la Secretaría Técnica, la Unidad de Apoyo y la Inspección Fiscal, sus miembros no podrán presentarse como candidatos al Consejo Fiscal (art. 14.2 EOMF) con lo cual se trata de potenciar el carácter neutral y operativo de los citados órganos⁵³⁸.

MARCHENA GÓMEZ⁵³⁹ viene a cuestionar, que la búsqueda de la imparcialidad del Fiscal General del Estado, en asuntos que afecten a miembros del Gobierno o aforados, pueda ser resuelta, mediante el expediente de recusación del máximo representante de la Institución, pero si esta vía resulta dudosa lo es aún más, que la duda de la imparcialidad sobre el Fiscal General del Estado quede resuelta con la decisión de la Junta de Fiscales de Sala, dado que el criterio que ha presidido el nombramiento de sus miembros hace más que previsible su respuesta a la hora de responder sobre la duda planteada acerca de la imparcialidad de su jefe.

La lucha por la imparcialidad del Ministerio Público, ha sido objeto de atención desde instancias internacionales: así la Recomendación 19 (2000) del Consejo de Europa viene a proclamar la necesidad de que “Los Estados tomen las medidas apropiadas para facilitar que los miembros del Ministerio Fiscal puedan ejecutar su misión sin injerencias injustificadas”⁵⁴⁰.

Esta recomendación, suscrita por España, no inspira en opinión del citado autor, el citado EOMF, en tanto que el mecanismo del art. 28⁵⁴¹, establece un más que ambiguo sistema basado en la recusación del Fiscal General del Estado. Pero además si ya es cuestionable la recusación en sí misma, todavía lo es más el mecanismo para resolver la

⁵³⁸ José Martín Pastor, Loc.Cit. Pag. 45.

⁵³⁹ Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit. Pag.947.

⁵⁴⁰ *Ibíd.*

⁵⁴¹ El art. 28 del EOMF establece; “Los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser recusados. Se abstendrán de intervenir en los pleitos o causas cuando les afecten algunas de las causas de abstención establecidas para los Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del poder Judicial, en cuanto les sean de aplicación. Las partes intervinientes en los referidos pleitos o causas podrán acudir al superior jerárquico del fiscal de que se trate, interesando que en los referidos supuestos se ordene su no intervención en el proceso. Cuando se trate del Fiscal General del Estado resolverá la Junta de Fiscales de Sala, presidida por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo. Contra las decisiones anteriores no cabrá resultado alguno”.

duda de imparcialidad generada en torno al Fiscal General, ya que la Junta de Fiscales de Sala, presidida por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y por el resto de los miembros integrantes de este órgano colegiado, son designados por el Gobierno (arts. 13 y 36.1 del EOMF) con lo que el criterio que ha presidido su nombramiento, basado en el principio de confianza, hace más que previsible la respuesta, a la hora de responder a la duda sobre la imparcialidad del Fiscal General⁵⁴².

La reforma operada por la Ley 24/2007 introdujo una modificación importante al arbitrarse una mayor presencia del fiscal en el proceso penal, con nuevas formulas encaminadas todas ellas, a una mayor eficacia y eficiencia en el cumplimiento de la misión del Ministerio Público según se contemplaba en la Exposición de motivos de la Ley⁵⁴³. Y como ejemplo de esa mayor intervención, podemos citar los artículos 3.5 y 4.6 del EOMF en el que se hace referencia en el primero de ellos, a la capacidad del Fiscal para la instrucción del proceso, en el ámbito de la LO 5/2000 de responsabilidad penal del menor. También habría que destacar su intervención en la protección de testigos y peritos (art. 3.10 EOMF) así como la intervención del Ministerio Fiscal en la cuestión de inconstitucionalidad en los términos de la LOTC (art. 3.11 EOMF)⁵⁴⁴.

Una cuestión de cierta trascendencia para la imagen pública y la apreciación social de la institución Fiscal y que parece estar presente en opinión de BESTARRECHE BENGOA, en esta última reforma estatutaria, ha venido a estar constituida por la aparición de la Unidad de Apoyo integrada en el Fiscalía General del Estado (art. 13.4 EOMF) que se encuentra dirigida por un Fiscal Jefe y los Fiscales que se determinen en plantilla, y que tiene como sus dos primeras competencias, la asistencia al FGE en materia de: a) representación institucional y relaciones con los poderes públicos y b), la comunicación y relaciones con los medios y gestión de la atención al ciudadano⁵⁴⁵.

Junto a estas funciones, también se encarga de asesorar a la Fiscalía General en materia de análisis y determinación de las propuestas relativas a necesidades de organización y funcionamiento de la Institución en materia informática, estadística, personal, medios materiales, información y documentación, con el apoyo además de funcionarios

⁵⁴² Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit.

⁵⁴³ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...” Op.Cit.Pag.490.

⁵⁴⁴ Ibídem. Pag.491.

⁵⁴⁵ Ibídem. Pagg. 491- 492.

externos al M.F, pertenecientes a otras especialidades y que pasan a integrarse en esta Unidad⁵⁴⁶.

Por último, se contempla en el art. 72.3 del EOMF, lo que podría significar una nueva dimensión a la autonomía del M.F como así ha sido calificada por BESTARRECHE BENGOA⁵⁴⁷, considerándose a un mismo tiempo, la nueva dimensión territorial de la institución. La Ley parece introducir las tantas veces reclamada autonomía presupuestaria condición casi indispensable si luego quiere exigirse responsabilidades por la gestión o eficiencia del gasto o simplemente del propio servicio prestado a los ciudadanos.

Esta asignación presupuestaria singularizada para el Fiscal General del Estado refuerza su ámbito de autonomía. De esta forma en los Presupuestos Generales del Estado y en los de las CC. AA con competencias en materia de Administración de Justicia, se contemplarán las correspondientes partidas presupuestarias, adecuadamente singularizadas, y en todo caso, una de estas partidas será gestionada por la Unidad de Apoyo del Fiscal General y estará destinada a cubrir los gastos de funcionamiento de la administración de la Fiscalía General del Estado⁵⁴⁸.

La valoración que hace la doctrina de la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007, se centra en la consideración, de que la reforma deja al Ministerio Fiscal en una situación ambigua: no depende del Gobierno pero tampoco es independiente del mismo, con lo que es una vinculación imprecisa y poco definida, que podría dar lugar a un escenario nada recomendable. Así podría suceder, que el Fiscal General del Estado fuera obediente con el Gobierno que se escudaría en su mayor autonomía o bien, la de un perfil de Fiscal General del Estado rebelde, que priva al Gobierno de un instrumento formidable de ejecución de la política criminal⁵⁴⁹.

Si con anterioridad a la reforma de 2007, el Ejecutivo, para no responder de algunas decisiones o actuaciones polémicas o controvertidas del Fiscal General del Estado, ya se apoyaba en su autonomía, en mayor medida se podrá seguir repitiendo esa situación con un Fiscal General aparentemente más autónomo. Con la posibilidad de un Fiscal

⁵⁴⁶ *Ibidem*.Pag. 496.

⁵⁴⁷ *Ibidem*.Pag.492.

⁵⁴⁸ José Martín Pastor, , “La reforma del Estatuto Orgánico...”, Op.Cit. Pag.46

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

General del Estado más rebelde, podría privarse al Gobierno, de un instrumento fundamental para la ejecución de su Política Criminal⁵⁵⁰.

Hay que partir del hecho, de que la designación de aquel, lleva consigo el que el Ejecutivo asuma la responsabilidad política de dicha designación, con lo que se podrá exigir responsabilidades políticas a un Gobierno, por la actuación de un Fiscal General del Estado “díscolo” que no colabora en la ejecución de la política criminal diseñada por el Ejecutivo. En opinión de un sector de la doctrina, sería poco respetuoso con la legalidad, que para poder corregir esta situación, se acudiera a la posibilidad del cese, esgrimiendo el incumplimiento grave y reiterado de sus funciones, de acuerdo con el art. 31.3 del EOMF que dispone además, que dicha circunstancia o motivo será apreciada por el Consejo de Ministros, considerándose al respecto, que la actuación del Fiscal General que no siga las instrucciones del Gobierno, pueda tener cabida en el incumplimiento grave y reiterado de sus funciones⁵⁵¹.

En esta línea de razonamiento, MARCHENA GÓMEZ considera que estamos en presencia de un enunciado que esconde un mecanismo jurídico con la suficiente ambigüedad como para mantener, bajo un atractivo formato, el actual estado de cosas, es decir con la redacción del precepto, en aquellos casos en los que la máxima autoridad del Ministerio Fiscal adopte una decisión que disguste al Gobierno que lo nombró, éste podrá decidir su cese alegando el incumplimiento de las funciones que le competen como Fiscal General del Estado⁵⁵².

Conviene destacar un aspecto, que resulta más que cuestionable, en opinión MARCHENA GÓMEZ⁵⁵³, y que ha sido introducido por la última reforma del EOMF operada en 2007, en cuya virtud se instaura un modelo, en el que la estructura vertical del Ministerio Fiscal, está dirigida, controlada y diseñada hasta en sus aspectos menos relevantes, por el Fiscal General del Estado. Así sucede con las Fiscalías de Área y los Fiscales Decanos, (arts. 18.3 y 4, 36.4 y 41.5 EOMF) figuras próximas, a los aspectos más cotidianos, dentro del funcionamiento del Ministerio Fiscal. La provisión de estos

⁵⁵⁰ *Ibíd*em

⁵⁵¹ José Martín Pastor, *Loc.Cit.* Pagg. 49-50.

⁵⁵² Manuel Marchena Gómez, “¿Un Fiscal General independiente?, *Op.Cit.* pagg.944-945.

⁵⁵³ Manuel Marchena Gómez, ¿Un Fiscal General Independiente...? , *Op. Cit.* Pagg.945-946.

El autor, expone de forma sucinta, el nuevo modelo en el cual aparecen las Fiscalías de Área y los Fiscales Decanos al frente de las Secciones de la Fiscalía, respondiendo éstas últimas a una forma de regulación de las distintas especializaciones. Las Fiscalías de Área asumen el despacho de asuntos que corresponda al ámbito territorial que ha establecido la norma que las ha establecido, pudiendo comprender uno o varios partidos judiciales. Ambas figuras se inspiran en el modelo de confianza política.

puestos, se hace atendiendo a la antigüedad, criterio éste último que resulta difícil de defender, quizás por la rigidez del esquema que ofrece, resultando más apropiado para la provisión de puestos en términos generales, el criterio o principio de idoneidad, que además ya fuera introducido por la reforma del EOMF de 2003. Resultaría más conveniente, que cada Fiscal Jefe, pueda rodearse del equipo directivo más adecuado a la organización de cada Fiscalía. Es decir, restar autonomía a cada Fiscal Jefe para diseñar los cuadros directivos que afectan al día a día del Ministerio Público, permitiendo en estos casos que el Fiscal General del Estado, pueda nombrar o rechazar a los fiscales a los que la Jefatura más directa ha considerado los más adecuados para el puesto, no deja de suponer un control excesivo y una presión que resulte inadecuada. Se ha producido, una reestructuración en la ordenación jerárquica del Ministerio Fiscal, basándose en el principio de confianza política que se ha convertido en el eje central de aquella⁵⁵⁴.

⁵⁵⁴ *Ibidem*.

CAPÍTULO 2º. Elección y Remoción del Fiscal General del Estado: Independencia funcional del Ministerio Fiscal Vs. Elección Política del Fiscal General del Estado.

Introducción.

Siguiendo en este punto a FLORES PRADA⁵⁵⁵, el Ministerio Fiscal desde una perspectiva general, en el análisis de los distintos órganos que lo integran, ofrece como rasgo característico y definitorio, la existencia de un debate tensionado entre la dependencia y la autonomía, tanto interna como externa, provocado por una falta de modelo definido de referencia. Según MARCHENA GÓMEZ⁵⁵⁶, el punto decisivo para cimentar al Ministerio Fiscal, fuera de los terrenos de la sospecha social, lo constituye sin duda, el sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado.

A. Elección del Fiscal General del Estado.

Las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno sin duda existen, y además, tienen gran importancia en la configuración y definición del órgano Fiscal. El representante de Ministerio Público ante el Gobierno y el Parlamento es el Fiscal General del Estado y en consecuencia, la primera cuestión esencial en esa relación, es la capacidad del Gobierno en su nombramiento, según dispone el art. 124.4.CE⁵⁵⁷, correspondiendo a aquel la capacidad de proponer al candidato y la decisión última en dicho nombramiento, siendo rechazable aquellas posturas en la doctrina que fundamentan la legitimación del Ministerio Fiscal para actuar, en ese nombramiento como así sostiene GARCÍA MORILLO⁵⁵⁸ que ve en el nombramiento del Fiscal General la fuente de legitimación de las actuaciones de los integrantes del Ministerio Público. La legitimidad del M.F. y de cada Fiscal en su actuación, proviene de la ley en opinión de BESTARRECHE BENGOA⁵⁵⁹. Para este autor, el alcance del significado del nombramiento del Fiscal General por el Gobierno, reside en realidad, en el grado de

⁵⁵⁵ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal en España...”, Op.Cit. Pag.639.

⁵⁵⁶ Manuel Marchena Gómez, “El Estatuto Orgánico...”, Op.Cit. Pag. 195

⁵⁵⁷ Según dispone el art. 124.4 CE: “ El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.”

⁵⁵⁸ Joaquín García Morillo “La Legitimación Democrática del Ministerio Fiscal”, Claves de Razón Práctica, nº 85, Pag.19.

⁵⁵⁹ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.436.

importancia otorgada a la relación entre el Gobierno y el órgano que en España, tiene atribuida la misión de activar el ius puniendi del Estado, y que es a su vez, un elemento esencial en la consecución de los objetivos de la política criminal. La relación constitucional establecida en el art. 124.4 de la CE tiene su origen, en un debate constituyente en el que a juicio del autor, quedó claro que el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Gobierno era o es, el elemento por el cual ambos órganos, en realidad ambas misiones constitucionales, – dirección de la política criminal y ejercicio de la acción penal-, mantienen una relación considerada de suma importancia, tras renunciarse en dicho debate constituyente, a que el Ministerio Fiscal continuara siendo el órgano de comunicación del Gobierno ante los Tribunales de Justicia⁵⁶⁰.

De lo que se trataba era de seguir o de mantener dicha relación, cambiando los términos, pero con el objetivo de otorgar mayor autonomía al M.F. La relación se mantuvo, pero quedaba fundamentada en una nueva terminología. Se produjo “una mudanza hacia una mayor autonomía del Ministerio Fiscal,” en opinión de BESTARRECHE BENGOA⁵⁶¹.

Según FLORES PRADA⁵⁶², la vinculación del Gobierno con el Ministerio Fiscal, se apoya, no sobre una naturaleza jurídica explícitamente regulada sino precisamente en la potestad de designación del Fiscal General del Estado.

BESTARRECHE BENGOA afirma, que pese a lo mucho que se ha discutido sobre las posibilidades de instrumentalización que el nombramiento político del Ministerio Fiscal comporta, sin embargo y más allá de esta circunstancia, el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Ejecutivo, supone una relación de legitimación y apoyo político de la acción del Ministerio Fiscal sin la cual, las preferencias en el ejercicio de la acción penal, el destino de los recursos humanos y económicos, y la búsqueda de resultados concretos fruto de determinadas interpretaciones y manejo de la ley, carecerían de justificación democrática: no se trata de que todas ellas no tengan justificación jurídica en sí misma, que la tienen, en tanto en cuanto el M.F es un órgano del Estado dotado de autórítas para realizar una amplia gama de acciones dentro del

⁵⁶⁰ Ibídem. Para Lanzarote Martínez, en una primera aproximación, no cabe duda, que el régimen de designación constitucional del FGE, responde a un modelo condicionado por la tradición histórica, en el que el máximo representante de la Institución, podía ser cesado en cualquier momento por el Gobierno, lo que ha venido a enfatizar el perfil político de la institución. Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del M.F...”, Op.Cit. Pag. 382.

⁵⁶¹ Tomás Bestarache Bengoa, Loc.Cit. Pagg. 436-437. En la misma tesis de vinculación del M.F. con el Ejecutivo, vid Jose Martín Pastor, “La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.24.

⁵⁶² Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.647.

margen de su autonomía funcional que le otorga la CE, su EOMF o la LECrim. Las relaciones entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal se fundamentan en el necesario apoyo político del Gobierno sobre las acciones del M.F y su actividad, así como de las consecuencias que se deriven de las mismas⁵⁶³.

FLORES PRADA⁵⁶⁴ se manifiesta en una misma línea argumental, al considerar lo acertado de la fórmula de nombramiento que establece el art. 124.4 de la CE, bien porque fuera “fruto de la casualidad o de un golpe de inspiración del legislador”, el hecho cierto y para ser coherentes, la conexiones entre las funciones del MF y determinados aspectos de la dirección política del Estado (art. 97 de la CE), existen.

Esta fórmula de nombramiento, constituye un avance en la definición de las relaciones entre el Ejecutivo y el Ministerio Fiscal, no basadas en una relación de subordinación funcional, aunque los términos de esa relación no se concretaron y aún hoy, siguen sin resolverse. No obstante, este autor reafirma la necesaria relación de confianza que ha de existir entre el Fiscal General del Estado y el Ejecutivo, como forma de coordinar aspectos concretos, como la política criminal, con la actuación del Ministerio Público, relación de confianza como forma de compensar la ausencia de canales de comunicación a través de la normativa estatutaria, de forma que cuanto más cerrados estén estos canales, más habrá de fortalecerse la confianza que el Gobierno deposite en el Fiscal General del Estado⁵⁶⁵.

Otro sector de la doctrina que tiene entre otros representantes a MARCHENA GÓMEZ, viene a propugnar un mayor reforzamiento de la vinculación entre el Ministerio Fiscal con el órgano legislativo, a través de futuras reformas estatutarias, sin necesidad de cambiar la actual descripción constitucional⁵⁶⁶. Este autor, llega a sostener: “Toda vocación de dependencia gubernamental o de integración en el Poder Judicial, aparta al

⁵⁶³Tomás Bestarache Bengoa, Loc.Cit. Pagg. 437- 438. La concepción gubernamental del Ministerio Fiscal lo podemos encontrar en los trabajo de López Aguilar y de Granados, en donde se hayan las mejores formulaciones de esta tesis, también respaldada por Tajadura Tejada, en lo que según este último, constituye la única tesis compatible con la literalidad del texto constitucional y con la voluntad del legislador de 1978. López Aguilar, “ La Justicia y sus problemas...”Op.Cit. Pag.200. Francisco Granados, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg.348-349. Javier Tajadura Tejada, “Cortes Generales y...”, OP.Cit. Pagg.18-19. Joaquín García Morillo, “legitimación democrática del Ministerio Fiscal”, Claves de Razón Práctica, nº 85,Pag.20.

⁵⁶⁴ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag. 649. No obstante el autor, reconoce lo paradójico de una relación de confianza que no puede traducirse en una orientación funcional de la actividad del Ministerio Fiscal. *Ibidem*, Pag. 650. Vid note de autor 1748.

⁵⁶⁵ *Ibidem*.

⁵⁶⁶ Manuel Marchena Gomez, “ El Ministerio Fiscal ...”, Op.Cit. Pag.194.

Ministerio Fiscal de su verdadero camino y le dificulta la defensa de la legalidad”⁵⁶⁷. Resulta de gran interés, las palabras del que fuera Fiscal General del Estado en 1995, GRANADOS PÉREZ, quien llegó a afirmar en relación al status del Fiscal General, que ese nombramiento, como cuestión de Estado que es; “no puede debilitar en modo alguno los robustos trazos constitucionales del Ministerio Fiscal y su autonomía funcional, actuando siempre...bajo el principio de legalidad”. Continúa afirmando, que es perfectamente legítimo que el Gobierno, antes de que hiciera la propuesta, cumpliera un trámite previo con la intervención del Parlamento o bien se otorgara mayor protagonismo al Consejo General del Poder Judicial (como efectivamente figuraba en el anteproyecto de Constitución) o bien se oyer a los órganos colegiados del Ministerio Fiscal (Consejo Fiscal) o la duración del mandato con un plazo prefijado. El ex-fiscal general afirmó que; “su actuación no se vio condicionada por el hecho, de que el nombramiento se hiciera desde el Gobierno, puesto que en nada hubiera diferido, si aquel se hubiera realizado desde el Parlamento...”⁵⁶⁸.

MARCHENA GÓMEZ, argumenta que el actual sistema de designación del Fiscal General del Estado, “que sin merecer el rechazo apriorístico...obliga al designado a demostrar que la confianza que el Gobierno deposita en él, no va a generar una agradecida parcialidad a la hora de interpretar sus cometidos constitucionales”. “...La inaceptabilidad del actual sistema de designación del Fiscal General del Estado, se deriva...de la censura que merece un sistema en que la objetividad de la institución se hace depender del talante personal de quién la encarna⁵⁶⁹”. El Fiscal General de Estado se erige, precisamente por ese monopolio del Gobierno en su designación, en cargo político de “inestable e incierto futuro” en donde su gestión generara por regla general, un debate o análisis apasionado⁵⁷⁰. “...La permanente denuncia de politización del Ministerio Fiscal y las dificultades de todos los Fiscales Generales para sustraerse a las críticas, parecen haber formado parte de la esencia misma de la institución, desde que en

⁵⁶⁷ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal..”, Op.Cit, Pag. 145.

⁵⁶⁸ Carlos Granados Pérez, “El Ministerio Fiscal y sus relaciones con los demás poderes del Estado”, Edit. Junta General del Principado de Asturias, Aula Parlamentaria, año1996, Pag.18-19. Las manifestaciones aquí recogidas, nos motiva a pensar en una tesis por la que se vincularía al Ministerio Fiscal con el Poder Legislativo.

⁵⁶⁹ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag. 195.

⁵⁷⁰ Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit. Pag.196.

noviembre del año 1713, Felipe V nombrara a Melchor de Macanaz, como primer Fiscal General de la Monarquía”⁵⁷¹.

DEL MORAL GARCÍA⁵⁷², ve necesaria, en aras de una futura atribución al Ministerio Fiscal de la fase instructora del procedimiento penal, y sin necesidad de ahondar en si es o no cierta la dependencia del Gobierno, la introducción de mecanismos correctores que doten al Ministerio Fiscal de una imparcialidad real así como de una imagen de imparcialidad, sobre todo teniendo en cuenta la percepción social que se tiene del Fiscal General del Estado, como órgano que de una u otra forma, mantiene estrechos vínculos con el Poder Ejecutivo.

Dentro de la corriente doctrinal, según la cual, y sin necesidad de alterar el actual marco constitucional, se puedan establecer trámites intermedios por vía estatutaria, que refuercen la autonomía funcional del M.F e incluso la libertad de iniciativa del Fiscal General del Estado, destacaríamos la posición de NARVÁEZ RODRIGUEZ⁵⁷³, para quien el presupuesto legal del actual art. 29.1 del EOMF (juristas de reconocido prestigio de más de quince años de ejercicio profesional) no ha colmado las expectativas que se esperaban, con lo que es necesario arbitrar otros trámites, para lograr alguna solución factible. En este sentido, una de las ideas propiciadas por el Congreso de los Diputados en el año 1997, a través de una Moción del día 27 de mayo de ese mismo año, instó un trámite previo al nombramiento de Fiscal General por el que intervendría el Poder Legislativo en la designación del candidato, a través de una comparecencia ante la Comisión de Justicia e interior del Congreso de los Diputados⁵⁷⁴.

En relación a esta previsión normativa que recogía la Moción, el autor sostiene, que esta propuesta introducía un importante matiz al texto constitucional, en lo que a la proposición y nombramiento del Fiscal General se refiere, no generando contradicción

⁵⁷¹ Manuel Marchena Gómez, “ Un Fiscal General del Estado Independiente?, Noticiero de las Ideas, n° 23, 2005. Pag.80.

⁵⁷²Antonio Del Moral García, “El Ministerio Fiscal en el Proceso Penal. Incidencia de la Reforma de su Estatuto Orgánico”, Nuevos retos de la Justicia penal, La Ley, Sección Doctrina, año 2008, Pag. 219.

⁵⁷³ Antonio Narvárez Rodríguez , “ El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno. Reflexiones sobre su designación, mandato y cese”, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, año 2000, Vol. V, Pag.542.

⁵⁷⁴ *Ibidem*. Pag.543. El texto de la Moción era el siguiente: “El candidato propuesto por el Gobierno para ser nombrado Fiscal General del Estado por el Rey comparecerá, tras ser oído por 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 conocimiento de sus méritos y trayectoria profesional, para que les permita expresarse sobre su idoneidad para desempeñar el cargo”. En realidad esta solución legislativa de la Moción tampoco suponía una novedad puesto que la Comisión encargada de elaborar el Proyecto de Constitución de 1978 ya había abordado el tema.

alguna ni con el art. 124 ni con ningún otro artículo de la norma suprema, concluyendo además, que en otros modelos europeos, como el alemán, tiene un importante papel la Cámara Alta de la República Federal⁵⁷⁵. Finalmente el contenido de la Moción se reflejaría en el vigente art. 29.2 del EOMF, que tras la reforma operada por ley 24/2007 de 9 de octubre, vino a introducir, la comparecencia ante la Comisión correspondiente de la Cámara (Congreso de los Diputados) a los efectos de valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto por el Gobierno como Fiscal General del Estado.

MARCHENAGÓMEZ⁵⁷⁶, en esa línea de defensa del reforzamiento del Estatuto Orgánico, como opción válida para modificar, sin alterar la esencia del art. 124 de la Constitución, el sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado, ha propugnado la tesis de una reforma en los siguientes términos: “el candidato nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial, sea, a su vez designado por una mayoría reforzada de tres quintos del órgano parlamentario”. No obstante algún sector de la doctrina⁵⁷⁷, si bien comparte el contenido de la reforma propuesta por este jurista integrante de la carrera fiscal, discrepa en lo que al procedimiento se refiere, considerando que una modificación del sistema de designación del Fiscal General a través de la reforma del EOMF resultaría inconstitucional, dado que la literalidad del art. 124 no deja dudas respecto al hecho de que el nombramiento, es una facultad discrecional del Gobierno. Una norma con rango de ley no puede limitar la potestad constitucionalmente atribuida al Gobierno. En segundo lugar, la reforma no sólo atentaría contra la letra del art. 124 del texto constitucional sino además contra la voluntad del Poder Constituyente. Para este sector de la doctrina, el actual art. 124. 4 de la Constitución, podría ser sustituido por otro, mediante la oportuna reforma constitucional, a través del procedimiento previsto en el art. 167 de la Constitución. Pero además el contenido de la futura e hipotética reforma coincidiría con la enmienda que fue formulada en el Senado, durante el debate Constituyente, por el Grupo

⁵⁷⁵ *Ibíd.* Pag.543

⁵⁷⁶ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”*Op.Cit.* Pag.196. Según el autor, esta propuesta no constituiría ninguna perturbación para el ejercicio de las facultades gubernamentales de designación. Sostener lo contrario, conduciría al paroxismo la defensa de las facultades gubernamentales. La única consecuencia gravosa para el equipo gubernamental vendría dada por la necesidad de respaldar la idoneidad del candidato con el parecer de otras fuerzas políticas de representación parlamentaria.

⁵⁷⁷ Javier Tajadura Tejada, “ Cortes Generales y Ministerio Fiscal..”*Op. Cit.* Pagg.41-42. Vid note 557, en la que se reproduce la citada propuesta en los siguientes términos: “El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, para un periodo de cinco años, a propuesta del Congreso de los Diputados, que habrá de formularse por mayoría de tres quintos de sus miembros”. Esta propuesta que se materializó en una enmienda formulada sin éxito por el senador Villar Arregui.

Parlamentario de Progresistas y Socialistas Independientes, comentada en esta sede, y que hubiera significado una opción bastante válida.

El actual art. 29.1 del EOMF, incorporó en su día, una primera garantía tendente a asegurar la profesionalidad de quien ha de desempeñar el cargo de Fiscal General del Estado, en la medida en que estableció un presupuesto de carácter objetivo para ostentar el cargo como: “El ejercicio efectivo de la profesión de jurista durante más de quince años”. La triple condición impuesta a quien se proponga como candidato a Fiscal General del Estado y que afecta a su nacionalidad, a su prestigio profesional, y al tiempo de desempeño profesional, representa un plus en el mecanismo de designación constitucional que, hasta ahora nadie cuestiona⁵⁷⁸.

En opinión de FLORES PRADA⁵⁷⁹, la introducción por el Estatuto de estos requisitos subjetivos en la elección del cargo de Fiscal General del Estado produce una alteración en la naturaleza del nombramiento, dado que limita las facultades que la Constitución atribuye al Ejecutivo. Llega incluso a afirmar, que se está ante una clara extralimitación de las facultades o competencias del legislador ordinario, cuyos efectos quedaron evidenciados con ocasión de la Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 28 de junio de 1994, con la que se produjo la anulación del nombramiento de un Fiscal General, al no cumplir el requisito exigido por la citada norma estatutaria, al no poder acreditar haber desempeñado su profesión de jurista durante el periodo de tiempo legalmente exigido, lo que produjo la revocación en el nombramiento.

⁵⁷⁸ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.197.

⁵⁷⁹ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg.654-655. El autor sostiene en defensa de su tesis, que cuando es la confianza el criterio que preside la designación del Fiscal General del Estado, las facultades de control jurisdiccional deberán restringirse al cumplimiento de los trámites formales del nombramiento porque es la confianza el criterio que preside este tipo de actos del Ejecutivo, al igual que el nombramiento de los Ministros. No obstante y a pesar de que hubo un voto particular por uno de los Magistrados de la Sala Tercera del TS, concretamente el Sr. Morenilla Rodríguez, a la citada Sentencia del 28 de junio de 1994, en el que se cuestionó que la citada sentencia dejara sin resolver la viabilidad y procedencia del desarrollo estatutario, dado que la propuesta del Gobierno es un acto de naturaleza constitucional, por lo que no puede calificarse de acto de la Administración sujeto al control de los Tribunales en los términos del art. 106.1 de la C.E. No obstante lo anterior, el fundamento jurídico de la Sentencia, refiriéndose al citado requisito establece “que es éste un requisito objetivo impuesto por el legislador y descrito utilizando un lenguaje netamente jurídico administrativo, lo que permite que la jurisdicción pueda valorar su concurrencia sin tocar en absoluto la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en los que concurre aquella circunstancia, o incluso la de promover la pertinente reforma legislativa que suprima del Estatuto el mencionado requisito”.

Sin embargo y como ya se comentado en esta sede, la doctrina no se mostro satisfecha con las expectativas que en un primer momento generó la introducción por vía estatutaria, del presupuesto legal del art. 29.1 del EOMF.

Con la reforma operada por Ley 24/2007 de 9 de octubre, se han producido dos modificaciones importantes respecto al nombramiento del Fiscal General del Estado. La primera de ellas, con carácter previo al nombramiento y que tiene conexión con la Moción aprobada por el Congreso de los Diputados en 1997, referida supra en esta sede, vino a introducir, de acuerdo con el art. 29.2 EOMF; “...*la comparecencia de la persona elegida ante la Comisión correspondiente de la Cámara (Congreso de los Diputados), en los términos que prevea su reglamento, a los efectos de que se puedan valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto*”. La segunda de las modificaciones, establece el nombramiento por un plazo fijo y máximo de cuatro años y salvo que se ostente el cargo por un periodo inferior a dos años, el mandato de Fiscal General no podrá ser renovado según establece el art. 31 del EOMF⁵⁸⁰.

a) Respecto a la primera de las modificaciones por la que se introduce la comparecencia parlamentaria, al margen de lo que pueda tener de simbolismo o mucho o poco de garantía real, ya nos sugiere la introducción de un factor positivo como es la intervención del Poder legislativo en el procedimiento de designación de este Alto Cargo del Estado, y que a tenor de los precedentes y del propio precepto constitucional, el Parlamento no interviene y mucho menos, tiene o ha tenido una influencia decisiva, en el nombramiento del Fiscal General del Estado⁵⁸¹.

Sin embargo y a pesar de que las referencias, tanto constitucionales como estatutarias, previstas como mecanismos de interrelación entre las Cámaras Legislativas y el Fiscal General del Estado (art. 76 de la Constitución, arts. 9 y 10 del EOMF) se presentan como cauces meramente esporádicos y de perfiles muy difusos, sin embargo los años de democracia en nuestro país han ido desarrollando una interrelación institucional derivada de comparecencias del Fiscal General del Estado a petición de los diferentes grupos parlamentarios que ha ido generando un interesante grado de relación y diálogo entre ambas instituciones, que en opinión de la doctrina, ha superado con creces la tímida relación Estatutaria⁵⁸².

⁵⁸⁰ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.444.

⁵⁸¹ *Ibidem*. Pag. 445. Antonio Narváez Rodríguez, “El Fiscal General del Estado...”, Op.Cit.Pag. 544.

⁵⁸² Antonio Narváez Rodríguez, “El Fiscal General del Estado ...”, Op.Cit. Pag. 544.

Retomando el análisis de la comparecencia del Fiscal General del Estado, los debates parlamentarios que se sucedieron durante la tramitación del Proyecto de Ley de reforma del año 2007, fueron de absoluto consenso de todos los Grupos con representación en el Parlamento y que veían la necesidad de introducir un mecanismo de control. Sin embargo, el valor que posteriormente se le dio con la entrada en vigor de la ley, varió y el grado de importancia con que fue valorada, iba de ser considerada por algunos diputados de insuficiente, otros la calificaron de trámite inútil, mientras que otros le dieron el calificativo de histórica⁵⁸³.

Sin embargo, nos resulta interesante reproducir, dentro de este contexto, la pregunta del diputado socialista Sr. Villarubia Mediavilla que planteó la siguiente disyuntiva a la Comisión “¿Qué sucedería si en el trámite de valoración del candidato la mayoría parlamentaria no considera al candidato como idóneo? La respuesta que dio el propio candidato al cargo de Fiscal General, fue que el no aceptaría el cargo, llegando a afirmar, que si hubiera apreciado que la totalidad de los Grupos, o al menos aquellos Grupos que representan la mayoría absoluta de la Cámara, se hubieran expresado en contra de la idoneidad del candidato, no hubiera hecho falta que el Gobierno retirase la propuesta de nombramiento, porque como Fiscal General del Estado hubiera sido el primero en no aceptar el cargo, al no tener el apoyo mayoritario de la Cámara, porque entendía que el cargo de Fiscal General del Estado debe responder a la mayoría social, a la mayoría de los ciudadanos de nuestro país⁵⁸⁴. Precisamente y en este sentido, algún sector de la doctrina⁵⁸⁵, ha manifestado la falta de previsión de los efectos derivados de una valoración negativa por la Comisión correspondiente de la Cámara, de los méritos e idoneidad del candidato propuesto por el Gobierno.

No obstante conviene dejar claro que pese a la reforma, la no aceptación del candidato por la mayoría parlamentaria, no afecta a la validez del nombramiento por parte del Gobierno⁵⁸⁶.

⁵⁸³ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg.445-446.

⁵⁸⁴ Ibídem. Pag.446.

⁵⁸⁵ José Martín Pastor, “La Reforma del Estatuto Orgánico...”Op.Cit. Pag. 42.

⁵⁸⁶ Tomás Bestarache Bengoa, Loc.Cit.

Pero en lo que coincide la mayor parte de la doctrina⁵⁸⁷, ha sido en la valoración positiva de la comparecencia, en tanto que supone un enriquecimiento en el necesario contraste de pareceres que debe anteceder al nombramiento del más alto cargo representativo de la institución fiscal de rango constitucional, en tanto que permite analizar desde las distintas sensibilidades sociales la idoneidad del candidato propuesto por el Gobierno, para el desempeño del cargo de Fiscal General del Estado. El propio CGPJ, en el informe sobre el Anteproyecto de reforma dijo “la idea de dar carta de naturaleza a la intervención del Legislativo en el procedimiento de nombramiento del FGE no plantea objeciones de fondo, en cuanto a su eventual incardinación en el marco constitucional, pues esta nueva conformación de la sucesión de actos que integran el iter procedimental previo al nombramiento, aunque supone la intercalación de un trámite no previsto originalmente en el art. 124.4 de la Constitución, no distorsiona la esencia del modelo plasmado por el Constituyente de un FGE elegido por el Gobierno”⁵⁸⁸.

El Consejo Fiscal, también mostro su valoración positiva de la intervención del Congreso de los Diputados en el proceso de designación del candidato a Fiscal General en el nuevo art. 29.2 del EOMF; “El FGE pasa así a ser el único cargo público de nuestro sistema democrático en cuyo nombramiento intervendrán los tres Poderes del Estado”⁵⁸⁹.

Aunque también existe dentro de la doctrina científica, el sentir o el parecer de no considerar oportuno ni necesario, aunque fuese constitucionalmente posible, introducir en el procedimiento de designación del FGE, ni en su singular Estatuto, innovación alguna. Así se ha manifestado DE LA OLIVA SANTOS al decir “que una intervención del Congreso de los Diputados o del Senado alentaría la errónea idea de que todos los altos cargos del Estado, han de franquear una suerte de aduana parlamentaria para empaparse de soberanía popular y adquirir así legitimidad”⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ Antonio Narváez Rodríguez, “El Fiscal General del Estado y su relación...” Op.Cit. Pag. 547. Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.448. Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg.196-197. Antonio del Moral García, “El Ministerio Fiscal en el proceso penal...”, Op.Cit. Pag.222. Carlos Granados Pérez, “El Ministerio Fiscal y sus relaciones con los demás poderes...” Op.Cit. Pag.18. Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.387.

⁵⁸⁸ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.385.

⁵⁸⁹ *Ibidem*. Pag.387.

⁵⁹⁰ Andrés de la Oliva Santos, *El Futuro del proceso penal...*, Op.Cit. pag.6.

b) La segunda de las modificaciones introducida por la reforma, vino a establecer un plazo fijo y máximo de cuatro años para el cargo de Fiscal General del Estado y salvo que se ostente el mandato por un periodo inferior a dos años, el plazo de duración en el cargo de Fiscal General no podrá ser renovado, según establece el art. 31 del EOMF⁵⁹¹. Inicialmente no era el periodo de cuatro años, el que recogían los documentos previos al Proyecto de Ley, sino precisamente un plazo de cinco años no renovable, siendo la postura mantenida por muchos de los grupos parlamentarios⁵⁹². Remitiéndonos de nuevo al pronunciamiento que con unanimidad hizo el Congreso de los Diputados con fecha 27 de mayo de 1997 en donde se acordó la fijación de un periodo de ejercicio durante el cual no fuera suficiente la pérdida de la confianza política, para que el Gobierno pudiera remover al Fiscal General del Estado, el vigente art. 31 del EOMF, tomando como inspiración el citado acuerdo, estableció; “1. *El mandato del Fiscal General del Estado, tendrá una duración de cuatro años y no podrá ser renovado. Antes de que concluya dicho mandato (...)*” 2. *El mandato del Fiscal General del Estado, no podrá ser renovado excepto en los supuestos en que el titular hubiera ostentado el cargo durante un periodo inferior a dos años*”⁵⁹³. Por tanto, como dos únicas excepciones a la imposibilidad de reelección, sería el supuesto en que la persona que ocupe el cargo, lleve menos de dos años en el mismo y tuviera que cesar, por cese del Gobierno que lo hubiera propuesto (art. 31.1 e del EOMF).

Con la celebración de nuevas elecciones, y elegido un nuevo Gobierno, éste podría proponer para el cargo, al anterior Fiscal General del Estado, por el plazo que le reste. La otra excepción vendría representada, por aquella situación en que personas que hayan desempeñado el cargo de Fiscal General, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/2007 de 9 de octubre, no quedarán por ello excluidas de la posibilidad de ser propuestos por el Gobierno conforme al artículo veintinueve del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo que establece la Disposición transitoria novena, II, de la citada ley de reforma del Estatuto Orgánico⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag. 444.

⁵⁹² *Ibidem*. Así, mantuvieron esta regulación, CIU, IU Verds, el PNV y el PSOE, al inicio. Así el grupo parlamentario Vasco, en la enmienda nº 9 presentada a la redacción del art. 31 justificaba esa posición alegando que el establecimiento de un plazo de 5 años para el mandato de Fiscal General del Estado se pretendía reforzar la autonomía de la institución respecto del Ejecutivo, en la medida que dicho plazo no coincide con la legislatura....Se entiende que un plazo de cinco años, no renovable constituye un elemento que refuerza la autonomía del Fiscal General del Estado.

⁵⁹³ Manuel Marchena Gómez “¿ Un Fiscal General Independiente?...”, Op.Cit. Pag.943.

⁵⁹⁴ José Martín Pastor, “ La reforma del Estatuto Orgánico...”, Op.Cit. Pag.43. Tomás, Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.452.

Sin embargo y pesar de la postura unánime en la doctrina ⁵⁹⁵ sobre lo acertado del establecimiento de un mandato temporal predeterminado, no se ha comprendido la negativa a la renovación en el cargo, una vez cumplido los cuatro años, postura que ha sido defendida de forma mayoritaria, no faltando ejemplos tanto en nuestro país como en el entorno Europeo donde el tiempo de ejercicio del Fiscal General se prolonga más allá de un único periodo legislativo. Y además, tal como expresa acertadamente MARCHENA GÓMEZ, el riesgo de supervivencia institucional del Fiscal General del Estado, más allá de la permanencia en el poder del Gobierno que lo ha designado, desaparece al fijarse como causa de expiración del mandato, el cese del Gobierno que lo hubiera propuesto (art. 31.1.e) ⁵⁹⁶.

Aunque en la doctrina, también destacan posturas como la manifestada por DEL MORAL ⁵⁹⁷, a quien le parece acertada la previsión de no renovación en el cargo, una vez cumplido el plazo de cuatro años, al entender que es garantía de independencia. Además considera que hubiera sido preferible una reforma donde se hubiera reforzado la desvinculación del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo, con lo que un periodo de cinco años hubiera fortalecido la autonomía de la institución Fiscal.

⁵⁹⁵ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.392.

Antonio Narvaez Rodriguez, “El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno...”Op.Cit. Pag.553. Javier Tajadura Tejada, “Cortes Generales y Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag. 40. Este autor, considera que si bien el establecimiento de la garantía de un tiempo para el ejercicio del cargo, y por tanto de su inamovilidad temporal, estableciéndose causas tasadas para su cese, la dependencia gubernamental se atenúa aunque sólo aparentemente

porque si la persona designada es de la absoluta confianza del Gobierno dichas garantías resultarán inoperantes. Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.452.

⁵⁹⁶ Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit. Pag.944. Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.452. El autor tampoco entiende la estricta limitación temporal del mandato, ni siquiera otorgando la posibilidad de una única renovación temporal.

⁵⁹⁷ Antonio del Moral García, “El Ministerio Fiscal en el proceso penal...”. Op.Cit. Pagg.223-224. José Martín Pastor, “La reforma del Estatuto Orgánico...”, Op.Cit. Pag.43. Este autor, considera que la no renovación o lo que es lo mismo la no reelección impide la instrumentalización, puesto que un criterio a ponderar por el gobierno, para renovar una propuesta de nombramiento será que el Fiscal General haya seguido las instrucciones por él dadas.

B. Remoción o cese en el cargo de Fiscal General del Estado.

Como ya se ha mencionado en esta sede⁵⁹⁸, la Moción aprobada por el Congreso de los Diputados en 1997 atendía a esta cuestión, habiéndose aprobado un segundo acuerdo cuyo texto literal era el siguiente: “*El Estatuto fijará para el mandato de Fiscal General del Estado un periodo de años determinado, dentro del cual sólo podrá ser cesado por objetivas causas regladas*”

Por tanto el art. 31.1⁵⁹⁹ del Estatuto, tomando como inspiración y referencia obligada, en aras de una mayor estabilidad en el desempeño del cargo, el pronunciamiento unánime del Congreso de los Diputados de 1997, procedió a regular las causas de cese, que se limitan a los supuestos de: dimisión, incurrir en alguna causa de incompatibilidad, incapacidad, o enfermedad que le inhabiliten para el ejercicio de sus funciones, el incumplimiento grave o reiterado de aquellas y el cese del Gobierno que lo hubiese propuesto. En concreto, las causas de cese, consistentes en el incumplimiento grave o reiterado de las funciones, la existencia de incompatibilidad, la incapacidad o enfermedad inhabilitadoras, habrán de ser apreciadas por el Consejo de Ministros.

DEL MORAL GARCÍA opina respecto a esto último, que estaríamos en presencia de conceptos jurídicos indeterminados por lo que la revisión de la decisión gubernamental correspondería a la jurisdicción contenciosa- administrativa⁶⁰⁰.

La reforma de la normativa orgánica, ha hecho desaparecer una situación por la que el cese o remoción⁶⁰¹ del Fiscal General del Estado era de carácter absolutamente discrecional por parte del Ejecutivo, por lo que se hacía necesario que se arbitraran fórmulas que acentuaran la autonomía orgánica y funcional del cargo, dado que ni el

⁵⁹⁸ Vid note 730.

⁵⁹⁹ El art. 31.1 del EOMF establece; “El mandato de Fiscal General del Estado, tendrá una duración de cuatro años. Antes de que concluya dicho mandato únicamente podrá cesar por los siguientes motivos: a) a petición propio, b) por incurrir en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades establecidas en esta ley, c) en caso de incapacidad o enfermedad que lo inhabilite para el cargo, por incumplimiento grave o reiterado de sus funciones d) Cuando cese el gobierno que lo hubiera propuesto.

⁶⁰⁰ Antonio Del Moral García, “El Ministerio Fiscal en el proceso penal...”, Op.Cit. Pag. 223.

⁶⁰¹ El Art. 41.5 del EOMF, dada su naturaleza o finalidad, no podrá ser de aplicación en su totalidad al Fiscal General del Estado, puesto que alude expresamente a la remoción de los cargos de Fiscales Jefe de los respectivos órganos, y tenientes fiscales quienes podrán ser removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado, que deberá oír previamente al Consejo Fiscal y al Interesado y en su caso, al Fiscal Superior de la CCAA. El Fiscal Superior de la CCAA podrá proponer al Fiscal General del Estado la remoción por el Gobierno de los Fiscales Jefes de su ámbito territorial. Antonio Narváez Rodríguez, “El Fiscal General del Estado...”, Op.Cit. Pag.553.

Estatuto⁶⁰² ni la Constitución hacían referencia alguna al cese. Por tanto, la inseguridad jurídica en el desempeño estable del cargo, llevó a que esta cuestión fuera atendida a nivel parlamentario, con la aprobación de la Moción del Pleno del Congreso de los Diputados aprobada por unanimidad, referida supra en esta sede, pero además el sentir de la doctrina científica reclamaban una reforma profunda en el marco legislativo pre-vigente, ante el vacío legal existente y referido a un Órgano Constitucional de vital importancia. El cargo de Fiscal General del Estado, debe funcionar con el grado de autonomía suficiente como para generar el estado de confianza necesario en la ciudadanía respecto del principio que rige su actuación: la imparcialidad en defensa de la legalidad⁶⁰³.

Por tanto, en la fijación legislativa de las causas de cese, la reforma del Estatuto Orgánico del 2007, ha seguido la línea que contempla el estatuto de los Altos Cargos Constitucionales, como el presidente del Consejo General del Poder Judicial o el Defensor del Pueblo regulándose para este último, el supuesto de muerte o condena por sentencia firme por la comisión delito doloso. No obstante, la reforma si ha contemplado el juicio valorativo por el Consejo de Ministros, sobre la concurrencia de aquellas, y en concreto, en lo que atañe a las causas de incapacidad para el ejercicio del cargo o el incumplimiento grave o reiterado de sus funciones, su apreciación podría propiciar una iniciativa gubernamental tendente al cese del Fiscal General del Estado, como así lo ha manifestado la doctrina al respecto⁶⁰⁴. Durante la tramitación de la ley 24/2007 se llegó a afirmar, que la supuesta causa de cese “incumplimiento grave o reiterado de sus funciones”, no era tal, dado que la norma continuaba dando “el respaldo jurídico para el cese por la pérdida de la confianza política”⁶⁰⁵.

BESTARRECHE BENGOA⁶⁰⁶, considera en relación a esta cláusula, que por mucho que pretenda interpretarse políticamente, estamos en presencia de una potestad reglada del cese y no discrecional del Gobierno y por supuesto revisable en vía contenciosa administrativa, como lo son todos los actos reglados, de acuerdo con la doctrina

⁶⁰² El ex-art. 29 aludía conjuntamente a la situación de nombramiento y cese, por el Rey a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.

⁶⁰³ Antonio Narváez Rodríguez, “ El Fiscal General del Estado...”, Op.Cit. Pag.553.

⁶⁰⁴ Antonio Narváez Rodríguez, “El Fiscal General del Estado y su relación...”, Op.Cit. pag.555. Manuel Marchena Gómez, “¿Un fiscal General Independiente?...” Op.Cit. Pag.944.

⁶⁰⁵ Tomás Bestarrece Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag. 454. Diario de Sesiones núm.824. Curiosamente, fueron las enmiendas del Partido Popular quienes calificaron a las causas de cese del art. 31 del EOMF, como de “pura apariencia que no modifica la situación actual, para la que basta el actual art. 29 del Estatuto Orgánico”. Enmienda 62, en el Congreso.

⁶⁰⁶ *Ibidem*.Pagg. 454-455.

administrativa, para evitar la desviación de poder. En este concreto caso, lo controlable por el Tribunal Supremo, sería la concurrencia de ese “grave y reiterado” incumplimiento de sus funciones por el Fiscal General del Estado. Los hechos habrán de ser susceptibles de esa calificación en términos jurídicos, lo que trasciende a las meras actitudes o actividades que supongan o puedan ser interpretadas como una pérdida de confianza política por el Gobierno en el Fiscal General.

Habrán de tratarse de conductas que analizadas jurídicamente y de forma imparcial, puedan tener la valoración de que efectivamente ha habido un incumplimiento de las funciones que legalmente le han sido atribuidas. Si la resolución judicial recaída no contempla la concurrencia de esa conducta o actuación, por parte del máximo representante del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones, el acto del Gobierno devendría nulo, con lo que habrá que concluir, según el citado autor, que estamos ante una nueva garantía jurídica que ampara el ejercicio de Fiscal General del Estado, y que al igual que el cargo de magistrado del CGPJ o del TC tienen anejo como causa de cese el incumplimiento grave de sus funciones⁶⁰⁷.

Un hecho nos parece de gran importancia, y que tal como reconoce BESTARRECHE BENGOA resultaría de enorme trascendencia en las relaciones Gobierno-Fiscalía General del Estado, y aunque no haya previsión explícita en la norma, sería fundamental para ganar en transparencia, en una relación que siempre ha estado marcada por la opacidad. Nos estamos refiriendo a la comparecencia del Fiscal General del Estado ante la misma Comisión del Congreso, ante la que compareció, a los efectos previstos en el art. 29.2 del Estatuto Fiscal. Esta nueva comparecencia que se propone, tendría por objeto explicar las razones que le han conducido a presentar la dimisión⁶⁰⁸.

Si con la última reforma del EOMF en 2007, se introduce la comparecencia de la persona elegida ante la Comisión correspondiente del Congreso, a los efectos de valorar los méritos e idoneidad del candidato, no cabe duda, que independientemente del valor que se le dé a la misma, es un elemento de transparencia y de responsabilidad pública del FG y del Gobierno que le ha propuesto. Dicha comparecencia, aporta elementos de

⁶⁰⁷ *Ibidem*. Pag.455. Bien es cierto, según afirma este autor, que la concurrencia del incumplimiento grave de sus funciones, tanto en un magistrado del CGPJ como del TC, será apreciada por el conjunto del órgano, es decir en su propio seno: instituciones que son independientes del resto de los poderes del Estado y con un status jurídico de su miembros particular y específico. Esto por tanto no es trasladable al M.F, por lo que al no ser la Fiscalía General un órgano colegiado, el Gobierno, y concretamente el Consejo de Ministros, es quien debe valorar la concurrencia de dichas causas de cese.

⁶⁰⁸ Tomás Bestarrrache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, *Op.Cit.* Pag.456.

juicio a la ciudadanía sobre el modo en que se ejercen los cometidos y misiones que al Ministerio Fiscal se le atribuyen, en esa defensa de los intereses públicos o generales. Y aunque esa comparecencia pueda generar un debate, con una enorme carga de politización sobre la institución fiscal, que tal como sostiene BESTARRECHE BENGOA, se compeadece mal con su cometido esencial cual es la defensa de la legalidad como actividad cuasi- jurisdiccional, que no necesita más que de una absoluta autonomía⁶⁰⁹, pese a todo, la comparecencia es un ejercicio de responsabilidad pública como así lo ha reconocido la doctrina⁶¹⁰.

Por ello resultaría conveniente para hacer transparente la relación entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno, que en supuestos de dimisión, aquel compareciera ante el Congreso de los Diputados, y expusiera los motivos que le han conducido a adoptarla. No nos cabe duda, que un ejercicio de transparencia como éste, haría mucho más sano el juego democrático en una sociedad que como la española, todavía adolece de un enorme déficit en una práctica ya habitual en países de nuestro entorno europeo, como es la asunción de responsabilidades políticas,. El nombramiento del FGE como acto discrecional⁶¹¹del Gobierno no puede ejercerse sin asumir su propia responsabilidad inherente. Con la última reforma del EOMF, la decisión del Gobierno para proponer el cese del máximo representante del Ministerio Publico, ha dejado de existir formalmente, pero precisamente para no sembrar de dudas la razones de la dimisión de un Fiscal General como acertadamente ha expresado FLORES PRADA, es por lo que se hace necesario la transparencia en esa decisión y el control político es el único instrumento para evitar que por esa vía, se pueda propiciar la renuncia o dimisión de este Alto Cargo del Estado, y que el Gobierno pueda influir de este modo, en determinados procedimientos judiciales en curso⁶¹².

⁶⁰⁹ *Ibidem*. Pag 449, Antonio Narváz Rodríguez, “El Fiscal General del Estado y su relación...”, *Op.Cit.* Pag.546.

⁶¹⁰ Tomás Bestarache Bengoa, *Loc.Cit.* Este autor, considera que independientemente de cómo discurra la comparecencia, y los riesgos de politización de aquella, en cualquier caso, será responsabilidad de los propios parlamentarios. NarvázRodríguez, A. *Loc.Cit.* Pag.548. El auto aunque se muestra partidario de la comparecencia, dice que ésta debe circunscribirse al análisis objetivo de las exigencias legales del art. 29.

⁶¹¹ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Pag.652. Según el autor, estamos ante una categoría singular de los actos discrecionales de la Administración, caracterizados por la relación de confianza que la autoridad encargada del nombramiento ha de tener o no tener, en la persona designada, relación de confianza que sólo puede apreciar la misma autoridad que verifica el nombramiento.

⁶¹² En este sentido se manifiesta Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, *Op.Cit.*Pagg.448-449. Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...” *Op.Cit.*Pag.650.

De un correcto funcionamiento de los mecanismos de control político depende no solo que el Gobierno pueda dar explicaciones de los motivos que han llevado al Fiscal General del Estado a presentar su dimisión, sino además que pueda exigirse al Ejecutivo la correspondiente responsabilidad, cuando los motivos expuestos adolezcan de justificación o razonabilidad⁶¹³.

El hecho de que el máximo representante del Ministerio Fiscal, comparezca ante el Congreso, y explique abiertamente las razones que le han conducido a dejar el cargo, ayudaría a dar transparencia y a resolver mejor, los términos de la relación entre el Ministerio Público, a través de su Fiscal General y el Gobierno, relación que no queda del todo clara en el Estatuto y que en ocasiones según FLORES PRADA, es caldo de cultivo para todo tipo de especulaciones⁶¹⁴.

Con el análisis comparativo de la legislación, antes y después de la reforma del Estatuto Fiscal del 2007, en lo que al cese del FGE respecta, puede concluirse que la responsabilidad política⁶¹⁵ de éste último, frente al Gobierno sigue existiendo⁶¹⁶. No ha desaparecido. La regulación del cese, efectivamente ha garantizado cierta estabilidad en el cargo, y ha favorecido la imagen pública frente a los ciudadanos, puesto que las posibilidades de instrumentalización del máximo representante del Ministerio Público se han visto reducidas. Aumenta el margen de maniobra para el Fiscal General en la apreciación de las circunstancias y el momento que considere más adecuado para el ejercicio de la acción penal. Por tanto se puede pensar que se han conquistado mayores cotas de autonomía, y en realidad así ha sido, por lo que el avance ha sido significativo e importante, pero también habría que constatar que la pérdida de la confianza política del Ejecutivo en el Fiscal General del Estado, puede seguir produciendo los efectos de una dimisión propiciada y alentada por el Gobierno y para constatarlo, tan sólo basta remitirnos a los últimos acontecimientos acaecidos en nuestro país en el año 2014 en el que como corolario, se produce la dimisión del Fiscal General del Estado.

⁶¹³ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.650.

⁶¹⁴ Ibídem. Pag.648, vid note de autor 1743.

⁶¹⁵ Manuel Marchena Gómez, “Un Fiscal General Independiente” Noticiero de las Ideas, 2005. Pag.84. Tal como expone este autor, la responsabilidad política del Fiscal General del Estado sólo es exigible por el Gobierno que le designa, y le cesa.

⁶¹⁶ Manuel Marchena Gómez, “ ¿ Un Fiscal General ...? Noticiero de las Ideas, ...” Op.Cit. Pag.84. Este autor sostiene que en la medida en que el Fiscal General del Estado es nombrado y cesado por el Gobierno, deberá responder políticamente ante éste último.

Formalmente no se había producido su cese por el Gobierno “manu militari”, pero resultaba evidente que la relación de confianza se había perdido. Para el ciudadano que contemplaba los acontecimientos anteriores al 18 de diciembre del 2014,(fecha de la dimisión), ésta estuvo rodeada de todo tipo de conjeturas sobre desafecciones con el Ejecutivo (Caso Gürthel, caso Bárcenas, Consulta ilegal del 9 N en Cataluña, e incluso la actuación del Fiscal en la causa que se sigue contra la Infanta, considerando en este último caso, las alegaciones de la Audiencia Provincial de Palma en el Auto de Apelación Penal de 7 de noviembre de 2014, dedicado a la Fiscalía, a la que censuraba la extralimitación de funciones que no eran las suyas propias, y para las que no estaba legitimada).

Acontecimientos, que desde la perspectiva del análisis de la Institución Fiscal en España, presidida por unos principios de rango constitucional como son los de unidad de actuación y la dependencia jerárquica, y en cuya cúspide, el Fiscal General del Estado, con las máximas potestades de instrucción tanto organizativas como de funcionamiento, resultaba que desde la óptica del ciudadano que ve el transcurrir de los hechos, es como si de pronto se hubiera producido un pequeño “cisma” dentro de la Institución Fiscal. Hechos sin precedentes: Los Fiscales catalanes se negaban a seguir el criterio de la Fiscalía General del Estado, en lo concerniente al ejercicio de la acción penal contra los responsables del Gobierno Catalán. El Gobierno solo argumentó que la dimisión era una cuestión personal. La oposición y los diferentes grupos con representación parlamentaria en la Cámara, exigieron la presencia del Presidente del Gobierno⁶¹⁷.

Por todo ello, consideramos que la comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior, es fundamental para que en la misma, el Fiscal General del Estado exponga las razones que le conducen a renunciar al cargo, con lo que no solo se aclara la relación existente entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal, sino que además serviría para exigir

⁶¹⁷ En el caso Bárcenas, el PP estaba muy preocupado por la situación del ex-tesorero, para quien los fiscales del caso, pidieron prisión sin fianza, siendo la posición procesal más dura de todas las presentadas por las partes, y el juez Ruz, asumiendo la tesis de la fiscalía, ordena el ingreso en prisión del ex-tesorero. Por otro lado, los fiscales del caso Gürthel, mantienen firme su criterio contra el partido del Gobierno, en una investigación que cada día socava más la imagen del Partido Popular. Aunque en el caso de la Infanta nos queda el interrogante de quien ha sufrido las presiones, si el Fiscal General del Estado, o el Fiscal Horrach cuya defensa a ultranza, de la hija del Rey, motivó, el que la Audiencia Provincial de Palma, dedicara algunos párrafos de la sentencia que pronunció, a manifestar su parecer sobre un hecho sin precedentes como que la Fiscalía se dedicara a la defensa de una de las imputadas en el caso, habiendo indicios de responsabilidad por fraude a la Hacienda Pública, en las actuaciones de la hija del Rey Juan Carlos I. Diario el País, 19 de diciembre de 2014. Pagg.12-13. Auto 627/2014, Audiencia Provincial/ Sección II, Palma de Mallorca. Apelación Penal. 7 de noviembre/14.

la correspondiente responsabilidad política al Gobierno, aunque a veces, y tal como sostiene algún sector de la doctrina⁶¹⁸, la existencia de una mayoría absoluta que respalda la acción del Gobierno sin ningún tipo de fisuras, convierte en inoperante los mecanismos de exigencia de responsabilidad. Pero sobre todo, dicha comparecencia, vendría a asegurar que efectivamente, con la regulación del cese, las facultades del Ejecutivo en la dimisión del Fiscal General, realmente han desaparecido. Así, y a pesar de que esa relación de confianza se haya deteriorado, aquel no se va a ver compelido a renunciar al cargo, porque de lo que se trata es de que el margen de autonomía o de maniobra del Ministerio Fiscal sea mayor, dentro de las normales y lógicas relaciones que deben existir entre el Poder Ejecutivo y el Ministerio Público a través de su máximo representante, dado el actual marco constitucional en el que ambas Instituciones están obligadas a mantener relaciones, en aras del interés general, para el que el Ministerio Público en España es su máximo garante y defensor.

C. Independencia Funcional del Ministerio Fiscal. Vs. Elección Política del Fiscal General del Estado.

Los sustanciales cambios que se han ido produciendo en el Ministerio Público en España, lo que han conseguido es profundizar en el terreno de la autonomía, desde su inicial definición en su Estatuto Orgánico como órgano de relevancia constitucional, con personalidad jurídica propia, superándose así el viejo modelo caracterizado por la dependencia⁶¹⁹.

En torno al concepto de autonomía funcional, la doctrina coincide en su definición como ese conjunto de facultades o potestades conferidas a un órgano estatal, que como el Ministerio Fiscal le capacita para ejercer aquellas funciones que el Ordenamiento Jurídico le asigna de forma distintiva y específica y para cuyo ejercicio no necesita de

⁶¹⁸ Javier Tajadura Tejada, “Cortes Generales y Ministerio Fiscal ...”, Op.Cit. Pag. 16. Vid note de autor. 17. Este autor, ante una situación en la que el Ministerio Fiscal no ejerciera las oportunas acciones contra un miembro del Gobierno ante un supuesto delictivo, conllevaría en primer lugar para el Ministerio Fiscal, una imagen nefasta al ser el máximo garante del principio de objetividad o de imparcialidad en su actuación, y por otro la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento que puede plantearle una Moción de Censura o el procesamiento del Presidente o de sus ministros, si la responsabilidad trasciende al ilícito penal.

⁶¹⁹ El Libro Blanco del Ministerio Fiscal, versión en CD. Pag.55.

un mandato singular.⁶²⁰ Facultades que convierten al Ministerio Fiscal en un órgano dinámico con la capacidad de remoción suficiente frente a aquellos obstáculos que se opongan a la vigencia de principios y derechos que hacen posible la convivencia democrática⁶²¹.

LÓPEZ AGUILAR⁶²², al reconducir el concepto de autonomía funcional al ámbito del art. 124 CE, lo define con excelente claridad "...La autonomía funcional del Ministerio Fiscal debe ser reconducida a la previsión constitucional expresamente contenida en el art. 124 CE, por la cual éste ejerce sus funciones "por medio de órganos propios". Esta es sin duda la clave de su singularidad en el marco de la estructura del Estado: no es Poder Judicial; no es Poder Ejecutivo; pero tampoco es per se un poder independiente. (...)Actúa valiéndose de órganos propios, capaces de responder a directivas y criterios en los que, necesariamente, habrá de disfrutar de un margen cierto de decisión".

Resulta obligado remitirse a los argumentos esgrimidos por GRANADOS CALERO, cuando intenta explicar el origen o la formación de una corriente doctrinal que abogaba por la independencia del Ministerio Fiscal, como reacción a tan prolongados años de total e indiscutible dependencia del Jefe del Estado, del Ministro de Gracia y Justicia o del Gobierno en el Poder. Así, a medida que se ampliaban las funciones y competencias del Ministerio Fiscal, se fue vislumbrando la tan afamada autonomía del Ministerio Público como paso previo a su independencia, que por otro lado era la reacción a la tan marcada tutela gubernamental. La Constitución de 1978, plantea no obstante un modelo que nada tiene que ver, con un diseño de Ministerio Público con un perfil definido por su autonomía e integración en el Poder Judicial. La realidad jurídica diseñada en el art. 124 del texto Constitucional, es bien distinta a la diseñada, dentro del derecho comparado, por el modelo italiano de "Pubblico Ministerio" en el que sus miembros tienen la categoría de Magistrados (Magistratura no decisoria o postulante)⁶²³.

La designación gubernamental del Fiscal General del Estado, es un hecho que forma parte de la tradición histórica del Fiscal Español, repitiéndose además dentro del derecho comparado(a excepción del modelo italiano) por lo que después de un análisis de los perfiles de la institución, no puede dejar de afirmarse que el Fiscal General del Estado ni es ni puede ser independiente, puesto que la independencia es un atributo

⁶²⁰ *Ibíd*em, Pag.181.

⁶²¹ Manuel Miranda Marchena, "Un Fiscal General Independiente...", *Op.Cit.* Pag.84

⁶²² Juan Fernando López Aguilar, "La Justicia y sus problemas...", *Op.Cit.*182

⁶²³ Francisco Granados Calero, "El Ministerio Fiscal...", *Op.Cit.* Pagg. 59-62.

jurisdiccional. La independencia del Ministerio Fiscal es “una peligrosa quimera”. “Un Fiscal General del Estado al amparo de su independencia, puede convertirse en un atípico e incontrolado cuarto poder, que en nada favorece el equilibrio de poderes con el que se definió nuestro sistema constitucional”⁶²⁴.

Pero esta “no independencia” no puede confundirse o asociarse con subordinación gubernamental, dado que el Fiscal General del Estado, a pesar de su nombramiento por el Gobierno no puede quedar “degradado” a la condición de mandatario gubernamental. Como órgano dinámico que es, con capacidad para remover los obstáculos que se opongan a la vigencia de los principios, derechos y valores, proclamados en la Constitución, y que además garantizan la convivencia democrática, tiene la obligación de dar una imagen ante la Sociedad que le haga merecedor de su confianza. Y desde esta última perspectiva, debe ser entendida la autonomía funcional del Ministerio Fiscal. Y precisamente para garantizar esa deseable autonomía, es necesario arbitrar un sistema de responsabilidad institucional del máximo representante de la Institución Fiscal⁶²⁵. Y se hace necesario garantizar esa autonomía funcional, porque en aquellos supuestos en que surjan intereses contrapuestos, el Fiscal General del Estado, no debe realizar una lectura parcial e interesada de aquellos, pero garantizar la citada autonomía lleva aparejado el establecimiento de un mecanismo de exigencia de responsabilidad como fórmula de control del Fiscal General del Estado⁶²⁶.

Como ha queda expuesto supra en esta misma sede, al tratar el tema del cese del Fiscal General, la responsabilidad política de éste, sólo puede ser exigida por el Gobierno y aunque después de la última reforma del Estatuto Fiscal, ya no dispone de la facultad discrecional para su destitución, el Gobierno continúa en disposición de exigirle responsabilidades, en tanto en cuanto y por imperativo constitucional, al Ejecutivo corresponde la propuesta de designación para el cargo, que en el caso específico del art. 124.4 de la CE, propuesta equivale a nombramiento⁶²⁷.

Teóricamente y en opinión de MARCHENA GÓMEZ, al no ser el modelo de Ministerio Público español, un modelo de extracción parlamentaria, las comparecencias del Fiscal General del Estado ante la Comisión de Justicia e Interior, no se acomodan al esquema jurídico político de exigencia de responsabilidades, y por tanto el Parlamento,

⁶²⁴ Manuel Marchena Gómez, “¿Un Fiscal General del Estado...? Op.Cit. Pag. 84.

⁶²⁵ Manuel Marchena Gómez, “¿ Un Fiscal General Independiente...?,Op.Cit. Pag. 84

⁶²⁶ *Ibidem*.

⁶²⁷ Tomas Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.447

no está en disposición de controlar ni censurar políticamente al Fiscal General del Estado ⁶²⁸ dado que quien tiene que ejercer la verdadera responsabilidad política sobre el Ministerio Fiscal es el Gobierno, ante el Congreso de los Diputados ⁶²⁹.

No obstante esta última afirmación, no se contradice con la propuesta sugerida por un sector de la doctrina ⁶³⁰ y que a nuestro modo de entender es perfectamente compatible con el modelo actual de Ministerio Público, por la que se sugería la comparecencia del Fiscal General ante la Comisión de Justicia e Interior, para explicar los motivos que le han conducido a presentar la dimisión, reforzándose así su autonomía, ayuda a aclarar las relaciones entre el Ejecutivo y el Ministerio Público, pero sobre todo sirve para hacer efectivo los mecanismos de control político sobre el Gobierno, a quien le corresponde el control sobre el Fiscal General del Estado.

Porque lo que resulta innegable, es que el nombramiento de la cabeza rectora de esta Institución por el Poder Ejecutivo, añade al principio de dependencia jerárquica una dimensión externa, lo cual determina que sea el Fiscal General del Estado, el órgano desencadenante de la línea de actuación del Ministerio Fiscal. De lo que se trata entonces, es de lograr o de garantizar la desvinculación del Fiscal General del Estado de las instrucciones gubernamentales interesadas, cuyo seguimiento pudiera resultar contrario al cumplimiento de su función constitucional ⁶³¹.

Es evidente que la Constitución reconoce una autonomía al Ministerio Fiscal desde el momento que exige que sus misiones constitucionales se realicen mediante “órganos propios”. Pero esta autonomía no significa independencia, ni tampoco que el fiscal sea un agente del Gobierno. Además, el hecho de que el Fiscal General del Estado, bien directamente, a través de la Memoria Anual, o bien a requerimiento de las Cámaras, informe sobre el estado de la Justicia y el papel de la Institución, ofrece al Parlamento un valioso instrumento de control sobre el Gobierno, al recaer en éste, la responsabilidad en el funcionamiento de la Institución y de su máximo representante ⁶³².

⁶²⁸ Manuel Marchena Gómez, “¿ Un Fiscal General...?, Op.Cit. Pag.84.

⁶²⁹ Tomas Bestarache Bengoa, Loc.Cit. Pag.492

⁶³⁰ *Ibidem*. Pag.456.

⁶³¹ Javier Tajadura Tejada, “ Cortes Generales y Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.34.

⁶³² Juan Manuel Fernández Aparicio, “El Ministerio Fiscal y su relación con el Poder Legislativo”, Revista de Derecho, Vol. 20,,nº 1, 2007, Pag.114.

Como ya se ha apuntado en esta misma sede, la Moción aprobada en el Congreso de los Diputados el 27 de junio de 1997, en la que se acordó por unanimidad instar al Gobierno para que llevase a cabo una reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, fue la fórmula que inspiró la última reforma llevada a cabo por ley 24/2007 de 9 de octubre del Estatuto Fiscal, centrándose la misma, en los cuatro puntos esenciales que ya recogiera la Moción: “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 conocimientos 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”⁶³³.

Con la reforma del 2007, se ha querido potenciar la autonomía del Ministerio Fiscal en detrimento de su vinculación con el Poder Ejecutivo, acogiendo así las anteriores propuestas de reforma del Estatuto Orgánico, con las que se pretendía el establecimiento de un régimen de garantías que posibilitara una mayor independencia de la Institución respecto del Gobierno, y reforzar así de cara a la sociedad, el principio de imparcialidad que preside la actuación del Ministerio Fiscal de acuerdo con el art. 124.1 de la Constitución⁶³⁴.

En este punto merece especial atención la asignación presupuestaria singularizada para el Fiscal General del Estado, en esa tendencia a reforzar la autonomía funcional del Ministerio Público, aproximando su estatuto económico- contable al que es propio de otros órganos como el Consejo de Estado, Consejo General del Poder Judicial o la Agencia de Protección de Datos⁶³⁵. En opinión de BESTARRECHE BENGEOA, esta autonomía presupuestaria que introduce la nueva Ley, es condición imprescindible, si

⁶³³ Manuel Marchena Gómez, “¿ Un Fiscal General...?”, Op. Cit. Pag.86.

⁶³⁴ José Martín Pastor, “La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag. 41.

⁶³⁵ Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit. Pag.87.

luego se pretende exigir responsabilidades por la gestión y eficacia del gasto o del servicio a los ciudadanos pero en cualquier caso supone “la otra cara de la moneda de una verdadera autonomía”⁶³⁶.

En relación a este art.72.3 del EOMF, donde se contemplan las partidas presupuestarias con las que se pretenden atender las necesidades de la Institución, y que deberán aparecer tanto en los Presupuestos Generales del Estado, como en el de las CC.AA que hayan asumido competencias en materia de Administración de Justicia, argumenta BESTARRECHE BENGOA, que podría considerarse como la introducción de un “Planing and control” de tipo holandés, que permite al Ministro de Justicia valorar la acción del Fiscal General y de toda la Institución en su conjunto, pudiendo luego en consecuencia exigir una rendición de cuentas y ejercer su verdadera responsabilidad política sobre el Ministerio Fiscal, ante el Congreso de los Diputados⁶³⁷.

En los Presupuestos Generales del Estado, no ha habido un reflejo claro del cumplimiento de este artículo, motivando que en junio del 2008, el ex-Fiscal General del Estado, Sr. Conde-PumpidoTourón,C., con ocasión de la presentación de la Memoria de la Fiscalía del año 2007, ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, se refiriera a ello señalando: “...Pero este Parlamento,el Gobierno y los poderes autonómicos competentes en la materia...tienen también el deber expreso de reflejar de manera individualizada en los presupuestos, conforme a la ley, la proporción concreta de ese esfuerzo que corresponde al Ministerio Fiscal. Más allá del voluntarismo o la retórica, ni la autonomía de las instituciones que han de tenerla ni la modernización y la eficiencia de su trabajo pueden caminar por el sendero de la excelencia, ni aún de la suficiencia que los ciudadanos tienen derecho a exigir, sin un soporte proporcionado a la clase y al nivel de los resultados que se pretendan obtener”. Por tanto hasta ese momento, no se había producido el cumplimiento de la norma, de acuerdo con los datos que reflejaban las partidas singularizadas en el Presupuesto Estatal y Autonómico⁶³⁸.

⁶³⁶ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.492.

⁶³⁷ *Ibidem*. Pag.493.

⁶³⁸ *Ibidem*.

El Libro Blanco del Ministerio Fiscal aprobado en 2013⁶³⁹, viene a exponer que la singularización presupuestaria está siendo objeto de cumplimiento desigual por parte de las Administraciones Públicas. Sólo algunas CCAA, han singularizado alguna de las partidas correspondientes a gastos de personal (cap. 1), gastos corrientes entre los que se incluyen la formación (cap. 2), e inversiones (cap.6). La CCAA Canaria, en los Presupuestos para el presente año 2015, aparece un Programa específico (112 C) para el Ministerio Fiscal, con la dotación de una partida presupuestaria para gastos de personal (cap.1) dentro de la sección “Consejería de la Presidencia, Justicia e Igualdad”⁶⁴⁰.

Los Presupuestos Generales del Estado, para el ejercicio 2015, contemplan partidas presupuestarias singularizadas, destinadas a la Fiscalía General del Estado, comprendiendo diferentes capítulos; -1. (Gastos de personal), -2. (Gastos corrientes, incluyendo formación) y -6. (Inversiones). También aparece singularizada con la partida presupuestaria correspondiente al capítulo 1(Gastos de personal), el Ministerio Fiscal⁶⁴¹. En cualquier caso, tanto la Fiscalía General del Estado, como el Ministerio Fiscal aparecen junto a la Secretaría General para la Administración de Justicia, cosa que no sucede cuando se asignan las partidas presupuestarias correspondientes al Consejo de Estado, al Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, o al Tribunal de Cuentas que aparecen totalmente singularizados, sin que aparezca seguidamente de órgano alguno al que se vincule.

No obstante y de acuerdo con el art. 134 de la CE, que establece la competencia exclusiva del Gobierno en la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, difícilmente podría el Fiscal General del Estado, obligar al Ejecutivo a que le asigne una cantidad específica para atender a las necesidades de la Fiscalía. Pero esto no obsta, a que el Gobierno cumpla con la obligación que le corresponde de acuerdo con la nueva regulación establecida, de disponer de aquellas partidas presupuestarias adecuadamente singularizadas para el Ministerio Fiscal, en aras de una mayor autonomía funcional.

Por otro lado, se hace necesaria igualmente reforzar el papel de la Fiscalía General del Estado como órgano directivo del Ministerio Fiscal, para avanzar en el campo de la autonomía de funcionamiento de la Institución. Las limitadas competencias del Ministerio de Justicia en el ámbito territorial, teniendo en cuenta la pluralidad de

⁶³⁹ Libro Blanco del Ministerio Fiscal, 2013. Versión en CD.Pag.57.

⁶⁴⁰ Boe.es. Ley 11/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la CCAA de Canarias.

⁶⁴¹ WWW. Congreso de los Diputados.es.

Administraciones con competencia en materia de gestión de la Administración de Justicia, y declarado además el principio de autonomía funcional del Ministerio Fiscal, conducen a la conclusión de que sólo la Fiscalía General del Estado puede asumir con éxito, la misión de dar coherencia al modelo establecido de Ministerio Público en nuestro país⁶⁴².

D. Facultades del Fiscal General del Estado.

D. 1. Regulación Estatutaria.

El Fiscal General del Estado ostenta, la Jefatura del Ministerio Fiscal y su representación en el territorio nacional de acuerdo con el art. 22 del EOMF así como la jefatura de la Fiscalía del Tribunal Supremo conforme al art. 17 del Estatuto Fiscal⁶⁴³. De acuerdo con el art. 13 del EOMF, el Fiscal General del Estado dirige la “Fiscalía General del Estado” que se encuentra integrada por la Inspección Fiscal, la Secretaría Técnica, la Unidad de Apoyo, y por los Fiscales de Sala que se determinen en plantilla. Como novedad en esa búsqueda de la modernización y racionalización de la estructura orgánica de la Institución Fiscal, destacamos la creación de la Unidad de Apoyo, que parecía sugerirse de forma ambigua en la anterior redacción del precepto, cuando mencionaba que podían integrarse funcionarios de la Administración civil en el número que se determinase en plantilla, “ al objeto de realizar labores de asistencia técnica en materia de estadística, informática, traducción de lenguas distintas del castellano, gestión de personal u otras que no sean de las que con arreglo a este estatuto tengan encomendadas los fiscales”. Finalmente la realidad impuso su creación, a semejanza de las unidades de apoyo de los altos cargos de la Administración General del Estado. Con anterioridad, ya en el año 2005 se había creado la “Oficina delegada de Apoyo al Fiscal General del Estado”. Posteriormente en el 2006, esta Unidad de Apoyo se adscribe a la

⁶⁴² El Libro Blanco del Ministerio Fiscal, Op.Cit. Pag.56.

⁶⁴³ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del M.Fiscal...”, Op.Cit. Pag.425. De acuerdo con el nuevo art. 17 del Estatuto, se ha suprimido el término “directa” en el modo de ejercer la jefatura por parte del FGE, pudiendo ser sustituido en sus funciones por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, que lo hará en los casos de ausencia, imposibilidad o vacante, además de aquellas otras funciones que ejerza por delegación expresa del Fiscal General, sin perjuicio de aquellas otras que le sean atribuidas por el Estatuto o el reglamento que lo desarrolle. Entre las funciones que puede ejercer por delegación del FGE, se encuentra la de dirigir y coordinar la actividad ordinaria de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, del Ministerio de Justicia. El actual art. 13 distingue “lo que dirige” el propio Fiscal General como sería la Inspección Técnica, la Secretaría Técnica, la Unidad de Apoyo y los Fiscales de Sala determinados en Plantilla, de aquellos otros órganos que le “asisten en sus funciones” como son el Consejo Fiscal y la Junta de Fiscales de Sala, siendo presididos ambos órganos por el Fiscal General del Estado, aunque estos órganos ya no se mencionen en el citado art. 13⁶⁴⁴.

Preside además, las reuniones de la Junta de Fiscales de Sala y del Consejo Fiscal de acuerdo con los arts. 14 y 15 del EOMF, así como las Juntas de Fiscales Superiores de las CCAA que es un nuevo órgano del Ministerio Fiscal integrado por los citados Fiscales Superiores, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica que hará las veces de Secretario. Con la creación de este nuevo órgano, se intenta asegurar la unidad de actuación y coordinación, en el funcionamiento de las Fiscalías de todo el territorio nacional y a la que podrá ser convocado cualquier miembro del Ministerio Fiscal, en atención a los asuntos a tratar de acuerdo con el art. 16 del EOMF⁶⁴⁵.

De acuerdo con el art. 13 del EOMF, a él le corresponde proponer al Gobierno los ascensos y nombramientos para los distintos cargos, previo informe del Consejo Fiscal, oído el Fiscal Superior de la CCAA respectiva cuando se trate de cargos en las fiscalías de su ámbito territorial. De la anterior y nueva redacción del precepto, destacar como novedad importante el hecho de que el legislador ha querido reforzar la idea del carácter preceptivo pero no vinculante de los informe del Consejo Fiscal, en tanto en cuanto, con la anterior redacción del precepto, se señalaba que el Fiscal General los proponía al Gobierno, “conforme al informe de dicho Consejo”.

Ahora, en la nueva redacción, se dispone “previo informe del Consejo Fiscal”, acogiéndose así la interpretación, que a propósito de un caso concreto, estableció el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de abril de 1998⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Augusto González Alonso, “Aspectos administrativos de la organización del Ministerio Fiscal”, Boletín del Ministerio de Justicia, Año 62, nº 2060, 2008, Pag.7.

⁶⁴⁵ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit. Pag.426. Tomas Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag. 508.

⁶⁴⁶ Los antecedentes del caso concreto, giró en torno a la falta de consenso que a finales de mayo de 1997, el entonces Fiscal General del Estado, realizó una propuesta de ascenso a la categoría de Fiscal de Sala en disconformidad con el informe emitido por el Consejo Fiscal, propuesta que fue aceptada por el Gobierno, y finalmente avalada en sede jurisdiccional por la mayoría del Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en una resolución que en opinión de Zaragoza Aguado, “no pasará a la historia precisamente

Puede impartir órdenes e instrucciones a sus subordinados, que en realidad son todos los miembros del Ministerio Fiscal. Dichas órdenes e instrucciones pueden referirse tanto a cuestiones relacionadas con el funcionamiento interno de la Institución como a aspectos de su organización. Pueden además versar sobre asuntos concretos como serían las órdenes dirigidas a un Fiscal determinado o bien referidas a cuestiones de carácter general, realizándose a través de Circulares, Consultas e Instrucciones. En el supuesto de órdenes referidas a un asunto concreto deberán canalizarse a través del superior jerárquico del Fiscal al que vaya dirigida, salvo que la urgencia del caso aconseje hacerlo directamente, dando en tal caso posterior conocimiento al superior (art. 25 del EOMF). Con la reforma del 2007 se ha introducido un nuevo párrafo en el citado art. 25, en el que se especifica que "...cuando las instrucciones se refieran a asuntos que afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno, el FGE deberá oír con carácter previo a la Junta de Fiscales de Sala. En este sentido, la doctrina considera que si bien supone una re dimensión de las relaciones entre el Ejecutivo y la Fiscal General, el hecho cierto es que se considera que la opinión de la Junta de Fiscales de Sala no va a vincular al Fiscal General en la decisión que él adopte al respecto, por lo que algún autor, ha considerado que en realidad es aparentar una mayor desvinculación, de lo que realmente supone el alcance del precepto en cuestión⁶⁴⁷. Incluso, dentro de la doctrina ha habido quien ha considerado que tal como queda el régimen de ascensos después de la última reforma del 2007, y que ya se iniciara con la reforma del 2003, el Fiscal General ha quedado muy reforzado en cuanto al sistema de ceses periódicos y nombramientos hechos con plena libertad haciendo caso omiso a las opiniones del Consejo Fiscal(cuya opinión ya quedo bastante erosionada con la sentencia del TS de 13 de abril de 1998), para el ascenso a la categoría primera que es a la que acceden los candidatos a ocupar el destino de la Junta de Fiscales de Sala, con lo que ya se cuidará

como paradigma de la hermenéutica jurídica". De forma sucinta, podría la sentencia podría quedar resumida con la exposición del Fundamento Jurídico decimotercero el cual establece: "En consecuencia, al no haberse cuestionado por el Consejo Fiscal en su deliberaciones, que en el candidato propuesto por el Gobierno para el ascenso a Fiscal de Sala por el Fiscal General del Estado concurriesen todos los requisitos legales para ser promovido a dicha categoría, la propuesta fue conforme al informe de aquel órgano en cuanto a los criterio reglados y, por consiguiente, no vicia el procedimiento seguido para su provisión de destino de Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional". El Consejo Fiscal había mostrado su oposición al nombramiento propuesto porque el candidato se encontraba incurso en un expediente sancionador por ocultación de una prueba pericial y por su comportamiento con su jefe y sus colegas de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, siendo desleal con el primero y discriminatorio con los segundos. Javier Alberto Zaragoza Aguado, "El Consejo Fiscal...", Op. Cit. Pag. 583.

⁶⁴⁷ Pablo Lanzarote Martínez, "La autonomía del Consejo Fiscal...", Op.Cit. pag.427. José Martín Pastor, "La Reforma del Estatuto Orgánico...", Op.Cit. Pag.44.

de proponer a aquellos candidatos más afines o que sintonicen ideológicamente con sus criterios, dado el peso de la Junta de Fiscales asegurándose así el voto favorable⁶⁴⁸.

Así mismo, el Fiscal General del Estado, tiene la facultad de llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darles las instrucciones que estime oportunas, trasladando en este caso las citadas instrucciones, al Fiscal Jefe respectivo (art.26 EOMF). Puede también, designar a cualquier miembro de la Institución Fiscal, para que actúe en un determinado asunto ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en el que el Ministerio Fiscal esté legitimado para actuar, oído el Consejo Fiscal (art. 26 EOMF). Por tanto mediante instrucciones directas, mediante circulares y mediante la vía de las respuestas a las consultas, se lleva a cabo el principio de unidad jerarquizada del Ministerio Fiscal⁶⁴⁹.

A su vez, los Fiscales Jefes actúan en representación de la citada Institución y bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado. En cuanto a la potestad para imponer sanciones, el FGE puede imponer hasta la de suspensión de empleo y sueldo, así como proponer al Ministro de Justicia la de separación del servicio, previo informe favorable del Consejo Fiscal, (art.67del EOMF)⁶⁵⁰.

En lo que respecta a ascensos y nombramientos, la nueva regulación establece que los destinos correspondientes a la categoría primera, los de Fiscales del Tribunal Supremo, los de Fiscales Superiores de Comunidades Autónomas y los de Fiscales Jefes se proveerán por el Gobierno, a propuesta del Fiscal General del Estado de acuerdo con lo previsto en el art. 13 del EOMF que tras la última reforma del Estatuto Fiscal del año 2007 viene a confirmar el carácter preceptivo pero no vinculante de los informes del Consejo Fiscal siguiéndose la interpretación que para los nombramientos y ascensos dictaminó el TS en su sentencia de 13 de abril de 1998, en relación al antiguo art. 13.1.b del EOMF. De igual modo serán designados los Tenientes Fiscales de la Fiscalías de las Comunidades Autónomas y los Fiscales que integren la plantilla de todos aquellos órganos cuyo Jefe pertenezca a la categoría primera. Cuando los Estatutos de

⁶⁴⁸ Antonio del Moral García, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag 227.

⁶⁴⁹ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit. Fernando Saiz Moreno, “Ministerio fiscal y defensa de la Legalidad, Op.Cit. Pagg.166-167. Este autor considera que el contenido de este art. es una manifestación más del principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica, en tanto en cuanto la unidad del M.F se manifiesta orgánicamente no sólo en el hecho del sometimiento a la superior jefatura del Fiscal General del Estado, sino en el carácter con que los miembros de la Institución actúan “ en representación de la institución y por delegación de su jefe respectivo”.

⁶⁵⁰ Pablo Lanzarote Martínez, loc.Cit. Fernando Sainz Moreno, “ Ministerio Fiscal...”Op.Cit. Pag. 170.

Autonomía prevean la existencia del Consejo de Justicia de la Comunidad Autónoma, éste será oído necesariamente con carácter previo al nombramiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma⁶⁵¹. Hay que tener presente como novedad importante ya comentada supra, lo establecido en el art. 13.1 del Estatuto, en virtud del cual se determina la necesidad de oír al nuevo Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma cuando se trate de nombramientos y ascensos en el ámbito de esa Comunidad⁶⁵².

De acuerdo con la exposición de Motivos de la Ley 24/2007 “... *todos los Fiscales Jefes y aquellos que desempeñan un cargo con responsabilidad propia específica...serán objeto de renovación quinquenal*” añadiéndose a esta previsión los cargos de libre designación de los órganos de apoyo al Fiscal General del Estado, vinculados al fiscal que los nombra de acuerdo con el art. 36.3 del EOMF. Este principio de temporalidad incorporado al ejercicio de los cargos con funciones directivas o de responsabilidad pública, es entendido por BESTARRECHE BENGOA⁶⁵³ como un principio más acorde con reglas de funcionamiento democráticas, dotando además a la Institución de estímulos profesionales. Sin embargo LANZAROTE MARTÍNEZ⁶⁵⁴ considera que este principio se alinea mal con el ejercicio imparcial de las funciones que el Ministerio Fiscal tiene encomendadas, ante la expectativa amenazante de una posible no renovación tras el periodo de mandato.

Esta situación requería la introducción de mecanismos de freno, puesto que tal como afirma DEL MORAL “... la tendencia a complacer a aquel en cuya mano está la renovación o cese es tan humana como perniciosa. Ese afán de complacer, de no molestar, estaría más cerca del servilismo que de la exigible lealtad a quién está a la cabeza de un Cuerpo Jerarquizado como es el M.F”⁶⁵⁵.

Y el paliativo a esa situación que permitiera alcanzar mayores cotas de autonomía así como la introducción de criterios objetivos de idoneidad y profesionalidad frente a criterios de signo político o ideológico, vino con la última reforma del Estatuto Fiscal por la Ley 24/2007, creándose una Sección Permanente de Valoración que centraliza los méritos y capacidad de los Fiscales, con la finalidad de apoyar al Consejo Fiscal a la

⁶⁵¹ Tomás Bestarache Bengoa, Loc.Cit. Pag.511.

⁶⁵² *Ibíd.*

⁶⁵³ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.510.

⁶⁵⁴ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.428.

⁶⁵⁵ *Ibíd.*

hora de informar las propuestas de nombramiento discrecionales en la Carrera Fiscal, y que recoge el actual art. 13.2 del Estatuto⁶⁵⁶.

Como puede observarse y según el sentir de la doctrina⁶⁵⁷ la reforma estatutaria, ha reforzado considerablemente los poderes del Fiscal General en materia de nombramientos, al haberse consolidado la doctrina del TS en relación al antiguo art. 13.1.b del Estatuto. Con la nueva redacción del precepto, queda claro el carácter no vinculante de los informes del Consejo Fiscal para los ascensos a la primera categoría con lo que el citado órgano ha perdido peso a la hora de influir en las decisiones que al respecto pueda tomar el Fiscal General. Y aún es más radical la posición de pérdida de influencia del Consejo respecto a las propuestas y nombramientos que contempla el art. 36.3 del Estatuto, puesto que en este último, las facultades discrecionales del FGE han aumentado, dado que en este último caso, no es de aplicación el contenido del citado art. 13 del EOMF.

MARCHENA GÓMEZ⁶⁵⁸ haciendo referencia a la creación de las Fiscalías de Área y a las Secciones de las Fiscalías, a cuyo frente estarán respectivamente, los Fiscales Jefes de las Fiscalías de Área y los Fiscales Decanos de las citadas Secciones, considera que la nueva reforma estatutaria apuesta por un férreo control del Fiscal General del Estado que se reserva la facultad de influencia en aspectos que forma parte del funcionamiento cotidiano de las Fiscalías y por tanto debiera estar alejadas de tensiones políticas. Y argumenta tales razonamientos basándose en el hecho de que se ha creado un modelo que se basa en criterios de confianza y no de idoneidad, porque lo más oportuno hubiera sido, reservar para cada Fiscal Jefe la facultad de diseño de los cuadros directivos que afectan al día a día de la Fiscalía, en vez de reconocer esas capacidades al FGE para nombrar o rechazar a aquellos, a los que la Jefatura más directa, ha considerado procedente.

⁶⁵⁶ *Ibidem*. Págg. 428-429.

⁶⁵⁷ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Págg.433-434. Manuel Marchena Gómez, “¿Un Fiscal General del Estado?...Apuntes críticos...” *Op. Cit.* Pag.945. El autor sostiene que “la reforma reestructura la ordenación jerárquica del Ministerio Fiscal...de forma que el principio de confianza política...se convierte en el eje dominante”. Continúa afirmando el autor, que; “...habría que meditar si es defendible un modelo en el que la estructura vertical del Ministerio Fiscal está dirigida, controlada y diseñada hasta en sus aspectos más irrelevantes, por el Fiscal General del Estado”.

⁶⁵⁸ Manuel Marchena Gómez, “¿Un Fiscal General ...? Apuntes críticos...” *Op.Cit.* Págg.945-946.

CAPÍTULO 3º. Órganos Colegiados del Ministerio Fiscal: Consejo Fiscal, Juntas de Fiscales de Sala y las Juntas de Fiscalía.

Los órganos colegiados del Ministerio Fiscal se conciben como auténticos órganos de contrapeso a las facultades de quienes ejercen el mando dentro de la Institución⁶⁵⁹. ALAMILLO CANILLAS⁶⁶⁰ distingue dentro de esta clase de órganos, aquellos que son de naturaleza asistencial al Fiscal General y que englobaría a los dos primeros, mientras que las Juntas de Fiscalía, son órganos colectivos de trabajo que se crea en cada una de las Fiscalías, siendo estas últimas, órganos de acción o actuación externa que se encargan de realizar la misión del Ministerio Fiscal ante los Tribunales y organismos de la Administración civil ante los que el Ministerio Fiscal está legitimado para actuar.

A. Consejo Fiscal.

El Consejo Fiscal constituye uno de los órganos más relevantes del Ministerio Fiscal. Aparece regulado en cuanto a su composición y funciones, en el art 14 del EOMF⁶⁶¹. Esta regulación se completa con el Real Decreto 437/1983 de 9 de febrero, modificado por el R.D. 72/1989 de 30 de abril. Más recientemente destaca el Real Decreto 232/2005, de 4 de marzo, por el que se modifica el R. Decreto 437/1983 de 9 de febrero.

⁶⁵⁹ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.459.

⁶⁶⁰ Fernando Alamillo Canillas, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.91-97.

⁶⁶¹ Las funciones que le corresponden al Consejo Fiscal de acuerdo con el EOMF son: Art.14; “a) Elaborar criterios generales en orden a asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal, en lo referente a la estructura y funcionamiento de sus órganos. b) Asesorar al Fiscal General del Estado en cuantas materias éste le someta. c) Informar las propuestas pertinentes respecto al nombramiento de los diversos cargos. d) Elaborar los informes para ascensos de los miembros de la carrera fiscal. e) Resolver los expedientes disciplinarios y de mérito que sean de su competencia, así como apreciar las posibles incompatibilidades a que se refiere este Estatuto. f) Resolver los recursos interpuestos contra resoluciones dictadas en expedientes disciplinarios por los Fiscales Jefes de los distintos órganos del Ministerio Fiscal. g) Instar las reformas convenientes al servicio y al ejercicio de la función fiscal. h) Conocer los planes anuales de la Inspección Fiscal. I) Conocer e informar los planes de formación y selección de los Fiscales. j) Informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal. Art. 67.3 EOMF: Acordar mayoritariamente un informe favorable con remisión del mismo, al Fiscal General del Estado, para que el Ministro de Justicia pueda imponer la sanción máxima de separación del servicio tras expediente disciplinario seguido al miembro de la Carrera Fiscal. Art. 40 EOMF; Conformar la mayoría favorable al acuerdo de traslado forzoso de cualquier fiscal sometido a expediente contradictorio. Zaragoza Aguado, “ El Consejo Fiscal...”Op.Cit. Pag.575. Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.662. Vid note de autor, 1775.

También hay que destacar su Reglamento de Régimen interior adoptado por Acuerdo del Consejo Fiscal el 20 de septiembre 1983⁶⁶².

Su carácter mayoritariamente electivo y sus funciones asesoras⁶⁶³, excepcionalmente vinculantes, constituyen sus notas definitorias, frente a su predecesor, el Estatuto Fiscal de 1926, en el que se diseñaba a un Consejo Fiscal carente de representatividad, y con funciones en cierto modo, equivalentes a las actuales en materia disciplinaria, de informes y ascensos, pero que en opinión de FLORES PRADA sus facultades informativas carecían de toda vinculatoriedad⁶⁶⁴. Aparecía integrado en la Fiscalía del Tribunal Supremo y estaba compuesto por el Fiscal del T.S, Tte. Fiscal del T.S, Fiscal Inspector, Fiscal Jefe de la Audiencia de Madrid y el Abogado Fiscal más antiguo del T.S.⁶⁶⁵.

Según FLORES PRADA, pese a las indudables novedades introducidas en el Estatuto Fiscal de 1981, la nueva regulación viene a alterar muy limitadamente el fundamento tradicional en que se apoya el gobierno de la institución que sigue respondiendo a un esquema tradicional de modelo concentrado bajo la autoridad del Fiscal General del Estado⁶⁶⁶.

De su marco normativo vigente, se deduce su naturaleza jurídica como órgano de asistencia y asesoramiento al FGE, aunque también tiene competencias decisorias en materias que afectan al gobierno interno de la Carrera Fiscal⁶⁶⁷.

⁶⁶²Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.459. Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.104. Javier A. Zaragoza Aguado, “ El Consejo Fiscal...”Op.Cit. Pag.575. Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.662. Vid note de autor, 1775.

⁶⁶³ Esta función la desarrolla el Consejo a través de informes, siendo la mayoría de ellos de carácter no vinculantes. Sin embargo, sin tienen carácter vinculante los siguientes: el informe favorable que ha de emitir para que, previo expediente contradictorio, pueda decretarse el traslado forzoso de los Fiscales por disidencias graves con el Fiscal Jefe respectivo por causas a aquellos imputables y cuando asimismo por causas a ellos imputables tuvieran enfrentamiento graves con el Tribunal (art. 40 del EOMF), y el informe también favorable que ha de emitir para la imposición como sanción por el Ministro de Justicia a propuesta del Fiscal General del Estado de la separación del servicio(art. 67 EOMF). Como también se comentó en esta sede, también tenían carácter vinculante, los informes del Consejo Fiscal en los supuestos de ascensos a la categoría primera dentro de la carrera fiscal, cuestión esta última que quedo definitivamente modificada tras la reforma operada por la Ley 24/2007 de 9 de octubre que vino a acoger la doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo dictaminada en la sentencia de 13 de abril de 1998.

Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit.

⁶⁶⁴Javier A. Zaragoza Agüado, “ El Consejo Fiscal...”, Op.Cit. Pag.567. Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.663. Vid note de autor 1778.

⁶⁶⁵ Ignacio Flores Prada, Loc.Cit. Javier Zaragoza Agüado, Loc.Cit.

⁶⁶⁶Ignacio Flores Prada. Loc.Cit.

⁶⁶⁷Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.459 Cándido Conde-Pumpido "Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal... “, Op.Cit. Pag.103. Bestarache Bengoa “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.494.

El Consejo Fiscal es el órgano que después del Fiscal General del Estado es el más importante en orden al gobierno interno de la Institución⁶⁶⁸.

Según LÓPEZ AGUILAR⁶⁶⁹, estamos en presencia de un órgano integrado mayoritariamente por funcionarios Fiscales que no sólo desempeñan las más relevantes funciones de la institución fiscal sino que puede ejercer una invencible resistencia corporativa al designio del Fiscal General del Estado, toda vez que en la práctica, la dicción del art. 13, párrafo 2º de la Ley 50/1981 viene siendo interpretada en el sentido de que los ascensos de categoría sólo resultan posibles con la conformidad del propio Consejo Fiscal. Evidentemente las últimas consideraciones fueron esgrimidas antes de la última reforma del Estatuto Fiscal del año 2007, por la que se consolida la doctrina del T.S dictaminada a raíz de la sentencia de 13 de abril de 1998, ya comentada en esta sede, y por la que se modifica el citado precepto estatutario, dejando de tener carácter vinculante los informes del Consejo Fiscal para los ascensos a primera categoría dentro de la carrera fiscal. No obstante, en relación a la anterior redacción del art. 13 del EOMF argumentaba la doctrina⁶⁷⁰ que el mismo, era expresivo de cierta ambigüedad, aunque la tesis mayoritaria era precisamente su carácter vinculante. No obstante, fueron esas interpretaciones divergentes las que posiblemente motivaron un pronunciamiento muy debatido en el seno del Tribunal Supremo (Sala 3ª) con los diez votos particulares que se emitieron, frente al voto mayoritario que acogió la citada resolución del Alto Tribunal.

En esta misma línea argumental, resulta obligado hacer alusión a unos párrafos de MARCHENA GÓMEZ⁶⁷¹ que transcribimos textualmente y que destacan por la contundencia y claridad expositiva de la concepción que respecto del mismo, y de su naturaleza jurídica tiene el autor, dentro del organigrama institucional, sugiriendo que su conversión si se deseara, se realice desde la propia reforma legislativa; "...En la previsión normativa que regula su composición y funcionamiento, el Consejo Fiscal se

⁶⁶⁸ Fernando Alamillo Canillas, "El Ministerio Fiscal...", Op.Cit. Pag.63. Francisco Granados Calero, "El Ministerio Fiscal..." Op.Cit. Pag. 109. Ignacio Flores Prada, "El Ministerio Fiscal...", Op.Cit. Pag.662.

⁶⁶⁹ Juan Fernando López Aguilar, "El Ministerio Fiscal...", Op.Cit. Pag.216.

⁶⁷⁰ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit. Pagg. 431-432. Juan Fernando López Aguilar, Loc.Cit. Pag. 217. El autor también considera que el citado art. 13, en su anterior redacción, de acuerdo con su dicción literal "conforme a los informes" era expresivo de cierta ambigüedad, aunque el art. 3 del Real Decreto 437/1983 de 9 de febrero establecía que el Consejo Fiscal que "es competencia del Consejo Fiscal ser oído para el ascenso de los miembros de la carrera fiscal". Por tanto la tesis mayoritaria o con mayor predicamento es que los informes del Consejo Fiscal son vinculantes para el FGE y para el Gobierno.

⁶⁷¹ Manuel Marchena Gómez, ¿Un Fiscal General...?, Op.Cit. Pag.85.

configura como un órgano de asesoramiento del Fiscal General del Estado, preferentemente, en aquellas materias ligadas al ejercicio de la función fiscal, así como en cuantas otras cuestiones quiera el Fiscal General someter a su consideración. Sin embargo, esa configuración legal como órgano consultivo ha dado paso, por la pura realidad de los hechos, a una verdadera revolución en el entendimiento de su significado funcional. Hoy nadie duda- ni siquiera sus propios integrantes – que el Consejo Fiscal ha asumido la voz de la carrera fiscal y que su función no es ajena a una cierta actividad de control del Fiscal General del Estado. No han faltado episodios en los últimos años que se han saldado con sesiones del Consejo Fiscal en cuyas actas consta la petición de dimisión del propio Fiscal General que lo preside. Y ello no deja de ser una verdadera subversión funcional. El órgano consultivo se ha transmutado en un genuino órgano de control llamado a fiscalizar a su propia presidencia”⁶⁷².

Los argumentos expuestos consolida la idea, en cierta forma plasmada en la Ley Estatutaria Fiscal de 1981, según la cual el Consejo Fiscal, no solo es un órgano de asesoramiento y consulta sino que como órgano de extracción interna, procura el equilibrio en el quehacer y funcionamiento del Ministerio Fiscal, y además se intenta asegurar, en este caso asumiendo funciones de control, que la actuación sobre todo de su máximo responsable, se mueva dentro del marco constitucional⁶⁷³. En Opinión de FLORES PRADA⁶⁷⁴, la regulación estatutaria de 1981 supuso una solución de compromiso, manteniendo para el Consejo Fiscal una naturaleza jurídica ambigua, a medio camino entre una naturaleza electiva y una composición reglada; a medio camino entre el autogobierno y la dirección concentrada y finalmente a medio camino entre funciones consultivas y funciones de carácter vinculante. Esta ambigüedad en opinión de este autor, dispuso todos los ingredientes para que las complejas relaciones entre el Consejo Fiscal y Fiscal General del Estado acabaran por convertirse en una crónica anunciada.

⁶⁷² *Ibidem*.

⁶⁷³ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit. Pagg. 460-461. Javier A. Zaragoza Agüado, “El Consejo Fisca...”, Op.Cit. pag.563.

⁶⁷⁴ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pag.665.

Por tanto y según LANZAROTE MARTÍNEZ, se erigía y se erige, pese a todo, en pieza clave dentro del sistema de contrapesos para garantizar la autonomía del M.F y su sometimiento a los principios de legalidad e imparcialidad⁶⁷⁵.

El Consejo Fiscal es entendido como un órgano representativo de la carrera fiscal y un filtro a las decisiones del Fiscal General del Estado. El carácter de órgano representativo no solo es una cualidad reconocida “ad intra” por los propios fiscales sino que ha sido declarada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las sentencias de 14 de octubre de 2003 y otra más reciente de 8 de marzo de 2006⁶⁷⁶. El carácter mayoritariamente electivo del Consejo, si bien aporta un saludable principio de participación, no puede conducir a la idea de que estamos ante un órgano de autogobierno al modo del CGPJ, concepción esta última que nos conduciría a la consagración de un cuarto poder en opinión de FLORES PRADA⁶⁷⁷.

Aunque en realidad si retrocediéramos al derogado Estatuto Fiscal de 1926⁶⁷⁸, podríamos ver que esas facultades de control y fiscalización que se reclaman por un determinado sector de la doctrina⁶⁷⁹ ya se contemplaban en el citado Estatuto, en el que además de las tradicionales funciones de asesoramiento o de consulta, con la emisión de informes para el ascenso dentro de la carrera fiscal, emisión de mociones y propuestas que tenían como destinatario al Gobierno en todo lo concerniente a la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal y de los propios Tribunales y auxiliares de la Administración de Justicia, intervenían, como lo hacen ahora, en la resolución o propuesta de resolución de expedientes disciplinarios, e incluso desempeñaban funciones inspectoras, sin perjuicio de las funciones encomendadas al Fiscal del Tribunal Supremo y al Inspector Fiscal. Pero lo que resulta realmente llamativo, es que se constituyera en Tribunal de Honor para juzgar la conducta de cualquier funcionario fiscal por actos u omisiones que no tuvieran sanción expresa en las leyes penales, por propia iniciativa, a instancia del Gobierno, del Ministro de Gracia y Justicia, de los

⁶⁷⁵ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit. Pag.462.

⁶⁷⁶ Augusto González Alonso, “ Aspectos administrativos de la organización y funcionamiento.”, Op.Cit. Pagg.16-17.

⁶⁷⁷ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit Pag.666.

⁶⁷⁸ Artículo 23 del Estatuto Fiscal de 1926.

⁶⁷⁹ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit. Pag.462. El autor reclama una potenciación funcional para el Consejo, añadiendo a sus tradicionales competencias, otras en las que se amplíen los casos en que deba ser oído, o bien se otorgue fuerza vinculante a sus informes, o dotarle de un mayor protagonismo en la elección de cargos discrecionales dentro de la carrera fiscal. Javier Zaragoza Agüado, “ El Consejo Fiscal...”, Op.Cit. Pag.566. Este autor se manifiesta en la misma línea, reclamando una potenciación del citado órgano, atribuyéndole más facultades decisorias en materia disciplinaria y fuerza vinculante a sus informes para el ascenso en la carrera fiscal.

miembros de la Fiscalía, o de diez funcionarios fiscales, cuando seis de los mismos tuvieran mayor categoría o antigüedad que el inculpado.

Por tanto sostenemos, como así lo ha hecho ZARAGOZA AGUADO⁶⁸⁰, que el Consejo Fiscal, en sus comienzos, se instituía como un órgano cuyas facultades iban más allá de las funciones de asesoramiento y de consulta en materia de ascensos a las altas categorías de la Carrera Fiscal. Y en esta línea de razonamiento, podemos afirmar que el Consejo Fiscal, al atribuirse la misión de defensa del prestigio de la función fiscal, lo hacía precisamente ejerciendo un férreo control sobre el propio funcionario, no solo en lo que respecta a su vida pública sino también en su vida privada, aunque también les amparaba cuando eran injustificadamente atacados, o bien procedían a imponer las correcciones o castigos procedentes cuando dieran lugar a ello.

Al constituirse en Tribunal de Honor, sancionando conductas que ni siquiera estaban tipificadas en el Código Penal, nos sugiere la idea, de que realmente se instituía en una auténtica jurisdicción especial que abarcaba a los miembros de la institución. Ni siquiera hacía falta la existencia de norma expresa que tipificara la presunta conducta ilícita de su responsable. Por ello, más que un órgano de defensa de la función fiscal o del prestigio profesional, consideramos que se trataba de un órgano con grandes dosis de arbitrariedad en el ejercicio de alguna de sus funciones.

En este mismo sentido se manifiesta GRANADOS CALERO⁶⁸¹ cuando dice que el cumplimiento efectivo de la facultad de velar por el prestigio de los funcionarios fiscales se producía a través de estos Tribunales de Honor que se mantuvieron en muchas de las Instituciones de nuestro país, durante el S. XIX y primera mitad del S. XX.

ZARAGOZA AGÜADO⁶⁸² también alude a la función que desarrollaba el Consejo a través de estos Tribunales de Honor, encargado de vigilar y enjuiciar el prestigio, el proceder y la integridad profesional y personal de los funcionarios que integraban la Institución.

⁶⁸⁰ Javier A. Zaragoza Aguado, “El Consejo Fiscal...”, Op.Cit. Pag.570. Y además esa fue la tesis mantenida por el voto particular de uno de los Magistrados interviniente en la redacción de la sentencia del 13 de abril de 1998, y a la que luego se adhirieron otros Magistrados de la Sala 3ª del T.S. Ver artículos 22, párrafo 3º y párrafo 4 del Estatuto Fiscal de 1926, cuya transcripción literal hace el autor, en el mencionado artículo de doctrina.

⁶⁸¹ Francisco Granados Calero, “ El Ministerio Fiscal...),Op.Cit. Pag.110. vid note de autor 19.

⁶⁸² Javier A. Zaragoza Agüado, “ El Consejo Fiscal...”, Op.Cit, Pag 567.

La Constitución de 1978 abre un nuevo marco de convivencia, dentro de un Estado Social y democrático de Derecho según establece su artículo primero. Se proscribía la arbitrariedad en el funcionamiento de los poderes públicos (art. 9 CE) y se proclama el principio de legalidad que habrá de presidir la actuación de todos, ya sean ciudadanos o responsables al frente de los poderes del Estado. En este contexto, el Consejo Fiscal dentro de la estructura del Ministerio Público, habrá de regirse por otros parámetros de funcionamiento. Y en este contexto señala ZARAGOZA AGÜADO⁶⁸³ que “nada tiene de extraño que la norma estatutaria lo configure como un órgano representativo y con ciertas facultades de gobierno, le atribuya la facultad de limitar las propuestas del Fiscal General del Estado en los ascensos a los destinos de mayor relevancia y responsabilidad de la Carrera (lo que no impide al Gobierno rechazar tal propuesta), pues así se introduce un factor de equilibrio y de control en el nombramiento de los más altos cargos de la institución”.

GRANADOS CALERO⁶⁸⁴ considera en este sentido, que si bien el Consejo Fiscal resultante tras la aprobación del Estatuto de 1981, se distancia del original modelo propuesto por algunos de los grupos parlamentarios que intervinieron en su redacción, no obstante es un órgano activo, dotado de competencias estimables y coherente dentro del conjunto de la Institución Fiscal.

FLORES PRADA⁶⁸⁵, configura al Consejo Fiscal como un órgano de contrapeso destinado a equilibrar el acentuado poder de decisión del Fiscal General del Estado. Sin embargo esta atractiva concepción del Consejo Fiscal hubiera requerido un esfuerzo por parte del legislador consistente en clarificar la materias en las que intervendrían así como la naturaleza de dicha intervención, es decir preceptiva, no preceptiva, vinculante no vinculante, dependiendo de los casos. En su lugar se prefirió añadir a las funciones ya previstas otras nuevas lo que ocasionaría importantes problemas de interpretación desde la entrada en vigor del Estatuto Fiscal de 1981.

Por todo ello podría decirse que el Consejo Fiscal tiene una naturaleza jurídica mixta conjugando funciones asesoras y por tanto consultivas no vinculantes, con aquellas otras funciones o atribuciones decisorias, de carácter excepcional y vinculante. Como manifestación de las primeras podrían señalarse las intervenciones del Consejo Fiscal

⁶⁸³ Javier A. Zaragoza Agüado, “ El Consejo Fiscal...”, Op.Cit, Pag.570. Francisco Granados Calero, Loc.Cit. Pag.113.

⁶⁸⁴ Francisco Granados Calero ,Loc.Cit. Pagg.114-115.

⁶⁸⁵ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.667.

en materia de nombramiento (art. 14.4.c), constitución de adscripciones permanentes (art. 21.2), discrepancias graves entre Fiscales Jefes y Juntas de Fiscalía (art.24.2), remoción por el Gobierno de los Fiscales Jefes (41.5), cancelación de anotaciones (art.69). Como manifestación de las segundas, estaría; a) La elaboración de criterios generales en orden a asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en lo referente a la estructuración y funcionamiento de sus órganos (art. 14.4.a), b) Conocer de los recursos interpuestos contras resoluciones dictadas en expedientes disciplinarios por los Fiscales Jefes (art. 14.4.f), c) Informar en los supuestos de traslado forzoso (art.40), d) Declaración de compatibilidad en el supuesto del art. 58.1, e) Informar cuando la sanción sea la de separación del servicio⁶⁸⁶.

Sin embargo las materias en las que los informes del Consejo Fiscal resultan vinculantes quedan reducidas a dos; traslado forzoso, y separación del servicio. Antes de la STS de 13 de abril de 1998 (caso Fungairiño), también lo eran los informes para el ascenso a la categoría primera de la Carrera Fiscal. Opina FLORES PRADA, que se trata de aspectos claves que garantizan la autonomía funcional y la imparcialidad del Ministerio Fiscal, y que el legislador no ha querido dejar a la sola decisión del Fiscal General del Estado⁶⁸⁷.

La ley 24/2007, de 9 de octubre por la que se modifica la Ley 50/1981 de 30 de diciembre reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ha introducido dos novedades en la regulación que del Consejo Fiscal establece el art. 14 del Estatuto. La primera de aquellas aparece en la letra j del mencionado precepto, al establecerse el plazo de 30 días hábiles para que el Consejo Fiscal emita sus informes en relación con los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal. Dicho plazo se reduce a 15 días hábiles si la autoridad que solicita el informe, manifiesta su urgencia en la Orden de petición.

La segunda de las modificaciones afecta al apartado segundo del citado artículo, al disponer la prohibición de que puedan ser elegidos vocales del Consejo Fiscal aquellos funcionarios fiscales que presten sus servicios en los órganos de confianza del Fiscal General del Estado (Inspección Fiscal, la Secretaría Técnica y la Unidad de Apoyo).

⁶⁸⁶ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.667. La elaboración de los criterios generales destinados a garantizar la unidad de actuación en el Ministerio Fiscal, que tanto el Fiscal General del Estado como los distintos Fiscales Jefes habrán de concretar en cada caso mediante las instrucciones y órdenes procedentes.

⁶⁸⁷ *Ibidem*. Pag.668.

Otra modificación importante viene establecida en el último párrafo de apartado 4 del citado precepto estatutario, que obliga a que en el seno del Consejo Fiscal se integre una Comisión de Igualdad encargada del Estudio de la mejora de los parámetros de igualdad en la carrera fiscal, cuya composición se determina en el R.Decreto 437/1983 de 9 de febrero ⁶⁸⁸.

Con el Real Decreto 437/1983 de 9 de febrero, sobre Constitución y Funcionamiento del Consejo Fiscal, se regula los aspectos concernientes al sistema y forma de elección de sus Vocales, régimen electoral, constitución y régimen jurídico de sus miembros, decreto que quedaría modificado por otro posterior, concretamente el R.D 72/1989 de abril 30, ya mencionado supra ⁶⁸⁹.

De acuerdo con el art. 14 del EOMF, se establece un sistema mixto de elección de candidatos, con tres miembros natos como son el Fiscal General del Estado que lo preside, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Inspector, y nueve vocales electivos (un Fiscal de Sala, un Fiscal del Tribunal Superior de Justicia, un Fiscal provincial, tres Fiscales y tres Abogados Fiscales) que serán elegidos por el cuerpo electoral de todos los fiscales en activo. El mandato de los vocales queda fijado por un periodo de cuatro años. Los acuerdos del Consejo son adoptados por mayoría simple, siendo dirimente en caso de empate, el voto de su presidente. Además, los acuerdos decisorios del Consejo son susceptibles de recurso contencioso administrativo ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo. El Consejo Fiscal puede funcionar en Pleno y en Comisión Permanente ⁶⁹⁰.

De acuerdo con el R.D 437/1983 de 9 de febrero, pueden ser candidatos cualquier miembro de la carrera fiscal que se encuentren en activo, a excepción de los vocales natos que ya forman parte del Consejo por su condición. Tras la votación, los futuros

⁶⁸⁸ Augusto González Alonso, “Aspectos administrativos de la Organización...”, Op.Cit. Pag.17. La Sala Tercera de lo contencioso administrativo del T.S declaro nulo mediante sentencia de 8 marzo de 2006, el párrafo segundo del art. 20 del R.D 437/1983, de 9 de febrero redactado conforme al Real Decreto 232/2005 de 4 de marzo en el que se establecen que tampoco podrán ser candidatos los miembros del M.F. destinados en la Secretaría Técnica o en la Inspección Fiscal. Ante el hecho de que la inelegibilidad se estableció mediante un reglamento, la propia Sala del Tribunal Supremo reconoció que el legislador ostenta la potestad para configurar el derecho de los miembros del M.F a ser electores y elegibles al Consejo Fiscal, con lo cual el legislador, con la reforma de 2007 ha dado cobertura mediante ley, a la citada causa de inelegibilidad, sumándose además los fiscales que presten sus servicios en la Unidad de Apoyo por ser extensibles los mismos argumentos de confianza .

⁶⁸⁹ Augusto Gonzalez Alonso, Loc.Cit. Javier Zaragoza Agüado, Loc.Cit. Pag.571.

⁶⁹⁰ Javier A. Zaragoza Agüado, “El Consejo fiscal...” Op,Cit, Pag. 571. Francisco Granados Calero, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.115. Cándido Conde- Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.103.

Consejeros que pueden ser propuestos por las Asociaciones de Fiscales o por quince electores cuando menos, resultan elegidos por un sistema mayoritario corregido, corrección que se obtiene disponiendo que para la elección de los grupos compuestos (categoría de Fiscal y de Abogado Fiscal) cada candidatura sólo puede incluir dos candidatos, cediéndose el tercero a otra de las candidaturas más votadas. En caso de vacante, por cese de uno de los Consejeros por alguna de las causas taxativamente previstas, le seguirá el candidato de su turno que le siga en votos⁶⁹¹.

Las candidaturas serán abiertas y combinables entre sí, pero no será preciso proponer candidato para todos los puestos elegibles. En cualquier caso, no se podrá votar a más de un candidato para los puestos de Fiscal de Sala, Fiscal Jefe de Tribunal Superior y Fiscal Jefe de Audiencia Provincial. Para los puestos de la categoría segunda y tercera, no se podrá proponer más de dos candidatos, aspecto ya comentado. La obtención del mayor número de votos en las elecciones, lleva consigo la proclamación de los candidatos y en caso de empate será preferido el de mayor antigüedad en la Carrera y, si fuera igual, el de mayor edad de acuerdo con el art. 25 del citado R.D 437/1983⁶⁹².

En lo concerniente a la actual composición de este órgano, se han sugerido nuevas fórmulas de diseño, que “no han de interpretarse como una extravagante apertura de puertas del Ministerio Fiscal”, según expresión de MARCHENA GÓMEZ⁶⁹³, si se incorporaran al Consejo Fiscal, otros juristas de elección parlamentaria (Congreso y Senado) así como del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo General de la Abogacía. Quizás una modificación de estas características contribuiría a una mayor estabilidad del Ministerio Fiscal. Como ejemplo podría citarse la reforma abordada en Portugal que validada por el Tribunal Constitucional ha ayudado a la actual estabilidad del Ministerio Público portugués.

ZARAGOZA AGÜADO⁶⁹⁴ considera que la inclusión de juristas de reconocido prestigio de elección parlamentaria, es una sugerencia que habrá de ser tenida en cuenta si se quiere reforzar las competencias del Consejo Fiscal en lo relativo a la organización y funcionamiento interno del Ministerio Fiscal (materias disciplinarias, licencias, permisos, inspecciones, etc..) así como en lo relativo a nombramientos discrecionales cuya decisión pueda resultar vinculante para el Fiscal General del Estado en las

⁶⁹¹ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, “ El Consejo Fiscal...”, Op.Cit. Pag.104.

⁶⁹² Javier A. Zaragoza Agüado, “ El Consejo Fiscal...”, Op.Cit. Pag.572

⁶⁹³ Manuel Marchena Gómez, “¿Un Fiscal General Independiente...?” Op.Cit. Pag. 85.

⁶⁹⁴ Alberto A. Zaragoza Agüado, “ El Consejo Fiscal...”, Op.Cit. Pag.574.

propuestas que eleve al Gobierno. Porque si la función asesora del Consejo Fiscal es vital en la labor de dirección de Gobierno de la Institución que desempeña el Fiscal General del Estado, no parece lógico, en opinión de este autor, que se prescindiera de los más altos cargos de la Institución.

Las funciones del Consejo Fiscal no resultan esencialmente alteradas tras la reforma del Estatuto Orgánico operada por Ley 24/2007. Sumariamente aquellas, siguen siendo las siguientes; a) Elaborar criterios generales para asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal; b) Asesorar al Fiscal General del Estado en las cuestiones que éste le someta; Informar las propuestas de nombramiento de los diversos cargos; c) Elaborar los informes para ascensos de los miembros de la carrera fiscal; Resolver expedientes disciplinarios y de mérito de su competencia; d) Instar las reformas que se consideren más convenientes; Conocer de los planes anuales de la Inspección Fiscal; e) Conocer e informar los planes de formación y selección de los fiscales y sobre todo, por su trascendencia en el procedimiento de elaboración normativo, informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal; f) Acordar mayoritariamente un informe favorable con remisión del mismo, al Fiscal General del Estado, para que el Ministro de Justicia pueda imponer la sanción máxima de separación del servicio tras expediente disciplinario seguido al miembro de la Carrera Fiscal (art. 67.3 EOMF); g) Conformar la mayoría favorable al acuerdo de traslado forzoso de cualquier fiscal sometido a expediente contradictorio (art. 40 EOMF)⁶⁹⁵.

Corresponde en exclusiva, al Pleno del Consejo Fiscal, las siguientes competencias decisorias;

a) Resolución de Expedientes disciplinarios y de méritos que sean de su competencia y de los recursos interpuestos contra sanciones impuestas en expedientes disciplinarios por los Fiscales Jefes de los distintos órganos del Ministerio Fiscal (arts 14.1.e) y f) y 67.3 del EOMF y art3.5y art. 7 RD 437/83.

b) Apreciación de la causa de prohibición para el ejercicio del cargo prevista por el art.58.1 del EOMF (art.14.1.e del Estatuto) y art. 3.13 del RD437/83.

⁶⁹⁵ Augusto González Alonso, “ Aspectos administrativos de la organización...”, Op.Cit. Pag.16.

c) Cese de los Vocales del Consejo por incapacidad o incumplimiento de los deberes del cargo de Consejero (art. 10 in fine RD 437/83)⁶⁹⁶.

Mientras el Reglamento Fiscal de 1969, atribuía en su art. 123 al Consejo Fiscal, facultades para imponer correcciones disciplinarias a todos los funcionarios del Ministerio Público a excepción del Fiscal del Tribunal Supremo, e incluso tenía atribuida la facultad de instruir los expedientes disciplinarios (por ejemplo los relativos a faltas muy graves), el vigente Estatuto no le asigna facultades sancionadoras en ningún caso, por lo que la resolución en primera instancia de estos expedientes disciplinarios queda vacía de contenido, siendo competente exclusivamente para conocer de los recursos contra sanciones impuestas por los Fiscales Jefes. Por tanto se concluye que la regulación disciplinaria contenida en el Reglamento ha perdido su vigencia, salvo en los aspectos procedimentales⁶⁹⁷.

En opinión de SANCHÍS CRESPO⁶⁹⁸, dada la actual regulación de lege data del Consejo Fiscal, no podría afirmarse que se trate de un órgano de autogobierno ni tampoco del máximo órgano de la Carrera Fiscal. El Estatuto Orgánico lo configura como un órgano de asistencia al mismo nivel que la Junta de Fiscales de Sala, la Secretaría Técnica y la Inspección Fiscal. La naturaleza de sus funciones de carácter asistencial al Fiscal General en materia de gobierno de la Institución, y su composición, aunque sea de carácter representativa, no le convierte “per se”, en órgano de autogobierno, dado que no puede tomar decisiones políticas vinculantes, debiendo permanecer a expensas del FGE. No obstante se muestra favorable de una reforma que potencie sus competencias sobre todo en materia de nombramientos discrecionales, así como el establecimiento de una determinada infraestructura con presupuesto propio, que le permita desarrollar de forma eficaz sus funciones.

⁶⁹⁶ Javier A. Zaragoza Agüado, “ El Consejo Fiscal...”, Op.Cit. Pag.581.

⁶⁹⁷ *Ibidem*.

⁶⁹⁸ Carolina Sanchís Crespo, “ La estructura del Ministerio Fiscal tras la Ley 10/1995” Boletín de Información nº 1764 del Ministerio de Justicia e interior, 1995, nº 49, Pagg.88-89.

B. Junta de Fiscales de Sala.

La Junta de Fiscales de Sala puede ser definida como un órgano asesor del Fiscal General del Estado, de naturaleza técnico-jurídico y carácter colegial, con una importantísima función de asistencia en la elaboración de los criterios de interpretación, que habrán de ser utilizados por los miembros de la Institución Fiscal, para actuar de manera uniforme en la aplicación de la Ley, de acuerdo con el principio constitucional de unidad de actuación, estando además integrada, por la cúpula de la Carrera Fiscal en experiencia y trayectoria profesional ⁶⁹⁹.

Aunque pudiera parecer que la Junta de Fiscales de Sala, en un órgano de relativa reciente creación, resulta cuanto menos llamativo cómo el Estatuto Fiscal de 1926, aludía a las Juntas de Funcionarios, adscritos a un Tribunal o a una Fiscalía específica, concretamente en su art. 44 y que si bien carecía del carácter de órgano consultivo, puesto que únicamente consistía en la reunión de miembros de una Fiscalía, a fin de mantener la unidad de criterios, careciendo por tanto de carácter orgánico, era significativa su ubicación en el Título IV encabezado con la rúbrica “ *De la Unidad y Dependencia del Ministerio Fiscal*”. Posteriormente, dichas reuniones de Fiscales, se institucionalizan, surgiendo así las Juntas de Fiscales Generales, que aparecen reguladas en el art. 120 del Reglamento Fiscal de 1969, y que se celebraban en el Alto Tribunal y que eran presididas por el Fiscal del Tribunal Supremo. Entre sus funciones destacaban las de asesorar e informar, señalándose su carácter de órgano consultivo, pudiendo someterse a su apreciación, cuestiones relativas a la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal mediante instrucciones generales, circulares, resolución de consultas e instrucciones particulares sobre asuntos concretos, con lo que era patente su carácter asistencial de naturaleza técnico- jurídica ⁷⁰⁰.

De acuerdo con la regulación actual en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, tras la reforma operada por Ley 24/ 2007 de 9 de octubre, la Junta de Fiscales de Sala, se constituye bajo la presidencia del Fiscal General del Estado, por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y por los Fiscales de Sala, actuando como Secretario, el Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica (art15 del EOMF). Se ha eludido en la actual

⁶⁹⁹ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.cit. Pag.471.

⁷⁰⁰ Artículo 44 del Estatuto Fiscal de 1926, art. 120 del Reglamento Fiscal de 1969. Francisco Granados Calero, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg.115-116.

redacción, toda referencia expresa al Fiscal Jefe Inspector y al Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, que sí aparecían en la redacción anterior del ex-art. 14.2 del EOMF. Sin embargo, se sigue manteniendo la mención de “Fiscal de Sala” lo que viene a suponer, en opinión de la doctrina mayoritaria, que todos aquellos que ostenten dicha categoría, ahora y en el futuro, podrán formar parte de este órgano de asesoramiento del Fiscal General, aunque ALAMILLO CANILLAS y SANCHIS CRESPO defienden una interpretación restrictiva del precepto, por lo que sólo compondrían la citada Junta, los Fiscales Jefes de Sala del Tribunal Supremo, el Fiscal General del Estado, el Tte. Fiscal del T.S y el Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica, de acuerdo con la redacción actual del precepto estatutario. Por el contrario y según FLORES PRADA, en la práctica diaria se convoca a la Junta de Fiscales de Sala, a todos los miembros del Ministerio Fiscal que pertenecen a la primera categoría de la Carrera⁷⁰¹.

En íntima conexión con la naturaleza Jurídica de este órgano, debemos aludir a sus competencias. Destaca por su importancia, la función de asesoramiento al Fiscal General del Estado cuando el Gobierno interese cualquier actuación del Ministerio Fiscal (art. 8.2º del EOMF). En estos casos, la Junta deberá estar conformada sólo por los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, y por tanto se excluye a aquellos que perteneciendo a la primera categoría de la carrera, no tengan su destino en el Alto Tribunal⁷⁰². También intervendrá la Junta, en aquellos casos en que entren en conflicto los principios de unidad y legalidad, referidos a los supuestos en que se manifiesten discrepancias con una orden recibida por cualquier Fiscal, según el procedimiento establecido en el art. 27 del Estatuto. En este último caso, intervendrá la Junta de Fiscales de Sala cuando la orden recibida y cuestionada proceda del Fiscal General del Estado y también en aquellos otros casos en que el criterio mantenido por el Fiscal Jefe de quien proviene la orden, se aparta del parecer mayoritario mantenido por la respectiva Junta de Fiscalía (art. 24 del EOMF)⁷⁰³. En este supuesto, la Junta de Fiscales de Sala la conformarán todos los Fiscales de la primera categoría⁷⁰⁴. LÓPEZ AGUILAR⁷⁰⁵, en relación a esta última competencia, considera que en términos

⁷⁰¹ Augusto González Alonso, “ Aspectos administrativos de la organización...”, Op.Cit. Pag.18. Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.659. Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit, Pagg. 471-72. Fernándo Alamillo Canillas, “ El Ministerio Fiscal..”, Op.Cit. Pag.77. Carolina Sanchis Crespo, “ La estructura del Ministerio Fiscal...” Pag. 84.

⁷⁰² Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio ...”, Op.Cit. Pag.473.

⁷⁰³ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.660, vid note de autor, 1770.

⁷⁰⁴ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit.

⁷⁰⁵ Juan Fernando López Aguilar, “ La Justicia y su problemas...” Op.cit. Pag.217.

generales tanto las Juntas de Fiscalía como la Junta de Fiscales de Sala, constituyen instrumentos eficaces para obstruir el cumplimiento de una orden recibida por el Fiscal Jefe o el Fiscal General del Estado, dado que el Superior queda compelido u obligado a convocar a la citada Junta si no acepta la discrepancia del inferior.

La Junta de Fiscales de Sala también deberá ser oída, en los casos de instrucciones que deba impartir el FGE a sus subordinados, en cualquier asunto que afecte directamente a cualquier miembro del Gobierno, y cualquiera que sea el momento procesal en el que se encuentre, debiéndose pronunciar sobre la procedencia de aquellas. Pero al igual que en el supuesto anterior, la Junta la integrarán todos los Fiscales de Sala pertenecientes a la primera categoría. En cualquier caso, aunque esta audiencia sea necesaria, entiende un sector de la doctrina, que la opinión o parecer de la Junta no será vinculante para el Fiscal General⁷⁰⁶.

Cuando se definía supra el carácter de este órgano, de naturaleza técnica y asistencial al máximo representante de la Institución, se hacía referencia a una competencia vital como es la de intervenir en la elaboración y aprobación de los criterios de interpretación jurídica que habrán de ser utilizados en la aplicación diaria de la Ley, lográndose así una actuación uniforme por los miembros de la Institución. Así, los instrumentos normativos de que dispone el Fiscal General del Estado para impartir los criterios de interpretación jurídica de alcance vinculante, son las Instrucciones, Consultas y Circulares, y en concreto estas dos últimas, son elaboradas materialmente por la Secretaría Técnica, debiendo ser previamente informadas antes de su aprobación y publicación, por la Junta de Fiscales de Sala, pero al carecer su dictamen de alcance decisorio alguno, su posición queda relegada a ser un mero órgano asesor en la elaboración de los citados criterios, puesto que la decisión final queda en manos del Fiscal General del Estado⁷⁰⁷.

Opina GRANADOS CALERO⁷⁰⁸, en relación a esta última competencia “en orden a la formación de criterios unitarios de interpretación y actuación legal”, que la citada frase es de significación ambivalente puesto “que si de una parte el criterio mayoritario o incluso unánime de los más significados miembros de la cúpula del Ministerio Fiscal, transmitido al Fiscal General, puede comportar la unificación desde abajo, respecto de

⁷⁰⁶ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit. José Martín Pastor, “ la reforma del Estatuto Orgánico...”, Op.Cit. Pag.44. Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.658.

⁷⁰⁷ *Ibidem*. Pagg.472-73.

⁷⁰⁸ Francisco Granados Calero, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.119. Carolina Sanchis Crespo, “ La estructura Orgánica del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.90

concretas posibilidades interpretativas de la normativa legal con preferencia a otras...de otra parte refuerza la función unificadora que compete expandir al Fiscal General del Estado, bien aceptando las conclusiones de su máximo órgano de asistencia, bien rechazándolas o sustituyéndolas parcialmente por los criterios que considere más adecuados a la política legislativa del Gobierno. En este caso, la unificación interpretativa vendría desde arriba y en ejercicio de las competencias reservadas por el art. 22.2 al máximo representante del Ministerio Fiscal”.

La única competencia de contenido decisorio atribuida a la Junta de Fiscales de Sala, introducida por la reforma de 2007, se contempla en el art. 28.2 del Estatuto, en virtud de la cual será la propia Junta de Fiscales de Sala la que se encargue de resolver sobre la abstención del FGE cuando concurran en el mismo, alguna de las causas de abstención previstas para los Jueces y Magistrados previstas en la LOPJ. En este supuesto concreto, la Junta de Fiscales estará presidida por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo. De esta forma y de acuerdo con la propia Exposición de Motivos de la Ley 24/2007 de 9 de octubre, la decisión de apartar en estos casos, al Fiscal General del Estado se residencia exclusivamente, en un órgano de naturaleza técnica y colegial, desapareciendo así la competencia que al respecto conservaba el Ministro de Justicia, redundando todo ello en una mayor autonomía funcional de la Institución Fiscal⁷⁰⁹.

Sin embargo, y haciéndonos eco de la opinión del profesor MARCHENA GÓMEZ⁷¹⁰, resulta del todo discutible que la búsqueda de la imparcialidad del FGE en asuntos que afecten al Gobierno o aforados pueda ser resuelta mediante el expediente de recusación de aquel deslegitimándose así a la Institución, además de resultar inadecuado porque el criterio que ha presidido el nombramiento de los Fiscales de Sala que integran el citado órgano justificado en algunos casos por el principio de confianza, hace más que previsible la respuesta de sus integrantes a la pregunta en torno a la duda sobre la imparcialidad de su Jefe.

⁷⁰⁹ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”. Op.Cit. Pag.474.

⁷¹⁰ Manuel Marchena Gómez, ¿ Un Fiscal General Independiente? Apuntes críticos a la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Derecho y Justicia Penal en el S.XXI, Colex 2006, Pag.947. El autor pone el ejemplo de que los Magistrados del Tribunal Constitucional designados por el Gobierno tuvieran que superar la recusación promovida contra ellos siempre que se tratara de algún recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno o cualquier otro asunto que pudiera afectar a los intereses gubernamentales directa o indirectamente.

Todas estas competencias traslucen un hecho cierto, y es que a pesar de tratarse de funciones importantes, encomendadas a un órgano integrado por Fiscales situados en la cúspide de la Carrera Fiscal, sin embargo sus decisiones están desprovistas de la más mínima capacidad resolutoria, lo que convierte a la Junta de Fiscales de Sala en opinión de LANZAROTE MARTÍNEZ⁷¹¹ en un órgano que en nada contribuye a reforzar la autonomía de la Institución. A esto último habría que añadir las críticas que se vierten por la designación gubernamental de todos sus miembros y que no contribuye al equilibrio de fuerzas que debe presidir la adopción de decisiones en el seno de la dirección gubernamental de una institución como el Ministerio Fiscal.

FLORES PRADA considera al respecto, que si bien es cierto que sus funciones no son delegadas ni decisorias, la posición del Fiscal General del Estado puede quedar en entredicho cuando se aparta de la decisión unánime manifestada por la Junta de Fiscales de Sala, como así quedó demostrado en el Informe emitido el 3 de junio de 1997, por la Junta de Fiscales y dirigido al Fiscal General, con motivo del ascenso y nombramiento del Fiscal Fungairiño como Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional.

Por tanto, esta actitud crítica y la temporalidad en el cargo por parte de sus miembros (art. 41.1 del EOMF), son argumentos esgrimidos por el autor, en defensa de la autonomía de la Junta de Fiscales de Sala en el ejercicio sus funciones⁷¹².

Opina SANCHÍS CRESPO que si bien las relaciones entre el Fiscal General del Estado y la Junta de Fiscales de Sala son menos tensas que las que se mantienen con el Consejo Fiscal, y que probablemente influya en ese marco de relaciones menos problemático el carácter más neutral de sus competencias así como su composición no representativa de toda la Carrera Fiscal, no obstante y en esto coincide con lo expresado por otro sector doctrinal, se generan graves discrepancias entre ambos órganos cuando el FGE decide apartarse del parecer unánime de la Junta de Fiscales de Sala, a pesar de que la dicción legal del precepto en cuestión, sea claro sobre el carácter no vinculante de sus decisiones en términos generales⁷¹³.

⁷¹¹ *Ibidem*.

⁷¹² Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Pagg.661-62

⁷¹³ Carolina Sanchís Crespo, “La estructura Orgánica del Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Pag.90. La autora pone el ejemplo de la discrepancia surgida cuando el FGE ordenó a la Fiscalía de Castellón, mediante escrito de 21 de febrero del año 1992, no presentar acusación contra el Presidente de Endesa como presunto responsable de un delito ecológico y que motivo una repulsa unánime tanto desde la Junta Progresista de Fiscales como por la propia Junta de Fiscales de Castellón y de la Junta de Fiscales de Sala.

Como modelo similar a la Junta de Fiscales de Sala, aparece un nuevo órgano del Ministerio Fiscal previsto en la letra d) del art. 12 del nuevo EOMF, fruto de la reforma operada por la ley 24/2007 de 9 de octubre ante la necesidad de adecuar la organización territorial del Ministerio Fiscal al Estado de las Autonomías. La Junta de Fiscales Superiores de las CCAA, es un órgano colegiado de coordinación horizontal, y sumamente descentralizado, presidido por el FGE e integrado por el Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica que actúa como secretario y por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo. De acuerdo con el art. 16 del Estatuto, su función será asegurar la unidad y coordinación de la actuación y funcionamiento de las Fiscalías en todo el territorio nacional sin perjuicio de las competencias del Consejo Fiscal. A estas Juntas de Fiscales Superiores se incorporaran los Fiscales Jefes Provinciales de acuerdo con lo establecido en el art. 22.7 del EOMF. La ley anterior guardaba absoluto silencio sobre la relación existente entre el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia (Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, en la nueva redacción del Estatuto) y el Fiscal Jefe Provincial⁷¹⁴.

C. Las Juntas de Fiscalía.

La primera referencia a las Juntas de Funcionarios de la Carrera adscritos a un Tribunal o a una Fiscalía específica, quedó recogida en el art. 44 del Estatuto Fiscal de 1926, con el hecho significativo de estar incluido en el Título IV del citado Estatuto, encabezado con la rúbrica “De la Unidad y Dependencia del Ministerio Fiscal”. Se trataba por tanto de instituir, un uso surgido de la mera necesidad de cambiar impresiones sobre la marcha, necesidades o aspiraciones del quehacer diario de los funcionarios fiscales, donde planteaban sus dudas de técnica-jurídico-sustantivas o de procedimiento, a propósito de su labor o actuación profesional. La autoridad del Fiscal Jefe imponía el acuerdo finalmente resultante, salvo que la decisión de la mayoría adoptada en el seno de la “ocasional Junta” pusiera de manifiesto un acuerdo discrepante, en cuyo caso la última decisión recaería en el superior jerárquico de aquel⁷¹⁵.

⁷¹⁴ Augusto González Alonso, “ Aspectos administrativos ...”, Op.Cit. Pag.19. Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag507.

⁷¹⁵ Art. 44 del Estatuto Fiscal de 1926. Francisco Granados Calero, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit, Pag.116.

Posteriormente con el Reglamento Fiscal de 1969, se institucionalizan estas reuniones de Fiscales, presididas por el Fiscal Jefe respectivo, pasando a regularse en el art. 120 del citado Reglamento, tres clases de Juntas; a) - Las que celebraban en cada Fiscalía, bajo la presidencia de Jefe respectivo en la que se daba cuenta de la labor de cada funcionario y se discutían los casos dudosos. Estas reuniones se celebraban con una periodicidad semanal aunque también era posible celebrar Juntas extraordinarias ante casos de excepcional importancia o urgencia, a juicio del Fiscal Jefe. El propósito de estas reuniones era la unificación de prácticas en la Fiscalía en todo aquello que no estuviese legislado o reglamentado; b) - En el Tribunal Supremo, las Juntas de Fiscales Generales, presididas por el Presidente del citado Tribunal, todos los Fiscales Generales, el Inspector Fiscal Jefe y el Teniente Fiscal (como vicepresidente) atribuyéndose por el Estatuto a esta Junta una función asesora y consultiva señalándose explícitamente su carácter de “órgano consultivo”; c)- En la Fiscalía del Tribunal Supremo, se celebraban las Juntas de Fiscales adscritos a cada una de las Salas de lo civil, penal y social del Alto Tribunal, presididas por un Fiscal General, debiéndose reunir al menos una vez por semana⁷¹⁶.

En el Proyecto de Estatuto Orgánico de 1981, se elude cualquier referencia a la consideración de las Juntas como órgano del Ministerio Fiscal, se suprimen las Juntas de Fiscales Generales y en su lugar aparecen las Juntas de Fiscales de Sala que mantenía la estructura de aquellas, con la novedad de incluir en las mismas a todos los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo. También se mantiene en el citado Proyecto, la celebración de Juntas periódicas por los componentes de las Fiscalías del ámbito correspondiente, a fin de mantener la unidad de criterios, estudiar los asuntos de especial trascendencia y fijar posición en temas relativos a sus funciones. Todos los Grupos con representación en la Cámara, que participaron en el trámite de discusión y debate parlamentario, eran conscientes de la necesidad de mantener la celebración de Juntas, en cada una de las Fiscalías con todos sus componentes, y la importancia del reconocimiento del principio de dependencia jerárquica propio del Ministerio Fiscal. No obstante, los grupos de la oposición discrepaban en el punto relativo a la posible discrepancia surgida entre la mayoría de la Junta y el Fiscal Jefe, no bastando la decisión del superior jerárquico de aquel para establecer el criterio a seguir, sino que la decisión última proviniese del

⁷¹⁶ Art. 120 del Reglamento Fiscal de 1969. Francisco Granados Calero, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit, Pag.116.

Fiscal General del Estado, criterio este último que se mantuvo en parte, en la redacción definitiva del art. 24 del Estatuto, correspondiendo a aquel dirimir tales discrepancias oído el Consejo Fiscal o la Junta de Fiscales de Sala según su respectivo ámbito de competencias, en aquellos supuestos en que por su dificultad, generalidad o trascendencia pudiera resultar afectada la unidad del Ministerio Fiscal.⁷¹⁷ Por tanto las discrepancias serias que surjan en el seno de una Junta de Fiscalía, cualquiera que sea su ámbito territorial de actuación, por oposición a los criterios de su Fiscal Jefe, sean resueltas en este caso, por el único órgano de asistencia y asesoramiento que ha sido puesto al servicio de quien encarna la representación del Ministerio Fiscal⁷¹⁸.

Sin embargo, la escasa regulación sobre la constitución, funcionamiento y régimen de acuerdos de las Juntas de Fiscalía que contenía el originario art. 24 del Estatuto, fue suplida durante bastante tiempo por las previsiones de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/1987 y también por las reglas contenidas en el art. 120 del Reglamento Fiscal de 1969⁷¹⁹.

El originario art. 24 del Estatuto Fiscal, se limitaba a decir que en cada Fiscalía se debían celebrar periódicamente Juntas de todos sus componentes con el objetivo de mantener la unidad de criterio, estudiar los asuntos de especial trascendencia o complejidad y fijar posiciones respecto a temas relativos a su función⁷²⁰.

La instrucción nº1/1987 de 30 de enero desarrolla la norma estatutaria hasta tanto se publique el nuevo Reglamento del Ministerio Fiscal y declara además que las Juntas de Fiscalía son órganos esenciales para la unificación de criterios en el ámbito territorial que ocupan, y que en ellas se coordinan armónicamente el principio jerárquico, los planteamientos individuales y los métodos democráticos⁷²¹.

Con la reforma del EOMF introducida por la Ley de 27 de mayo de 2003 se abordó una regulación más minuciosa del papel de las citadas Juntas aunque en realidad, vino a recoger gran parte de lo previsto en la citada normativa⁷²², sobre todo lo regulado en la citada Instrucción⁷²³ cuyo contenido se recoge casi en su integridad en la redacción del

⁷¹⁷ Francisco Granados Calero, Loc.Cit.Pagg.120-121.

⁷¹⁸ *Ibidem*. Pag.121. Ignacio Flores Prada, Pag.660.Vid note de autor 1770.

⁷¹⁹ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.466.

⁷²⁰ Carolina Sanchis Crespo, “ La estructura Orgánica del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.95.

⁷²¹ *Ibidem*

⁷²² Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.467

⁷²³ Carolina Sanchis Crespo, Loc.Cit. Pagg. 95-96. La autora recoge el contenido de la Instrucción, en sus diferentes apartados. Así el apdo a) recoge las competencias de las Juntas; El apdo b) viene referido a los asistentes ; El apdo. c) distingue los tipos de Juntas, las ordinarias o extraordinarias, señalando al mismo

citado precepto regulándose en el mismo: a) el carácter ordinario o extraordinario de las Juntas, b) la periodicidad de su celebración, c) la fijación del orden del día, o el carácter obligatorio de asistencia a las mismas⁷²⁴, previéndose al mismo tiempo, la posibilidad de celebración de Juntas de Fiscales Jefes de Audiencias Provinciales cuando fueran convocadas por el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia para mantener la unidad de criterios o fijar posiciones en aquellos temas relacionados con sus funciones⁷²⁵.

El informe emitido por el Pleno del CGPJ de fecha 5 de noviembre de 2002⁷²⁶, con ocasión del Anteproyecto de Ley de reforma de la ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto del Ministerio Fiscal, en torno a las Juntas de Fiscales viene a decir que aquellas “ se erigen en órgano fundamental de coordinación, además de constituir el cauce de participación democrática de los Fiscales en las decisiones de la Jefatura,” como así lo expreso el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996. Además, a tenor de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de reforma, su importancia para el funcionamiento de la Institución no necesita ser destacada, definiéndola como un órgano fundamental cuyo ámbito funcional se edifica, entre otros principios, sobre el principio de unidad de actuación y el principio de jerarquía, pero en el que se hace necesario que el debate y el análisis ponderado de los distintos temas preceda a la toma de decisiones.

tiempo quien actúa como secretario de la Junta, el carácter de informe que adquieren los citados acuerdos, prevaleciendo después del libre debate el criterio del Fiscal Jefe, aunque en caso de discrepancia con la mayoría, se someterá la cuestión al superior jerárquico. La pendencia de la consulta no interrumpirá los plazos procesales; El apdo f) señala que los acuerdos de las Juntas se pondrán en conocimiento de las Asociaciones de Fiscales legalmente constituidas cuando fuesen solicitados por éstas.

⁷²⁴ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit. Pag.467.Las Juntas de Fiscales podrán ser ordinarias o extraordinarias. Las ordinarias se celebrarán al menos semestralmente. Su orden del día será fijado por el Fiscal Jefe, si bien deberán incluirse en el mismo, aquellos otros asuntos o temas que propongan por escrito y antes del comienzo de la Junta, un quinto, al menos, de los fiscales destinados en las Fiscalías. También podrá deliberarse, fuera del orden del día, sobre aquellos asuntos que proponga cualquiera de los asistentes a la Junta y el Fiscal Jefe acuerde someter a debate. Las Juntas extraordinarias se convocarán para debatir cuestiones que por su urgencia o complejidad se estime oportuno no relegar a la Junta ordinaria. La convocatoria, que expresará el orden del día deberá hacerla el Fiscal Jefe, bien por propia iniciativa, bien en virtud de moción suscrita por un tercio de los Fiscales destinados en la Fiscalía. La asistencia a las Juntas es obligatoria para todos los fiscales según su respectiva composición, salvo ausencia justificada apreciada por el Fiscal Jefe. Los fiscales sustitutos asistirán a las Juntas con voz pero sin voto, cuando sean convocados por el Fiscal Jefe.

⁷²⁵ *Ibidem*.

⁷²⁶ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal de fecha 5 de noviembre de 2002. Pag.26. (Informe disponible en la página web del Consejo General del Poder Judicial.

Por tanto, y de acuerdo con este Informe, la reforma del año 2003, pretendió abordar el papel de las Juntas de Fiscalía, dando cobertura legal a un funcionamiento de hecho que se había impuesto en la práctica.

A tenor del Informe emitido por el CGPJ al Anteproyecto de reforma del Estatuto, junto a las Juntas Generales y las Juntas de Fiscales de Sala que ya estaban previstas en el texto anterior a la citada reforma, el Anteproyecto contemplaba las siguientes Juntas; “a) Las Juntas de Sección que se celebran entre los Fiscales adscritos a las distintas Secciones que integran la Fiscalía del Tribunal Supremo y que están presididas por el Fiscal de Sala correspondiente; b) La Junta de Fiscales del Tribunal Supremo, presidida por el FGE quien podrá ser sustituido por el Teniente Fiscal del citado Tribunal; c). Las Juntas de Delegados de la Jefatura; sin perjuicio de las Juntas Generales de Fiscales, los fiscales jefes podrán convocar Juntas de Delegados de la Jefatura, con el fin de tratar cuestiones relativas a la coordinación y a la dirección de los distintos servicios sin que en ningún caso pueda sustituir a la Junta General. d) La Junta de Fiscales Jefes de las Fiscalías de las Audiencias Provinciales: los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia podrán convocar como superiores jerárquicos, Junta de Fiscales que integren a quienes desempeñen la jefatura de las Fiscalías de las Audiencias Provinciales en los respectivos ámbitos territoriales. La conveniencia de estas Juntas se pone de manifiesto en la medida en que hayan de tratarse materias relativas al derecho propio de la Comunidad de interés común. Asimismo, una eventual reforma de futuro que introduzca en el proceso penal una segunda instancia ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia hará necesaria a buen seguro, la coordinación de los Jefes de las Fiscalías de las Audiencias Provinciales. Sin embargo, el Anteproyecto no prevé en caso de discrepancia en estas nuevas “Juntas de Fiscalía Autonómicas”, que se someta al Fiscal General del Estado la cuestión y, consecuentemente carecen de un procedimiento de resolución que convendría establecer”⁷²⁷.

⁷²⁷ *Ibíd*em Pag. 27

La última reforma del EOMF propiciada por Ley 24/2007 de 9 de octubre, no introduce novedad en esta materia, tan solo cabe destacar la creación de las Juntas de Fiscales Superiores de las CCAA⁷²⁸, y Las Juntas Provinciales de Coordinación⁷²⁹. En líneas generales, podrían definirse como órganos colegiados, que surgen con nueva regulación, y que responden al objetivo de dar un despliegue territorial más eficiente, estableciendo mecanismos de coordinación horizontal, con órganos que se comportan como un vértice colegiado dentro de esa misma estructura, lográndose así una unidad de criterios en el seno del M.F⁷³⁰.

LANZAROTE MARTÍNEZ opina⁷³¹ en torno a la normativa vigente “el predominio absoluto del principio de jerarquía, frente al análisis y la decisión más ponderada y reflexiva de la mayor parte de los miembros de la Fiscalía, con lo que se deduce que quien unifica en realidad no es, al menos en determinadas materias, la Junta sino el Fiscal Jefe de la respectiva Fiscalía”.

Continúa afirmando el autor, que las Juntas de Fiscales podrían erigirse en eficaces contrapesos a la autoridad de los Fiscales Jefes, en materias especialmente sensibles, o en los que puedan verse comprometidos, aparentemente, los principios que rigen la actuación el Ministerio Fiscal. En cualquier caso, no se trataría de desconocer el principio de jerarquía ni tampoco supondría la creación de un sistema democrático de corte asambleario para la toma de decisiones que impediría el funcionamiento ágil y eficaz del órgano. De lo que se trata es de defender, en aras de una mayor autonomía del

⁷²⁸ Las Juntas de Fiscales Superiores de las CCAA, presididas por el FGE e integrada además de por los propios Fiscales Superiores, por el Teniente Fiscal del T.S y el Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica que actúa como secretario de la Junta que tendrá como principal función la de asegurar la unidad, la coordinación de la actuación y el funcionamiento de las Fiscalías en todo el Territorio del Estado, sin perjuicio de las competencias del Consejo Fiscal. En atención a los criterios a tratar podrá ser convocado a la Junta cualquier miembro del Ministerio Fiscal. Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.508. En opinión de Lanzarote Martínez, esta reunión periódica de Fiscales Superiores de las CCAA, contribuye a desdibujar el esquema de los órganos de asesoramiento del F.G.E, provocando una superposición funcional de competencias con otros órganos del Ministerio Fiscal (Consejo Fiscal). Está fue además la objeción manifestada por el CGPJ en su informe al Anteproyecto de reforma del EOMF, en el que dudaba de la procedencia de elevar dicha Junta al rango de órgano estable de apoyo al Fiscal General del Estado al plantear problemas de solapamiento competencial con el Consejo Fiscal. Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.468.

⁷²⁹ La Junta de Coordinación, se encuentra integrada por todos los Fiscales Jefes de Área, los Fiscales Decanos de la Fiscalía Provincial (Secciones Territoriales), el Tenientes Fiscal y presidida por el Fiscal Provincial, de acuerdo con el art. 22.10 del Estatuto. Con estas Juntas se intenta buscar la coordinación de criterios a nivel provincial. Tomás Bestarache Bengoa, Loc.Cit. Pag. 508.

⁷³⁰ *Ibidem*.

⁷³¹ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg.469-470.

Fiscal, una participación más activa de los miembros de la Junta, en la adopción de determinadas cuestiones o decisiones⁷³².

FLORES PRADA considera⁷³³, en torno a la importancia del elemento de colegialidad intrínseco a la propia existencia de las Juntas de Fiscalía, que es fundamental, en la toma de decisiones de la Institución, a la hora de fijar sus líneas de actuación, todo ello sin dejar de reconocer el papel de dirección que juegan las Jefaturas y la Fiscalía General del Estado, y sin perjuicio de que dichas Juntas de Fiscalía sean o no calificadas como órganos del Ministerio Fiscal. Afirma el autor, que la toma de decisiones en el Ministerio Fiscal está repartida en dos instancias o niveles, que correspondería en primer lugar a la Fiscalía General del Estado y en segundo lugar, a las Jefaturas de los distintos órganos que componen la Institución de acuerdo con el art. 25 del Estatuto. En ambos casos, y cuando se trata de adoptar medidas para mantener la unidad de criterios, ya sea a nivel institucional ya a nivel de cada órgano, el Estatuto ha optado no por un sistema colegiado sino más bien por un mecanismo que permite al Fiscal General o al Fiscal Jefe, ponderar la opinión de los funcionarios bajo su dirección, a la hora de fijar los criterios unitarios de actuación.

Señala además, que a pesar de que este sistema mantiene las facultades decisorias en el Fiscal Jefe, no cabe duda que funciona al menos consultivamente, un principio de reflexión colegiada que implícitamente y en determinadas materias obliga a razonar a la autoridad superior en caso de apartarse de la mayoría. Se trataría de un sistema de equilibrios interno destinados a contrarrestar y controlar la concentración de facultades decisorias en manos o bien del Fiscal Jefe o del Fiscal General del Estado⁷³⁴.

Aunque sería conveniente y haciendo referencia expresa al Consejo Fiscal⁷³⁵ como órgano colegiado de asesoramiento, que se extienda el carácter preceptivo de la consulta al citado órgano, en aquellas decisiones del Fiscal General del Estado destinadas a establecer criterios unitarios y las líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal, todo ello porque “la unidad colectivamente reflexionada” constituye un instrumento de extraordinaria utilidad a la hora de traducir las orientaciones generales para el ejercicio

⁷³² *Ibídem.*

⁷³³ Ignacio Flores Prada, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.708. Vid note de autor, 1900.

⁷³⁴ *Ibídem.*

⁷³⁵ En relación al Consejo Fiscal, la audiencia es preceptiva solo cuando se trata de elaborar los criterios generales en orden a asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en lo referente a la estructuración y funcionamiento de sus órganos (art. 14.1.a)

de la acción pública emanadas del Poder Ejecutivo, a los criterios y líneas concretas de actuación del Ministerio Fiscal en los distintos campos y materias⁷³⁶.

Dispone el artículo 24 del Estatuto, tras la reforma operada por Ley 24/2007 de 9 de octubre, que: *“Uno. Para mantener la unidad de criterios, estudiar los asuntos de especial trascendencia o complejidad o fijar posiciones respecto a temas relativos a su función, dada Fiscalía celebrará periódicamente juntas de todos sus componentes. A las Juntas de las Fiscalías especiales podrán ser convocados sus Fiscales Delegados. Los acuerdos de la mayoría tendrán carácter de informe, prevaleciendo después del libre debate el criterio del Fiscal Jefe. Sin embargo, si esta opinión fuese contraria a la manifestada por la mayoría de los asistentes, deberá someter ambas a su superior jerárquico. Hasta que se produzca el acuerdo del superior jerárquico, de requerirlo el tema debatido, el criterio del Fiscal Jefe gozará de ejecutividad en los extremos estrictamente necesarios”*.

Dos. (...) *Con la finalidad prevista en el número anterior, los Fiscales adscritos a las distintas secciones que integran la Fiscalía del Tribunal Supremo celebrarán Juntas de Sección, que estarán presididas por el Fiscal de Sala respectivo. En los casos en que el criterio del Fiscal Jefe fuera el contrario a la opinión mantenida por la mayoría de los integrantes de la Junta, resolverá el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal o la Junta de Fiscales de Sala según el ámbito propio de sus respectivas funciones”*.

Puede decirse en primer lugar, de acuerdo con lo expuesto, que el funcionamiento de las Juntas no afectará al cumplimiento de los plazos procesales, defendiendo el Ministerio Fiscal el criterio que se acuerde por el Fiscal Jefe, hasta que se produzca la decisión que pone fin a la discrepancia. Se aprecia además en la regulación del precepto, además de un régimen general, un régimen específico para la Fiscalía del Tribunal Supremo, que ya contemplaba el citado precepto estatutario antes de la reforma del año 2007⁷³⁷.

En lo que respecta a la constitución de las Juntas de Fiscalía, nada dice el Estatuto ni tampoco del Reglamento acerca de los requisitos para constituir válidamente una Junta aunque tanto el Estatuto como el Reglamento de 1969 hacen referencia a la asistencia de todos los miembros. La instrucción 1/ 1987 establece de forma más concreta, en su apartado I. b) que deberán asistir “todos los Fiscales de la Plantilla” excluyéndose

⁷³⁶ Ignacio Flores Prada, Loc.Cit. Pagg. 708-709.

⁷³⁷ Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, “El Principio de Dependencia Jerárquica...”, Op.Cit.Pag.601.

únicamente a aquellos que se lo impidan las necesidades del servicio. Incluso prevé que las Juntas se celebren en días y horas en que el servicio ordinario de la Fiscalía permita la máxima asistencia, de modo que puedan asistir “la totalidad o la mayor parte de los miembros de la Fiscalía”⁷³⁸.

Por tanto se hace una referencia no solo implícita sino expresa a la asistencia de al menos, la mayor parte de la plantilla, coincidiendo por tanto con las previsiones que para la válida constitución de los órganos colegiados se establece en el artículo 26.1 de la ley 30/92 de 26 de noviembre que exige la presencia del Presidente y el Secretario, o en su caso de quienes los sustituyan, y de la mitad al menos, de sus miembros. Por tanto se concluye, que el quórum mínimo para la válida constitución de una Junta de Fiscalía exige la presencia de al menos la mitad de los Fiscales de la plantilla, además del Fiscal Jefe y del Secretario o de quienes le sustituyan en su caso⁷³⁹.

La Junta será convocada por el Fiscal Jefe que la preside y dirige, deliberándose en ella los asuntos contenidos en el orden del día. No se establece la antelación con la que la Junta habrá de ser convocada pero en este caso, como bien argumenta COLMERENERO MENENDEZ, opera el sentido común de forma que habrá de serlo con el tiempo suficiente para que tenga conocimiento de ella todos los Fiscales de la plantilla. El orden del día será fijado por el Fiscal Jefe, aunque es posible incluir en el mismo (la Instrucción dice textualmente, deberán incluirse) los temas o asuntos que propongan por escrito y antes del comienzo de la Junta, al menos un quinto de los Fiscales destinados en la Fiscalía. También es posible extender la deliberación a aquellos asuntos que aunque no estén dentro del orden del día, sea propuesto por alguno de los asistentes, y el Fiscal Jefe acuerde someter a debate⁷⁴⁰.

Como quedó expuesto supra, tanto el Reglamento Fiscal de 1969 como la Instrucción 1/1987 aludían a las Juntas Ordinarias como a las Juntas Extraordinarias. Las primeras de ellas, se celebrarán periódicamente, cada semana, según disponía el Reglamento, aunque ni la Instrucción ni el Estatuto, antes de la reforma, hacían referencia alguna a la periodicidad de las mismas⁷⁴¹.

⁷³⁸ *Ibíd*em

⁷³⁹ *Ibíd*em. Pag.602.

⁷⁴⁰ *Ibíd*em.

⁷⁴¹ *Ibíd*em.

Con la reforma del 2007, el número 4º del artículo 24 EOMF establece lo siguiente: “Las Juntas de Fiscales podrán ser ordinarias o extraordinarias. Las ordinarias se celebrarán al menos semestralmente”.

Por la redacción del precepto podría deducirse que la periodicidad habrá de ser al menos semestral, es decir, como mínimo habrá de celebrarse una Junta cada seis meses, aunque nada impide, atendiendo al sentido de la frase, que ese plazo pudiera ajustarse a un plazo menor, respondiendo así a las propias características de cada Fiscalía. Lo que sí podría entenderse derogado es el plazo semanal de la norma reglamentaria, dado que el Estatuto, con la reforma del año 2007, ha previsto otro plazo distinto⁷⁴².

Las Juntas extraordinarias, según el párrafo segundo del art. 24.4 EOMF, “...Se convocarán para debatir cuestiones que por su urgencia o complejidad se estime oportuno no relegar a la Junta ordinaria. La convocatoria, que expresará el orden del día, deberá hacerla el Fiscal Jefe, bien por propia iniciativa, bien en virtud de moción suscrita por un tercio de los Fiscales destinados en la Fiscalía” Por tanto y tal como se manifiesta COLMENERO MENÉNDEZ, lo que caracteriza a las Juntas Extraordinarias es el objeto de las mismas, es decir que se trataría de temas o cuestiones que por su urgencia o complejidad no puede demorarse para ser tratado en una Junta ordinaria⁷⁴³.

En torno a la Fiscalía del Tribunal Supremo, el artículo 24.2 EOMF establece “ (...) Los Fiscales adscritos a las distintas secciones⁷⁴⁴ que integran la Fiscalía del Tribunal Supremo celebrarán Juntas de Sección, que estarán presididas por el Fiscal de Sala respectivo. En los casos en que el criterio del Fiscal Jefe fuera contrario a la opinión mantenida por la mayoría de los integrantes de la Junta, resolverá el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal o la Junta de Fiscales de Sala según el ámbito de sus respectivas funciones.”

Aquellas secciones de la Fiscalía del Tribunal Supremo cuya jefatura estuviera integrada por más de un Fiscal de Sala podrán celebrar Juntas que agrupen a los Fiscales distribuidos en las diferentes unidades organizativas que integran cada

⁷⁴² *Ibídem.*

⁷⁴³ *Ibídem.*

⁷⁴⁴ www.Fiscal.es. De forma paralela a la estructura del Tribunal Supremo, la Fiscalía del Tribunal Supremo se encuentra dividida en secciones que actúan ante las distintas Salas del Tribunal; Civil, Penal, Contencioso-Administrativo, Social y Militar. El Teniente Fiscal del Tribunal Supremo dirige y coordina por delegación del Fiscal General del Estado, la actividad ordinaria de esta Fiscalía. Está compuesta por los Fiscales de Sala y los Fiscales del Tribunal Supremo. Entre sus competencias, la más característica es el despacho de los recursos extraordinarios de Casación y Revisión contra sentencias dictadas en instancias inferiores.

sección. Sin embargo los asuntos de especial trascendencia o complejidad y aquellos que afecten a la unidad de criterio, habrán de ser debatidos en Junta de Sección que será presidida por el Fiscal de Sala más antiguo. A los efectos previstos en el párrafo primero de este apartado, bastará que la discrepancia respecto del criterio de la mayoría sea provocada por el parecer de uno solo de los Fiscales de Sala que integran cada Sección.”.

En lo que respecta al funcionamiento de las Juntas, éstas serán presididas y dirigidas, como ya se ha expuesto supra en esta sede, por el Fiscal General del Estado, si estamos ante la Fiscalía del Tribunal Supremo o por el Fiscal Jefe de cada Fiscalía, o por el Teniente Fiscal cuando proceda la sustitución actuando como Secretario el Fiscal más moderno de la plantilla⁷⁴⁵.

Los temas contenidos en el orden del día, establecido por el Fiscal Jefe, serán debatidos libremente. Al Fiscal Jefe le corresponde conceder la palabra en el debate así como retirarla a quien se exceda en su uso. Decide igualmente cuando un tema está suficientemente debatido ordenando el pase a la votación, si esta procede. Respecto a los temas o asuntos que habrán de llevarse a la Junta y someterse a votación, estima igualmente COLMENERO MENÉNDEZ, en consideración a las propias previsiones del artículo 24 EOMF, del Reglamento y de la Instrucción 1/1987, que habrán de referirse al mantenimiento de la unidad de criterio, que se refiera a asuntos de especial trascendencia o complejidad o a la fijación de posiciones respecto a temas relativos a la función fiscal. Por el contrario, no procederá votación alguna cuando se trate de otros asuntos y especialmente en aquellos supuestos en que la Junta deba ser oída, o recibir una comunicación⁷⁴⁶.

El secretario deberá levantar acta sucinta de lo debatido en la Junta, haciendo constar los acuerdos adoptados, el sentido de la intervención y el voto formulado cuando el Fiscal interesado así lo pida. Los acuerdos serán comunicados a las Asociaciones de Fiscales cuando los soliciten⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, “El principio de Dependencia Jerárquica...”, Op.Cit.

Pag.604.

⁷⁴⁶ *Ibidem*.

⁷⁴⁷ *Ibidem*. Pag.605.

Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos, según establece el propio art. 24. 1 en su párrafo segundo del EOMF, teniendo los citados acuerdos el carácter de informe. Según se deduce de la propia dicción de la norma estatutaria, dichos acuerdos carecerán de carácter vinculante al establecerse en el citado precepto, que prevalece el criterio del Fiscal Jefe, después del libre debate. Sigue disponiendo el citado artículo, en su párrafo segundo, que en el supuesto de discrepancia entre la mayoría de un grupo mayoritario de Fiscales y el criterio del Fiscal Jefe, tendrá que ser resuelta la cuestión, con la intervención del Superior Jerárquico que indudablemente habrá de ser el propio Fiscal General del Estado o bien el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma respectiva, ante una posible delegación para determinados asuntos a que se refiere la Instrucción 5/1989, de la Fiscalía General del Estado⁷⁴⁸.

También se prevé, en esa toma de decisiones por el Fiscal General del Estado, la intervención Consejo Fiscal o Junta de Fiscales de Sala, cuando se trate de la Fiscalía del Tribunal Supremo así como en aquellos supuestos planteados por cualquier Fiscalía, en que pudiera resultar afectada la unidad de criterio del Ministerio Fiscal por la generalidad, dificultad o trascendencia del asunto. Además habrá de añadirse, según COLMENERO MENÉNDEZ, aquel supuesto en que el Fiscal General del Estado o bien el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma en los casos que procedan, conozcan de las dos posiciones resultantes del debate de la Junta de Fiscalía correspondiente, y se inclinan por la posición defendida por la mayoría, contraria por tanto al parecer del Fiscal Jefe, lo que supondría para él una orden que habrá de tener eficacia en el ámbito de su responsabilidad como tal Fiscal Jefe. En estos casos y según considera igualmente COLMENERO MENÉNDEZ, parecería muy conveniente que el superior jerárquico oiga antes de adoptar su decisión final, a la Junta de Fiscalía, si se tratara del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma o a la Junta de Fiscales de Sala o del Consejo Fiscal si se trata del Fiscal General del Estado, aunque este planteamiento no viene exigido en el propio Estatuto Fiscal, parece que se acomoda mejor a los principios que regulan esta materia⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ *Ibíd.* Pagg. 605 y 606.

⁷⁴⁹ *Ibíd.* Pagg. 606 al 608.

La sumisión de la opinión al superior jerárquico o la intervención de otros órganos colegiados de superior nivel suponen una garantía más, acerca de la corrección de la decisión que finalmente se adopte, sin que venga a suponer una desaparición del principio de dependencia jerárquica, es decir prevalece o se impone la decisión del Jefe correspondiente o en otro caso de su superior jerárquico lo que finalmente vuelve a poner de manifiesto la eficacia de la dependencia. Pero las razones que se tengan para sostener la opinión habrán de ser públicas y razonadas y habrán sido sometidas al contraste interno de pareceres ⁷⁵⁰.

⁷⁵⁰ *Ibíd.* Pag.606.

TÍTULO TERCERO

DIMENSIÓN INTERNA DE LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA.

CAPÍTULO 1º. La Dependencia Jerárquica en el Ministerio Fiscal

Introducción.

El Principio de Dependencia Jerárquica que aparece regulado en el art. 124.2 de la Constitución es un principio de naturaleza constitucional, con un carácter instrumental respecto de los principios de legalidad e imparcialidad que tienen primacía respecto de aquellos. La dependencia jerárquica permite la unidad de actuación a través de la cual se consigue que la defensa imparcial de la legalidad tenga lugar en todo el territorio nacional de una manera uniforme⁷⁵¹. No obstante la primacía de los Principios de Legalidad e Imparcialidad, no significa que la interpretación de la legalidad que cada Fiscal pueda realizar de forma individual, pueda prevalecer sobre el principio de dependencia jerárquica, imponiendo su particular opinión sobre el criterio que procede del superior, concretado en la orden o instrucción, sino que la exigencia del respeto a la legalidad obliga a cada Fiscal, a cuestionar por los sistemas establecidos en el Estatuto, las órdenes o instrucciones que considere ilegales o improcedentes, y que habrá de hacer de forma razonada. Se excluye por tanto la obediencia ciega a órdenes o instrucciones manifiestamente ilegales, imponiéndose por tanto una obediencia crítica orientada a la defensa de la legalidad⁷⁵².

Del principio de dependencia jerárquica habría que decir que se trata de un principio de orden interno, regulador de las relaciones de disciplina de los funcionarios del Ministerio Fiscal y no de orden externo, que haga depender a la Institución de un Poder extraño, permitiendo en virtud del acatamiento de las decisiones superiores, mantener el principio de unidad de actuación. De acuerdo con lo establecido en la Constitución, la dependencia jerárquica afecta al modo de ejercicio de las funciones, por parte de los

⁷⁵¹ Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, “ Principio de Dependencia Jerárquica..” Op.Cit.Pagg.589-590. Art. 124.2 de la CE; “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”.

⁷⁵² *Ibidem*. Pagg. 591-592.

órganos propios del Ministerio Fiscal, y no a la dependencia de la Institución respecto de cualquier otro Poder⁷⁵³. Por tanto y como premisa fundamental podría concluirse, que su vigencia constitucional nos informa de que estamos en presencia de una Institución jerarquizada, de modo que los superiores tienen potestad de dirección y disciplina sobre los inferiores⁷⁵⁴.

En torno a este principio existen varias interpretaciones, aunque la tesis más acorde con la tradición del Ministerio Fiscal, concluye que todos los individuos que integran el Ministerio Fiscal dependen del Fiscal General del Estado, a través de sus jefes respectivos y comporta a su vez, una serie de poderes de dirección y mando como por ejemplo resolver consultas, establecer directrices genéricas (circulares) o específicas (órdenes, instrucciones), sustituir a un Fiscal actuante por otro, resolver eventuales conflictos de competencias entre Fiscales, modificar o anular los criterios de competencia de los órganos inferiores, etc.⁷⁵⁵.

El principio de dependencia jerárquica siempre ha sido muy discutido dentro de la doctrina, y para comprender el sentido de la crítica es necesario distinguir dentro de él, dos dimensiones: la dependencia interna y la dependencia externa. Pero es realmente su dimensión externa, es decir la dependencia de la Institución del Gobierno a través de la figura del Fiscal General del Estado, donde se centra el debate. El principio de dependencia jerárquica es ante todo, un sometimiento a los órganos internos jerárquicamente estructurados del Ministerio Fiscal, pero no a órganos extraños que puedan hacer cuestionar la imparcialidad de esta Institución⁷⁵⁶.

En relación a este principio, resulta de interés las reflexiones que hiciera el profesor MARCHENA GÓMEZ, con ocasión de la creación de auténticas estructuras orgánicas comunitarias, en el seno del Ministerio Fiscal, en la última reforma del Estatuto Fiscal del año 2007. Así, dentro del citado contexto argumentaba "...La dependencia jerárquica ha de ser entendida, claro es, no respecto del Gobierno, sino como un principio intra- orgánico que cohesiona a los Fiscales y les obliga a acatar las decisiones de su Jefatura. Su significado y existencia nada tienen que ver con una visión más o menos autoritaria impuesta por uno u otro Fiscal General. Antes al contrario, representa un instrumento indispensable para la seguridad jurídica. La defensa de la legalidad no

⁷⁵³Candido Conde Pumpido Ferreiro, "El Ministerio Fiscal en la Constitución...", Op.Cit. Pag 593.

⁷⁵⁴ Miguel Comenero Menéndez de Luarda, Loc. Cit.

⁷⁵⁵ Ibídem. Pag.594.

⁷⁵⁶ Javier Tajadura Tejada, " Cortes Generales y Ministerio Fiscal...", Op.Cit.Pag.34.

puede quedar en manos de una organización en horizontal, de corte asambleario, en la que cada funcionario a título individual, aporta su propia visión de las cosas”⁷⁵⁷

El art. 124 de la Constitución, en su apartado primero, cuando menciona el principio de dependencia jerárquica está haciendo referencia únicamente a la dimensión interna del principio lo cual conduce a la subordinación directa o indirecta de todos los funcionarios del Ministerio Fiscal respecto del Fiscal General del Estado. A él corresponde impartir “...las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos...” (Art 25) EOMF⁷⁵⁸.

El principio de dependencia jerárquica se concreta en otros preceptos del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981. Así el art. 22, en su apartado segundo, establece que el “*El Fiscal General del Estado ostenta la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio*”. A él, corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general la dirección e inspección del Ministerio Fiscal”. El apartado quinto del mismo artículo 22 dispone que “*El Fiscal Jefe de cada órgano ejercerá la dirección de éste y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado*”⁷⁵⁹.

A. Facultades de los Fiscales Jefes.

La organización jerarquizada del Ministerio Fiscal a la que alude el art. 32 del Estatuto Fiscal según el cual “*La Carrera Fiscal está integrada por las diversas categorías de Fiscales que forman un Cuerpo único, organizado jerárquicamente*”, se pone de relieve en la regulación de las facultades del Fiscal General del Estado respecto de toda la Institución, facultades que son prácticamente las mismas que las que corresponden a los Fiscales Jefes respecto de las Fiscalías en las que ejercen su labor de jefatura.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ Manuel Marchena Gómez, ¿ Un Ministerio Fiscal Independiente...? Apuntes Críticos...”,

Op.Cit.Pag.941.

⁷⁵⁸ Ibídem.

⁷⁵⁹ Javier Tajadura Tejada, “ Cortes Generales y Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.33.

⁷⁶⁰ Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar, “ El Principio de Dependencia jerárquica...”, Op.Cit.Pag.594.

Conviene por tanto hacer referencia a las **facultades del FGE**, estableciendo el art. 22 del EOMF, que “*ostenta la Jefatura superior del Ministerio Fiscal*”. Habrá de señalarse que es el Jefe directo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, cuya Junta de Fiscalía preside y le corresponde además la dirección de las Fiscalías ante el Tribunal Constitucional, Antidroga y Anticorrupción. Preside asimismo, las reuniones del Consejo fiscal y de la Junta de Fiscales de Sala⁷⁶¹.

Diversos artículos del EOMF como el art. 22, párrafo 2º; art.25; art.26 y art.27 del citado Estatuto, aluden a las órdenes e instrucciones, que en el ejercicio de la potestad de dirección, imparte el Fiscal General del Estado a los miembros del Ministerio Fiscal. Por tanto y de acuerdo con el artículo 22 y 25 del Estatuto, corresponde al Fiscal General del Estado, y a los Fiscales Jefes, impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones tanto referidas a cuestiones de carácter general como a asuntos específicos. El Fiscal General del Estado imparte sus órdenes o instrucciones a través de sus superiores jerárquicos o directamente en casos de urgencia comunicándolo entonces al respectivo Fiscal Jefe⁷⁶².

Respecto a esta terminología, surge la duda de si se refiere a dos realidades diferentes o si por el contrario, se utilizan indistintamente ambas expresiones⁷⁶³. Según se desprende del libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996⁷⁶⁴, **la orden** consiste en un mandato dirigido a un Fiscal en particular que obliga de inmediato a un determinado comportamiento. Añade además, que cuando la orden se refiera a la adopción por el Fiscal que la recibe, de una determinada conducta procesal, parece razonable que dicha orden conste por escrito, para que quede constancia suficiente del fundamento y alcance de la orden dictada. Carácter distinto presentan **las instrucciones**, que vienen referidas a asuntos generales o particulares, y que contienen rasgos de fijación de criterios para orientar la actuación del Ministerio Fiscal que obviamente también generan el deber de obediencia si bien su cumplimiento deberá adecuarse a la actuación autónoma de cada Fiscal, en cada uno de los procesos o asuntos en los que interviene. Su obligatoriedad es más matizada por lo que su incumplimiento no genera responsabilidad disciplinaria⁷⁶⁵.

⁷⁶¹ *Ibidem*. Pag. 595.

⁷⁶² *Ibidem*. Pag.608.

⁷⁶³ *Ibidem*.

⁷⁶⁴ El Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e interior, Pag.35

⁷⁶⁵ *Ibidem*.

Pero además de las órdenes e instrucciones como manifestación de la facultad directiva de la Jefatura, los Jefes pueden llevar a cabo **observaciones orales o verbales**, que a diferencia de las órdenes tienen un carácter más indicativo que obligatorio, pero no obstante su incumplimiento genera igualmente responsabilidad disciplinaria como falta grave o muy grave dependiendo de la trascendencia de la materia objeto de la observación⁷⁶⁶.

En relación a las observaciones verbales, dado su carácter oral difícilmente contrastable, sería conveniente, máxime la responsabilidad disciplinaria que deriva de su incumplimiento, que se documentaran por escrito, de forma motivada y además adquiriera la forma de una orden, sobre todo cuando versan sobre asuntos de especial naturaleza, trascendencia o gravedad⁷⁶⁷.

Las instrucciones de carácter general, que se dirigen a todos los Fiscales, se concretan en **Instrucciones, Circulares y Consultas de la Fiscalía General del Estado**, mientras que **las instrucciones u órdenes concretas, dirigidas a cada Fiscal**, siguen un camino distinto, donde aparece un contacto más directo con el superior jerárquico que es quien da la orden o instrucción, aunque según dispone el propio Estatuto y de acuerdo con las potestades del Fiscal General del Estado, éste podrá llamar a su presencia a cualquier Fiscal para recibir directamente del mismo los informes que procedan e impartirle igualmente las instrucciones oportunas, aunque en este caso, el contenido de la instrucción se trasladará al Fiscal Jefe respectivo.⁷⁶⁸

Para entender mejor lo expuesto tenemos que partir de una premisa fundamental como es que el Ministerio Fiscal se asienta sobre un principio de naturaleza constitucional como es el de unidad de actuación, que a su vez se articula a través de dos mecanismos; uno sería el debate y el consenso a través de las Juntas de Fiscalía, y otro de carácter jerárquico, como son las instrucciones y las circulares. Las primeras pueden ser impartidas por el Fiscal General del Estado a todos sus subordinados y pueden tener carácter general, como ir referidas a asuntos específicos tal como recoge el artículo 25 en su párrafo primero del EOMF⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ *Ibidem*. Pagg. 35-36

⁷⁶⁷ *Ibidem*.

⁷⁶⁸ Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, “El principio de Dependencia Jerárquica...”, *Op.Cit.Pag.596*.

⁷⁶⁹ Cándido Conde Pumpido, “El Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.Pag.132*.

Las instrucciones de carácter general suelen adquirir la forma de circulares que tanto pueden referirse a la interpretación de las normas como a la estructuración del servicio. Las Consultas resueltas por el Fiscal General del Estado, tienen un carácter mixto, pues aunque resuelven cuestiones concretas planteadas por un Fiscal determinado, esa resolución sienta doctrina general, que obliga a todos los Fiscales⁷⁷⁰.

De hecho las Circulares, Instrucciones y Consultas de la Fiscalía General del Estado, constituyen un cuerpo de doctrina que, aunque destinada a imponer la unidad de actuación de los Fiscales, por la seriedad y estudio de sus argumentos es tomado en consideración por los intérpretes y los propios organismos judiciales, aunque evidentemente sólo vincule a los miembros del Ministerio Fiscal.⁷⁷¹

Estas mismas facultades de impartir instrucciones generales o particulares tienen los Fiscales Jefes de cada órgano respecto de aquellos Fiscales que le están subordinados de acuerdo con el artículo 25, párrafo tercero del EOMF.⁷⁷²

El mecanismo colectivo de formación de la unidad de actuación se articula a través de las Juntas. Cuando se trata de las Instrucciones, Circulares y Consultas del propio Fiscal General del Estado, sería la Junta de Fiscales de Sala la que interviene disponiendo al efecto el artículo 15 del Estatuto en su último párrafo, que la Junta asiste al Fiscal General del Estado en materia doctrinal y técnica, en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal, la resolución de consultas, elaboración de las memorias y circulares, preparación de proyectos e informes que deban ser elevados al Gobierno y cualesquiera otras, de naturaleza análoga que el Fiscal General del Estado, estime procedente someter a su conocimiento y estudio⁷⁷³.

Resulta de interés las normas contenidas en el Estatuto referidas a **asuntos concretos o determinados**, respecto de los cuales el Fiscal General del Estado, podrá designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto específico, y aunque deberá hacerse un uso moderado de esta facultad, como medida excepcional que es en sí misma, las peculiaridades del asunto en cuestión, podrían hacer aconsejable la designación de un Fiscal especial para que intervenga en todas las incidencias del mismo, y que puede ser distinto del Fiscal que corresponda por razones de destino y de trabajo. El Estatuto exige la audiencia previa al Consejo Fiscal, pero sólo a efectos

⁷⁷⁰ *Ibíd.* Pag. 133.

⁷⁷¹ *Ibíd.*

⁷⁷² *Ibíd.*

⁷⁷³ Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.133.

consultivos, puesto que no se establecen límites a la decisión del Fiscal General del Estado.⁷⁷⁴

Cuestión también importante es la relativa a la sustitución de un Fiscal por otro. El Estatuto dispone en su art. 23 que la sustitución se efectúe por “su superior jerárquico inmediato”, lo cual cuestiona la posibilidad de que sea el propio Fiscal General del Estado quien pueda acordar esa sustitución, fuera de aquellos casos en que el Fiscal sustituido sea su inmediato inferior, como sucede con la Fiscalía del Tribunal Supremo cuya Jefatura directa la ostente el Fiscal General del Estado. Por tanto es dudoso que la sustitución se pueda efectuar por esta vía, cuando se trate de las Fiscalías ante el Tribunal Constitucional, Antidroga y Anticorrupción, puesto que aunque funcionan bajo la dirección del Fiscal General del Estado, todas ellas disponen de un Fiscal Jefe que será el Fiscal de Sala que desempeña las funciones propias del Jefe. Muchas más dudas ofrece el supuesto de que sea el propio Fiscal General del Estado, quien disponga la sustitución de un Fiscal de un Tribunal Superior de Justicia o de una Audiencia Provincial sin la intervención de su Fiscal Jefe respectivo. En cualquier caso, solo es posible acudir al mecanismo de la sustitución cuando existan razones fundadas que lo aconsejen y además deberá comunicarse al Consejo Fiscal⁷⁷⁵.

Dispone el art. 25 del EOMF, que los miembros del Ministerio Fiscal tienen el deber de comunicar al Fiscal General del Estado, a través de la Jefatura, aquellos hechos que por su especial trascendencia o importancia deban ser puestos en su conocimiento aunque en casos de urgencia puede hacerse directamente. Por tanto, este deber del Fiscal, inocuo en apariencia, permite al Fiscal General del Estado, a partir del conocimiento concreto de un asunto, dictar las instrucciones pertinentes o bien disponer a un Fiscal para el mismo. No constan criterios para determinar cuando un asunto es importante o trascendente pero parece que debe limitarse, al menos en el ámbito penal, a procedimientos penales o diligencias de investigación de relevancia inusual por razón de la gravedad del delito y la pena que le corresponda, por la concurrencia de circunstancias de excepción en el imputado, particularmente si se trata de personas aforadas y en general cuando se trate de hechos que causan una gran inquietud y perturbación en la sociedad y en la opinión pública.⁷⁷⁶

⁷⁷⁴ Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, “El Principio de dependencia Jerárquica...”, Op.Cit.Pag.596.

⁷⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁷⁶ Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996, Op.cit.Pag.38.

En materia disciplinaria, corresponde al Fiscal General del Estado, imponer sanciones hasta la de suspensión de empleo y sueldo así como proponer al Ministro de Justicia la de separación del Servicio, previo informe del Consejo Fiscal.⁷⁷⁷

Con la última reforma estatutaria del año 2007, se ha reforzado la cadena jerárquica del Ministerio Fiscal, al disponer que los **Fiscales Jefes de las Fiscalías de Área**⁷⁷⁸, que es un nuevo órgano surgido a raíz de la citada reforma, (art. 12.m EOMF), aparecen subordinados jerárquicamente a los Fiscales Jefes Provinciales y estos últimos, a los Fiscales Superiores de la Comunidad Autónoma quienes ejercerán respecto de aquellos las facultades reconocidas expresamente en el art. 25 del EOMF, donde se contiene toda la potestad de mando en todo análoga, a la que asume el propio FGE para todo el territorio nacional, y que ejercerá respecto de los Fiscales Jefes del ámbito territorial de la CCAA, y ambos a su vez, respecto a los miembros del Ministerio Fiscal que le estén subordinados⁷⁷⁹.

Ya se ha comentado en esta sede, la aparición de las nuevas Fiscalías de las CCAA con una estructura análoga a la Fiscalía General del Estado, que se encuentran dirigidas por el **Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma** y que vienen a suponer la desaparición de los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia, asumiendo la máxima representación y dirección del Ministerio Público en dicho territorio (art. 22.4 EOMF) así como las competencias de los arts. 21, 25 y 26 del EOMF. En líneas generales, serán todas aquellas competencias que posee un superior jerárquico de una estructura unitaria como son los órganos del Ministerio Fiscal y el Ministerio Fiscal en sí mismo. Entre las más destacadas se pueden citar, las propuestas de nombramiento así como la impartición de instrucciones. También tienen competencia inspectora ordinaria de acuerdo con el art. 13.2 EOMF⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, Loc.Cit.

⁷⁷⁸ **Las Fiscalías de Área** (art. 12.m) se establece en aquellos lugares que sin ser capital de provincia, presenten aglomeraciones importantes de población. Existirán siempre que las Audiencias Provinciales desplacen Secciones Judiciales de modo estable (art. 18.4, parr.1º del EOMF). Son órganos diferenciados y autónomos de las Fiscalías provinciales con su propio **Fiscal jefe** que estará subordinado al Fiscal Provincial e integrado en la Junta de Coordinación. Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag. 509.

⁷⁷⁹ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.440.

⁷⁸⁰ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.507.

Al igual que debe hacer el FGE, el Fiscal Jefe de la Comunidad Autónoma deberá remitir una copia de su Memoria Anual- presentada al Fiscal General del Estado- a la Asamblea Legislativa, al Gobierno y al Consejo de Justicia de la Comunidad Autónoma- allí donde lo hubiera- estableciéndose una relación de colaboración análoga a la que se establece entre las Cortes Generales y el FGE, en el art. 10 EOMF, (art.11.2 EOMF). Se establece además en el art. 22.7 del EOMF, la relación jerárquica existente entre el Fiscal Jefe de la CCAA y los Fiscales Jefes Provinciales (variando así la situación anterior) a los que integra en la nueva Junta de Fiscales Jefes de Comunidad Autónoma, presidiendo la citada Junta, que se crea con esta última reforma del Estatuto⁷⁸¹.

Por tanto y sumariamente, los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, asumen dentro de su ámbito territorial y respecto a sus fiscales, una relación y unas facultades, en todo análogas a las que asume el Fiscal General del Estado para todo el territorio nacional, de acuerdo con el art. 25.3 del EOMF. Por tanto, tienen la capacidad de proponer al FGE la remoción de los Fiscales Jefes de su territorio, al igual que el FGE puede proponer al Gobierno la remoción de los fiscales del territorio nacional (art. 41.5 EOMF)⁷⁸²

El nombramiento del Fiscal Superior de la CCAA es también análogo al del FGE puesto que el Consejo de Justicia deberá emitir un informe sobre el mismo, debiendo de comparecer ante la Asamblea Legislativa, a los efectos de que pueda valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto si así lo dispone el Estatuto de Autonomía correspondiente (art. 36.1 EOMF)⁷⁸³

Al hilo de lo expuesto, MARCHENA GÓMEZ sostiene que los Fiscales de las Comunidades Autónomas "...es una especie de Fiscal General del Estado en pequeño". Considera al respecto, "que incrustar en el organigrama del Ministerio Público, órganos autonómicos desvinculados de la cadena de subordinación jerárquica respecto de un único Fiscal General del Estado, puede suponer un grave error. La salvaguarda de la Legalidad, entendida ésta en un sentido dinámico, ajena a cualquier idea de puro conservadurismo jurídico, no puede fragmentarse, haciéndose descansar en

⁷⁸¹ *Ibidem*.

⁷⁸² *Ibidem*. El art. 41.5 EOMF dice; "...los Fiscales Jefes de los respectivos órganos y los Tenientes Fiscales del apartado 3º de este art. podrán ser removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado ...

⁷⁸³ *Ibidem*.

Fiscales designados por el poder político autonómico y ante el que habrían de responder de sus actos. Erigir en la estructura del Ministerio Fiscal un escalón representado por los Fiscales de las Autonomías, supondrá la debilitación del principio de dependencia jerárquica y con ello, la imposibilidad de garantizar la unidad de actuación”⁷⁸⁴

LANZAROTE MARTÍNEZ también considera que la creación de un Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma es una peligrosa tendencia hacia una progresiva federalización del Ministerio Público y con ello una fragmentación de la Institución, de consecuencias imprevisibles para el principio de unidad de actuación, en la línea propuesta por los proyectos de reforma de algunos Estatuto Autonómicos como el del País Vasco, Cataluña, Andalucía y Galicia⁷⁸⁵.

Sin embargo BESTARRECHE BENGEOA, afirma que lo que se ha creado son verdaderas estructuras orgánicas autonómicas en el seno del Ministerio Fiscal que si bien establecen una auténtica relación horizontal entre ellas, se mantiene la relación jerárquica con la Fiscalía General del Estado, que no ha variado un ápice con respecto a la relación que guardaban con las anteriores y derogadas Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia. Estima además, que se ha producido un reforzamiento del principio de jerarquía y unidad, dentro de la estructura interna del ámbito de la Comunidad autónoma⁷⁸⁶.

Por lo demás y con carácter general, las facultades que corresponden a los Fiscales Jefes son similares a las propias del Fiscal General del Estado, aunque limitadas al territorio que corresponde a la Fiscalía en la que ejercen su jefatura aunque con algunas peculiaridades. Inicialmente, el Estatuto establece que al Fiscal Jefe de cada órgano le corresponderá ejercer la dirección y jefatura del mismo, actuando siempre en representación del Ministerio Fiscal, bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado, de acuerdo con el artículo 22.5 del EOMF. Y derivadas de su posición de dirección y jefatura, le corresponden las facultades enumeradas en el artículo anterior, destacando entre ellas, la organización de los servicios, y la distribución de trabajo entre los Fiscales de la plantilla, oída la Junta de Fiscalía. La distribución habrá de ser equitativa y en el supuesto de que algún fiscal se sienta

⁷⁸⁴ Manuel Marchena Gómez, “ Un Fiscal General Independiente...? Apuntes críticos...”, Op.Cit.Pag.941.

⁷⁸⁵ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.442. Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit.

⁷⁸⁶ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag.506.

agraviado, el Reglamento Orgánico de 1969 en su artículo 110, permite que la posibilidad de exponer al Fiscal Jefe las observaciones fundadas quien después de examinarlas y oír en su caso a la Junta, debería dar traslado al Consejo Fiscal a los efectos de modificar las reglas relativas a la distribución del trabajo, y acordar lo que estime pertinente. Esta previsión estatutaria en tanto no se opone a los principios recogidos en el Estatuto Fiscal de 1981, y a pesar de que no se contemple en el mismo, no hay obstáculo a estimar su vigencia en tanto el Reglamento Fiscal de 1969 no ha sido expresamente derogado⁷⁸⁷.

Igualmente y por analogía con las facultades del FGE, corresponde a los Fiscales Jefes, impartir órdenes e instrucciones a sus subordinados, que pueden referirse tanto al ejercicio de las funciones como a la organización de los servicios, pudiendo ser tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos, de acuerdo con el art. 25.3 EOMF. Las facultades de dirección, en opinión de LANZAROTE MARTÍNEZ habría de ejercerse con la máxima transparencia y publicidad, sobre todo cuando se trata de órdenes que van referidas a asuntos concretos, exigiéndose su curso por escrito, o la audiencia de la Junta de Fiscalía, todo ello en garantía de la libertad de actuación y autonomía personal de los funcionarios del Ministerio Fiscal, evitándose así cualquier injerencia a ellos ajena que pudiera resultar inadecuada⁷⁸⁸.

El Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996, contemplaba como reforma urgente, bien a través de una reforma del Estatuto o bien en el nuevo Reglamento Orgánico, el establecimiento de las facultades de dirección y gobierno de los Fiscales Jefes y que los miembros del Ministerio Fiscal conozcan con exactitud el marco de su estatuto profesional excesivamente dependiente en la actualidad de la discrecionalidad de las Jefaturas⁷⁸⁹.

A los Fiscales Jefes, dentro **sus competencias en materia de nombramientos**, les corresponde las **de proponer** para determinados **destinos en las Fiscalías Territoriales, a los Fiscales Decanos de las Secciones Territoriales y Funcionales, donde éstas existan, para su designación por el Fiscal General del Estado**. Conviene precisar, que con la reforma operada en el año 2007, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal prevé en el art. 18. 4º parr.2, las denominadas **Secciones Territoriales** que se

⁷⁸⁷ . Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar, “ El principio de dependencia Jerárquica...”, Op.Cit.Pag.598.

⁷⁸⁸ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.444.

⁷⁸⁹ Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996, Op.Cit.Pag. 34.

integran en la Fiscalías Provinciales a efectos orgánicos y jerárquicos y existirán allí donde no se den las condiciones para el establecimiento de una Fiscalía de Área, pero que por motivos de lejanía o de algún otro tipo, se requiera la presencia de una fiscalía estable. **La dirigirá un Fiscal Decano por delegación del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y estarán también subordinados al Fiscal Jefe Provincial (art. 22.9 EOMF).** Serán nombrados y cesados mediante resolución del Fiscal General del Estado a propuesta motivada del Fiscal Jefe respectivo (art. 36.4 EOMF)⁷⁹⁰.

Los Fiscales Jefes de las Fiscalías de Área son igualmente designados y relevados libremente por el Fiscal General del Estado a propuesta del Fiscal Jefe correspondiente (art. 41.3 y 36.1 último párrafo EOMF)⁷⁹¹. Los Fiscales Jefes también se encargan de la designación de quien haya de sustituir al Fiscal Jefe de la Fiscalía de Área en supuestos de ausencia, vacante o imposibilidad (art. 22.8 EOMF). **Las Fiscalías de Área (art. 12.m) son una de las novedades más destacables en materia de organización territorial del Ministerio Fiscal, introducida por la Ley 24/2007 de 9 de octubre, surgiendo como nuevo órgano de la Institución.** Se establecerán en lugares que sin ser capital de provincia, presenten aglomeraciones importantes de población. Existirán siempre que las Audiencias Provinciales desplacen Secciones judiciales de modo estable (art. 18.4, párrafo 1º EOMF). Son órganos diferenciados y autónomos de las Fiscalías Provinciales, con su propio Fiscal Jefe que estará subordinado al Fiscal Jefe Provincial (art. 22.8 EOMF) e integrado en la Junta de Coordinación⁷⁹².

Tanto las Fiscalías de Área como las Secciones Territoriales integradas en la Fiscalía Provincial, se crean como estructuras cercanas a los órganos jurisdiccionales no radicados en capitales de provincia, poniéndose así la vista en el futuro, en el que pueda producirse la asunción por el Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación penal⁷⁹³.

⁷⁹⁰ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.445. Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag.509.

⁷⁹¹ Manuel Marchena Gómez, “ ¿ Un Fiscal General Independiente...? Apuntes críticos...”, Op.Cit.Pag.945.

⁷⁹² Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag.509.

⁷⁹³ *Ibidem*.

Las Comunidades Autónomas y las Fiscalías Provinciales contarán con las denominadas **Secciones Especializadas** (art.18.3 y ss EOMF) a cuyo frente se encuentran los **Fiscales Decanos** que como ya se ha indicado supra en esta sede, son designados y relevados libremente por el Fiscal General del Estado a propuesta del Fiscal Jefe correspondiente⁷⁹⁴. Estas **Secciones Especializadas** suponen la introducción del principio de especialización en lo más profundo de la Organización Fiscal, aunque se trata de una respuesta legal a algo que ya existía de facto, en muchas Fiscalías. Es importante constatar, cómo se ha creado un auténtico esqueleto organizativo en el que estos **fiscales especialistas** se coordinan verticalmente y unifican criterios con el **Fiscal de Sala Delegado de la Fiscalía Especial**, quien en el ámbito estricto de su competencia podrá dar instrucciones, aunque depende jerárquicamente de su Fiscal Jefe respectivo, es decir el Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial según establece el art. 19.5º párrafo 2º EOMF. Se prevén, entre otras, la Sección de Menores (obligatoria), Violencia sobre la Mujer, en su caso, Seguridad Vial, Siniestralidad laboral y Medio Ambiente. Cuando en la Fiscalía territorial exista una Sección especializada, cuyo ámbito de actuación coincida total o parcialmente con la materia para la que es competente la Fiscalía Especial, el Fiscal Delegado se integrará en dicha Sección (art. 19.5 EOMF)⁷⁹⁵.

Los Fiscales Jefes también ostentan la facultad de sustituir a un Fiscal por otro, en cualquier momento del proceso o de la actividad que realice en cumplimiento de sus funciones, **siempre que concurren razones fundadas que así lo aconsejen**. En estos casos **el Fiscal Jefe deberá comunicarlo al Consejo Fiscal**, exigiéndose resolución motivada, de acuerdo con la nueva redacción del art. 23 EOMF⁷⁹⁶.

Al igual que ocurre con el Fiscal General, **los Fiscales Jefes podrán designar a un Fiscal para un asunto determinado**. En el caso del Fiscal General del Estado, éste debía oír previamente al Consejo Fiscal. **Los Fiscales Jefes, en estos supuestos, deberán comunicarlo al Consejo Fiscal, además de ser necesaria una resolución motivada**, tras la última reforma, que da nueva redacción al art. 23 EOMF.⁷⁹⁷ No obstante, no parece correcto acudir a este mecanismo de la designación, cuando

⁷⁹⁴ Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit.

⁷⁹⁵ Tomás Bestarache Bengoa, Loc.Cit.Pag.504.

⁷⁹⁶ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.449.

⁷⁹⁷ *Ibidem*.

implique la sustitución de un Fiscal que ya estuviera ocupándose del asunto, puesto que en este caso se trataría de una sustitución⁷⁹⁸.

Dentro de las facultades de los Fiscales Jefes se encuentra la de avocar para sí, cualquier asunto del que un Fiscal inferior inmediato suyo conozca en virtud del reparto de trabajo. En términos generales, los Fiscales Jefes deben figurar con la carga de trabajo necesaria, participando así del funcionamiento de la Fiscalía así como del nivel adecuado que le permita el desempeño de las obligaciones propias de la Jefatura. Por tanto ha de atender a las exigencias derivadas de la dirección y jefatura de la Fiscalía respectiva y además habrá de participar en el despacho de asuntos y en la asistencia a juicios y vista en la medida en que se lo permitan las características de la Fiscalía en concreto. Y en este sentido, el Reglamento Fiscal de 1969 contemplaba entre sus disposiciones, una previsión relativa a la alteración del reparto de trabajo en atención a la trascendencia de determinados asuntos, estableciendo que debían ser despachados por el Fiscal Jefe⁷⁹⁹.

De esta forma **la avocación de procedimientos** se contemplaba en el art. 109 del Reglamento Fiscal de 1969, según el cual los Fiscales Jefes deben despachar personalmente las causas criminales y asistir a los juicios de mayor importancia, estableciendo como criterios para su determinación, la gravedad de la pena, la alarma social, la calidad de las personas que aparezcan como sujetos activos o pasivos, la trascendencia para el orden público o el peligro personal que pueda representar la intervención⁸⁰⁰.

También en materia civil, el Reglamento atiende a la extraordinaria cuantía de los intereses que se ventilen en los asuntos o a cualquiera otra circunstancia. Por tanto y según se desprende de esta disposición, se deja en manos del Fiscal Jefe, la apreciación de cuando un asunto reviste las características necesarias para ser comprendido en estos casos. De hecho, se está atribuyendo la posibilidad de asumir personalmente cualquier asunto lo que en el fondo no deja de constituir una designación o una sustitución, en este caso a favor del propio Fiscal Jefe⁸⁰¹.

⁷⁹⁸ Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, “ El Principio de dependencia jerárquica..”, Op.Cit.Pag.598.

⁷⁹⁹ *Ibidem*. Pag.599.

⁸⁰⁰ *Ibidem*. Pag.600

⁸⁰¹ Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, “ El Principio de Dependencia...”, Op.Cit.Pag.600.

Con la nueva redacción del precepto, se da un nuevo contenido al art. 23 EOMF⁸⁰² sometiendo a una misma regulación los supuestos de designación, sustitución y avocación, que implican en sí mismo una alteración del reparto de trabajo preexistente en la Fiscalía, exigiendo que esa facultad sea ejercitada por el superior jerárquico inmediato, resolución motivada de éste, y comunicación al Consejo Fiscal, previéndose además que en todas estas hipótesis, en caso de discrepancia, resuelva el superior jerárquico común. Esta nueva regulación supone respecto de la anterior, un avance significativo, en tanto que se contempla la necesidad de motivación, así como la necesidad de acudir al superior jerárquico en caso de discrepancia y la posibilidad de que el Consejo Fiscal se pueda manifestar en todos estos supuestos⁸⁰³.

Dentro de la doctrina científica, DEL MORAL GARCÍA considera que si bien la reforma llevada a cabo en virtud de la Ley orgánica 24/2007 de 9 de octubre, ha introducido una ligera modificación que debe recibirse con aplauso al dotar de mayores garantías, frente a cambios injustificados del Fiscal llamado a despachar un asunto, sin embargo se ensombrece por el hecho, de que haya desaparecido la necesidad de oír a la Junta de Fiscalía antes de designar a un Fiscal para llevar un asunto concreto apartándose del sistema de reparto preestablecido⁸⁰⁴. LANZAROTE MARTÍNEZ también ve, en esta nueva regulación, un mínimo irrenunciable especialmente si tenemos en cuenta las futuras responsabilidades que pueden ser atribuidas al Ministerio Fiscal en la fase de investigación del proceso penal. Debe evitarse que exista la más mínima duda de que la sustitución o la designación obedece a razones distintas de la mayor preparación o especialización del Fiscal que va a asumir el asunto por decisión del superior jerárquico⁸⁰⁵.

Si bien el concepto de inamovilidad se predica en sentido impropio cuando se habla de Fiscales, dado que es una cualidad solo predicable de Jueces y Magistrados, no cabe duda que es necesario arbitrar un sistema, en opinión de la doctrina⁸⁰⁶, en el que el Fiscal General y los Fiscales Jefes vean limitadas su capacidad de sustitución,

⁸⁰² Artículo 23 EOMF dispone; “en cualquier momento de la actividad que un Fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones o antes de iniciar la que le estuviere asignada en virtud del sistema de distribución de asuntos entre los miembros de la Fiscalía, podrá su superior jerárquico inmediato, mediante resolución motivada, avocar para sí el asunto o designar a otro Fiscal para que lo despache. Si existe discrepancia resolverá el superior jerárquico común a ambos. La sustitución será comunicada en todo caso al Consejo Fiscal, que podrá expresar su parecer”

⁸⁰³ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag. 450.

⁸⁰⁴ Antonio del Moral García, “ El Ministerio Fiscal en el proceso penal...”, Op.Cit.Pagg. 221- 222.

⁸⁰⁵ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit. Pag. 452.

⁸⁰⁶ Antonio del Moral García, Loc.Cit. Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit.

designación o avocación de asuntos, siendo una exigencia indispensable para dotar al Ministerio Fiscal de la necesaria autonomía con la que poder asumir las funciones dentro del marco de un sistema procesal en el que se configure a la Institución como directora de la investigación oficial.

B. Deberes y Facultades de los Fiscales: Breve reseña a la Carrera Fiscal.

B. 1. La Carrera Fiscal.

El Ministerio Fiscal como institución, actúa representada por sus miembros, de acuerdo con el artículo 23 de su Estatuto funcional de 1981, quienes con la excepción del Fiscal General del Estado, los miembros de las Fiscalías Jurídico Militares y los Fiscales sustitutos, integran la Carrera fiscal⁸⁰⁷.

El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de la primera mitad del Siglo XIX, preveía las carreras Judicial y Fiscal como una sola y aunque la Ley Provisional de 1870 dispuso su separación, nunca llegaría a aplicarse, introduciendo la Ley Adicional para la Administración de Justicia de 1882, como una de sus modificaciones, la unidad de las ambas Carreras, siguiendo el ejemplo de los países de modelo napoleónico (Francia, Austria, Bélgica, Italia, Portugal, etc.) de modo que los integrantes de esa Carrera única, ocupaban plazas de Magistrados, Jueces y Fiscales de modo indistinto, de acuerdo con las normas de provisión de destinos. Sería el Estatuto Fiscal de 1926⁸⁰⁸ que estuvo vigente hasta el actual Estatuto Fiscal de 1981, el que dispondría la separación de la Carrera Judicial y Fiscal⁸⁰⁹.

⁸⁰⁷ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.141.

⁸⁰⁸ **Artículo 1º del Estatuto Fiscal de 23 de junio 1926 disponía:** “ Desde el 1 de julio próximo, el Ministerio Fiscal constituirá carrera separada de la Judicial y se regirá por el Estatuto de esta misma fecha, que queda aprobado por este Decreto y se publicará a continuación del Mismo. **El artículo 2º** disponía; “ Queda igualmente aprobada la plantilla provisional del personal que ha de integrar el Ministerio Fiscal, la cual se publicará con el Estatuto...”

⁸⁰⁹ *Ibidem*.

La Carrera Fiscal se encuentra hoy específicamente regulada en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, que en su artículo 2 configura al Ministerio Fiscal como una organización integrada con autonomía funcional en el Poder Judicial, declaración que no ha hecho sino alimentar la tradicional polémica en torno a la naturaleza de esta Institución⁸¹⁰.

Fruto de esa integración funcional es la asimilación de la carrera fiscal a la judicial en diversos aspectos de su régimen regulador. El artículo 33 del EOMF establece que los miembros de la Carrera Fiscal están equiparados en honores, categorías y retribuciones a los miembros de la Carrera Judicial; el artículo 34 distingue tres categorías dentro de la carrera fiscal equiparándolas expresamente a las tres categorías existentes dentro de la carrera judicial; el artículo 47 establece que las situaciones administrativas en la carrera fiscal se acomodarán a los dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados; el artículo 52 señala que los miembros del Ministerio Fiscal gozarán de los permisos y licencias, y del régimen de recompensas, que reglamentariamente se establezcan, inspirados unos y otros en lo dispuesto para Jueces y Magistrados por la Ley Orgánica del Poder Judicial; el artículo 53 establece la misma separación entre miembros de las dos carreras en orden a las retribuciones a percibir por unos y otros; el artículo 60 dispone que la exigencia de responsabilidad civil y penal a los miembros del Ministerio Fiscal y la repetición contra los mismos por parte de la Administración del Estado, en su caso, se regirá cuando le sea de aplicación, por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados⁸¹¹.

El artículo 32 del Estatuto dispone, que la Carrera Fiscal está integrada por las **diversas categorías de fiscales** que forman un Cuerpo único, organizado jerárquicamente. **Estas categorías, según dispone el artículo 34 del Estatuto**, que reitera sin mencionarlo las categorías judiciales establecidas en el artículo 299 de la LOPJ, **son las siguientes:**

Primera. Fiscales de Sala del Tribunal Supremo equiparados a Magistrados del Alto Tribunal. El Teniente Fiscal del Tribunal Supremo tendrá la consideración de Presidente de Sala.

Segunda. Fiscales equiparados a Magistrados.

Tercera. Abogados-Fiscales, equiparados a Jueces.

⁸¹⁰ Luis María Cazorla Nieto, “Temas de Derecho Constitucional”, Edit. Aranzadi 2000, Pag. 714.

⁸¹¹ *Ibidem*.

Conforme al artículo 38 del Estatuto Orgánico, el nombramiento de los Fiscales de las dos primeras categorías, se hará por Real Decreto y los demás nombramientos por Orden del Ministerio de Justicia⁸¹².

No cabe duda de que se trata de una clasificación de las categorías de la Carrera Fiscal, según su asimilación a la Carrera Judicial, que tiene relevancia ad-extra, de reconocimiento administrativo y salarial, para una aplicación análoga del régimen administrativo y contractual tanto a los funcionarios del Ministerio Fiscal como a los pertenecientes a la Judicatura⁸¹³

Las anteriores categorías, aparte del componente de promoción personal propio de todo escalafón funcional, en el que el ascenso va asociado a un incremento retributivo, la **pertenencia a las citadas categorías, va a determinar la posibilidad de ocupar determinados puestos jerárquicos o de servicio** más complejos, dentro del Ministerio Fiscal⁸¹⁴. El sistema lo regula el actual artículo 35 del EOMF, conforme al cual:

Uno. Será preciso pertenecer a la categoría primera para servir los siguientes destinos:

- a) Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, que además deberá contar con tres años de antigüedad en dicha categoría.*
- b) Fiscal Jefe Inspector.*
- c) Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica.*
- d) Fiscal Jefe de la Unidad de Apoyo.*
- e) Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional*
- f) Fiscal Jefe de las Fiscalías Especiales.*
- g) Fiscal Jefe de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.*
- h) Fiscal Jefe del Tribunal de Cuentas.*
- i) Fiscal de Sala del Tribunal Supremo.*
- j) Fiscal de Sala de la Fiscalía Togada.*
- k) Los demás puestos de Fiscales de Sala que se determinen en plantilla con arreglo a las disposiciones de este Estatuto.*

⁸¹² *Ibídem.*

⁸¹³ Tomás Besterreche Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag. 495.

⁸¹⁴ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.143.

Dos. Los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas y los Fiscales Jefes de las Fiscalías Provinciales tendrán la categoría equiparada a la de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y Presidentes de las Audiencias Provinciales, respectivamente.

Tres. Será preciso pertenecer a la categoría segunda para servir los restantes cargos en las Fiscalías del Tribunal Supremo, ante el Tribunal Constitucional, Fiscalía de la Audiencia Nacional, Fiscalías Especiales, Tribunal de Cuentas, Inspección Fiscal, Unidad de Apoyo y Secretaría Técnica. También será preciso pertenecer a la categoría segunda para servir el cargo de Fiscal Jefe y Teniente Fiscal.

Cuarto. La plantilla orgánica fijará la categoría necesaria para servir los restantes destinos fiscales dentro de la segunda y de la tercera categoría”.

La relación que guardan estas categorías con la provisión de destinos, sí que tiene mayor trascendencia para el interno de la Carrera Fiscal, puesto que la categoría primera se corresponde con los destinos más altos como son los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, el Fiscal Jefe de la Unidad de Apoyo, la Secretaría Técnica y el Fiscal Jefe Inspector, el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, los Fiscales Jefes de las Fiscalías Especiales y de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. Los de la categoría segunda, cubren los puestos intermedios de la carrera, como son los restantes cargos en las Fiscalías mencionadas o la Jefatura y el Teniente Fiscal en las demás Fiscalías. A todos estos destinos se incorpora un criterio de antigüedad⁸¹⁵.

El ascenso de una a otra categoría se determina en el artículo 37 del Estatuto según el cual, el ascenso **se produce por el sistema de libre elección o el sistema de antigüedad**. Por el **sistema de libre elección**, se cubrirán las vacantes a la primera categoría entre Fiscales que cuenten al menos con 20 años de servicio en la carrera y pertenezcan a la categoría segunda, de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del citado precepto⁸¹⁶.

Tal como ya se ha venido afirmando en esta misma sede y según dispone el propio párrafo^{2º} del artículo 13.1, del EOMF, corresponde al Fiscal General del Estado la facultad de propuesta para el ascenso. Antes de la reforma del 2007, dicha facultad se ejercía de acuerdo con lo informado por el Consejo Fiscal, cuyo informe tenía carácter

⁸¹⁵ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag.496.

⁸¹⁶ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.144.

vinculante según la interpretación más extendida dentro de la doctrina y la práctica seguida por los Fiscales Generales, de acomodar sus propuestas de ascenso a la primera categoría, al resultado del informe mayoritario del Consejo Fiscal. Con la citada reforma se produjo la ruptura de ese criterio, primero por decisión jurisprudencial y posteriormente quedó confirmado con la nueva redacción del artículo 13 EOMF en virtud de la Ley 24/2007 de 9 de octubre⁸¹⁷.

El criterio de la antigüedad es el régimen general para ocupar las plazas de la categoría segunda que se cubrirán por antigüedad de servicios en la categoría tercera⁸¹⁸.

Estos dos criterios también se seguirán para cubrir los destinos dentro de la Carrera Fiscal. Así, el **criterio de libre elección**, se seguirá para cubrir los destinos correspondientes a la categoría primera, los de Fiscales del Tribunal Supremo y los de Fiscales Superiores de Comunidades Autónomas y los de Fiscales Jefes que se proveerán por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 del Estatuto. De igual modo, serán designados los Tenientes Fiscales de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas y los Fiscales que integren la plantilla de todos aquellos órganos cuyo jefe pertenezca a la categoría primera. No obstante para ocupar esos destinos, se exigen además determinadas condiciones de pertenencia a la categoría y antigüedad⁸¹⁹.

También son de libre elección, siendo en este caso al propio Fiscal General del Estado, a quien compete cubrir directamente, los puestos en la Secretaría Técnica. **El criterio de antigüedad** se sigue para cubrir todos los demás destinos de la plantilla fiscal, los cuales se proveerán mediante concurso entre funcionarios de la categoría necesaria atendiendo al mejor puesto en el escalafón. Los destinos que queden desiertos en los concursos se cubrirán por aquellos Fiscales que asciendan a la categoría. Sin embargo las normas de los Reales Decretos 545/1983, 385/1984, 391/1989, que regulan el sistema de concurso, han paliado esta clase de destino forzoso para ascenso, permitiendo al ascendido conservar su puesto que venía ocupando en la plantilla de la Fiscalía en la que estuviera destinado⁸²⁰.

⁸¹⁷ *Ibidem*. Pag. 145. Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Pag. 461.

⁸¹⁸ Cándido Conde Pumpido Ferreiro, *Loc.Cit.*

⁸¹⁹ *Ibidem*.

⁸²⁰ Cándido Conde –PumpidoFerreiro, *Loc.Cit.* Pagg. 146-147.

Con la reforma operada por la Ley 24/2007 de 9 de octubre, se han producido cambios significativos, como el operado en el artículo 23 EOMF, calificado de trascendente, en opinión de BESTARRECHE BENGOA dado los términos de la actual redacción del precepto; “*Los miembros del Ministerio Fiscal son autoridad a todos los efectos y actuarán siempre en representación de la institución*” pero ya no “por delegación de su jefe respectivo” (antiguo artículo 23). Se ha producido por tanto una supresión de la delegación general de los fiscales jefes bajo la que actuaban todos los fiscales, aunque esto no es obstáculo para reconocer que el principio de jerarquía sigue totalmente presente y vigente⁸²¹. Por tanto, se ha recogido la doctrina de la Instrucción 1/ 1987 de la Fiscalía General del Estado que puso fin a la rancia y rituaría antefirma “por delegación” y que como puso de relieve dicha Instrucción, solo servía para recordar la dependencia de los Fiscales⁸²²

No cabe duda, tal como considera BESTARRECHE BENGOA, que la eliminación del término “por delegación” que se suprime del citado art. 23 EOMF, coadyuva a que el fiscal pueda realizar su labor con un grado de autonomía suficiente que le permita actuar con imparcialidad, y además es posible que el legislador español haya entendido que la verdadera relación que existe en el interior de las Fiscalías es una relación de “designación” y no de delegación⁸²³.

B. 2. Derechos y Deberes de los Miembros del Ministerio Fiscal.

Los derechos y deberes de los miembros del Ministerio Fiscal aparecen regulados en los artículos 48 a 56 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981. Del decálogo de **deberes** que se encuentran regulados en el Capítulo V del Estatuto, aquellos **se pueden sistematizar del siguiente modo:**

⁸²¹ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag.498.

⁸²² Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.452.

⁸²³ Tomás Bestarache Bengoa, Loc.Cit. Pag.499.

B.2. 1. Deberes.

B. 2. 1. 1. Deber de fidelidad al cargo.

Dispone el art. 48 EOMF que *“Los miembros del Ministerio fiscal tendrán el primordial deber de desempeñar fielmente el cargo que sirvan, con prontitud y eficacia en cumplimiento de las funciones del mismo, conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”*. Este precepto no hace otra cosa sino trasladar a las actuaciones personales de los Fiscales, los principios rectores de la Institución recogidos en el artículo 124.1 CE así como en los artículos 6 y 7 del EOMF.⁸²⁴

B. 2. 1. 2. Deber de residencia y asistencia al lugar de trabajo.

El artículo 49 EOMF establece que *“Los miembros del Ministerio Fiscal deberán residir en la población donde tengan su destino oficial. Sólo podrán ausentarse de la misma con permiso de sus superiores jerárquicos. Así mismo deberán asistir, durante el tiempo necesario y de conformidad con las instrucciones del Jefe de la Fiscalía, al despacho de la misma y a los Tribunales en que deban actuar”*.

El Consejo Fiscal, en el informe que elaboró con ocasión del Proyecto de Reglamento de la Carrera fiscal en el año 2011, se pronunció sobre este deber de residencia que contempla el art. 49 EOMF. Según la redacción del citado Proyecto, en su art. 108 que regulaba los deberes de los fiscales en un único artículo, se contemplaba en el mismo entre otras materias, el deber de residencia. Según se desprende del citado informe, la previsión del art. 108 del Proyecto, relativa al deber de residencia, quedaba matizada respecto del artículo 49 EOMF, al introducirse la previsión que contemplaba el apartado 2 de derogado art. 370 de la LOPJ que disponía, que las Salas de Gobierno de la Tribunales Superiores de Justicia podrán autorizar, por causas justificadas, la residencia en lugar distinto de la población en que tenga su sede el Tribunal o Juzgado, siempre que sea compatible con el exacto cumplimiento de las tareas propias del cargo. No obstante el Consejo Fiscal no entiende como no ha quedado derogado el artículo 49

⁸²⁴ Fernando Alamillo Canillas, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.169.

EOMF por la Ley de igualdad, que derogó aquel precepto para Jueces y Magistrados, dada la equiparación estatutaria entre Jueces y Fiscales, que si se ha respetado con la reciente modificación de la LOPJ, que sí ha derogado el citado artículo 370 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸²⁵.

B. 2. 1. 3. Deber de guardar secreto.

De acuerdo con el artículo 50 EOMF, “*Los miembros del Ministerio Fiscal deberán guardar el debido secreto de los asuntos reservados de que conozcan por razón del cargo*”. Este deber, ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 9.2 sobre el deber de información del Fiscal General del Estado al Gobierno, siempre que no exista obstáculo legal para ello. Ese obstáculo puede derivar precisamente, de una declaración de secreto de sumario. También el artículo 4.5 EOMF establece la facultad del Fiscal, “*... de informar a la opinión pública sobre el desarrollo de determinados acontecimientos que se produzcan, en el ejercicio de sus competencias o funciones, con el límite del deber de sigilo con carácter general pero sobre todo, ante la existencia de secreto de sumario, o simplemente por respeto al derecho de los afectados*”⁸²⁶.

B. 2. 1. 4. Deber de Obediencia e Información respecto a los superiores.

Este deber no se encuentra incluido específicamente en el Capítulo V del Estatuto, pero aparece citado en su artículo 25, al establecerse en el mismo, el deber de los Fiscales de mantener informados a sus superiores jerárquicos de todos los asuntos en los que intervengan, y que por su importancia deban ser conocidos por ellos, hasta llegar incluso al Fiscal General del Estado. De este deber, derivaría el ejercicio por parte de los Superiores y del propio Fiscal General del Estado de impartir las Órdenes e Instrucciones precisas a sus subordinados⁸²⁷.

⁸²⁵ Informe del Consejo Fiscal sobre el Reglamento de la Carrera Fiscal, Op.Cit.Pag.48

⁸²⁶ Fernando Alamillo Canillas, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag. 170

⁸²⁷ *Ibidem*.

B. 2. 1. 5. Deberes de carácter genérico.

El Estatuto Orgánico recoge una serie de deberes que si bien no se encuentran específicamente recogidos en su Capítulo V, y que son comunes en su formulación genérica a los deberes de los funcionarios públicos, en el caso concreto de los Fiscales, su incumplimiento daría lugar a responsabilidad disciplinaria, al constituir una infracción de la que derivaría la correspondiente sanción específicamente regulada en el Estatuto⁸²⁸. Entre esos deberes podemos destacar los siguientes:

B. 2. 1. 6. Deber de acatar las Órdenes e Instrucciones de los superiores.

Los miembros del Ministerio Fiscal deberán atenerse a las mismas en sus dictámenes, considerándose falta grave o muy grave el incumplimiento de aquellas, e incluso el incumplimiento de los requerimientos verbales constituiría falta leve, pudiendo recaer en aquellos casos, la sanción de separación de la Carrera Fiscal (artículos 62.2, 63.2 y 64.6 EOMF)⁸²⁹. Es precisamente el deber de acatar las órdenes y requerimientos personales provenientes de los superiores jerárquicos, lo que distingue con carácter esencial, a los miembros del Ministerio Fiscal de Jueces y Magistrados⁸³⁰.

B. 2. 1. 7. Deber de respeto a los superiores jerárquicos y demás integrantes del Ministerio Fiscal así como a las personas ajenas al mismo.

La reforma operada por la Ley 24/2007 de 9 de octubre, dentro de esa pretensión de integración territorial, sanciona en el artículo 64.7EOMF: “*La desatención o desconsideración con los ciudadanos, instituciones, instituciones, jueces y magistrados, ante la petición de intervenir en una lengua cooficial, en el caso en que haya acreditado un conocimiento adecuado y suficiente como mérito*”⁸³¹.

⁸²⁸ Luis María Cazorla Nieto, *Temas de Derecho Constitucional...*, Op.Cit. Pag. 721.

⁸²⁹ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pagg. 453-454. El artículo 62.2 EOMF cataloga como falta muy grave; “ El incumplimiento de las órdenes particulares y requerimientos personales dirigidos por escrito en la forma establecida en este Estatuto, cuando de aquel se haya derivado perjuicio en el proceso o alteración relevante en el funcionamiento interno de la Fiscalía

⁸³⁰ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag.512.

⁸³¹ *Ibidem*.

B. 2. 1. 8. Deber de observar la normativa sobre incompatibilidades y prohibiciones.

B. 2. 1. 9. Deber de actuar con estricta aplicación del ordenamiento jurídico; Deber de actuar con plena objetividad e independencia respecto de presiones exteriores.

B. 2. 1. 10. Deber de guardar la debida imparcialidad absteniéndose de actuar cuando concurren circunstancias legales que hagan dudar de su imparcialidad, etc.⁸³².

B. 2.2. Derechos.

Los derechos de los miembros del Ministerio Fiscal, se encuentran regulados igualmente en el Capítulo V del Estatuto Fiscal de 1981, pudiendo exponerse sumariamente los siguientes:

B. 2. 2. 1. Derecho al Cargo y a la Promoción en la Carrera Fiscal.

El inciso primero del artículo 51 EOMF, establece que los miembros del Ministerio Fiscal tendrán derecho al cargo y a la promoción en la Carrera, en las condiciones legalmente establecidas. Este derecho supone en primer lugar, que desde la adquisición de la condición de miembro de la Carrera Fiscal, hasta su pérdida por alguna de las causas legales, los Fiscales tienen derecho a ejercer las funciones del cargo, en un determinado puesto de trabajo acomodado a su categoría; En segundo lugar, que durante su vida activa en la Carrera, tienen derecho a aspirar a cambios de destino conforme a los mecanismos legales para optar al deseado; En tercer lugar, que durante su vida activa tienen derecho a ascensos a las categorías superiores; En cuarto lugar, que salvo causa legal, no pueden ser removidos forzosamente del cargo que sirven⁸³³.

⁸³² Fernando Alamillo Canillas, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.171.

⁸³³ Fernando Alamillo Canillas, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.172.

En opinión de ALAMILLO CANILLAS, el nuevo contenido estatutario ha producido una nueva situación de protección, hacia lo que pudiera denominarse como de inamovilidad práctica del funcionario fiscal, en tanto que los traslados forzados sólo pueden producirse por alguna de las causas tasadas, y salvo el traslado que se produce por ascenso de categoría, aquel necesitaría de la apertura de un previo expediente contradictorio⁸³⁴. No obstante lo anterior, el Estatuto sigue contemplando supuestos de lo que pudiera denominarse como de “remoción libre” que se contemplan en los artículos 41.5 y 36.3 EOMF⁸³⁵, de acuerdo con la redacción posterior a la reforma operada por Ley 24/2007 de 9 de octubre.

Con anterioridad al Estatuto de 1981, los traslados de los funcionarios fiscales, estaban en manos de los Superiores Jerárquicos, con un alto grado de discrecionalidad en su ejercicio, puesto que a pesar de que se reconocía el derecho de los funcionarios a solicitar los puestos de trabajo que deseaban, su nombramiento no era obligatorio de acuerdo con criterios objetivos, como la antigüedad. Así se deduce del artículo 56.1 del Reglamento Fiscal de 1969 que establecía; “*Los funcionarios fiscales serán trasladados conforme a las conveniencias del servicio, si bien se procurará atender a los deseos que cada uno manifieste, en cuanto sean compatibles con las conveniencias expresadas*”⁸³⁶.

Pero incluso, podían ser trasladados sin su previo deseo, además de por causa de incompatibilidad que aún hoy subsiste, por la imposición de corrección disciplinaria de traslado forzoso, o por iniciativa del Ministerio de Justicia, oyendo previamente al Fiscal del Tribunal Supremo que a su vez debía recabar informe del Fiscal de la Audiencia Territorial, o a propuesta razonada del Fiscal del Tribunal en que prestase sus servicios el funcionario, cursada por conducto del Fiscal Territorial y siempre del Fiscal del Tribunal Supremo, que informará sobre la conveniencia del traslado de acuerdo con el artículo 56.2 del Reglamento de 1969⁸³⁷.

⁸³⁴ Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.157.

⁸³⁵ Fernando Alamillo Canillas, Loc.Cit. Pag.174

⁸³⁶ *Ibíd.* Pag.172.

⁸³⁷ *Ibíd.*

En la actualidad, el régimen de los traslados se regula en los artículos **39 y 40 del Estatuto Fiscal de 1981**, que pueden sistematizarse en las siguientes, (art. 39 EOMF):

- *A petición propia de acuerdo con lo establecido en este Estatuto.*
- *Para ocupar plaza a la categoría a la que fueran promovidos.*
- *Por incurrir en las incompatibilidades relativas establecidas en esta Ley.*

También podrán ser trasladados, con carácter forzoso, por los siguientes motivos (art. 40):

- *Disidencias graves con el Fiscal Jefe respectivo por causas a aquellos (referido a los Fiscales) imputables.*
- *Cuando asimismo por causas imputables a ellos tuvieran enfrentamientos graves con el Tribunal.*

De acuerdo con el último párrafo del artículo 40 del Estatuto: “...*El traslado forzoso se dispondrá por el órgano que hubiera acordado su nombramiento, en expediente contradictorio, previo informe del Consejo Fiscal*”⁸³⁸.

Fuera de los supuestos anteriores, en los que se contemplan causas objetivas o tasadas de traslados dentro de la Carrera Fiscal, el Estatuto contempla los supuestos mencionados supra, definidos por ALAMILLO CANILLAS, como “de remoción libre”. Así tenemos el supuesto que contempla el artículo 41.5 EOMF, que establece lo siguiente; “...*Los Fiscales Jefes de los respectivos órganos y los Tenientes Fiscales mencionados en el apartado tres de este artículo **podrán ser removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado que deberá oír previamente al Consejo Fiscal y al interesado y en su caso al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma. Los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas podrán proponer también al Fiscal General del Estado la remoción por el Gobierno de los Fiscales Jefes de los órganos de su ámbito territorial***”⁸³⁹.

⁸³⁸ Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pagg.157-158.

⁸³⁹ Fernando Alamillo Canillas, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag. 173.

El otro supuesto sería el que recoge el artículo 36.3 EOMF, donde el Fiscal es apartado forzosamente del cargo que ejerce, al establecerse que el propio **Fiscal General del Estado podrá relevar directamente al Fiscal Jefe, Teniente Fiscal, Fiscales de la Secretaría Técnica, Fiscales de la Unidad de Apoyo y Fiscales adscritos a los Fiscales de Sala integrados en la Fiscalía General del Estado**. En estos supuestos, tal como establece el apartado segundo del citado artículo 36.3 EOMF, el Teniente Fiscal de la Secretaría Técnica y los Fiscales a los que se refiere el párrafo anterior, se incorporaran en calidad de adscritos, a su elección y hasta obtener plaza en propiedad, a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma o Provincial de Madrid o a la Fiscalía en la que estuviesen destinados antes de ocupar plaza en la Secretaría Técnica, en la Unidad de Apoyo o antes de haber sido adscritos a los Fiscales de Sala integrados en la Fiscalía General del Estado⁸⁴⁰.

La inseguridad jurídica que genera estos dos últimos supuestos, debería propiciar el establecimiento de criterios objetivos, **porque en la práctica, las facultades del Fiscal General del Estado y de los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas para proponer al Gobierno la remoción de Fiscales bien a nivel nacional o territorial autonómico siguen estando en manos de la superioridad y de modo discrecional, dado el contenido del artículo 41.5 EOMF**⁸⁴¹. Desde la vigencia del Estatuto Fiscal de 1981, y en lo que respecta a este precepto en cuestión, han sido dos las ocasiones en que se han llevado a cabo por el Gobierno, la remoción de dos altos cargos de la Carrera Fiscal, a propuesta del Fiscal General del Estado. La primera de ellas sería en 1997, y que afectaría al que fuera Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional y la segunda en el año 2013, cuando el que fuera Fiscal Superior de Cataluña presentara su dimisión ante el Fiscal General del Estado, que ya había iniciado los trámites para su destitución, dentro del marco del artículo 41.5 EOMF.⁸⁴²

⁸⁴⁰ *Ibidem* Pagg. 173-174.

⁸⁴¹ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”Op. Cit. Pag. 507

⁸⁴² La primera remoción fue en el año 1997 afectando a José Aranda como Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, siendo Fiscal General del Estado, Juan Cesáreo OrtizÚrculo. La segunda de las remociones fue en el año 2013, siendo Fiscal General del Estado, Eduardo Torres Dulce quién iniciaría los trámites para la destitución del que fuera Fiscal Superior de Cataluña Sr, Martín Rodríguez Sol. Diario El Confidencial de 21de Julio de 2013.

Junto a los traslados forzosos, el Estatuto Fiscal de 1981 **ha introducido un supuesto de traslado voluntario** como el que se contempla en el artículo 36.5, donde se regula la provisión mediante concurso entre funcionarios de la categoría, atendiendo al mejor puesto escalafonal⁸⁴³.

B. 2. 2. 2. Derecho a los Permisos y Licencias.

Los miembros del Ministerio Fiscal, de acuerdo con el artículo 52 del EOMF, gozarán de los permisos y licencias y del régimen de recompensas que reglamentariamente se establezca, inspirados unos y otros en lo dispuesto para Jueces y Magistrados por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por tanto habrá de entenderse, que lo dispuesto en el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1969, ha quedado modificado por lo establecido en la LOPJ de 1985, que dedica su Capítulo VIII, del Título I, del Libro IV a regular esta materia⁸⁴⁴, además de por las disposiciones del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial dictado al amparo del artículo 110.2 LOPJ, en desarrollo del régimen jurídico de los distintos aspectos relacionados con la Carrera Judicial y el Estatuto de Jueces y Magistrados:

B. 2. 2. 2. 1. Permisos.

Los miembros del Ministerio Fiscal disfrutarán de un permiso anual de vacaciones de veintidós días hábiles o de los días que corresponda proporcionalmente, si el tiempo de servicio durante el año fuera menor, de acuerdo con el art. 371.1 LOPJ y el art. 210 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial de 9 de mayo.

No obstante y atendiendo a la naturaleza de las funciones de la Fiscalía, habrá un examen previo de las necesidades del servicio durante el inhábil mes de agosto, de manera que queden en servicio los Fiscales necesarios, procurándose el acuerdo entre sus miembros, acuerdo que en la práctica se realiza en la Junta de Fiscalía y que se comunica posteriormente a la Fiscalía General del Estado para su aprobación. Como

⁸⁴³ Fernando Alamillo Canillas, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.174.

⁸⁴⁴Candido Conde Pumpido, Loc. Cit. Pag. 158

regla importante a cumplir, es que las vacaciones del Fiscal Jefe no coincidan con las del Teniente Fiscal que debe sustituirle⁸⁴⁵.

No obstante una regla que si pudiera considerarse válida y vigente, en opinión de ALAMILLO CANILLAS, es la establecida en el art. 70 del Reglamento Fiscal de 1969, según la cual podrá ser llamado a prestar servicio aquel funcionario que disfrute de vacaciones cuando sea necesario para sustituir a alguno de los que prestaba servicio y haya dejado de hacerlo por cualquiera de los motivos establecidos en la ley (enfermedad, traslado, jubilación, inhabilitación para el cargo etc..), si bien con la compensación de que el funcionario así llamado, si prestase servicio por más de quince días, tendrá derecho a obtener el permiso de vacaciones en otro momento, ya que se entiende que no lo ha disfrutado⁸⁴⁶.

El artículo 213 del citado Reglamento de acuerdo con el artículo 373.4 LOPJ, regula los permisos de 3 días hábiles de los que pueden disfrutar los Jueces y Magistrados, sin que puedan exceder de 6 permisos dentro del año natural, ni de uno al mes. El disfrute de los tres días habrán de ser continuados, no computándose a los efectos de este artículo, sábados ni domingos. Los Jueces y Magistrados con destino en las Islas Canarias podrán acumular varios permisos de tres días correspondientes a un solo año.

B. 2. 2. 2. 2. Licencias:

B. 2. 2. 2. 2. 1. Licencia por Matrimonio.

Establece el artículo 373.1 LOPJ de 1985 coincidente con el art. 74.1 del Reglamento Fiscal de 1969, el derecho a una licencia de quince días hábiles, por matrimonio que no afecta al régimen retributivo de acuerdo con el artículo 375.3 LOPJ. De forma que los quince días naturales de antaño, pasan a ser días hábiles de acuerdo con el artículo 217.1 del Reglamento 2/2011 de 9 de mayo, de la Carrera Judicial.

⁸⁴⁵ Fernando Alamillo Canillas, Loc.Cit. Pag.182. Acuerdo de 28 de abril de 2011 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial. Dicho reglamento regula de forma pormenorizada, el permiso de vacaciones de Jueces y Magistrados en sus artículo 210 a 212.

⁸⁴⁶ *Ibidem*. Pag. 183.

B. 2. 2. 2. 2. Licencia por Parto o Adopción.

De acuerdo con lo establecido en el art. 373.2 LOPJ, tendrán derecho a una licencia por parto, adopción o acogimiento tanto pre-adoptivo como permanente cuya duración y condiciones se regularan por la legislación general en la materia. El Consejo General del Poder Judicial mediante reglamento, adaptará dicha normativa a las peculiaridades de la Carrera Judicial. En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres, el permiso previsto podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción. En virtud del acuerdo de 28 de abril de 2011 quedó aprobado el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial cuyo artículo 218 regula el periodo de licencia por parto que será, con carácter general de 16 semanas ininterrumpidas, que se ampliarán en dos semanas más en supuestos de discapacidad del hijo y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple. En los casos de parto prematuro, o cuando el neonato deba quedar hospitalizado, la licencia se ampliará por el tiempo de hospitalización con el máximo de 13 semanas adicionales.

El artículo 219 del citado Reglamento, y por aplicación analógica a los miembros de la Carrera fiscal, éstos tendrán derecho a una licencia por adopción o acogimiento tanto pre-adoptivo como permanente o simple, de dieciséis semanas ininterrumpidas que se amplían a dos semanas más en supuestos de discapacidad del menor y por cada hijo o menor a partir del segundo, en supuestos de adopción o acogimiento múltiple.

B. 2. 2. 2. 2. 3. Licencia por Estudios.

El artículo 75.1 del Reglamento Fiscal de 1969 preveía la posibilidad de obtener licencia para realizar estudios relacionados con la Administración de Justicia, previo informe favorable del superior jerárquico correspondiente y del Fiscal del Tribunal Supremo, con derecho a percibir el sueldo y el complemento familiar. Estas licencias eran concedidas por el Ministerio de Justicia⁸⁴⁷.

⁸⁴⁷ Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1969.

Esta regulación ha experimentado modificaciones dado el contenido del artículo 375.2 de la LOPJ y del contenido del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial de 9 de mayo. Así, mientras el primero de los artículos mencionados, establece que: *“las licencias para realizar estudios en general, darán derecho a percibir las retribuciones básicas y por razón de familia. Las licencias que se concedan, para realizar estudios relacionados con la función jurisdiccional lo serán sin limitación de haberes”*.

Sin embargo, el artículo 231.1 del Reglamento de la Carrera Judicial dispone que los Jueces y Magistrados podrán disfrutar de licencias, sin limitación de haberes, para realizar estudios en general o relacionados con la función judicial, distinguiendo su apartado segundo, aquellos que tienen la consideración de estudios en general de aquellos otros relacionados con la función judicial⁸⁴⁸.

Ante esta dualidad de contenidos, habrá de considerarse que prima lo establecido en la propia Ley Orgánica, ya que su artículo 377 dispone que: *“Reglamentariamente se desarrollará el régimen jurídico de las licencias y permisos determinando la autoridad a quien corresponda otorgarlos y su duración, y cuanto no se halle establecido en la presente Ley”*.

B. 2. 2. 2. 4. Licencia por Enfermedad.

El artículo 72.1 del Reglamento Fiscal de 1969 dispone que el *“...Funcionario fiscal que no pueda acudir al despacho por hallarse enfermo se dará de baja en el servicio, participándolo al inmediato superior dentro del primer día, el cual a la mayor urgencia o telegráficamente(hoy admitirá Telefax) lo pondrá en conocimiento del Ministerio de Justicia por conducto del Fiscal del Tribunal Supremo (hoy Fiscal General del Estado) o del Fiscal de la Audiencia Territorial(hoy Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma) respectiva”*⁸⁴⁹.

El número 2 del citado artículo establece que *“...La referida baja no podrá durar más de diez días, cuando se trate de la primera enfermedad dentro del año natural, ni de cinco días si es segunda o ulterior enfermedad en el año”*. La Ley Orgánica, tras la última reforma operada por Ley 8/2012, guarda silencio respecto del plazo que

⁸⁴⁸ Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011 de 9 de mayo.

⁸⁴⁹ Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1969.

establecía el artículo 374, con lo que habrá que acudir al Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011, que establece el plazo uniforme de 5 días sin distinción de primera o ulterior enfermedad, para solicitar la licencia en caso de persistencia de aquella.

El artículo 229 del citado Reglamento establece que las licencias por enfermedad se concederán con el límite máximo de 6 meses al año, siendo prorrogables por el Consejo General del Poder Judicial por periodos mensuales, previo informe de la autoridad judicial que otorgó la licencia. El artículo 230 del Reglamento establece que hasta el sexto mes inclusive de obtención de la licencia por enfermedad, no afectará al régimen retributivo de quien la haya obtenido, pero una vez transcurrido el sexto mes sólo dará derecho a percibir las retribuciones básicas y por razón de la familia, sin perjuicio de las prestaciones complementarias con arreglo al régimen de seguridad social aplicable⁸⁵⁰.

C. Especial referencia al Derecho de Asociación de los Fiscales.

C. 1. Estatuto Asociativo de los Fiscales.

Pese a compartir regulación constitucional con las Asociaciones de Jueces y Magistrados, el asociacionismo en el ámbito Fiscal es mucho menos conocido que al asociacionismo en el ámbito judicial⁸⁵¹. El artículo 127.1 CE prohíbe a Jueces, Magistrados y Fiscales, mientras se hallen en activo, desempeñar otros cargos públicos así como pertenecer a partidos políticos y sindicatos, pero abre para ellos la posibilidad de las asociaciones profesionales al reconocerles el derecho a su fundación. Estas tienen naturaleza distinta de aquellos y no cabe una asimilación de facto, ni en cuanto a sus fines y modos de actuación, porque ello desvirtuaría el principio de independencia que el referido precepto pretende afirmar en este concreto aspecto⁸⁵². Sin embargo, la normativa de desarrollado no ha reconocido el derecho a fundar asociaciones conjuntas, que en opinión de CONDE PUMPIDO parecía desprenderse del enunciado del

⁸⁵⁰ Reglamento de la Carrera Judicial 2/2011 de 9 de mayo.

⁸⁵¹ Pablo José Castillo Ortiz, “Grupos de interés y Poder Judicial: Las Asociaciones de jueces, las asociaciones de fiscales y los colegios de abogados en España”, www.aecpa.es, Pagg.12-13.

⁸⁵² José Gabaldon López, “Implicación de las Asociaciones y Colegios Profesionales en la reforma de la Justicia”, Diario La Ley, 1996, Pag.1.

precepto constitucional. Por el contrario, se han constituido de forma separada tanto las Asociaciones Judiciales como las Asociaciones de Fiscales⁸⁵³.

Dentro de este marco normativo habría que citar la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo reguladora del Derecho de asociación, cuyo artículo 3 en su apartado d), establece que los Jueces, Magistrados y Fiscales habrán de atenerse a lo que dispongan sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación, en lo que respecta a la creación de Asociaciones Profesionales⁸⁵⁴.

El artículo 54 del Estatuto Fiscal de 1981, tras reconocer el derecho de asociación profesional de los Fiscales establecido en el artículo 127 CE, dispone que deberá ejercerse dentro del ámbito del artículo 22 del citado texto Constitucional, y además establece las reglas a las que deberá ajustarse su ejercicio, por parte de los miembros del Ministerio Público. Las reglas establecidas son:

- *“Uno. Las Asociaciones de Fiscales tendrán personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de estudios y actividades encaminadas al servicio de la justicia en general”*. Se excluye por tanto toda actividad política. Explícitamente lo exige la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 401.2, al prohibir de forma expresa, que sus miembros lleven a cabo actividades políticas o vinculación alguna con partidos políticos o sindicatos.

- *“Dos. Solo podrán formar parte de las mismas quienes ostenten la condición de Fiscales, sin que puedan integrarse en ellas, miembros de otros cuerpos o carreras”*. Es interesante, en lo que al derecho de asociación se refiere, lo establecido en este apartado, puesto que mientras se ostente la condición de Fiscal, se podrá pertenecer a cualquiera de las Asociaciones Profesionales existentes. Y sucede que de acuerdo con el artículo 46 del EOMF, la jubilación no es causa de pérdida de la condición de Fiscal, con lo cual se deduce que pueden integrarse como miembros de las mismas, aquellos Fiscales jubilados aunque no se hallen en activo en la Carrera Fiscal, e incluso Fiscales que se hallen en situación de excedencia, voluntaria o forzosa⁸⁵⁵ pero si bien esta interpretación se deduce desde la literalidad de los preceptos mencionados, lo cierto es que en cada uno de los Estatutos de estas Asociaciones Profesionales se exige como

⁸⁵³ Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.159.

⁸⁵⁴ Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo reguladora del Derecho de Asociación.

⁸⁵⁵ Fernando Alamillo Canillas, “ El ministerio Fiscal..”, Op.Cit.Pag.162

condición para el ingreso en las mismas, el ser miembro en activo de la Carrera Fiscal⁸⁵⁶. No sucede lo mismo con los Jueces y Magistrados, que de acuerdo con el artículo 379 de la LOPJ, el pase a la jubilación daría lugar a la pérdida de la condición de Juez o Magistrado⁸⁵⁷.

- Tres. Los Fiscales podrán libremente afiliarse o no a las Asociaciones profesionales. Estas deberán hallarse abiertas a la incorporación de cualquier miembro de la Carrera Fiscal.

-Cuatro. Las Asociaciones profesionales quedarán válidamente constituidas desde que se inscriban en el Registro, que será llevado al efecto por el Ministerio de Justicia. La inscripción se practicará a solicitud de cualquiera de los promotores, a la que se acompañará el texto de los Estatutos y una relación de afiliados.

-Quinto. Los Estatutos deberán expresar, como mínimo, las siguientes menciones:

Primera.- Nombre de la Asociación, que no podrá contener connotaciones políticas.

Segunda.- Fines específicos.

Tercera.- Organización y representación de la Asociación. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Cuarta.- Régimen de afiliación.

Quinta.- Medios Económicos y régimen de cuota.

Sexta.- Forma de elegirse los cargos directivos de la Asociación.

-Sexto. Cuando las Asociaciones profesionales incurrieren en actividades contrarias a la ley o excedieren del marco de los Estatutos, el Fiscal General del Estado podrá instar, por los trámites del juicio declarativo ordinario, la disolución de la Asociación. La competencia para acordarla corresponderá a la Sala Primera del Tribunal Supremo que con carácter cautelar, podrá acordar la suspensión de la misma⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ Artículo 3 de los Estatutos de la Asociación de Fiscales. Artículo 3 de la Unión Progresista de Fiscales y artículo 9 de la Asociación Progresista e Independiente de fiscales. www.upfiscales.com. www.apfiscales.es

⁸⁵⁷ *Ibidem*. Pag. 192. El artículo 379 LOPJ dice expresamente que la situación de Juez o Magistrado se perderá por jubilación.

⁸⁵⁸ Artículo 54 del vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

El régimen establecido para las Asociaciones Judiciales que regula el artículo 401 en su apartado 8º de la LOPJ de 1985, establece que: “ *la disolución de las asociaciones profesionales del ámbito judicial, quedarán sometida al régimen establecido para el derecho de asociación en general*”⁸⁵⁹.

El régimen jurídico establecido para la suspensión y disolución de las Asociaciones aparece establecido en primer lugar, en el artículo 22.4 CE que establece la potestad en exclusiva de los órganos jurisdiccionales para declarar la suspensión o disolución de aquellas en contra de la voluntad de los socios. En el mismo sentido, el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo que regula el derecho de asociación, establece que: “*las asociaciones se disolverán por las causas establecidas en los estatutos y en su defecto por la voluntad de los asociados manifestada en Asamblea General. Así mismo el artículo 38 de la citada Ley, establece que: “salvo los supuestos de disolución por voluntad de los socios, las asociaciones sólo podrán ser suspendidas en su actividad o disueltas, por resolución motivada de la autoridad judicial competente*”⁸⁶⁰.

Con lo cual se puede concluir, que las Asociaciones en la Carrera Fiscal, en lo que a su régimen de disolución y suspensión se refiere, no difiere del establecido para las Asociaciones judiciales reguladas en el 401.8 LOPJ, con la única diferencia de que en las primeras, el Fiscal General del Estado está legitimado para impulsar la disolución de mismas en contra de la voluntad de sus asociados, que sólo podrá ser acordada por el órgano judicial competente, que como establece el Estatuto Orgánico, será la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sala Primera).

La libertad de afiliación que señala el propio Estatuto Fiscal, tiene como realidad el pluralismo de Asociaciones y la libertad de cada Fiscal de asociarse o no a aquellas. En la actualidad hay constituida tres Asociaciones de Fiscales:

- a) La “Asociación de Fiscales”, de carácter mayoritario y con una preferente inclinación hacia la defensa de los intereses profesionales y del Ministerio Fiscal como Institución;
- b) La “Unión Progresista de Fiscales”, minoritaria y con un sentido de compromiso con los problemas sociales y su reflejo en la Justicia⁸⁶¹.
- c) La “Asociación profesional e independiente de Fiscales”.

⁸⁵⁹ Artículo 401.8 LOPJ de 1985. Por remisión a la Ley

⁸⁶⁰ Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo reguladora del derecho de Asociación. Esther de Alba Bastarrechea, “El Derecho de Asociación concebido según el proyecto de ley en trámite parlamentario”, Diario la Ley, 2001, Pag.9.

⁸⁶¹ Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pagg.160-161

El artículo 54 EOMF, al reconocer el derecho de asociación profesional de los Fiscales, no prohíbe de forma expresa a esas Asociaciones, su vinculación con partidos políticos o sindicatos,⁸⁶² aunque cada una de estas Asociaciones Profesionales de Fiscales declaran su independencia respecto de los partidos políticos, bien a través de sus Estatutos o simplemente a través de la información que ofrece a sus afiliados⁸⁶³.

El citado artículo 54 EOMF, al mencionar las reglas a las que deberá ajustarse el ejercicio de este derecho, en su número 5º, sólo señala que el nombre de la Asociación no podrá contener connotaciones políticas. A sensu contrario, el artículo 401.2 LOPJ sí establece expresamente la prohibición para las Asociaciones de Jueces y Magistrados, de llevar a cabo actividades políticas así como vinculación alguna con partidos políticos o sindicatos. Aunque no debe olvidarse en este sentido, que tanto el halago como las censuras que puedan dirigir los miembros del Ministerio Fiscal a los Poderes Públicos, a los funcionarios o a las Corporaciones oficiales han sido tradicionalmente y son, actos temidos en orden a la independencia del Ministerio Fiscal, al igual que lo son para los miembros del Poder Judicial. Ese es por tanto el espíritu al que responde la prohibición del artículo 59 EOMF, que declara que los miembros del Ministerio Fiscal, no podrán pertenecer a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos así como dirigir a los poderes, funcionarios públicos o a las Corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir con carácter o atributos oficiales a cualesquiera actos o reuniones públicas en que ello no proceda en el ejercicio de sus funciones ⁸⁶⁴.

Por tanto habría que entender, en lo que respecta a los miembros del Ministerio Fiscal, que la prohibición constitucional de pertenecer a partidos políticos o sindicatos se refiere expresamente a funcionarios en activo⁸⁶⁵.

⁸⁶² Esther de Alba Bastarrechea, "Derecho de Asociación concebido según el Proyecto de ley en trámite parlamentario", Diario la Ley, Sección Doctrina, 2001, Pag.3. Pablo José Castillo Ortíz, "Grupos de interés y Poder judicial...", Op.Cit. pag. Pag.13

⁸⁶³ www.AsociacióndeFiscales.com, AsociaciónProgresistaeIndependientedeFiscales.com. Unión Progresista de Fiscales.com.

⁸⁶⁴ Jose Gabaldón López, "Implicación de las Asociaciones y Colegios...", Op.Cit.Pag.5. Cándido Conde Pumpido Ferreira, "El Ministerio Fiscal...", Op.Cit.Pag 130. El autor, comenta al respecto, que con este enunciado se pretende aislar a los Fiscales de la politización de sus actos o los influjos partidistas, y es ese el espíritu al que responde la prohibición del artículo 59 EOMF que es al tiempo un complemento a las incompatibilidades establecidas en el Estatuto, como forma de preservar unas y otras con carácter general, las condiciones de imparcialidad de los Fiscales

⁸⁶⁵ Fernando Alamillo Canillas, "El Ministerio Fiscal...", Op.Cit.Pag.192.

C. 2. Principales Asociaciones de Fiscales en España.

El Asociacionismo dentro de la Carrera Fiscal, puede ser considerado como el vehículo de expresión más adecuado de los miembros de la Carrera, según el primer Libro Blanco del Ministerio Fiscal 1996⁸⁶⁶.

El panorama del asociacionismo Fiscal en nuestro país, parece reproducir de manera simplificada el asociacionismo judicial al conjugarse las tres fases que acontecen en aquellas. Se comienza así en primer lugar, con la creación de una gran asociación profesional que representaba transversalmente a los Fiscales españoles. En una segunda fase, se produce la escisión que refleja, confirma y alimenta, dinámicas de politización partidista, y en una tercera fase a propósito de un problema corporativo concreto, surge una nueva asociación con vocación de independencia⁸⁶⁷.

Desde un punto de histórico, el movimiento asociativo de los Fiscales comienza con la Reunión de Sigüenza de 17 de mayo de 1980 y continúa con los congresos ordinarios de **la Asociación de Fiscales**, única asociación existente en aquellas fechas. En el último de los congresos celebrados en Valencia 1994, se produce la escisión de un grupo de Fiscales que posteriormente fundaron la Unión Progresista de Fiscales (UPF) al discrepar del modelo de Ministerio Público que defendía la Asociación. Así en 1985, cristaliza la idea de crear la Unión Progresista de Fiscales celebrándose su primer Congreso constituyente en Madrid el 5 de junio de 1985⁸⁶⁸.

Entre los fines asociativos de la Asociación de Fiscales, de acuerdo con el artículo 7 de sus Estatutos, podemos destacar entre otros; a)-. La defensa de los principios, derechos y libertades constitucionales; b)-.La promoción del valor de la independencia del Ministerio Fiscal que le da, el estar integrado en el Poder Judicial; c)-. La defensa de la legalidad e imparcialidad en la actuación del Ministerio Fiscal; -.Perfeccionamiento de la Administración de Justicia en cuanto servicio público; d)-.Promover la participación de los miembros del Ministerio Fiscal en los órganos de la institución Fiscal;e)-. Mantenimiento de las relaciones con las demás asociaciones; f)-. La defensa de sus asociados y de los miembros del Ministerio Fiscal en su actuación profesional; g)-. El

⁸⁶⁶ Ministerio de Justicia e Interior, “Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996...”, Op.Cit.Pag.178.

⁸⁶⁷ Pablo Jose Castillo Ortiz, “ Grupos de Interés y Poder Judicial...”, Op.Cit.Pag.13.

⁸⁶⁸ www.UniónprogresistadeFiscales.es

ejercicio del derecho de audiencia en la elaboración de las disposiciones administrativas que afecten al Ministerio Fiscal⁸⁶⁹. En este sentido habría que aludir al último encuentro celebrado en el mes de marzo del presente año 2015, entre el Ministerio de Justicia y el portavoz de la Asociación de Fiscales dentro de la ronda de contactos que se mantienen con los operadores jurídicos, coincidiendo con el comienzo del trámite parlamentario de los principales proyectos del Ministerio de Justicia⁸⁷⁰.

Esta Asociación, que en la actualidad se encuentra vinculada a la Asociación Profesional de la Magistratura así como al Colegio Nacional de Secretarios, constituyendo conjuntamente la Confederación de Asociaciones Profesionales de la Justicia⁸⁷¹.

La Asociación de Fiscales, junto a la Asociación Profesional de la Magistratura es calificada como de carácter conservador, (Diario el País, 5-2-2013)⁸⁷².

La **Unión Progresista de Fiscales**, tal como se ha afirmado supra, nace como consecuencia de un proceso de ruptura o escisión con la Asociación de Fiscales. Esta Asociación que queda constituida oficialmente a raíz de su Congreso constituyente de 5 de junio de 1985, nace con una orientación política que se pone en evidencia con la denominación que emplea para identificarse ante el exterior. Asociación Progresista de Fiscales, y que en opinión de CASTILLO ORTÍZ⁸⁷³, hace explícitos algunos de sus posicionamientos que quedan confirmados por sus Estatutos y que se incorporan como fines asociativos destacando entre otros; a) - La satisfacción del interés social y la defensa de los derechos sociales y económicos de los ciudadanos así como la protección de los sectores marginados de nuestra sociedad (art. 7.3 Estatutos); b) - Promover la ejecución de una política penitenciaria orientada a la integración real de los penados en la sociedad (art. 7.4 Estatutos); c) - Promover la independencia de los órganos que integran el Poder Judicial y su legitimación democrática (art. 7.5 Estatutos); d) - Perfeccionamiento del servicio público de la Administración de Justicia, de modo que el mismo responda a los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos impulsando su celeridad y eficacia y procurando la erradicación de las corrupciones (art. 7.6 Estatutos).

⁸⁶⁹ Estatutos de la Asociación de Fiscales.

⁸⁷⁰ Diario el País, marzo de 2015. (Hemoroteca)

⁸⁷¹ Pablo José Castillo Ortíz, Loc. Cit. Pag. Pag. 14.

⁸⁷² Según el citado artículo de prensa, ante la huelga anunciada por plataformas de Fiscales y Jueces contra las medidas anunciadas por el ex-Ministro Ruiz Gallardón, de las que se desmarcó los portavoces de aquellas Asociaciones conservadoras y mayoritarias, según el citado artículo periodístico).

⁸⁷³ Pablo Castillo Ortíz, “ Grupos de Interés y Poder Judicial...”, Op.Cit.Pag.14.

La UPF tiene fuertes vínculos con los Jueces para la Democracia, de modo que es habitual que ambas asociaciones emitan comunicados conjuntos⁸⁷⁴.

La **Asociación Profesional e Independiente de Fiscales** aparece en el año 2003 siendo el origen de la misma un problema de carácter corporativo de índole económica que afectó a parte de la carrera fiscal; el desacuerdo con el tratamiento dado a parte de los fiscales por la ley 15/2003 reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal. La asociación ha querido hacer de la independencia su seña de identidad en contraposición a las posiciones más partidistas por parte de la AF y UPF, a pesar de que no se hace referencia a ello en sus Estatutos. Entre sus fines asociativos podemos destacar entre otros; a) - La defensa de los principios de legalidad e imparcialidad en la actuación de los miembros del Ministerio Fiscal con especial atención a la defensa de los derechos, principios y libertades consagrados en la Constitución (art. 3.1 Estatutos); b) -Defensa de los asociados y cualesquiera otros miembros del Ministerio Fiscal en lo que a su actuación profesional se refiere así como la defensa en general de los derechos e intereses profesionales de los fiscales (art.3.2 de los Estatutos); c) - Ejercer el derecho de audiencia en la elaboración de las disposiciones que afecten al Ministerio Fiscal(art.3.4 Estatutos); d) -Perfeccionamiento de la Administración de Justicia de modo que la misma responda a los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos (art.3.5 Estatutos). Convendría destacar como ideario asociativo de la misma, su actitud de “respetuosa independencia frente a la Fiscalía General del Estado dentro del marco de unas relaciones de lealtad y colaboración institucional...” viendo como necesaria la implantación del mecanismo de la transparencia en el funcionamiento interno de la Fiscalía y del profundo cambio que necesita el Ministerio Público en nuestro país⁸⁷⁵.

⁸⁷⁴ Ibídem. Estatutos de la Unión Progresista de Fiscales.

⁸⁷⁵Pablo Castillo Ortíz, Loc.Cit.pag.15. Últimas propuestas de la APIF desde la página web de la Asociación.

C.3. Acciones o Actividades que desarrollan las Asociaciones Profesionales de Fiscales.

Con carácter general, en esa defensa de los intereses profesionales por parte de estas Asociaciones Profesionales de Fiscales está sin duda la participación de sus miembros en la constitución del Consejo Fiscal, como se pone de relieve en las acciones de propaganda que cada una de ellas lleva a cabo para la captación de nuevos miembros. Por tanto y como primera conclusión podría decirse que la constitución misma del Consejo Fiscal constituye uno de los fines primarios de estas Asociaciones, como así lo demuestran las acciones que aquellas desarrollan⁸⁷⁶. En este sentido puede verse el paralelismo con las Asociaciones Judiciales que tienen igualmente como fin fundamental, su participación directa en la elección de los doce vocales del Consejo General del Poder Judicial procedentes del Cuerpo Judicial según se desprende de la interpretación literal y correcta del artículo 122.3 de la Constitución y que desarrolló la Ley Orgánica 1/1980 de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial y el Reglamento del propio Consejo de 6 de octubre de 1982 sobre constitución y funcionamiento del que fuera el primer Consejo General del Poder Judicial⁸⁷⁷. Otro sector importante donde la acción asociativa de estas entidades desarrolla su actividad, es en la defensa de la independencia respecto de los Poderes Públicos, Partidos Políticos y Sindicatos e incluso frente a la organización jerárquica del propio Ministerio Fiscal, como así queda constatado en sus Estatutos fundacionales⁸⁷⁸. La actividad de estas organizaciones se encuadra en coordinadas no políticas que son precisamente con las que estas asociaciones no pueden estar vinculadas, pero las actuaciones ajenas a esta esfera incluso públicas, en las que estas entidades defiendan a la propia organización o a determinado colectivo de fiscales son lícitas, e incluso obligadas siempre que hayan

⁸⁷⁶ Fernando Alamillo Canillas, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.192.

⁸⁷⁶ Estatutos de la Asociación Progresista e independiente de Fiscales, de la Asociación de Fiscales y de la Unión Progresista de Fiscales.

⁸⁷⁷ José Gabaldón López “Implicación de las Asociaciones y Colegios...”, Op.Cit.Pag.3. Según aquel sistema, de los doce vocales de procedencia judicial, tres habrían de ser Magistrados del Tribunal Supremo, seis Magistrados y tres Jueces. Habrían de ser elegidos por todos los jueces y magistrados en servicio activo mediante voto personal, igual, directo y secreto. Para esta elección, los candidatos debían estar avalados por un 10 por ciento de electores comprensivo al menos de un 5 por ciento de cada categoría o por una asociación profesional. La disposición adicional 2º de la Ley regulaba las asociaciones de modo análogo a como lo hace la actual normativa, con la diferencia importante, desde el punto de vista de su capacidad para proponer candidaturas, de que para su constitución debían entonces contar con el 15 por ciento de Jueces y Magistrados en activo, requisito que no se establece en el art. 401 de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁸⁷⁸ Artículo 3.2 de los Estatutos de la Asociación Profesional e Independiente de Fiscales, Art.6 de la Asociación de Fiscales y Art.6 de la Unión Progresista de Fiscales.

sido estatutariamente asumidas por las mismas, y aunque esto comporte fricciones o críticas a las actuaciones de algún fiscal jefe o de los mismos órganos del Ministerio Fiscal, lo cual no se opone a las prohibiciones del artículo 59 EOMF, que vienen referidas a actuaciones de los Fiscales individualmente y no de las asociaciones las cuales se sitúan en un plano distinto⁸⁷⁹.

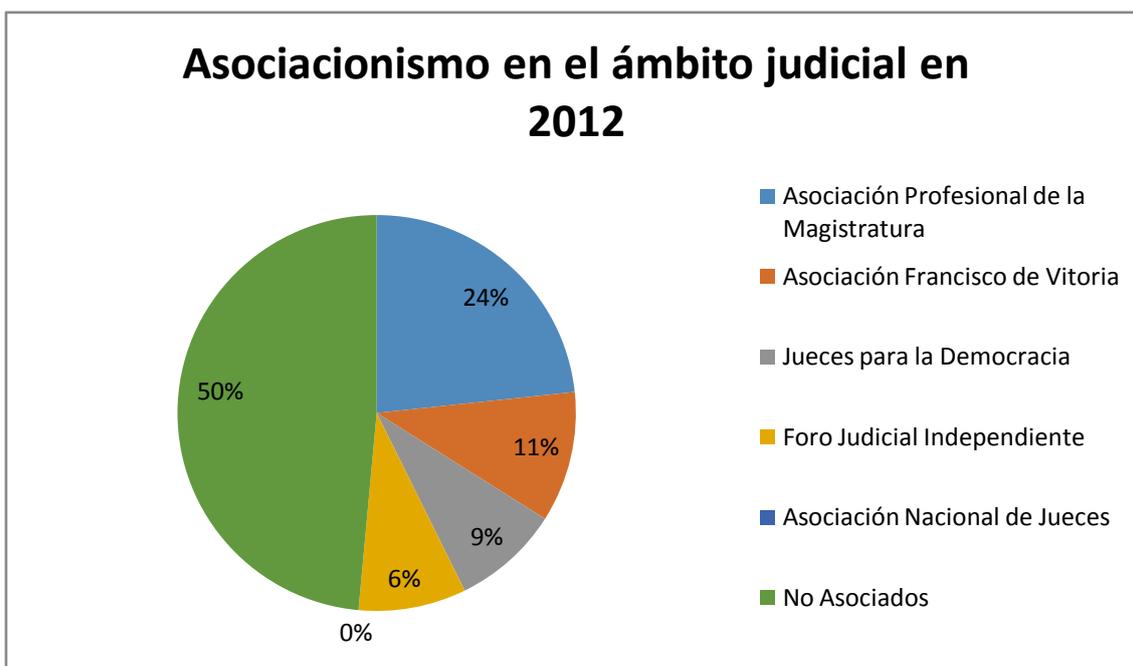
En el mes de abril de presente año 2015, la actual Fiscal General del Estado, asistió al IX Congreso anual de la Asociación Profesional e Independiente de Fiscales, y en su intervención, la Fiscal General valoró la importancia de la existencia de las asociaciones dentro de la Carrera Fiscal, como foro en el que se enriquezcan los Fiscales de forma que sean personas libres e independientes. En el citado Congreso, se concluyó con una serie de premisas como aquellas que ayuden a “redefinir la Fiscalía Española como Institución democrática y propia del S. XXI”. Entre las aspiraciones de los asociados se hicieron eco de la necesidad de una revisión de los aspectos esenciales del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal encaminadas a garantizar que la figura del Fiscal jefe mantenga “una actitud de servicio hacia el exterior y hacia el interior” como director de un grupo humano que tiene encomendada una importante función constitucional en el ámbito de cada Fiscalía Territorial y Especial. En esa línea y en referencia a los nombramientos de los Fiscales Jefes, deben exigirse dentro de los requisitos de mérito y capacidad, que “cuenten con los valores humanos para dirigir una Fiscalía como un organismo integrado por profesionales altamente cualificados”. Además consideran esencial que “se dé cuenta a los Fiscales de la asignación de los servicios realizados con una periodicidad anual así como que la Inspección Fiscal realice una especial vigilancia de los repartos de trabajo de cada Fiscalía, tanto del procedimiento como del contenido de estos”. Además debiera implementarse un Código Ético que rijan la vida de cada Fiscalía y la labor diaria de cada Fiscal y como novedad importante en conexión con la entrada en vigor el pasado mes de enero de la Ley de Transparencia, se apunta como prioridad que cada Fiscalía Española cuente con un portal de transparencia dentro de su página Web en el que se dé cuenta por una parte, de los gastos en viajes del Fiscal General del Estado; Por otra parte, debe darse cuenta de las actividades del Consejo Fiscal, de los decretos de nombramiento de los Fiscales llamados a puestos discrecionales y de todas aquellas decisiones con trascendencia externa⁸⁸⁰.

⁸⁷⁹ www.apifiscales.es/Conclusiones-del-Congreso-apif/.

⁸⁸⁰ www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/gabinete-prensa.

C. 4.Situación Actual de las Asociaciones de Fiscales.

El panorama asociativo en el ámbito fiscal difiere ligeramente del que encontramos en el ámbito judicial, tanto por lo que se refiere a las tasas globales de asociación como por lo que atiende a la composición del sector asociativo.



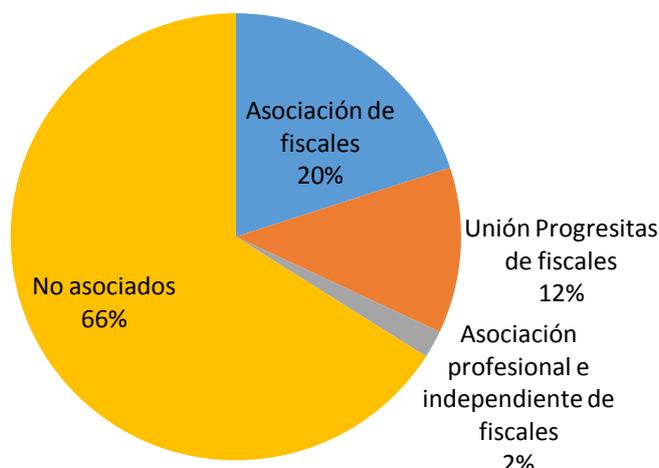
Fuente: Consejo General del Poder Judicial⁸⁸¹.

En marzo de 2013, había un total de 5184 Jueces y Magistrados en la carrera judicial, de los que 134 se encontraban en servicios especiales y 242 magistrados en excedencia. Por tanto de total de Jueces, más de 5000, tomando como referencia el mes de septiembre de 2012, prácticamente la mitad (2713) pertenecían a alguna asociación judicial. La tasa de asociacionismo judicial que gira alrededor del 50%, supera ampliamente las tasas de sindicación en el sector privado español e incluso en el sector público. Por otro lado, cabe destacar como la influencia de la Asociación Profesional de la Magistratura, con 1277 miembros es innegable: 1 de cada 4 Jueces y Magistrados pertenecían a esta Asociación⁸⁸².

⁸⁸¹ Pablo José Castillo Ortiz, “Grupos de interés y Poder Judicial”, Op.Cit.Pag.9.

⁸⁸² *Ibidem*.

Asociacionismo en la carrera fiscal en 2013.



Fuente: Fiscalía General del Estado⁸⁸³.

Llama la atención como la tasa de asociacionismo en la Carrera Fiscal es ligeramente inferior a la Carrera Judicial. De los 2407 Fiscales de carrera en abril de 2013, solamente el 33 por ciento pertenecían a alguna asociación, frente al casi 50% de Jueces y Magistrados asociados. En segundo lugar, la composición asociativa refleja una menor pluralidad, con tan sólo 3 Asociaciones frente a las 5 de la Carrera Judicial⁸⁸⁴.

En lo que sí coinciden tanto la Carrera Judicial como la Fiscal, es en la hegemonía de la Asociación conservadora: un total de 471 fiscales, uno de cada cinco de la Carrera pertenecen a la Asociación de Fiscales. La segunda asociación por número de miembros es Unión Progresista de Fiscales con una cifra menor de asociados que alcanza los 284 miembros, con casi la mitad de los integrantes de la Asociación de Fiscales. El escenario asociativo finaliza con la Asociación Profesional e independiente de Fiscales con tan solo 51 asociados, es decir 2% de los miembros de la Carrera, aunque suficientes como para ser tomados en consideración desde un punto de vista institucional⁸⁸⁵.

⁸⁸³ Pablo Castillo Ortíz, “Grupos de Interés y Poder Judicial...”, Op.Cit.Pag.15.

⁸⁸⁴ *Ibidem*. Pag.16.

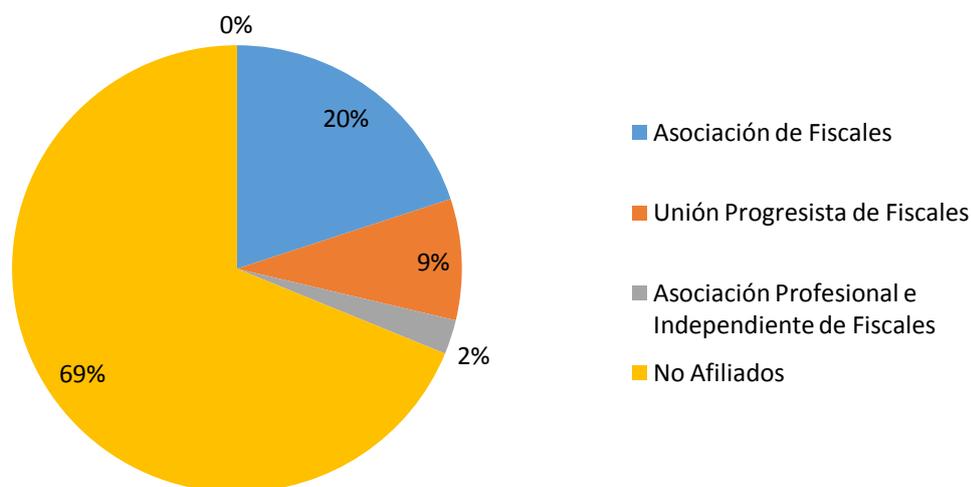
⁸⁸⁵ *Ibidem*.

De forma retrospectiva, en el primer Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996, se llegó a plantear, en relación a la situación de las Asociaciones dentro de la Carrera Fiscal y teniendo en cuenta que eran solo dos las Asociaciones existentes, la pregunta de cuál podía ser el motivo al que obedecía el bajo porcentaje de Fiscales que formaban parte de las citadas Asociaciones de Fiscales. Uno de los motivos a lo que se aludió, era que el sentimiento de estar integrado en alguna de aquellas, fue que no había calado mucho entre los Fiscales, quizás porque las ideas que habían propugnado no respondían a las verdaderas aspiraciones de los integrantes de sus miembros o bien porque sus pretensiones fueron escasamente atendidas o bien por el propio Fiscal General del Estado o por el Ministerio de Justicia. Junto a estos motivos, se encontraría además la falta de canales de comunicación entre los afiliados y los órganos directivos de la asociación de una parte y de otra, la falta de comunicación de esos órganos directivos con el resto de los miembros de la Carrera Fiscal, hasta el punto de que únicamente a través de la remisión de las revistas que ambas asociaciones profesionales editan, se podía llegar a tener un conocimiento más o menos preciso del parecer de las Asociaciones sobre los problemas que aquejan a la Justicia en general o al Ministerio Fiscal en particular⁸⁸⁶.

A día de hoy, abril de 2015, los datos extraídos del Real Decreto 62/2015 de 6 de febrero, es que la plantilla del Ministerio Fiscal cuenta con un total de 2.471 miembros, descontado de la misma aquellos integrantes que se encuentran en situación de excedencia o en situación de comisión de servicios dado que al estar fuera del servicio activo, no están dentro del computo anterior de la plantilla. Según datos facilitados desde la Unión Progresista de Fiscales, actualmente hay inscritos o dados de alta como afiliados un total de 218 miembros dentro de la organización. Desde la Asociación Profesional e Independiente de Fiscales, los datos actuales de afiliados a la misma alcanza la cifra de 63 miembros con un claro repunte de miembros. Desde la Asociación de Fiscales, la cifra de miembros actuales alcanza la 495 afiliados. Ante estas cifras se concluye que en la actualidad, un poco más del 31% de miembros de la Carrera Fiscal pertenece a alguna de estas tres Asociaciones, y el nivel de abstención puede alcanzar la cifra aproximada del 69%.

⁸⁸⁶ Ministerio de Justicia e Interior, “Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996...”, Op.Cit.Pag.178.

Asociacionismo en la Carrera Fiscal en 2015



Elaboración propia. Datos extraídos de las tres Asociaciones de fiscales.

D. Libertad de Palabra

Dispone el artículo 25 EOMF, en su último párrafo; *“El Fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia”*.

Esta disposición contrasta con el contenido del artículo 92.3 del Reglamento Fiscal de 1969, en el que se compelió al funcionario fiscal a cumplir exactamente las instrucciones de sus superiores jerárquicos, sin que pudiera dar a entender en sus intervenciones orales, que las mismas obedecían a convicciones personales o procedían de orden superior⁸⁸⁷. Por tanto, el sistema descansaba desde los primeros momentos del desempeño de la función fiscal, en las anotaciones o instrucciones que efectuaban los superiores jerárquicos directos.... En la práctica, constituía un sistema inservible para

⁸⁸⁷ Pablo Lanzarote Martínez, “La Autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag. 454.

valorar a las personas, pero era una excelente herramienta para obtener la normalización y el conformismo en el desempeño de la función fiscal⁸⁸⁸.

En la actualidad esa norma reglamentaria ha de entenderse derogada en virtud de la disposición final 2ª del Estatuto Orgánico de 1981, el cual a través del citado artículo 25 del EOMF, viene a instituirse en nuestro sistema, el viejo adagio francés “La pluma es sierva pero la palabra es libre” y que en opinión de FLORES PRADA es un contradictorio y pernicioso argumento que no hace sino oscurecer el problema de fondo⁸⁸⁹. En Francia, de acuerdo con el artículo 5 del Estatuto de la Magistratura, los Fiscales están situados bajo la dirección y control del Ministro de Justicia, con la atenuante de que en la audiencia de los procedimientos, su palabra es libre⁸⁹⁰.

En España, esta facultad reconocida a los Fiscales no implica que pueda apartarse de la orden o instrucción recibida, debiendo dejar claramente su pretensión en el proceso de acuerdo con dicho mandato, aunque se le faculta para exponer ante el Tribunal argumentos que puedan conducir a una solución diferente a la impuesta en la orden o instrucción⁸⁹¹.

Según se desprende del Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996, se trata de un mecanismo que surge precisamente como forma de flexibilizar el principio de dependencia jerárquica, como contrapeso al poder de obediencia, siempre que haya mediado orden expresa, al respecto de la posición que haya de mantenerse en un determinado asunto. En otro caso carecería de justificación⁸⁹².

Consideramos que esta libertad del Fiscal para desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la Justicia, puede tener un precedente en nuestro derecho, en el artículo 105 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835. En el mencionado precepto, en su último párrafo, se da libertad a los Promotores Fiscales que estaban bajo las inmediatas órdenes y dirección de los Fiscales de la respectiva Audiencia, para todo lo que sea defender la Real Jurisdicción ordinaria o promover la persecución y castigo de los delitos públicos y la pronta y cabal Administración de Justicia, salvando siempre la independencia de opinión que los mencionados promotores, como únicos responsables de sus actos en las

⁸⁸⁸ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.171. Vid note de autor, 446.

⁸⁸⁹ *Ibidem*.

⁸⁹⁰ Cristina Pauner Chulvi, “ El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia...”, Op.Cit.Pag. 193.

⁸⁹¹ Pablo Lanzarote Martínez, *Loc. Cit.*

⁸⁹² Ministerio de Justicia e Interior “El libro Blanco del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.37.

causas que despachen, deben tener respecto a éstos, para no pedir ni proponer sino lo que ellos mismos conceptúen arreglado a las leyes⁸⁹³.

Con relativa frecuencia, en opinión de GRANADOS CALERO, los representantes del Ministerio Fiscal hacen uso de esta facultad legal expresando a veces sus dudas respecto al resultado poco satisfactorio a su postura acusatoria en una concreta causa penal, pese a lo cual mantiene variablemente sus conclusiones en el acto de la vista oral del juicio. De esta forma, cumplen de manera estricta aunque no rigurosa las instrucciones recibidas del superior en la fase preparatoria del juicio, si bien el desarrollo de las pruebas ante el Juez o Tribunal sentenciador les permite ajustar su informe oral al resultado de las mismas, conscientes de que en último extremo la responsabilidad de juzgar con absoluta independencia de criterio le corresponde al juez⁸⁹⁴.

Según COLMENERO MENÉNDEZ, el artículo 25 EOMF no puede entenderse en el sentido de permitir al Fiscal defender oralmente lo contrario de lo que sostiene por escrito, sino lo que pretende el mencionado precepto, es permitir al Fiscal ofrecer al Tribunal otros razonamientos y argumentos distintos que pudieran conducir a una solución diferente si es realmente su consideración o punto de vista al respecto, y que son tan defendibles como la solución impuesta en la orden o instrucción⁸⁹⁵.

E. Mecanismo de la Discrepancia. Especial referencia al caso Frago.

E. 1. Mecanismo de Discrepancia.

La Ley Orgánica Provisional de 1870 en su artículo 842 establecía que cada Fiscal; *“Hará respetuosamente a su superior jerárquico las observaciones que estime conducentes relativas a las órdenes e instrucciones que considere contrarias a las leyes o que por apreciaciones equivocadas o por cualquier otro motivo estime improcedentes pero sin que pueda separarse de ellas hasta que así se lo ordene su superior”*⁸⁹⁶.

⁸⁹³ Babel.hathitrust.org, Art. 105, último párrafo, del Reglamento Provisional de la Administración de Justicia de 1835.

⁸⁹⁴ Francisco Granados Calero, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag. 298.

⁸⁹⁵ Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, “El principio de Jerarquía...”, Op.Cit.Pag.594.

⁸⁹⁶ Artículo 42.4 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870.

El Estatuto del Ministerio Fiscal de 23 de junio de 1926, reproducía en su artículo 43 el mismo supuesto concreto de órdenes o instrucciones que el funcionario considerase contraria a las leyes, equivocadas o sencillamente improcedentes, sin que el inferior pudiera separarse de cumplimentarlas “*hasta que así lo ordene su superior*”. Por tanto se aprecia la rígida jerarquización del Ministerio Fiscal concebida por la Ley Provisional de 15 de septiembre de 1870, cuya piedra angular se conforma con la obligada conducta a seguir por el funcionario de rango inferior ante aquellas órdenes o instrucciones que considere contrarias a las leyes, no pudiendo separarse de su cumplimiento “*hasta que así lo ordene su superior*”⁸⁹⁷.

El Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 1969, reproduce en su artículo 92, apartado 4, el mismo supuesto de observaciones hechas por un Fiscal, relativas a órdenes o instrucciones que estimare improcedentes, y que como en los supuestos anteriores, no puede separarse de su cumplimiento hasta que así sea ordenado por su superior⁸⁹⁸.

El mandato más categórico de cumplimiento de la legalidad que contiene el Estatuto Orgánico de 1981, aparece en su artículo 6, párrafo segundo cuando dispone; “*Si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el artículo 27 de este Estatuto...*”, apareciendo regulado el contenido del precepto como un derecho del Fiscal que recibe una orden o instrucción que considere contraria a las leyes para objetar esa orden e imponer su revisión, no ya por el que la impartió sino con la asistencia de la Junta de Fiscalía como órgano que determina la actuación unitaria y colectiva en el Ministerio Fiscal⁸⁹⁹.

El vigente Estatuto Orgánico, a pesar de haber dulcificado el rigor de la obediencia mantiene que el “*Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos...*”(artículo 25 EOMF) “...y llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir

⁸⁹⁷ Francisco Granados Calero, Loc.Cit.Pag.297.

⁸⁹⁸ El artículo 92.4 del Reglamento Fiscal de 1969 dice textualmente; “...Será obligación de cada Funcionario Fiscal; Hacer respectivamente a su superior jerárquico las observaciones que estime conducentes relativas a las órdenes e instrucciones que considere contrarias a las leyes o que por apreciaciones equivocadas o por cualquier otro motivo estime improcedentes; pero sin que pueda separarse de ellas hasta que así se lo ordene su superior”.

⁸⁹⁹ Cándido Conde Pumpido, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.128

directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, trasladando, en este caso, dichas instrucciones al Fiscal Jefe respectivo” (artículo 26 EOMF)⁹⁰⁰.

Ante tales facultades, uno de los mecanismos de los que dispone los Fiscales con el que reafirmar su personal criterio es precisamente el mecanismo de la discrepancia⁹⁰¹, que actúa como límite al principio de dependencia jerárquica y cuyo fundamento se encuentra en la correcta defensa del principio de legalidad⁹⁰². En relación al mecanismo de la discrepancia regulado en el artículo 27 EOMF, la instrucción 1/1987 de la Fiscalía General del Estado decía lo siguiente “... Pero mientras no cambien en este aspecto las leyes procesales es imprescindible para que el principio, también constitucional, de igualdad ante la ley, tenga verdadera vigencia, que los miembros del Ministerio Fiscal tomen sincera conciencia de la necesidad, ya antes aludida, de la importancia que tiene el asumir ante los Tribunales, prescindiendo de naturales preferencias personales, la defensa uniforme de las normas de un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político y la forma de conseguir esa uniformidad es actuar aceptando el principio constitucional de dependencia, en virtud del cual el Fiscal debe acatar y cumplir las instrucciones que reciba de su superior jerárquico. Ello no supone la necesidad de una obediencia ciega que anule la responsabilidad individual de cada Fiscal, imposibilitándole para actuar según su personal criterio, ya que las propias normas estatutarias prevén la posibilidad de discrepancias entre el jefe que ordena y el que recibe la orden y brindan vías para la solución del conflicto creando a esos efectos un órgano: las Juntas de Fiscalía (art. 24 EOMF) en el que se coordinan armónicamente el principio jerárquico, los planteamientos individuales y los métodos democráticos”⁹⁰³.

La actuación del Fiscal habrá de guiarse siempre por la mejor defensa de la legalidad, determinada en cada caso concreto, de acuerdo con criterios objetivos y por tanto de forma imparcial e independiente. Tal como afirma COLMENERO MENÉNDEZ, dado que la determinación de la legalidad no siempre es pacífica, la regulación que el Estatuto realiza a través del mecanismo de la discrepancia, lo que pretende es encontrar un equilibrio entre la prevalencia del criterio del superior jerárquico y la posibilidad

⁹⁰⁰ Francisco Granados Calero, “ El Ministerio Fiscal ...”, Op.Cit.Pagg. 297-298.

⁹⁰¹ Ibídem. Pag.298.

⁹⁰² Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, “ El principio de dependencia jerárquica...”, Op.Cit.Pag.592.

⁹⁰³ Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, Loc.Cit. Pag. 593.

que se reconoce a cada Fiscal de defender su particular criterio u opinión. Por tanto, la solución que nos ofrece el Estatuto a través de este instrumento o mecanismo, es la mayor eficacia del criterio del superior, pero será preciso conocer en cada caso y con anterioridad a su decisión, el punto de vista de la correspondiente Junta de Fiscalía e incluso en ocasiones del Consejo Fiscal o de la Junta de Fiscales de Sala⁹⁰⁴.

Con el mecanismo de la discrepancia lo que se pretende es excluir una obediencia ciega por parte de los miembros del Ministerio Fiscal, con lo que se intenta es incentivar una obediencia crítica orientada a una adecuada defensa de la legalidad⁹⁰⁵. Según establecía el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996, el mecanismo de la discrepancia es un instrumento básico para la salvaguarda de la autonomía personal del Fiscal en el ejercicio de sus funciones representando por tanto una objetiva limitación a los poderes del superior jerárquico. Flexibiliza el principio de dependencia jerárquica constituyendo una barrera ante posibles abusos en el ejercicio de la facultad de dirección de la Jefatura y fortalece a la Institución⁹⁰⁶.

Respecto a la determinación de cuando una orden o instrucción de un superior es contraria a la ley, parece que no existen demasiadas dificultades para su determinación, según establecía el Libro Blanco del Ministerio Fiscal, siempre que pueda realmente objetivarse la infracción legal, su naturaleza y gravedad de la misma. Sin embargo es más complejo definir con precisión qué debe entenderse por orden improcedente, precisamente por tratarse de un concepto abierto e indeterminado y es precisamente por este motivo por el que se le reconoce al Fiscal esta facultad del artículo 27 EOMF. El concepto de improcedencia conlleva o significa que una orden debe ajustarse a la legalidad y al resto de los principios que informan la actuación del Ministerio Fiscal como la imparcialidad con sus contenidos de objetividad e independencia, la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, la defensa del interés público, la satisfacción del interés social y otros principios y deberes cuyo cumplimiento es inexcusable, y que excluyen dar entrada en el funcionamiento del Ministerio Fiscal, al principio de oportunidad en la persecución penal o hacerlo con arreglo a criterios que, siendo formalmente conformes a Derecho, perjudican o favorecen a determinadas personas, con infracción de los deberes del Ministerio Fiscal o de los principios de

⁹⁰⁴ *Ibíd.*

⁹⁰⁵ *Ibíd.* Pag.592

⁹⁰⁶ Ministerio de Justicia e Interior, “Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996...”, *Op.Cit.* Pag.36.

justicia material⁹⁰⁷. Puede citarse como ejemplo de ordenes ilegales, aquellos casos en que se discrepa sobre la valoración de las bases fácticas en que debe asentarse una orden acomodada formalmente a la ley, como puede ser la petición de un procesamiento que se funda en indicios que se estiman insuficientes. Como ejemplo de orden improcedente, sería aquel supuesto de impugnación de una resolución judicial procesalmente recurrible, pero que el inferior valora como correcta. En el primer caso, no solo puede sino debe ser rechazada por el Fiscal que la reciba. En el segundo caso, la orden improcedente puede ser discutida por quien la reciba, pero no tiene el deber de hacerlo⁹⁰⁸.

Por todo ello, el mecanismo de la discrepancia como facultad reconocida al Fiscal, de oponerse a órdenes o instrucciones improcedentes, es una forma real de que el Ministerio Fiscal pueda mantener su autonomía frente a intromisiones o injerencias externas – ilegales o no- de cualquier signo⁹⁰⁹.

Según COLMENERO MENÉNDEZ, la posibilidad de discrepar no puede ser concebido como mecanismo de devaluación del principio de dependencia jerárquica que permita constantemente cuestionar la corrección de las decisiones de la Jefatura. En un sistema de organización en el que sólo primara la jerarquía, la elección de la solución aplicable correspondería exclusivamente a los jefes, bajo su responsabilidad, pero sin necesidad de oír previamente la opinión de los demás integrantes de la Institución o de sus órganos colegiados. En el Ministerio Fiscal el principio de dependencia jerárquica no puede impedir la vigencia de los principios de legalidad e imparcialidad, que obliguen a los Fiscales en todo caso, a sujetarse a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico. La decisión acerca de cuál es la decisión más ajustada a esos principios no siempre se adopta sólo como consecuencia de una decisión de quien ostenta la jefatura, sino que en ocasiones, ha de venir precedida de un proceso en el que evidentemente no se impone de forma autoritaria la decisión del Fiscal Jefe, sino que se produce un debate en el seno del órgano colegiado, sin perjuicio de que la decisión final corresponda al Fiscal Jefe bajo su personal responsabilidad. No sería correcto partir de la postura según la cual la decisión del Fiscal Jefe va unida a la sospecha de un origen oscuro como si sólo el Fiscal Jefe pudiera actuar de esa forma y fuera imposible esa misma posición interesada en el subordinado. De lo que se trataría en todo caso, es determinar el criterio correcto

⁹⁰⁷ *Ibíd.* Pag.37.

⁹⁰⁸ Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “ El Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* .Pag. 128.

⁹⁰⁹ Ministerio de Justicia e interior, “ El libro Blanco del Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.*Pag.37

en la defensa de la legalidad vigente o de la elección de lo más procedente en derecho, y es precisamente en esa línea de razonamiento donde tiene su cabida el mecanismo de la discrepancia⁹¹⁰.

El sistema de la discrepancia se caracteriza por dos principios; En primer lugar prevalece la opinión del Jefe y en segundo lugar, no cabe la imposición autoritaria al regularse la intervención de órganos colegiados⁹¹¹.

El artículo 27 EOMF dispone; “Uno. *El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considerara satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuera dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala.*

Dos. *Si el Superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera”.*

Volviendo al contenido del artículo 6 EOMF, en su segundo párrafo disponía que cuando “*..El Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el artículo 27 de este Estatuto”.*

De la conjunción de ambos preceptos, opina COLMENERO MENÉNDEZ, no podría deducirse sólo una invitación al Fiscal a actuar salvando su conciencia, sino que realmente se le impone dicha actuación en aras de la defensa de la legalidad que corresponde a todos y cada uno de los miembros del Ministerio Fiscal. Por tanto, está obligado a recurrir al mecanismo dispuesto en el artículo 27 EOMF, cuando hubiera

⁹¹⁰ Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, “El Principio de Dependencia Jerárquica...”, Op.Cit.Pagg. 609-610.

⁹¹¹ *Ibíd.*

recibido una orden o instrucción que de acuerdo con su preparación profesional no se ajuste a la Ley o sea improcedente⁹¹².

En el funcionamiento cotidiano de la Institución Fiscal, lo habitual o más frecuente es que las órdenes que se imparten por los Fiscales Jefes a sus subordinados sean de carácter verbal. Ello podría conducir a que el Fiscal que reciba la citada orden, solicite de su Fiscal Jefe que se la imparta por escrito, es decir que quede constancia por escrito de la misma, siendo deseable que éste accediera a tal petición, aunque el artículo 27 no especifica que haya de tratarse de órdenes orales o escritas y tampoco exige que el planteamiento del subordinado haya de hacerse por escrito, puesto que tan solo hace referencia al informe razonado de éste, que puede ser escrito u oral. Ante esta situación, no cabe duda que para un mejor tratamiento de la cuestión, es necesario que quede constancia escrita de la orden o al menos de cómo ha sido percibida por su receptor así como de las razones que avalan la posición del Fiscal que suscribe el informe, acerca de la ilegalidad o improcedencia de la orden o instrucción⁹¹³.

De acuerdo con la redacción del art. 27 EOMF, la orden o instrucción puede proceder del Fiscal Jefe de la Fiscalía o bien de un Superior, que podrá ser el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma en aquellas materias en las que exista delegación en relación con la Instrucción 5/1989, o del Fiscal General del Estado.

Si la Orden o Instrucción procede del Fiscal Jefe de la Fiscalía y éste decidiera mantenerla por no considerar satisfactorias las alegaciones del inferior, deberá convocar a la Junta de Fiscalía ante la que deberá plantear la cuestión. Una vez producido el debate y oído el parecer de la Junta de Fiscalía, el Fiscal Jefe deberá resolver definitivamente reconsiderándola o bien ratificando la orden o instrucción de que se trate. Es bien distinto el tratamiento dado a la discrepancia que proceda del Fiscal que haya recibido la orden, de aquella otra discrepancia surgida en el propio seno de la Junta de Fiscalía regulada en el artículo 24 EOMF⁹¹⁴.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 EOMF, no existe posibilidad de que pueda plantearse la cuestión al superior jerárquico, para el caso de que la opinión de la mayoría de la Junta sea contraria a la del Fiscal Jefe, tal como aparece regulado en el artículo 24 del Estatuto, en el que la discrepancia surge en el propio seno de la Junta de

⁹¹² *Ibíd.* Pag.612.

⁹¹³ *Ibíd.*

⁹¹⁴ *Ibíd.*

Fiscalía, produciéndose por tanto cierta incongruencia en el tratamiento de la cuestión. En el supuesto del artículo 27 del Estatuto, será el propio Fiscal Jefe el que ha de resolver por sí mismo, dado lo términos en que se expresa el precepto “*resolverá definitivamente*”⁹¹⁵.

Cuando la orden proceda del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, según lo previsto anteriormente, o bien del propio Fiscal General del Estado, el Fiscal Jefe de la Fiscalía que haya transmitido la orden origen de la discrepancia, deberá elevar el informe a ese superior de quien proceda, el cual resolverá definitivamente ratificándola o reconsiderándola habiendo oído previamente a la Junta de Fiscalía, y en el caso de tratarse del Fiscal General del Estado, habrá de oír a la Junta de Fiscales de Sala⁹¹⁶.

No existe especialidad alguna cuando la discrepancia surge entre el Fiscal Jefe de una Fiscalía y el Fiscal General del Estado. En estos casos, el Fiscal Jefe deberá exponer en informe razonado su discrepancia al Fiscal General y éste, salvo que considere satisfactoria su alegación, resolverá definitivamente después de oír a la Junta de Fiscales de Sala. Y aunque nada se diga en el Estatuto, sobre la necesidad de oír al Consejo Fiscal, cuando se trata de materias de su competencia como aquellas que afectan a la unidad de actuación en lo referente a la estructura y funcionamiento de los órganos del Ministerio Fiscal (art. 14.4.a), habrá de considerarse un olvido del legislador a tenor de lo preceptuado, cuando se haya producido una diferencia de criterio entre el Fiscal General del Estado y la Junta de Fiscalía del Tribunal Supremo o bien, con cualquier otra Junta de Fiscalía, pudiendo resultar afectada la unidad de criterio por la dificultad, generalidad o trascendencia del asunto⁹¹⁷.

De lo expuesto se deduce claramente dos cauces distintos a la hora de resolver las discrepancias que puedan surgir entre el Fiscal Jefe de una Fiscalía y sus subordinados. Así, se acudirá al cauce previsto en el artículo 24 EOMF cuando las discrepancias se produzcan en el seno de la propia Junta de Fiscalía entre un grupo mayoritario de Fiscales respecto del criterio sostenido por su Fiscal Jefe. Por el contrario, se acudirá al mecanismo regulado en el artículo 27 EOMF cuando esa diferencia de criterio surja individualmente entre un Fiscal y su Superior Jerárquico o Jefe inmediato en dicha Fiscalía. En este último supuesto, si se acudiera al mecanismo de la sustitución regulado

⁹¹⁵ *Ibídem.*

⁹¹⁶ *Ibídem.*

⁹¹⁷ *Ibídem.*

en el art. 23 EOMF, prevista como alternativa a la que pudiera recurrir el Fiscal Jefe según el art. 27.2 del Estatuto, esa sustitución no puede fundamentarse en esa diferencia de criterio, sustitución que en cualquier caso habrá de ser comunicada con expresión de las circunstancias que la motivan⁹¹⁸. En cualquier caso, consideramos tal como argumenta COLMENERO MENÉNDEZ, que el Consejo Fiscal debería manifestarse acerca de esta sustitución adoptada por el superior jerárquico en el ámbito del art. 27.2 EOMF⁹¹⁹.

Del contenido del art. 27 EOMF, se puede concluir, que como resultado de esa discrepancia, la decisión que resuelva el conflicto va a provenir del Fiscal Jefe de la Fiscalía, con lo cual prevalece el criterio del superior jerárquico que habrá tenido que oír antes y en todo, a la Junta de Fiscalía como órgano colegiado. Además, la decisión que vaya a adoptar, mediante escrito razonado, deberá contener la relevación de responsabilidades si se reafirma en su decisión, de acuerdo con el apartado segundo del precepto citado, salvo que se encomiende el despacho del asunto a otro Fiscal⁹²⁰.

LANZAROTE MARTÍNEZ, considera que las facultades concedidas al Fiscal a través del mecanismo de la discrepancia sirven para bien poco, como así lo demuestra el escaso uso que de ellas se hace, y que obedece en parte, al carácter preclusivo de los plazos procesales que no permiten esperar al trámite previsto en el art. 27 EOMF, con lo cual para cuando la cuestión quede resuelta, carecerá de toda utilidad práctica⁹²¹.

CASANOVA AGUILAR, autor citado por LANZAROTE MARTÍNEZ, considera que la facultad atribuida por el artículo 27 EOMF no va acompañada de la posibilidad de resistir con garantías objetivas las órdenes o instrucciones que se consideren contrarias a las leyes o improcedentes por cuanto no se contempla la posibilidad de que la decisión

⁹¹⁸ *Ibíd.* Pag.614. El artículo 23 EOMF establece; "...En cualquier momento de la actividad que un Fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones o antes de iniciar la que le estuviese asignada en virtud del sistema de distribución de asuntos entre los miembros de la Fiscalía, podrá su superior jerárquico inmediato mediante resolución motivada avocar para sí, el asunto o designar a otro Fiscal para que lo despache . Si existe discrepancia resolverá el superior jerárquico común a ambos. La sustitución será comunicada en todo caso al Consejo Fiscal". En torno a la sustitución, el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996, argumento que no alcanzaba a vislumbrar cual debería ser la posición del Consejo Fiscal, que en todo caso es un mero receptor de la decisión no pudiendo por tanto adoptar ninguna postura al respecto, pero sobre todo cual debía ser la posición del Fiscal General del Estado como superior jerárquico, (salvo que por razones de delegación de competencias corresponda conocer de esa discrepancia al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma), si considerase que la sustitución careciera de toda fundamentación, implicando per se una desautorización del Fiscal Jefe. Ministerio de Justicia, "Libro Blanco del Ministerio Fiscal...", Op.Cit.Pag.31.

⁹¹⁹ Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, "El principio de Jerarquía...", Op.rCit. Pag.614.

⁹²⁰ *Ibíd.*

⁹²¹ Pablo Lanzarote Martínez, "La autonomía del Ministerio Fiscal...", Op.Cit.Pag.457. Vid note de autor, 674.

última sobre la pertinencia o no de la decisión la realice una instancia distinta de aquella que la adoptó y por tanto independiente de ambos criterios en colisión⁹²². Y en el mismo sentido en que se ha expresado este autor, LANZAROTE MARTÍNEZ estima que esta previsión estatutaria, lo que viene es a garantizar en todo caso, una relevación de responsabilidades del Fiscal que ha recibido la orden o instrucción puesto que si el Superior Jerárquico se ha ratificado en la misma, el Fiscal que la ha recibido deberá cumplirla, salvo que aquel decida encomendar el asunto a otro Fiscal⁹²³.

Este autor concluye que en realidad, la última reforma estatutaria del año 2007, no alteró esencialmente el mecanismo de la discrepancia, puesto que si realmente se hubiera querido garantizar una adecuada conjunción de los principios orgánicos y funcionales del Ministerio Fiscal en aras de la defensa de la legalidad y de la autonomía funcional del Fiscal, se hubiera acudido a una regulación similar a la establecida para los supuestos de designación, sustitución y avocación en los que resuelve, en casos de discrepancia entre el Fiscal Jefe y el inferior jerárquico, el superior jerárquico común de ambos, o bien se hubiera otorgado capacidad resolutoria a las Juntas de Fiscalía o al Consejo Fiscal.⁹²⁴

FLORES PRADA en torno al concepto de procedencia hace las siguientes reflexiones; “El Fiscal no solo debe valorar la orden recibida a la luz de la legalidad sino en función de cualquier otro motivo que convierta la orden en improcedente. Entendemos la procedencia como un elemento cualificado de la autonomía funcional no sólo del conjunto de la Institución sino de cada funcionario del Ministerio Público. La autonomía funcional del Ministerio Fiscal y de cada funcionario, constituye una posición equidistante de la independencia -inexistencia de órdenes- y de la dependencia estricta o simple (órdenes de cumplimiento obligatorio salvo que se opongan a la legalidad y sin razonamiento o justificación). La introducción de la procedencia como uno de los elementos que justifican la oposición del Fiscal a una orden recibida, indica un margen de apreciación (ya sea...que la orden provenga de un superior jerárquico, ya...sea que el requerimiento provenga de fuera) que califica no sólo la legalidad de la orden o requerimiento sino también su conformidad con lo adecuado, correcto o justo. De ahí que la actuación del Ministerio Fiscal pueda ser considerada legal pero no en cambio justa, correcta o adecuada; existe por tanto un margen de apreciación en el

⁹²² *Ibídem.*

⁹²³ *Ibídem.*

⁹²⁴ *Ibídem.*

Ministerio Fiscal dentro de las opciones legales de actuación que revela con claridad la existencia de un ámbito de autonomía funcional, implícito por otra parte en la concepción del Ministerio Fiscal como órgano de garantía”⁹²⁵.

Por tanto y siguiendo en este punto a JIMÉNEZ VILLAREJO, autor citado por FLORES PRADA, las ordenes y requerimientos han de ser valorados no solo a la luz de la legalidad sino desde la perspectiva de todos los principios que informan la actuación del Ministerio Fiscal, y que excluye la entrada del principio de oportunidad en la persecución penal o con arreglo a principios que formalmente son conformes de derecho pero que favorecen o perjudican a determinadas personas con infracción por tanto de los deberes del Ministerio Público. No debe bastar la mera alegación del interés público o social para forzar una intervención de la Institución Fiscal⁹²⁶.

Como ejemplo de lo expuesto puede citarse la instrucción 4/92 del Fiscal General del Estado cursada por razones de política militar sobre la penalidad aplicable a los insumisos, contra la que se ejerció el artículo 27 del EOMF, en algunas Fiscalías. La instrucción podía ser calificada de improcedente en cuanto imponía en un determinado sentido, la aplicación del artículo 61 del Código Penal limitando la facultad del Ministerio Fiscal de solicitar la pena, atendiendo a su individualización en el caso concreto⁹²⁷.

E. 2. Especial referencia al Caso Frago.

La sentencia de 1 de octubre de 2013 de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional estima el recurso interpuesto por el fiscal, D. Juan Antonio Frago Amada, contra la resolución del Secretario de Estado de Justicia, por la que se impuso al Fiscal recurrente la sanción de separación del servicio, declarándola nula de pleno derecho por vulnerar el artículo 25 de la Constitución.

⁹²⁵ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.cit.Pagg. 705-706.

⁹²⁶ Ibídem. Pag. 707.

⁹²⁷ Ibídem Vid note de autor, 1898.

La referida sentencia en su Fundamento Jurídico Cuarto, contiene el siguiente tenor literal;

“Para resolver el caso litigioso debe examinarse ahora si se ha producido vulneración del principio de legalidad contenida en el artículo 25 de la Constitución Española.

El demandante fue sancionado por la comisión de una falta continuada muy grave del artículo 62.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, consistente en el incumplimiento de las órdenes particulares y requerimientos personales dirigidos por escrito en la forma establecida en este Estatuto cuando de aquel se haya derivado perjuicio en el proceso o alteración relevante en el funcionamiento interno de la Fiscalía debemos examinar el contenido de las correspondientes normas contenidas en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, es decir, los artículos 23 a 28.

Según el artículo 25 de dicho Estatuto, “el Fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específico, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes, pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia”.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, “el Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuera dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. Dos. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera”.

Por tanto, don Desiderio hizo uso de la facultad conferida por el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal poniendo en conocimiento de la Ilustrísima Sra. Fiscal Jefe de la Fiscalía de La Coruña las razones por la cuales consideraba improcedentes las órdenes recibidas respecto de la forma en que debía calificar en las diligencias previas 929/ 2005 del Juzgado de instrucción número uno de Ordes.

La supuesta desobediencia por parte del recurrente, según se relata en la resolución recurrida, se refiere precisamente a la calificación debida en tales diligencias previas, pero lo cierto y averiguado es que la Ilustrísima Sra. Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de la Coruña no se ajustó a lo previsto en el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal cuando, en contestación al referido escrito del Fiscal señor Desiderio planteando cuestión al respecto, sin que conste fuera oída o planteada previamente aquélla a la Junta de Fiscales, emitió la orden de 4 de octubre de 2012 (folios 1278 I 1283 del expediente administrativo) cuyo tenor literal es: “ le ordeno que proceda a hacer la calificación de las diligencias previas número 929/2005 del Juzgado de instrucción número uno de Ordes, conforme a los términos indicados en los escritos de la Teniente Fiscal y de esta Jefatura”.

En consecuencia, debe concluirse que en el presente caso ha sido vulnerada la prohibición de aplicar la ley sancionadora de manera extensiva en desventaja del acusado. El recurrente sabía, a partir de la redacción de la disposición pertinente, en este caso el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, qué actos u omisiones podrían comprometer su responsabilidad disciplinaria. Y precisamente por ello comunicó a su superior jerárquico las razones por las cuales consideraba improcedente la orden de que calificase de una determinada manera, confiando legítimamente en que la cuestión que planteaba debía ser resuelta oyendo previamente a la Junta de Fiscales. Por ello, al actuar de este modo, el recurrente no pudo incurrir en la falta de desobediencia (en la resolución se dice desobediencia “continuada”, sin que tampoco este adjetivo figure en el tipo) por la que fue en definitiva sancionado: la prevista en el artículo 62.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

...consta en el expediente administrativo...que según manifestaciones de la Fiscal Jefe, con ocasión de una petición de estadística formulada por la unidad de apoyo de la Fiscalía General del Estado (...).

Sin embargo, la desobediencia sancionable tipificada en el artículo 62.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal exige la constancia de la fehaciente comunicación, por escrito, de una orden emitida por el superior jerárquico que posteriormente resulta desatendida.

Así argumentó, en síntesis, el recurrente en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución presentada el 28 de diciembre de 2012 (alegación de nulidad décima, obrante a los folios 1769 y siguientes del expediente administrativo remitido a este tribunal), sin haber obtenido respuesta a esta cuestión, esencial en la resolución recurrida.

Por ello el recurrente no pudo tampoco incurrir en falta de desobediencia en relación con la estadística por la que también fue en definitiva sancionado: la falta prevista en el artículo 62.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

En definitiva la resolución recurrida vulnera el artículo 25 de la Constitución Española.

(...) Como hemos visto, en este caso se ha vulnerado el principio de legalidad, precisamente aquel que debe ser defendido por el Ministerio Fiscal. Así las cosas, queda en evidencia, por lo tanto, que la falta de intervención de un miembro del Ministerio Fiscal, funcionalmente independiente respecto de la administración que incoó, tramitó y resolvió el procedimiento administrativo sancionador contra el recurrente (también miembro de esta institución) no ha contribuido en absoluto a la defensa de la legalidad ni tampoco a la regularidad del procedimiento administrativo sancionador tramitado y teniendo en cuenta que los principios inspiradores del derecho penal son de aplicación con matices, al derecho administrativo sancionador, en definitiva, tampoco tal omisión ha contribuido a lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera el derecho a un juicio justo.

En consecuencia, habiéndose vulnerado el principio de legalidad, sin necesidad de formular pronunciamiento sobre las demás alegaciones formuladas por el recurrente, debe concluirse la procedencia de la estimación del recurso- artículo 68.1 b) y 71 a) de la Ley Jurisdiccional – y la declaración de nulidad de la resolución administrativa

recurrida- artículo 62.1. a) de la ley 30/92- por no ajustarse a derecho, al vulnerar el principio de legalidad – artículo 25 de la Constitución Española ”⁹²⁸.

Según considera VIADA BARDAJÍ “ no es de extrañar que la Audiencia Nacional haya anulado la sanción (aunque tal era el despropósito que durante un tiempo llegué a dudar de mi mismo, de mi buen criterio jurídico) indicando, entre otras lindezas, algo muy duro para la Fiscalía: “en este caso se ha vulnerado el principio de legalidad, precisamente aquel que debe ser defendido por el Ministerio Fiscal”. Además, se critica severamente el procedimiento sancionador en la Fiscalía, introduciendo incertidumbres que sólo pueden ser solucionadas a través de la intervención del legislador, ya que se considera vulnerador del derecho a un proceso el hecho de que no interviniera en el expediente un fiscal desvinculado orgánicamente del FGE, aspecto este hoy no previsto en el Estatuto”⁹²⁹.

“(…) que durante todo el expediente tan sólo 33 fiscales (de más de 2400) se adhirieron a un Manifiesto pidiendo más garantías en los expedientes disciplinarios; que tras la sentencia no ha habido ningún pronunciamiento de las Asociaciones de Fiscales representadas en el Consejo Fiscal, ni de las Inspección Fiscal, ni de la Fiscalía General del Estado; que ni el Fiscal General, ni los vocales del Consejo Fiscal ni el Inspector Fiscal han dado siquiera explicaciones a la Carrera ni a la opinión pública, a pesar del daño que han causado a la Institución y a un Fiscal que actuó como se espera que actúe un Fiscal, confiado y amparado en la legalidad(…)”⁹³⁰

No podemos añadir nada más a lo explicitado en la Sentencia, tan solo cabría un comentario ¿Es posible que el principio de jerarquía se desvirtúe, hasta el extremo de convertir a la Institución en su propio enemigo?, Porque si así fuera, se olvida que el fin primero y último del Ministerio Fiscales estar al servicio de la Sociedad que somos todos, además de los propios miembros que la integran. Un Fiscal que se siente amenazado desde dentro de la organización, no podrá desempeñar bien sus funciones. Hay que tener presente en todo momento, que la finalidad del principio de jerarquía, como principio orgánico que es, supeditado al principio de legalidad, es lograr la seguridad jurídica en la aplicación de la Ley.

⁹²⁸ Sentencia de 1 de octubre de 2013, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el Recurso nº 1/2013. Pag. 6 y siguientes.

⁹²⁹ Salvador Viada Bardají , ¿ Hay Derecho?, Blog sobre actualidad Jurídica y Política. Pag.1

⁹³⁰ *Ibidem*. Pag.2

Sin embargo, ante el planteamiento hecho en la sentencia sobre la necesidad de intervención de un Fiscal independiente en los procedimientos sancionadores, la pregunta que nos hacemos es como se conjugaría esa exigencia, con el principio de jerarquía que rige dentro de la organización del Ministerio Público en España.

Desde la Asociación Profesional e Independiente de Fiscales, sostienen que no basta con la figura del Promotor de la Acción Disciplinaria que se establece en el régimen disciplinario de la Carrera Judicial, puesto que hay que dotarla de independencia del FGE desde su propio nombramiento, e incluso en el ámbito funcional, la figura del Promotor, se encuentra subordinada a la Comisión Permanente del Consejo Fiscal, según disponía el artículo 94.3 del Proyecto de modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en materia disciplinaria.

Desde esta Asociación, se propone que el Promotor sea elegido por la Carrera Fiscal, por un periodo de cuatro años, por votación secreta, libre y directa de todos los Fiscales; que su Estatuto personal le haga merecedor de la categoría honorífica de Fiscal de Sala durante un periodo, pero que no pueda ser promovido a cargo alguno en la Fiscalía durante el periodo de su mandato (incluso mediante previa renuncia a su cargo)⁹³¹.

Igualmente defienden la instauración de la figura de un defensor del Fiscal, elegido por el propio expedientado (o un representante de su asociación profesional) a quien hubiera de considerarse parte independiente de la jerarquía, con derecho a alegar y a argumentar en diversos momentos del expediente, a modo de “amicus curiae” garante de la protección de los derechos fundamentales de los expedientados, viniendo a constituir esta última propuesta, una alternativa al pronunciamiento de la Sentencia de la Audiencia Nacional, sobre la no intervención en el expediente disciplinario, de un fiscal desvinculado orgánicamente del FGE, aspecto este último que hoy día no está previsto en el Estatuto⁹³².

⁹³¹ www.apifiscales.es/quienes somos/Informe de la Asociación Profesional e Independiente de Fiscales (APIF) al Proyecto de Modificación del Estatuto en Materia Disciplinaria. Pagg. 1y2.

⁹³² *Ibídem*.

TÍTULO CUARTO

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS FISCALES: DISCIPLINARIA, PENAL Y CIVIL. RESPONSABILIDAD POLÍTICA

CAPÍTULO 1º. Responsabilidad Disciplinaria.

Introducción.

Ha sido una constante en la historia de la carrera judicial y fiscal la identidad entre ambos cuerpos de funcionarios, llegando incluso en ocasiones, tal como recogía el Reglamento del Tribunal Supremo de Justicia aprobado por decreto de 13 de marzo de 1812, a que los propios fiscales sustituyeran a los Magistrados cuando no hubieran número suficiente en la Sala del Tribunal ⁹³³. Y es precisamente esa identidad histórica la que ha justificado un mismo tratamiento normativo en materia de responsabilidades de ambos cuerpos de funcionarios. Con la Ley Provisional de 1870, hubo un primer intento de separación de ambas carreras que no llegaría a materializarse, siendo el Estatuto de 1926 el que lograría dicha separación, logrando perfilar un Ministerio Público al estilo francés, en el que destacaba como funciones propias y fundamentales, la promoción de la acción de la justicia en beneficio del interés público, consolidándose así esta última función pero además habría de procurar la satisfacción del interés general, concepto este último novedoso en lo que a una nueva concepción del Ministerio Fiscal se refiere ⁹³⁴. No obstante esta caracterización del Ministerio Fiscal, para DE MIGUEL, “el Estatuto de 1926 no deja de reconocer la estirpe y raíz judicial del Ministerio Público”⁹³⁵. Por ello, el resultado fue un marco estatutario que no logró aclarar dudas sobre su auténtica naturaleza, con contradicciones en cuanto a su papel dentro del proceso, limitándose a recoger las ideas que respecto del mismo ya contenía

⁹³³ Miguel A. Aparicio; “El status del Poder Judicial...”. Op.Cit. Pag. 29-39.

⁹³⁴ Rubén Martínez Dalmau; “Aspectos Constitucionales...”. Op.Cit. Pag.116.

⁹³⁵ Ibid.

la Ley Orgánica de 1870, como única fuente de inspiración⁹³⁶ por lo que no es de extrañar que las lagunas legales que ofrecía el Estatuto, se suplieran aplicando por interpretación analógica lo contenido en la propia Ley Provisional de 1870, produciéndose lo que algunos autores denominan “Identidad estatutaria y Funcional”⁹³⁷ entre ambas profesiones, situación que ha perdurado hasta la actual Constitución de 1978.

Las responsabilidades de los miembros del Ministerio Público han sido y continúa siendo una obra inacabada. El Estatuto Fiscal de 1926 separó ambas carreras y creó formalmente un nuevo cuerpo de funcionarios, definiendo sus funciones así como la organización y planta de Ministerio Fiscal, sin embargo la vinculación con la carrera judicial se mantenía, ya no solo por las remisiones expresas a la normativa aplicable a los jueces en materia de derechos, deberes, incompatibilidades y prohibiciones, por citar un ejemplo, sino que incluso a nivel terminológico se apreciaba una cierta confusión en el empleo de términos tales como “jurisdicción”⁹³⁸ para referirse al ámbito territorial donde ejercían sus funciones los funcionarios fiscales.

En materia de responsabilidades, el artículo 33⁹³⁹ del Estatuto de 1926, permitía su exigibilidad tanto en vía civil como penal, de acuerdo con la legislación procesal vigente en aquel momento, aunque especificaba que no podía incoarse causa criminal contra los fiscales sino exclusivamente por acuerdo del Tribunal competente o querrela del Ministerio Público, quedando por tanto descartada la iniciativa del particular ofendido o el ejercicio de la acción popular.

⁹³⁶ Mariano Fernández Martín-Granizo; “ El Ministerio Fiscal...”. Op.Cit. Pag.86-87. La inspiración de la Ley Orgánica de 1870, se plasma tanto en la tradición histórica de la Institución como en la organización y sistema francés.

⁹³⁷ Alberto Manuel López López. La Responsabilidad Civil , Penal y Disciplinaria del Ministerio Fiscal. Revista de Estudios Jurídicos nº 2007. Pag.30.

⁹³⁸ El art.34.1 del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926 decía: “Los funcionarios fiscales serán considerados como autoridad en todo momento siempre que estén dentro del territorio al cual se entienda su jurisdicción.”.

⁹³⁹ Artículo 33 del Estatuto de 1926: “Podrá exigirse a los funcionarios civiles la responsabilidad civil y criminal o cualquiera de éstas, en los casos en que las leyes vigentes lo autoricen; pero el juicio de responsabilidad criminal no podrá incoarse a instancia de parte sino solamente a instancia o por acuerdo del Tribunal competente o a virtud de querrela del Ministerio Fiscal y ningún tribunal podrá acordar de oficio la incoación de un procedimiento penal contra un funcionario fiscal sin oír antes a su superior jerárquico a quien comunicará al efecto todos los antecedentes ”.

Continuaba diciendo el citado artículo, que la iniciativa de un Tribunal de incoar causa criminal contra un funcionario fiscal, requería audiencia previa del superior jerárquico del inculpado, aspecto este último que aún hoy se contempla en el artículo 148 del Reglamento Fiscal de 1969 vigente en la actualidad en tanto no se ha producido su derogación expresa, exigiéndose este último requisito, dado que su regulación es complementaria de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, lo cual nos lleva a entender, antes y ahora, que la remisión de la denuncia al Tribunal competente en los casos que proceda, no podrá seguir su camino si no es previamente sostenida jurídicamente por la Fiscalía, por lo que podría afirmarse que salvo querrela privada, de acuerdo con el actual art.406 de la LOPJ, el único órgano competente para perseguir los delitos cometidos por los fiscales, es el propio Ministerio Fiscal⁹⁴⁰.

Conviene hacer ahora una primera aproximación de cuál ha sido la trayectoria histórica de la Institución Fiscal en materia de responsabilidades.

A. Responsabilidad Disciplinaria en la Legislación Preconstitucional.

En teoría, el procedimiento disciplinario habrá de moverse siempre dentro de una parcela que es la puramente profesional, sin invadir la esfera de la actuación procesal externa del funcionario⁹⁴¹, y supone por tanto en lo que a su puesta en marcha se refiere, el incumplimiento de esos deberes genéricos que a todo empleado público concierne de forma legal y legítima.

La Ley Provisional de 1870 en los artículos 835 a 837 declaraba aplicable a los Fiscales las mismas especialidades procesales que en materia de responsabilidad civil y penal eran aplicables a los Jueces y Magistrados. Los citados artículos se encuadraban dentro del Título XX que se rubricaba; “*De la responsabilidad del Ministerio Fiscal*”. El primero de ellos, remitía a su vez al Título V, donde se regulaba la responsabilidad judicial y que a su vez era la normativa aplicable a los supuestos de exacción de responsabilidad civil y penal de los fiscales.

⁹⁴⁰ Alberto Manuel López López; “La Responsabilidad Civil...”. Op.Cit. Pag.49.

⁹⁴¹ Alberto Manuel López López. “Fiscales y Régimen Disciplinario.” Revista del Ministerio Fiscal de 1996. Pag. 289.

Con anterioridad a la Ley Provisional de 1870, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, dedicaba su Capítulo VI a regular el Estamento Fiscal bajo la denominación; “*De los Fiscales y Promotores Fiscales*”. No obstante, nada se decía respecto a la responsabilidad jurídica de éstos, por sus actuaciones en el ámbito jurisdiccional. Tan solo el artículo 58.2ª y el 90.3ª de dicho Reglamento hacía referencia a la competencia de las Audiencias y del Tribunal Supremo respectivamente, para conocer de las causas criminales por culpas o delitos cometidos por Jueces inferiores y Magistrados de la Audiencia.

Aunque llegados a este punto habría que sostener que dada la asimilación entre los cuerpos judicial y fiscal⁹⁴², al menos hasta la promulgación de la Ley Provisional de 1870, los supuestos de responsabilidad primero penal y luego civil, dada la tardía plasmación legal de esta última⁹⁴³ contra funcionarios fiscales, se resolviesen recurriendo a la normativa procesal aplicable a los casos de responsabilidad judicial.

Con posterioridad a la Ley Provisional de 1870, se publica en la Gaceta de Madrid con fecha 23 de junio de 1926 el Estatuto Fiscal, que como ya se ha indicado anteriormente se abstuvo de establecer una normativa propia en materia de responsabilidad disciplinaria, civil y penal, en consonancia con las nuevas competencias y funciones procesales que le atribuía el Estatuto, que lo instituye como un nuevo órgano del Estado de naturaleza representativa⁹⁴⁴, al tiempo que un órgano de defensa y protección, caracteres éstos que se deducen de su enunciado, tanto en su Exposición de Motivos como en su artículo primero, y que está integrado por funcionarios que al menos en teoría, ya no pertenecían a la carrera judicial.

No obstante lo anterior, y de acuerdo con su única Disposición Adicional, el 3 de marzo de 1927 se publicaría el Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal, en ejecución y desarrollo del Estatuto Fiscal y que vendría a regular de forma detallada las modalidades de responsabilidad jurídica de los fiscales. Así el Título V con la

⁹⁴² Alberto Manuel López López, “ La responsabilidad...”, Op.Cit. Pag.29.

⁹⁴³ La frase después tópica “Negligencia o Ignorancia inexcusable” se manejó pronto a nivel de proyecto, desde su primera aparición en 1844, con ocasión de la redacción del Proyecto de Ley Orgánica de Tribunales, realizado en dicha fecha. Sin embargo no sería hasta 1870 con la LOPJ, cuando aparece legalmente regulada la responsabilidad civil. Juan Montero Aroca. Independencia y Responsabilidad del Juez. Editorial Cívitas. 1990. Pagg.95-96.

⁹⁴⁴Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag. El autor afirma como en el Estatuto de 1926 se mantiene de forma incomprensible la representación que ostenta del M.F del Estado, la Administración y los Establecimientos Públicos de instrucción o beneficencia siempre que expresamente no esté atribuida la representación a los abogados del Estado o a otros funcionarios.

denominación; “*Responsabilidad del Ministerio Fiscal*” comienza con el Capítulo I; “*De las Correcciones Disciplinarias*”.

Este procedimiento, no distaba mucho del regulado por la L.O.P.J de 1870, para Jueces y Magistrados. Así, el decálogo de faltas del art.734 de la citada ley, eran prácticamente idénticas a las recogidas en el art. 117 del Reglamento.

La potestad disciplinaria correspondía al Fiscal del Tribunal Supremo, al Consejo Fiscal, a los Fiscales de las Audiencias Territoriales respecto de sus auxiliares, de los Fiscales y auxiliares de la Audiencias Provinciales y sobre los Delegados Fiscales y Fiscales municipales del respectivo municipio. Los Fiscales de las Audiencias Provinciales tenían potestad de corrección frente a sus auxiliares y sobre los Fiscales municipales de la provincia.

El procedimiento disciplinario de acuerdo con el artículo 123 del Reglamento tenía un esquema bastante simple; Se encabezaba con la orden de proceder, seguida del nombramiento del secretario en los casos en que no se hubiera designado en la misma orden, aportándose además todos aquellos elementos de juicio que el instructor considerase de interés para apreciar la existencia de la falta. A continuación, se oír al fiscal expedientado, y una vez que hubiera finalizado la investigación por el instructor, se pondrá el expediente a la vista del funcionario inculcado, para que pueda proponer la práctica de las pruebas que considere pertinentes en defensa de su derecho. En cualquier caso, se le reconocía el derecho a hacer alegaciones, una vez concluida la investigación del instructor y no se propusiera la práctica de pruebas, o bien una vez practicadas las que hubiesen sido admitidas por el Instructor o en el momento de comunicársele la resolución del instructor en la que no se accedía a la práctica de las citadas diligencias. Estas alegaciones debían efectuarse en el improrrogable plazo de dos días siguientes a la resolución de que se trate. De todo lo instruido se daba traslado al Superior que debía resolver en un plazo de 4 días, debiendo ser fundamentada y resolverse en la misma si procedía o no la corrección.

Las correcciones que podían imponerse eran, de acuerdo con el art.117 del Reglamento las siguientes; Apercibimiento en el que se le comunicaba la falta por conducto de su jefe inmediato y se la amonestaba para que no volviera a incurrir en la misma; Privación total o parcial de vacaciones; Multa económica que no podía ser inferior a 25 ptas. pudiendo llegar a las 500 ptas. si era impuesta por el Fiscal del Tribunal Supremo o por el Consejo Fiscal; Privación de parte del sueldo de 1 a 6 meses; Traslado Forzoso;

Postergación para ascensos de 6 meses a 2 años; Suspensión de empleo y sueldo de 3 meses a 1 año.

No obstante para tener una visión completa de la responsabilidad disciplinaria que examinamos, habría que aludir a dos aspectos claves; Uno sería el régimen establecido en el Capítulo III del Título II del Reglamento donde se regula las diversas situaciones administrativas en las que puede encontrarse un funcionario fiscal en relación al servicio, destacando entre ellas por su trascendencia, la suspensión y la destitución así como la situación de traslado forzoso por causa de incompatibilidad⁹⁴⁵.

El art. 37 del Reglamento establecía que los funcionarios fiscales podrían quedar separados del cargo: *“por acuerdo de la autoridad competente, por destitución, por renuncia y por el transcurso del plazo del tiempo por el que fueron nombrados”*. No obstante no deja de sorprender el primero de los motivos, pudiendo concluirse al respecto, que no es necesario incurrir en causa de destitución o renuncia al cargo o que se produjera el vencimiento del plazo por el que fue nombrado, sino que bastaba el acuerdo de la autoridad competente, que no podrá ser otra que el Ministro de Gracia y Justicia, para que se produjera tal separación. Posteriormente, con los Reglamentos Fiscales de 1958 y 1969 desaparecería del articulado, quedando reducido los supuestos de separación, a la destitución y renuncia al cargo.

El art. 39 del Reglamento regulaba las causas de destitución, que habría de ser acordada por el Ministro de Gracia y Justicia mediante Real Decreto, debiendo informar el Consejo Fiscal sobre la procedencia o no de tal medida que deberá ser adoptada previo expediente disciplinario, y para el caso de que el informe no fuera favorable, no podrá adoptarse la destitución, sin el dictamen favorable del Consejo de Estado.

Entre las causas de destitución se encontraba, el incurrir en alguno de los supuestos de prohibición de los apartados 5 y 6 del art. 12 del Reglamento, pero también el incumplimiento reiterado de las instrucciones de los superiores.

El art. 38 del Reglamento, enumera de entre los órganos que pueden declarar la destitución de derecho, además de los órganos jurisdiccionales en virtud de sentencia firme en la que se declaraba la misma, el propio Ministro de Gracia y Justicia a propuesta del Consejo Fiscal constituido en tribunal de honor. Dichas sentencias

⁹⁴⁵ Juan Montero Aroca, “Independencia y responsabilidad del Juez”, Edit. Cívitas, 1990, Pagg.97-98.

deberán ser remitidas mediante certificación al Ministro, a los efectos de que dicha destitución sea decretada formalmente por aquel.

El art. 34 del citado Reglamento regulaba las modalidades de suspensión, pudiendo ser preventiva o correctiva, y entre las causas de la primera, estaba el haberse dictado auto de admisión a trámite de querrela penal o auto de procesamiento o bien cuando así lo haya acordado el Consejo Fiscal en el transcurso de un expediente disciplinario o de corrección.

Si el funcionario fiscal inculcado resulta ser condenado en la causa penal iniciada contra él, la suspensión provisional durará el tiempo necesario hasta que sea destituido por sentencia del Tribunal, que la impondrá como pena correccional o aflictiva, en los términos del art. 38.2 del Reglamento.

El art. 41 regulaba una de las causas de separación de la carrera fiscal como era la renuncia. Ésta a su vez, podía ser expresa o tácita. En relación a la segunda, resulta impreciso el supuesto en que la misma procedía, que se diría que era una especie de cajón de sastre por donde se filtraban casos de expulsión de funcionarios fiscales, dado que los términos que emplea el Reglamento eran *“cuando el funcionario se encuentre en alguno de los casos en que de acuerdo con el Estatuto o el Reglamento deba ser declarado renunciante”*, procediendo dicha declaración del Ministro de Gracia y Justicia. Este sería un ejemplo de cómo la inamovilidad fiscal estaba sometida a decisiones no fundadas en causas objetivas que realmente garantizaran una cierta seguridad jurídica, y aunque es cierto que aquella sólo se predicaba formalmente de Jueces y Magistrados a tenor del art. 222 de la Ley Provisional de 1870, las causas que daban lugar a la suspensión, destitución, traslado o jubilación de Jueces y Magistrados, eran en esencia las mismas que las que recogían los Reglamentos Orgánicos del Ministerio Fiscal en sus diferentes ediciones de 1927, 1958 y 1969, por lo que la inamovilidad de fiscales era también objeto de regulación, aunque de ella se deducía un mayor control gubernamental sobre dicho estamento, no pudiéndose perder de vista el principio de dependencia jerárquica intrínseco a la Institución Fiscal, cosa que no se producía con la misma intensidad para Jueces y Magistrados: para éstos la inamovilidad era garantía de independencia, y tan sólo en casos muy concretos, a través del correspondiente expediente disciplinario que inicialmente se abría ante el incumplimiento de los deberes genéricos, no jurisdiccionales, se produciría la

destitución de un juez o bien la suspensión de funciones por citar un ejemplo, de lo que constituirían excepciones a la misma, pero siempre previo expediente disciplinario.

No obstante lo anterior, y en lo que a la Judicatura se refiere, a lo largo del S. XIX y buena parte del S.XX no dejaron de producirse ataques a la inamovilidad de Jueces y Magistrados siendo los gobiernos de turno, a través de Juntas de Clasificación o Junta Inspectoras del Personal Judicial, (denominación que recibió durante la dictadura de Primo de Rivera), las que se encargaron de hacer depuraciones dentro del estamento Judicial, o bien a través de Decretos Ministeriales se procedía a jubilaciones forzosas, declaraciones de excedencia forzosa o al traslado de jueces o magistrados, episodios que no solo se produjeron cuando la derecha alcanzaba el poder sino incluso con gobiernos de izquierda. En resumen, se diría que la lucha por la independencia, y por tanto el respeto a la inamovilidad judicial aunque conoció breves periodos de cierta estabilidad, se movía siempre entre declaraciones constitucionales garantistas de esa inamovilidad y decretos de los gobiernos de turno tendentes a hacer depuraciones y dejar sólo a los afines políticamente⁹⁴⁶.

Volviendo al análisis del Reglamento de 1927, su artículo 45 regulaba los casos de traslado, que según los términos establecidos en el citado artículo, podían ser de carácter voluntario o forzoso. A su vez el traslado forzoso, podía obedecer a necesidades propias del servicio, o bien por causa de incompatibilidad o impuesta como corrección disciplinaria, diferenciándose por tanto el traslado que se produce por causa de incompatibilidad de entre las mencionadas en el art. 15 del Reglamento, previo expediente de corrección disciplinaria incoado por el Consejo Fiscal para su posterior resolución por el Ministro de Gracia y Justicia, y aquel otro supuesto en que se declara el traslado forzoso como sanción correctiva⁹⁴⁷.

⁹⁴⁶ Juan Montero Aroca. *Independencia y Responsabilidad del Juez...*. Op.Cit. Pags.62- 68.

⁹⁴⁷ En la actualidad y de acuerdo con el art. 39 del Estatuto Fiscal de 1981; “Los miembros del Ministerio Fiscal podrán ser trasladados: Uno. Por propia petición, conforme a lo dispuesto en este Estatuto. Dos. Para ocupar plaza de la categoría a que fueran promovidos. Tres. Por incurrir en las incompatibilidades relativas establecidas en esta Ley. (La causa de incompatibilidad ha subsistido). Fernando Alamillo Canillas, “El Ministerio Fiscal...”, Op. Cit. Pagg. 172-173. Continúa afirmando el autor que la nueva legislación que introduce el Estatuto Fiscal de 1981, establece el principio de inamovilidad para los Fiscales otorgándose de esta forma, una mayor protección frente a la legislación anterior, con lo cual se ha eliminado esa tendencia a las remociones en el cargo sujeta a criterios discrecionales en manos de la superioridad Fiscal. No obstante lo anterior, el art. 40 del Estatuto establece dos supuestos de traslados de carácter forzoso. “Uno. Por disidencias graves con el Fiscal Jefe respectivo por causas a aquellos (Fiscales) imputables. Dos. Cuando asimismo por causas imputable a ellos, tuvieran enfrentamientos graves con el Tribunal. En estos dos supuestos establece el artículo, en su último párrafo que el “traslado forzoso se dispondrá por el órgano que hubiera acordado su nombramiento, en expediente contradictorio previo informe favorable del Consejo Fiscal”. Fuera de estos dos supuestos, el Estatuto reconoce dos

En lo referente a la interposición de recursos, el art. 124 del Reglamento establece que aquellas correcciones impuestas por los Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales serán recurribles ante el Consejo Fiscal y de las correcciones impuestas por éste o por el Fiscal del Tribunal Supremo se recurrirá ante el Ministro de Gracia y Justicia dentro de los tres días siguientes a aquel en que se comuniquen la resolución. A su vez el art. 49.3 facultaba a los funcionarios fiscales a interponer recurso contencioso administrativo ante la sala tercera del Tribunal Supremo, en supuestos de excedencia, suspensión o separación del servicio activo.

Es importante tener en cuenta en este análisis de la responsabilidad disciplinaria establecida por el Reglamento Fiscal de 1927, la gran similitud que guarda con las normas contenidas en la Ley Provisional de 1870 y que con la denominación de “*Jurisdicción Disciplinaria*” regulaba la responsabilidad de Jueces y Magistrados (Artículos 731 a 748 de la citada Ley), incluso con las normas que garantizan la inamovilidad judicial (art.221-243) es decir aquellas que regulaban la destitución, la suspensión, el traslado y la jubilación del estamento judicial.

El otro aspecto a considerar en este análisis de la responsabilidad disciplinaria sería la evolución posterior de la misma, a través de los Reglamentos Orgánicos de 1958 y de 1969.

El Reglamento Fiscal de 1958 introdujo cambios en el régimen jurídico administrativo de la carrera fiscal, en consonancia con las disposiciones de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre situaciones de los funcionarios de la Administración civil del Estado, pero en esencia no introdujo modificaciones de especial trascendencia, aunque hay que destacar como la inamovilidad de los fiscales continuaba siendo más sensible a criterios discrecionales de la Autoridad correspondiente, que la protección que se dispensaba al Estamento Judicial.

supuestos en el que Fiscal puede ser apartado forzosamente del cargo concreto que ejerce; En primer lugar estaría el supuesto de los Fiscales Jefes de órganos del Ministerio Fiscal que pueden ser removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado que deberá oír previamente al Consejo Fiscal (art. 41.5 del Estatuto) y el otro caso sería el de los Fiscales de la Secretaría Técnica, los Fiscales de la Unidad de Apoyo y los Fiscales adscritos a los Fiscales de Sala, integrados en la Fiscalía General del Estado, que serán designados y relevados directamente por el Fiscal General del Estado, de acuerdo con el art. 36.3 del Estatuto.

Así el art. 49 del Reglamento, es casi una reproducción literal del art.38 del Reglamento Orgánico de 1927, cuando a través del mismo se faculta al Ministro de Gracia y Justicia o al propio Ministerio de Justicia (término que emplea el Reglamento de 1958) para proceder a la destitución de un funcionario fiscal a propuesta del Consejo Fiscal previo expediente de destitución. O bien el art. 50 del citado Reglamento, al mencionar las causas de destitución, introduce una ligera ampliación de supuestos, algunos objetivos como podría ser el incumplimiento reiterado de las instrucciones de los superiores, pero otros tan subjetivos como *“tener una conducta viciosa o por su comportamiento poco honroso o por su habitual negligencia no sean dignos de continuar ejerciendo la función fiscal”*⁹⁴⁸.

En materia de recursos, desaparece del articulado del Reglamento de 1958, la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo⁹⁴⁹ ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo en supuestos de excedencia, separación o destitución de la carrera Fiscal, aunque se mantiene invariable la posibilidad de recurrir las correcciones disciplinarias dentro de la propia organización fiscal, al superior jerárquico correspondiente⁹⁵⁰. En todo lo demás, en lo que concierne a las correcciones disciplinarias reguladas en el art. 124, son prácticamente las mismas que las contenidas en el art. 117 del anterior Reglamento Fiscal con algunas variaciones⁹⁵¹, y en cuanto al expediente de corrección disciplinaria regulado en el art. 129 del Reglamento, es casi una reproducción literal del Reglamento de 1927.

En ambos Reglamentos, se observa una falta de clasificación de las faltas, ignorándose cuáles pueden ser consideradas como muy graves, graves y leves. Tan solo se dice en el art. 126 del Reglamento Fiscal de 1958, que por otro lado es una reproducción literal del art.120 del Reglamento de 1927, que: *“...atendiendo a la gravedad, circunstancias y efectos de la falta cometida, se aplicarán las correcciones que se estimen*

⁹⁴⁸ Aquí también encontramos similitudes con la regulación que ofrecía la Ley Provisional de 1870 en materia de destituciones de Jueces y Magistrados, puesto que en su art. 224 regulaba el supuesto de destitución de aquellos mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro de Gracia y Justicia previa consulta al Consejo de Estado estableciendo el apartado 5º del citado artículo como causa de destitución: “el comportamiento poco honroso, conducta viciosa o por su habitual negligencia...no sean dignos de seguir ejerciendo funciones judiciales”.

⁹⁴⁹ La Ley Provisional de 1870 mantiene el recurso contencioso administrativo para supuestos de destitución, suspensión, traslado o jubilación de Jueces y Magistrados en el art. 244 de la citada Ley.

⁹⁵⁰ El art. 130.(primer párrafo) del Reglamento Fiscal de 1958 es reproducción literal del art. 124 (primer párrafo) del Reglamento Fiscal de 1927.

⁹⁵¹ Del art.124 del Reglamento, desaparecen algunas de las correcciones disciplinarias contenidas en el anterior Reglamento Fiscal. Así sucede con la privación total o parcial de vacaciones que se elimina como tal corrección y la privación de parte del sueldo de uno a seis meses. En cuanto a la cuantía de la multa, aumentan las cantidades que irán de 100 ptas. la cuantía mínima, hasta llegar a 1000 ptas. la más elevada.

adecuadas...” con lo que se concluye que será el Instructor del expediente el que decida a su libre arbitrio la sanción a aplicar.

Esta situación variara con el Reglamento Fiscal de 1969, en el que además de clasificarse aquellas, se añaden al decálogo de las sanciones, la separación del servicio y la suspensión de funciones, que si bien eran sanciones con las que se corregían disciplinariamente a los fiscales por determinadas conductas reguladas en ambos Reglamentos Orgánicos, no se contemplaban de forma expresa dentro de la relación de sanciones aplicables a los mismos, sino como situaciones administrativas en las que podía encontrarse el funcionario fiscal a lo largo de su carrera.

El Reglamento Orgánico de 1969 en términos generales, supuso un cambio más de matices que real en la configuración del Ministerio Público. Quizás este Reglamento pudo haber sido la oportunidad de otorgar una mayor autonomía funcional a la Institución, teniendo en cuenta los nuevos elementos introducidos por artículo 35 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 que se reproduce en el art.1º del Reglamento, pero fueron tan sólo ligeros retoques terminológicos que no lograron modificar el esquema normativo diseñado por el Estatuto de 1926 aún vigente, y tampoco introdujo variante alguna a la dependencia del Fiscal del Tribunal Supremo frente al Ejecutivo, manteniéndose incólume la dependencia gubernamental de acuerdo con el art.86.2 que se reproduce literalmente en los Reglamentos anteriores, así como en el art. 35.2 de la citada Ley Fundamental de 1967⁹⁵².

Pero centrándonos en aspectos del régimen disciplinario, y en determinadas situaciones administrativas conectadas con aquel, podemos apreciar una mayor claridad expositiva. Ahora el art.40 del Reglamento, regula la suspensión firme de funciones que supone la pérdida del cargo, quedando el funcionario durante el tiempo de cumplimiento de la pena o sanción, privado de los derechos inherentes a su condición. Así, puede deducirse del apartado 6º del artículo citado, al decir: *“En el tiempo de cumplimiento de la sanción o de la pena de suspensión firme, el funcionario estará privado de todos los derechos inherentes a su condición”*. Al mismo tiempo, el art. 41.3 regula la situación de “reingreso al servicio activo” desde la situación administrativa de “suspenso”. El reingreso exige conforme al artículo anterior, solicitud del interesado que para el caso de que no se formulase, pasará a la situación de excedencia voluntaria. Para el citado

⁹⁵² Manuel Marchena Gómez; “ El Ministerio Fiscal...”Op.Cit. Pag.100.

reingreso se precisa de acuerdo ministerial, previo informe del Consejo Fiscal, de acuerdo con el art. 46.4 del Reglamento. Además, habría que precisar que de acuerdo con el art. 41.3 sólo se les reconoce la preferencia para ocupar algunas de las vacantes que se produzcan en el lugar donde servían al cesar en el servicio activo, por una sola vez. La suspensión tendrá carácter definitivo o firme, tal como la define el Reglamento, cuando se imponga en virtud de condena criminal o de sanción disciplinaria. Añade el citado art. 40 en su apartado tercero, que dicha suspensión podrá imponerse como pena o en virtud de declaración de inhabilitación especial para cargo o empleo público bien con carácter principal o accesorio, determinando en este último caso, la baja del funcionario en el servicio sin más reserva de derechos que los consolidados a efectos pasivos.

El artículo 54 del Reglamento también prevé la vuelta al servicio activo para aquellos funcionarios fiscales que hubiesen sido separados ⁹⁵³ de la carrera, debiendo solicitar su reingreso mediante instancia dirigida al Ministerio de Justicia, instancia que no podrá presentarse antes del transcurso de seis años a partir de la fecha del acuerdo de separación, con la excepción establecida para las causas 2º y 3º del artículo 28 del Reglamento⁹⁵⁴. En cualquier caso y según se desprende del contenido del artículo, la rehabilitación no se concederá hasta que no se acredite la inexistencia de la causa que dio lugar a la separación (en supuestos de delito deberán acreditarse la extinción de la responsabilidad penal y civil y cancelación de antecedentes en el Registro de Penados y Rebeldes) así como circunstancias de todo orden que ayuden a la resolución del expediente. Si se deniega la rehabilitación, no podrá iniciarse un nuevo procedimiento hasta transcurrido otros seis años (art.54.6).

⁹⁵³ Según el art. 49 del Reglamento procede la separación del servicio cuando recayese contra el funcionario “sentencia firme en que se declare la destitución (equivale la destitución a pena de inhabilitación para cargo público) o por “sentencia firme en que se imponga al funcionario pena por delito doloso”. De acuerdo con el apartado 2 del citado precepto, la ejecución de la separación corresponde al Ministerio de Justicia mediante expediente iniciado con testimonio de la sentencia que a su firmeza deberá remitirle el Tribunal. En cualquier caso, la rehabilitación habrá de entenderse en el supuesto de que la separación se hubiera decretado en virtud de condena por delito doloso, pero no para el caso de pena de inhabilitación para cargo público por la propia naturaleza o esencia de la pena de inhabilitación. Fernando Alamillo Canillas; “ El Ministerio Fiscal”. Op.Cit. Pag.166

⁹⁵⁴ Las causas aludidas en los apartados 2 y 3 del art. 28 son: No tomar posesión del cargo dentro del plazo legalmente establecido, una vez se hubiera hecho público en el Boletín Oficial del Estado su nombramiento como funcionario del Ministerio fiscal, entendiéndose que renuncia al cargo. La otra causa descrita en el apartado 3º describe la situación del funcionario que no se incorpora a su nuevo destino o no se posesiona en su cargo en los supuestos de cambio de destino o bien al finalizar una licencia o permiso, entendiéndose igualmente en estos supuestos que renuncia al cargo.

Sin embargo hay que hacer constar la novedad que supone el reingreso a la carrera fiscal de aquellos funcionarios que hubiesen sido separados del servicio activo, previsión que no se mantenía en los Reglamentos de 1927 y 1958. En este último, su artículo 54 contemplaba la posibilidad de reingreso al servicio activo para aquellos funcionarios fiscales jubilados, en plazas reservadas a funcionarios en situación de excedencia especial, siempre que tuvieran la categoría suficiente para ocupar dicha plaza (art. 38 del Reglamento fiscal de 1958).

En cuanto a los supuestos de destitución, el art. 50 del Reglamento de 1969 al contemplar las causas que dan lugar a la misma, **elimina** el supuesto contemplado en el Reglamento de 1958, referente a una **“conducta viciosa o comportamiento poco honoro o por su habitual negligencia no sean dignos de seguir ejerciendo la función fiscal”⁹⁵⁵**, como causa de destitución, **pero se reproduce** “con la misma intensidad” como una de las faltas reguladas en el art. 124.8 y dado que puede ser calificada como falta muy grave, a tenor del contenido del art. 125.2 del Reglamento, sí podría dar lugar a la destitución. En la misma línea con la que se expresaba la reglamentación anterior, se sigue manteniendo el supuesto de renuncia tácita de forma invariable a como lo hiciera los Reglamentos Fiscales de 1927 y 1958, concluyéndose como antes se hiciera que la inamovilidad ⁹⁵⁶fiscal continuaba siendo frágil y sometida a veces a causas subjetivas o de oportunidad política, tal como pone de manifiesto el citado precepto.

También es invariable la situación respecto a la destitución del Fiscal del Tribunal Supremo, dado que de forma continuista se mantiene por el art.48.2 su libre separación de la Carrera Fiscal, por decisión del ejecutivo, sin formación de expediente previo que se garantiza para todo funcionario fiscal en supuestos de separación.

⁹⁵⁵ Las depuraciones en la carrera judicial no se hacían diciendo que eran tales, ni se justificaba alegando desafección política por parte del funcionario “depurado”, por el contrario, se alude siempre a motivos de moralidad y aptitud, es decir a “su falta” para proceder a las destituciones o cesar a jueces en activo. Juan Montero Aroca. “Independencia y Responsabilidad del Juez” Op.Cit. Pag.52..

⁹⁵⁶ En sentido estricto, la inamovilidad solo se predicaba de Jueces y Magistrados durante el S.XIX, en el que a pesar de su reconocimiento Constitucional, los ataques a la misma son manifiestos a través de Decretos ministeriales provenientes de los Gobiernos de turno en el poder. La Ley Provisional de 1870, si bien significó un antes y un después en materia de inamovilidad judicial, sin embargo a través de la denominadas Juntas de Clasificaciones se produciría una gran depuración de Jueces y Magistrados. Juan Montero Aroca. “Independencia y Responsabilidad del Juez”. Op.Cit. Pagg. 50-51 El art. 221 de la Ley Provisional de 1870 establecía; “Gozarán de inamovilidad judicial...los jueces y magistrados que ejerzan funciones permanentes sin limitación de tiempo”.La inamovilidad es intrínseca al concepto de independencia judicial, es una de las garantías del Poder Judicial pero en cualquier caso va unida a la idea de responsabilidad jurídica, siendo esa la línea seguida no solo por los textos Constitucionales y positivos desde comienzos del S.XIX, sino además por nuestra doctrina. Juan Montero Aroca: “Independencia y Responsabilidad del Juez”. Op.Cit-Pagg.20-21.

El Reglamento Fiscal de 1969, en lo que respecta a los órganos con potestad disciplinaria, su art. 123 reproduce casi literalmente el contenido de los artículos 116 y 123 de los Reglamentos Orgánicos de 1927 y 1958 respectivamente, con la novedad de que incluye a los Tenientes Fiscales y Abogados Fiscales tanto de la A.T. como de las A.P respecto de los cuales, los Fiscales-Jefes de aquellas tendrán potestad disciplinaria.

Las faltas de las que deriva la responsabilidad, establecidas en el art. 124 del Reglamento Fiscal de 1969, supone una reproducción casi literal de las faltas enumeradas en el art. 125 y 119 de los Reglamentos Orgánicos anteriores. Sumariamente pueden sintetizarse en las siguientes: faltar de palabra o por escrito o de obra a los superiores, abandono del servicio, emitir informes manifiestamente ilegales, desconsideración con los iguales, traspasar los límites de la autoridad con los inferiores, ser negligente en el cumplimiento de los deberes, irregularidad en la conducta moral, incumplir las prohibiciones contenidas en el art. 17 del Reglamento entre las que se encuentra en su apartado 1º, dirigir al poder ejecutivo felicitaciones o censuras por sus actos, mezclarse en reuniones o manifestaciones de carácter político (art.17.2), cuando no sostengan en la forma debida la dignidad y prerrogativa de su cargo o faltasen en sus informes escritos u orales a las prescripciones legales y reglamentarias o bien cuando incurrieren en causa de incompatibilidad.

Tal como se ha mencionado anteriormente, una de las novedades que introduce el artículo 125 del Reglamento, es la inclusión como sanciones disciplinarias tanto la separación del servicio como la suspensión de funciones, junto a las tradicionales sanciones⁹⁵⁷ que aparecían en la regulación reglamentaria anterior.

En la reglamentación orgánica anterior, aunque aquellas se imponían como sanción ante determinadas conductas de los fiscales, sólo aparecían relacionadas en el Capítulo concerniente a situaciones administrativas en relación al servicio, sin que se contemplaran de forma expresa en la relación de sanciones, que podían ser impuestas a los funcionarios del Ministerio Fiscal. Por tanto, se observa un mayor endurecimiento en lo que a sanciones se refiere. Ya no solo la insubordinación a los superiores jerárquicos, que además podía ser causa de responsabilidad criminal, daba lugar a la

⁹⁵⁷ Entre las sanciones que se contemplaban en los Reglamentos Orgánicos de 1927 y 1958 se encontraban; a) Apercibimiento; b) Privación total o parcial de vacaciones; c) Multa con cuantía mínima de 25 ptas(Reglam.de 1927) o de 100 ptas (Reglam. de 1958) o máxima de 500ptas o de 1000 ptas. respectivamente; d) Privación de parte del sueldo de 1 a 6 meses. e) Traslado Forzoso; f) Postergación para ascensos; g)Suspensión de empleo y sueldo de tres meses a un año.

destitución, siendo ésta la única de las faltas que era sancionada con la destitución del servicio en los Reglamentos Orgánicos de 1927 y 1958 ⁹⁵⁸ sino que ahora, cualquiera de las faltas del artículo 124 del Reglamento podía ser causa de destitución ⁹⁵⁹ o de suspensión de funciones, esta última con un plazo máximo de 6 años.

Otras de las novedades fue la clasificación de las faltas en muy graves, graves y leves, aunque después de calificar como muy graves las cuatro primeras de las mencionadas en el art.124, la calificación del resto de las sanciones, dependería de las circunstancias y efectos de la falta en cuestión, con lo que se recurre de nuevo al libre arbitrio del Instructor del procedimiento tal como sucedía en las regulaciones anteriores. Ni que decir tiene que la inseguridad jurídica que produce es evidente.

La orden de formar expediente disciplinario, se mantiene en el Reglamento de 1969 ⁹⁶⁰ en los mismos términos que lo hicieron los Reglamentos anteriores, es decir se contempla la iniciación de oficio de aquellos.

En lo relativo al procedimiento que se sigue para imponer correcciones disciplinarias se mantiene la misma redacción seguida en la Reglamentación Orgánica anterior, con la salvedad prevista para el caso de que proceda la sanción de separación del servicio, en cuyo caso, dispone el art. 129 que habrá de remitirse el expediente al Consejo Fiscal para su instrucción; esta separación habrá de declararse formalmente mediante Decreto a propuesta del Ministro de Justicia, previo expediente instruido por el Consejo Fiscal de acuerdo con el artículo 51 del Reglamento.

⁹⁵⁸ . El Reglamento Fiscal de 1927 y el de 1958 introduce entre las sanciones a imponer, la destitución “cuando faltaran a la subordinación debida a sus superiores,...cuando la falta no diera lugar a causa criminal” según se desprende de los artículos 119 y 125 respectivamente.

⁹⁵⁹ Tradicionalmente se distinguía entre: Destitución, traslado y jubilaciones que se atribuían al Gobierno, aunque eran actos reglados, no discrecionales, contra los que podía interponerse recurso contencioso administrativo, en los casos en que así se estableciera reglamentariamente para el caso de los Fiscales. Este recurso se interponía ante el Tribunal Supremo. La suspensión por el contrario sólo era posible por auto del Tribunal competente. Juan Montero Aroca. “La independencia y responsabilidad del Juez”. Op.Cit. Pag. 50.

⁹⁶⁰ El art. 128 del Reglamento Fiscal de 1969, reproduce casi literalmente los términos en que se expresan los artículos 128 y 122 del Reglamento Fiscal de 1958 y 1927. En el mismo se dice: “...La orden de formar expediente puede darse por el Ministerio de Justicia o por cualquiera de los que según el artículo 123 pueden imponer correcciones disciplinarias...”

Resulta al menos curioso, que los tres Reglamentos Orgánicos otorguen facultades disciplinarias al Consejo Fiscal, aspecto este último extraño a nuestra normativa actual de acuerdo con el art. 67⁹⁶¹ del Estatuto Fiscal de 1981. Sin embargo se mantiene constante el principio en virtud del cual las destituciones o separaciones del cargo continúan siendo competencia del Ministro de Justicia, propuesta que ahora procede del Fiscal General del Estado, pero que tradicionalmente procedía del Consejo Fiscal que se constituía en Tribunal de Honor para declarar la destitución de un funcionario, siendo antes y ahora un acto reglado, sujeto a previo expediente disciplinario, al igual que el resto de las sanciones a imponer, con alguna excepción en la materia⁹⁶².

En este punto es interesante advertir que si bien ha habido un tratamiento jurídico casi idéntico para Jueces, Magistrados y Fiscales, en lo que a responsabilidad disciplinaria se refiere, de acuerdo con los textos examinados hasta este momento, se aprecia en la evolución de la carrera judicial y en lo que a órganos con potestad disciplinaria se refiere, como el Gobierno ha dejado de tener atribuciones para imponer una sanción grave como la destitución o separación del servicio de un Juez o Magistrado, otorgándose tal competencia al Pleno del Consejo General del Poder Judicial de acuerdo con el art. 421.d. de la ley del Poder Judicial de 1985.

La cuestión a resolver en lo que al Ministerio Fiscal se refiere, es por-qué continúa teniendo atribuciones de índole disciplinaria el Ministro de Justicia⁹⁶³. La evolución posterior de la responsabilidad disciplinaria viene marcada en primer término por la propia Constitución de 1978, donde su artículo 124, imprime y condiciona un nuevo marco normativo que comienza por el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981(Ley 50/1981 de 30 de diciembre) con las reformas posteriores operadas en el mismo. El Estatuto Orgánico de 1981 constituye un texto de referencia obligada, en el

⁹⁶¹ Según el art. 67 del EOMF de 1981, son competentes para la imposición de sanciones: a) Para imponer la de advertencia, el Fiscal Jefe respectivo. b) Para imponer hasta la de suspensión, el Fiscal General del Estado. c) Para imponer la de separación del Servicio, el Ministro de Justicia, a propuesta del Fiscal General del Estado, previo informe favorable del Consejo Fiscal. Así se expresaba el Consejo Fiscal con ocasión de la elaboración del Informe sobre el Reglamento de la Carrera Fiscal elaborado en octubre del año 2011.

⁹⁶² . La sanción de advertencia podrá imponerse de plano, previa audiencia del interesado, aunque el Reglamento Fiscal de 1969 aún vigente, contempla explícitamente el nombramiento de secretario, testificales y la prueba documental.

⁹⁶³ En este punto, cierto sector de la doctrina se ha manifestado a favor de que se sustraiga de toda competencia al Ministro de Justicia dado que puede suponer una clara afectación a la independencia de la Institución Fiscal. Incluso se atribuye al Ministro de Justicia, la potestad o competencia para conocer del recurso de alzada que como acertadamente concluye Valdes-Solís Iglesias, el FGE no tiene superior jerárquico. Enrique Valdés- Solís Iglesias. “Garantías actuales de los representantes del Ministerio Fiscal y reformas necesarias para una mayor independencia en garantía de los derechos de los ciudadanos”. Diario La Ley. Año 2012. Pag.8

que todavía convive la tradición orgánica y organizativa del Ministerio Público y de la Carrera Fiscal, aunque con la incorporación de principios funcionales derivados de la Carta Magna. La responsabilidad de los miembros del Ministerio Fiscal se encuentra regulada en el Capítulo VII del Título III del Estatuto. En él se ubican 11 artículos, dedicándose el artículo 60 a regular la responsabilidad civil y penal de los fiscales y el resto, es decir los diez restantes regulan la responsabilidad disciplinaria (Artículos: 61 al 69 del citado Estatuto). Conviene destacar dentro de esta evolución, otras disposiciones que inciden en el procedimiento disciplinario en tanto que constituyen las fuentes a la que se acude en casos de tramitación de expedientes⁹⁶⁴;

a) Ley Orgánica del Poder Judicial: Título III, Capítulo III, Artículos 414 a 427⁹⁶⁵ en los que se regula la responsabilidad disciplinaria tanto desde un punto de vista sustantivo como procedimental.

b) Real Decreto 796 / 2005 de 1 de julio por el que se aprueba el Reglamento sobre Régimen Disciplinario del Personal al servicio de las Administraciones Públicas⁹⁶⁶.

c) La Jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo fundamentalmente en los recursos contra resoluciones del Pleno del Consejo General del Poder Judicial⁹⁶⁷.

Específicamente en materia de “procedimiento sancionador” hay que recordar que el citado artículo 68 del Estatuto se limita a disponer que: “...*La sanción de advertencia podrá imponerse de plano, previa audiencia del interesado. Para la imposición de las restantes será preceptiva la instrucción de expediente contradictorio con audiencia del*

⁹⁶⁴ Informe del Consejo Fiscal sobre el Proyecto de Reglamento de la Carrera Fiscal. Año 2011. Pag.55.

⁹⁶⁵ Destaca entre las reglas generales aplicables al artículo 415.2 de la LOPJ: “ La incoación de un procedimiento penal no será obstáculo para la iniciación de un expediente disciplinario por los mismos hechos, pero no se dictará resolución en éste hasta tanto no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal...” 415.3 de la LOPJ: “ Sólo podrán recaer sanción penal y disciplinaria por los mismos hechos cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y bien jurídico protegido” .Así mismo en lo referente a las denominadas Informaciones Previas, que es la puerta de entrada de todas las denuncias sobre el funcionamiento del Ministerio Fiscal y de los Fiscales, habría que destacar los apartados 2, 3 y 4 del artículo 423 de la LOPJ.

⁹⁶⁶ Otra de las reglas generales aplicables al procedimiento disciplinario derivan de determinadas disposiciones como el artículo 4.2 del Real Decreto 796/2005: “Cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulta la existencia de indicios fundados de la comisión de una infracción penal, el instructor suspenderá su tramitación y lo pondrá en conocimiento de la autoridad que hubiera ordenado la incoación para su oportuna comunicación al Ministerio Fiscal”. Asimismo el artículo 21.3 del R.D 796/ 2005: “La práctica de la información previa no interrumpe los plazos de prescripción”. También habrá de citarse el artículo 23 del RD 796/2005: “Para la imposición de sanciones por faltas leves no será preceptiva la previa instrucción del expediente, salvo el trámite de audiencia al interesado, que deberá evacuarse en todo caso por la unidad administrativa a la que corresponda la gestión de personal con las siguientes formalidades:...”

⁹⁶⁷ Sentencias del Pleno de la Sala 3ª de 27 de febrero de 2006, recurso contencioso-administrativo núm. 84/2004 y de la Sección 7ª de dicha Sala de 9 de febrero de 2009, recurso contencioso administrativo núm. 321/2005.

interesado”, y salvo estas últimas referencias al carácter contradictorio del expediente, nada más se dice sobre su desarrollo procedimental, de tal manera que si acudiéramos al Reglamento Fiscal de 1969, aún vigente en tanto no se ha producido su derogación expresa, concretamente al Título V donde se regula la Responsabilidad del Ministerio Fiscal, y más concretamente al Capítulo que regula las correcciones disciplinarias, la primera impresión es la necesidad de reforma urgente puesto que hay preceptos tan obsoletos y caducos que su mera lectura zanja cualquier duda, si la hubiere, sobre que normativa aplicar al respecto. Preceptos reglamentarios como el artículo 124 en el que se sanciona a los fiscales cuando observen conducta moral irregular o incurran en vicios de los que hacen desmerecer en el concepto público, o bien el artículo 128 que admite “ la orden de formar expediente puede darse por el Ministerio de Justicia...” nos recuerda la urgencia de una nueva regulación reglamentaria, dotando al Ministerio Fiscal de un procedimiento sancionador propio que impida estas remisiones constantes a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a otras disposiciones⁹⁶⁸.

B. Responsabilidad Disciplinaria con posterioridad a la Constitución de 1978.

Consideraciones Generales

Después de la Constitución de 1978, tanto desde la propia Fiscalía General del Estado como desde sectores de la Doctrina científica, se llegó a denunciar de forma reiterada, la necesidad de elaborar un nuevo Reglamento que desarrollara el actual marco Estatutario de los miembros del Ministerio Fiscal. Así aconteció que en el mes de octubre de 2011, fue elaborado un Informe por parte del Consejo Fiscal sobre un borrador de Proyecto de Reglamento, remitido desde la propia Secretaria de Estado de Justicia. El citado borrador fue remitido desde la Inspección Fiscal, a todos los Fiscales Jefes de Sala, Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas y Fiscales Jefes de Fiscalías Provinciales y de Área, a fin de que realizaran todas aquellas observaciones que considerasen oportunas al texto del Proyecto y que fuera reflejo del análisis que cada una de esas Fiscalías pudiera realizar al mismo. Según contenido del Oficio remitido

⁹⁶⁸ www.Fiscal.es, “Informe del Consejo Fiscal sobre el Proyecto de Reglamento de la Carrera Fiscal”. Año 2011. Pag.54.

desde la Inspección Fiscal, el Proyecto había sido fruto del consenso alcanzado en parte, entre la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Justicia, y se rogaba desde la Inspección que a la mayor brevedad, fueran enviadas todas las propuestas a fin de sacar adelante del Real Decreto de aprobación de Reglamento. De todas las observaciones recibidas y evaluadas, se incorporaron aquellas que ofrecieron un enfoque enriquecedor, según palabras textuales que figuraba en el preámbulo del Informe y que recogía en suma, todas las observaciones que el Consejo efectuaba al Proyecto, cumplimentándose así el trámite preceptivo de audiencia al Consejo Fiscal previsto en el Estatuto Orgánico de 1981. No obstante, a pesar de la brevedad de tiempo de que se dispuso (septiembre-octubre del año 2011) para llevar a cabo la tarea encomendada, finalmente no salió adelante⁹⁶⁹.

Posteriormente en el mes de septiembre de 2014, el Pleno del Consejo Fiscal estudiaba una propuesta para modificar el Estatuto del Ministerio Público con el fin de adaptar su régimen disciplinario al de los jueces y magistrados. El citado texto, fue analizado por el máximo órgano de representación de la Carrera Fiscal y en todo caso estaba supeditado a la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo anteproyecto elaborado por el Gobierno fue aprobado en abril del 2014, y por el que se modificaba, la responsabilidad directa de los jueces para equipararla al régimen común de los funcionarios y adaptarla a la reciente figura del Promotor de la Acción Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial.

En ambos casos, se hacía especial referencia al régimen disciplinario de los miembros del Ministerio Público. En el primero de los textos citados, se dice textualmente: “...No regula el Estatuto propiamente el procedimiento sancionador pues el artículo 68 se limita a disponer que la sanción de advertencia podrá imponerse de plano, previa audiencia del interesado. Para la imposición de las restantes, será preceptiva la instrucción de expediente contradictorio, con audiencia del interesado y salvo estas referencias a la audiencia y carácter contradictorio nada se dice sobre cómo haya de ser

⁹⁶⁹ www.Fiscal.es, Informe del Consejo Fiscal sobre el Reglamento de la Carrera Fiscal. No obstante fueron emitidos votos particulares, por algunos miembros del Consejo, al citado Proyecto, que mostraron su desacuerdo, básicamente en que debiera haberse remitido el contenido del borrador a todos los Fiscales como destinatarios de la norma cuyo contenido iba a regir la actividad ordinaria de aquellos, debiéndose haber puesto a su disposición con la antelación de tiempo suficiente para que pudieran hacer las alegaciones pertinentes. Además se llegó a denunciar la ruptura de compromiso alcanzado anteriormente sobre la necesidad de convocar a las Juntas de Fiscalía a fin de que se estudiara, debatiera y elaborara, propuestas de mejora del texto, cosa que no se llegó a efectuar, y que motivó que los firmantes del texto que recogía el citado voto particular, como integrantes del Consejo se negasen a informar sobre el mismo.

tal expediente. Tal ausencia de normas procedimentales no puede entenderse cubiertas por el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1969, Reglamento que si bien dedica su Título V a la responsabilidad del Ministerio Fiscal, y más concretamente su Capítulo Primero a las correcciones disciplinarias, la mera lectura de sus preceptos evidencia la necesidad de una regulación ex novo⁹⁷⁰.

El segundo de los textos aludidos, es decir el Proyecto de Reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, elaborado por la Fiscalía General del Estado en septiembre de 2014, establecía que por razones de urgente necesidad era necesaria la entrada en vigor inmediata del Régimen de responsabilidades de los miembros del Ministerio Fiscal para ajustarlo a lo expresado en el anteproyecto para los Jueces así como para regular el Régimen Disciplinario de los miembros de la Institución. Igualmente se modificaba el artículo 14.4 e) del Estatuto para adaptar las competencias del Consejo Fiscal al citado Procedimiento Disciplinario⁹⁷¹.

Resulta obvio admitir, que el sistema disciplinario de los miembros la Carrera Fiscal requiere de cambios sustanciales que comienzan con el establecimiento de un procedimiento sancionador propio para esta Institución que evite la dispersión normativa y por tanto que sea superadora de esa “eterna remisión a la LOPJ”.

Por tanto, el primer problema consiste en identificar las fuentes inspiradoras a las que hay que acudir para tramitar los procedimientos y expedientes disciplinarios, especialmente ante la vía que abre la Disposición Adicional del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal al disponer que en materia de responsabilidad de los miembros de la Carrera Fiscal, será de aplicación supletoria lo dispuesto para Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A su vez, la Disposición Final Segunda del citado Estatuto, establece que en tanto no se dicte un nuevo Reglamento, seguirá aplicándose el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1969, en lo que no se aponga ala presente Ley.

Además habría que considerar la aplicación de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concretamente de sus artículos 35 y 135 como normas o principios generales informadores que habrán de presidir la actuación de las Administraciones Públicas.

⁹⁷⁰www.Fiscal.es, “Informe del Consejo Fiscal...”, Op.Cit. Pag.54.

⁹⁷¹www.Fiscal.es, “Propuesta de reforma del Estatuto Orgánico...”, Op.Cit.Pag.1

Los artículos 24.2 y 25.1 de la Constitución, donde se regulan respectivamente el derecho a la presunción de inocencia así como el Principio de Legalidad Penal, que tal como afirma LÓPEZ LÓPEZ, se extiende a todo el ámbito de la actividad punitiva del Estado, incluido el derecho disciplinario (STC 77/1983, de 3 de octubre)⁹⁷².

La remisión a la citada Ley 30/92 de 26 de noviembre, también debe hacerse respecto de los artículos 42.2, 44.2, y 92.2 y 3, que establecen con carácter general, el plazo de caducidad aplicable a los expedientes administrativos, aplicable también a los disciplinarios así como los supuestos excepcionales que permiten la interrupción de los plazos⁹⁷³.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su Título III, Capítulo III, comprensivo de los artículos 423 a 427, donde se regulan los aspectos procedimentales de la responsabilidad disciplinaria. También habría que acudir, como regla de carácter general, al artículo 415, en sus apartados 2 y 3 de esta Ley.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en sus artículos 61 a 69 establece los aspectos sustantivos de esta responsabilidad.

Con carácter supletorio, podría citarse el Real Decreto 796/2005 de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia, y que según informó el Consejo Fiscal al proyecto de Reglamento de la Carrera Fiscal en 2011, era una de las fuentes a la que se acudía en la práctica, junto al resto de las normas citadas, a la hora de tramitar los expedientes y procedimientos disciplinarios⁹⁷⁴. De este R. Decreto 796/2005, destaca la aplicación del artículo 4, en su apartado 2º, como regla de carácter general así como la aplicación de los artículos 28 a 36, en lo relativo a la sustanciación del procedimiento sancionador.

También y con el mismo carácter supletorio sería de aplicación las normas previstas en el Real Decreto 33/1986 de 10 de enero por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (última modificación a 31 de diciembre de 1991)⁹⁷⁵.

El Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1969, establecía un régimen disciplinario en el que se tipificaban como faltas disciplinarias no solo el incumplimiento de deberes profesionales sino el incumplimiento de deberes morales,

⁹⁷² Alberto Manuel López López, “Fiscales y régimen disciplinario...”, Op.Cit. Pag.294.

⁹⁷³ [www.fiscal.es/documento/Consejo Fiscal/](http://www.fiscal.es/documento/Consejo%20Fiscal/), “Informe del Consejo Fiscal...”, Op.Cit.Pag.55 y 65

⁹⁷⁴ [www.fiscal.es/documento/Consejo Fiscal/](http://www.fiscal.es/documento/Consejo%20Fiscal/), “Informe del Consejo Fiscal...”, Op.Cit.Pag.55.

⁹⁷⁵ Alberto Manuel López López, Loc.Cit.

confundiéndose así el control ético con el disciplinario, al igual que sucedía con el régimen disciplinario Judicial en el que el sistema imperante era implacable ante cualquier desviación de la norma general tanto moral como jurídica que regía en aquel momento⁹⁷⁶.

A partir del Estatuto Fiscal de 1981, el régimen disciplinario ya no tipifica ningún modo de vida o conducta que no esté vinculada al incumplimiento de prohibiciones, incompatibilidades, u obligaciones inherentes al desempeño de las funciones fiscales, estableciendo el artículo 42 del Estatuto que el ingreso en la Carrera Fiscal se hará por oposición libre entre quienes reúnan las condiciones de capacidad exigidas en esta ley⁹⁷⁷, estableciéndose por tanto el mismo régimen de acceso a la función judicial de acuerdo con el artículo 301 de la LOPJ⁹⁷⁸.

El régimen sancionador actual se compone de un cuadro de infracciones que numéricamente han aumentado respecto de las que establecía el Reglamento Fiscal de 1969 en su artículo 124, y que en estos momentos se componen de tres tipos de faltas: muy graves, graves y leves. De las 16 Faltas muy graves, tipificadas en el artículo 62 EOMF, destacan las vinculadas al incumplimiento del régimen de prohibiciones como la pertenencia al partidos políticos o sindicatos, el ejercicio de actividades incompatibles con el cargo de Fiscal, así como conductas muy concretas contrarias a los deberes del cargo como el incumplimiento de las órdenes particulares y requerimientos personales, la desatención o el retraso injustificado y reiterado en el despacho de asuntos, la absoluta falta de motivación en los informes, etc. Las Faltas graves previstas en el artículo 63 EOMF, aparecen reguladas doce tipos entre las que destacan; la falta de respeto a los superiores en el orden jerárquico, el incumplimiento de las órdenes o

⁹⁷⁶ David Ordóñez Solís, “Por-qué y cómo debe sancionarse a los Jueces: Un paseo de la Ética al Derecho penal, pasando por el disciplinario”, Actualidad Administrativa, nº 5, La Ley, mayo2015, pag.5.

⁹⁷⁷ El artículo 43 EOMF establece; “Para ser nombrado miembro del Ministerio Fiscal se requerirá ser español, mayor de dieciocho años, doctor o licenciado en Derecho, y no hallarse comprendido en ninguna de las incapacidades establecidas en la presente Ley”. El artículo 44 EOMF establece; “Están incapacitados para el ejercicio de funciones fiscales; “ 1º. Los que no tengan la necesaria aptitud física o intelectual. 2º. Los que hayan sido condenados por delito doloso, mientras no hayan obtenido rehabilitación. En los casos en que la pena no fuera superior a seis meses, el Fiscal General del Estado, de forma motivada y atendiendo a la entidad del delito cometido, podrá sustituir la pérdida de la condición de Fiscal por la sanción de suspensión de hasta tres años. 3º Los concursados no rehabilitados. 4º Los que pierdan la nacionalidad española”.

⁹⁷⁸ El artículo 301.2 LOPJ establece; “ El proceso de selección para el ingreso en la carrera judicial garantizará, con objetividad y transparencia la igualdad en el acceso a la misma de todos los ciudadanos que reúnan las condiciones y aptitudes necesarias, así como la idoneidad y suficiencia profesional de las personas seleccionadas para el ejercicio de la función jurisdiccional”.

requerimientos, el exceso o abuso de autoridad y la desconsideración hacia los ciudadanos, instituciones y demás funcionarios, etc.⁹⁷⁹.

El artículo 64 establece siete faltas leves, que vienen referidas a la falta de respeto a los superiores, la desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, instituciones, Jueces y demás funcionarios, así como la desatención a las órdenes o requerimientos recibidos de sus jefes, la desatención o desconsideración con ciudadanos o Instituciones, ante la petición de intervenir en una lengua cooficial, etc⁹⁸⁰.

Se observa en este cuadro de faltas tipificadas en el Estatuto Fiscal de 1981, una gran similitud con el cuadro de infracciones que recoge la LOPJ de 1985 para Jueces y Magistrados⁹⁸¹, a tenor de la última reforma operada en 2014, en la Ley Orgánica Judicial. De cualquier modo habría de subrayar que las infracciones disciplinarias han de tener siempre un carácter objetivo basada única y exclusivamente en el quebrantamiento de las obligaciones y deberes profesionales, no debiendo de coincidir nunca con el ámbito de las funciones que como Fiscales les corresponden ejercer, aunque no resulta fácil deslindar o diferenciar unas de otras⁹⁸².

El cuadro de sanciones aplicables prevé; la Advertencia, la Multa de hasta 3.000 mil euros, el Traslado forzoso, la Suspensión de hasta tres años y la Separación del servicio. Las Faltas leves se castigarán con Advertencia o Multa de hasta 300 euros o con ambas a la vez. Las Faltas graves se sancionan con Multa de hasta 3000 euros, y las Faltas muy graves con Suspensión, Traslado Forzoso o Separación del Servicio de acuerdo con el artículo 66.1 y 2 EOMF. Se observa una identidad absoluta con las sanciones aplicables a Jueces y Magistrados, de acuerdo con el artículo 420.1 LOPJ. (Solo se observa una multa superior para los Jueces que puede alcanzar los 6000 euros)⁹⁸³.

⁹⁷⁹ David Ordóñez Solís, “Por-qué y cómo debe sancionarse a los Jueces...”, Op, Cit, Pagg. 5-6

⁹⁸⁰ *Ibidem*. Pag.6

⁹⁸¹ *Ibidem*.

⁹⁸² Antonio M^a Alvarez- Buylla Ballesteros, Ana Molerres Muruzabal, “ La responsabilidad de los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones”, Diario la Ley, nº 7118, 2009, pag.3. Estos autores vienen a coincidir en el planteamiento, de que no es fácil deslindar los deberes profesionales del juzgador con el incumplimiento de los deberes que se pueden vincular con el ejercicio de funciones estrictamente jurisdiccionales en donde este tipo de responsabilidad no es exigible.

⁹⁸³ ⁹⁸³ David Ordóñez Solís, “Por-qué y cómo debe sancionarse a los Jueces...”, Op.Cit.Pag6

Tal como se expuso anteriormente, en el año 2014 la Fiscalía General del Estado remite al Gobierno una Propuesta de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En dicha Propuesta se solicitaba además, la entrada en vigor con carácter urgente de varias modificaciones que afectaban al Estatuto, entre las que destacaba la nueva regulación del Régimen Disciplinario de los Fiscales, propuesta que finalmente no llegó a prosperar.

La Ley Orgánica 4/2013 de 28 de junio de reforma del Consejo General del Poder Judicial, introdujo una modificación importante en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. De la Exposición de Motivos de la Ley, transcribimos los siguientes párrafos; *“Una de las mayores innovaciones introducidas por la citada Ley Orgánica fue la transformación de la Comisión Disciplinaria, de tal forma que el procedimiento disciplinario previsto para Jueces y Magistrados deja de ser sustancialmente inquisitivo: no debe ser un mismo órgano quien decida la incoación del procedimiento, designe al instructor y finalmente sancione o no. Es verdad que la potestad disciplinaria es, por su propia naturaleza, un instrumento de gobierno; pero no por ello deja de ser una manifestación del “ius puniendi del Estado”, cuyo ejercicio debe estar revestido de ciertas garantías fundamentales. Teniendo esto presente, y dentro del marco garantista actualmente existente, se establece que la incoación e instrucción del procedimiento y la formulación del pliego de cargos quede encomendada a una nueva figura: el Promotor de la Acción Disciplinaria. Habrá de ser un miembro muy experimentado de la carrera judicial, que asuma la tarea de investigar las infracciones y sostener la acusación. Ello no sólo supondrá una saludable introducción del principio acusatorio en el procedimiento disciplinario, sino que ayudará a profesionalizar y racionalizar la instrucción, hasta ahora encomendada caso por caso a Magistrados que deben seguir desempeñando su actividad ordinaria.*

El Promotor de la Acción Disciplinaria no es propiamente un órgano del Consejo General del Poder Judicial, sino un cargo subordinado al mismo.

Su inactividad puede ser corregida por la Comisión Permanente que, de oficio o a instancia de parte, puede ordenarle la incoación o la prosecución de un procedimiento disciplinario. En este esquema, la Comisión Disciplinaria es sólo un «tribunal»; es decir, se limita a juzgar los procedimientos disciplinarios por infracciones graves y muy graves, así como a imponer las sanciones pertinentes. En algunos casos la Comisión Disciplinaria agota la vía administrativa, por lo que contra sus acuerdos no

cabe la alzada ante el Pleno. No obstante, esta previsión no desnaturaliza la función que la Constitución atribuye al Consejo en materia disciplinaria, por dos razones.

*En primer lugar, la composición de la Comisión Disciplinaria –que debería estar servida por las mismas personas a lo largo de los cinco años de cada Consejo, para profesionalizar el órgano– refleja la proporción del Pleno: tres de sus miembros deben ser Vocales que hayan sido elegidos por el turno de juristas de reconocida competencia y cuatro Vocales elegidos por el turno judicial. No se altera así el designio constitucional de que las infracciones disciplinarias de los Jueces y Magistrados sean juzgadas por un colegio con una presencia, minoritaria pero consistente, de juristas externos a la judicatura. En segundo lugar, la resolución de aquellos procedimientos en que el Promotor de la Acción Disciplinaria proponga la imposición de la sanción de separación del servicio, por su extremada gravedad, corresponderá al Pleno”.*⁹⁸⁴

A tenor de la creación de esta nueva figura en el expediente disciplinario judicial, los artículos 605 a 606 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, vienen a regular la figura del Promotor de la Acción Disciplinaria, que como puede deducirse del Preámbulo de la Ley 4/2013 de 28 de junio, se trata de un cargo ínsito en el organigrama del Consejo General del Poder Judicial, con competencias sobre recepción de quejas y denuncias relativas al funcionamiento de los órganos judiciales, incoación e instrucción del procedimiento para investigar las infracciones graves y muy graves y formulación del pliego de cargos, sosteniendo la acusación ante la Comisión Disciplinaria o, en su caso el Pleno (art. 599.1-10^a), conforme a las exigencias del principio acusatorio que ha de presidir cualquier manifestación de ejercicio por el Estado del “ius puniendi”. Esta función habrá de ser ejercida por un miembro cualificado y experimentado en la Carrera Judicial, designado por el Pleno entre Magistrados del Tribunal Supremo o Magistrados que cuenten con una antigüedad superior a veinticinco años en la misma, en situación administrativa de servicios especiales y con dedicación exclusiva cuyo tratamiento honorífico sea o no el elegido, será de Magistrado del Tribunal Supremo⁹⁸⁵.

⁹⁸⁴ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2013 de 28 de junio de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

⁹⁸⁵ Francisco Ortiz Pérez, “El nuevo promotor de la acción disciplinaria contra Jueces y Magistrados: ¿Un Añejo inquisidor o un necesario garantizador de los derechos judiciales?, Revista General de Derecho Administrativo nº 36, Pag.1.

En consonancia con esta última modificación del Procedimiento Sancionador Judicial, el citado Proyecto de modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en materia Disciplinaria, regulaba la figura del Promotor de la Acción Disciplinaria en el Capítulo II del Título IV. Así el artículo 94 dispone lo siguiente;

“1. Corresponde al Promotor de la Acción Disciplinaria la incoación, tramitación y resolución de los expedientes disciplinarios por hechos presuntamente susceptibles de responsabilidad disciplinaria que puedan ser imputados a los miembros del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. 2. En el ejercicio de sus funciones, el Promotor de la Acción Disciplinaria, no podrá recibir órdenes o instrucción de sus superiores jerárquicos, ni de ninguna otra Autoridad. 3. Los miembros del Ministerio Fiscal están obligados a colaborar con el Promotor de la Acción Disciplinaria. El Promotor podrá requerir la presencia del Fiscal expedientado por conducto del Fiscal Jefe correspondiente, o directamente si se trata de éste, comunicándolo a la Fiscalía General del Estado a los efectos de otorgamiento de la comisión de servicios para realizar el desplazamiento requerido.

El artículo 95 dispone; *1. El Promotor de la Acción Disciplinaria y su sustituto deberán pertenecer a la Carrera Fiscal y tener la categoría de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo o de Fiscal con más de veinticinco años de antigüedad en la Carrera. La provisión discrecional de estos cargos se hará mediante concurso entre los solicitantes que reúnan los anteriores requisitos y no se hallen destinados en la Inspección Fiscal. 2. El Promotor de la Acción Disciplinaria y su sustituto serán nombrados por Decreto del Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal y sus mandatos serán de dos años renovables por un periodo más. El Promotor y su sustituto simultanearán el ejercicio de las funciones propias de este cargo con el que vinieran desempeñando al momento de su nombramiento. 3. El Promotor o su sustituto de la Acción Disciplinaria sólo cesarán por finalización de su mandato, incapacidad o incumplimiento grave de sus deberes mediante Decreto del Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal. 4. El sustituto ejercerá las funciones del Promotor de la Acción Disciplinaria cuando por circunstancias excepcionales, físicas o legales, se vea imposibilitado transitoriamente para ejercer sus funciones. 5. Mientras desempeñen el cargo el Promotor de la Acción Disciplinaria o, en su caso, su sustituto, cuando no tengan con anterioridad la categoría de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, adquirirán la consideración honorífica de tal categoría de Fiscal de Sala del Tribunal.*

Artículo 96. *“Para el desempeño de sus funciones, el Promotor de la Acción Disciplinaria dispondrá del personal colaborador de la Administración de Justicia que se determine en la plantilla orgánica y además podrá recabar la asistencia de las Unidades de la Fiscalía General del Estado”.*

Se observa además en la regulación de la figura y de sus competencias en orden a la incoación e instrucción de los expedientes disciplinarios, muchas similitudes con la regulación que ofrece la Ley Orgánica del Poder Judicial, a través de sus artículos 605 a 608. No se puede perder de vista además, que la regulación del procedimiento disciplinario que proyecta esta reforma estatutaria, se hace por Ley y no por vía reglamentaria, dato este último al que aludió en su día el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996, que abogaba por una nueva redacción de Reglamento Fiscal adaptado al Estatuto y al marco constitucional pero era necesario que aquella se hiciera por Ley y no por vía reglamentaria, tal como lo interpretaba el Consejo Fiscal⁹⁸⁶.

Entendemos que a pesar de no haber prosperado la propuesta de reforma del EOMF, la línea que en el futuro se vaya a seguir, en orden a la regulación del régimen sancionador de los Fiscales, va a ser la establecida en el citado Proyecto que como ya se ha indicado anteriormente, presenta muchas similitudes con la regulación que ofrece la Ley Orgánica Judicial en materia de régimen sancionador judicial así como en lo que respecta a la figura del Promotor disciplinario, su designación y sus competencias instructoras, con las variantes lógicas dadas las diferencias de organización en la Carrera Judicial y Fiscal.

ORTÍZ PÉREZ⁹⁸⁷ viene a considerar que en ambos textos, las exigencias básicas del principio acusatorio del proceso penal, que obliga a separar las funciones instructoras, de impulso y acusatorias, de aquellas otras funciones propiamente decisorias, no se ha llevado hasta sus últimas consecuencias porque el nuevo Promotor disciplinario es un cargo dependiente y subordinado al Consejo General del Poder Judicial, concretamente a su Comisión Permanente, según lo que ha pretendido el legislador orgánico, y que al igual que sucede en el ámbito de la Carrera Fiscal, el Promotor disciplinario se haya subordinado a la Comisión Permanente del Consejo Fiscal según establecía el artículo 84 del Proyecto EOMF, tanto por vía del control de oficio o en vía de recurso, que

⁹⁸⁶ Ministerio de Justicia e Interior, “Libro Blanco del Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag 63.

⁹⁸⁷ Francisco Ortiz Pérez, “El nuevo promotor de la Acción Disciplinaria...” Op. Cit.Pag.3.

ejerce la citada Comisión Permanente que se encuentra facultada para obligarle a iniciar un procedimiento disciplinario en contra de su personal criterio, argumento que se reproduce en los mismos términos, en el vigente artículo 608 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Además, y de acuerdo con el art.95.2 del Proyecto de Estatuto, sería nombrado con carácter discrecional por el Fiscal General del Estado mediante decreto, previo concurso de entre aquellos aspirantes que reúnan los requisitos exigidos en el citado precepto, oído previamente el Consejo Fiscal, por un periodo de 2 años renovables por otro periodo igual. Como alternativa a este modelo de designación, tendríamos la opción ya planteada por la Asociación Profesional e Independiente de Fiscales, que proponía que el Promotor Disciplinario fuera elegido por los miembros de la Carrera Fiscal por un periodo de 4 años, por votación directa, libre y secreta de todos los fiscales.⁹⁸⁸

Nos parece acertada la propuesta planteada por ORTÍZ PÉREZ⁹⁸⁹, según la cual dada la trascendencia constitucional de las decisiones a adoptar como es el inicio de la acción disciplinaria y la instrucción del procedimiento sancionador así como, la petición formal de imposición de sanciones leves, graves y muy graves a un Fiscal, y en el caso de la Carrera Judicial a un Juez, tales funciones podrían encomendarse a un órgano colegiado con la presencia, en el caso concreto de la Carrera Fiscal, de un miembro de la misma como representante del Ministerio Público.

Esto último está en la línea argumentada en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sec. 3ª, nº 4023/2013, de 1 de octubre de 2013 por la que se anulaba la sanción de separación del servicio impuesta (por primera vez en democracia) a un Fiscal, por el Ministerio de Justicia al ser considerado autor de una falta continuada muy grave del artículo 62.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y en cuyo el Fundamento de Derecho Cuarto constata los siguientes argumentos; “ *Los principios de unidad y dependencia del Ministerio Fiscal, que es único para todo el Estado español a tenor de lo dispuesto en el artículo 22 del referido texto legal, no impiden su intervención, en el ejercicio de su función de defensa de la legalidad, en un procedimiento disciplinario seguido contra uno de sus miembros*”.

⁹⁸⁸ www.apifiscales.es/ informe de la APIF al proyecto de modificación del Estatuto en materia disciplinaria. Pag. 2. Los aspirantes que deseen participar en el concurso para optar al nombramiento de PAD deberán tener la categoría de Fiscal de Sala del Supremo o bien la categoría de Fiscal con más de 25 años de ejercicio profesional.

⁹⁸⁹ Francisco Ortiz Pérez, Loc.Cit. Pag., 6

No es de recibo entender, como mantiene la administración demandada, que al haber intervenido varios fiscales en el procedimiento administrativo sancionador no es necesaria la intervención de uno de los miembros del Ministerio Fiscal, pues tal argumento deja de tener en cuenta que dicho Fiscal debería estar ejerciendo en el procedimiento disciplinario, sin dependencia jerárquica, la función de garante de la legalidad, posibilitando eficazmente, en definitiva, lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera un juicio justo. Al contrario de lo que manifiesta en el escrito de contestación a la demanda el Ministerio Fiscal, parte en este proceso, en que, refiriéndose al expediente disciplinario del recurrente, llega a afirmar que “ no estamos, por tanto, ante un procedimiento administrativo y una resolución de autoridades de este orden”, lo cierto es que el procedimiento disciplinario no deja de ser un procedimiento sancionador de carácter claramente administrativo (es lo que se denomina materia de personal), aunque las autoridades intervinientes sean miembros del Ministerio Fiscal, pues en este caso no estamos ante la más característica de sus funciones, cuál es la de ser parte en un proceso penal.

Aquí estamos ante un procedimiento administrativo sancionador protagonizado, hasta su resolución, por autoridades administrativas miembros del Ministerio Fiscal como representantes de la Administración actuante claramente jerarquizada, y en el que no ha intervenido, tal y como le ley prevé, un miembro del Ministerio Fiscal funcionalmente no dependiente y respecto del cual sus superiores jerárquicos carezcan de facultades para ordenarle plantear sus alegaciones en el procedimiento disciplinario de una manera u otra. En efecto, los principios constitucionales de unidad de actuación y de dependencia jerárquica que se predicán del Ministerio Fiscal como institución deben conciliarse con los principios constitucionales de legalidad e imparcialidad. La imparcialidad es un principio a que deben sujetarse las personas, en este caso, los miembros del Ministerio Fiscal, y cuando, como sucede en un procedimiento disciplinario como el presente, las personas intervinientes son todas ellas pertenecientes al Ministerio Fiscal, dicha imparcialidad debe ser garantizada dando a uno de sus miembros la intervención, claramente no dependiente de sus superiores, según lo previsto, por remisión del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al respecto, son de interés al caso, en lo relativo a la independencia funcional del Fiscal, las consideraciones contenidas en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Delcourt contra Bélgica. Sentencia de

17 enero 1970. TEDH 1970\1. Como hemos visto, en este caso se ha vulnerado el principio de legalidad, precisamente aquel que debe ser defendido por el Ministerio Fiscal. Así las cosas, queda en evidencia, por lo tanto, que la falta de intervención de un miembro del Ministerio Fiscal, funcionalmente independiente respecto de la administración que incoó, tramitó y resolvió el procedimiento administrativo sancionador contra el recurrente (también miembro de dicha Institución), no ha contribuido en absoluto a la defensa de la legalidad ni tampoco a la regularidad del procedimiento administrativo sancionador tramitado, y teniendo en cuenta que los principios inspiradores del derecho penal son de aplicación, con matices, al derecho administrativo sancionador, en definitiva, tampoco tal omisión ha contribuido a lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera el derecho a un juicio justo”⁹⁹⁰.

Además, tal como sostiene la Sentencia, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su disposición adicional primera, en lo relativo a la adquisición y pérdida de la condición de miembro de la Carrera Fiscal, incapacidades, situaciones administrativas, deberes y derechos, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades de los mismos. En consecuencia, dicha Ley Orgánica del Poder Judicial prevé en sus artículos 424, 425 y 427 la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos disciplinarios en el caso tanto de los Jueces, de los Magistrados, y por tanto dada la remisión, de los miembros del Ministerio Fiscal⁹⁹¹.

Otro de los integrantes de ese hipotético órgano colegial, según la tesis de ORTÍZ PÉREZ, vendría a estar representado por el propio Defensor del Pueblo o el Adjunto al mismo, en su calidad de Alto Comisionado de las Cortes Generales encargado de defender los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos a través de la supervisión de la actividad de todas las Administraciones Públicas. Además, se trata de un órgano constitucional garante y controlador de la transparencia o ausencia de arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos del Estado, que no se halla sujeto a mandato imperativo alguno, ni recibe órdenes o instrucciones de autoridad pública alguna (art. 54 C.E. y disposiciones de la L.O. 3/1981, de 6 de abril)⁹⁹².

⁹⁹⁰ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sec. 3ª, nº 4023/2013.

⁹⁹¹ *Ibidem*.

⁹⁹² Francisco Ortiz Pérez, “ El nuevo Promotor de la Acción Disciplinaria...”, Op. Cit. Pag.7

Las ventajas de una terna sobre la figura actual del PAD haría más difícil el error en la toma de decisiones al ser necesario dos votos como mínimo para adoptar acuerdos dificultando además las posibles injerencias o presiones externas, siendo siempre más difícil influir en la decisión colegial de tres personas, cuyo nombramiento no dependa en exclusiva, en el caso de la Carrera Fiscal, del FGE y en el caso de la Carrera Judicial, del CGPJ⁹⁹³.

El inicio de las actuaciones disciplinarias debe venir siempre presidido por una valoración racional y jurídicamente fundada en Derecho sobre la concurrencia, ab initio, de los elementos que configuran el ilícito disciplinario típico. Por ser en esencia aplicables al procedimiento disciplinario judicial, los principios que rigen el proceso y el orden penal, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional iniciada en sentencia n° 18/ 1981, de 8 de junio, Fundamento Jurídico 2º, así como en las Sentencias 73/2010, de 18 de octubre de 2010(F. Jco. 3º); 229/2007, de 5 de noviembre de 2007(F. Jco. 4º in fine) 316/2006 de 15 de noviembre de 2006(F.Jco.3)⁹⁹⁴.

Por todo ello, al PAD le está vedada como garante y defensor de la legalidad, “una interpretación extensiva o in malam partem de los hechos a la hora de decidir el ejercicio del reproche disciplinario y en consecuencia, la puesta en marcha del procedimiento establecido en la LOPJ”⁹⁹⁵. Además el PAD, a la hora de adoptar la decisión de dar inicio a la acción disciplinaria ha de tener muy presente el pleno respeto y reconocimiento de los derechos fundamentales del funcionario Fiscal afectado, de tal manera que su olvido o desconsideración viciará la decisión inicial y el iter procedimental posterior, que se verá abocada posteriormente a una resolución de sobreseimiento y archivo, aunque con el inherente perjuicio al interés público y el daño moral y desprestigio profesional del expedientado ya consumado⁹⁹⁶.

Como ejemplo de un uso desmedido y contrario a la legalidad de la potestad disciplinaria estatal ejercida contra un miembro de la Carrera Fiscal con las nefastas consecuencias aludidas anteriormente, tenemos la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sec. 3ª, n° 4023/2013, de 1 de

⁹⁹³ *Ibidem*.

⁹⁹⁴ *Ibidem*. Pag. 10

⁹⁹⁵ *Ibidem*. Pag.11.

⁹⁹⁶ *Ibidem*. Pag.11

octubre de 2013, ya comentada en este sede y por la que se anuló la sanción de separación del servicio impuesta por el Ministerio de Justicia⁹⁹⁷.

La actuación de la Administración Pública concretada en el ámbito sancionador disciplinario tiene como límite constitucional infranqueable el “Derecho escrito con mayúsculas” sin obedecer a razones e indicaciones políticas o ideológicas, ocasionales o de oportunidad con las que se pretendan sanciones ejemplarizantes ajenas al Derecho. Como ejemplo de esto último podemos citar, en este caso en el ámbito de la Carrera Judicial, el caso del Magistrado titular del Juzgado de lo Penal n1º de Sevilla, Sr. Tirado, expedientado por la no ejecución de la sentencia dictada contra Santiago del Valle y a quien la petición del Ministerio Fiscal solicitaba la imposición de una sanción de mayor gravedad, a la impuesta por el Consejo General del Poder Judicial. La Sala Tercera del Tribunal Supremo mantuvo la sanción de 1.500 euros, frente a los tres años de suspensión que interesaba el Ministerio Público por la supuesta comisión de una falta muy grave del artículo 417.9 de la LOPJ⁹⁹⁸.

El ejercicio de toda potestad administrativa, y en especial la puesta en marcha de la acción disciplinaria por el Estado, ha de tener presente el principio y el derecho constitucional de igualdad ante la ley así como la interdicción de la arbitrariedad administrativa de acuerdo con los artículos 9.3 y 14 C.E. siendo estos postulados jurídicos de importancia fundamental puesto que impedirían, todo trato desigual e injustificado por el poder público ante situaciones fácticas semejantes de tal manera que unos mismos hechos susceptible de ilicitud disciplinaria puedan generar o no responsabilidad disciplinaria, en función del concreto funcionario que lo realiza o de su eventual pertenencia a una determinada asociación profesional.⁹⁹⁹

Por tanto y como ha quedado patente según los argumentos expuestos, el Promotor de la Acción disciplinaria sería un cargo legalmente subordinado al órgano que lo ha nombrado que como ya se ha indicado es el FGE, a pesar de que el art. 94.2 del citado Proyecto establece que “en el ejercicio de sus funciones, el Promotor de la Acción Disciplinaria, no podrá recibir órdenes o instrucciones de sus superiores jerárquicos, ni de ninguna otra Autoridad”. Además, la Comisión Permanente del Consejo Fiscal se encargaría de vigilar y controlar su actividad según establecía el artículo 84 del Proyecto EOME, “ tanto por vía del control de oficio o en vía de recurso que ejerce la

⁹⁹⁷ Ibídem.

⁹⁹⁸ Ibídem. Pag.12

⁹⁹⁹ Ibídem. Pag.16

citada Comisión Permanente, que se encuentra facultada para obligarle a iniciar un procedimiento disciplinario en contra de su personal criterio, o bien al resolver un recurso de alzada contra la decisión de archivo del expediente disciplinario en curso o bien de no dar inicio al mismo”¹⁰⁰⁰.

Además el art. 87.5 del Proyecto de EOMF establece el siguiente tenor literal; “ Si el Consejo Fiscal o el Fiscal General del Estado, a la vista de las pruebas practicadas, entendiere que sobre el hecho sometido a su decisión resultare procedente una calificación jurídica distinta, podrá proponer al Promotor de la Acción Disciplinaria, así como al Fiscal expedientado, que le ilustre acerca de la posibilidad de que el hecho enjuiciado sea definido como constitutivo de una infracción distinta o si concurre alguna circunstancia que pueda afectar a la graduación de la sanción, concediéndoles un plazo común de cinco días para ello”.

Esto último resulta contradictorio con el principio acusatorio que con este modelo se dice defender, puesto que al órgano decisor (Consejo Fiscal o FGE) solo le corresponderían en teoría, resolver los expedientes disciplinarios que le sean sometidos a su resolución. En estas condiciones según argumenta acertadamente ORTÍZ PÉREZ existe un peligro de ejercicio político, desviado o arbitrario de la potestad disciplinaria con lo que la independencia del Promotor disciplinario es una “entelequia o hipótesis academicista que se muestra tan real como la vida misma”¹⁰⁰¹.

Si en un futuro, esperemos que sea más pronto que tarde, se pusiera en práctica esta nueva figura dentro de la tan necesaria y reivindicada reforma del régimen disciplinario aplicable a los Fiscales, se podría ver según ORTÍZ PÉREZ, los aciertos y equívocos de este nuevo modelo y si las competencias otorgadas al Promotor de la Acción Disciplinaria, se ejercen en bien de la Justicia, del interés general y sin tintes inquisitoriales alejados de siglo XXI y de las aspiraciones del pueblo soberano¹⁰⁰².

¹⁰⁰⁰ Ibídem. Pag.17

¹⁰⁰¹ Ibídem. Pag.18

¹⁰⁰² Ibídem. Pag.19

B.1. Infracciones que pueden cometer los fiscales.

De acuerdo con el artículo 61 EOMF, los miembros del Ministerio Fiscal incurrirán en responsabilidad disciplinaria cuando cometieran alguna de las faltas previstas en la presente Ley. El cuadro de infracciones en estos momentos, está compuesto por tres tipos de faltas: muy graves, graves y leves.

El artículo 62 del Estatuto tipifica las faltas muy graves:

- 1. El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el artículo cuarenta y cinco de esta Ley, cuando así se apreciara en sentencia firme.*
- 2. El incumplimiento de las órdenes particulares y requerimientos personales dirigidos por escrito en la forma establecida en este Estatuto, cuando de aquel se haya derivado perjuicio en el proceso o alteración relevante en el funcionamiento interno de la Fiscalía.*
- 3 La afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleos o cargos a su servicio.*
- 4 La provocación reiterada de enfrentamientos graves con las autoridades de la circunscripción en que el Fiscal desempeñe el cargo, por motivos ajenos al ejercicio de su función.*
- 5 Las acciones y omisiones que hayan dado lugar en sentencia firme a una declaración de responsabilidad civil contraída en el ejercicio de la función por dolo o culpa grave conforme al artículo Sesenta de esta Ley.*
- 6 El ejercicio de cualquiera de las actividades incompatibles con el cargo de Fiscal, establecidas en el artículo Cincuenta y siete de esta Ley, salvo las que puedan constituir falta grave con arreglo a lo dispuesto en su artículo Sesenta y Tres.*
- 7 Provocar el propio nombramiento para alguna Fiscalía cuando concurra en el nombrado alguna de las situaciones de incompatibilidad o prohibición previstas en el artículo Cincuenta y ocho de esta Ley, o mantenerse en el desempeño del cargo en dichos órganos sin poner en conocimiento de la Fiscalía General del Estado las circunstancias necesarias para proceder al traslado forzoso previsto en el artículo Treinta y Nueve, apartado 3.*

8 La inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas.

9 La desatención o el retraso injustificado y reiterado en el despacho de los asuntos o en el ejercicio de cualesquiera otras de las funciones que le fueran encomendadas.

10 El abandono del servicio o la ausencia injustificada y continuada por siete días naturales o más de la sede de la Fiscalía en que se hallase destinado.

11 Faltar a la verdad en la solicitud de obtención de permisos, autorizaciones, declaraciones de compatibilidad, dietas y ayudas económicas.

12 La revelación por el Fiscal de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona.

13 El abuso de la condición de Fiscal para obtener un trato favorable e injustificado de autoridades, funcionarios o profesionales.

14 La comisión de una falta grave cuando el Fiscal hubiera sido anteriormente sancionado por otras dos graves, que hayan adquirido firmeza, sin que hubieran sido canceladas o procedido la cancelación de las correspondientes anotaciones, conforme a lo establecido en el artículo Sesenta y Nueve de esta Ley.

15 La ignorancia inexcusable en el cumplimiento de sus deberes.

16 La absoluta y manifiesta falta de motivación en los informes y dictámenes que la precisen de conformidad con las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado.

En cuanto a las faltas graves, se prevén 12 tipos en el artículo 63 del Estatuto:

1. La falta de respeto a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, en escrito que se les dirija o con publicidad.

2. El incumplimiento de las órdenes o requerimientos recibidos en la forma establecida en este Estatuto.

3. El exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, instituciones, jueces y magistrados, fiscales, secretarios, médicos forenses, funcionarios de los cuerpos de gestión, tramitación y auxilio judicial, abogados y procuradores, graduados sociales y funcionarios de la policía judicial y demás

personal al servicio de la Administración de Justicia o que preste servicios en la oficina fiscal.

4. Dejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria que proceda a los secretarios y personal auxiliar subordinado, cuando conocieran o debieran conocer el incumplimiento grave por aquéllos de los deberes que les corresponden.

5. Revelar hechos o datos conocidos por el Fiscal en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando no constituya la falta muy grave del apartado 12 del artículo sesenta y dos de esta Ley.

6. La ausencia injustificada y continuada por más de tres días naturales y menos de siete de la sede de la Fiscalía en que el Fiscal se halle destinado.

7. La inasistencia injustificada a los actos procesales con audiencia pública que estuvieran señalados y a los que hubiera sido citado en la forma legalmente prevista, cuando no constituya falta muy grave.

8. El retraso injustificado en el despacho de los asuntos de que conozca el Fiscal en el ejercicio de su función, si no constituye falta muy grave.

9. El ejercicio de cualquier actividad susceptible de declaración de compatibilidad sin obtener la pertinente autorización o habiéndola obtenido con falta de veracidad en los presupuestos alegados.

10. La comisión de una falta de carácter leve habiendo sido sancionado anteriormente por resolución firme por otras dos leves sin que hubieran sido canceladas o procedido la cancelación de las correspondientes anotaciones, conforme a lo establecido en esta Ley.

11. Las restantes infracciones de los deberes inherentes a la condición de fiscal, establecidos en esta Ley, cuando mereciesen la calificación de graves, atendidas la intencionalidad del hecho, su trascendencia para la Administración de Justicia y el quebranto sufrido por la dignidad de la función fiscal.

12. Dirigir a los poderes, autoridades o funcionarios públicos o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, invocando la condición de fiscal, o sirviéndose de esa condición. Cuando estas actuaciones sean realizadas por Junta de Fiscales se entenderán responsables los que hubieran tomado parte en la votación excepto quienes hayan salvado individualmente su voto.

El artículo 64 del Estatuto, tipifica las 7 faltas leves:

- 1. La falta de respeto a los superiores jerárquicos cuando no concurren las circunstancias que calificarían la conducta de falta grave.*
- 2. La desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, instituciones, jueces y magistrados, fiscales, secretarios, médicos forenses, funcionarios de los cuerpos de gestión, tramitación y auxilio judicial, abogados y procuradores, graduados sociales, funcionarios de la policía judicial y demás personal al servicio de la Administración de Justicia y demás personal que preste servicio en la oficina fiscal, cuando por sus circunstancias no mereciere la calificación de falta grave.*
- 3. El incumplimiento injustificado o inmotivado de los plazos legalmente establecidos en el despacho de los asuntos que tenga encomendados.*
- 4. La ausencia injustificada y continuada de uno a tres días naturales de la sede de la Fiscalía o adscripción en que el Fiscal se halle destinado.*
- 5. La simple recomendación de cualesquiera asuntos de que conozcan los juzgados y tribunales.*
- 6. La desatención a las órdenes, requerimientos u observaciones verbales recibidas de sus jefes, salvo que constituya una infracción más grave, conforme a lo prevenido en los dos artículos anteriores.*
- 7. La desatención o desconsideración con ciudadanos, instituciones, jueces y magistrados, ante la petición de intervenir en una lengua cooficial, en el caso en que se haya acreditado un conocimiento adecuado y suficiente como mérito.*

En cuanto a los plazos de prescripción el artículo 65 EOMF establece lo siguiente:

- 1. Las faltas muy graves prescribirán a los dos años, las graves, al año, y las leves, en el plazo previsto en el Código Penal para la prescripción de las faltas.*

El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiera cometido. No obstante, en el supuesto previsto en el artículo 62.5 de esta ley, el plazo de

prescripción se iniciará a partir de la firmeza de la sentencia que declare la responsabilidad civil del fiscal.

2. La prescripción se interrumpirá desde la fecha de notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento disciplinario o, en su caso, de las diligencias informativas relacionadas con la conducta investigada del fiscal.

El plazo de prescripción vuelve a correr si las diligencias o el procedimiento permanecen paralizados durante seis meses por causa no imputable al fiscal sujeto al expediente disciplinario.

B.2. Graduación de las sanciones.

El cuadro de sanciones aplicables de acuerdo con el artículo 66 del Estatuto serían:

1. Las sanciones que se pueden imponer a los fiscales por faltas cometidas en el ejercicio de sus cargos son:

a) Advertencia.

b) Multa de hasta tres mil euros.

c) Traslado forzoso a Fiscalía con sede separada, al menos, en cien kilómetros de aquella en que estuviera destinado.

d) Suspensión de hasta tres años.

e) Separación.

El fiscal sancionado con traslado forzoso no podrá concursar en el plazo de uno a tres años. La duración de la prohibición de concursar habrá de determinarse necesariamente en la resolución que ponga fin al procedimiento.

El Fiscal Jefe sancionado en virtud de una falta grave o muy grave, podrá ser removido de la jefatura, a propuesta del Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal.

2. Las faltas leves sólo podrán sancionarse con advertencia o multa de hasta trescientos euros o con ambas; las graves, con multa de trescientos euros a tres mil euros, y las muy graves, con suspensión, traslado forzoso o separación.

3. En la imposición de cualquier sanción se atenderá a los principios de graduación y proporcionalidad en la respuesta sancionadora, que se agravará o atenuará en relación con las circunstancias del hecho y del presunto infractor.

4. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los dos años; las impuestas por faltas graves, al año, y por faltas leves, en el plazo previsto en el Código Penal para la prescripción de las faltas. Dichos plazos de prescripción comenzarán a computarse desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la resolución por la que se impusieron las sanciones”.

En cuanto a los órganos competentes para su imposición establece el art. 67 del Estatuto el siguiente tenor literal:

- “1. Para imponer la de advertencia, el Fiscal Jefe respectivo.*
- 2. Para imponer hasta la de suspensión, el Fiscal General del Estado.*
- 3. Para imponer la de separación del servicio, el Ministro de Justicia, a propuesta del Fiscal General del Estado, previo informe favorable del Consejo Fiscal”.*

B. 3. Del Procedimiento Sancionador.

Para el esclarecimiento de una eventual responsabilidad disciplinaria a los Fiscales, se llevan a cabo una serie de actuaciones que se agrupan en tres clases de procedimientos. Estos procedimientos estarían constituidos por las denominadas diligencias de Inspección, diligencias informativas y Expedientes Disciplinarios¹⁰⁰³.

Las diligencias de inspección son las que se incoan al presentarse una queja o denuncia por los propios ciudadanos. Atendiendo al sistema de entrada, y de los datos extraídos de las diferentes Memorias de la Fiscalía, sobre todo de los años 2009 y 2010, las quejas se han presentando indistintamente ante los diferentes órganos del Ministerio Fiscal e incluso ante el CGPJ o el propio Ministerio de Justicia. Así tenemos, que la presentación de aquellas por parte de los ciudadanos se ha llevado a cabo ante la Inspección Fiscal, la Fiscalía General del Estado, la Secretaría Técnica, la Unidad de Apoyo, en la Página web de la Fiscalía General del Estado- correo electrónico-, en las Fiscalías territoriales para ulterior remisión a la Inspección Fiscal, ante las Fiscalías Especiales y Centrales, la Unidad de Atención al Ciudadano del CGPJ, la Comisión Permanente o Servicio de Inspección del CGPJ, o ante el Ministerio de Justicia¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰³ www.Fiscal.es. Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2011, “Actuación en materia Gubernativa y Disciplinaria”, Pagg. 121-123.

¹⁰⁰⁴ *Ibíd.*

De acuerdo con los datos extraídos de la Memoria de la Fiscalía 2014, la evolución de las diligencias de inspección incoadas en el año objeto de la presente Memoria, ha supuesto un incremento respecto del anterior, situándose en los niveles de los años 2011 y 2012 (Aproximadamente se abrieron unas 100 diligencias). En relación a esa actividad inspectora, tenemos el artículo 423.2 LOPJ cuyo tenor literal es el siguiente, “2. *Toda denuncia sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia en general y de la actuación de los jueces y magistrados en particular será objeto, en el plazo de un mes, de informe del Jefe de Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, en el que se podrá proponer el archivo de plano, la apertura de diligencias informativas o la incoación directa de expedientes disciplinarios*”.

Conforme al artículo 159 del Reglamento de la Carrera Fiscal de 1969, bajo el formato de diligencias de inspección se “*acogen actuaciones sobre quejas contra fiscales, sobre la regularidad de funcionamiento del Ministerio Fiscal o el modo de proceder de las Fiscalías*”¹⁰⁰⁵.

Las diligencias informativas, tienen por objeto lograr una mejor delimitación de los hechos denunciados. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en su artículo 65.2 se refiere a las mismas, aunque es en la propia LOPJ, concretamente en el artículo 423.2 aludido anteriormente donde encontramos su significado¹⁰⁰⁶.

Las Diligencias Informativas incoadas en 2009 fueron dos. Una de ellas, presentada por desatención o ignorancia inexcusable en el cumplimiento de deberes con motivo de la prolongación de la medida cautelar de prisión preventiva para el inculpado, en un delito de asesinato, y que fue suspendida en su tramitación a la espera de recibir la resolución del recurso de casación planteado ante el Tribunal Supremo contra el archivo de las actuaciones penales abiertas por la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia contra el Magistrado encargado de la tramitación de la causa penal. La segunda, abierta ante la denuncia de un letrado por supuestas filtraciones de información periodística relacionada con un proceso penal desde una Fiscalía, se archivó al no poderse determinar que esta situación fuese real. Un sólo un expediente disciplinario fue incoado en el año 2009, siendo por un supuesto de incumplimiento del deber de abstención ante la amistad con una de las partes de un proceso penal. Durante la tramitación del expediente, no se pudo determinar que mediase entre ambos la amistad

¹⁰⁰⁵ www.Fiscal.es. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2012, “Actuaciones en materia Gubernativa y disciplinaria”, Pag.94.

¹⁰⁰⁶ www.Fiscal.es. Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2014, Pag.41.

intima requerida por el artículo 219.9 LOPJ, por lo que el expediente disciplinario concluyó con archivo¹⁰⁰⁷.

Han sido 16 recursos de alzada interpuestos ante el Ministerio de Justicia según consta en la Memoria de la Fiscalía del año 2010, contra los Decretos del Fiscal Inspector resolviendo las Diligencias de Inspección y que fueron presentados al discrepar los denunciante con la decisión de archivo del Fiscal Inspector. Los resueltos hasta ese momento han rechazado las peticiones de impugnación de los decretos que archivaron las Diligencias¹⁰⁰⁸.

La Inspección Fiscal abrió en el año 2008 un total de 74 Diligencias de Inspección. Las Diligencias Informativas incoadas en 2008 fueron dos. Una de ellas, por dos infracciones disciplinarias (carencia de motivación y desconsideración), fue transformada en expediente disciplinario. La segunda, abierta ante denuncia de un letrado por la situación de prórroga de prisión provisional de su defendido, se encuentra suspendida de tramitación a la espera de la resolución del órgano judicial penal que conoce de los mismos hechos objeto de las Diligencias pero por conducta delictiva que se imputa al titular del órgano a cuya disposición aquél se hallaba. Dos expedientes disciplinarios fueron instruidos en el año 2008. Uno de ellos por absoluta falta de motivación en los dictámenes emitidos por el Fiscal en procedimientos judiciales y por desconsideración hacia la autoridad judicial en los informes que redactaba, expediente que concluyó con decreto sancionador por sendas faltas disciplinarias muy grave y grave. Un segundo expediente, fue abierto por desatención o incumplimiento de deberes con motivo del mantenimiento en situación de prisión, como si fuera mayor, de un implicado en hechos delictivos que era menor de edad en la fecha en que los hechos ocurrieron¹⁰⁰⁹.

En cuanto a los recursos de alzada interpuestos contra los Decretos del Fiscal Inspector resolviendo las Diligencias de Inspección durante el año 2008, han sido siete los recursos interpuestos ante el Ministerio de Justicia al discrepar los denunciante con la decisión del Fiscal Inspector. Los que han sido resueltos, han rechazado las peticiones

¹⁰⁰⁷ www.Fiscal.es. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2010. Actuación en materia gubernativa y disciplinaria. Pag. 103.

¹⁰⁰⁸ www.Fiscal.es. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2010. Actuación en materia gubernativa y disciplinaria. Pag. 108.

¹⁰⁰⁹ www.Fiscal.es. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2009. Actuación en materia gubernativa y disciplinaria. Pag. 78

impugnatorias, todo esto de acuerdo con los datos que figura en la Memoria de la Fiscalía 2009¹⁰¹⁰.

Por tanto, y según se desprende del contenido de las diferentes Memorias de la Fiscalía aquí referidas, la puerta de entrada de las denuncias sobre el funcionamiento del Ministerio Fiscal y de los Fiscales en particular, se hace a través de estas informaciones previas, cuya duración no podrá exceder de un mes, de acuerdo con los apartados 2, 3 y 4 del artículo 423 LOPJ, cuyo tenor literal es el siguiente:

“2. Toda denuncia sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia en general y de la actuación de los jueces y magistrados en particular será objeto, en el plazo de un mes, de informe del Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, en el que se podrá proponer el archivo de plano, la apertura de diligencias informativas o la incoación directa de expediente disciplinario.

3. La resolución motivada que dicte la Sala de Gobierno o la Comisión Disciplinaria sobre la iniciación del expediente se notificará al denunciante, que no podrá impugnarla en vía administrativa, sin perjuicio de la legitimación que ostente como interesado en la vía jurisdiccional.

Si se incoare expediente disciplinario se notificarán al denunciante las resoluciones que recaigan y podrá formular alegaciones, pero no recurrir la decisión del expediente en vía administrativa, sin perjuicio de la legitimación que ostente como interesado en la vía jurisdiccional.

4. En el acuerdo que mande iniciar el procedimiento se designará un instructor delegado de igual categoría, al menos, a la de aquél contra el que se dirija el procedimiento. A propuesta del instructor delegado se designará un secretario”.

De acuerdo con el artículo 24.2 y 25.1 CE y los artículos 35, 134 y 135 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios:

- a. Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa.
- b. Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor.

¹⁰¹⁰ www.Fiscal.es, Memoria de la Fiscalía 2009. Pag.81.

c. Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación.

d. Principio de culpabilidad.

e. Principio de presunción de inocencia.

Los Fiscales Superiores de la CCAA, ostentan la facultad de abrir una información sumaria e imponer la sanción de advertencia a los Fiscales que están en la Fiscalía de la C.A respectiva, pero no a un Fiscal Jefe provincial y mucho menos a un Fiscal de la Fiscalía Provincial o de Área. Sólo podrían dar conocimiento de las irregularidades al Fiscal Jefe respectivo o a la Inspección, en tanto en cuanto ostentan facultades de inspección.

Los Fiscales Jefe remitirán a la Inspección Fiscal copia de los decretos con que finalicen las diligencias informativas disciplinarias tramitadas. Obviamente, habrá de entenderse que el Fiscal Jefe no va a continuar las diligencias informativas si entiende que carece de competencias remitiendo dichas diligencias a la Inspección Fiscal¹⁰¹¹.

De acuerdo con las facultades disciplinarias que reconoce el art. 22.5 en su apartado c) de Estatuto, y a tenor del art. 107.2 del Reglamento Fiscal de 1969, el Fiscal Jefe podrá, previa información sumaria, imponer la sanción de advertencia, si procediera, sin más trámites que la audiencia del interesado. Contra esta resolución imponiendo esta clase de sanción podrá el sancionado recurrir ante el Consejo Fiscal, de acuerdo con el art.67 EOMF.

Para la imposición del resto de las sanciones deberá instruirse el oportuno expediente contradictorio con la audiencia del interesado todo ello de acuerdo con el art. 68 EOMF. El procedimiento disciplinario se impulsará de oficio en todos sus trámites según dispone el art. 423.1 LOPJ. El mismo se iniciará con la orden de proceder emitida por la Autoridad que tiene la competencia para imponer la sanción, según establece el art. 128.1 del Reglamento Fiscal de 1969. Es decir mediante Decreto del Fiscal General del Estado.

¹⁰¹¹ www.Fiscal.es, Informe del Consejo Fiscal sobre el Reglamento de la Carrera Fiscal ,Pag. 63.

Por tanto, cuando resulten indicios fundados de infracción prevista en la Ley, la Inspección Fiscal podrá acordar la incoación de diligencias de inspección o informativas a fin de conseguir un mejor conocimiento de los hechos y de la entidad de las infracciones presuntamente cometidas, en el plazo de un mes, de acuerdo con el art. 423.2 EOMF¹⁰¹².

Además la Inspección Fiscal, podrá remitir al Fiscal Jefe de la Fiscalía donde esté destinado el Fiscal denunciado, para la apertura de una información por la posible comisión de una falta disciplinaria leve, infracción que sí pueden sancionar los Fiscales Jefes¹⁰¹³.

La resolución de apertura del expediente, con mención de la indiciaria actuación así como de los tipos disciplinarios deberá notificarse inmediatamente al Fiscal interesado que no podrá impugnarla en vía administrativa sin perjuicio de la legitimación que ostente como interesado en vía jurisdiccional. En el acuerdo, que en el caso concreto Ministerio Fiscal se materializa con el Decreto del Fiscal General del Estado, por el que ordene iniciar el procedimiento, se designará a un Instructor delegado de igual categoría, al menos, a la de aquel contra el que se dirija el procedimiento. A la propuesta del instructor delegado se designará un Secretario a tenor de lo dispuesto en el art. 423 en los apartados 3 y 4 de la LOPJ.

El Instructor practicará cuantas pruebas y actuaciones sean necesarias para la determinación y comprobación de los hechos y responsabilidades susceptibles de sanción, con la intervención del interesado, que podrá valerse de abogado desde el inicio del expediente.

A la vista de las pruebas y actuaciones practicadas, el Instructor formulará, si procediere, pliego de cargos, en el que se expondrán los hechos imputados con expresión, en su caso, de la falta presuntamente cometida y de las sanciones que puedan ser de aplicación.

El pliego de cargos se notificará al interesado para que, en el plazo de ocho días, pueda contestarlo y proponer la prueba que precise, cuya pertinencia será calificada por el instructor.

¹⁰¹² www.Fiscal.es, Memoria de la Fiscalía 2009, Pag.78.

¹⁰¹³ www.Fiscal.es, Memoria de la Fiscalía 2008, Pag. 68.

Contestado el pliego o transcurrido el plazo sin hacerlo, y practicadas, en su caso, las pruebas propuestas por el interesado, el instructor, formulará propuesta de resolución, en la que fijará con precisión los hechos, hará la valoración jurídica de los mismos e indicará la sanción que estime procedente.

Dicha propuesta de resolución se notificará al interesado para que, en el plazo de ocho días, alegue lo que a su derecho convenga.

Evacuado el referido trámite, o transcurrido el plazo para ello, se remitirá lo actuado a la autoridad que hubiere ordenado la iniciación del procedimiento para la decisión que proceda. Cuando esta autoridad entienda procedente una sanción de mayor gravedad que las que están dentro de su competencia, elevará el procedimiento con su propuesta, a la que sea competente¹⁰¹⁴.

Por tanto y de acuerdo con el artículo 67.2 del Estatuto, el Fiscal General del Estado deberá resolver el expediente disciplinario si la sanción a imponer fuera hasta la de suspensión. Si por el contrario fuera la de separación del servicio, el Fiscal General del Estado hará su propuesta, al Ministro de Justicia que tiene la competencia para ese tipo de sanciones, previo informe favorable del Consejo Fiscal.

Podrán las autoridades competentes devolver el expediente al Instructor delegado para que comprenda otros hechos en el pliego de cargos, complete la instrucción o someta al interesado una propuesta de resolución que incluya una calificación jurídica de mayor gravedad.

La duración del procedimiento sancionador no excederá de seis meses, a contar desde la incoación del expediente. Cuando, por razones excepcionales, se prolongase por mayor plazo, el instructor delegado deberá dar cuenta cada diez días del estado de su tramitación y de las circunstancias que impiden su conclusión a la autoridad que hubiere mandado proceder. Es decir, la autoridad a la que deberá dar cuenta el instructor delegado, será al Fiscal General del Estado.

La resolución que ponga término al procedimiento disciplinario será motivada y en ella no se podrán contemplar hechos distintos de los que sirvieron de base a la propuesta de resolución, sin perjuicio de su distinta valoración jurídica siempre que no sea de mayor gravedad.

¹⁰¹⁴ Artículo 425. 1, 2, 3 y 4 LOPJ.

La resolución que recaiga deberá ser notificada al interesado quien podrá interponer recurso potestativo en vía administrativa, sin perjuicio de los que legalmente procedan en vía jurisdiccional. Asimismo se notificará al denunciante, si lo hubiere, quien únicamente podrá recurrir, en su caso, en vía contencioso-administrativa¹⁰¹⁵.

Las asociaciones de Fiscales estarían también legitimadas para interponer, en nombre de sus asociados, recurso contencioso-administrativo, siempre que se acredite la expresa autorización de éstos¹⁰¹⁶. Entendemos en este punto concreto, que al igual que las Asociaciones de Jueces y Magistrados pueden interponer el recurso contencioso administrativo, en el ámbito del Ministerio Fiscal serán las asociaciones representativas de Fiscales quienes puedan a su vez interponer el referido recurso, en condiciones de igualdad, y como además se ha contemplado en el borrador de Reglamento Fiscal que fue presentado por la Fiscalía General del Estado al Gobierno en septiembre de 2014¹⁰¹⁷.

En cuanto a los recursos contra los acuerdos que resuelven los expedientes de sanción, establece el art. 67 del Estatuto que las resoluciones de los Fiscales Jefes serán recurribles en alzada ante el Consejo Fiscal que actuará en Pleno según dispone el art. 3.7 del R.D 437/1983, de 9 de febrero; y las resoluciones del Fiscal General del Estado o del Consejo Fiscal serán recurribles en alzada ante el Ministro de Justicia.

Según establece el artículo sesenta y nueve del EOMF: *“Las sanciones disciplinarias firmes se anotarán en el expediente personal del interesado, de lo cual cuidará la Autoridad que la hubiere impuesto. Las anotaciones serán canceladas por acuerdo del Fiscal General del Estado, una vez cumplida la sanción, y transcurridos seis meses, dos años o cuatro años desde su imposición, respectivamente, según que la falta hubiere sido leve, grave o muy grave, si en dicho periodo el funcionario no hubiere incurrido en la comisión de hechos sancionables. Las sanciones impuestas por faltas leves se cancelarán automáticamente. La cancelación de las restantes se hará en expediente iniciado a petición del interesado y con informe del Consejo Fiscal. La cancelación borrarán el antecedente a todos los efectos, incluso a las de apreciación de reincidencia o reiteración”*.

¹⁰¹⁵ Artículo 425. 5, 6, 7 y 8 LOPJ.

¹⁰¹⁶ www.Fiscal.es, “Propuesta de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2014”,

Op.Cit.Pag. Pag. 17

¹⁰¹⁷ Ibídem. Pag.18

Y en lo que respecta a la rehabilitación de los Fiscales separados disciplinariamente se regirá, en cuanto les sea de aplicación, por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados, según establece el art. 70 del Estatuto. Hay que considerar que la sanción disciplinaria de separación del servicio produce la pérdida de la condición de miembro del Ministerio Fiscal, en virtud del artículo 46. c) del EOMF.

La Ley Orgánica del Poder Judicial regula la materia en los artículos 380 a 382. En el primero de los artículos citados, se establece que la rehabilitación habrá de solicitarse ante el Consejo General del Poder Judicial, es decir ante el máximo órgano de Gobierno del Poder Judicial, lo cual nos lleva a concluir que tratándose de Fiscales, la solicitud deberá dirigirse al Ministro de Justicia.¹⁰¹⁸

El art. 381.1 de la Ley Orgánica, establece que la rehabilitación se concederá por el Consejo cuando se acredite el cese definitivo o la inexistencia de la causa que dio lugar a la separación, valorando las circunstancias de todo orden.

La Ley Orgánica no establece ningún plazo para que pueda concederse. Respecto de los Fiscales podría tenerse en cuenta el art. 54.4 del Reglamento que fija el plazo de seis años a partir de la fecha del acuerdo de separación, salvo para aquellos casos de falta de toma de posesión¹⁰¹⁹.

También establece el artículo 381.2 de la LOPJ que cuando se deniegue la rehabilitación, no podrá iniciarse nuevo procedimiento para obtenerla hasta pasados tres años desde la resolución denegatoria, plazo que el Reglamento Fiscal (art. 54.6) cifraba en otros 6 años¹⁰²⁰.

B.4. Revisión jurisdiccional de las Resoluciones Sancionadoras.

El art. 67 del EOMF establece que las resoluciones del Fiscal Jefe serán recurribles ante el Consejo Fiscal y las que procedan del Fiscal General del Estado se recurrirán en alzada ante el Ministro de Justicia. El mismo precepto también dispone que las resoluciones del Consejo Fiscal así como las que procedan del Ministro de Justicia, que agoten la vía administrativa serán recurribles ante la Audiencia Nacional. Consideramos que se trataría de un supuesto especial de aforamiento, dado que lo procedente hubiera

¹⁰¹⁸ Fernando Alamillo Canillas, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.165.

¹⁰¹⁹ *Ibíd.*

¹⁰²⁰ *Ibíd.* Pag.165

sido que aquellas resoluciones que afecten a los fiscales y que no tengan que ver con el nacimiento o extinción de su condición de funcionario puedan ser recurridas ante el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo de acuerdo con el art. 9.1.a de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa¹⁰²¹. Sin embargo no es así, y se establece la competencia con carácter general, cualquiera que sea el contenido de la resolución, de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, evitándose así que puedan ser recurridas en apelación, ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso. Esto ha motivado, el menos en el ámbito penal, algunas condenas a España por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por no respetar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰²².

De acuerdo con el art. 12.2.a) de la citada ley: *“La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conocerá en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación: “a) recursos de casación de cualquier modalidad, en los términos establecidos por esta Ley y los correspondientes recursos de queja”*.

En alusión al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977 habría que decir que vino a reconocer y garantizar, a través de ciertos mecanismos, los derechos humanos, concediendo a los perjudicados por la violación de un derecho, la facultad de reclamar ante el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas¹⁰²³. En el Pacto, pueden encontrarse preceptos como el art.14.5 cuyo tenor literal es el siguiente: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*. De conformidad con el art. 96.1 CE este derecho se incorpora a nuestras leyes ya que los tratados válidamente celebrados y publicados en España forman parte de nuestro ordenamiento, añadiendo el precepto que sus

¹⁰²¹El art. 9.1. a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa establece siguiente: *“ Los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto : a) En primera o única instancia en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros o Secretarios de Estado, salvo que confirmen en vía de recurso, fiscalización o tutela, actos dictados por órganos inferiores o se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionario de carrera, o a las materias recogidas en el art. 11.1.a) sobre personal militar.*

¹⁰²² Consideraciones realizadas por el profesor Dr. Ezequiel Osorio Acosta, con ocasión de las dudas planteadas en torno a este tema.

¹⁰²³ Carmen Rodríguez Rubio, *“ La eficacia de las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas”*, <https://eciencia.urjc.es>, Pag. 2

disposiciones únicamente podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas de acuerdo con lo establecido en los propios tratados o según se disponga en el Derecho Internacional. También es digno de mención el art. 10.2 CE al establecer lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”¹⁰²⁴. Al incorporarse la norma internacional a nuestro ordenamiento, el derecho a recurrir una sentencia condenatoria se constituye como una garantía propia del proceso penal. el TC ha considerado, en Sentencia de 21 de octubre de 1985, que entre las garantías del proceso penal se encuentra la del recurso ante un tribunal superior debido a que el art. 24.1 CE ha de interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.2 CE, y también según lo establecido en el PIDCP¹⁰²⁵.

La primera condena a España, por parte del Comité de Derechos Humanos por la violación del art. 14.5 del Pacto se produjo en el año 2000 (Dictamen de 20 julio del año 2000). Con posterioridad a esa condena hubo un esfuerzo por introducir el derecho al recurso en el ámbito del derecho procesal. Así, mediante LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se introducía el recurso de apelación con el objeto de reducir la carga de trabajo del TS y dar por cumplida la resolución de 20 de julio del año 2000. A pesar de que ésta ha sido la intención del legislador, la implantación del recurso no ha tenido lugar¹⁰²⁶.

Al no existir norma internacional alguna que garantice el derecho al recurso en el ámbito civil, la regulación de los medios de impugnación en este proceso se considera como una opción de política legislativa. Por esta razón, el legislador es libre de configurarlos, atendiendo a los diversos criterios que pueden servir de apoyo para su regulación. En este sentido, ORTELLS RAMOS, autor citado por RODRIGUEZ RUBIO, señala que en el proceso civil, los medios de impugnación no tienen su fundamento en una norma constitucional.

¹⁰²⁴ *Ibidem*. Pag. 3y 4.

¹⁰²⁵ *Ibidem*. Pag. 4

¹⁰²⁶ *Ibidem*. Pag. 5

Aunque existen diversas razones de política legislativa que justifican la regulación de los recursos, como son la posibilidad de errores en la aplicación de las normas procesales y materiales y en los juicios de hecho que el juzgador debe realizar. También con algún medio de impugnación, como es el recurso de casación, puede perseguirse la unificación de la jurisprudencia¹⁰²⁷.

En lo concerniente al proceso civil, el TC ha declarado que “no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos...” (STC 138/1995, de 25 de septiembre). También en STC 142/1996, de 16 de septiembre ha expuesto que los recursos, salvo en materia penal “no responden a exigencia constitucional alguna sino que, a diferencia del derecho de acceso al proceso, son creación del legislador que, en consecuencia, es libre para su configuración, tanto para determinar los casos en que se considere procedente establecerlos, cuanto en lo relativo a los plazos y demás requisitos procesales para su interposición...”¹⁰²⁸.

Desde el dictamen de 20 de julio de 2000 se han ido dictaminando otros, todos ellos condenando a España por la vulneración del art. 14.5 del Pacto. La primera resolución tiene su origen en la STS de 9 de noviembre de 1993. En dicha resolución, el alto Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por G.V. contra la sentencia de la Audiencia que le había condenado. Tras el rechazo del recurso de casación, el 29 de mayo de 1995, Cesáreo G. V., representado por el Abogado Mazón Costa, presentó una comunicación ante el Comité. En ésta, el actor dijo ser víctima de violaciones por España de los arts. 14.5 y 26 PIDCP. La reclamación se basaba en el derecho a recurrir contra el fallo condenatorio y la pena impuesta. El actor alegaba la violación de los artículos mencionados en el Pacto por la Ley procesal penal española porque los casos de las personas acusadas de los delitos más graves están a cargo del Juez de Instrucción, quien lleva las investigaciones pertinentes y, una vez que considera que el caso está listo para la vista oral lo traslada a la Audiencia Provincial, compuesta por tres Magistrados que presiden el juicio y dictan sentencia. Esta sentencia en

¹⁰²⁷ *Ibíd.* Pag.4

¹⁰²⁸ *Ibíd.*

atención a lo expuesto por el actor “sólo puede ser objeto de recurso de casación por razones jurídicas muy limitadas”¹⁰²⁹.

En cambio, cuando se trata de crímenes menos graves (penas inferiores a seis años) éstos son investigados por el JI quien traslada la causa al Juez de lo Penal y dicta sentencia. La decisión de este órgano unipersonal es recurrible ante la AP, lo que a juicio del actor “garantiza una revisión efectiva no sólo de la aplicación de la ley sino también de los hechos”. El reclamante, en atención a lo manifestado, consideraba que “dado que el TS no vuelve a evaluar las pruebas lo anterior constituye una violación del derecho a la revisión de la sentencia y la condena por un tribunal superior en virtud de la ley”¹⁰³⁰. Entre las alegaciones del Estado parte se aducía que “el párrafo 5, del art. 14 del Pacto no impone que un recurso se denomine explícitamente de apelación y, que el recurso de casación penal español satisface plenamente las exigencias en segunda instancia, aunque no permita revisar las pruebas salvo en casos extremos que la propia ley señala”¹⁰³¹.

Finalmente, el Comité se expresó afirmando la violación del párrafo 5 del art. 14 del Pacto al no haber sido posible la revisión íntegra del fallo condenatorio y de la pena, limitándose la revisión casacional a los aspectos formales o legales de la sentencia, siendo este el caso con más trascendencia mediática y jurídica. Con posterioridad hubieron otras resoluciones en las que el Comité expone, que el sometimiento limitado del caso al tribunal superior no está de acuerdo con las exigencias del art. 14.5 del Pacto. Por último, el TC declara que las *“observaciones que en forma de dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales ya que este órgano carece de facultades jurisdiccionales y sus dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto porque la norma internacional no le otorga tal competencia”*¹⁰³².

El legislador ha pretendido adecuar nuestra legislación interna al mandato de la norma internacional. No obstante, y a pesar de introducir la apelación en todos los procedimientos (con la salvedad del recurso de apelación previsto en la LOTJ) suprime el motivo que permite el doble grado o la doble instancia penal. El legislador procede a la eliminación de una de las alegaciones que, de conformidad con la redacción actual del art. 790 LECRIM, permite fundamentar el escrito de interposición del recurso. Este

¹⁰²⁹ Ibídem.

¹⁰³⁰ Ibídem.

¹⁰³¹ Ibídem. Pag.7.

¹⁰³² Ibídem. Pagg.10-11

motivo es el relativo al error en la apreciación de la prueba, motivo que posibilita un nuevo enjuiciamiento de la cuestión litigiosa. Con la eliminación de esta causa se suprime la vía que permite la apertura de la doble instancia, impidiendo el doble examen o enjuiciamiento sobre el fondo del asunto. Por este motivo, y a partir de lo manifestado por el órgano internacional, se infiere que el art. 14.5 garantiza el derecho a la doble instancia penal y, de conformidad con la reforma presentada, el tribunal de apelación únicamente podrá realizar una nueva valoración de los hechos cuando tras la proposición de nueva actividad probatoria (la que no pudo practicarse en primera instancia y la que proceda por la aparición de hechos nuevos) admita su práctica en la vista celebrada en apelación¹⁰³³.

¹⁰³³ *Ibíd.* Pag.16

CAPÍTULO 2º. Responsabilidad Penal de los Miembros del Ministerio Fiscal.

Consideraciones Generales.

Hablar de la responsabilidad del Ministerio Fiscal es tratar un tema fundamental porque encierra en sí mismo el problema de la naturaleza jurídica de la Institución y su ubicación jurídico política ¹⁰³⁴ coincidiendo en este último punto con LÓPEZ LÓPEZ para quien el tema de las responsabilidades ha sido escasamente tratado, y que quizás se deba a esa “perezosa y/o inercial remisión” como argumenta LÓPEZ AGUILAR, del EOMF a los esquemas propios del Poder Judicial que siempre ha alimentado en opinión de este autor, la confusión existente entre la Magistratura y la Fiscalía ¹⁰³⁵.

La Constitución de 9 de diciembre de 1931 establecía en su art.99: “*La responsabilidad civil y criminal en que puedan incurrir los Jueces, Magistrados y Fiscales en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será exigible ante el Tribunal Supremo con intervención de un Jurado Especial cuya designación, capacidad e independencia regulará la ley. Se exceptúa la responsabilidad civil y criminal de Jueces y Fiscales municipales que no pertenezcan a la carrera judicial (...)*”. De esta lectura puede deducirse que al margen de ser la única de las Constituciones Españolas que ha realizado un reconocimiento en sede constitucional de la “responsabilidad de los Fiscales” como principio, nos aporta una información muy valiosa a cerca de la naturaleza jurídica de la Institución Fiscal a quien integra dentro de la “carrera judicial” tal como dice textualmente el precepto ¹⁰³⁶.

¹⁰³⁴ López López habla de la importancia de Responsabilidad del Ministerio Fiscal, y que en muy pocas ocasiones ha recibido la importancia que merece, a pesar de que de ella depende la configuración jurídico-política de la Institución. Alberto Manuel López López: “La Responsabilidad Civil...” Op Cit. Pag.1.

¹⁰³⁵ Juan Fernando López Aguilar; “La Justicia y sus Problemas en la Constitución”. Op.Cit. Pag.204.

¹⁰³⁶ No obstante habrá que considerar que la Constitución republicana de 1931, durante la tramitación del proyecto constitucional, recoge parcialmente la doctrina de la Comisión Jurídica Asesora que había defendido apartar al Ministerio Fiscal de la Organización Judicial para que forme un órgano enteramente independiente, propuesta que se plasmaría en el apartado segundo del art. 104. Sin embargo hay que concluir con Martínez Dalmau en que esta visión del Ministerio Fiscal no se plasmaría ni a nivel positivo ni en la legalidad republicana puesto que el Ministerio Fiscal seguiría rigiéndose por el Estatuto y Reglamento obra de la Dictadura de Primo de Rivera. Rubén Martínez Dalmau: “Aspectos Constitucionales del Ministerio Fiscal”. Op.Cit. Pag.120.

La Constitución de 1978, que lo ha elevado a la categoría de “*órgano de relevancia constitucional*”, definiéndolo con tal carácter el art. 2 del EOMF, el art. 124 CE se limita a proclamar en sede constitucional, los principios que diseñan su funcionamiento y su actuación; los de Imparcialidad, Legalidad, Unidad de Actuación y Dependencia Jerárquica, pero nada se dice sobre la Responsabilidad. Es claro que el modelo de Ministerio Fiscal, elegido por la actual Constitución, ha sido el sistema continental de clara influencia francesa¹⁰³⁷

Han sido leyes orgánicas o bien normas de carácter reglamentario¹⁰³⁸ las que han regulado antes y después de la Constitución de 1978, con el intervalo de la Constitución de la II República, la responsabilidad de los miembros del Ministerio Público.

El reconocimiento a nivel constitucional del principio de responsabilidad de Jueces y Magistrados ha sido una constante en nuestra tradición Constitucional, desde la Constitución de 1812 pasando por la de 1837, 1845, 1869, 1876, 1931¹⁰³⁹, pero era la contrapartida al reconocimiento de su independencia, siendo célebres las palabras que pronunció Montero Ríos en el discurso de apertura de Tribunales de 16 de septiembre de 1872; “Sois inamovibles. Pero entenderlo bien, sois inamovibles en vuestro cargo, porque sois responsables de vuestros actos”¹⁰⁴⁰.

Por ello, si el reconocimiento constitucional de la Responsabilidad judicial era el contrapunto al reconocimiento de su independencia, con los Fiscales no sucedía lo mismo, puesto que con la excepción ya comentada en nuestra tradición Constitucional, nunca se produjo dicha declaración porque tampoco hubo un reconocimiento constitucional de su independencia. Todo lo contrario, eran los Principios de Unidad y Dependencia los que conformaban su estructura y actuación citándose en este sentido el Real Decreto de 26 de abril de 1844 que venía a consagrar tales principios, fortaleciéndose la jurisdicción fiscal, vinculando a todos los fiscales a las Circulares e

¹⁰³⁷ Con la excepción que supone el caso de Italia dentro del Derecho Comparado, en este se observan dos formas diferentes de acercar el Ministerio Público al Ejecutivo, siendo la primera la de los países de la Europa Continental directamente heredera del sistema francés de fiscalía y que se caracteriza por el esfuerzo del legislador en mantener a un fiscal autónomo, necesario para un tutelaje judicial efectivo de los intereses generales, que al mismo tiempo pueda recibir indicaciones del Ejecutivo en su función de aplicar sus competencias en política criminal”.

Ibidem. pag 55.

¹⁰³⁸ El art. 105.2 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, establecía la independencia de opinión del fiscal en el ejercicio de sus funciones, libertad que iba acompañada de la exigencia de responsabilidad personal al agente que asumiera tal derecho. Manuel Marchena Gómez; “El ministerio Fiscal...”. Op.Cit. Pag. 35.

¹⁰³⁹ Almagro Nosete José; “Constitución y Proceso”. Librería Bosch. Barcelona 1984. Pag. 82-83.

¹⁰⁴⁰ Ibidem. Pag.91.

Instrucciones que pudieran remitirse desde el Gobierno, por encima de las opiniones y convicciones particulares de aquellos, tal como quedó de manifiesto a través de la Real Orden del Ministerio de Hacienda de 10 de noviembre de 1846 en donde quedaba totalmente abortada cualquier pretensión de autonomía por parte de los miembros del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones¹⁰⁴¹. Por tanto, es el segundo tercio del S.XIX, el periodo en el que con innovadoras disposiciones comenzaría a conformarse lo que hoy en día conocemos como Ministerio Fiscal Español¹⁰⁴², destacando la promulgación a finales de siglo, de la Ley Provisional de 1870 que dedica su Título XX al Ministerio Fiscal, y más concretamente el Capítulo XIII, a la Unidad y Dependencia de la Institución.

No obstante lo anterior, el régimen de responsabilidades de los miembros del Ministerio Fiscal ha sido objeto de regulación, constituyendo una de las primeras referencias la Ley Provisional del Poder Judicial de 1870.

La Ley Provisional de 1870, en su artículo 835 reconocía la posibilidad de exigir responsabilidades civiles y penales a los funcionarios fiscales, pero observando lo prevenido para Jueces y Magistrados en su Título V “*De la Responsabilidad Judicial*” así como lo prevenido en los artículos 836 y 837 de la Ley.

Así y de acuerdo en el artículo 836; “...sólo podrá establecerse juicio de responsabilidad criminal en virtud de providencia del Tribunal competente o a instancia del Ministerio Fiscal”.

El artículo 837 establecía; “... Antes de proceder de oficio los Tribunales a decretar procedimientos de responsabilidad contra funcionarios fiscales deberán oírse previamente a su inmediato superior jerárquico, a quien se le remitirá los antecedentes en que se haya de basar la causa”.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1926, en su artículo 33 se manifestaba en los mismos términos que los artículos anteriores, ofreciendo las mismas vías de exigencia de responsabilidad penal contra los Fiscales mediante providencia o acuerdo del Tribunal competente, o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal. En cualquier caso, antes de proceder contra un fiscal, deberá oírse al inmediato superior jerárquico del presunto inculpado, a quien se le remitirán los antecedentes, a los efectos de la

¹⁰⁴¹ . Manuel Marchena Gómez; “ El Ministerio Fiscal...”. Op.Cit. Pagg.37-38.

¹⁰⁴² Rubén Martínez Dalmau: “Aspectos Constitucionales del Ministerio Fiscal” Op.Cit. Pag.111-115.

decisión que deba adoptar. Es evidente que la acción popular queda eliminada como cauce de exigibilidad, a diferencia de lo establecido para Jueces y Magistrados por la Ley Provisional de 1870, que si la contemplaba en el artículo 246.3 de la Ley.

Por ello, resulta anecdótico que antes de la promulgación de la LOPJ de 1985 no estuvieran legitimados los particulares para ejercer la acción penal contra funcionarios fiscales, por lo que el requisito procesal del antejuicio no se exigía como trámite previo para la exigibilidad de esta clase de responsabilidades en lo que a miembros del M.F se refiere. Sería por tanto, a partir de la vigencia de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial con la remisión que efectuaba el EOMF de 1981, a través de su art. 60 a aquella, cuando se hace necesario la celebración de un antejuicio que sería posteriormente derogado por la Ley del Jurado de 1995. Los Reglamentos Fiscales de 1927, 1958 y 1969 en materia de responsabilidad penal ofrecen exactamente la misma regulación. Los cauces procesales establecidos para exigirla, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos eran; Providencia del Tribunal Competente o Querrela del Ministerio Fiscal (con la orden expresa del Fiscal del Tribunal Supremo). En cualquier caso, cuando se trate de la responsabilidad criminal del Fiscal del Tribunal Supremo (Hoy Fiscal General del Estado) se necesitará que el Teniente Fiscal o en su caso el Inspector Fiscal (hoy Fiscal Inspector) cumpliendo orden del Ministro, entable la correspondiente querrela.

En lo que respecta a la competencia, esta se repartía entre el Tribunal Supremo en Pleno, la Sala II de este Tribunal, Las Audiencias Territoriales en Pleno y las Audiencias Provinciales. La competencia de los tres primeros, se extendía a los delitos no cometidos en el ejercicio del cargo o con ocasión del mismo (se trataría de la salvaguarda del Fuero). Así mismo se extendía la competencia de aquellos, a la instrucción del sumario, designándose a tal fin, un Magistrado del mismo tribunal¹⁰⁴³.

¹⁰⁴³ De acuerdo con el art. 73.4 de la L.O.P.J de 1985, modificada por Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, la instrucción corresponderá al miembro de la Sala que se designe de acuerdo con un turno predeterminado pero no formará parte de la Sala de enjuiciamiento, teniendo en cuenta la competencia de la Sala de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando dicha competencia no corresponda al Supremo, para el conocimiento de las causas por delitos o faltas contra miembros del Ministerio Fiscal, de acuerdo con el art. 73.3.b de la citada Ley.

En lo que respecta a los tipos penales, habría que estar al Código Penal de 1870 y sucesores de 1928, 1932, 1944, 1973 (Texto Refundido y reformas posteriores¹⁰⁴⁴) y el Código Penal 1995. En cuanto al proceso mismo habría que estar a la LECRIM de 1882.

A. Legislación penal antes de la reforma de 1995.

En lo que al Derecho Penal se refiere, y a la tipicidad de determinadas infracciones de los funcionarios públicos, habría que decir que desde el Código Penal de 1870 y sucesores, las conductas inculpativas de aquellos se rubricaban bajo la denominación de “*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo*”, y en el que se incluía la prevaricación judicial. El Código Penal de 1995¹⁰⁴⁵, dedicaba el Título XIX a los “*Delitos contra la Administración de Pública*” y su Capítulo I, a la “*Prevaricación de los Funcionarios Públicos y de otros Comportamientos Injustos*”. El Título XX, con la denominación “*Delitos contra la Administración de Justicia*” dedica su Capítulo I, a la Prevaricación Judicial. Sin embargo llama la atención que con anterioridad a 1870, la legislación penal de la época ya regulase el delito de prevaricación de jueces y de otros funcionarios públicos, destacando por su importancia el primer Código Penal de 1822 de inspiración francesa al que le seguiría el Código Penal de 1848, calificado por la doctrina de obra maestra y cuyas reformas no serían sino un intento de adaptación a los diferentes momentos históricos en los que tendría que regir¹⁰⁴⁶. El Código Penal de 1822 regulaba en su art. 429 el delito de denuncia falsa, de cuyo ámbito quedaban excluidos los Fiscales y Promotores Fiscales, los cuales por “sus excesos y abusos serían responsables con arreglo al Título VI” de la citada ley. El Título VI, con la denominación de “*De los Delitos y Culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*”, regulaba en su **art. 451**, los diferentes supuestos de prevaricación en que podían incurrir los jueces y otros funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones, y por tanto los Fiscales y Promotores Fiscales¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁴ Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal.

¹⁰⁴⁵ El Código Penal de 1995 ha sido modificado por Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. No obstante permanece inalterable la denominación de los Títulos XIX y XX del citado Código.

¹⁰⁴⁶ Francisco Muñoz Conde: “Principios Inspiradores del nuevo código penal”. Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó. Vol. II. 1998. Pag.525.

¹⁰⁴⁷ **El Código Penal de 1822 establecía en su art. 451**; “Son prevaricadores: **Primero**: Los jueces de derecho o árbitros de la misma clase que a sabiendas juzgan contra ley por interés personal, por afecto o

Respecto a este artículo resulta interesante el paralelismo de su estructura aglutinadora, con la propuesta efectuada por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO cuando hablaba de elaborar una sola norma que recogiera las actuales prevaricaciones judiciales y de los funcionarios públicos, al estilo de la Rechtsbeugung alemana¹⁰⁴⁸. Tal como argumenta RAMOS TAPIA, esa equiparación entre la prevaricación judicial y la administrativa, pone de manifiesto una cierta contradicción con los principios constitucionales de la Constitución de 1812, en la que se proclamaba la división de poderes, y por ende el Poder Judicial se instituye con autonomía y prevalencia dentro del nuevo marco de poderes del Estado, pero eso no se traslada al Código Penal de 1822, en el que los jueces son considerados como un funcionario más dentro de la Administración de Justicia, de tal manera que como afirma OCTAVIO DE TOLEDO, Administración y Jurisdicción no tienen una sustantividad independiente, sino que se entienden como “elementos parciales de una realidad superior , el Estado”¹⁰⁴⁹.

El Código Penal de 1848 recogería en su art. 270; “*El empleado público que a sabiendas y con manifiesta injusticia dictare o consultare providencia o resolución en negocio contencioso administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación perpetua especial*”.

desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública tercero interesado. **Segundo:** Los que del mismo modo proceden criminalmente contra alguna persona, o la complican en algún procedimiento criminal, sabiendo que no lo merece. **Tercero;** Los que a sabiendas y de la manera expresada en el párrafo primero dan consejo a alguno de los que litigan ante ellos con perjuicio de la parte contraria, o proceden de cualquier otro modo contra las leyes, ya haciendo lo que prohíben, ya dejando de hacer lo que ordenan. **Cuarto:** los funcionarios públicos de cualquiera clase, que ejerciendo alguna autoridad sea judicial o gubernativa, o alguna superioridad de su ramo respectivo, nieguen, rehúsen o retarden a sabiendas y del modo referido la administración de justicia, la protección, desagravio u otro remedio que legalmente se les pida, o que la causa pública exija, siempre que deban y puedan ponerlo. **Quinto:** los que del mismo modo, y siendo requeridos en forma legal por alguna autoridad legítima, o por legítimo interés o advertida por superior competente, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que depende de sus facultades para la administración de justicia, ejecución de las leyes o cualquier otro negocio de servicio público. **Sesto: Los que de la propia forma,** y hallándose encargado por su empleo u oficio público de averiguar, perseguir o castigar los delitos, o de ayudar o cooperar de cualquier otro modo a la Administración de Justicia o ejecución de las leyes, dejan de hacerlo, ya favoreciendo al culpado, ya faltando por otro estilo a su precisa obligación. **Setimo:** Los demás empleados y cualquiera otro funcionarios públicos que de alguna de las maneras sobredichas en el párrafo primero abusan a sabiendas de sus funciones, perjudicando a la causa pública o a alguna persona o protegen, disimulan o toleran del mismo modo los delitos de subalternos o dependientes, o dejan de poner, sabiéndolo, el oportuno remedio para reprimirlos y castigarlos.

¹⁰⁴⁸ E. Octavio de Toledo y Ubieto: “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos”. Diario la Ley. 1996. Pag. 11.

¹⁰⁴⁹ M^a. Inmaculada Ramos Tapia. El Delito de Prevaricación Judicial. Monografía. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Pag.84-85.

A su vez el art. 271 establecía: “El empleado público que faltando a las obligaciones de su oficio dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delinquentes incurrirán en la pena de inhabilitación perpetua especial”.

La prevaricación judicial se regulaba a su vez en el art. 269 observándose por consiguiente, como a pesar de regularse la prevaricación judicial y administrativa bajo un mismo Título, con la denominación: “De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”, ambas modalidades se separan, constituyendo la dinámica estructural que se mantiene en las reformas posteriores de la legislación penal durante el S. XIX y XX, aunque la concepción de cual habría de ser el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, estaba más próximo a la concepción de un Estado autoritario en donde el deber y el servicio público son concebidas como un asunto interno del aparato estatal que para nada concierne a los ciudadanos¹⁰⁵⁰. Lo que resulta llamativo desde los primeros momentos de la regulación de la prevaricación administrativa y judicial, es el mismo tratamiento dado a ambas figuras, de tal forma que los comentarios por parte de la doctrina del momento, DE VIZMANOS y ALVAREZ MARTÍNEZ, argumentaban que el espíritu que presidio la redacción de la prevaricación administrativa (art.270) fue exactamente idéntica a la redacción del precepto 269 donde se regulaba la prevaricación judicial, siendo los comentarios doctrinales exactamente idénticos en ambos preceptos¹⁰⁵¹.

El ámbito del art. 270 abarcaba la modalidad de prevaricación en el ámbito de la Administración Pública, más concretamente de los denominados Consejos Provinciales. Así, la ley de 2 de abril de 1845 de Organización y Atribuciones de los Consejos Provinciales, en su art. 9 establecía que los Consejos Provinciales entenderían: “en todo lo contencioso de los diferentes ramos de la Administración Civil para los cuales no establezcan las leyes Juzgados especiales y en todo aquello a que en lo sucesivo se extienda a la jurisdicción de estas Corporaciones”¹⁰⁵².

¹⁰⁵⁰ José Luis González Cussac. El delito de prevaricación del funcionario público. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994. Pag.18.

¹⁰⁵¹ M^a Inmaculada Ramos Tapia. “El delito de prevaricación”. Op.Cit. Pagg.85-86.

¹⁰⁵² Fernández Torres JR. “Sobre la aparición y desarrollo de la jurisdicción contenciosa- administrativa (1845-1868). Autor citado por José Vicente Lorenzo Jiménez. La jurisdicción de Hacienda y la Unificación de Fueros (1852-1868).Pag.6

Un precepto que si pudiera contemplar bajo su ámbito a los funcionarios fiscales, sería el art.271 anteriormente citado, fundamentándose esta afirmación en el propio Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, cuyo art. 101 venía a establecer la función de defensa del interés público que correspondía a los miembros del M.F. al asignarle “la persecución y castigo de los delitos que perjudican a la sociedad”, precepto que se reproduce casi literalmente en mencionado artículo. Por tanto hablamos de un tipo de conducta omisiva cuya penalidad se ha mantenido a lo largo de la legislación penal a lo largo del S. XIX y XX ¹⁰⁵³.

Desde el Código Penal de 1870 la doctrina se hacía eco, destacando por su importancia entre otros autores, a PACHECO quien llamaba la atención sobre la lesividad de este delito afirmando que “la prevaricación en todos sus géneros posibles es un delito tan perjudicial como repugnante en el que no puede menos que ocuparse con suma atención la ley penal de todo pueblo civilizado. Por lo mismo que ella da el poder a los funcionarios públicos, es indispensable que nos garantice contra el abuso que puedan cometer en sus funciones”. GRIOIZARD también se hacía eco de estas reflexiones añadiendo su carácter perjudicial para los derechos sociales y políticos¹⁰⁵⁴.

La Ley de reforma de 1880, por la que se modifica el Código Penal de 1870, se refería tanto en sus artículos 374 y 375 a la prevaricación administrativa tanto dolosa como culposa del funcionario público incurriendo en pena de inhabilitación especial en su grado máximo a inhabilitación especial perpetua. Por tanto la forma menos grave de prevaricación estaba tipificada en el art 375 como delito, el “*dictar...providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo, por negligencia o ignorancia inexcusable*”. Sin embargo la introducción de la forma culposa en el Código Penal de 1870 dio origen a un debate en la doctrina a cerca de la conveniencia o no de su tipificación¹⁰⁵⁵, que en opinión de GONZALEZ CUSSAC estuvo motivada por el momento histórico en el que la responsabilidad de los funcionarios y el control jurisdiccional de los actos administrativos es mínimo.

¹⁰⁵³ José Luis González Cussacs; “ El delito de prevaricación de funcionario público”. Op.Cit. Pag.75. Este autor afirma la pertenencia a los posibles sujetos activos del anterior art.359 del C.P antes de la reforma de 1995, de los miembros de la carrera fiscal. Op. Cit. Pag.82.

¹⁰⁵⁴José Luis González Cussac. El delito de prevaricación del funcionario público. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994. Pag.23.

¹⁰⁵⁵ Ibidem.Pag.37

De esta forma se comprueba que la responsabilidad penal era tan amplia como la civil¹⁰⁵⁶ manteniéndose esta regulación hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 con el que se elimina la forma culposa del delito regulado en su artículo 404,¹⁰⁵⁷ que sustituye la expresión “*resolución injusta*” (C.P 1973) por “*resolución arbitraria*” y el mero “*a sabiendas*” (C.P 1973) por “*a sabiendas de su injusticia*”¹⁰⁵⁸.

La conducta tipificada en la prevaricación funcional ha sido a lo largo de las distintas regulaciones penales de finales del S. XIX y gran parte del S.XX, “dictar una resolución injusta en asunto administrativo” manteniéndose prácticamente incólume la redacción del precepto y previéndose al mismo tiempo la forma dolosa y culposa del delito en el CP de 1870 y posteriores, hasta la entrada en vigor del C.P de 1995. En torno al origen de los delitos de los funcionarios en el ejercicio del cargo, habría que afirmar siguiendo en este punto a OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, que el mismo se remonta al proceso codificador¹⁰⁵⁹, tal como ha podido comprobarse según lo expuesto anteriormente. Y es precisamente al detenernos en la evolución del delito de prevaricación hasta la reforma del C.P de 1995, como observamos que el núcleo de aquel ha venido a estar constituido por la realidad de “dictar una resolución injusta en asunto administrativo”.

En lo que respecta al término resolución injusta¹⁰⁶⁰, tanto la Doctrina como la Jurisprudencia han entendido respecto al término resolución, que habrá de ser todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos de los administrados quedando excluidos cuantos actos administrativos que no tengan tal carácter decisorio como pueden ser los informes, actos de trámite, consultas, circulares, y es precisamente esta exclusión la que sintoniza con la noción de bien jurídico protegido que interesa al Derecho Penal, cual sería garantizar exclusivamente la función pública en cuanto trasciende a los ciudadanos, deslindándose al mismo tiempo el ámbito de las infracciones disciplinarias de las penales¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁶ Juan Montero Aroca: “Independencia y Responsabilidad del Juez”. Op.Cit.Pag. 102.

¹⁰⁵⁷ Art. 404 del Código Penal de 1995: “A la autoridad o funcionario público que a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”.

¹⁰⁵⁸ Luis Portero García; “El Delito de Prevaricación del Funcionario Público”. Diario la Ley. 2000. Pag.3.

¹⁰⁵⁹ José Luis González Cussac. El delito de prevaricación...” Op. Cit. Pagg. 16.

¹⁰⁶⁰ Octavio de Toledo y Ubieto ; La prevaricación del funcionario Público. Madrid. 1980. Pag.49 y ss. Autor citado por Jose Luis González Cussac; “El delito de prevaricación ...”. Op.Cit. Pag.48.

¹⁰⁶¹ Jose Luis González Cussacs; “El Delito de prevaricación...”. Op.Cit. Pag.48. Respecto a los informes y dictámenes habría que tener en cuenta, a tenor de lo dispuesto en los artículos 320, 322 y 329

En cualquier caso y siguiendo en este punto a la doctrina administrativista mayoritaria, dentro del concepto de resolución habrá de entenderse tanto aquellas, que adopten forma escrita u oral que declare lo que es Derecho, o lo que es o no conforme, al Ordenamiento Jurídico¹⁰⁶².

En cuanto al termino “injusticia”, la doctrina mayoritaria se mostraba decididamente partidaria de una tesis netamente objetiva, es decir se requería únicamente una objetiva injusticia, prescindiéndose de la tendencia subjetiva de contradecir o “torcer el Derecho” por parte del funcionario, como elemento subjetivo del injusto, tendencia doctrinal que iba al unísono con la peculiar regulación legal desde 1870 en la que con la modalidad imprudente se estableció un diáfano deslinde entre requisitos objetivos y subjetivos¹⁰⁶³ de la infracción, regulación legal que ha variado con la reforma del C.P de 1995. Y siguiendo precisamente los términos operados por la reforma de 1995, GONZÁLEZ CUSSAC se mostraba partidario desde antes de aquella, de eliminar la forma culposa del delito al que consideraba distorsionadora entre el ilícito administrativo e ilícito penal, defendiendo que el término “resolución injusta es toda resolución arbitraria” que se sitúa fuera del Ordenamiento jurídico, de tal forma que la injusticia viene a suponer un comportamiento de desprecio por las técnicas jurídicas, no pudiendo entenderse solo como una infracción del derecho positivo. Injusta es aquella resolución que nunca podría ser legal. Para este autor, la simple ilegalidad que se produce por error (vencible o invencible), por ignorancia, o por un mal uso de las técnicas de interpretación, no puede considerarse como ilegalidad, arbitrariedad y tampoco como prevaricación¹⁰⁶⁴.

(prevaricaciones específicas) del C.P. de 1995, que cabría la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal a título de participación pero no de autoría en sentido estricto.

En cualquier caso se trata de resoluciones que carecen de ejecutividad por sí misma las que el C.P sanciona de forma expresa, puesto que a sensu contrario quedarían impunes por atipicidad. Con las conductas tipificadas en los artículos citados, se trataría de sancionar con las penas del art. 404 a la autoridad o funcionario que a sabiendas de su injusticia informe favorablemente proyectos de edificación, de derribo o alteración de edificios, o bien la concesión de licencias ilegales. Alberto Manuel López López. “La Responsabilidad Civil, Penal y Disciplinaria de los miembros del M.F. Revista de Estudios Jurídicos. 2007. Pag43-44.

¹⁰⁶² Jose Luis González Cussac, “ El delito de prevaricación...”, Op.Cit. Pag. 49

¹⁰⁶³ La posición de González Cussac, respecto el elemento subjetivo del tipo ha cambiado con la reforma del C.P, al eliminarse la forma culposa (...) Jose Luis Gonzáles Cussac. El delito de prevaricación de autoridades y Funcionarios. 1995. Tirant lo Blanch. Pag.79.

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*.

Solo puede llamarse prevaricador al quien tuerce el Derecho, a quien toma una decisión, “sin fundamento, sin motivación, sin ninguna apelación a la racionalidad jurídica”. Prevarica no el que comete una ilegalidad al equivocarse, sino aquel que conociendo la ilegalidad de la resolución la dicta¹⁰⁶⁵. La desaparición del tipo imprudente que se preveía no sólo en el Código de 1983, sino en la legislación penal anterior, obedece tal como entiende en este punto un sector de la doctrina¹⁰⁶⁶, al propósito del legislador de restringir el alcance del delito de prevaricación de los funcionarios públicos, cuestión esta última que carece de fundamento tanto desde un punto de vista dogmático como de política-criminal, en lo que a la prevaricación por imprudencia grave se refiere. Parece más una actitud o postura defensiva de las Administraciones Públicas. “Se ha pretendido sacar por la puerta de la jurisdicción penal lo que se introduce por la ventana de la jurisdicción contencioso administrativa”¹⁰⁶⁷, magnificando las posibilidades teóricas y de aplicación real del derecho disciplinario al que se quieren remitir estas conductas. Se trata en definitiva de resoluciones “manifiestamente injustas” dictadas con la máxima imprudencia, “ignorancia o negligencia inexcusable” que incluso para algún sector de la doctrina abarca el dolo eventual¹⁰⁶⁸, y que son dictadas de ordinario por profesionales (funcionarios públicos) y por autoridades, que ostentan responsabilidades políticas. Ni estas conductas son un mero error como recurrentemente se pretenden calificar, ni tampoco parece próximo el día en que el derecho disciplinario pueda aplicarse a un ministro, secretario de Estado o al Fiscal General del Estado, o al Presidente de cualquiera de las Cámaras legislativas del Parlamento central o Autonómico, aunque en todos estos casos lo que se espera es que se depuren responsabilidades políticas”¹⁰⁶⁹.

En lo que respecta al denominado “asunto administrativo”, la resolución injusta ha de recaer sobre el mismo, entendiendo la jurisprudencia que por asunto administrativo habrá de entenderse aquel que objetiva y subjetivamente tenga carácter administrativo. La STS de 10 de noviembre de 1989, establece la necesidad de que se trate de órganos decisorios de la Administración pública (requisito subjetivo), que actúe con sujeción al derecho administrativo (requisito objetivo) y coincidiendo la jurisprudencia con la

¹⁰⁶⁵ Ibidem. Pag. 66-67.

¹⁰⁶⁶ Emilio Octavio de Toledo y Ubieta. El delito de prevaricación de los funcionarios públicos. Diario la Ley. Sección Doctrina. 1996.Pag.11.

¹⁰⁶⁷ Ibidem.Pag.19.

¹⁰⁶⁸ Ibidem. Pag.2.

¹⁰⁶⁹ Emilio Octavio de Toledo y Ubieta. El delito de prevaricación de los funcionarios públicos. Diario la Ley. Sección Doctrina. 1996.Pag.15.

doctrina española mayoritaria, la resolución en asunto administrativo habrá de ser dictada por un funcionario público en el ejercicio de su cargo y del requisito objetivo constituido por la exigencia de que revista condición administrativa. En relación a este último requisito, la doctrina se ha manifestado desde varias posiciones, considerando algunos, como FERRER SAMA¹⁰⁷⁰, su equivalencia en sentido estricto con el concepto de acto administrativo, mientras que otros, como OCTAVIO DE TOLETO, le otorga un sentido más extenso, siguiendo en cualquier caso una línea teleológica e histórica que conduce a interpretar el término “asunto administrativo” como ese ámbito o territorio donde se produce la resolución injusta, delimitándolo como lo no judicial e incluso excluyendo de ese ámbito, los actos políticos o de gobierno.

Sin embargo este autor también llega a afirmar, que si bien con esta interpretación puramente negativa de lo que se entiende por asunto administrativo, se da una solución “político- criminal satisfactoria” al problema, esto no deja de originar “fricciones con el Derecho penal y con el principio de legalidad”¹⁰⁷¹.

GONZÁLEZ CUSSAC, siguiendo también una interpretación extensiva, sostiene que al igual que los jueces cuando no ejercen la función jurisdiccional sino que actúan como simples funcionarios dictando resoluciones no judiciales (vgr. Subastas, nombramientos), también podrían ser autores de un delito de prevaricación administrativa, posibilidad que se hace extensible a otros funcionarios judiciales no jueces, así como a los miembros de la carrera fiscal, “recordándose que estos grupos de funcionarios no están incluidos en el delito de prevaricación judicial”, y sí en cambio, su indiscutible inclusión dentro de la modalidad omisiva de “dejar intencionadamente de promover la persecución de los delitos” que después de la reforma del C.P estaría penalizada en el art. 408, antes el ex-art.359 del C.P¹⁰⁷².

¹⁰⁷⁰ Ferrer Sama: Comentarios al Código Penal. Tomo III. Murcia 1948. Pag. 70 y ss. Autor citado por Alberto Manuel López López. “ La responsabilidad Civil, Penal y Disciplinaria del Ministerio Fiscal. Revista de Estudios Jurídicos. Año 2007. Pag.42.

¹⁰⁷¹ Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. “ El delito de Prevaricación...” Op.Cit. Pag.11

Jose Luis González Cussac. El delito de prevaricación...” Op.Cit. Pagg. 81-82.

¹⁰⁷² Jose Luis González Cussac. El delito de prevaricación...” Op.Cit. Pagg. 81-82.

B. Legislación Penal tras la reforma de 1995.

Con la reforma del C.P de 1995 se ha producido una nueva rúbrica del Título XIX, que viene a significar la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos incluidos en el mismo, dentro del cual se encontraría el antiguo art. 358 que ahora pasaría a ser el art. 404 del citado cuerpo legal, residiendo la protección del bien jurídico, en la función pública como actividad de prestación a los administrados. Es decir, la protección otorgada por el nuevo art.404 donde se regula el delito de prevaricación del funcionario público, vendría a recaer en el correcto ejercicio de la potestad administrativa como servicio público, constituyendo por tanto, el bien jurídico objeto de protección.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha conformado el delito de prevaricación con la exigencia de un elemento objetivo y otro subjetivo, constituyendo el primero de ellos, tal como se ha dicho en párrafos anteriores, hasta la reforma del C.P de 1995, “la resolución injusta dictada en asunto administrativo”. Después de la reforma, se añade la voz arbitraria que ahora acompaña al concepto de resolución, pero al mismo tiempo se sigue manteniendo la exigencia de “injusta” que ahora se acompaña al requisito de “a sabiendas”, de modo que tal como afirmara GONZÁLEZ CUSSAC, antes de la reforma del C.P, prevarica la autoridad o funcionario que a sabiendas de su injusticia dicta una resolución arbitraria en asunto administrativo, de manera que no es suficiente con la resolución injusta o contraria al Ordenamiento Jurídico, sino que se exige el plus de la arbitrariedad, entendiéndose este último concepto según RAMÓN FERNÁNDEZ, como sinónimo de despótico y en última instancia inmotivado, opinión esta última también mantenida por OCTAVIO DE TOLEDO¹⁰⁷³. En relación al elemento subjetivo del tipo regulado en el art. 404 del C.P, doctrina y Jurisprudencia entienden que ya no cabe hablar de elemento subjetivo en sentido estricto sino que ahora lo que se exige, es la presencia del dolo que queda subsumido en el vocablo “a sabiendas”.

¹⁰⁷³ José Luis González Cussac. El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios Públicos. Tirant lo Blanch.1997. pag.68.

En cualquier caso, se acepte o no la modalidad dolosa en el delito de prevaricación, esto no cierra la posibilidad a la existencia, en opinión de GONZÁLEZ CUSSAC y de la doctrina mayoritaria, de la modalidad imprudente siempre que se trate del error vencible sobre la prohibición, y que el error sea independiente de las motivaciones o exigencias subjetivas, de manera que se puede prevaricar por una imprudencia jurídica¹⁰⁷⁴.

En este punto resulta importante hacer referencia a los actos de trámite entendiendo la doctrina mayoritaria que si estos tienen contenido decisorio, están dictados por un funcionario en el ejercicio de su cargo y dentro del ámbito administrativo, habrá de considerarse como conducta típica, siendo irrelevante el hecho de que ponga o no fin a la vía administrativa y de que hayan sido o no confirmadas por el superior jerárquico, aunque a nivel jurisprudencial se haya desestimado la aplicación del delito del art. 404 del C.P por tratarse de supuestos de resoluciones no firmes o por estar en fase de recurso dicha resolución¹⁰⁷⁵.

Según GONZÁLEZ CUSSAC, los informes no dejan de ser sólo eso, con lo que no pueden ser englobados dentro del concepto de resolución, ni siquiera en sentido amplio, pudiendo como máximo ser considerados como actos de participación en el hecho principal, es decir en la resolución dictada por el órgano competente¹⁰⁷⁶.

La redacción del art. 404 del C.P exige que la resolución que se dicte sea calificada de “injusta y arbitraria” lo que en opinión de LÓPEZ LÓPEZ¹⁰⁷⁷ exigiría “un dolo reduplicado” y aunque ambos términos suelen emplearse como si de un mismo concepto se tratase según opinión de un cierto sector de la doctrina¹⁰⁷⁸, puede citarse la STS de 28-4-1997 en la que se aprecia claramente lo que el legislador quiso englobar dentro de esta modalidad de prevaricación, en donde ambos conceptos se diferencian claramente siendo esta la línea doctrinal mantenida por GONZÁLEZ CUSSAC, antes y después de la reforma del C.P de 1995.

¹⁰⁷⁴ Jose Luis González Cussac. “ El delito de prevaricación de autoridades...” nch.1997. Pag 80.

¹⁰⁷⁵ Ibidem. Pagg. 95-96. Ver nota 180.

¹⁰⁷⁶ Jose Luis González Cussac. Aspectos administrativos del delito de prevaricación como figura residual del Derecho Penal de la Función Pública. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. Madrid. 1998. Pag.308.

¹⁰⁷⁷ Alberto Manuel López López, “ La responsabilidad civil...”, Op.Cit.Pag.44

¹⁰⁷⁸ En torno a los conceptos de arbitrariedad e injusticia, un sector de la doctrina representada por Morales Prats, Fermín y Rodríguez Puerta, María José sostienen que ambos tienen significados jurídicos semejantes. Autores citados por López López Alberto Manuel. “ La Responsabilidad Civil...” Op.Cit. Pag.44.

La citada sentencia expone: *“La jurisprudencia ha puesto de manifiesto la insuficiencia de la simple infracción de la legalidad para sustentar la figura delictiva de la prevaricación. El principio de intervención mínima o última ratio que caracteriza al Derecho penal exige además, que el órgano administrativo, en la decisión o conducción de un asunto – aspecto sustantivo y procesal-, se desvíe o incumpla la norma legal, con perjuicio efectivo o potencial para los intereses del ciudadano o de la causa pública. Así el C.P. de 1995 ha querido significar la insuficiencia de la mera ilegalidad, pues se necesita algo más, y con ese fin ha adjetivado la resolución arbitraria, sin suprimir la injusticia de la misma”*¹⁰⁷⁹.

Por tanto, únicamente puede ser constitutivo de un delito de prevaricación administrativa aquella resolución que arbitrariamente perjudique los derechos o intereses de los administrados, no siendo suficiente con que sea manifiestamente ilegal porque beneficie indebidamente a un particular, como si finalmente no traspasa los límites de la propia Administración, sancionándose en estos casos conforme al Derecho Administrativo pero nunca conforme al Derecho Penal¹⁰⁸⁰.

De todo lo expuesto en esta sede a cerca de la prevaricación administrativa, es evidente la dificultad que entraña catalogar las presuntas resoluciones arbitrarias de los Fiscales dentro del tipo penal del art. 404 del C.P, posición que es secundada por la mayor parte de la doctrina según DE RAMÓN FORNS¹⁰⁸¹.

No obstante lo anterior, en procedimientos de naturaleza netamente administrativa tal como afirma GONZÁLEZ CUSSAC, no existe obstáculo alguno en considerar que al igual que los Jueces y Magistrados cuando intervienen en procesos dictando resoluciones no jurisdiccionales (subastas o expedientes disciplinarios), sería subsumible su presunta actuación dolosa dentro del tipo del 404 del C.P y no dentro de la prevaricación judicial, planteamiento extensible a los miembros del Ministerio Fiscal e incluso a Secretarios Judiciales¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁹ Ibid.

¹⁰⁸⁰ Alberto Manuel López López, “ La responsabilidad civil...”, Op.Cit.Pag.46.

¹⁰⁸¹ Ignacio de Ramón Fors; “ La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal”.Diario La Ley. Sección Doctrina. 2010. Pag.18

¹⁰⁸² Jose Luis González Cussacs ; “ El delito de prevaricación de Autoridades y Funcionarios...”. Op. Cit. Pag.94.

También afirma el citado autor, la no inclusión de los miembros de la Carrera Fiscal y Secretarios Judicial en el delito de prevaricación judicial, afirmando categóricamente su indiscutida pertenencia como posibles sujetos del art. 408 del C.P.¹⁰⁸³.

En el ámbito doctrinal esta cuestión lejos de ser pacífica, ha dado lugar a diversas interpretaciones de cual sería el tipo penal aplicable al caso, siendo en realidad una cuestión compleja que tal como afirmara acertadamente OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO **“El Código Penal de 1995 no ha dado salida ni a través de su art. 404 ni en los correspondientes a la prevaricación judicial, a la cuestión planteada por la doctrina sobre la posibilidad de que los miembros de la carrera fiscal y los secretarios judiciales puedan cometer delito de prevaricación fuera de los supuestos en que resuelvan asuntos calificables de administrativos en sentido propio”**¹⁰⁸⁴. Este autor llega a afirmar, la necesidad de creación de tipos penales que puedan resolver el problema **“tanto si se estima que este consiste en una importante dificultad interpretativa, cuanto con más razón, si se concluye que deriva de una auténtica laguna legal. Algo como tampoco ha hecho, contra lo que cabía esperar, el nuevo Código”**¹⁰⁸⁵.

Otra corriente doctrina representada por LÓPEZ LÓPEZ sostiene, a modo de cajón de sastre, que sería aplicable a los miembros de la Fiscalía Española el tipo penal de la prevaricación administrativa regulada en el ya mencionado art. 404 del C.P, dado que está vetada de forma expresa su entrada al tipo de prevaricación judicial (**“El juez o Magistrado que a sabiendas dictare resolución injusta...”** dice el art. 446 del C.P). Pese a ello, es enormemente complicado hacer responsable a aquellos de sus resoluciones o actos antijurídicos que ocasionen un grave perjuicio a los derechos de los administrados, según el principio de ultima ratio que informa el Derecho Penal, por el ámbito del derecho en el que actúan que no es precisamente el Derecho Administrativo, pero sobre todo, por ser funcionarios sui generis cuyas decisiones condicionan en gran medida las resoluciones del órgano jurisdiccional, ámbito en el que normalmente desarrollan su actividad¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸³ *Ibidem*.

¹⁰⁸⁴ Octavio de Toledo y Ubieto. “El Delito de prevaricación de los funcionarios públicos”. Diario la Ley. 1996. Pag2.

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*. Pag.11.

¹⁰⁸⁶ Alberto Manuel López López. “ La Responsabilidad Civil...” Op.Cit.Pag.49-50

Aludiendo a las dificultades de tipificar las posibles actuaciones antijurídicas y arbitrarias del Ministerio Fiscal en la modalidad de prevaricación administrativa, podemos citar a título de ejemplo, el Auto de la Sala de lo Penal del T.S.J de la CC.AA de Canarias de fecha 22 de abril de 2013 por el que se acordaba la no admisión a trámite de la querrela interpuesta contra una fiscal por un delito de prevaricación de funcionario público del art.404 del C.P. En los Razonamientos Jurídicos se establecía lo siguiente:

“La pretendida resolución que la parte querellante alega, no tiene cabida en este caso concreto en el cual los Decretos dictados por la Fiscal querellada no tenían la consideración de resoluciones que como tal han de ser entendidas en el sentido de resolver de forma definitiva y de fondo una controversia, lo cual puede perfectamente apreciarse, toda vez que en el último (de los Decretos) se modifica el criterio hasta ese momento mantenido (...). Es obvio que si se hubiera tratado de resoluciones firmes y definitivas, este hecho no hubiera podido producirse pues solo hubiera existido un Decreto y éste no hubiera podido ser modificado. Esto es así y es además una particularidad atribuida al Ministerio Fiscal en los expedientes de determinación de la edad de los menores que llegan a las costas españolas carentes de documentación. La norma lo ampara y es obvio que si está perfectamente permitido por nuestro Ordenamiento Jurídico, no puede tener la consideración de prevaricador y, por tanto, no puede ser delictivo.”

“En cuanto a la arbitrariedad (...) resulta patente que la Fiscal querellada ha fundamentado aún cuando discrepe la parte, y expuesto los argumentos en base a los cuales entiende que el querellante es mayor de edad. Lo sustenta amparándose en la documental que considera idónea para ello e igualmente rechaza aquella documental que considera no ajustada a derecho. Esta argumentación fáctica y jurídica no puede de ninguna de las maneras ser considerada contraria a Derecho y es por ello que no puede admitirse la afirmación de la pretendida arbitrariedad (...) Los Decretos (de la Fiscalía) están, insistimos, fundamentados y, como ha sido reiteradamente sostenido por la Jurisprudencia, para que exista prevaricación la ilegalidad de la resolución inculpada tiene que ser evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en contradicción con los mínimos esenciales del funcionamiento de la Administración (SSTT 444/2000, de 20 de marzo y 1086/2004, de 29 de septiembre...”).

Tal como se ha afirmado anteriormente, la exclusión de los miembros del Ministerio Fiscal dentro del tipo penal del art. 446 que regula la prevaricación judicial¹⁰⁸⁷ cuyo tenor literal establece: *“El Juez o Magistrado que a sabiendas dictare sentencia o resolución injusta...”* no excluye su responsabilidad a través de su participación en el delito cometido por el Juez o Tribunal ante el que haya intervenido, siendo perfectamente factible, supuestos de inducción, de complicidad e incluso de cooperación necesaria, en los casos en que en virtud del principio acusatorio, o en virtud de las garantías en torno a cualquier medida cautelar como puede ser la prisión preventiva, la resolución judicial injusta no hubiera sido dictada sin la previa petición del fiscal¹⁰⁸⁸.

Como ejemplo de la participación del Fiscal en un hecho principal doloso pueden citarse dos sentencias; SSTs de 14 de octubre de 1884 y de 24 de abril de 1912, en las que no obstante, pese a que la resolución tanto del Juez como del Tribunal municipal, siguiendo la petición del fiscal, fueron manifiestamente contrarias a Derecho, sin embargo quedaron impunes porque se trataba de un Juez y Tribunal legos en Derecho, considerando en estos casos el T.S que las resoluciones no se dictaron a sabiendas y que la ignorancia era excusable, quedando impunes ambas conductas pero sobre todo la del miembro del Ministerio Público que ni siquiera tuvo que enfrentarse a responsabilidad penal alguna¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁷ Al considerarse el delito de prevaricación judicial un delito de infracción del deber, y por tanto afirmada la imposibilidad de que el extraneus pueda ser autor en sentido estricto del delito, ello no es obstáculo a que intervengan otros sujetos, que si bien no infringen la norma contenida en el tipo, lo que quebrantan son las normas relativas a la participación estableciéndose su responsabilidad por la infracción de las reglas relativas a los supuestos de inducción y complicidad, que prohíben ayudar a otro a realizar un comportamiento o una acción sancionada con pena, cosa que ocurre también con los delitos especiales como la prevaricación judicial. Jacobo López de Quiroga. Derecho Penal III. Autoría y Participación. Akal. Madrid. Pag192. Autor citado por M^a Inmaculada Ramos Tapia. El Delito de Prevaricación Judicial. Tirant Monografías. Valencia 2000. Pag446. Ver nota.1074.

¹⁰⁸⁸ Podría pensarse en el Juez o Tribunal que quiere condenar al acusado por un delito de robo, sabiendo que lo que procedería es hurto en virtud de las pruebas practicadas, acordando con el fiscal que califique como robo para así dar apariencia de justicia a la sentencia; o bien el Juez que quiere dictar un auto de prisión injusto proponiendo al Ministerio fiscal que proponga tal medida puesto que sin la misma no puede acordarlo en virtud del art. 504.bis2 de la LECrim aunque tales supuestos y su calificación como de cooperación necesaria podría ser objeto de discusión (criterios de distinción entre cooperador necesario o cómplice). *Ibidem*. Pag.451.

¹⁰⁸⁹ En la sentencia de 14 de octubre se afirma que el Juez municipal “fue inducido a error por el Fiscal municipal, quien le propuso la pena que él señaló” (JCr8287). En la de 24 de abril de 1912, uno de los jueces acusados de prevaricación imprudente alegó que “encontró muy justa la petición del fiscal y fiado en la pericia del mismo votó en los términos por él propuestos. En estos dos casos el fiscal no tuvo que enfrentarse a responsabilidad penal alguna habiendo propuesto una resolución tan manifiestamente ilegal.

En torno a los informes de la Fiscalía, habría que sostener que en la mayoría de los casos, y sólo en determinados momentos en que la ley prevé como reaccionar contra un determinado acto de un fiscal, generalmente la ley guarda silencio sobre este extremo, cuestión esta última de máxima importancia sobre todo teniendo en cuenta la heterogeneidad de los mismos así como sus consecuencias dentro y fuera del proceso; No hay que olvidar, que las funciones de la Fiscalía son diversas dentro y fuera de aquel; Pueden ser instructores (procesos de menores), pueden tener la condición de parte, representante de alguien, emisor de dictámenes, sin olvidar esos otros actos no encuadrables en las categorías enumeradas, como son la diligencias preliminares o preprocesales, o por ejemplo acudir en auxilio de autoridades de la Unión Europea, con el aseguramiento de pruebas. Entre las funciones extraprocesales, destacaríamos la vigilancia de menores sometidos a tutela, acogimiento o guarda, investigar las quejas sobre la administración de justicia remitidas por el Defensor del Pueblo, intervenir en procedimientos disciplinarios contra Jueces y Magistrados (art. 425 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o bien formar parte de las Comisiones de Asistencia Gratuita o emitir informes que acrediten una determinada situación por ejemplo de violencia de género (art. 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género.)¹⁰⁹⁰

A todas estas funciones habría que sumar las consecuencias de los mismos, siendo a veces actos de carácter decisivo, bien porque la ley prevea que la petición del fiscal ha de ser forzosamente estimada (art. 780. 2 de la LECrim.¹⁰⁹¹) o bien porque su opinión es necesaria para que pueda adoptarse una decisión (art. 170 de la Ley Concursal¹⁰⁹²). En otras ocasiones realiza peticiones que pueden ser estimadas o desestimadas (Ejemplo del primer supuesto sería los casos de petición de pena, no pudiendo imponerse una mayor a la solicitada; SSTC 186/2009 de 7 de septiembre y 198/2009 de 28 de septiembre, y como ejemplo de supuestos en que la petición del fiscal no vincula en

¹⁰⁹⁰ Ignacio de Ramón Fors. La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal. Diario La Ley 2010. Pagg 2-3.

¹⁰⁹¹ El art. 780.2de la LECrim, mayoritariamente es interpretado en el sentido de que el juez de instrucción está obligado a practicar las diligencias que pida el Ministerio Fiscal por entenderse que son imprescindibles para formular acusación. Ibídem. Pag.20

¹⁰⁹² Según opina De Ramón Fors tiene un cierto carácter vinculante el dictamen del Ministerio Fiscal en la calificación del concurso(art. 170.1 de la Ley Concursal); si el Fiscal y la administración concursal coinciden en que el concurso es fortuito, ésta será la calificación, sin que pueda el Juez decidir otra cosa y sin posibilidad de recurso por otros interesados. Ibídem, Pag.20.

absoluto sería en materia de régimen de visitas¹⁰⁹³). Otras veces se limita a informar sin pedir nada y sin que la misma produzca efecto vinculante alguno. También están aquellos supuestos en que está legitimado para hacer una petición, acompañada de un importante protagonismo del Fiscal. Sería el supuesto del art. 89.3 del C.P, (tras la reforma operada por L.O. 1/2015 de 30 de marzo)¹⁰⁹⁴.

Como sostiene DE RAMÓN FORS, no deja de resultar extraño que “un órgano de la administración con potestad para adoptar decisiones, sin que el afectado directamente por ellas pueda hacer nada al respecto”¹⁰⁹⁵.

Y como posible respuesta a esta situación se ha planteado que si bien la actividad del Ministerio Fiscal no puede someterse a los trámites y formalidades de la Ley 30/92 porque su actividad quedaría bastante obstaculizada, esto no es un obstáculo a que pueda someterse al régimen de recursos administrativos. Los actos de la Fiscalía no son solamente actos de trámite dentro de otro procedimiento¹⁰⁹⁶, sino que llegan a poner fin al procedimiento, encajando otros en la previsión del art. 107 de la Ley 30/92 para determinados actos de trámite¹⁰⁹⁷.

DE RAMÓN FORS¹⁰⁹⁸ considera que el régimen de recursos de la Ley 30/92 no puede descartarse frente a los actos del Ministerio Público, y aunque este planteamiento no haya tenido una aplicación efectiva, si podría destacarse alguna sentencia del Tribunal Constitucional en la que se impugna una decisión del Ministerio Fiscal: STS 124/1984

¹⁰⁹³ *Ibidem*.

¹⁰⁹⁴ **El art. 89 del CP** ha experimentado una modificación importante tras la reforma operada por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo. Así, el citado precepto, en **su apartado 3º**, establece lo siguiente: “El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia se pronunciará con la mayor urgencia, **previa audiencia del Fiscal y de las demás partes**, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena. **Sin embargo para poder proceder a la expulsión de los extranjeros en los términos del precepto citado, el art. 197.2 del Reglamento penitenciario establece la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal con antelación suficiente, las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros, donde se hará consta las fechas de cumplimiento de las 2/3 partes y de las 3/4 de la condena.** Lo cual induce a considerar un protagonismo importante del Ministerio Fiscal que es quien deberá instar la expulsión en estos casos. Jose Luis Rodríguez Candela, “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, para la Democracia, nº 33, 1998, Pag. 69.

¹⁰⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁹⁶ Hay muchos actos de la Fiscalía, que aunque están dentro de otro procedimiento determinan el resultado del mismo, o pueden producir un perjuicio irreparable para alguien. Ignacio de Ramón Fors; “La impugnación de los actos...”. Op.Cit. Pag.12.

¹⁰⁹⁷ . Art. 107 de la Ley 30/92: “Contra las resoluciones y los actos de trámite si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los arts. 62 y 63 de esta ley”.

¹⁰⁹⁸ Ignacio de Ramón Fors, “La impugnación de los actos...”, Op.Cit.Pag.13.

de 18 de diciembre que resuelve un recurso de amparo, en el que el interesado en que se tramite un recurso de revisión penal impugna la decisión del Ministerio Fiscal, de no interponer el recurso. El Tribunal Constitucional declara: *“Lo que produce reparos en esta regulación no es tanto la intervención en si del Ministerio de Justicia, cuanto su papel decisorio en cuanto instancia administrativa, en la apreciación del valor de los nuevos datos aportados para la eventual revisión de la Sentencia cuya firmeza viene así puesta en cuestión, y en cambio, la imposibilidad en que se ve el condenado de interponer él mismo el recurso.”*

El recurso se desestima porque el Tribunal entiende que no puede establecer una regulación distinta, invadiendo las competencias del legislador y *“que tampoco cabe que este Tribunal ordene al Ministerio Fiscal interponer el recurso de revisión, que le parece infundado”*¹⁰⁹⁹.

A modo de conclusión, DE RAMÓN FORNS considera necesaria la regulación de esta materia necesitándose en todo caso cauces de impugnación de aquellos actos de la Fiscalía que sean decisivos y afecten a los derechos o intereses de un ciudadano, y precisamente para suplir la falta de aquellos es por lo que no debiera descartarse la utilización de los recursos administrativos y contenciosos administrativos y en todo caso, recurrir en amparo al Tribunal Constitucional cuando se vulneren algunos de los derechos que permite la interposición de este recurso¹¹⁰⁰.

Resulta importante hacer mención a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída ante una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia provincial de Las Palmas de Gran Canaria, al inciso del art. 92.8 del C.C.¹¹⁰¹ por ser contrario a los arts 117.3 y 24 de la C.E.

La citada sentencia en su Fundamento Jurídico Quinto establecía;

“En aquellos casos en los que el Ministerio Público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez pues ello limita jurisdiccionalmente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 de la C.E otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial. Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en

¹⁰⁹⁹ *Ibidem*. Pag.16.

¹¹⁰⁰ Ignacio de Ramón Fors; “ La impugnación de los actos...”. Op.Cit. Pag.18.

¹¹⁰¹ El inciso “favorable” contenido en el apartado 8º del art. 92 fue declarado inconstitucional. “(...) El Juez a instancia de una de las partes con informe favorable del Ministerio Fiscal podrá acordar la guarda y custodia compartida (...)”.

consecuencia la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal”.

Fundamento Jurídico Séptimo: *“La denegación del ejercicio de la guarda compartida debida a la vinculación del juez al dictamen del Fiscal, (...) supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva pues aunque la actuación del Ministerio Público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo.”*

Realizada en esta sede el examen histórico-jurídico así como la evolución de la figura penal del delito de prevaricación de funcionario público y las modificaciones introducidas por el Código Penal de 1995¹¹⁰², podríamos afirmar siguiendo en este punto a la doctrina mayoritaria, que los miembros del Ministerio Público no pueden cometer el delito regulado en el art. 404 del C.P en tanto que no dictan resoluciones, pero al mismo tiempo nos encontramos con lo que según RAMÓN FORNS sería “el desajuste legal de atribución al fiscal de facultades decisorias”¹¹⁰³.

Atendiendo a la remisión que efectúa el artículo 60 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio del Poder Judicial de 1985, en lo concerniente al procedimiento de responsabilidad penal que se incoaría en causas contra fiscales, conviene hacer varias precisiones:

.- En primero lugar, del examen histórico ya aludido, se desprendería que la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, concretamente sus artículos 406 y siguientes, mantienen el esquema fundamental de la responsabilidad penal¹¹⁰⁴, establecido por la Ley Provisional de 1870 y por los Reglamentos Fiscales de 1927,1958 y 1969, aunque

¹¹⁰² La ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal eleva la pena en el tipo básico del art. 404 (prevaricación administrativa), de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 9 a 15 años (antes de 7 a 10 años) y con ella el plazo de prescripción. Impone además como pena principal y conjunta, con igual duración la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

¹¹⁰³ Ignacio de Ramón Fors; “La impugnación de los actos...”. Op.Cit. Pag.18

¹¹⁰⁴ Juan Montero Aroca, “ Independencia y responsabilidad...”, Op.Cit.Pag.208. En estos términos se manifiesta este autor cuando dice que la responsabilidad penal de jueces y magistrados no ha sufrido cambio alguno ni después de la CE de 1978, ni después de la LOPJ de 1985 por cuanto ésta se limita, alterando no obstante la competencia, a mantener lo existente y ello hasta el extremo de que los arts, 405 a 410 LOPJ pueden calificarse de inútiles.

las reglas de competencia hayan cambiado, se haya suprimido el antejuicio ¹¹⁰⁵, o se haya ampliado la legitimación, (ahora los sujetos legitimados son muchos más) para iniciar el procedimiento, incluyéndose ahora la iniciativa del perjudicado u ofendido a través de querrela criminal o bien el ejercicio de la acción popular por cualquier ciudadano (querrela criminal). Y se mantiene dicho esquema de responsabilidades que podría ser calificado de ineficaz porque las posibilidades reales de que efectivamente respondan por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, han sido y son realmente escasas. Las razones han sido y continúan siendo:

a) En primer lugar, porque la responsabilidad penal nace por los delitos que cometan en el ejercicio sus funciones¹¹⁰⁶. Respecto del delito de prevaricación administrativa ya comentado y su rechazo por la doctrina mayoritaria como tipo penal por el que se encauzarían las presuntas resoluciones arbitrarias dictadas por los fiscales. En lo que respecta a la prevaricación judicial¹¹⁰⁷, no se admite la autoría aunque es posible supuestos de inducción, de complicidad e incluso de cooperación necesaria, en la medida en que la resolución judicial injusta no puede dictarse sin una previa petición injusta del fiscal. Pero además podrían cometer otros muchos delitos, que sin ánimo de ser exhaustivos podría citarse el delito de retardo malicioso en la Administración de Justicia, regulado en el art. 449 del C.P que viene a afectar a una garantía del proceso que no tiene que ver con la actividad jurisdiccional del poder judicial, sino más bien con la actividad prestacional de la Administración de Justicia como servicio público por lo que resulta lógico la ampliación del ámbito subjetivo del delito a los demás funcionarios que intervienen en la actividad procedimental, y no solo a jueces y magistrados.

No obstante no puede entenderse muy bien, por no decir que resulta del todo injustificado, la falta de equiparación, en lo que a este delito refiere de los Fiscales, porque a ellos también les corresponde el impulso del proceso tal como se desprende

¹¹⁰⁵ Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado a través de su Disposición Adicional 1ª, suprimió el antejuicio. La doctrina en este punto siempre estuvo dividida, defendiendo un sector de la misma su existencia dado que se trataba de un reforzamiento de garantías procesales necesario a fin de evitar un mejor funcionamiento de la función judicial y evitar maniobras contra los jueces. Otro sector considera que se trataba de una “suerte de recurso autodefensivo frente al exterior” (AndrésIbañez y MovillaAlvarez).

¹¹⁰⁶ Juan Montero Aroca. “ Independencia y Responsabilidad del Juez”. Op.Cit.Pag.208.

¹¹⁰⁷ ver supra290

del art. 124 de la Constitución así como del art.435 de la LOPJ, y del art. 3 de su Estatuto Orgánico (Ley 50/1981 de 30 de marzo)¹¹⁰⁸.

b) Establece el artículo 406 de la LOPJ, que a los Jueces sólo se les puede exigir responsabilidad penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones *“mediante providencia del Tribunal competente o en virtud querrela del Ministerio fiscal o del perjudicado u ofendido o mediante el ejercicio de la acción popular”*.

Trasladando esto a los miembros del Ministerio Fiscal, el ejercicio por los particulares sean o no perjudicados u ofendidos, requiere de querrela no bastando la simple denuncia del particular considerada suficiente según lo establecido por el artículo 761¹¹⁰⁹ de la LECrim.

c) Los artículos 407 y 408 de la L.O.P.J establecen que cualquier Autoridad judicial (Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales) que tuvieran conocimiento a través de sus actuaciones de la posible comisión de un delito o falta por un Juez o Magistrado en el ejercicio del cargo, oyendo previamente al Ministerio Fiscal, deberán remitir en su caso al Tribunal competente los antecedentes necesarios.

Si esto se trasladara al supuesto en que sea un Fiscal el autor de un presunto delito, tendríamos que sería la propia Institución Fiscal, quien debe evacuar el informe que en su caso se solicite desde el Tribunal competente (Sala de lo Civil y Penal del TSJ según el art. 73.3b) LOPJ) sobre la procedencia o no de admitir a trámite la denuncia o simplemente archivarla, informe que en su caso habrá de interpretarse en el sentido de no impedir al órgano jurisdiccional conocer el fondo del asunto, con lo que se concluye que el contenido del citado informe no habrá de tener carácter vinculante para el Tribunal.

¹¹⁰⁸ Precisamente una de las enmiendas del Proyecto del C.P propuso la inclusión en el art. 449.1, junto a los Jueces, de los Fiscales y Secretarios. La enmienda fue aceptada por la Ponencia pero decayó en el trámite parlamentario de manera que el texto final del C.P ya no hacía alusión expresa al Fiscal que habrá que incluirse en el tipo de retardo atenuado del art.449.4. María Inmaculada Ramos Tapia; “El delito de prevaricación Judicial” Monografía. Tirant lo banch. Valencia. 2000. Pag.478.

¹¹⁰⁹ Art. 761 de la LECrim:

1. El ejercicio por particulares sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo, habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II de esta Ley, expresando la acción que se ejercite. 2. Sin perjuicio de lo que se dispone en el párrafo anterior, al ofendido o perjudicado por el delito se le instruirá de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 de esta Ley y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela”. Alberto Manuel López López.; “La responsabilidad civil...Op.cit.Pag 47.

ALAMILLO CANILLAS¹¹¹⁰ se plantea en relación a este segundo informe, si realmente es necesario, habida cuenta de que la Autoridad remitente tuvo que haber oído al Ministerio Fiscal antes del envío de los antecedentes necesarios al órgano Judicial competente, concluyendo que no procedería su solicitud.

d) Así mismo el artículo 409 legitima al Consejo General del Poder Judicial, al Gobierno o a cualquier otro órgano o autoridad del Estado o de una Comunidad Autónoma, que considere que cualquier Juez o Magistrado ha cometido un delito en el ejercicio de sus funciones, a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien si lo considerase interpondrá la correspondiente querrela o bien archivará la denuncia. Por tanto, si volviéramos a trasladar estos argumentos a cualquier miembro de la Fiscalía, sobre el que pesara las sospechas de la comisión de un ilícito penal, sería la propia institución fiscal la que debiera decidir en tales casos (art. 773.2 de la L. E. Crim y art. 5 EOMF).

Algún sector de la doctrina¹¹¹¹ se ha cuestionado el hecho de que la responsabilidad penal de los Fiscales, se hace depender de alguna manera, de una decisión interna del propio Ministerio Público, entendiéndose en este punto que quien debe resolver “en primera instancia” sobre la cuestión es el superior jerárquico del inculpado como prevé el artículo 148.2 del Reglamento Fiscal de 1969. En una organización tan jerarquizada y cohesionada puede resultar difícil imaginar la transparencia y responsabilidad necesaria para que desde dentro de la organización se depure las responsabilidades si efectivamente hubiera lugar a ello. Si el Ministerio Fiscal debe defender el interés general y procurar la satisfacción del interés social, por motivos de seguridad jurídica tiene que efectuarse las actuaciones de comprobación y de investigación necesarias en defensa de aquellos intereses.

e) La L.O.P.J ha alterado las reglas de competencia: De las causas contra el Fiscal General del Estado y Fiscales de Sala del Tribunal Supremo será competente la Sala de lo Penal de dicho Tribunal de acuerdo con el artículo 57.2 de la Ley. De acuerdo con el párrafo tercero del mismo artículo 57 de la citada Ley, conocería de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Por tanto, los

¹¹¹⁰ Fernando Alamillo Canillas: “El Ministerio Fiscal...”. Op.Cit. Pag.195

¹¹¹¹ Alberto Manuel López López. “La Responsabilidad Civil...”Op.Cit. Pag.49.

Fiscales destinados en la Audiencia Nacional o en un Tribunal Superior de Justicia, por delitos cometidos en el ejercicio del cargo, conocerá la Sala II del Tribunal Supremo.

Establece el artículo 73.3.b de la L.O.P.J que corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Sala de lo Penal de dicho Tribunal, la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos o faltas cometidos por miembros del Ministerio Fiscal en el ejercicio del cargo dentro de la Comunidad Autónoma, cuando no corresponda esta atribución al Tribunal Supremo.

Después de este análisis resulta evidente que existe una situación de desequilibrio. Existe un esquema de responsabilidades al que se encuentran sometidos los diferentes órganos integrados en las Instituciones del Estado y en concreto, los titulares que ejercen las potestades atribuidas a aquellos. El Ministerio Fiscal, como órgano de relevancia constitucional, y al que puede calificarse como uno de los poderes fácticos del Estado, no integrado en ninguno de los tres poderes clásicos, al menos en teoría, no puede permanecer en “esa situación fronteriza” en lo que a la exigencia de responsabilidades se refiere, máxime cuando el nuevo mapa constitucional competencial le atribuye funciones que van más allá de ser el promotor imparcial de la acción penal como órgano acusatorio del Estado, atribuyéndole misiones que pudiéramos aglutinar con el atributo de “defensor de la Legalidad”¹¹¹². Pese a estos cambios y quizás fruto de su eterna indefinición o su falta de ubicación institucional, los miembros del M.F. continúan sin un régimen jurídico propio que regule su esquema de responsabilidades civiles y penales, situación que ha propiciado el que algún sector de la doctrina española haya calificado a sus integrantes como “...uno de los cuerpos más irresponsables del organigrama administrativo español”, ante la ausencia de controles externos de su actividad profesional¹¹¹³.

El Ministerio Fiscal no es Poder Judicial, pero coadyuva en el ejercicio de la función jurisdiccional, en esa administración de justicia que día a día se materializa en resoluciones judiciales dirimiendo conflictos entre terceros o simplemente, a través del ejercicio del “ius puniendi”, sanciona aquellas conductas más antisociales y deleznales

¹¹¹² Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.194. Este autor considera que la defensa de la legalidad es el objetivo en el que pueden fundirse las restantes misiones asignadas al M.F por lo que puede convertirse en algo más que un optimista desiderátum.

¹¹¹³ Alberto Manuel López López; “ La Responsabilidad civil...”. Op.Cit. Pag.65. Andres de la Oliva Santos, “Sobre el Ministerio fiscal y la instrucción del Proceso Penal”, El Derecho Procesal Español del S.XX a golpe de tanto; Coord. Juan Luis Gómez Colomer (entre otros), 2012, Pag.976.

que puedan afectar a la sociedad. Y es precisamente en la esfera del Derecho Penal donde el Ministerio Fiscal tiene su mayor protagonismo sin desmerecer la actuación en las otras esferas del orden jurisdiccional, razón por la cual su situación respecto a las posibles desviaciones en el ejercicio de sus funciones ha de quedar perfectamente encuadradas y delimitadas sin que quepa opción a la impunidad.

Por ello, se han defendido desde distintos sectores de la doctrina¹¹¹⁴, una modificación del “status quo” en el que se encuentran los Fiscales. En este sentido, se podrían proponer algunas reformas:

- La primera propuesta iría encaminada a la creación de un tipo penal que tal como se ha defendido por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO¹¹¹⁵ englobaría o aglutinaría las actuales prevaricaciones judiciales y de los funcionarios públicos, en una sola norma al estilo de la *Rechtsbeugung*¹¹¹⁶ alemana, que pueda resolver los problemas que en la práctica se generan en especial por los miembros del Ministerio Fiscal, dado que su actividad principal se ubica primordialmente en la esfera de la judicial, y que el actual artículo 404 del Código Penal vigente no ha resuelto el problema sobre si cometen o no prevaricación los fiscales y secretarios judiciales, cuando actúan fuera de la esfera estrictamente administrativa. Por tanto nos encontramos ante una cuestión de “*lege ferenda*”.

¹¹¹⁴ Entre los distintos autores que han defendido una modificación en el régimen de responsabilidades de los fiscales, habría que destacar a Alberto Manuel López López, que llega a afirmar la “completa ausencia de controles externos de su actividad profesional constituyendo uno de los cuerpos más irresponsables del organigrama administrativo español”. Alberto Manuel López López: “La Responsabilidad Civil, Penal y Disciplinaria del Ministerio Fiscal”. Op.Cit. Pag.65. Otros de los autores que abogan por una modificación del régimen establecido en el art. 404 del Código Penal, es Emilio Octavio de Toledo y Ubierto, quien propone la creación de un tipo penal capaz de abarcar las actuales prevaricaciones judiciales y de los funcionarios públicos en relación a los supuestos problemáticos que plantea la prevaricación de fiscales y de los secretarios judiciales cuando actúan fuera de la esfera de lo estrictamente administrativo, cuestión que no ha quedado resuelta por el actual Código Penal a través de su artículo 404. Emilio Octavio de Toledo y Ubierto; “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos”. Op.cit.Pagg. 10-11.

¹¹¹⁵Octavio de Toledo y Ubierto, Loc.Cit.

¹¹¹⁶ El término alemán *Rechtsbeugung* significa prevaricación es castellano. La teoría a la que alude Octavio Ubierto se conecta con el debate que surgió en Alemania cuando la caída del muro del Berlín y los crímenes y delitos, entre ellos el de prevaricación de dos Procuradores Generales de la DDR, acaecidos en ese momento de transición y unificación de las dos Alemanias. Se planteo qué derecho penal aplicar a aquellos sucesos, aún vigente el régimen anterior, en un momento de fractura política (transición y reunificación). Para la investigación de los hechos se creó un órgano auxiliar de la Fiscalía del Estado (que descongestionara los órganos ordinarios de las Fiscalías). En este caso concreto, se recurrió por el Tribunal Territorial de Berlín, al artículo 315 de la Ley de Introducción al Código Penal que en virtud de su párrafo primero sería de aplicación el derecho de la DDR a los sucesos o casos allí acaecidos, sin embargo aquel quedaría sin efecto (la aplicación del Derecho de la DDR) cuando los hechos fueran punibles según el derecho vigente de la RFA. Kai Ambos/Nils Meyer-Abich. Doctrina Penal *Rechtsbeugung*. Revista penal nº 24. Año 2009. Pagg11-13.

- Una segunda propuesta¹¹¹⁷ iría encaminada al mantenimiento de la acción penal del ofendido o perjudicado y de la acción popular sin que el mantenimiento de los actuales requisitos o condicionamientos de procedibilidad (necesidad de querella) sean un obstáculo para ser parte en el procedimiento, de tal forma que se arbitre una fórmula legislativa similar a la establecida para el procedimiento abreviado, en el artículo 761¹¹¹⁸ de la LECrim. no siendo necesaria la querella, para ser admitido como parte en el procedimiento.

Esta propuesta se fundamenta en la necesidad de que se eliminen el mayor número de trabas procesales, que impidan llegar al fondo de las denuncias que son archivadas en muchos casos por no tener la formalidad procesal exigida por la ley. Esto no supone convertir a los miembros de la Fiscalía, en diana de todo tipo de denuncias sin fundamento jurídico alguno. Pero la realidad diaria de los juzgados y tribunales pone de manifiesto la existencia de denuncias contra funcionarios fiscales que son archivadas por falta de formalidad procesal.

Si de lo que se trata en primera y última instancia, es de lograr la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, conjugar las formalidades procesales que exige la querella con la simple denuncia, permite que los obstáculos que muchas veces dificultan el ejercicio de determinados derechos, en los términos en que se expresa el art.9.2 de la Constitución, no existan o al menos sean mínimos, garantizándose así que los principios constitucionales antes mencionados sean una constante en un Estado de Derecho.

¹¹¹⁷ Alberto Manuel López López. “ La Responsabilidad Civil...” Op.Cit Pag.48

¹¹¹⁸ El citado Art. 761 de la LECrim establece :

“1. El ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo, habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II de esta Ley, expresando la acción que se ejercite.

2. Sin perjuicio de lo que se dispone en el párrafo anterior, al ofendido o perjudicado por el delito se le instruirá de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 de esta Ley y demás disposiciones, puediendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella”.

CAPÍTULO 3º. Responsabilidad Civil de los Miembros del Ministerio Fiscal.

Consideraciones Generales.

El esquema de la responsabilidad civil que se reproduce de forma idéntica en los Reglamentos Fiscales de 1927, 1958 y 1969, tiene su fuente directa en la normativa que la Ley Provisional de 1870 diseñó para Jueces y Magistrados en sus artículos 260 al 266 de la citada Ley Orgánica.

La regulación reglamentaria establecía un auténtico procedimiento para la exacción de esta responsabilidad. El esquema organizativo del Ministerio Fiscal, bajo el principio de dependencia jerárquica¹¹¹⁹ condicionaba las responsabilidades jurídicas de sus miembros reconociéndose la responsabilidad conjunta¹¹²⁰, bien mancomunada o solidaria, a que podía dar lugar la responsabilidad civil del funcionario fiscal en el desempeño de sus funciones¹¹²¹, salvo que se demostrase que el subordinado obró por propia iniciativa, de acuerdo con el artículo 91.3 del Reglamento Fiscal de 1969¹¹²².

¹¹¹⁹ . El principio de dependencia jerárquica, no sólo es un principio necesario o de carácter “instrumental” para conseguir la tan consagrada unidad de actuación sino que como consecuencia de ese carácter o naturaleza, organiza piramidalmente el Ministerio Fiscal de tal forma que sus miembros actúan de acuerdo con las instrucciones recibidas del Fiscal Jefe respectivo. Ignacio Flores Prada; “El Ministerio Fiscal...”. Op.Cit.Pag.699.

¹¹²⁰ Una de las notas que perfilan la responsabilidad civil es que es una obligación civil según se desprende del art.1092 del C.c según el cual, las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal. También hay que señalar, por tener el carácter de obligación contingente, que puede haber delito del que no derive responsabilidad civil por no mediar daño o perjuicio declarándolo así el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de diciembre de 1992 que vino a señalar que “ las obligaciones civiles ex delicto no nacen propiamente del delito sino de los hechos que lo constituyen en cuanto originadores de la restitución de la cosa o de la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”. Cuando hay una pluralidad de responsables civiles de un delito o de una falta, los Jueces o los Tribunales señalarán la cuota de que cada uno deba responder según se desprende del art.116.1 del C.P .

¹¹²¹ El art. 144 del Reglamento Fiscal de 1927 establecía: “Cualquiera que sea el Tribunal que conozca del Pleito, una vez emplazado el demandado, podrá, dentro de los ocho días siguientes, alegar ante el Tribunal como cuestión previa la de que obró en virtud de obediencia debida, ofreciendo la comprobación oportuna, que se aportará al Tribunal con la mayor rapidez, y una vez aportada se dará vista al demandante de lo actuado para que modifique o dirija su acción contra quien hubiera dado la orden...” Este artículo se reproduce en los mismos términos, en los Reglamentos Fiscales de 1958 y 1969 (art.144 en ambos Reglamentos).

¹¹²² El art. 91.3 del Reglamento Fiscal de 1969 establecía: Los funcionarios fiscales subordinados...responderán personalmente también pero solidariamente con su jefe, si no se demuestra que aquellos obraron por propia iniciativa, lo cual se presumirá salvo prueba en contrario, respecto de su actuación en juicio, vista y demás actos orales”.

En los Reglamentos Fiscales de 1958 y 1969¹¹²³, se responsabilizaba subsidiariamente al Estado, por los daños derivados de la actuación del funcionario que en el desempeño de sus funciones “infrinja la ley por negligencia o ignorancia inexcusable”. La L.R.J.A.E. de 1957, estableció el principio de responsabilidad objetiva del Estado al reconocer en su art. 32¹¹²⁴, el derecho de los ciudadanos al ser indemnizados por los daños producidos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, pero este precepto no se consideró aplicable a los supuestos de actuaciones judiciales porque la actuación de los jueces quedaba regulada por la LOPJ y en su caso por la LEC con excepción del art. 960.2 de la LECRIM, que reconocía la responsabilidad directa del Estado por errores judiciales pero circunscrita únicamente al orden penal¹¹²⁵. Sin embargo, los Reglamentos Fiscales aluden de forma expresa al régimen de la LRJAE, con lo que habría que interpretar la aplicación efectiva del citado art.32 de la Ley para los miembros de la carrera fiscal. MONTERO AROCA¹¹²⁶ argumentando en una línea de interpretación más extensiva frente a la doctrina mayoritaria, venía a decir que la responsabilidad subsidiaria del Estado se haría efectiva cuando los daños ocasionados proviniesen de la actuación del personal auxiliar de la administración de Justicia no revestidos de potestad jurisdiccional y como máximo, a la actuación de Jueces y Magistrados cuando no ejercen potestad jurisdiccional, pero en ningún caso cuando actuasen revestidos con dicho poder.

Pudiera concluirse a tenor de lo anteriormente expuesto, que los miembros de la Fiscalía no formarían parte del Poder Judicial. La referencia expresa en los Reglamentos Fiscales al régimen establecido por el art. 32 de la LRJAE, vendría a significar su no integración dentro del Tercer Poder y por tanto la consideración de que el Ministerio

¹¹²³ El art.138 de los Reglamentos Fiscales de 1958 y1969 establece: “La responsabilidad civil que se podrá exigir a los funcionarios fiscales, conforme a lo establecido en el artículo 33 del Estatuto estará limitada al resarcimiento de los daños y perjuicios estimable que causen a los particulares, a las Corporaciones o al Estado, cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusable todo ello sin perjuicio de las responsabilidades de la Administración exigibles en los términos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado” (Art.32 de la LRJAE de 20 de julio de 1957).

¹¹²⁴ Art 32 de la L.R.J.A.E : “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquier de sus bienes o derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”.

¹¹²⁵ Maria Luisa Atienza Navarro; “ La Responsabilidad Civil del Juez”. Ed.Tirant lo Blanch. Valencia.1997. Pag.43.ver nota 62.

¹¹²⁶ Juan Montero Aroca, “ Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial”, Edit. Tecnos. 1988. Pagg.70-72.

Fiscal estaría más cerca del Poder Ejecutivo, desde la perspectiva del régimen de garantías patrimoniales o responsabilidad subsidiaria del Estado.

Sin embargo, el régimen jurídico de la responsabilidad civil de los Fiscales ha seguido en términos generales el mismo camino de limitaciones que se establecería para los miembros del Poder Judicial tanto en la Ley Orgánica de 1870 como en la LEC de 1881 y que según DIEZ PICAZO¹¹²⁷ esa “rígida limitación de las responsabilidades patrimoniales de los juzgadores” responde a un modelo de magistratura burocratizada, integrada en el aparato del poder y que en la práctica se traduce en su irresponsabilidad civil.

A. Regulación antes de la Constitución de 1978.

Durante el S. XIX estando vigente la Ley Orgánica de 1870, el Estado no era responsable subsidiario por los posibles errores judiciales del personal jurisdiccional, imponiéndose la responsabilidad personal del Juez, principio que se mantuvo durante todo el siglo como constata no solo la propia Ley Provisional sino la LEC y las Constituciones que se sucedieron en ese periodo. Únicamente el Código Civil regulaba en su artículo 1093.5, la responsabilidad extracontractual del Estado, en el que además de regular los supuestos de responsabilidad civil por hechos ajenos, venía a establecer la responsabilidad del Estado cuando actuase por medio de un agente especial¹¹²⁸ pero no cuando actuase a través de funcionario a quien le correspondía la gestión de su propia actuación, siendo él mismo el responsable de aquella, por lo que según la doctrina mayoritaria era imposible que el Estado respondiera ante supuestos de actuaciones judiciales. Esta circunstancia se mantuvo hasta la Constitución de 1931, que vino a establecer la responsabilidad subsidiaria del Estado por error judicial o por delitos cometidos por funcionarios judiciales (art.106)¹¹²⁹, hasta llegar a la Constitución de

¹¹²⁷ Ignacio Diez Picazo; “Poder Judicial y Responsabilidad. La Ley. 1990. Pag.14. Es lo que se denomina modelo judicial burocrático frente a los países de la commonlaw, con un sistema con más limitaciones en lo que al régimen de la responsabilidad civil del juez se refiere. Ibidem. Pagg. 17-25.

¹¹²⁸ Comentado este art. 1093.5 por Montero Aroca venía a decir que en la práctica casi nunca se producía la efectiva responsabilidad del Estado, porque la forma en que normalmente actuaba era por medio de funcionarios. Juan Montero Aroca; “La Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial. Ed. Tecnos. Madrid. 1988. Pag.64. Autor citado por Maria Luisa Atienza Navarro. “La Responsabilidad Civil...”. Op.Cit. Pag.41.

¹¹²⁹ Aunque dado el carácter programático y la ausencia de desarrollo legislativo dejaron al citado art. sin aplicación práctica. Maria Luisa Atienza Navarro; “La responsabilidad...”Op.Cit.Pag.41.

1978 que proclama la responsabilidad directa del Estado por daños producidos por error judicial (art.121CE) regulándose la misma en la LOPJ de 1985 en los arts. 292 al 297 de la citada Ley (Libro III, Capítulo III, Título V) dando por finalizada la tradición jurídica española, que salvo la excepción de la II República Española, proclamaba únicamente la responsabilidad personal del juez¹¹³⁰.

La responsabilidad civil de los miembros del Ministerio Público, tradicionalmente ha mantenido una regulación idéntica a la prevista para la Magistratura. La Ley Provisional de 1870¹¹³¹, dedicaba su Título XX al Ministerio Fiscal, disponiendo el artículo 835 que la responsabilidad civil y criminal de los funcionarios fiscales se exigiría de acuerdo con lo establecido en el Título V de la Ley.

El artículo 260 LOPJ de 1870, ubicado en el Título V, venía a establecer: “*La responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados estará limitada al resarcimiento de los daños y perjuicios estimables que causen a los particulares, Corporaciones y al Estado, cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables*”.

Al mismo tiempo el art. 262 daba un concepto lo que debía entenderse por “negligencia o ignorancia inexcusable definiéndola de esta forma: “...cuando, aunque sin intención, se hubiera dictado providencia manifiestamente contraria a la ley, o se hubiera faltado a algún trámite o solemnidad, mandado observar por la misma bajo pena de nulidad”¹¹³².

En un sentido similar el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹¹³³ se manifestaba en los siguientes términos: “*La responsabilidad civil en que puedan incurrir los Jueces y Magistrados cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables, solamente podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes, en juicio ordinario y ante el Tribunal Superior inmediato al que hubiere incurrido en ella*”.

¹¹³⁰ Ibidem.Pag.61.

¹¹³¹ . La separación de ambas carreras ya se contemplaba en esta Ley, aunque esta previsión quedó pronto sin efecto tras la Ley Adicional de 14 de octubre de 1882.

¹¹³² Juan Montero Aroca. “Independencia y Responsabilidad del Juez”. Op.Cit. Pag. 100. María Luisa Atienza Navarro. La Responsabilidad Civil del Juez. Tirant lo Blanch. Valencia 1997. Pag.37

¹¹³³ Esta Ley reguló el denominado recurso de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados en sus artículos 903 al 918, que a pesar de su denominación es más propiamente un verdadero proceso. Juan Montero Aroca; “independencia y Responsabilidad...”. Op.Cit. Pag.101. Díez Picazo argumentaba al respecto que no era propiamente un recurso porque a través de este proceso no cabía impugnar el resultado del proceso en el que se produjo el agravio de acuerdo con el contenido del art. 917 y 413.2 de la LOPJ. Díez Picazo; “Poder Judicial y Responsabilidad..” Op.Cit.Pag.56-57.

Así pues, la culpa lata o culpa grave hace responsable a Jueces y Magistrados y por interpretación analógica, a los miembros del Ministerio Fiscal. No sucede lo mismo con la culpa simple¹¹³⁴, que no genera responsabilidad.

Por tanto la responsabilidad civil surge a partir de la existencia como mínimo de culpa grave entendiéndolo de forma unánime la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y así se confirmó en sentencia de 20 de enero de 1972; “ *...porque dada la importancia de la función ejercitada por el organismo judicial, lo limitado y falible que es el entendimiento humano, la falta a veces de claridad de las leyes que no pueden ser ni son un obstáculo a la unidad de criterio, el legislador no ha querido someter a la responsabilidad de que se trata más infracciones que aquellas que por negligencia o ignorancia prescinden de sus preceptos claros y terminantes y que debieron tenerse presente, lo que supone ...la existencia de un precepto legal claro y preciso que no pueda ofrecer dudas o dificultades de interpretación*”¹¹³⁵.

Se afirma, por la propia jurisprudencia, que cuando el juez realiza una labor de fundamentación e interpretación mínimamente aceptable, se excluye la responsabilidad civil aunque esa interpretación sea errónea¹¹³⁶.

El artículo 262¹¹³⁷ de la Ley Provisional de 1870, determinaba lo que podría entenderse por culpa grave a los efectos de responsabilidad civil, de tal manera que sólo en el caso

¹¹³⁴ Ignacio Diez Picazo. Poder Judicial y Responsabilidad. La Ley. 1990. Pag.34. En torno a la culpa simple ha sido y continúa siendo opinión unánime en la Doctrina el que extender la responsabilidad del Juez a todo tipo de culpa sería contraproducente para la labor de interpretación en donde la libertad de criterio es fundamental. Sería difícil distinguir entre culpa leve y libertad de criterio. Sería contraproducente para la Independencia del Juez. No obstante Montero Aroca considera que la exclusión de la culpa leve constituye una auténtica limitación material. Además parte de la doctrina del momento considero que tal limitación era inconstitucional argumentándose que si las Constituciones de 1869 y 1876, se referían a “toda infracción de Ley que cometan” sin excluir caso alguno de infracción no cabía que la Ley

Orgánica ni la Procesal redujera el supuesto de infracción a la ignorancia o negligencia inexcusable.. Juan Montero Aroca; “ Independencia y Responsabilidad...”. Op.Cit. Pagg.101-102.

¹¹³⁵ Juan Montero Aroca; “ Independencia y Responsabilidad...”. Op.Cit. Pagg.101-102.

No obstante este no es el único ejemplo en que la jurisprudencia se ocupa y explica esta limitación material en lo que a responsabilidad civil se refiere dando origen a la misma una infracción manifiesta de la ley, de tal manera que sólo pueda generarse por interpretaciones manifiestamente excluidas del tenor literal del precepto legal; Pueden mencionarse otras sentencias que ponen de manifiesto la unanimidad de la jurisprudencia, y el carácter restrictivo de la responsabilidad civil a través de la cláusula “manifiesta contradicción con la ley”; Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1891, 30 de diciembre de 1895, 26 de abril de 1905, 30 de abril de 1920, 10 de diciembre de 1927, 8 de septiembre de 1928 y 28 de abril de 1983. Ignacio Diez Picazo; “ Poder Judicial ...”. Op.Cit. Pag.36. ver nota.73.

¹¹³⁶ Ignacio Diez Picazo; “ Poder Judicial y Responsabilidad...”Op.Cit. Pag.36.

¹¹³⁷ El art. 262 de la LOPJ establecía: “Se tendrán por inexcusables la negligencia o la ignorancia cuando, aunque sin intención se hubiese dictado providencia manifiestamente contraria a la ley, o se hubiera faltado a algún trámite o solemnidad, mandada observar por la misma, bajo pena de nulidad”. En este sentido, Atienza Navarro habla de la equiparación que tanto la LOPJ de 1870 y la LEC de 1881 hacían de

de que se haya procedido “con infracción manifiesta de la Ley” o “faltando algún trámite mandado a observar bajo pena de nulidad”, sólo en estos supuestos es predicable la negligencia o ignorancia inexcusable que el citado precepto exige como requisito para la concurrencia de esta responsabilidad. Sin embargo, es la Jurisprudencia la que realiza el esfuerzo restrictivo a través de la clausula de la manifiesta infracción de la ley, dando una definición a través del citado artículo, de lo que debía entenderse por culpa grave, en vez de adoptar una postura más clarificadora de los casos que completaba el cuadro de responsabilidades civiles, integrando el supuesto de este art. 262 que recogía la responsabilidad civil autónoma no generadora de responsabilidad penal y tampoco por tanto de responsabilidad civil “ex delicto”¹¹³⁸.

La Jurisprudencia del T.S sentaba la doctrina de que la negligencia o ignorancia inexcusable exigían un “precepto claro y preciso que no ofreciera dudas ni dificultades de interpretación” de tal forma que desde que un precepto admitiese una interpretación distinta de la usual, no podía haber negligencia o ignorancia inexcusable¹¹³⁹.

El confrontar tanto la LOPJ con el C.P de 1870, coetáneos temporalmente, y la propia LEC 1881, dio lugar a un pequeño conflicto de interpretación entre la doctrina del momento entendiendo un sector de la misma, encabezado por MANRESA¹¹⁴⁰, que defendía una interpretación muy restrictiva del art. 262 según el cual, la responsabilidad civil “strictu sensu” sólo podía derivar de las providencias dictadas por el juez contrarias a la ley con culpa grave pero nunca por las resoluciones que pusieran fin al procedimiento, sin excluir la responsabilidad civil derivada de la penal a través de aquellas resoluciones manifiestamente contrarias a la ley dictadas a sabiendas (con dolo) o con culpa grave que pusieran fin al proceso (modalidad culposa). En el otro extremo se encontraban ALONSO y COLMENARES que confrontaban una postura más extensa de los supuestos de responsabilidad civil¹¹⁴¹. DIEZ PICAZO¹¹⁴² argumenta que el citado precepto lo que vino es a completar el cuadro de la responsabilidad civil

los términos “ignorancia” y negligencia inexcusable”, y que actualmente puede ser técnicamente incorrecto; La ignorancia inexcusable solo alude a un tipo de culpa que es precisamente la culpa grave, es decir alude a un supuesto de negligencia, ver más. Maria Luisa Atienza Navarro. La Responsabilidad civil del Juez. Pag.35.

¹¹³⁸ Ignacio Diez Picazo: “ Poder Judicial...”. Op.Cit.Pag.37. Ver nota 75.

¹¹³⁹ Ibidem.

¹¹⁴⁰ Manresa defendía la postura de que el recurso de responsabilidad civil constituía un expediente extraordinario que se interpone solo contra las providencias, y no frente a la responsabilidad civil derivada de la criminal, opinión esta que no comparte Diez Picazo. Ibidem. Pag.35.ver nota 72.

¹¹⁴¹ Maria Luisa Atienza Navarro; “ La responsabilidad...”. Op.Cit. Pagg.37-38.

¹¹⁴² Maria Luisa Atienza Navarro; “ La responsabilidad...”. Op.Cit. Pagg.37-38.

del juez, aunque el supuesto que contempla el art. (dictar una providencia contraria a la ley con culpa grave) no sea penalmente relevante.

DIEZ PICAZO interpreta el art. 262 de la Ley Provisional en el sentido de que las providencias dictadas con negligencia o ignorancia inexcusables aunque no sean penalmente relevantes, de ellas deriva responsabilidad civil, siendo el único supuesto de responsabilidad civil autónoma, equiparando este supuesto a los casos en que se omita algún trámite o solemnidad impuesta por la ley, bajo pena de nulidad¹¹⁴³. Sin embargo según ATIENZA NAVARRO, un sector amplio de la doctrina y jurisprudencia, siguiendo una interpretación amplia del término “providencia” consideran que el citado precepto completaba el cuadro establecido por el Código Penal de 1870 en el que sólo faltaban las providencias dictadas con culpa grave, que recogía la Ley Provisional aunque esto no constituía obstáculo para que se originase responsabilidad civil sin existir delito, siempre que mediase culpa grave a partir de sentencias o de autos, deduciendo esta interpretación del propio art. 260 de la Ley Provisional de 1870 y del art. 903 de la LEC. de 1882¹¹⁴⁴

Afirma la citada autora que resulta más coherente con el sentir del legislador de aquel momento, que en realidad lo que quiso fue establecer a través del art.262 de la Ley Provisional, supuestos de comportamientos negligentes del Juez, pero sin considerarlos como “númerus clausus”. Habrá de interpretarse el art. 262 como presunción de lo que hay que entender por negligencia o ignorancia inexcusables y que sencillamente son todos aquellos casos en que acontezca una infracción de ley a través de sentencia, auto o providencia o se ignore algún trámite legal bajo pena de nulidad, y que podrían dar lugar a responsabilidad civil¹¹⁴⁵, mientras que para que se articulase responsabilidad penal era necesario que existiera “manifiesta infracción de ley” por medio de resolución que pusiera fin al proceso(sentencia o auto firme).

Durante la vigencia de la LOPJ de 1870 en los primeros años de su aplicación, el Tribunal Supremo hacía una interpretación amplia de la responsabilidad civil, pero con el paso del tiempo se transforma en la exigencia de rígidos requisitos que hacían ilusoria cualquier pretensión de resarcimiento¹¹⁴⁶, y que en palabras de MONTERO AROCA dichos requisitos procesales (que no constituían verdaderas restricciones) sirvieron a la

¹¹⁴³ Ignacio Diez Picazo; “ El Poder Judicial...” Op.Cit.Pag. 35.

¹¹⁴⁴ Maria Luisa Atienza Navarro; “ La responsabilidad ...” Op.Cit. Pag.39-40.

¹¹⁴⁵ Ibídem Ver nota.54.

¹¹⁴⁶ Ibidem.Pag.59-60. Ver nota 105.

Jurisprudencia para “tirar balones fuera”¹¹⁴⁷. El Tribunal Supremo sentaba la doctrina de que la negligencia o ignorancia inexcusable exigía un precepto claro y preciso que no pueda ofrecer dudas ni dificultades de interpretación” de tal manera que desde el momento en que un precepto admitiera un interpretación distinta a la usual no podía haber negligencia o ignorancia inexcusable, llegándose al absurdo de censurar la interpretación y aplicación de la norma para luego decir que el precepto no era del todo claro y que por tanto la interpretación era posible con lo que se justifica cualquier actuación judicial¹¹⁴⁸.

El Art.132 del Reglamento Fiscal de 1927 establecía; *“La responsabilidad civil que se podrá exigir a los funcionarios fiscales, conforme a lo establecido en el art. 33 del Estatuto, estará limitada al resarcimiento de los daños y perjuicios estimables que causen a los particulares, a las Corporaciones o al Estado, cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables”*. Este art. se repite de manera mimética en los Reglamentos posteriores, en sus artículos 138 (coinciden numéricamente) con el añadido de la responsabilidad subsidiaria del Estado¹¹⁴⁹. El Código Penal de 1870 vigente en el momento de la promulgación de la Ley Provisional de 1870, incluía la hipótesis no sólo dolosa sino culposa de la prevaricación administrativa, constituyendo delito no solo “dictar o consultar providencia o resolución injusta a sabiendas” sino también dictar o consultar una providencia o resolución manifiestamente injusta por negligencia o ignorancia inexcusable” derivándose de estos delitos responsabilidad civil, por lo que el ámbito de la responsabilidad civil y penal de los funcionarios públicos, se equiparan, “culpa lata dolo equiparatur”¹¹⁵⁰. Lo mismo sucedía con el delito de prevaricación judicial, que incluía dos modalidades; dolosa y culposa, incurriendo en la primera de ellas el juez que “a sabiendas” dictare sentencia (art.361 del C.P) o providencia (367del C.P) manifiestamente injusta (...)” o en su modalidad dolosa según el art. 366 del mismo cuerpo legal; *“El juez que por negligencia o ignorancia inexcusable, dictare en causa civil o criminal sentencia manifiestamente injusta (...)”*¹¹⁵¹. Pero además de estos delitos deriva responsabilidad civil.

¹¹⁴⁷ Juan Montero Aroca; “Independencia y Responsabilidad del Juez”. Op.Cit.Pag.103.

¹¹⁴⁸ Ignacio Diez Picazo; “Poder Judicial...” Op.Cit. Pag. 37-38.

¹¹⁴⁹ vid supra. Epígrafe; I.3.C.c.I.

¹¹⁵⁰ Ignacio Diez Picazo; “Poder Judicial...”Op.Cit. Pag.34.

¹¹⁵¹ Maria Luisa Atienza Navarro; “La responsabilidad...” Op.Cit.pag37.

La culpa grave asume su faceta penal al estar tipificada como delito; “...*manifiesta infracción de la ley con negligencia o ignorancia inexcusable*” en su modalidad culposa¹¹⁵², con lo que se deduce que la responsabilidad civil y la penal coinciden, sin olvidar que el art.18 del C.P de 1870 establecía que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente, términos con que también se expresa el art. 100 de la LECrim.

El dilema que puede surgir en lo que concierne a la responsabilidad civil derivada del delito, es que tipo penal podía subsumir la presunta actuación dolosa o culposa del funcionario fiscal, teniendo en cuenta tal como se expuso en el epígrafe relativo a la responsabilidad penal, que salvo la excepción del Código Penal de 1822 que regulaba en el art.451 el delito de prevaricación, dentro de cuyo ámbito se incluía a los Fiscales y Promotores Fiscales, en la legislación penal posterior resulta prácticamente imposible encausar tales conductas a través de los tipos penales de prevaricación judicial o prevaricación administrativa, por las razones anteriormente expuestas, con la sola excepción del delito que se contemplaba en el art. 271 del Código Penal de 1848 que regulaba un tipo de conducta omisiva cuya penalidad se ha mantenido a lo largo del S. XIX y XX, y que determinado sector doctrinal en este caso representado por GONZÁLEZ CUSSAC, afirma la inclusión de los miembros de la carrera fiscal entre los posible sujetos activos de este delito que ahora aparece regulado en el actual 408 del C.P¹¹⁵³.

La cuestión pasa por dilucidar las funciones concretas y exactas que le correspondían en este caso a los Fiscales, porque a través de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha comprobado las enormes dificultades para hacer efectivas las reclamaciones de daños y perjuicios que pudieran derivar de la actuación de Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, precisamente por la actitud del Alto Tribunal en la que se ponía de manifiesto la negativa a comprobar si efectivamente se producía o no un daño como consecuencia de una actuación dolosa o culposa del Juez.

¹¹⁵²Maria Luisa Atienza Navarro: “La responsabilidad civil del Juez”. Op.Cit. Pagg 34-35. Continúa diciendo la autora, que esta limitación a la culpa grave se consideró inconstitucional por López de Haro porque la Constitución vigente en 1869 no excluía ningún tipo de negligencia al proclamar que los jueces eran responsables “por toda infracción de ley “que cometieran según el art. 98 de la Constitución de 1869.

¹¹⁵³Jose Luis González Cussac; “ El delito de Prevaricación...”. OP.Cit. Pag.94.

La interpretación de la “negligencia o ignorancia inexcusable” que hacía el Tribunal Supremo pasaba por considerar o interpretar de forma conjunta los arts.260 y 262 con lo que se actuaba con” negligencia o ignorancia inexcusable” cuando se producía una infracción manifiesta de la ley o cuando se faltaba a algún trámite o solemnidad mandado a observar por la ley bajo pena de nulidad, pero además para constatar la infracción manifiesta de la ley se hacía necesario que el precepto estuviera redactado de forma clara y precisa sin que pudiera dar lugar a interpretaciones diversas, en cuyo caso se produciría un error de Derecho en el criterio interpretativo del Juez que en ningún caso originaría responsabilidad civil¹¹⁵⁴.

La complejidad funcional del Ministerio Fiscal se pone de manifiesto no solo a través de su legislación específica como el Estatuto de 1926 en sus arts. 1 y 2 y el Reglamento Fiscal de 1969 en sus arts. 1 al 8, sino además en el art. 35.1 de la L.O.E de 1967. Además, habría que mencionar las normas sustantivas de los códigos civil y mercantil, de ley hipotecaria e incluso en la legislación procesal civil y penal. De esta legislación preconstitucional, pueden extraerse las funciones principales de la Institución Fiscal¹¹⁵⁵, pudiendo destacar por su importancia la de ser detentador “ex lege” de la postulación de la sociedad, función que aún hoy día conserva tal como se desprende del art. 1 y 3 del Estatuto Fiscal de 1981. Algunas han quedado derogadas como la de ser representante del Estado, Administración o Entes Públicos, y otras han experimentado un cambio semántico en su redacción de tal forma que el término “asesorar, informar ” ha sido eliminado pero como afirma MARTÍN GRANIZO¹¹⁵⁶ el “ser custodio de la legalidad”, o “promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad” como ahora recoge el art.1 del E.O.M.F 1981 difícilmente podría realizarse si se le privara de la facultad de ser oído o cuando insta de la autoridad judicial la adopción de medidas (art 3 E.O.M.F. de 1981) en el proceso penal, según terminología del vigente Estatuto Fiscal.

¹¹⁵⁴ María Luisa Atienza Navarro; “ La Responsabilidad...”Op.Cit.Pag.55-56. Esta postura por parte del T.S se pone de manifiesto en la sentencia de 23 de diciembre de 1988, que pese a su fecha los hechos acaecieron estando vigente la Ley Provisional de 1870 en la que se señala que la infracción de la ley ha de ser manifiesta para que sea cohonorable con la voluntad negligente o la ignorancia inexcusable a que aludía el art. 903 de la LEC, puesto que de otra manera sería un simple error judicial.

¹¹⁵⁵ Mariano Fernández Martín-Granizo: “El Ministerio Fiscal en España”. Op.Cit. Pag138-139. Entre esas funciones destacaríamos; Ser custodio de la legalidad; Ser representante del Estado, Administración y entes públicos de instrucción y beneficencia, cuando ello no corresponda al Abogado del Estado o a otros funcionarios; Ser asesor de los Tribunales de Justicia; Detentar “ex lege” la postulación de la Sociedad.

¹¹⁵⁶ Ibidem. Pag.142-143.

La pregunta que puede plantearse a la vista de las funciones enumeradas supra, en ese marco jurídico preconstitucional, sería ¿Qué actuaciones de los miembros del Ministerio Fiscal, daría lugar a la interposición de demanda de responsabilidad civil de acuerdo con los trámites previstos en el Reglamento Fiscal de 1927, 1958 y 1969, que establecen el mismo procedimiento como ya se ha comentado, teniendo en cuenta fundamentalmente su posición en la relación jurídica procesal¹¹⁵⁷ que difiere de la de Juez o Tribunal que es quien tiene en última instancia las facultades decisorias dentro del proceso, siendo sus resoluciones las que afectan en última instancia al particular o ciudadano, y de las que pueden derivar daños y perjuicios por la concurrencia de dolo o negligencia inexcusable?. Porque siendo el Ministerio Fiscal un órgano de cooperación esencial con el órgano decisorio¹¹⁵⁸, ¿podrían sus peticiones, informes o calificaciones totalmente contrarias a Derecho ser objeto de la una demanda de responsabilidad civil por los daños y perjuicios derivados de dicha actuación?

Considerando sólo el supuesto de que el Juez o el Tribunal acceda a la petición del Fiscal manifiestamente contraria a Derecho, dictando una resolución manifiestamente injusta, concurriendo culpa grave o negligencia inexcusable, sería en este caso el propio órgano jurisdiccional el que debiera enfrentarse a una posible responsabilidad penal derivada de un delito de prevaricación imprudente y por tanto a la responsabilidad civil ex delito¹¹⁵⁹, pudiendo el fiscal en este caso, enfrentarse a la responsabilidad derivada de su participación¹¹⁶⁰ en el delito cometido por el Juez o Tribunal ante el que haya intervenido¹¹⁶¹, así como a la responsabilidad civil derivada de su participación en el

¹¹⁵⁷ Mariano Fernández Martín-Granizo; “El Ministerio Fiscal...”. Op.Cit.Pagg.166-171. Sobre el carácter con que interviene el Ministerio Fiscal en el proceso penal, de si es o no parte en el mismo, la posición más generalizada en la doctrina es que es parte en el mismo, aunque dentro de este grupo están los que lo califican sencillamente como “parte”, otros como; “parte principal”; “parte pública”; “parte imparcial”; “parte sui géneris”; parte formal, siendo esta última postura la más generalizada. También hay otra posición en la doctrina que mantiene su no condición de parte en dicho proceso. Para Martín Graniza el Ministerio fiscal es un sujeto de la relación jurídico procesal en la que interviene “ex lege” con la calificación de órgano del Estado como el Juez o el Secretario Judicial, pero en cualquier caso sin la condición de parte en dicho proceso.

¹¹⁵⁸ Ibidem.Pag.154.

¹¹⁵⁹ En este caso la responsabilidad civil ex delito se regirían por los arts. 100 y 107 de la LECrim, pudiendo por tanto ejercerse la acción civil conjuntamente con la penal o separadamente y con posterioridad. Ignacio Diez Picazo; “ Poder judicial...” Op.Cit. Pag.55.

¹¹⁶⁰ María Inmaculada Ramos Tapia; “El Delito de Prevaricación...” Op. Cit. Pag.451. Argumenta la citada autora que su participación en estos supuestos como cooperador necesario o cómplice dependerá del criterio que se siga en la distinción, cuestión por otro lado debatida en la doctrina respecto de la figura de cooperador necesario y cómplice.

¹¹⁶¹ En el caso de las SSTs de 14 de octubre de 1884(JCr.8287) y de 24 de abril de 1912(JCr.217) se trataba de resoluciones manifiestamente contrarias a Derecho, pero dictadas por un Juez y un Tribunal municipal, legos en Derecho, que siguieron la petición del Fiscal. Como el T.S consideró que se trataba de resoluciones que no fueron dictadas a sabiendas y por tanto no concurría negligencia inexcusable, la

hecho delictivo, dependiendo del criterio que se adopte en la distinción como cómplice o cooperador necesario(art.116 del C.P¹¹⁶²).

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 regulaba en sus artículos 903 al 918 (Título VII del Libro II) el denominado Recurso de Responsabilidad Civil contra Jueces y Magistrados que como ya se ha comentado, ha sido calificado por la doctrina ¹¹⁶³ como un verdadero procedimiento, con el que se pretendía la declaración de este tipo de responsabilidad. De acuerdo con la remisión que establecía el art 836 de la Ley Provisional de 1870 a su Título V en lo relativo a responsabilidades de los miembros del Ministerio Fiscal, así como el art. 33 del Estatuto Fiscal de 1926¹¹⁶⁴ a la legislación vigente en esta materia, habría de entender que los trámites procesales previstos en el citado Recurso de Responsabilidad Civil serían de aplicación a los Fiscales antes de la vigencia del Reglamento Fiscal de 1927. Con su entrada en vigor, comienza a regularse de manera autónoma el régimen de responsabilidades civiles y penales de estos funcionarios no siendo necesario la remisión a la Ley Orgánica de 1870 ni a la LEC de 1881, regulación autónoma y especial que luego se trasladaría a los Reglamentos Fiscales Posteriores. El procedimiento que contenía el Reglamento de 1927 presentaba muchas similitudes con el citado Recurso de Responsabilidad Civil. Así, las especialidades procesales previstas en el mismo, relativas a las partes (sólo podían serlo los que fueron parte en el proceso o sus causahabientes de acuerdo con el art. 903 LEC); a la caducidad de la acción (art.905 LEC; plazo de 6 meses); a la remisión al juicio ordinario de mayor cuantía (910 LEC); o la necesidad de entablar todos los recursos posibles contra la sentencia que produce el agravio (art906 de la LEC); así como la

conducta tanto del Juez, Tribunal y del propio Fiscal resultaron impunes, con la diferencia de que el Fiscal no tuvo que enfrentarse a responsabilidad penal alguna, habiendo hecho una propuesta tan manifiestamente contraria a derecho, en la segunda de las resoluciones aludidas. Cfr. María Inmaculada Ramos Tapia. *Ibíd.* Pag.452. Vid nota.1099.

¹¹⁶² La reforma del Código Penal de 2015(L.O.1/2015 de 30 de marzo) suprime toda referencia a las faltas. en el apartado primero del precepto, que queda redactado de la siguiente forma. Art.116 dispone; “1. Toda persona responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota en que deba responder cada uno”.

¹¹⁶³ Vid nota 326. Díez Picazo: “Poder Judicial...”Op.Cit. Pag.58 argumentaba en torno a este procedimiento que en realidad no se trataba de un proceso especial, sino de un proceso ordinario con determinadas especialidades relativas a la legitimación, competencia, requisitos de admisibilidad de la demanda, y efectos de la sentencia, pero en ningún momento puede considerársele como una limitación procesal al estilo de otros ordenamientos jcos en el Derecho comparado, aunque en opinión de Montero Aroca haya servido al Tribunal Supremo para tirar balones fuera pero ello no implica una verdadera limitación procesal al estilo de otros ordenamientos europeos. Juan Montero Aroca; “La independencia y Responsabilidad...”Op.Cit. Pag.102-103.

¹¹⁶⁴ El art. 33 del Estatuto Fiscal de 1926 establecía: “Podrá exigirse a los funcionarios civiles la responsabilidad civil y criminal o cualquiera de éstas, en los casos en que las leyes vigentes lo autoricen...”.

necesidad de presentar la sentencia en la que se pone fin al procedimiento y en la que se supone producido el daño (art.907 LEC). Estas reglas especiales contenidas en los arts. 903 al 918 de la LEC de 1881 se repiten miméticamente en el procedimiento que contemplarían los Reglamentos Fiscales de 1927, 1958 y 1969 para la exacción de responsabilidad civil a los miembros del Ministerio Público.

El procedimiento de responsabilidad civil exigible según las normas de la LOPJ de 1870 y de la LEC de 1881 a través de los arts. 906 al 918 se limitaban a resarcir los daños causados culposamente por actuaciones de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir durante el proceso (el art. 906 LEC dice...“*sentencia, auto o providencia en que se suponga causado el agravio...*”); Es decir, se trata de daños de carácter procesal y constituye prueba de ello, el hecho de que se exija el agotamiento de todos los recursos así como la firmeza de la resolución que ponga fin al proceso y la inalterabilidad de la cosa juzgada¹¹⁶⁵.

Estas reglas procesales coincidentes con las que se recogían en los tres Reglamentos Fiscales se traducen por tanto, en la regulación sustantiva de la responsabilidad civil de los miembros del Ministerio Fiscal pero conviene analizar determinadas cuestiones:

A) En primer lugar el Reglamento Fiscal de 1969 en su art. 139 establece; “...*La demanda de responsabilidad civil no podrá interponerse hasta que termine por sentencia o auto firme el pleito o causa en que se suponga causado el agravio.*

Dicha demanda deberá entablarse dentro de los 6 meses siguientes a la firmeza de la sentencia o auto que haya puesto término al pleito o causa, transcurrido este término quedará prescrita la acción”.

El art. 140 del mismo Reglamento establece; “*No tendrá acción para exigir dicha responsabilidad civil el que a su tiempo no haya reclamado en forma pudiendo hacerlo, o no haya utilizado los recursos legales ordinarios para evitar o reparar los perjuicios que, por la actuación del funcionario fiscal haya sufrido”.*

¹¹⁶⁵ Ignacio Diez Picazo; “Poder Judicial...”. Op.Cit. Pag.71. Aunque algún sector de la doctrina como García Manzano considera que con la expresión “desempeño de sus funciones” podría incluirse tanto las funciones jurisdiccionales como aquellas otras encomendadas por ley a Jueces y Magistrados como por ejemplo las decisiones dañosas de los Jueces del Registro Civil. Autor citado por Diez Picazo, Ignacio. Ibidem.Pag61.

El art. 141 del citado Reglamento establece; *“La demanda de responsabilidad civil deberá acompañar testimonio fehaciente de la resolución que ponga término al asunto en que se suponga producido el agravio”*.

De la lectura de los preceptos citados, podría concluirse que la demanda habrá de interponerse contra la sentencia o auto firme que haya puesto término al pleito o causa, con lo que será el Juez o Magistrado quien ostenta la legitimación pasiva y por tanto, contra a él irá dirigida la demanda de responsabilidad civil por los daños causados durante el proceso, si efectivamente dicha resolución judicial asumiera la calificación o propuesta hecha por el fiscal totalmente contraria a derecho. A sensu contrario, al no dictarse por el Juez o Tribunal dicha resolución con culpa grave o con negligencia inexcusable en los términos de la propuesta del Fiscal, es lógico pensar que no habrá responsabilidades exigibles al no materializarse ese resultado dañoso en la decisión del órgano jurisdiccional, por muy antijurídica y dañosa que haya sido la calificación o el informe propuesto por el Ministerio Público.

B) Del art. 140 del Reglamento, que por otro lado supone una reproducción casi literal del art. 906 de la LEC de 1881, se deduce la exigencia de la reclamación previa durante el proceso, es decir el haber agotado la vía ordinaria de los recursos contra la actuación del funcionario fiscal, como requisito “sine quantum” a la vía de la responsabilidad civil, es decir constituye un presupuesto o requisito de procedibilidad¹¹⁶⁶ para la admisión de la demanda.

Pero la realidad tanto en el plano sustantivo como procesal es otra muy distinta al sentido gramatical con que se expresa el art.140 del Reglamento Fiscal de 1969, puesto que las calificaciones, informes o propuestas realizadas por los miembros del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones, no han sido ni son objeto de recursos. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 publicada en la Gaceta de Madrid el 17 de septiembre del mismo año, no aparece ningún Capítulo o Título con la denominación de recursos o reclamaciones contra actos o actuaciones de los miembros del Ministerio Público. Ni siquiera en una lectura más o menos detallada de su articulado, puede entreverse alguna posibilidad de recurrir las actuaciones de aquellos. Tan sólo el art.

¹¹⁶⁶Ibidem. Pag.74. También constituye un presupuesto para la admisión de la demanda, la firmeza de la resolución que ponga término al proceso, pleito o causa.

99¹¹⁶⁷ ubicado en el Capítulo VI Título III con la denominación “*De la abstención del Ministerio Fiscal*”, hace referencia a la posibilidad que tienen los agraviados por la no abstención de los representantes del M.F., de acudir en queja al superior jerárquico de aquel para que decida su sustitución o que simplemente intervenga en el proceso, al no considerar fundada la queja. Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Un artículo dedicado expresamente a los recursos es el art. 216¹¹⁶⁸ ubicado en el Título X del Libro Primero de la LECrim., pero en cualquier caso se interponen contra resoluciones judiciales.

El art.644 del mismo texto legal, establece que si el Tribunal considerase improcedente la petición del Ministerio fiscal de sobreseer la causa y no hubiera querellante particular, antes de proceder al sobreseimiento de aquella, podrá determinar que se remita la causa al Fiscal de la Audiencia Territorial o al Tribunal Supremo por si procede o no sostener la acusación¹¹⁶⁹. Es decir, es una posibilidad de revisar la decisión del Fiscal llevada a cabo por el propio órgano jurisdiccional. O bien el art. 733¹¹⁷⁰ de la Ley de 1882, donde se prevé el supuesto de “manifiesto error en la calificación de los hechos constitutivos de un determinado delito o en la concurrencia o no de determinadas circunstancias eximentes de responsabilidad” siendo en este caso el propio Presidente del Tribunal el que propone tanto al Fiscal como al defensor del procesado, una reconsideración de las calificaciones iniciales por posible error. Al margen de estos casos citados a título de ejemplo, no se aprecia en el citado texto legal, posibilidad de que las partes puedan interponer recurso frente a las actuaciones procesales del Ministerio Fiscal concluyéndose, junto con DE RAMÓN FORNS, que los actos del Ministerio Fiscal carecen de cauce de impugnación, siendo necesaria una regulación en esta materia cuando aun en muchos casos, se trata de actos de carácter decisivo que afectan a derechos e intereses de algún ciudadano¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁷ Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 publicada en la Gaceta de Madrid el 17 de septiembre del mismo año. Este art. se reproduce en los mismos términos y en el mismo artículo 99 de la vigente LECrim.

¹¹⁶⁸ Art. 216 de la LECrim. 1882; “Contra las resoluciones de los jueces de instrucción cabrá recursos de reforma, apelación y queja”. El Citado art. 216 no ha sufrido modificación alguna.

¹¹⁶⁹ La redacción actual del art.644 de la LECrim.se mantiene en los mismos términos que la redacción original.

¹¹⁷⁰ La redacción del actual 733de la LECrim. se mantiene en los mismos términos que su redacción original.

¹¹⁷¹ Ignacio de Ramón Fors; “ La Impugnación de los actos...”Op.Cit. Pag.18.

Es decir, la ausencia de recursos ante las funciones procesales del Fiscal¹¹⁷², lo que nos indica es que realmente no estamos ante un órgano integrado en el Poder Judicial, cuando lo normal hubiera sido establecer un régimen de recursos similar al establecido frente a los actos judiciales, sobre todo para una mejor garantía frente a los ciudadanos ante los posibles errores jurídicos en sus informes o calificaciones, y por tanto frente a una posible exigencia de responsabilidad en vía civil.

Pero es que la ausencia de recursos ya quiebra de entrada el régimen de exigencia de esta clase de responsabilidad que establecían los Reglamentos Fiscales, porque salvo que el Juez asuma a través de sus resoluciones las calificaciones del Fiscal, y pueda entablarse los recursos pertinentes contra la decisión del Juez, antes de entrar en la tesitura de interponer o no la acción de responsabilidad para el caso de que el recurso¹¹⁷³ no subsane los posibles daños que se reclamen, habrá de concluirse que la interposición de aquellos frente a los actos de la Fiscalía, es una mera falacia, una simple transposición de reglas especiales para la exigencia de responsabilidad civil a un cuerpo de funcionarios no integrado en el Poder Judicial, al menos desde la perspectiva de sus funciones procesales.

Además resulta del todo incongruente, que se haya limitado la culpa a la culpa grave, limitación que para Jueces y Magistrados estaba justificada por su necesaria independencia dada las funciones de interpretación y aplicación de la ley¹¹⁷⁴, pero para los miembros de la Fiscalía, esta limitación carecía y carece de toda justificación puesto que sus funciones no son jurisdiccionales, siendo este otro argumento más para apoyar la tesis de la simple transposición de un régimen especial pensado para los miembros del Poder Judicial. En realidad estamos ante una institución (la responsabilidad civil), que como sostiene ATIENZA NAVARRO¹¹⁷⁵, se regulaba en los textos positivos pero ni se aplicaba ni se discutía por la doctrina la conveniencia o no de su aplicación.

¹¹⁷² Ignacio de Ramón Fors; “ La impugnación de los actos ...”. Op.Cit. Pag. 6.

¹¹⁷³ María Luisa Atienza Navarro; “ La Responsabilidad civil..”Op. Ci. Pag.36. Sostiene Atienza Navarro, que el régimen de recursos está previsto para la revisar las correcciones de los fallos en las resoluciones judiciales; “La decisión del Juez podrá ser más o menos acertada pero la responsabilidad se producirá únicamente cuando sea consecuencia de un comportamiento doloso o culposo”. El Juez habrá de juzgar atendiendo al sistema de fuentes establecido, pudiendo a pesar de ello ser errónea o incorrecta su decisión judicial, cuestión esta que se subsana a través de los recursos judiciales, a no ser que aquella (fallo o resolución judicial) sea producto de un comportamiento negligente o doloso en cuyo caso se activa la responsabilidad judicial civil. Lo que se exige del Juez (y por analogía de cualquier otro funcionario público) no es tanto la corrección o “exactitud” de la decisión sino la diligencia debida a la hora de dictarla, o tomarla como tal resolución.

¹¹⁷⁴ *Ibíd.* Pag 154.

¹¹⁷⁵ *Ibíd.*

Por todo ello, se podría afirmar que esta institución que resultó totalmente ineficaz en el ámbito de la Magistratura, dada la dificultad de probar la culpa grave por las exigencias del Tribunal Supremo como quedó reflejado a través de su Jurisprudencia, para los miembros de la Carrera Fiscal supuso tan sólo una trasposición de un régimen especial pensado para Jueces y Magistrados produciéndose de nuevo esa inercial remisión según LÓPEZ AGUILAR a la legislación judicial, a esa tradición continuista de asimilación de los miembros de la Carrera Fiscal con los miembros del Poder Judicial.

B. Regulación después de la Constitución de 1978.

Tras la Constitución de 1978 y la posterior promulgación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por Ley 50/1981 de 30 de diciembre, comienza para esta Institución una nueva etapa en la que si bien el art. 124 de la Constitución supuso un atisbo de renovación frente a los esquemas tradicionales, con caracteres y atributos nuevos que en opinión de MARCHENA GÓMEZ¹¹⁷⁶ dio expectativas de ser ante todo, una Institución al servicio no solo de la Legalidad sino de los valores constitucionales, con nuevas expectativas de independencia en el ejercicio de sus funciones, sin embargo su Estatuto Orgánico pese a otorgarle el calificativo de órgano de relevancia constitucional, (art.1EOMF) no supo estar a la altura de las nuevas circunstancias para zanjar definitivamente entre otras cuestiones “ su indefinición”, con consecuencias no solo circunscritas al eterno debate sobre su naturaleza jurídica, sino en materia de responsabilidades penales y civiles de sus miembros, cuestión esta última sin solucionar en el plano legislativo por lo que todavía persiste, la eterna y tradicional remisión a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El art. 60 del Estatuto Fiscal de 1981, remite en esta materia en cuanto le sea de aplicación, a lo dispuesto por la Ley Orgánica de 1985 para Jueces y Magistrados. Sin embargo no parece que sea la vía más adecuada teniendo en cuenta que estamos ante un órgano integrado por funcionarios que responden a los principios de dependencia y jerarquía¹¹⁷⁷, favorecidos de esta forma por privilegios que encontraban su apoyatura en las especiales funciones de los integrantes del Poder Judicial y que han sostenido a lo

¹¹⁷⁶ Manuel Marchena Gómez; “ El Ministerio Fiscal...”. OP.Cit. Pag.141.

¹¹⁷⁷ Alberto Manuel López López; “ La Responsabilidad Civil...”. Op. Cit. Pag.33.

largo de la historia, el debate mantenido inicialmente por sus precursores, incluso en sede parlamentaria, entre independencia y responsabilidad judicial ¹¹⁷⁸. Pero además se trata de una Institución, que a pesar de que su Estatuto Orgánico (art.2) lo defina como un órgano integrado con autonomía funcional dentro del Poder Judicial, “...la trascendencia procesal de sus actuaciones es la que resulta de las resoluciones judiciales que dan respuesta a las peticiones de la acusación pública...”. (**Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 28 de Julio de 2009, recurso 864/2007**).

El marco jurídico de la responsabilidad judicial civil establecido en la Ley Orgánica de 1985, en consonancia con los preceptos del Reglamento Fiscal de 1969 que aún no han sido expresamente derogados, presenta el análisis siguiente:

- La responsabilidad civil de juez tiene un régimen legal especial en el que van implicados ciertos elementos y requisitos que aparecen en el art. 1902 del C.c. que dispone lo siguiente: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. Los elementos aludidos son; - Un comportamiento; - El Daño; - La relación de causalidad entre el daño y el comportamiento; - El criterio Legal de imputación que será en el caso de la responsabilidad subjetiva, la culpabilidad¹¹⁷⁹.

Y aunque el citado art. 1902 no exige la antijuricidad o ilicitud de la conducta, nuestra doctrina y Jurisprudencia entienden que es necesario dicha antijuricidad para que surja el derecho a resarcir, considerándose que un hecho es ilícito o antijurídico cuando vulnera un precepto legal que impone o prohíbe una determinada conducta ¹¹⁸⁰. A tenor de lo expuesto, se puede afirmar que será antijurídico el comportamiento del Juez o del funcionario fiscal que sin que exista una causa que lo justifique, ocasione un daño que lesione un interés digno de tutela¹¹⁸¹. Pero el problema realmente importante es determinar que comportamientos de los miembros del Ministerio Fiscal pueden originar esta responsabilidad, es decir ¿Que acciones u omisiones de los fiscales dentro del proceso judicial, que origine daños a los particulares, darán lugar a reclamar una indemnización por los cauces previstos en la Ley Orgánica de 1985 y el Reglamento Fiscal de 1969 en tanto no se oponga a lo establecido por aquella?

¹¹⁷⁸ Juan Montero Aroca; “ Independencia y Responsabilidad ...”. Op.Cit. Pag.91.

¹¹⁷⁹ María Luisa Atienza Navarro; “ La responsabilidad...” Op.Cit. Pag.66.

¹¹⁸⁰ María Luisa Atienza Navarro; “La responsabilidad civil...”. Op.Cit.Pag.67.

¹¹⁸¹ Ibidem. Pag.71.

B. 1. El comportamiento.

El art. 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial hace referencia a “daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o en culpa”.

La posibilidad que señala el artículo al hacer referencia a las “funciones” en sentido genérico, se alinea con el art. 138 del Reglamento Fiscal de 1969 que también alude a “..cuando en el desempeño de sus funciones...” por lo que habrá de entenderse que no hay limitaciones en lo que al comportamiento del fiscal se refiere, por lo que cualquier conducta del funcionario en el ejercicio de aquellas, daría lugar a la obligación de resarcir¹¹⁸². De esta forma se concluiría que no es necesario que ese comportamiento se materializase en una resolución¹¹⁸³.

B. 2. El Daño.

Para que surja la obligación a resarcir o reparar, es presupuesto necesario la existencia de un daño¹¹⁸⁴, y aunque el C.c no señala los requisitos del daño resarcible, ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de puntualizarlos, siendo necesario en este sentido que; el daño haya de ser cierto, puede ser actual o futuro, y se considera resarcible tanto el daño emergente como el lucro cesante¹¹⁸⁵, admitiéndose en la actualidad el resarcimiento de los daños patrimoniales y morales.

En el ilícito judicial, para que surja el derecho al resarcimiento de los daños que ocasione el comportamiento ilícito de un Juez y por analogía de un Fiscal, el daño habrá de revestir las características anteriores, aunque son los daños morales los que plantea ciertos problemas, aunque se admite de forma unánime en la responsabilidad extracontractual común, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina¹¹⁸⁶.

¹¹⁸²Ibídem. Pag73.

¹¹⁸³ El ex art. 262 de la Ley Orgánica de 1870 aludía a las “providencias” término que la doctrina y jurisprudencia equipararon a resolución judicial, por lo que en la actualidad en lo concerniente a comportamientos de Jueces y Magistrados, puede surgir esta clase de responsabilidad sin necesidad de resolución judicial en que se materialice ese comportamiento. María Luisa Atienza Navarro. Loc.Cit.

¹¹⁸⁴ El elemento del daño es fundamental en una institución como la responsabilidad civil que tiene una finalidad fundamentalmente resarcitoria o de reparación, según Atienza Navarro. Ibídem.Pag.77.

¹¹⁸⁵Damnum Emergens; Se entiende por daño emergente el que se ha producido en contraposición al lucro cesante que son las ganancias dejadas de obtener. Art.1106 del C.c.

¹¹⁸⁶María Luisa Atienza Navarro; “ La Responsabilidad civil..”. Op.Cit. Pag.77.

El art. 411 de la Ley Orgánica de 1985 alude al resarcimiento de “... *daños y perjuicios causados...*” sin limitación alguna, aunque el problema lo plantea el art. 292.2 de la L.O.P.J que en sede de responsabilidad patrimonial del Estado señala que el daño habrá de ser “*efectivo, evaluable económicamente e individualizado*”. En los mismos términos y también en sede de responsabilidad patrimonial, se pronuncia el art. 139.2 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre (L.R.J.A.P. y del Procedimiento Administrativo Común).

La tendencia jurisprudencial actual en lo concerniente a los daños resarcibles es que no puede limitarse al daño patrimonial, máxime si esa limitación se produce en el ámbito o en sede de responsabilidad patrimonial del Estado, y por extensión tampoco sería admisible en el ámbito de la responsabilidad personal del juez y analógicamente del funcionario fiscal. Aunque de acuerdo con la propia terminología, tal como dice ATIENZA NAVARRO, “...una cosa es que hayan de evaluarse económicamente, a efectos del resarcimiento y otra distinta es que esos daños para ser resarcibles, hayan de ser sólo patrimoniales”¹¹⁸⁷.

B. 3. La Relación de Causalidad.

En sede de responsabilidad civil judicial, podría darse la definición de relación de causalidad como aquella que exista entre el comportamiento del Juez y el daño causado, y aunque la LOPJ guarda silencio respecto de las causas de exclusión o de interrupción del nexo causal podrían admitirse tanto la fuerza mayor como la culpa del perjudicado¹¹⁸⁸, así como el caso fortuito y la intervención de un tercero, siendo estos dos últimos, supuestos de interrupción del nexo de causalidad en la responsabilidad civil común¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*. Pagg.78-79. En esta misma línea de opinión se manifiesta Montero Aroca cuando dice que “... no se trata tanto de que los daños hayan de ser necesariamente materiales, pero sí de que sean estimables en metálico...” Juan Montero Aroca; *Independencia y responsabilidad...*. Op.Cit. Pag.204.

¹¹⁸⁸ La fuerza mayor y la culpa del perjudicado aparece en el art. 295 de la LOPJ que regula la responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales, establece que en ningún caso habrá indemnización por error judicial o por el anormal funcionamiento de los servicios cuando trae causa de la conducta dolosa o culposa del perjudicado. María Luisa AtienzaNavarro.*Ibidem*. Pag.81.

¹¹⁸⁹ *Ibidem*. Pag.82.

B. 4. El Criterio de Imputación Legal. La culpabilidad.

El término culpabilidad es un concepto amplio que engloba el dolo y la culpa como conceptos de imputación de la responsabilidad, aportando además el elemento subjetivo de aquella¹¹⁹⁰, y aunque nuestro C.c. alude únicamente a la culpa (art. 1902)¹¹⁹¹ sin mencionar el dolo, se admite no obstante de forma generalizada, que el comportamiento doloso genera la obligación de resarcimiento¹¹⁹².

En lo relativo a la responsabilidad civil del Juez, incurrirá en responsabilidad civil cuando actúe con la conciencia de ocasionar un daño, imponiéndose el consiguiente resarcimiento, aunque lo normal es que el comportamiento doloso se tipifique en el Código Penal como delito, de forma tal que esas actuaciones dolosas que provoquen daños a los particulares originan responsabilidad penal y la consiguiente responsabilidad civil subsidiaria¹¹⁹³.

El concepto de culpa, entraña siempre más problemas puesto que el término que entra en juego es el de la diligencia debida, pudiéndose afirmar que en el supuesto de la actuación judicial, se actúa con culpa cuando no se prevé el resultado dañoso, o bien habiéndolo previsto, no adopta las medidas necesarias para evitarlo o no actúa con aquella diligencia¹¹⁹⁴.

¹¹⁹⁰ María Luisa Atienza Navarro; “ La Responsabilidad Civil...”. Op.Cit. Pag.84.

¹¹⁹¹ El criterio de imputación que utiliza nuestro C.c. en el art. 1902 es el de culpabilidad. Durante el S. XIX, la responsabilidad civil se regulo con un marcado carácter individualista, en el que todo individuo tenía que ser responsable de sus propios actos, y además se asociaba por el legislador de la época la idea de la responsabilidad con la necesidad de sancionar al sujeto del daño, y cuando no era imputable dicha conducta al sujeto por falta de culpa o negligencia, la sociedad asumía el daño como algo que venía de las fuerzas divinas. Sin embargo estas ideas entran en crisis a comienzos del S. XX .Luis Diez Picaso; “La responsabilidad civil hoy”. Autor citado por María Luisa Atienza Navarro. Ibídem. Pag.83.

¹¹⁹² Según Puig Brutau, el hecho de que el art. 1902 excluya el dolo es más una “ impresión de terminología” puesto que en el segundo caso la palabra “culpa” como concepto distinto a “negligencia” habrá de ser entendida como dolo que se define como aquella conducta observada con conciencia o previsión de ocasionar un resultado dañoso. Autor citado por María Luisa Atienza Navarro. Ibídem. Pag.84.

¹¹⁹³ En este caso la exigencia de la responsabilidad civil “ex delicto” (art. 116 al 122 del C.P) se rige por las reglas de la LECrim. (arts. 100 y 110 al 117) pudiendo ejercitarse la acción civil conjuntamente con la penal, o separadamente y con posterioridad. Ignacio Diez Picazo; “Poder Judicial y Responsabilidad”. Op. Cit. Pag.55.

¹¹⁹⁴ María Luisa Atienza Navarro; “ La Responsabilidad Civil...” OP.Cit.Pag.88. En relación a la diligencia exigida, ésta consistirá en la posesión y aplicación de unos conocimientos especiales, de carácter jurídico, que el profesional del derecho habrá de tener.

Trasladando lo aquí expuesto en materia de culpa, y dada la remisión del Estatuto Fiscal, en materia de responsabilidades civiles a la LOPJ, la pregunta a plantear podría ser **¿Con que grado de culpa, responde el Fiscal atendiendo a la modificación del criterio de imputación que recoge el art. 411 de la LOPJ de 1985?,**

El Reglamento Fiscal de 1969, en su art. 138 se expresa en los siguientes términos; *“...resarcimiento de daños y perjuicios estimables que causen...cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables”*.

Evidentemente la Ley Orgánica de 1985 en su art. 411, amplía el campo de exigencia de esta responsabilidad al supuesto de dolo, que podrá ser tanto civil como penal, desde el momento en que la responsabilidad civil derivada del delito pueda exigirse separadamente de la penal mediante la oportuna reserva de acciones¹¹⁹⁵, pero además los términos de aquel parecen prever, que cualquier tipo de culpa puede hoy originar la responsabilidad civil del Juez y por aplicación analógica de los funcionarios fiscales. Sin embargo, antes de la derogación de los arts. 903 y ss de la LEC de 1881 que regulaban el aspecto procesal de la institución, esta cuestión no fue pacífica en la doctrina¹¹⁹⁶, y con su desaparición, podría considerarse que efectivamente se había producido una extensión de aquella a cualquier grado de culpa, máxime cuando el art. 266.1 de la vigente LEC 2000, vuelve a mencionar el dolo, la culpa o ignorancia inexcusable (modalidad de culpa grave)¹¹⁹⁷ como conceptos de imputación. Sin embargo, las STS de 23 de septiembre de 1994 (R. Ar.) y otra de 10 de junio de 1995 (A.R4916) ya se pronunciaron en su momento confirmando que no se había producido una modificación de los criterios de limitación material de la responsabilidad de los Jueces a pesar de la redacción del art. 411 de la LOPJ, que aludía al concepto de culpa, y que el Tribunal Supremo justificó diciendo que fue *“...una corrección técnica del Proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial...”*. Entre los autores que se han mantenido siempre a favor de la extensión de la responsabilidad civil del Juez,

¹¹⁹⁵ Fernando Alamillo Canillas; “El Ministerio Fiscal...”Op.Cit.Pag.193

¹¹⁹⁶ Maria Luisa Atienza Navarro; “La responsabilidad civil...” Op.Cit.Pagg.90-92.

¹¹⁹⁷ *Ibidem.* Pag.35. Tanto la LOPJ de 1870 como la LEC de 1881 hacían una equiparación entre negligencia e ignorancia inexcusable, equiparación que en opinión de Atienza Navarro puede estimarse técnicamente incorrecta puesto que la ignorancia inexcusable es uno de los supuestos de negligencia o culpa grave. Esto es así porque la ignorancia puede ser culposa o no pero con el término inexcusable, el legislador se refiere a la modalidad culposa, es decir a una ignorancia en la que no se ha utilizado la diligencia debida.

destacamos a ATIENZA NAVARRO¹¹⁹⁸. Sin embargo MONTERO AROCA,¹¹⁹⁹ se ha mostrado reticente a la admisión de aquella, dado que supondría una contradicción no solo frente a los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado (responsabilidad objetiva) sino también con “el sistema procesal de recursos y garantías frente al error” por lo que no habrá de entenderse que la LOPJ haya suprimido la limitación material, tradicional en nuestro Ordenamiento Jurídico.

No obstante lo anterior, es novedosa la STS 240/2014, N° de recurso 14/2011, que aunque recaída en procedimiento de error judicial, parece reconocer en la sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Sevilla, un supuesto de negligencia leve por parte de los magistrados de la Sala a la hora de dictarla, aunque el alto Tribunal no entra en la valoración de la misma, sino en su apreciación, por determinadas circunstancias que concurrían en la citada sentencia.

Del análisis que realiza ALAMILLO CANILLAS¹²⁰⁰ del procedimiento establecido en el Reglamento Fiscal de 1969 (arts. 138 a 147) para la exacción de la responsabilidad civil a los Fiscales y lo dispuesto en la L.O.P.J (arts. 411 a 413) puede concluirse que la exigencia de aquella, como recurso para reparar los daños y perjuicios que ocasione el funcionario fiscal en el desempeño de sus funciones, exigiría la concurrencia de los siguientes requisitos;

- a) Agotamiento de los recursos procedentes contra la resolución (judicial) o actuación del fiscal en que los daños se entiendan causados. (Art. 140 del Reglamento y 413.1 de la LOPJ).
- b) El Procedimiento en que se produjeron los daños y perjuicios deberá haber terminado por sentencia firme. (139.1 del Reglamento y 413.1 de la LOPJ).
- c) La demanda habrá de interponerse dentro de los seis meses siguientes al día en que se dictó la resolución firme (139.2 del Reglamento Fiscal) precisión esta última que no contempla la Ley Orgánica de 1985 pero que en opinión de ALAMILLO CANILLAS

¹¹⁹⁸ María Luisa Atienza Navarro. *Ibidem*. La citada autora mantiene la tesis según la cual si se extiende la responsabilidad civil del Juez a la culpa leve, se amplía el ámbito del ilícito civil frente al penal, de forma que por vía penal se responderá por dolo y culpa grave mientras que la responsabilidad civil abarcaría las actuaciones dolosas y culposas cualquiera que sea su modalidad o grado de la culpa.

¹¹⁹⁹ Juan Montero Aroca; “Independencia y Responsabilidad...” Op.Cit. Pag.203.

¹²⁰⁰ Fernando Alamillo Canillas; “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pag.193.

puede considerarse vigente¹²⁰¹. Se entiende según STS de 17 de julio de 1987, que el “dies a quo” es el de la notificación de la misma¹²⁰².

d) La legitimación activa se le confiere a la parte perjudicada y sus causahabientes (arts. 412 de la LOPJ y 139.1 del Reglamento Fiscal).

e) La legitimación pasiva se le confiere en teoría al Fiscal, aunque ha sido imposible a día de hoy, encontrar alguna sentencia de órganos jurisdiccionales en la que se haya declarado responsable civil a un miembro de la Institución Fiscal.

f) La LOPJ (art.56.2 y 3) ha alterado las reglas de la competencia de modo que correspondería;

- . El Fiscal General del Estado y los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo (categoría primera) se someterían a la jurisdicción de la Sala de lo Civil (Sala Primera) del Alto Tribunal. Sin embargo no se menciona a aquellos cargos fiscales equiparados a Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia, suponiendo en Opinión de ALAMILLO CANILLAS una discriminación pese a la proclamada equiparación de la carrera Judicial y Fiscal que habría de subsanarse en opinión del citado autor¹²⁰³. En opinión de LÓPEZ LÓPEZ¹²⁰⁴ la regulación que ofrende la Ley Orgánica, genera una solución injusta para aquellos Fiscales destinados en la Audiencia Nacional o en los Tribunales Superiores de Justicia (pertenecientes alguno de ellos a la tercera categoría) que habrían de ser demandados ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Insiste este autor, en lo injusto de esta solución para otros Fiscales de mayor rango y responsabilidad que se hallan destinados en la Fiscalía del Tribunal Supremo, la Fiscalía para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, La Fiscalía Especial para la Represión de Delitos Económicos relacionados con la corrupción, la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, la Fiscalía ante el Tribunal de Cuentas cuyas causas serían vistas por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Comenta el citado autor, que una solución a este problema sería la aplicación analógica del R.D 391/1989 de 21 de abril que regula la clase y cuantía del complemento de destino de los

¹²⁰¹ Ibídem. Pag.194.

¹²⁰² Juan Montero Aroca; “Independencia y Responsabilidad...” Op.Cit. Pag.204.

¹²⁰³ Fernando Alamillo Canillas; “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pag.194.

¹²⁰⁴ Alberto Manuel López López; “ La responsabilidad Civil, Penal...” Op.Cit. Pag33.

miembros del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, que los distribuye en nueve grupos según la categoría profesional de cada uno¹²⁰⁵.

- . Junto con la demanda, el art. 141 del Reglamento Fiscal exige que se presente testimonio de la resolución que ponga término al asunto, así como de las actuaciones que en concepto de demandante conduzcan a demostrar la infracción de la ley por negligencia o ignorancia inexcusable, y si no le fueran entregados por el Juzgado o Tribunal de manera directa, se elevará la petición al que deba conocer de la demanda de responsabilidad civil.

- . El art. 144 del Reglamento establece que una vez emplazado el demandado, dispondrá del plazo de los ocho días siguientes para alegar ante el Tribunal o Juzgado, como cuestión previa, la de que obró en virtud de obediencia debida, aportando dicha comprobación al propio Tribunal o Juzgado a la mayor brevedad y una vez aportada aquella, se dará vista al demandante de lo actuado para que modifique su acción o la dirija contra quien hubiera dado la orden. Según ALAMILLO CANILLAS, este art. es congruente con el contenido del art. 27 del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1981¹²⁰⁶.

- . En lo relativo a las reglas de procedimiento, establece el art. 412 de la LOPJ que será “... *el juicio que corresponda*” modificando lo dispuesto en el art. 139 del Reglamento, que establecía las reglas del juicio ordinario de mayor cuantía.

Coinciden los arts.146.3 del Reglamento y el 413.2 de la Ley Orgánica, en lo relativo a los efectos de la sentencia, disponiendo la falta de efectos de aquella, en relación a la

¹²⁰⁵ *Ibidem*. Pag.94. Haciendo aplicación analógica de citado R.D ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se verían las demandas civiles contra el Fiscal General del Estado, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, Fiscal Inspector, Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica del Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Fiscal Jefe de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Fiscal Jefe del Tribunal de Cuentas, Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción, Fiscales Jefes de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscales ante el Tribunal Constitucional y Fiscales del Tribunal Supremo. La Sala de lo Civil del respectivo Tribunal Superior de Justicia sería competente para conocer de las demandas interpuestas contra los Fiscales de la Audiencia Nacional, del Tribunal de Cuentas, de la Inspección Fiscal, de la Secretaría Técnica, de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del tráfico Ilegal de Drogas, de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción y todos los Fiscales que ocupen plaza de coordinador. Los demás fiscales estarían sujetos a las normas comunes de competencia territorial y objetiva.

¹²⁰⁶ . Fernando Alamillo Canillas; “ El Ministerio Fiscal...”Op.Cit.Pag.194. Concretamente el citado art. 27.2 del Estatuto Fiscal de 1981 establece; “Si el superior se ratifica en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera”.

resolución firme recaída en el proceso inicial¹²⁰⁷. También hay que poner de relieve que de acuerdo con el art. 62.5 del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1981, las acciones y omisiones que hayan dado lugar en sentencia firme a una declaración de responsabilidad civil contraída en el ejercicio de la función por dolo o culpa grave, constituirá falta muy grave dando lugar a la correspondiente sanción disciplinaria.

Del análisis del régimen jurídico del instituto de la responsabilidad civil de los miembros del Ministerio Fiscal, se concluye que **en teoría existen dos vías para su exacción;**

a) La primera de ellas vendría representada, por la decisión del demandante de dirigir su pretensión de demanda civil directamente contra el funcionario fiscal. Este sería el supuesto en que se ejerce la acción civil conjuntamente con la penal en supuestos de comisión de delitos en el ejercicio del cargo, Estaríamos entonces ante la denominada responsabilidad civil “ex delicto”, que seguiría los trámites de la L.E.Crim. (arts. 100 y 110 al 117) de acuerdo con lo establecido en el C.P (arts. 109 al 122) o bien se podría ejercer la acción civil con posterioridad y por separado, con la oportuna reserva de acciones. Dentro de esta vía, estaría esa otra posibilidad de dirigir la pretensión igualmente contra el fiscal, a fin de lograr el resarcimiento de daños causados en el curso de un proceso principal, y con ocasión del ejercicio de sus funciones. Aquí rigen las normas materiales de la LOPJ de 1985 en conjunción con la normativa reglamentaria, más de carácter adjetivo, de los arts. 138 a 147 del Reglamento Fiscal de 1969¹²⁰⁸, en todo aquello que no contradiga ni al E.O.M.F. de 1981 ni a la LOPJ de 1985 cuyas disposiciones en materia de responsabilidades civiles rigen directamente, aplicándose de forma analógica en cuanto les resulte de aplicación de acuerdo con el art. 60 del Estatuto Fiscal.

b) La segunda vía vendría a estar constituida por la posibilidad de demandar directamente al Estado en base a su responsabilidad patrimonial, que después en vía de regreso podrá repetir contra el funcionario fiscal¹²⁰⁹. El art. 106.2 de la Constitución

¹²⁰⁷ . Juan Montero Aroca; “Independencia y Responsabilidad...” Op.Cit. Pag.207. Según este autor, y concerniente al proceso de responsabilidad civil de Jueces y Magistrados, el juicio de responsabilidad civil no tiende a modificar la resolución dictada en el proceso en el que se produjeron los daños y perjuicios, puesto que lo que se intentará será indemnizar o resarcir.

¹²⁰⁸ La Disposición Final Segunda del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece que en tanto no se dicte un nuevo Reglamento, seguirá aplicándose el hoy vigente en lo que no se oponga a la presente Ley.

¹²⁰⁹ El art. 145 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, dispone lo siguiente: “Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el

establece; “*Los particulares...tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos....siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. Así mismo, el art. 139.1 de la ley 30/1992 de 26 noviembre establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. La referencia expresa a estos artículos se hace en base a la remisión del art. 138 del Reglamento Fiscal de 1969 que establecía la responsabilidad patrimonial del Estado, en los términos del ex art. 32 de la derogada LRJAE de 20 de julio de 1957.

Y esta es la postura mantenida por MONTERO AROCA¹²¹⁰, según la cual el Ministerio Fiscal no forma parte del Poder judicial y no tiene atribuida funciones jurisdiccionales, por lo que la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez de acuerdo con el art. 121 de la Constitución no es de aplicación en estos supuestos. Según el citado autor, no puede confundirse dos cosas distintas; “...Por un lado funciona la responsabilidad patrimonial de la Administración con base en los actos del Ministerio Fiscal y por otro lado, la responsabilidad civil y penal de sus miembros...de acuerdo con lo establecido en la LOPJ para Jueces y Magistrados”. Siendo además la postura mantenida por la doctrina mayoritaria.

Otro sector de la doctrina representado por LÓPEZ LÓPEZ¹²¹¹ residencia la responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación del Ministerio Fiscal dentro del Título V de la LOPJ (arts.292 a 297) ya no solo por su ubicación Constitucional, sino por el carácter con que lo define el art. 2 de su Estatuto Orgánico, y además porque la actuación de los fiscales puede provocar “un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia u ocasionar un daño objetivamente indemnizable”. En esta línea puede citarse la sentencia de la Audiencia Nacional, SAN 4048/2014 N° de Recurso 105/2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo. En ella, los daños

capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. 2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

¹²¹⁰ Juan Montero Aroca. La Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial. Edit. Tecnos.Madrid.1988. Pag.106.

¹²¹¹ Alberto Manuel López López; “La Responsabilidad civil...”. Op.Cit. Pag. 2

reclamados inicialmente y vinculados a la actuación del Ministerio Fiscal (falta de petición de extradición) deben de reconducirse a la vía del error judicial en tanto que las decisiones de los fiscales tienen trascendencia con lo resuelto por la Sala, por lo que dichos daños habrán de encauzarse por la vía indicada.

A modo de conclusión como es obligado en estos casos, se puede decir que los miembros del Ministerio Fiscal, disponen en la actualidad, de un esquema normativo en virtud del cual se les podría exigir en teoría, las responsabilidades civiles derivadas de las actuaciones dolosas o culposas en las que puedan incurrir con ocasión del ejercicio del cargo, pero como ha podido constatarse, antes y ahora, la posibilidad de plantear una demanda de responsabilidad civil a un fiscal, en la práctica resultaría muy complicado cuanto más, su admisión a trámite dado que como ya se ha podido comprobar, las exigencias de procedimiento no encajan con la naturaleza de los actos de la Fiscalía que como se comentó en esta sede, no admiten entre otras cuestiones, el régimen de recursos que sigue exigiendo la normativa vigente, aun prescindiéndose de la regulación reglamentaria que establece el Reglamento Fiscal de 1969¹²¹², puesto que las normas materiales de la LOPJ de 1985 mantienen la misma exigencia así como la firmeza de la resolución que ponga fin al proceso (art.413.1LOPJ).

Resulta de interés la Sentencia de 28 de julio de 2009 (Rec. 864/2009) de la Audiencia Nacional, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 3ª ya mencionada supra, por su contenido en relación a las actuaciones procesales del Ministerio Público y la trascendencia de las mismas en el proceso, pudiendo resultar bastante clarificadora. La citada Sentencia establece; “ *El Ministerio Fiscal aparece integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial(art. 2 de su Estatuto Orgánico) pero en el caso enjuiciado no nos encontramos con una actuación autónoma e independiente del mismo desmarcada de las funciones jurisdiccionales pues aunque, en lo que respecta al proceso penal le corresponde ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros(...) e intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos,*

¹²¹² Informe del Consejo Fiscal sobre el nuevo Reglamento de la Carrera Fiscal; El Consejo Fiscal con ocasión de la elaboración de un informe en septiembre de 2011 sobre el Proyecto de Reglamento de la Carrera Fiscal en el que manifestaba que a pesar de que su Título V, se dedicase a la responsabilidad del Ministerio Fiscal,(...) “ la mera lectura de sus preceptos evidencian la necesidad de una regulación ex novo” . Pag 54.

la trascendencia procesal de tales actuaciones es la que resulte de las resoluciones judiciales que den respuesta a las peticiones de la acusación pública y en el caso de autos, los daños reclamados están vinculados con lo resuelto judicialmente”.

El Ministerio Fiscal requiere de un régimen de responsabilidades distinto al establecido para Jueces y Magistrados porque distintas son sus funciones y posición dentro del proceso. Es necesario un régimen de control específico, porque en un Estado de Derecho, cualquier órgano del Estado cuyos titulares con asignación de poderes y competencias, no pueden quedar al margen de un riguroso régimen exigencia de responsabilidades ante cualquier desviación en el ejercicio de aquellas.

El Ministerio Fiscal en España, se ha mantenido durante más de un siglo, con un régimen de responsabilidades que no era el suyo propio; A comienzos del S.XIX, los Fiscales tenían un tratamiento muy similar a los Magistrados del Tribunal Supremo pudiendo citarse como ejemplo el Reglamento de Audiencias y Juzgados de 1813 en cuyo art. 25 se estableció, que los Fiscales tenían voto para dirimir las discordias que pudieran surgir en las causas de las que conocían las Sala del Tribunal, e incluso en el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, en cuyo art. 78 se reconocía idéntica facultad para “votar como Jueces” en aquellos negocios en los que no sean parte, o bien que asistieran a las salas del Tribunal como Jueces cuando no hubieran número suficiente de “ministros”¹²¹³, y de esta forma “era comprensible” que un mismo régimen de responsabilidades fuera común para ambos, e incluso que su régimen estatutario se incluyese dentro del Título XX de Ley Orgánica de 1870 con la denominación “*Del Ministerio Fiscal*” que estuvo vigente en nuestro país hasta 1985. En el pasado (no tan lejano) hay que encontrar el por-qué de una situación que se mantiene todavía en pleno S.XXI. Pero lo que no es admisible de ningún punto de vista es que dado el nuevo marco de funciones y competencias que atribuye el art. 124 de la Constitución al Ministerio Público en España, las responsabilidades civiles y penales de los fiscales se encuentren con “esa inercial remisión” que les convierte como ya dijera un sector de la doctrina¹²¹⁴ en “un órgano absolutamente irresponsable frente a terceros, o lo que es lo mismo, los Fiscales actúan profesionalmente ante los Tribunales de Justicia en la más completa de las impunidades patrimoniales”.

¹²¹³ Cándido Conde Pumpido Ferreiro; “ El Ministerio Fiscal ...”. Op.Cit. Pag.32 .En el Reglamento de 26 de mayo de 1834 se disponía la equiparación entre los Ministros del Tribunal Supremo y los Fiscales, pudiendo asistir estos últimos a las Salas del Tribunal como jueces cuando no hubieran número suficiente en la Sala.

¹²¹⁴ Alberto Manuel López López; “ La Responsabilidad Civil...”. Op.Cit. Pag.3.

Porque como plantea un sector de la doctrina procesalista representada por DE LA OLIVA SANTOS¹²¹⁵; “ el debate actual sobre la instrucción a los fiscales exige no seguir ignorando el problema de la desproporción entre el enorme poder actual del Ministerio Fiscal y la extrema dificultad de exigirle responsabilidades efectivas, con lo cual si nada se dice de los cambios que necesariamente habrán de acompañar a lo que con tanto afán se persigue como es la instrucción de los Fiscales habría que concluir que es una cuestión o deslumbrante fenómeno de pura política menor, de puro interés político- partidista, de controlar la justicia penal, desde el poder, porque lo exigible y serio en estos casos es establecer un equilibrio entre poder y responsabilidad”.

¹²¹⁵Andres de la Oliva Santos, “Sobre el Ministerio Fiscal y la Instrucción del Proceso Penal, Tribunales de Justicia, Revista Española de Derecho Procesal, nº 1, 1997. Pag.983.

CAPÍTULO 4º. Responsabilidad Política del Ministerio Fiscal.

Consideraciones Generales

La legitimación del Ministerio Fiscal corre en paralelo al control democrático¹²¹⁶. En opinión del profesor MORENO CATENA, la legitimación indirecta del Ministerio Fiscal a través del Ejecutivo se presenta como la fórmula más adecuada para conjugar todas las exigencias que demandan sus funciones y su modo de actuación. En este orden de ideas, se inscribe la solución que impone nuestra Constitución respecto del nombramiento del Fiscal General del Estado. Por tanto, el nombramiento del Fiscal General es determinante, puesto que en función de quien esté situado a la cabeza de este órgano podrán variar las líneas políticas de actuación de la Fiscalía¹²¹⁷.

El papel que desempeña el Gobierno resulta, pues decisivo, en la medida en que tiene en su mano la designación de quien dirige el Ministerio Fiscal y ostenta su jefatura superior y su representación en todo el territorio español (art. 22.2 EOMF). Dado que la misión del Fiscal como promotor de la acción de la justicia es una función de clara significación política, y que entronca además con algunas de las responsabilidades que se atribuyen al Ejecutivo, parece oportuno considerar que el Ministerio Fiscal está próximo a éste, aunque eso no puede significar en la actualidad una sumisión, que históricamente ha resultado efectiva en periodos de dictadura¹²¹⁸.

Es evidente que el Poder Ejecutivo ha de asumir la responsabilidad de dirigir la política interior, y así se le atribuye al Gobierno en el artículo 97 de la Constitución. En esta responsabilidad de dirección de la política interior se incluye la definición de la política criminal, uno de los campos en el que el Ministerio Fiscal tiene una de las intervenciones más relevantes¹²¹⁹.

¹²¹⁶ Joaquín García Morillo, “ La legitimación democrática del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag. 20. Dice el profesor García Morillo, que el binomio legitimación responsabilidad se cierra con el nombramiento por parte del Gobierno del Fiscal General del Estado al cual está jerárquicamente subordinada la totalidad del Ministerio Público y además la legitimidad democrática que ostente el Gobierno deriva precisamente de su investidura por el Congreso de los Diputados ante quien responderá de su particular programa de política criminal.

¹²¹⁷ Víctor Moreno Catena, “ El Papel del Ministerio Fiscal en el Estado Democrático de Derecho”, Cuadernos de Derecho Público, nº 16, año 2002, Pag.148.

¹²¹⁸ *Ibidem*.

¹²¹⁹ *Ibidem*.

BESTARRECHE BENGOA hace unas interesantes reflexiones en torno al tema de la responsabilidad política del Ministerio Fiscal. Antes de la reforma introducida por la Ley 24/2007, la libre capacidad de nombramiento y cese del Fiscal General del Estado correspondía al Gobierno y por ello no ofrecía dudas, desde la perspectiva al menos de una responsabilidad in eligiendo e in vigilando, de en quien debía recaer esa responsabilidad por la actuación de la Institución y en definitiva, en quien recaía el apoyo democrático por dicha actuación. El autor prosigue sus reflexiones sosteniendo, que como contrapartida a esa situación se encuentra siempre la sospecha de manipulación política por parte del Gobierno, dada la potestad de nombramiento del Fiscal General del Estado¹²²⁰.

¿Ha incorporado una nueva visión a este juego de “checks and balances” la nueva regulación, tras la reforma introducida por la Ley 24/2007?¹²²¹.

La reforma introducida en el Estatuto Orgánico por Ley 24/2007, supuso un avance importante en ese camino hacia una mayor autonomía institucional del órgano, tal como se desprendía de la propia Exposición de Motivos de la Ley, y en verdad puede considerarse un avance importante dado que el mecanismo de la comparecencia del candidato ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, a los efectos de valoración de méritos e idoneidad, si bien no otorga capacidad de decisión a la Comisión, el valor democrático de esa comparecencia no puede subvalorarse o minimizarse aunque sólo sea en términos de mayor transparencia y responsabilidad pública del Ministerio Fiscal y del Gobierno. El otro aspecto que también introdujo la reforma fue el establecimiento de un plazo fijo y máximo de cuatro años y unas causas tasadas de cese, destacando entre ellas el cese automático del Fiscal General del Estado tras el cese del Gobierno que le hubiera nombrado. Además, y salvo que se hubiera ostentado el cargo por un periodo inferior a dos años, el mandato del Fiscal General del Estado no puede ser renovado, todo ello de acuerdo con el art. 31 del EOMF. Evidentemente, la segunda de las modificaciones pese a todo, supone un claro límite a la libre capacidad del Gobierno de cese del Fiscal General del Estado¹²²².

¹²²⁰ Tomás Bestarrece Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag. 444.

¹²²¹ *Ibidem*.

¹²²² *Ibidem*.Pagg, 444- 450.

La comparecencia parlamentaria del candidato a FG, puede abrir una posible y favorable tendencia política en opinión de BESTARRECHE BENGEOA, a que los candidatos posean un apoyo parlamentario mayoritario, que no supone en modo alguno modificar el sentido del art. 124 CE ni tampoco puede conducirnos a consideraciones erróneas en torno a la responsabilidad de la actividad del Ministerio Fiscal que recaiga ahora en el Parlamento. La responsabilidad en términos de “culpa in eligiendo e in vigilando” debe continuar atribuyéndose al Gobierno de la nación¹²²³. Pero la comparecencia, aunque suponga un debate en clave ideológica¹²²⁴ que quizás se aleja del auténtico análisis sobre la idoneidad del candidato, y por tanto de la búsqueda de la persona más idónea para el cargo, pese a todo la comparecencia, discurra como discurra es un ejercicio de transparencia y responsabilidad pública ya no solo respecto a las posiciones de los diferentes representantes políticos sino del propio Ministerio Fiscal, correspondiendo al ciudadano evaluar las posiciones de cada uno, dentro del juego democrático¹²²⁵.

La responsabilidad por la culpa in eligiendo e in vigilando sobre la labor del Fiscal General del Estado, debe ser valorada al término de la legislatura en términos políticos como parte de la acción del Gobierno. Pero también puede iniciarse este tipo de responsabilidad desde el mismo acto de nombramiento del candidato, si se hubiera permitido la renovación en el cargo de Fiscal General por cuatro años más, permitiendo la posibilidad de que el nuevo Gobierno reconociera el mérito y la capacidad de trabajo demostrada en términos de eficiencia en su labor al frente de la Fiscalía.

Tal como acertadamente expone BESTARRECHE BENGEOA, si eso sucediera con Gobiernos de distinto signo no sólo se podría afirmar que el Fiscal General del Estado es un órgano autónomo que no necesita de ninguna vinculación política, al menos en términos de confianza y afinidad, para el ejercicio de sus funciones, sino que además sería un buen elemento de valoración política en lo que respecta a las orientaciones estratégicas del nuevo Gobierno. Con esta vía se hubiera abierto la posibilidad de

¹²²³ *Ibíd.* Pag.448.

¹²²⁴ Antonio Naváez Rodríguez, “ El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno..”*Op.Cit.* Pag. 546. El autor expone que si bien lo que se busca con la comparecencia del candidato es nombrar a aquel que mayores garantías ofrezca a la hora de defender con criterios de profesionalidad los intereses públicos, la única respuesta a los interrogantes que se formulan no puede ser otra que la defensa de la Constitución y de las normas..para ello no sería necesario la comparecencia del candidato a Fiscal General del Estado.

¹²²⁵ *Ibíd.* Pag.449.

ejercicio de responsabilidad política y pública desde el mismo acto de nombramiento a Fiscal General del Estado¹²²⁶.

MARCHENA GÓMEZ ya se pronunció en su momento antes de la reforma del Estatuto en 2007, argumentando que tanto en nuestro país como en el resto de los países de Europa no faltan ejemplos en los que el tiempo de ejercicio del Fiscal General se prolonga mucho más allá, de un único periodo legislativo debiendo por tanto haberse evitado la mención expresa a la prohibición de renovación haciendo posible que el nuevo Gobierno resultante de un proceso electoral pueda si lo considera oportuno, ratificar al Fiscal General del Estado que ya hubiera permanecido cuatro años en el ejercicio del cargo¹²²⁷

Pero como ya se ha afirmado en esta misma sede, hubiera sido altamente positivo en términos de ejercicio de responsabilidades públicas dentro del juego democrático, la regulación de la comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados en los casos de dimisión del Fiscal General del Estado, ya no solo explicando las causas de la misma sino que además haría más transparente las auténticas relaciones existentes entre el Gobierno y la Fiscalía, facilitando la asunción por el Gobierno de la responsabilidad política que pudiera derivar de la dimisión del Fiscal General¹²²⁸.

A. La Responsabilidad Política del M.F. ante el Gobierno.

Tal como afirmara en su momento MARCHENA GÓMEZ, “La responsabilidad política del Fiscal General del Estado sólo es exigible por el propio Gobierno que cuenta con la llave de su nombramiento y remoción...En la actualidad las frecuentes comparecencias del Fiscal General del Estado ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, no se acomodan al esquema jurídico-político de exigencia de responsabilidades. Cuestión bien distinta es el alto contenido político que tienen algunas de las intervenciones de los diferentes portavoces parlamentarios, con frecuentes

¹²²⁶ *Ibíd.* Pag 453.

¹²²⁷ Manuel Marchena Gómez, “¿Un Fiscal General Independiente...?Apuntes críticos...”, *Op.Cit.*Pag.944.

¹²²⁸ *Ibíd.* Pag.456.

peticiones de dimisión o censura dirigidas a un Fiscal General del Estado al que paradójicamente no pueden controlar ni censurar políticamente”¹²²⁹.

También se ha afirmado en esta sede que lo deseable es que el cargo de Fiscal General del Estado se pudiera ejercer sin vinculación política alguna en términos de confianza política y afinidad con el Ejecutivo que le ha designado, siendo quizás esto último pura especulación academicista. La posibilidad de renovación del mandato de Fiscal General por al menos cuatro años más, podría haber propiciado esa práctica por parte de Gobiernos de distinto signo político, siendo un buen elemento de valoración en lo que respecta a orientaciones estratégicas del nuevo Ejecutivo. Sin embargo la realidad es que normalmente el cargo de FG se acompaña de la proximidad ideológica del candidato con el nuevo Gobierno que sale de las urnas. Esto puede generar situaciones de pérdida de la confianza y afinidad, que de forma casi implícita se le exige al nuevo candidato al cargo¹²³⁰.

Traigamos por caso el ejemplo descrito por el profesor GARCÍA MORILLO¹²³¹, en el que el Fiscal General recibe una instrucción que si bien no es ilegal puede responder a criterios de estricta oportunidad política y sobre la base de esos criterios decide por ejemplo que no es pertinente su ejercicio, pudiendo producirse en estos casos esa pérdida de confianza política y afinidad con el Ejecutivo que le ha designado. Evidentemente la instrucción recibida por el Gobierno es legal, pero el Fiscal General en virtud de su designación gubernamental que le legitima para decidir, decide no hacerlo. Lo deseable tal como afirma BESTARRECHE BENGOA¹²³² es que se respeten los propios ámbitos autónomos de competencia tanto de la máxima autoridad al frente de un órgano que cumple funciones esenciales dentro del Estado de Derecho como es el Ministerio Fiscal como los ámbitos propios de decisión del Gobierno.

Durante la tramitación de la Ley 24/2007 se afirmó en muchas ocasiones que la supuesta causa objetiva de cese referente al “incumplimiento grave y reiterado de funciones” no era tal supuesto ya que la norma lo que venía era a reiterar el “respaldo jurídico para el cese por la pérdida de la confianza política”¹²³³. MARCHENA GÓMEZ ya se pronunció durante la tramitación de la citada Ley, considerando al respecto que “sería conveniente suprimir la causa de cese prevista en el apartado d) del art. 31.1...en

¹²²⁹ Manuel Marchena Gómez, “Un Fiscal General Independiente...”, Op.Cit.Pag.84

¹²³⁰ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag. 452.

¹²³¹ Joaquín García Morillo, “la Legitimación democrática del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.21

¹²³² Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag.453.

¹²³³ *Ibidem*, Pag.454.

el que se señala como causa de remoción el incumplimiento grave o reiterado de sus funciones...(y) que bajo ese enunciado se esconde un mecanismo jurídico con la suficiente ambigüedad como para mantener, con un atractivo formato, el actual estado de cosas.

Si como indica el propio art. 32.2, la apreciación del grado de cumplimiento o incumplimiento de las funciones del Fiscal General se residencia en el Consejo de Ministros, será al Gobierno al que corresponda interpretar, en cada caso, si la actividad del Fiscal General se está acomodando a lo que ese mismo Gobierno interpreta como la labor de un buen Fiscal General. Con la redacción propuesta, en aquellos casos en los que la máxima autoridad del Ministerio Público adopte alguna decisión que disguste al Gobierno que lo nombró, éste podrá decidir su cese alegando el incumplimiento de las funciones que le incumben como Fiscal General del Estado”¹²³⁴

BESTARRECHE BENGOA consideraba por el contrario, que ese “grave y reiterado” incumplimiento de sus funciones por parte del FG...habría de ser susceptible de tal calificación en términos jurídicos, lo que trasciende las meras actitudes o actividades que, en cumplimiento de sus funciones, puedan suponer la pérdida de confianza política del Ejecutivo en el Fiscal General del Estado. Habrán de ser conductas que bajo un estricto análisis jurídico imparcial permitan afirmar que ha incumplido sus misiones constitucionales y sus funciones legalmente atribuidas. En caso de una resolución judicial que no aprecie la concurrencia de semejantes conductas o actuaciones, el acto del Gobierno devendría nulo. A nuestro juicio la disposición citada es una nueva garantía jurídica ...que sin duda protege su estabilidad (la del Fiscal General del Estado)”¹²³⁵.

Sin embargo y pese al avance que ha supuesto la fijación de un periodo de ejercicio durante el cual no fuera suficiente la pérdida de la confianza política para que el Gobierno pudiera remover al Fiscal General¹²³⁶, sin embargo consideramos como así lo demuestra experiencias recientes en el panorama político de nuestro país, que esa dependencia personal que surge del marco que la Constitución ha dibujado de régimen cerrado de propuesta y nombramiento del Fiscal General por el Gobierno, hace difícil sustraerse a las presiones políticas del Ejecutivo para forzar la dimisión del Fiscal

¹²³⁴Manuel Marchena Gómez, “¿Un Fiscal General Independientes...? Apuntes críticos...”, Op.Cit.Pag.944.

¹²³⁵ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag.455.

¹²³⁶ Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit. Pag.943.

General del Estado y que sólo prácticas más saludables de respeto a los ámbitos de competencias de un órgano del Estado como el Ministerio Fiscal, pueden modificar esas conductas y someterse así al marco normativo estatutario del máximo representante de la Institución. Quizás haya que esperar a que la clase política de este país alcance mayores cotas de madurez y responsabilidad dentro del juego democrático y de convivencia ciudadana...al final todo se reduce a una cuestión de tiempo para que determinadas costumbres se asienten definitivamente porque nadie mejor que la Fiscalía del Estado para saber en qué momento actuar cuando el marco de la Legalidad ha traspasado determinados límites que son infranqueables. ¹²³⁷.

B. Responsabilidad Política del M.F. ante el Parlamento.

La Constitución de 1978 descartó un modelo de articulación parlamentaria del Ministerio Fiscal, opción que fue defendida durante los debates constituyentes por el grupo parlamentario socialista¹²³⁸. No obstante y reafirmando el planteamiento expuesto por MARCHENA GÓMEZ en torno a la responsabilidad política del Fiscal General del Estado, hay que volver a la idea de que a pesar de las frecuentes comparecencias del Fiscal General ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados y

¹²³⁷ Voz Populi.Com/Actualidad Nacional , 19-11-2014. En la prensa nacional se vieron titulares como este “El Gobierno no parece dispuesto a soportar la insumisión en la Fiscalía y está a punto de buscar un sustituto para Torres Dulce”. www.elpais.com, viernes 19-12-2014. Según un artículo publicado en uno de los medios de prensa nacional el Fiscal General del Estado, dimitió el pasado día 18 de diciembre del 2014, “tras un prolongado acoso del Gobierno” alegando razones personales aunque llevaba tiempo distanciado del Gobierno por sucesivos desencuentros. Su principal desavenencia se produjo en 2013 cuando apoyó al Fiscal del caso Bárcenas en su petición de cárcel para el ex tesorero del PP...La querrela contra Arthur Mas por el 9 N motivó el último enfrentamiento entre el Ejecutivo y Torres Dulce, cuya autonomía quedó en entredicho, debiendo imponerse a los fiscales catalanes contrarios a su pretensión...

¹²³⁸ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.226 y 328. El autor se manifiesta en estos términos: “ En efecto, la Constitución de 1978 pareció eliminar la alternativa de un Fiscal vinculado al Poder Legislativo siempre que ni en el artículo 124 ni en el título relativo a las Cortes Generales se hace referencia a tal vinculación fuera de la general colaboración entre los distintos poderes públicos y fuera también del particular deslinde de competencias en el marco de las Comisiones parlamentarias de investigación (art. 52 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 60 del Reglamento del Senado) ..la alternativa de un Ministerio Fiscal de naturaleza parlamentaria debía quedar en el terreno de la hipótesis o de las propuestas doctrinales de lege ferenda que, en todo caso implicarían ...una modificación constitucional. Sin embargo ahora...entre las tesis parlamentarias predomina la opinión de que es posible reforzar la vinculación entre el Parlamento y el Ministerio Fiscal a través de una reforma legal (del Estatuto Orgánico) sin necesidad de modificar el texto constitucional” . Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal..”Op.Cit.Pag. 194-194. Este autor propone “adicionar un segundo nivel de exigencia que buscara asegurar, más que la capacidad técnica del designable, su aptitud para el riguroso cumplimiento de los fines constitucionales atribuidos al Fiscal(...) la necesidad de rodear de la más absoluta legitimidad la orden emanada de la cabeza rectora de la institución, aconseja eliminar cualquier resquicio para el recelo o la fácil conjetura del verdadero sentir impulsor de aquella”.

los debates en clave ideológica por parte de los representantes de los grupos parlamentarios pidiendo la dimisión o censurando su actividad al frente de la Institución, lo cierto y “contradictorio” es que pese a todo, no pueden censurarlo ni controlarlo políticamente porque esa misión corresponde al Gobierno¹²³⁹.

Todas las teorías parlamentarias del Ministerio Fiscal que han sido planteadas dentro de la doctrina, tienen en opinión de FLORES PRADA, la ventaja del intento de superación de esa tradicional ambigüedad que siempre ha caracterizado a la Institución, pero aquella ventaja se “ torna oscura cuando se profundiza en su construcción jurídico-política y se miden los efectos de tal proposición”. Uno de los obstáculos que plantea el citado autor, deriva no solo del carácter constitucional del nombramiento del FG siendo un cargo de confianza del Gobierno y por tanto de carácter discrecional, sino que además y sobre todo está la inutilidad de la institución como instrumento de cooperación en determinadas líneas de la política interior como es la política criminal y además al ser el Parlamento un órgano de producción legislativa, esa naturaleza y su composición no permitirían garantizar la operatividad del Ministerio Público¹²⁴⁰.

En relación al control político de la actividad del Ministerio Fiscal, STÖTZEL, autor citado por FLORES PRADA, sostiene que si el Parlamento es responsable de este Fiscal Parlamentario habrá una discusión pública y los ciudadanos tienen así la oportunidad de comprender la decisión final y las estrategias que han llevado a esa decisión. Al mismo tiempo, la autoridad del Fiscal General estará legitimada democráticamente ante la opinión pública. Sin embargo FLORES PRADA sostiene ante esta tesis, que le parece más coherente que sea el Gobierno quien se responsabilice de la actividad del Fiscal ya no solo porque el control sobre su actividad queda garantizado por el control que realiza el Parlamento sobre el propio Gobierno sino porque además resulta más complicado que el Parlamento oriente la actividad del Ministerio Público, por lo que resulta más lógico que sea el órgano Ejecutivo quien se responsabilice de la actividad del Fiscal.¹²⁴¹

Tanto la Constitución como el EOMF han articulado mecanismos de interrelación entre las dos Cámaras Legislativas y el Fiscal General del Estado. Puede citarse así el art. 76 de la Constitución donde se prevé mediante una fórmula bastante genérica y de contornos difusos o al menos no muy precisos, en opinión de NARVÁEZ

¹²³⁹ Manuel Marchena Gómez, “¿Un Fiscal General Independiente...? Op.Cit.Pag.84

¹²⁴⁰ Ignacio Flores Prada, Loc.Cit.Pag.331.

¹²⁴¹ *Ibíd.*

RODRIGUEZ, la remisión al Fiscal General del Estado por parte del Congreso de los Diputados o del Senado del resultado de las investigaciones que las Comisiones ad hoc creadas para el seguimiento de asuntos de interés general, hayan aprobado para que el Ministerio Fiscal en el ámbito del proceso que corresponda adopte las iniciativas que considere oportunas. También el art. 10 del EOMF, establece un marco de colaboración entre las Cortes Generales y el Ministerio Fiscal a requerimiento de aquellas, contemplándose la comparecencia del Fiscal General del Estado para que informe de aquellos asuntos para los que haya sido requerido, así como el art. 9 del citado Estatuto Fiscal donde se dispone la remisión de una copia de la Memoria Anual a las Cortes Generales¹²⁴².

Al amparo del artículo 10 EOMF, las Cortes Generales pueden solicitar la comparecencia del Fiscal General del Estado, incluso respecto de aquellos asuntos en relación con los cuales el Gobierno no ha interesado de aquél ninguna actuación¹²⁴³.

Conforme al art. 109 CE¹²⁴⁴, el Ministerio Fiscal no responde políticamente ante el Congreso de los Diputados sino simplemente tiene el deber de informar a éste. En consecuencia, durante la comparecencia del Fiscal General del Estado y una vez que éste haya concluido su exposición informativa, las intervenciones de los diputados miembros de la Comisión no podrán proceder, ante la presencia del mismo, a la valoración o el enjuiciamiento político de la información proporcionada por el Fiscal sino exclusivamente a la formulación de preguntas o a la solicitud de aclaraciones.

La garantía del cumplimiento de este límite no corresponde a la Mesa de la Cámara, en la fase de admisión a trámite de la solicitud de comparecencia, (aunque la Mesa puede precisar al trasladar el escrito a la Comisión que la comparecencia en caso de celebrarse habrá de tener un carácter puramente informativo) sino a la Presidencia de la Comisión de Justicia e Interior durante el desarrollo de la sesión, en ejercicio de sus funciones de ordenación del debate¹²⁴⁵.

¹²⁴² Antonio Narváez Rodríguez, “ El Fiscal General del Estado y su relación...”, Op.Cit.Pag.544.

¹²⁴³ Informe de la Secretaría General del Congreso de los Diputados acerca de una solicitud de comparecencia del Fiscal General del Estado para informar sobre la actividad procesal del Ministerio Fiscal en un sumario determinado, Revista de las Cortes Generales, nº 15, 1988, Pag.235.

¹²⁴⁴ El art. 109 CE establece; “ Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquellas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas.

¹²⁴⁵ *Ibidem*.

Además, al no ejercer el Ministerio Fiscal funciones estrictamente jurisdiccionales, no puede admitirse a trámite una solicitud de comparecencia del Fiscal General del Estado al amparo del supuesto carácter jurisdiccional de la actuación de éste. En garantía de la independencia de los órganos judiciales en el ejercicio de sus funciones, no podrá admitirse a trámite una solicitud de comparecencia del Fiscal General en el caso de que ésta hubiera de versar sobre asuntos respecto de los cuales ya se hubiera incoado un procedimiento judicial¹²⁴⁶.

Las solicitudes de comparecencia del Fiscal General del Estado ante las Cortes Generales no habilita a éste a desconocer el deber de respetar el secreto sumarial, aunque en este punto concreto se pueden diferenciar dos supuestos: uno sería aquel en el que el asunto se encuentra afectado en su totalidad por el secreto sumarial en cuyo caso sería la Mesa de la Cámara la que deba velar por el respeto a éste, mediante la inadmisión a trámite de la solicitud. Si por el contrario, algún aspecto de la comparecencia no se encuentra afectado por ese principio de secreto de sumarial, procedería la admisión a trámite de la solicitud correspondiendo posteriormente a los órganos de la Comisión velar por su garantía, durante la celebración de dicha comparecencia¹²⁴⁷.

Pese a que los cauces de interrelación entre el Poder Legislativo y el Ministerio Fiscal son “meramente esporádicos y de perfiles difusos” tal como ha sido definido por NARVÁEZ RODRÍGUEZ, sin embargo y como también ha apuntado MARCHENA GÓMEZ¹²⁴⁸ y BESTARRECHE BENGOA¹²⁴⁹ con ocasión entre otros, del trámite parlamentario de comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso introducido en el art. 29 del EOMF, o bien como resultado de las comparecencias del Fiscal General a instancia de los distintos Grupos Parlamentarios o como resultado de las

¹²⁴⁶ *Ibíd.* Pag.236.

¹²⁴⁷ *Ibíd.*

¹²⁴⁸ Manuel Marchena Gómez, “¿ Un Fiscal General Independiente...?”, *Op.Cit.*Pag.84.

¹²⁴⁹ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, *Op.Cit.*Pag. 438. Según el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados , Sesión nº2 del jueves 8 de mayo de 2008, de la IX Legislatura, con ocasión de valorar los méritos del entonces candidato a FG Sr. Conde Pumpido-Touron, C. se produjo una intensa discusión en relación a la actuación del MF en torno a la Ley Orgánica de Partidos Políticos (LO 6/2002 de 27 de junio) única autoridad legitimada junto con el Gobierno – a través de la Abogacía del Estado – para instar el procedimiento de ilegalización de partidos políticos y de candidaturas presentadas en los procesos electorales, Ley que por otra parte y a lo largo de su andadura ha sido muy polémica permitiendo la ilegalización de candidaturas electorales por diversas causas ,alguna de ellas directamente delictivas relacionadas con el entorno de ETA, y en general con el que fue siempre el brazo político de la organización, y con el ilegalizado partido de Herri Batasuna. Según los portavoces de los diferentes partidos políticos presentes en la Comisión de Justicia, la actuación del Ministerio Fiscal y en particular de su representante fue calificada de modos muy distintos.

contestaciones escritas a preguntas presentadas por los Diputados dando cuenta así de las diferentes cuestiones que son propias de su ámbito competencial, se ha desarrollado a lo largo del tiempo un alto grado de relación institucional que ha superado la tímida regulación estatutaria con lo que la experiencia obtenida a lo largo del tiempo ha sido valorada muy positivamente.¹²⁵⁰

Retomando la idea ya apuntada en esta misma sede sobre el valor de la comparecencia parlamentaria del candidato a FG establecida en el art. 29 EOMF en virtud de la reforma operada por la Ley 24/2007, volvemos a considerarla como muy positiva siguiendo en este punto a BESTARRECHE BENGOA, dado que puede significar un cambio de orientación en la búsqueda de un respaldo parlamentario del candidato a Fiscal General del Estado. Porque a pesar de que la no aceptación del candidato por la mayoría parlamentaria no afecta a la validez del nombramiento por parte del Gobierno habría que preguntarse por el coste político de asumir un nombramiento sin más apoyos que el del Grupo parlamentario del Gobierno cuando éste no es mayoritario en la Cámara. Pues bien la comparecencia podría significar un primer paso hacia esa pretensión por parte no solo de los candidatos sino de los Gobiernos, de un apoyo parlamentario mayoritario. El mecanismo de la comparecencia aporta transparencia a las relaciones existentes entre los diferentes órganos del Estado, de cara a la ciudadanía y además aumenta la responsabilidad pública del Fiscal General y del propio Gobierno. Pero en cualquier caso, esta comparecencia no debe llevarnos a la consideración errónea de que la responsabilidad del Ministerio Fiscal deba ahora recaer en el Parlamento, ni de que el Fiscal sea ahora un órgano de extracción Parlamentaria ni que la relación preferente y directa haya de ser con el Parlamento. La culpa in eligendo e in vigilando debe continuar atribuyéndose en exclusiva al Gobierno¹²⁵¹.

¹²⁵⁰ Antonio Narváez Rodríguez, “ El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno...”, Op.Cit.Pag. 544.

¹²⁵¹ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pagg.444-448.

C. Responsabilidad Política del M.F. ante la Opinión Pública.

Según el investigador italiano GIOVANNI SARTORI, el concepto de opinión pública viene a ser ante todo un concepto político, pudiendo definirse como “un público o multiplicidad de públicos, cuyos difusos estados mentales (de opinión) se interrelacionan con corrientes de información referentes al estado de la res pública”¹²⁵².

Este concepto va íntimamente unido al sistema político del Estado, que no puede ser otro que aquel que se fundamenta en un régimen de Derecho, de tal forma que no existe opinión pública en Estados autocráticos. Algunos autores consideran, que precisamente una de las funciones que tiene asignada la opinión pública es la de vigilancia y control de la vida pública, por lo que podría afirmarse que democracia y opinión pública se necesitan y complementan mutuamente¹²⁵³. La opinión pública desarrolla una conciencia colectiva que participa, vigila y expresa sus puntos de vista sobre los temas de interés social. Como bien recuerda MONZÓN “los controles y manipulaciones y obstáculos que se pongan a la opinión pública, repercutirán necesariamente en el desarrollo democrático de la sociedad”¹²⁵⁴.

En el debate público en torno a esta institución, podría afirmarse que “...comparte su ascenso al estrellato con la mayoría de las piezas que integran la organización de la jurisdicción...”¹²⁵⁵, teniendo una influencia decisiva los medios y tribunas de opinión no demasiado especializadas, máxime cuando uno de los varios elementos de la situación de crisis en que se halla la Justicia, descansa precisamente en esa “deficiente definición normativa del Ministerio Público en sede constitucional” como así lo ha definido LÓPEZ AGUILAR¹²⁵⁶, y esa confusión en torno a su configuración institucional es preocupante precisamente, por la influencia de los medios de comunicación social. No cabe duda de que el Ministerio Fiscal como Institución tradicionalmente vinculada al funcionamiento de la justicia, ha ido emergiendo en los debates públicos, pero habría que colegir, que a la vista de cual fue nuestro punto de partida en comparación con nuestro entorno comparado, la asimilación de esta

¹²⁵² www.instituto.interamericano.de.derechos.org/comunidades/red_electoral, Pag. 2.

¹²⁵³ *Ibíd.*, Pag.9.

¹²⁵⁴ *Ibíd.*

¹²⁵⁵ Juan Fernando López Aguilar, “ La Justicia y sus problemas...”, *Op.Cit.*Pag 164.

¹²⁵⁶ *Ibíd.*Pag.157.

institución y de su significado jurídico político ha planteado y plantea dificultades de envergadura¹²⁵⁷.

Y es que uno de los principales problemas ha residido “prima facie”, en uno de carácter topográfico como es la ubicación en el Título VI de la CE, del art.124 donde se constitucionaliza al Ministerio Fiscal, como ha sido descrito por LÓPEZ AGUILAR¹²⁵⁸. No obstante habría que sostener, que nos encontramos ante un órgano cuyo primer rasgo definitorio es el de su carácter problemático, al haberse aunado en un mismo precepto, inserto a su vez en el Título VI de la CE, influencias contradictorias y de diferente sentido¹²⁵⁹.

El modelo actual de la Fiscalía en España y más específicamente, el régimen de designación del Fiscal General del Estado, ha forjado en la opinión pública la concepción ya no sólo de vinculación entre Ministerio Público y el Gobierno, sino de una dependencia de facto del máximo representante de la Institución a las instrucciones y directrices que emanan del Poder Ejecutivo, de manera que en determinados temas y cuestiones que puedan afectar al interés general o en los que aparezcan condicionamientos de carácter político que afecte al entorno del Gobierno o de las altas Instituciones del Estado, el Fiscal General se verá probablemente sometido a presiones de las que será muy difícil sustraerse¹²⁶⁰.

Cuando se observa y se estudia de cerca una institución como esta, pudiera parecer que el origen de todos sus males está en la figura del Fiscal General del Estado, y más concretamente en su proceso de designación que tiende a garantizar que la persona propuesta para el cargo se encuentre dentro de la sintonía ideológica del Poder Político, añadiéndose a esto las enormes facultades que ostenta ya no solo en la promoción profesional¹²⁶¹ de los miembros de la organización (el único cargo con poderes de

¹²⁵⁷ *Ibidem*. Pag.158.

¹²⁵⁸ *Ibidem*. Pag.161.

¹²⁵⁹ *Ibidem*. Pag.164.

¹²⁶⁰ Antonio Narváez Rodríguez, “ El Fiscal General del Estado y su relación...”, *Op.Cit.*Pag.541.

¹²⁶¹ En la actualidad, corresponde al Fiscal General del Estado la proposición al Gobierno (art. 36.1 EOMF) o el nombramiento directo (art. 36.3 y 4 EOMF) de:

- Todos los destinos correspondientes a la categoría primera.
- Los componentes de la Secretaría Técnica (1 Fiscal de Sala Jefe, 1 Teniente Fiscal y 9 Fiscales).
- Los Fiscales del Tribunal Supremo (9 Fiscales de Sala y 40 Fiscales).
- Los 17 Fiscales Jefes y 17 Tenientes de las Fiscalías Superiores de las Comunidades Autónomas.
- Los 53 de Fiscales Jefes de las Fiscalías Provinciales.
- Los Fiscales que integren la plantilla de todos aquellos órganos cuyo jefe pertenezca a la categoría primera. Es decir, todos los Fiscales destinados en :
 - La Inspección Fiscal (1 Fiscal de Sala Jefe, 1 Teniente Fiscal y 8 Fiscales).
 - La Unidad de Apoyo al FGE (1 Fiscal de Sala Jefe y 3 Fiscales).

dirección que ha quedado al margen de este sistema, es el de Teniente Fiscal de Fiscalía Provincial, que se proveerá mediante concurso entre funcionarios de la categoría, atendiendo al mejor puesto escalafonal según el art. 36.5 EOMF)), sino también en la estricta obediencia que todos los Fiscales deben al Fiscal General del Estado .¹²⁶²

El Ministerio Fiscal es un órgano del Estado, organizado en torno al principio de dependencia jerárquica. “...Esta es la fundamental diferencia entre Jueces y Fiscales. No tanto la naturaleza de las funciones encomendadas a cada cual, como la falta de independencia de los segundos”. “... Basta comparar el sentido de los arts. 12 y 417 LOPJ, que castigan disciplinariamente al Juez o Magistrado que osase corregir a sus inferiores en el orden jurisdiccional por la aplicación o interpretación del ordenamiento, frente a los arts. 62.2 y 66.2 EOMF que en cambio amenazan con la separación del servicio al Fiscal que desobedeciese las órdenes recibidas de sus superiores...”¹²⁶³.

Además, la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal, se ha visto potenciada tras la reforma estatutaria de 2007 modificando la estructura orgánica interna del Instituto¹²⁶⁴. “... con el falaz argumento de atender a la...especialización de funciones del Ministerio Fiscal”. Así, la Instrucción 11/2005 FGE, dispone que “ los principios de especialización y coordinación vertical serán los ejes del cambio organizativo del Ministerio Fiscal, y en particular de la Fiscalía General del Estado, para su consolidación institucional y orgánica”¹²⁶⁵.

-
- La Audiencia Nacional (1 Fiscal de Sala Jefe y 16 Fiscales).
 - La Fiscalía Antidroga (1 Fiscal de Sala Jefe y 13 Fiscales).
 - La Fiscalía Anticorrupción (1 Fiscal de Sala Jefe y 15 Fiscales).
 - El Tribunal Constitucional (1 Fiscal de Sala Jefe y 8 Fiscales).
 - El Tribunal de Cuentas (1 Fiscal de Sala Jefe y 4 Fiscales).
 - Y en cada una de las ocho Fiscalías Delegadas del FGE (en total 8 Fiscales de Sala y 16 Fiscales adscritos).

¹²⁶²<http://www.apifiscales.es/articulos-doctrinales/> El sectarismo en la Justicia. Judicatura y Ministerio Fiscal, Pag.16

¹²⁶³ *Ibíd.* Pag. 14. Este ha sido, como bien nos recuerda el autor del artículo, y como así se ha constatado en esta sede, el caso del Fiscal de A Coruña Juan Antonio Frago Amada, que fue sancionado con la separación del servicio por desobedecer las órdenes de su Fiscal Jefe.

¹²⁶⁴ *Ibíd.* Pag. 15. En todo el territorio nacional, se han intercalado varias estructuras jerárquicas verticales dentro de la organización general del Ministerio Fiscal, a cuyo frente se ha colocado a un Fiscal de Sala especialista (en plazas de nueva creación), del que directamente dependen los cincuenta y tres Fiscales Delegados provinciales, también designados discrecionalmente para cada una de ellas.

¹²⁶⁵ *Ibíd.* Pag. 14. Reflexiones extraídas del artículo “El sectarismo en la Justicia. Judicatura y Ministerio Fiscal”.<http://www.apifiscales.es/articulos-doctrina/>.

“En la actualidad, se ha procedido a parcelar la actividad funcional del Ministerio Fiscal con la intención de ofrecer un trato jurídico diferenciado a materias consideradas sensibles por el poder político; violencia de género; ordenación del territorio y medio ambiente; siniestralidad laboral; seguridad vial¹²⁶⁶ etc,...y al frente de estas materias sensibles se ha colocado a los Fiscales de Sala especialistas de los que dependen los 53 Fiscales Delegados provinciales designados de forma discrecional...”. Los Fiscales no son Jueces y tampoco existe un derecho al Fiscal natural pero los riesgos de parcialidad en el ejercicio de la acción penal que entraña la selección interesada de materias y funcionarios habrá de tenerse en cuenta, especialmente si, como parece, el Ministerio Fiscal ha de asumir la instrucción penal en un futuro próximo¹²⁶⁷.

El Estatuto del Ministerio Fiscal, después de sujetar a los Fiscales al principio de imparcialidad, no recoge unas reglas tasadas para distribuir la competencia entre los distintos componentes de la Fiscalía, ni después de asumida ésta, reconoce vinculación personal o profesional alguna entre los funcionarios y las causas o procedimientos que les fueron encomendados. Al contrario, sin sujetarse a grandes formalidades, los Fiscales pueden ser sustituidos por sus superiores en cualquier momento del procedimiento (art. 23 EOMF), y también pueden ser nombrados Fiscales especiales para actuar en un caso determinado (art. 26 EOMF), aun cuando éste tuviera lugar lejos del territorio de la Fiscalía en que se hallen destinados (art. 20 EOMF)¹²⁶⁸.

El panorama descrito que quizás el ciudadano de a pie desconoce, aun siendo una descripción esencial de la organización, conduce de forma inexorable a la conclusión de que “...nombrando a un Fiscal General del Estado de la absoluta confianza política del Gobierno...y de inequívoca adscripción ideológica al grupo dominante en cada momento...será quien desarrolle la labor de ajuste de la actividad procesal del Ministerio Fiscal a la particular forma de entender la Justicia que tiene el Gobierno, aprovechando los formidables medios de control de la Carrera Fiscal que se han puesto a la disposición del Fiscal General del Estado...”¹²⁶⁹.

¹²⁶⁶ *Ibídem.* Pag.15. La Instrucción 11/2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE, los denomina “Intereses especialmente comprometidos y con capacidad para evolucionar en función de necesidades concretas que se vayan planteando”.

¹²⁶⁷ *Ibídem.* Pagg. 15-16. **Reflexiones extraídas del artículo “El sectarismo en la Justicia. Judicatura y Ministerio Fiscal”.**<http://www.apifiscales.es/articulos-doctrina/>.

¹²⁶⁸ *Ibídem.* Pag. Pag. 15

¹²⁶⁹ *Ibídem.* Pag. 13.

TÍTULO QUINTO

PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA”.

Introducción.

El establecimiento de propuestas legislativas para una institución como el Ministerio Fiscal, tiene por objeto establecer las garantías legales precisas que la hagan merecedora del carácter de constitucional, en el sentido extenso del término. Y decimos “constitucional” porque el constitucionalismo como bien nos recuerda DIEZ PICAZO¹²⁷⁰ es separar y limitar. Y decimos esto último, porque el Ministerio Público en España, por la importancia de sus misiones, precisa de mayor autonomía operativa frente al Gobierno pero también es importante recordar que la ausencia de una regulación específica y concreta, frente a las eventuales responsabilidades penales y civiles en que puedan incurrir los Fiscales, convierten a la Institución en un órgano inadecuado para la defensa de la Legalidad por razones obvias. Y en esta última línea de razonamiento, es conveniente insistir en la necesidad de legislar, y esperemos que sea más pronto que tarde, en materia de procedimiento sancionador propio y específico para los Fiscales, zanjando definitivamente las continuas remisiones a la legislación orgánica judicial en lo tocante a esta cuestión.

Estos serían los principales puntos a tratar, conviniendo no obstante, hacer las siguientes precisiones. La actividad del Fiscal cercana casi siempre al ámbito jurisdiccional, es necesario que se ejerza con toda cautela, buscando siempre minimizar al máximo el margen de error, objetivamente considerado así como las posibles consecuencias. A todo poder corresponde un control y una responsabilidad para que no sea ejercido de forma tiránica porque siempre existe el riesgo de que se produzcan actos ilícitos. Existe la opinión generalizada de que es difícil declarar una eventual responsabilidad penal o civil del Fiscal, porque al final quien resuelva es el Juez quien con su decisión dirime la contienda en sede judicial. Basta traer a colación en este punto concreto el “caso Bardelino”, un caso antiguo en la historia de nuestra judicatura, acaecido en la segunda mitad de la década de los años 80 en la que dos jueces fueron absueltos del delito de prevaricación (dictar a sabiendas una resolución injusta como fue la puesta en libertad de

¹²⁷⁰ José María Diez Picazo, “ El Poder de Acusar...”, Op.Cit.Pag.184

Bardelino, un narcotraficante de la mafia siciliana) y en la que el Ministerio Fiscal dio el visto bueno al expediente en el que el Juez había decretado la libertad con fianza del narco napolitano. El Juez de la Sala Segunda de la Audiencia Nacional que había dictado la citada resolución, fue expulsado posteriormente de la carrera judicial por el Consejo General del Poder Judicial pero luego fue recuperado para la Judicatura y el Fiscal que había visado el expediente y que en teoría debería haber propuesto la citada resolución de libertad con fianza, confiando en el buen hacer del Magistrado, da el “visto” al citado expediente y no fue sometido a responsabilidad alguna por los hechos. Además durante el proceso contra los Jueces prevaricadores, el Ministerio Fiscal, pese a las pruebas presentadas, no incluyó el cohecho (soborno) a la acusación contra los Magistrados. Por tanto, de ello se concluiría en términos generales que las presuntas responsabilidades de los Fiscales vendrían de la mano más de las omisiones o de un “no hacer” que de las acciones, en el sentido de “hacer” dentro de su actividad procesal. Las Propuestas de “Lege Ferenda” o propuestas alternativas de reforma de la regulación positiva serían las siguientes:

A. En materia de Responsabilidad Penal.

Como ha quedado expuesto en este trabajo a cerca de la responsabilidad penal de los funcionarios fiscales, existe una evidente dificultad para catalogar las presuntas resoluciones arbitrarias de los Fiscales dentro del tipo penal del art. 404 del C.P de 1995, posición que es secundada por la mayor parte de la doctrina según DE RAMÓN FORNS¹²⁷¹.

No obstante lo anterior, en procedimientos de naturaleza netamente administrativa, tal como afirmaba GONZÁLEZ CUSSAC¹²⁷² no existe obstáculo alguno en considerar que al igual que los Jueces y Magistrados cuando intervienen en procesos dictando resoluciones no jurisdiccionales (subastas o expedientes disciplinarios), sería subsumible su presunta actuación dolosa dentro del tipo del 404 del C. P y no dentro de la prevaricación judicial, planteamiento que se hace extensible a los miembros del Ministerio Fiscal e incluso a Secretarios Judiciales.

¹²⁷¹ Ignacio de Ramón Fors; “ La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal”.Diario La Ley. Sección Doctrina. 2010. Pag.18

¹²⁷² Jose Luis González Cussacs ; “ El delito de prevaricación de Autoridades y Funcionarios...”. Op. Cit. Pag.94

También afirma el citado autor, la no inclusión de los miembros de la Carrera Fiscal y Secretarios Judicial en el delito de prevaricación judicial, afirmando categóricamente su indiscutida pertenencia como posibles sujetos del art. 408 del C.P.¹²⁷³.

En el ámbito doctrinal esta cuestión lejos de ser pacífica, ha dado lugar a diversas interpretaciones sobre el tipo penal aplicable al caso, siendo en realidad una cuestión compleja que tal como afirmara acertadamente OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO **“El Código Penal de 1995 no ha dado salida ni a través de su art. 404 ni en los correspondientes a la prevaricación judicial, a la cuestión planteada por la doctrina sobre la posibilidad de que los miembros de la carrera fiscal y los secretarios judiciales puedan cometer delito de prevaricación fuera de los supuestos en que resuelvan asuntos calificables de administrativos en sentido propio”**¹²⁷⁴ Este autor llega a afirmar la necesidad de creación de tipos penales que puedan resolver el problema “ tanto si se estima que este consiste en una importante dificultad interpretativa, cuanto, con más razón, si se concluye que deriva de una auténtica laguna legal. Algo como tampoco ha hecho, contra lo que cabía esperar el nuevo Código”¹²⁷⁵.

Otra corriente doctrina representada por LÓPEZ LÓPEZ sostiene, a modo de cajón de sastre, que sería aplicable a los miembros de la Fiscalía Española el tipo penal de la prevaricación administrativa regulada en el ya mencionado art. 404 del C.P dado que está vetada de forma expresa su entrada al tipo de prevaricación judicial (*“El juez o Magistrado que a sabiendas dictare resolución injusta...”* dice el art. 446 del C.P). Pese a ello es enormemente complicado hacer responsable a aquellos de sus resoluciones o actos antijurídicos que ocasionen un grave perjuicio a los derechos de los administrados, según el principio de ultima ratio que informa el Derecho Penal, por el ámbito del derecho en el que actúan que no es precisamente el Derecho Administrativo, pero sobre todo por ser funcionarios sui generis cuyas decisiones condicionan en gran medida las resoluciones del órgano jurisdiccional, ámbito en el que normalmente desarrollan su actividad¹²⁷⁶.

¹²⁷³ Ibidem.

¹²⁷⁴ Octavio de Toledo y Ubieta.” El Delito de prevaricación de los funcionarios públicos”. Diario la Ley. 1996. Pag2.

¹²⁷⁵ Ibidem. Pag.11.

¹²⁷⁶ Alberto Manuel López López. “ La Responsabilidad Civil...” Op.Cit.Pag.49-50

Atendiendo a la remisión que efectúa el artículo 60 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio del Poder Judicial de 1985, en lo concerniente al procedimiento de responsabilidad penal que se incoaría en causas contra fiscales, conviene hacer varias precisiones:

En primero lugar, del examen histórico realizado se desprendería que la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, concretamente sus artículos 406 y siguientes, mantienen el esquema fundamental de la responsabilidad penal¹²⁷⁷ establecido por la Ley Provisional de 1870 y por los Reglamentos Fiscales de 1927,1958 y 1969, aunque las reglas de competencia hayan cambiado, se haya suprimido el antejuicio¹²⁷⁸, o se haya ampliado la legitimación, (ahora los sujetos legitimados son muchos más) para iniciar el procedimiento, incluyéndose ahora la iniciativa del perjudicado u ofendido a través de querrela criminal o bien el ejercicio de la acción popular por cualquier ciudadano (querrela criminal). Y se mantiene dicho esquema de responsabilidades que podría ser calificado de ineficaz porque las posibilidades reales de que efectivamente respondan por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, han sido y son realmente escasas. Las razones han sido y continúan siendo:

a) En primer lugar, porque la responsabilidad penal nace por los delitos que cometan en el ejercicio sus funciones¹²⁷⁹. Respecto del delito de prevaricación administrativa ya comentado y su rechazo por la doctrina mayoritaria como tipo penal por el que se encauzarían las presuntas resoluciones arbitrarias dictadas por los fiscales, con las matizaciones ya aludidas sobre su intervención en asuntos netamente administrativos, en lo que respecta a la prevaricación judicial¹²⁸⁰, no se admite la autoría aunque es posible supuestos de inducción, de complicidad e incluso de cooperación necesaria, en la medida en que la resolución judicial injusta no puede dictarse sin una previa petición

¹²⁷⁷ Juan Montero Aroca, “ Independencia y Responsabilidad del Juez...” , Op.Cit.Pag. 208. Este autor sostiene que la responsabilidad penal de jueces y magistrados no ha sufrido cambio alguno ni después de la CE de 1978 ni después de la LOPJ de 1985 en tanto que éste se limita, alterando no obstante las reglas de competencia a mantener lo existente hasta el extremo de que los arts 405 a 410 LOPJ pueden calificarse de inútiles.

¹²⁷⁸ Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado a través de su Disposición Adicional 1ª, suprimió el antejuicio. La doctrina en este punto siempre estuvo dividida, defendiendo un sector de la misma su existencia dado que se trataba de un reforzamiento de garantías procesales necesario a fin de evitar un mejor funcionamiento de la función judicial y evitar maniobras contra los jueces. Otro sector considera que se trataba de una “suerte de recurso autodefensivo frente al exterior” (AndrésIbañez y MovillaAlvarez).

¹²⁷⁹ Juan Montero Aroca. “ Independencia y Responsabilidad del Juez”. Op.Cit.Pag.208.

¹²⁸⁰ ver supra290

injusta del fiscal. Pero además podrían cometer otros muchos delitos, que sin ánimo de ser exhaustivos podría citarse el delito de retardo malicioso en la Administración de Justicia, regulado en el art. 449 del C.P que viene a afectar a una garantía del proceso que no tiene que ver con la actividad jurisdiccional del poder judicial, sino más bien con la actividad prestacional de la Administración de Justicia como servicio público por lo que resulta lógico la ampliación del ámbito subjetivo del delito a los demás funcionarios que intervienen en la actividad procedimental, y no solo a jueces y magistrados.

No obstante no puede entenderse muy bien, por no decir que resulta del todo injustificado, la falta de equiparación, en lo que a este delito refiere, de los Fiscales, porque a ellos también les corresponde el impulso del proceso tal como se desprende del art. 124 de la Constitución así como del art.435 de la LOPJ, y del art. 3 de su Estatuto Orgánico (Ley 50/1981 de 30 de marzo) ¹²⁸¹.

b) Establece el artículo 406 de la LOPJ, que a los Jueces sólo se les puede exigir responsabilidad penal por los delitos o faltas cometidos en el ejercicio de sus funciones *“mediante providencia del Tribunal competente o en virtud querrela del Ministerio fiscal o del perjudicado u ofendido o mediante el ejercicio de la acción popular”*.

Trasladando esto a los miembros del Ministerio Fiscal, el ejercicio por los particulares sean o no perjudicados u ofendidos, requiere de querrela no bastando la simple denuncia del particular, considerada suficiente según lo establecido por el artículo 761¹²⁸² de la LECrim.

c) Los artículos 407 y 408 de la L.O.P.J establecen que cualquier Autoridad judicial (Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales) que tuvieran conocimiento a través de sus actuaciones de la posible comisión de un delito o falta por un Juez o Magistrado en el ejercicio del cargo, oyendo previamente al

¹²⁸¹ Precisamente una de las enmiendas del Proyecto del C.P propuso la inclusión en el art. 449.1, junto a los Jueces, de los Fiscales y Secretarios. La enmienda fue aceptada por la Ponencia pero decayó en el trámite parlamentario de manera que el texto final del C.P ya no hacía alusión expresa al Fiscal que habrá que incluirse en el tipo de retardo atenuado del art.449.4. María Inmaculada Ramos Tapia; “El delito de prevaricación Judicial” Monografía. Tirant lo banch. Valencia. 2000. Pag.478.

¹²⁸² Art. 761 de la LECrim:

1. El ejercicio por particulares sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo, habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II de esta Ley, expresando la acción que se ejercite. 2. Sin perjuicio de lo que se dispone en el párrafo anterior, al ofendido o perjudicado por el delito se le instruirá de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 de esta Ley y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela”. Alberto Manuel López López.; “La responsabilidad civil...Op.cit.Pag 47.

Ministerio Fiscal, deberán remitir en su caso al Tribunal competente los antecedentes necesarios.

Si esto se trasladara al supuesto en que sea un Fiscal el autor de un presunto delito, tendríamos que sería la propia Institución Fiscal, quien debe evacuar el informe que en su caso se solicite desde el Tribunal competente, sobre la procedencia o no de admitir a trámite la denuncia o simplemente archivarla, informe que en su caso habrá de interpretarse en el sentido de no impedir al órgano jurisdiccional conocer el fondo del asunto, con lo que se concluye que el contenido del citado informe no habrá de tener carácter vinculante para el Tribunal.

ALAMILLO CANILLAS¹²⁸³ se plantea en relación a este segundo informe, si realmente es necesario, habida cuenta de que la Autoridad remitente tuvo que haber oído al Ministerio Fiscal antes del envío de los antecedentes necesarios al Órgano Judicial competente, concluyendo que no procedería su solicitud.

d) Así mismo el artículo 409 legitima al Consejo General del Poder Judicial, al Gobierno o a cualquier otro órgano o autoridad del Estado o de una Comunidad Autónoma, que considere que cualquier Juez o Magistrado ha cometido un delito en el ejercicio de sus funciones, a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien si lo considerase interpondrá la correspondiente querrela o bien archivará la denuncia. Por tanto, si volviéramos a trasladar estos argumentos a cualquier miembro de la Fiscalía, sobre el que pesara las sospechas de la comisión de un ilícito penal, sería la propia institución fiscal la que debiera decidir en tales casos (art. 773.2 de la L. E. Crim y art. 5 EOMF).

Algún sector de la doctrina¹²⁸⁴ se ha cuestionado el hecho de que la responsabilidad penal de los Fiscales, se hace depender de alguna manera, de una decisión interna del propio Ministerio Público, entendiéndose en este punto que quien debe resolver “en primera instancia” sobre la cuestión es el superior jerárquico del inculpado como prevé el artículo 148.2 del Reglamento Fiscal de 1969. En una organización tan jerarquizada y tan cohesionada es difícil imaginar la transparencia y responsabilidad necesaria para que desde dentro de la organización se depure responsabilidades si efectivamente hubiera lugar a ello. Si el Ministerio Fiscal debe defender el interés general y procurar la satisfacción del interés social, por motivos de seguridad jurídica tiene que efectuarse las

¹²⁸³ Fernando Alamillo Canillas: “El Ministerio Fiscal...”. Op.Cit. Pag195

¹²⁸⁴ Alberto Manuel López López. “ La Responsabilidad Civil...”Op.Cit. Pag.49.

actuaciones de comprobación y de investigación necesarias en defensa de aquellos intereses.

Después de este análisis resulta evidente que existe una situación de desequilibrio. Existe un esquema de responsabilidades al que se encuentran sometidos los diferentes órganos integrados en las Instituciones del Estado y en concreto, los titulares que ejercen las potestades atribuidas a aquellos. El Ministerio Fiscal, como órgano de relevancia constitucional, y al que puede calificarse como uno de los poderes fácticos del Estado, no integrado en ninguno de los tres poderes clásicos, al menos en teoría, no puede permanecer en “esa situación fronteriza” en lo que a la exigencia de responsabilidades se refiere, máxime cuando el nuevo mapa constitucional competencial le atribuye funciones que van más allá de ser el promotor imparcial de la acción penal como órgano acusatorio del Estado atribuyéndole misiones que pudiéramos aglutinarse con el atributo de “defensor de la Legalidad”¹²⁸⁵. Pese a estos cambios y quizás fruto de su eterna indefinición o su falta de ubicación institucional, los miembros del M.F. continúan sin un régimen jurídico propio que regule su esquema de responsabilidades civiles y penales, situación que ha propiciado el que algún sector de la doctrina española haya calificado a sus integrantes como “...uno de los cuerpos más irresponsables del organigrama administrativo español”, ante la ausencia de controles externos de su actividad profesional¹²⁸⁶.

El Ministerio Fiscal no es Poder Judicial, pero coadyuva en el ejercicio de la función jurisdiccional, en esa administración de justicia que día a día se materializa en resoluciones judiciales dirimiendo conflictos entre terceros o simplemente, a través del ejercicio del “iuspuniendi”, sanciona aquellas conductas más antisociales y deleznable que puedan afectar a la sociedad. Y es precisamente en la esfera del Derecho Penal donde el Ministerio Fiscal tiene su mayor protagonismo sin desmerecer la actuación en las otras esferas del orden jurisdiccional, razón por la cual su situación respecto a las posibles desviaciones en el ejercicio de sus funciones ha de quedar perfectamente encuadradas y delimitadas sin que quepa opción a la impunidad.

¹²⁸⁵ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Ci. Pag. 194. El autor dice expresamente: “La defensa de la Legalidad, objetivo en que pueden fundirse las restantes misiones constitucionalmente asignadas al M.F, puede llegar a convertirse en algo más que un optimista desiderátum...”

¹²⁸⁶ Alberto Manuel López López; “ La Responsabilidad civil...”. Op.Cit. Pag.65. Andrés de la Oliva Santos, “Sobre el Ministerio fiscal y la instrucción del Proceso Penal”, El Derecho Procesal Español del S.XX a golpe de tanto; Coord. Juan Luis Gómez Colomer (entre otros), 2012, Pag.976.

Por ello se han defendido desde distintos sectores de la doctrina¹²⁸⁷, una modificación del “status quo” en el que se encuentran. En este sentido se podrían proponer algunas reformas:

- La primera propuesta iría encaminada a la creación de un tipo penal que tal como se ha defendido por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO¹²⁸⁸ englobaría o aglutinaría las actuales prevaricaciones judiciales y de los funcionarios públicos, en una sola norma al estilo de la Rechtsbeugung¹²⁸⁹ alemana, que pueda resolver los problemas que en la práctica se generan en especial por los miembros del Ministerio Fiscal dado que su actividad principal se ubica primordialmente en la esfera de la judicial, y que el actual artículo 404 del Código Penal vigente no ha resuelto el problema sobre si cometen o no prevaricación los fiscales y secretarios judiciales, cuando actúan fuera de la esfera estrictamente administrativa. Por tanto nos encontramos ante una cuestión de “lege ferenda”.
- Una segunda propuesta iría encaminada al mantenimiento de la acción penal del ofendido o perjudicado y de la acción popular sin que el mantenimiento de los actuales requisitos o condicionamientos de procedibilidad (necesidad de querrela) sean un obstáculo para ser parte en el procedimiento, de tal forma que se arbitre una fórmula legislativa similar a la establecida para el procedimiento abreviado, en el artículo

¹²⁸⁷ Entre los distintos autores que han defendido una modificación en el régimen de responsabilidades de los fiscales, habría que destacar a Alberto Manuel López López, que llega a afirmar la “completa ausencia de controles externos de su actividad profesional constituyendo uno de los cuerpos más irresponsables del organigrama administrativo español”. Alberto Manuel López López: “La Responsabilidad Civil, Penal y Disciplinaria del Ministerio Fiscal”. Op.Cit. Pag.65. Otros de los autores que abogan por una modificación del régimen establecido en el art. 404 del Código Penal, es Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, quien propone la creación de un tipo penal capaz de abarcar las actuales prevaricaciones judiciales y de los funcionarios públicos en relación a los supuestos problemáticos que plantea la prevaricación de fiscales y de los secretarios judiciales cuando actúan fuera de la esfera de lo estrictamente administrativo, cuestión que no ha quedado resuelta por el actual Código Penal a través de su artículo 404. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto; “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos”. Op.cit.Pagg. 10-11.

¹²⁸⁸ *ibid.*

¹²⁸⁹ El término alemán Rechtsbeugung significa prevaricación es castellano. La teoría a la que alude Octavio Ubieto se conecta con el debate que surgió en Alemania cuando la caída del muro del Berlín y los crímenes y delitos, entre ellos el de prevaricación de dos Procuradores Generales de la DDR, acaecidos en ese momento de transición y unificación de las dos Alemanias. Se planteo qué derecho penal aplicar a aquellos sucesos, aún vigente el régimen anterior, en un momento de fractura política (transición y reunificación). Para la investigación de los hechos se creó un órgano auxiliar de la Fiscalía del Estado (que descongestionara los órganos ordinarios de las Fiscalías). En este caso concreto, se recurrió por el Tribunal Territorial de Berlín, al artículo 315 de la Ley de Introducción al Código Penal que en virtud de su párrafo primero sería de aplicación el derecho de la DDR a los sucesos o casos allí acaecidos, sin embargo aquel quedaría sin efecto (la aplicación del Derecho de la DDR) cuando los hechos fueran punibles según el derecho vigente de la RFA. Kai Ambos/Nils Meyer-Abich. Doctrina Penal Rechtsbeugung. Revista penal nº 24. Año 2009. Pagg11-13.

761¹²⁹⁰ de la LECrim. no siendo necesaria la querrela para ser admitido como parte en el procedimiento¹²⁹¹.

Esta propuesta se fundamenta en la necesidad de que se eliminen el mayor número de trabas procesales, que impidan llegar al fondo de las denuncias que son archivadas en muchos casos por no tener la formalidad procesal exigida por la ley. Esto no supone convertir a los miembros de la Fiscalía, en diana de todo tipo de denuncias sin fundamento jurídico alguno.

Pero la realidad diaria de los Juzgados y Tribunales pone de manifiesto la existencia de denuncias contra funcionarios fiscales que son archivadas por falta de formalidad procesal.

Si de lo que se trata en primera y última instancia es de lograr la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, conjugar las formalidades procesales que exige la querrela con la simple denuncia, permite que los obstáculos que muchas veces dificultan el ejercicio de determinados derechos, en los términos en que se expresa el art.9.2 de la Constitución, no existan o al menos sean mínimos, garantizándose así que los principios constitucionales antes mencionados sean una constante en un Estado de Derecho.

Existe, como ya se comentado al inicio de este Título, la idea en cierta forma generalizada, sobre la dificultad de que los Fiscales puedan ser responsables penalmente por actos realizados en el ejercicio de sus actividad procesal. Formalmente, quizás resulte complicado dado el esquema de jerarquía al que se ve sometida toda su labor diaria al frente de los Juzgados y Tribunales, por los superiores jerárquicos que habrán de visar los escritos de calificación que ellos realicen, pero materialmente es posible que un funcionario fiscal decida retirar la acusación o desista de la petición de condena con anterioridad al juicio oral, debiendo en estos casos el Tribunal dictar una resolución de

¹²⁹⁰ El citado Art. 761 de la LECrim establece :

“1. El ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo, habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II de esta Ley, expresando la acción que se ejercite.

2. Sin perjuicio de lo que se dispone en el párrafo anterior, al ofendido o perjudicado por el delito se le instruirá de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 de esta Ley y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela”.

¹²⁹¹ Alberto Manuel López López. “ La Responsabilidad Civil...” Op.Cit Pag.48.

archivo o una sentencia absolutoria, expresándose en estos términos el art. 51 de la LOTJ, que obliga en estos supuestos al Magistrado Presidente a disolver el Jurado¹²⁹².

Así mismo y de acuerdo con el art. 642 de la Ley Procesal, el Ministerio Fiscal puede solicitar el sobreseimiento de la causa, que deberá ser decretada por el Tribunal, si no comparece querellante particular para sostener la misma, a pesar de las facultades que concede el art. 644 de la citada Ley al Tribunal, cuando viere improcedente la petición de sobreseimiento del Fiscal. También puede el Ministerio Fiscal, no hacer ninguna propuesta de prisión provisional o de imposición de fianza para el detenido, de acuerdo con lo establecido en el art.505.4 LECrim, con lo que el Tribunal deberá decretar la inmediata puesta en libertad del imputado. A todo esto se añade esa nueva posición del Tribunal Supremo¹²⁹³ según la cual, el órgano judicial queda vinculado a la pena concreta de las acusaciones y que en opinión de DOLZ LAGO suscita el interrogante de si esta nueva orientación no va a suponer un reforzamiento del poder de acusar del Ministerio Fiscal especialmente en los casos en que intervenga en solitario sin la presencia de otras acusaciones¹²⁹⁴. Además tenemos la dificultad añadida de que quien decide en última instancia es el Juez o Magistrado u órgano jurisdiccional, tal como ha reconocido la Sentencia de 28 de julio de 2009 (Rec. 864/2009) de la Audiencia Nacional, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 3ª quien vino a declarar que “la trascendencia procesal de tales actuaciones es la que resulte de las resoluciones judiciales que den respuesta a las peticiones de la acusación pública y en el caso de autos, los daños reclamados están vinculados con lo resuelto judicialmente”.

Otro supuesto de clara vinculación del órgano decisorio a la pretensión de la acusación oficial se produce en aquellos casos en que se sustituye la calificación provisional por la retirada de la acusación o bien por una petición de absolución una vez que el Tribunal habiendo presenciado la práctica de la prueba y formada la convicción absolutoria al respecto, no creándose en consecuencia contradicción alguna. El problema surge cuando el Tribunal había in mente previsto una sentencia condenatoria y con la retirada de la acusación surge el fenómeno de que elementos exteriores al Tribunal le han obligado a

¹²⁹² Pablo Lanzarote Martínez, “La Autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag. 110.

¹²⁹³ Ibídem, Op.Cit. Pag. 107. En virtud del Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional para la Unificación de Criterios de 20 de diciembre de 2006, matizado por otro posterior de 2007, rompiendo la línea jurisprudencial mayoritaria y tradicional que permitía al Tribunal imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones, viene a establecer justamente que el “ Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”.

¹²⁹⁴ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal ...”, Op. Cit. Pag. 109.

dar un contenido absolutorio a la sentencia contra su íntima convicción, naciendo una sentencia absolutoria como resultado de la decisión del Ministerio Fiscal sin que el Tribunal pueda acudir a los perjudicados ni reclamar en la escala jerárquica del Ministerio Fiscal ni proponer una nueva tesis en la que basar su futura sentencia puesto que el art.733 LEcrim, solamente es posible cuando entienda el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error lo que excluye la posibilidad de aplicación puesto que no puede haber error manifiesto en la calificación, faltando esta misma¹²⁹⁵. La facultad que establece el citado precepto implica, como ya ha reputado el Tribunal Constitucional, que ante el planteamiento de la tesis la parte acusadora asuma la posición activa en una nueva pretensión punitiva entendiendo en cualquier caso que el Tribunal de instancia ha realizado una simple invitación a la reflexión de los acusadores cuando éstos a juicio del Juzgador incurren en error en la calificación de los hechos. En cualquier caso, la vinculación del órgano jurisdiccional a la acusación se produce por virtud de las propias disposiciones legales y de la vigencia del principio acusatorio en su interpretación jurisprudencial, condicionando y determinado el sentido de la resolución judicial lo que unido a la circunstancia de ser el Fiscal la única acusación en la mayor parte de los casos, supone en la práctica atribuirle un poder de decisión de enorme trascendencia en la persecución de la criminalidad. Se hace totalmente indispensable reforzar la autonomía del Ministerio Público para evitar una utilización interesada del ejercicio de la acción penal cuya titularidad de facto ostenta en la práctica, garantizándose así la pervivencia del Estado de Derecho. Sospechas de parcialidad en la actuación del Ministerio Fiscal han existido y aún hoy continúan existiendo ante comportamientos abstencionistas o de retirada de acusación calificadas de desconcertantes o de defensa a ultranza de posiciones que incluso sorprenden a los propios órganos jurisdiccionales, conductas que han sido atribuidas a órdenes concretas del Ejecutivo¹²⁹⁶.

¹²⁹⁵ *Ibíd.* Pag.111. Como dice la STS de 4 de julio de 1990 el principio acusatorio impide al juzgador condenar por un delito distinto del que teniendo previa información el acusado, hubiera sido objeto de acusación formal. Y en este supuesto concreto el Ministerio Fiscal, única parte acusadora retiró la acusación que provisionalmente mantenía respecto al presunto delito de omisión del deber de socorro con lo que al retirar la acusación impidió al Tribunal juzgador conocer y condenar por el mismo. Solo a través del art. 733LEcrim. puede al Tribunal de instancia condenar si el Ministerio Fiscal hubiera asumido en vista de esta invitación esta calificación.

¹²⁹⁶ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, OP.Cit.Pag. 113. **La sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 23 de marzo de 2007 absolvió a un dirigente de la ilegalizada Batasuna, por exigencias del principio acusatorio, ante la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal que actuó como única parte acusadora a pesar del convencimiento de culpabilidad del Tribunal sentenciador expresado en la propia sentencia y que motivó un aluvión de críticas en**

Por todo ello, consideramos que una forma de corregir el vacío legal existente consiste en tipificar penalmente estas conductas de los Fiscales, por la particular trascendencia que tienen sus decisiones para el proceso, al tratarse de actos decisivos, que han de ser forzosamente estimados por el órgano judicial. Por tanto, estamos ante una cuestión de “lege ferenda” sobre la que necesariamente habrá de legislarse, por razones de la seguridad jurídica.

B. En materia de Responsabilidad Civil.

Del análisis del régimen jurídico del instituto de la responsabilidad civil de los miembros del Ministerio Fiscal, se concluye que **en teoría existen dos vías para su exacción**; La primera de ellas vendría representada por la decisión del demandante de dirigir su pretensión de demanda civil directamente contra el funcionario fiscal. Este sería el supuesto en que se ejerce la acción civil conjuntamente con la penal en supuestos de comisión de delitos en el ejercicio del cargo. Estaríamos entonces ante la denominada responsabilidad civil “ex delicto”, que seguiría los trámites de la L.E.Crim. (arts. 100 y 110 al 117) de acuerdo con lo establecido en el C.P (arts. 109 al 122) o bien se podría ejercer la acción civil con posterioridad y por separado, con la oportuna reserva de acciones. Dentro de esta vía estaría esa otra posibilidad de dirigir la pretensión igualmente contra el fiscal a fin de lograr el resarcimiento de daños causados en el curso de un proceso principal, y con ocasión del ejercicio de sus funciones. Aquí rigen las normas materiales de la LOPJ de 1985 en conjunción con la normativa reglamentaria, más de carácter adjetivo, de los arts. 138 a 147 del Reglamento Fiscal de 1969¹²⁹⁷, en todo aquello que no contradiga ni al E.O.M.F. de 1981 ni a la LOPJ de 1985 cuyas disposiciones en materia de responsabilidades civiles rigen directamente,

determinados sectores sociales, políticos y académicos de nuestro país centradas en la actuación del Fiscal como parte de una estrategia de negociación política con la banda terrorista ETA. Así mostro su parecer Montero Aroca “Precisamente en estos días (mes de marzo de 2007) estamos viendo cómo el Ministerio Fiscal adopta actitudes de sumisión al Gobierno y toma decisiones de no acusar o de pedir absoluciones que llegan a causar perplejidad a quienes creemos de buena fe que la misión del Fiscal es la que dispone la Constitución, promover la acción de la justicia y no dificultarla o impedirla”

¹²⁹⁷ La Disposición Final Segunda del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece que en tanto no se dicte un nuevo Reglamento, seguirá aplicándose el hoy vigente en lo que no se oponga a la presente Ley.

aplicándose de forma analógica en cuanto les resulte de aplicación de acuerdo con el art. 60 del Estatuto Fiscal.

La segunda vía vendría a estar constituida por la posibilidad de demandar directamente al Estado en base a su responsabilidad patrimonial, que después en vía de regreso podrá repetir contra el funcionario fiscal¹²⁹⁸. El art. 106.2 de la Constitución establece; *“Los particulares...tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos....siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. Así mismo el art. 139.1 de la ley 30/1992 de 26 noviembre establece: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*. La referencia expresa a estos artículos se hace en base a la remisión del art. 138 del Reglamento Fiscal de 1969 que establecía la responsabilidad patrimonial del Estado, en los términos del ex art. 32 de la derogada LRJAE de 20 de julio de 1957.

Y esta es la postura mantenida por MONTERO AROCA¹²⁹⁹, según la cual el Ministerio Fiscal no forma parte del Poder judicial y no tiene atribuida funciones jurisdiccionales, por lo que la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez de acuerdo con el art. 121 de la Constitución no es de aplicación en estos supuestos. Según el citado autor no puede confundirse dos cosas distintas; “...Por un lado funciona la responsabilidad patrimonial de la Administración con base en los actos del Ministerio Fiscal y por otro lado, la responsabilidad civil y penal de sus miembros...de acuerdo con lo establecido en la LOPJ para Jueces y Magistrados”. Siendo además la postura mantenida por la doctrina mayoritaria.

¹²⁹⁸ El art. 145 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, dispone lo siguiente: “Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. 2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

¹²⁹⁹ Juan Montero Aroca. La Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial. Edit. Tecnos.Madrid.1988. Pag.106.

Otro sector de la doctrina representado por LÓPEZ LÓPEZ¹³⁰⁰, residencia la responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación del Ministerio Fiscal dentro del Título V de la LOPJ (arts.292 a 297) ya no solo por su ubicación Constitucional, sino por el carácter con que lo define el art. 2 de su Estatuto Orgánico, y además porque la actuación de los fiscales puede provocar “un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia u ocasionar un daño objetivamente indemnizable”. En esta línea puede citarse la sentencia de la Audiencia Nacional, SAN 4048/2014 N° de Recurso 105/2012, Sala de lo Contencioso- Administrativo, cuyo Fundamento de Derecho número 4º, establece entre otros el siguiente tenor literal:

“La Sala se ha pronunciado en otras ocasiones en términos semejantes, recordando que las decisiones adoptadas por el Ministerio Fiscal tienen trascendencia en el marco de la responsabilidad patrimonial en tanto tienen un reflejo en jurisdiccional, y así remarca que:

El Ministerio Fiscal aparece integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, pero en el caso enjuiciado no nos encontramos con una actuación autónoma e independiente del mismo desmarcada de las funciones jurisdiccionales pues aunque, en lo que respecta al proceso penal, le corresponde ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda, e intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, la trascendencia procesal de tales actuaciones es la que resulte de las resoluciones judiciales que den respuesta a las peticiones de la Acusación Pública y en el caso de autos los daños reclamados están vinculados con lo resuelto judicialmente”; de ahí que las reclamaciones deban encauzarse por la vía del error judicial (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 28 Julio 2009 , rec. 864/2007). En igual sentido, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 11 Septiembre 2014, Rec. 217/2013 ; Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 24 Noviembre 2009, rec. 378/2007.

¹³⁰⁰ Alberto Manuel López López; “La Responsabilidad civil...”. Op.Cit. Pag. 2

Continúa la Sentencia en sus Fundamentos de Derecho 2º y 3º manifestándose en los siguientes términos:

“Igual suerte ha de correr la segunda causa de imputación de responsabilidad patrimonial, ya que entramos dentro de las competencias del Ministerio Fiscal, que tiene autonomía funcional en el Poder Judicial, y la discrepancia de criterio entre el Ministerio Público y la parte, no se integra en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino en el del error judicial.

TERCERO.-La Constitución Española, después de recoger en el artículo 106.2 el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, contempla de manera específica en el artículo 121 la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, reconociendo el derecho a ser indemnizado en los daños causados por error judicial o consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El Título V del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 desarrolla en los artículos 292 y siguientes el referido precepto constitucional, recogiendo los dos supuestos genéricos ya citados de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, e incluyendo un supuesto específico de error judicial en el artículo 294, relativo a la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento libre por inexistencia del hecho. En el caso enjuiciado se cuestionan las resoluciones judiciales que establecieron la situación procesal de Eduardo y de Luis Alberto: si fue acertada la decisión de no procesar al primero, y de no pedir la extradición del segundo en determinado momento por parte del Ministerio Fiscal; lo que, a juicio de las demandantes, provocó la declaración de prescripción, con la consiguiente extinción de la responsabilidad penal y sobreseimiento libre. La demanda se desenvuelve, por tanto, dentro del marco del error judicial, supuesto distinto del funcionamiento anormal.

El funcionamiento anormal abarca, por su parte, cualquier defecto en la actuación de los juzgados y tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades. Del funcionamiento anormal se extrae un supuesto específico, el de error judicial, para seguir un tratamiento jurídico separado. No cabe duda de que, como dice la sentencia de 17 de febrero de 1999, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia está sujeto en nuestro

ordenamiento jurídico a un tratamiento diferenciado respecto del error judicial. Mientras la indemnización por causa de error debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, a tenor del artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , la reclamación por los daños causados como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no exige una previa declaración judicial, sino que se formula directamente ante el Ministerio de Justicia, en los términos prevenidos en el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ».

Por tanto, los daños reclamados inicialmente y vinculados a la actuación del Ministerio Fiscal (falta de petición de extradición) deben de reconducirse a la vía del error judicial en tanto que las decisiones de los fiscales tienen trascendencia con lo resuelto por la Sala, por lo que dichos daños habrán de encauzarse por la vía indicada.

El art. 63 de la Propuesta de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal elaborada por la Fiscalía General del Estado en septiembre del 2014, incluía el citado precepto cuyo tenor literal era el siguiente:

“1.-Los daños y perjuicios causados por los Fiscales en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas darán lugar, en su caso, a responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sin que, en ningún caso puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquellos.

2.- Si los daños y perjuicios provinieren de dolo o culpa grave del Fiscal, la Administración General del Estado, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, podrá exigirle a aquel, por vía administrativa a través del procedimiento reglamentario establecido, el reembolso de lo pagado sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que el Fiscal pudiera haber incurrido, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.

3.- Para la apreciación del dolo o culpa grave del Fiscal se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo que fuere de aplicación y, de modo subsidiario, a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

De cualquier forma, tal y como ya se ha comentado, una cosa es la responsabilidad directa y objetiva del Estado por los actos del Ministerio Fiscal y otra muy distinta la responsabilidad penal y civil de los Fiscales y la exigencia de ésta por el particular perjudicado. Si el ciudadano decide optar por dirigir directamente su acción contra el

Estado, no precisará demostrar la existencia de culpa para lograr la reparación del daño causado. Pero en cualquier caso, ya sea la causa de imputación el error judicial o el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, lo verdaderamente cierto es que nos encontramos ante la delimitación concreta del art. 121 CE y su desarrollo en la LOPJ (292 a 297) y por tanto ante la responsabilidad patrimonial del Estado- Juez¹³⁰¹. Ello demuestra que con la actual regulación es difícil encauzar de forma autónoma, los daños reclamados y vinculados inicialmente a la actividad del Fiscal, de la propia resolución judicial a la que trascienden los mismos. MONTERO AROCA¹³⁰² distingue un supuesto en el que los daños se producen por la actuación de la Policía Judicial obedeciendo órdenes del Ministerio Fiscal, debiendo encauzar la reclamación patrimonial de acuerdo con las normas de la responsabilidad general de la Administración Pública del art. 106.2 CE.

Los miembros del Ministerio Fiscal, disponen en la actualidad, de un esquema normativo en virtud del cual se les podría exigir **en teoría**, las responsabilidades civiles derivadas de las actuaciones dolosas o culposas en las que puedan incurrir con ocasión del ejercicio del cargo, pero como ha podido constatarse, antes y ahora, la posibilidad de plantear una demanda de responsabilidad civil a un Fiscal, en la práctica resultaría muy complicado, cuanto más, su admisión a trámite dado que como ya se ha podido constatar en el epígrafe correspondiente de este trabajo, las exigencias de procedimiento no encajan con la naturaleza de los actos de la Fiscalía que como se comentó en esta sede, no admiten entre otras cuestiones, el régimen de recursos que sigue exigiendo la normativa vigente, puesto que las normas materiales de la LOPJ de 1985 mantienen la misma exigencia así como la firmeza de la resolución que ponga fin al proceso(art.413.1LOPJ).

Antes de la Constitución de 1978, se podía afirmar que la institución de la responsabilidad civil por negligencia o ignorancia inexcusable resultaba totalmente ineficaz en el ámbito de la Magistratura dada la dificultad de probar la culpa grave por las exigencias del Tribunal Supremo como quedó reflejado a través de su Jurisprudencia. Durante la vigencia de la LOPJ de 1870 en los primeros años de su aplicación, el Tribunal Supremo hacía una interpretación amplia de la responsabilidad civil, pero con el paso del tiempo se transforma en la exigencia de rígidos requisitos que

¹³⁰¹ Juan Montero Aroca, "La Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial", Op.Cit.Pag. 129.

¹³⁰² Ibídem, Pag.107

hacían ilusoria cualquier pretensión de resarcimiento¹³⁰³, y que en palabras de MONTERO AROCA dichos requisitos procesales (que no constituían verdaderas restricciones) sirvieron a la Jurisprudencia para “tirar balones fuera”¹³⁰⁴. El Tribunal Supremo sentaba la doctrina de que la negligencia o ignorancia inexcusable exigían “un precepto claro y preciso que no podía ofrecer dudas ni dificultades de interpretación” de tal manera que desde el momento en que un precepto admitiera un interpretación distinta a la usual no podía haber negligencia o ignorancia inexcusable, llegando al absurdo de censurar la interpretación y aplicación de la norma para luego decir que el precepto no era del todo claro y que por tanto la interpretación era posible con lo que se justifica cualquier actuación judicial¹³⁰⁵. Para los miembros de la Carrera Fiscal supuso tan sólo una trasposición de un régimen especial pensado para Jueces y Magistrados produciéndose de nuevo esa “perezosa o inercial remisión según LÓPEZ AGUILAR¹³⁰⁶, a la legislación judicial a esa tradición continuista de asimilación de los miembros de la Carrera Fiscal con los miembros del Poder Judicial.

Ya con posterioridad a la Constitución de 1978, en opinión de OLIVA BLÁZQUEZ “a la vista de los resultados concretos revelados por la práctica jurisdiccional, no resulta nada extraño que la doctrina especializada haya considerado desde hace mucho tiempo que la institución de la responsabilidad judicial es un instrumento ineficaz e insuficiente, que sólo conduce a un sistema en el que la “casi total inviolabilidad judicial es un hecho” y en el que el “juez es civilmente irresponsable en la práctica”. Incluso, se ha dicho que es preferible consignar claramente que no existe responsabilidad a sentar que existe y poner obstáculos a su realización, porque aquello sería un criterio, una opinión, y esto es un fraude. En definitiva, la existencia de las limitaciones materiales y formales establecidas por la jurisprudencia unida a una más que evidente interpretación restrictiva ha acabado dando lugar en la práctica a una irresponsabilidad civil fáctica de los Jueces y Magistrados”¹³⁰⁷.

¹³⁰³ María Luisa Atienza Navarro, “La responsabilidad civil del Juez...” Op, Cit, Pag.59-60. Ver nota 105.

¹³⁰⁴ Juan Montero Aroca; “Independencia y Responsabilidad del Juez”. Op.Cit.Pag.103.

¹³⁰⁵ Ignacio Diez Picazo; “ Poder Judicial...) Op.Cit. Pag. 37-38.

¹³⁰⁶ Juan Fernando López Aguilar, “ la Justicia y sus problemas...”, Op.Cit.Pag.204.

¹³⁰⁷ Francisco Oliva Blázquez, “ Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable” Revista para el análisis del Derecho, InDret, Pag. 46

El Ministerio Fiscal requiere de un régimen de responsabilidades distinto al establecido para Jueces y Magistrados porque distintas son sus funciones y posición dentro del proceso. Es necesario un régimen de control específico, porque en un Estado de Derecho, cualquier órgano del Estado cuyos titulares con asignación de poderes y competencias, no pueden quedar al margen de un riguroso régimen de exigencia de responsabilidad ante cualquier desviación en el ejercicio de aquellas.

El Ministerio Fiscal en España, se ha mantenido durante más de un siglo, con un régimen de responsabilidades que no era el suyo propio; A comienzos del S.XIX los Fiscales tenían un tratamiento muy similar a los Magistrados del Tribunal Supremo pudiendo citarse como ejemplo el Reglamento de Audiencias y Juzgados de 1813 en cuyo art. 25 se estableció que los Fiscales tenían voto para dirimir las discordias que pudieran surgir en las causas de las que conocían las Sala del Tribunal, e incluso en el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, en cuyo art. 78 se reconocía idéntica facultad para “votar como Jueces” en aquellos negocios en los que no sean parte, o bien que asistieran a las salas del Tribunal como Jueces cuando no hubieran número suficiente de “ministros”¹³⁰⁸, y de esta forma “era comprensible” que un mismo régimen de responsabilidades fuera común para ambos, e incluso que su régimen estatutario se incluyese dentro del Título XX de Ley Orgánica de 1870 con la denominación “*Del Ministerio Fiscal*” que estuvo vigente en nuestro país hasta 1985. En el pasado (no tan lejano) hay que encontrar el por-qué de una situación que se mantiene todavía en pleno S.XXI. Pero lo que no es admisible de ningún punto de vista es que dado el nuevo marco de funciones y competencias que atribuye el art. 124 de la Constitución al Ministerio Público en España, las responsabilidades civiles y penales de los fiscales se encuentren con “esa inercial remisión” que les convierte como ya dijera un sector de la doctrina¹³⁰⁹ en “un órgano absolutamente irresponsable frente a terceros, o lo que es lo mismo, los Fiscales actúan profesionalmente ante los Tribunales de Justicia en la más completa de las impunidades patrimoniales”.

¹³⁰⁸ Cándido Conde Pumpido Ferreiro; “ El Ministerio Fiscal ...”. Op.Cit. Pag.32 .En el Reglamento de 26 de mayo de 1834 se disponía la equiparación entre los Ministros del Tribunal Supremo y los Fiscales, pudiendo asistir estos últimos a las Salas del Tribunal como jueces cuando no hubieran número suficiente en la Sala.

¹³⁰⁹ Alberto Manuel López López; “ La Responsabilidad Civil...”. Op.Cit. Pag.3.

Porque como plantea un sector de la doctrina procesalista¹³¹⁰, el debate actual sobre la “instrucción a los fiscales exige no seguir ignorando el problema de la desproporción entre el enorme poder actual del Ministerio Fiscal y la extrema dificultad de exigirle responsabilidades (jurídicas) efectivas, con lo cual si nada se dice de los cambios que necesariamente habrán de acompañar a lo que con tanto afán se persigue como es la instrucción de los Fiscales habría que concluir que es una cuestión o deslumbrante fenómeno de pura política menor, de puro interés político- partidista, de controlar la justicia penal, desde el poder, porque lo exigible y serio en estos casos es establecer un equilibrio entre poder y responsabilidad”.

C. En materia de Procedimiento Sancionador

Después de la Constitución de 1978, tanto desde la propia Fiscalía General del Estado como desde sectores de la Doctrina científica, se llegó a denunciar de forma reiterada, la necesidad de elaborar un nuevo Reglamento que desarrollara el actual marco Estatutario de los miembros del Ministerio Fiscal. En el mes de octubre de 2011, fue elaborado un Informe por parte del Consejo Fiscal sobre un borrador de Proyecto de Reglamento, remitido desde la propia Secretaria de Estado de Justicia. El citado borrador fue remitido desde la Inspección Fiscal, a todos los Fiscales Jefes de Sala, Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas y Fiscales Jefes de Fiscalías Provinciales y de Área, a fin de que realizaran todas aquellas observaciones que considerasen oportunas al texto del Proyecto y que fuera reflejo del análisis que cada una de esas Fiscalías pudiera realizar al mismo. Posteriormente en el mes de septiembre de 2014, el Pleno del Consejo Fiscal estudiaba una propuesta para modificar el Estatuto del Ministerio Público con el fin de adaptar su régimen disciplinario al de los jueces y magistrados. En ambos casos, se hacía especial referencia al régimen disciplinario de los miembros del Ministerio Público. En el primero de los textos citados, se dice textualmente: “...No regula el Estatuto propiamente el procedimiento sancionador pues el artículo 68 se limita a disponer que la sanción de advertencia podrá imponerse de plano, previa audiencia del interesado. Para la imposición de las restantes, será

¹³¹⁰ Andrés de la Oliva Santos, “Sobre el Ministerio Fiscal y la Instrucción...”Op.Cit. Pag.983.

preceptiva la instrucción de expediente contradictorio, con audiencia del interesado y salvo estas referencias a la audiencia y carácter contradictorio nada se dice sobre cómo haya de ser tal expediente. Tal ausencia de normas procedimentales no puede entenderse cubiertas por el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1969, Reglamento que si bien dedica su Título V a la responsabilidad del Ministerio Fiscal, y más concretamente su Capítulo Primero a las correcciones disciplinarias, la mera lectura de sus preceptos evidencia la necesidad de una regulación ex novo”¹³¹¹.

El segundo de los textos aludidos, es decir el Proyecto de Reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, elaborado por la Fiscalía General del Estado en septiembre de 2014, establecía que por razones de urgente necesidad era necesaria la entrada en vigor inmediata del Régimen de responsabilidades de los miembros del Ministerio Fiscal para ajustarlo a lo expresado en el anteproyecto para los Jueces así como para regular el Régimen Disciplinario de los miembros de la Institución. Resulta obvio admitir, que el sistema disciplinario de los miembros la Carrera Fiscal requiere de cambios sustanciales que comienzan con el establecimiento de un procedimiento sancionador propio para esta Institución que evite la dispersión normativa y por tanto que sea superadora de esa “eterna remisión a la LOPJ”. Esta propuesta finalmente no llegó a prosperar.

Por tanto, el primer problema consiste en identificar las fuentes inspiradoras a las que hay que acudir para tramitar los procedimientos y expedientes disciplinarios, especialmente ante la vía que abre la Disposición Adicional del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal al disponer que en materia de responsabilidad de los miembros de la Carrera Fiscal, será de aplicación supletoria lo dispuesto para Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A su vez, la Disposición Final Segunda del citado Estatuto, establece que en tanto no se dicte un nuevo Reglamento, seguirá aplicándose el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1969, en lo que no se oponga a la presente Ley.

Además habría que considerar la aplicación de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concretamente de sus artículos 35 y 135 como normas o principios generales informadores que habrán de presidir la actuación de las Administraciones Públicas.

¹³¹¹ www.Fiscal.es, “Informe del Consejo Fiscal...”, Op.Cit. Pag.54.

Los artículos 24.2 y 25.1 de la Constitución, donde se regulan respectivamente el derecho a la presunción de inocencia así como el Principio de Legalidad Penal, que tal como afirma LÓPEZ LÓPEZ, se extiende a todo el ámbito de la actividad punitiva del Estado, incluido el derecho disciplinario (STC 77/1983, de 3 de octubre)¹³¹².

La remisión a la citada Ley 30/92 de 26 de noviembre, también debe hacerse respecto de los artículos 42.2, 44.2, y 92.2 y 3 que establecen con carácter general, el plazo de caducidad aplicable a los expedientes administrativos, aplicable también a los disciplinarios así como los supuestos excepcionales que permiten la interrupción de los plazos¹³¹³.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su Título III, Capítulo III, comprensivo de los artículos 423 a 427, donde se regulan los aspectos procedimentales de la responsabilidad disciplinaria. También habría que acudir, como regla de carácter general, al artículo 415, en sus apartados 2 y 3 de esta Ley.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en sus artículos 61 a 69 establece los aspectos sustantivos de esta responsabilidad.

Con carácter supletorio, podría citarse el Real Decreto 796/2005 de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia, y que según informó el Consejo Fiscal al proyecto de Reglamento de la Carrera Fiscal en 2011, era una de las fuentes a la que se acudía en la práctica, junto al resto de las normas citadas, a la hora de tramitar los expedientes y procedimientos disciplinarios¹³¹⁴. De este R. Decreto 796/2005, destaca la aplicación del artículo 4, en su apartado 2º, como regla de carácter general así como la aplicación de los artículos 28 a 36, en lo relativo a la sustanciación del procedimiento sancionador. También y con el mismo carácter supletorio sería de aplicación las normas previstas en el Real Decreto 33/1986 de 10 de enero por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (última modificación a 31 de diciembre de 1991)¹³¹⁵.

¹³¹² Alberto Manuel López López, “Fiscales y régimen disciplinario...”, Op.Cit. Pag.294.

¹³¹³ www.fiscal.es/documento/ConsejoFiscal/, “Informe del Consejo Fiscal...”, Op.Cit.Pag.55 y 65

¹³¹⁴ www.fiscal.es/documento/ConsejoFiscal/, “Informe del Consejo Fiscal...”, Op.Cit.Pag.55.

¹³¹⁵ Alberto Manuel López López, Loc.Cit.

La Ley Orgánica 4/2013 de 28 de junio de reforma del Consejo General del Poder Judicial, introdujo una modificación importante en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. De la Exposición de Motivos de la Ley, transcribimos los siguientes párrafos; *“Una de las mayores innovaciones introducidas por la citada Ley Orgánica fue la transformación de la Comisión Disciplinaria, de tal forma que el procedimiento disciplinario previsto para Jueces y Magistrados deja de ser sustancialmente inquisitivo: no debe ser un mismo órgano quien decida la incoación del procedimiento, designe al instructor y finalmente sancione o no. Es verdad que la potestad disciplinaria es, por su propia naturaleza, un instrumento de gobierno; pero no por ello deja de ser una manifestación del “ius puniendi del Estado”, cuyo ejercicio debe estar revestido de ciertas garantías fundamentales. Teniendo esto presente, y dentro del marco garantista actualmente existente, se establece que la incoación e instrucción del procedimiento y la formulación del pliego de cargos quede encomendada a una nueva figura: el Promotor de la Acción Disciplinaria. Habrá de ser un miembro muy experimentado de la carrera judicial, que asuma la tarea de investigar las infracciones y sostener la acusación. Ello no sólo supondrá una saludable introducción del principio acusatorio en el procedimiento disciplinario, sino que ayudará a profesionalizar y racionalizar la instrucción, hasta ahora encomendada caso por caso a Magistrados que deben seguir desempeñando su actividad ordinaria.*

A tenor de la creación de esta nueva figura en el expediente disciplinario judicial, los artículos 605 a 606 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, vienen a regular la figura del Promotor de la Acción Disciplinaria, que como puede deducirse del Preámbulo de la Ley 4/2013 de 28 de junio, se trata de un cargo ínsito en el organigrama del Consejo General del Poder Judicial, con competencias sobre recepción de quejas y denuncias relativas al funcionamiento de los órganos judiciales, incoación e instrucción del procedimiento para investigar las infracciones graves y muy graves y formulación del pliego de cargos, sosteniendo la acusación ante la Comisión Disciplinaria o, en su caso el Pleno (art. 599.1-10ª), conforme a las exigencias del principio acusatorio que ha de presidir cualquier manifestación de ejercicio por el Estado del “ius puniendi”. Esta función habrá de ser ejercida por un miembro cualificado y experimentado en la Carrera Judicial, designado por el Pleno entre Magistrados del Tribunal Supremo o Magistrados que cuenten con una antigüedad superior a veinticinco años en la misma, en situación administrativa de servicios

especiales y con dedicación exclusiva cuyo tratamiento honorífico, sea o no el elegido, será de Magistrado del Tribunal Supremo¹³¹⁶.

En consonancia con esta última modificación del Procedimiento Sancionador Judicial, **el citado Proyecto de modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal del año 2014 concretamente en materia de procedimiento sancionador, introducía la figura del Promotor de la Acción Disciplinaria en el Capítulo II del Título IV. Así los artículos 94 a 96 regulan esta nueva figura disponiendo el primero de los preceptos citados;**

“1. Corresponde al Promotor de la Acción Disciplinaria la incoación, tramitación y resolución de los expedientes disciplinarios por hechos presuntamente susceptibles de responsabilidad disciplinaria que puedan ser imputados a los miembros del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. 2. En el ejercicio de sus funciones, el Promotor de la Acción Disciplinaria, no podrá recibir órdenes o instrucción de sus superiores jerárquicos, ni de ninguna otra Autoridad. 3. Los miembros del Ministerio Fiscal están obligados a colaborar con el Promotor de la Acción Disciplinaria. El Promotor podrá requerir la presencia del Fiscal expedientado por conducto del Fiscal Jefe correspondiente, o directamente si se trata de éste, comunicándolo a la Fiscalía General del Estado a los efectos de otorgamiento de la comisión de servicios para realizar el desplazamiento requerido”.

Entendemos que a pesar de no haber prosperado la propuesta de reforma del EOMF, la línea que en el futuro se vaya a seguir, en orden a la regulación del régimen sancionador de los Fiscales, va a ser la establecida en el citado Proyecto que como ya se ha indicado anteriormente, presenta muchas similitudes con la regulación que ofrece la Ley Orgánica Judicial en materia de régimen sancionador judicial así como en lo que respecta a la figura del Promotor disciplinario, su designación y sus competencias instructoras, con las variantes lógicas dadas las diferencias de organización en la Carrera Judicial y Fiscal.

¹³¹⁶ Francisco Ortiz Pérez, “El nuevo promotor de la acción disciplinaria contra Jueces y Magistrados: ¿Un Añejo inquisidor o un necesario garantizador de los derechos judiciales?, Revista General de Derecho Administrativo n° 36, Pag.1.

Sin embargo observamos que en ambos textos, las exigencias básicas del principio acusatorio del proceso penal, que obliga a separar las funciones instructoras de impulso y acusatorias, de aquellas otras funciones propiamente decisorias, no se ha llevado hasta sus últimas consecuencias porque el nuevo Promotor disciplinario es un cargo dependiente y subordinado al Consejo General del Poder Judicial, concretamente a su Comisión Permanente, según lo que ha pretendido el legislador orgánico¹³¹⁷, y que al igual que sucede en el ámbito de la Carrera Fiscal, el Promotor disciplinario se haya subordinado a la Comisión Permanente del Consejo Fiscal según establecía el artículo 84 del Proyecto EOMF, tanto por vía del control de oficio o en vía de recurso, que ejerce la citada Comisión Permanente que se encuentra facultada para obligarle a iniciar un procedimiento disciplinario en contra de su personal criterio, argumento que se reproduce en los mismos términos, en el vigente artículo 608 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹³¹⁸.

Además, y de acuerdo con el art. 95.2 del Proyecto de Estatuto, sería nombrado con carácter discrecional por el Fiscal General del Estado mediante decreto, previo concurso de entre aquellos aspirantes que reúnan los requisitos exigidos en el citado precepto, oído previamente el Consejo Fiscal, por un periodo de 2 años renovables por otro periodo igual. Como alternativa a este modelo de designación, tendríamos la opción ya planteada por la Asociación Profesional e Independiente de Fiscales, que proponía que el Promotor Disciplinario fuera elegido por los miembros de la Carrera Fiscal por un periodo de 4 años, por votación directa, libre y secreta de todos los fiscales.¹³¹⁹

Nos parece acertada la propuesta planteada por ORTÍZ PÉREZ¹³²⁰, según la cual dada la trascendencia constitucional de las decisiones a adoptar como es el inicio de la acción disciplinaria y la instrucción del procedimiento sancionador así como la petición formal de imposición de sanciones leves, graves y muy graves a un Juez y en el caso de la Carrera Fiscal a un Fiscal, tales funciones podrían encomendarse a un órgano colegiado con la presencia, en el caso concreto de la Carrera Fiscal, de un miembro de la misma como representante del Ministerio Público.

¹³¹⁷ Francisco Ortiz Pérez, “El nuevo promotor de la Acción Disciplinaria...”Op. Cit.Pag.3.

¹³¹⁸ Ibídem.

¹³¹⁹ www.apifiscales.es/ informe de la APIF al proyecto de modificación del Estatuto en materia disciplinaria. Pag. 2. Los aspirantes que deseen participar en el concurso para optar al nombramiento de PAD deberán tener la categoría de Fiscal de Sala del Supremo o bien la categoría de Fiscal con más de 25 años de ejercicio profesional.

¹³²⁰ Francisco Ortiz Pérez, Loc.Cit. Pag., 6

Esto último está en la línea argumentada en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sec. 3ª, nº 4023/2013, de 1 de octubre de 2013 por la que se anulaba la sanción de separación del servicio impuesta (por primera vez en democracia) a un Fiscal, por el Ministerio de Justicia al ser considerado autor de una falta continuada muy grave del artículo 62.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y en cuyo el Fundamento de Derecho Cuarto constata los siguientes argumentos;

“ Los principios de unidad y dependencia del Ministerio Fiscal, que es único para todo el Estado español a tenor de lo dispuesto en el artículo 22 del referido texto legal, no impiden su intervención, en el ejercicio de su función de defensa de la legalidad, en un procedimiento disciplinario seguido contra uno de sus miembros.

No es de recibo entender, como mantiene la administración demandada, que al haber intervenido varios fiscales en el procedimiento administrativo sancionador no es necesaria la intervención de uno de los miembros del Ministerio Fiscal, pues tal argumento deja de tener en cuenta que dicho Fiscal debería estar ejerciendo en el procedimiento disciplinario, sin dependencia jerárquica, la función de garante de la legalidad, posibilitando eficazmente, en definitiva, lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera un juicio justo. Al contrario de lo que manifiesta en el escrito de contestación a la demanda el Ministerio Fiscal, parte en este proceso, en que, refiriéndose al expediente disciplinario del recurrente, llega a afirmar que “ no estamos, por tanto, ante un procedimiento administrativo y una resolución de autoridades de este orden”, lo cierto es que el procedimiento disciplinario no deja de ser un procedimiento sancionador de carácter claramente administrativo (es lo que se denomina materia de personal), aunque las autoridades intervinientes sean miembros del Ministerio Fiscal, pues en este caso no estamos ante la más característica de sus funciones, cuál es la de ser parte en un proceso penal. Aquí estamos ante un procedimiento administrativo sancionador protagonizado, hasta su resolución, por autoridades administrativas miembros del Ministerio Fiscal como representantes de la Administración actuante claramente jerarquizada, y en el que no ha intervenido, tal y como le ley prevé, un miembro del Ministerio Fiscal funcionalmente no dependiente y respecto del cual sus superiores jerárquicos carezcan de facultades para ordenarle plantear sus alegaciones en el procedimiento disciplinario de una manera u otra. En efecto, los principios constitucionales de unidad de actuación y de dependencia jerárquica que se predicán del Ministerio Fiscal como institución deben conciliarse con

los principios constitucionales de legalidad e imparcialidad. La imparcialidad es un principio a que deben sujetarse las personas, en este caso, los miembros del Ministerio Fiscal, y cuando, como sucede en un procedimiento disciplinario como el presente, las personas intervinientes son todas ellas pertenecientes al Ministerio Fiscal, dicha imparcialidad debe ser garantizada dando a uno de sus miembros la intervención, claramente no dependiente de sus superiores, según lo previsto, por remisión del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al respecto, son de interés al caso, en lo relativo a la independencia funcional del Fiscal, las consideraciones contenidas en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Delcourt contra Bélgica. Sentencia de 17 enero 1970. TEDH 1970\1. Como hemos visto, en este caso se ha vulnerado el principio de legalidad, precisamente aquel que debe ser defendido por el Ministerio Fiscal. Así las cosas, queda en evidencia, por lo tanto, que la falta de intervención de un miembro del Ministerio Fiscal, funcionalmente independiente respecto de la administración que incoó, tramitó y resolvió el procedimiento administrativo sancionador contra el recurrente (también miembro de dicha Institución), no ha contribuido en absoluto a la defensa de la legalidad ni tampoco a la regularidad del procedimiento administrativo sancionador tramitado, y teniendo en cuenta que los principios inspiradores del derecho penal son de aplicación, con matices, al derecho administrativo sancionador, en definitiva, tampoco tal omisión ha contribuido a lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera el derecho a un juicio justo”¹³²¹.

Además, tal como sostiene la Sentencia, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su disposición adicional primera, en lo relativo a la adquisición y pérdida de la condición de miembro de la Carrera Fiscal, incapacidades, situaciones administrativas, deberes y derechos, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades de los mismos. En consecuencia, dicha Ley Orgánica del Poder Judicial prevé en sus artículos 424, 425 y 427 la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos disciplinarios en el caso tanto de los Jueces, de los Magistrados, y por tanto dada la remisión, de los miembros del Ministerio Fiscal¹³²².

¹³²¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sec. 3ª, nº 4023/2013.

¹³²² *Ibidem*.

Las ventajas de una terna sobre la figura actual del PAD haría más difícil el error en la toma de decisiones al ser necesario dos votos como mínimo para adoptar acuerdos dificultando además las posibles injerencias o presiones externas, siendo siempre más difícil influir en la decisión colegial de tres personas, cuyo nombramiento no dependa en exclusiva, en el caso de la Carrera Fiscal, del FGE y en el caso de la Carrera Judicial, del CGPJ¹³²³.

El inicio de las actuaciones disciplinarias debe venir siempre presidido por una valoración racional y jurídicamente fundada en Derecho sobre la concurrencia, ab initio, de los elementos que configuran el ilícito disciplinario típico. Por ser en esencia aplicables al procedimiento disciplinario judicial, los principios que rigen el proceso y el orden penal, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional iniciada en sentencia n° 18/ 1981, de 8 de junio, Fundamento Jurídico 2º, así como en las Sentencias 73/2010, de 18 de octubre de 2010(F. Jco. 3º); 229/2007, de 5 de noviembre de 2007(F. Jco. 4º in fine) 316/2006 de 15 de noviembre de 2006(F.Jco.3)¹³²⁴.

Por todo ello, y según ORTÍZ PÉREZ¹³²⁵ al Promotor de la Acción Disciplinaria, le está vedada como garante y defensor de la legalidad, una interpretación extensiva o “in malam partem” de los hechos a la hora de decidir el ejercicio del reproche disciplinario y en consecuencia, la puesta en marcha del procedimiento disciplinario. Además el PAD, a la hora de adoptar la decisión de dar inicio a la acción disciplinaria ha de tener muy presente el pleno respeto y reconocimiento de los derechos fundamentales del funcionario Fiscal afectado, de tal manera que su olvido o desconsideración viciará la decisión inicial y el iter procedimental posterior, que se verá abocada posteriormente a una resolución de sobreseimiento y archivo, aunque con el inherente perjuicio al interés público y el daño moral y desprestigio profesional del expedientado ya consumado¹³²⁶.

¹³²³ Francisco Ortiz Pérez, “El nuevo promotor de la Acción Disciplinaria...”Op. Cit.Pag.7.

¹³²⁴ *Ibidem*. Pag. 10

¹³²⁵ *Ibidem*.

¹³²⁶ *Ibidem*. Pagg. 10-11

Como ejemplo de un uso desmedido y contrario a la legalidad de la potestad disciplinaria estatal ejercida contra un miembro de la Carrera Fiscal con las nefastas consecuencias aludidas anteriormente, tenemos la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sec. 3ª, nº 4023/2013, de 1 de octubre de 2013, ya comentada en este sede y por la que se anuló la sanción de separación del servicio impuesta por el Ministerio de Justicia¹³²⁷.

El ejercicio de toda potestad administrativa, y en especial la puesta en marcha de la acción disciplinaria por el Estado, ha de tener presente el principio y el derecho constitucional de igualdad ante la ley así como la interdicción de la arbitrariedad administrativa de acuerdo con los artículos 9.3 y 14 C.E. siendo estos postulados jurídicos de importancia fundamental puesto que impedirían, todo trato desigual e injustificado por el poder público ante situaciones fácticas semejantes de tal manera que unos mismos hechos susceptible de ilicitud disciplinaria puedan generar o no responsabilidad disciplinaria, en función del concreto funcionario que lo realiza o de su eventual pertenencia a una determinada asociación profesional.¹³²⁸

Como ha quedado patente según el contenido del citado Proyecto de reforma del EOMF, el modelo que ofrecía en torno a la figura del Promotor de la Acción Disciplinaria sería el de un cargo legalmente subordinado al órgano que lo ha nombrado que como ya se ha indicado es el FGE. Además, la Comisión Permanente del Consejo Fiscal se encargaría de vigilar y controlar su actividad según establecía el artículo 84 del citado Proyecto. Además, a esto se añadiría que tanto el Consejo Fiscal o el Fiscal General del Estado, podrán proponer al Promotor de la Acción Disciplinaria así como al Fiscal expedientado, a la vista de las pruebas practicadas, si entendían que sobre el hecho sometido a su decisión resultaba procedente una calificación jurídica distinta, o sobre la posibilidad de que el hecho enjuiciado fuera definido como constitutivo de una infracción distinta o si concurre alguna circunstancia que pueda afectar a la graduación de la sanción, concediéndoles un plazo común de cinco días para ello.

¹³²⁷ *Ibíd.*

¹³²⁸ *Ibíd.* Pag.16

Esto último resulta contradictorio con el principio acusatorio que con este modelo se dice defender, puesto que al órgano decisor (Consejo Fiscal o FGE) solo le corresponderían en teoría, resolver los expedientes disciplinarios que le sean sometidos a su resolución. Tal como ha afirmado ORTÍZ PÉREZ, en estas condiciones existe un peligro de ejercicio político, desviado o arbitrario de la potestad disciplinaria con lo que la independencia del Promotor disciplinario es una entelequia o hipótesis academicista que se muestra tan real como la vida misma¹³²⁹.

Ante las dificultades existentes en torno a un modelo tipo de procedimiento sancionador, se intentó realizar en el epígrafe correspondiente de este trabajo, el diseño de un posible modelo teniendo en cuenta como fuentes inspiradoras no solo las ya citadas, sino además las referencias que en torno a este tema han sido aportadas desde la Inspección Fiscal, reconociendo no obstante las posibles deficiencias que en su redacción se hayan podido cometer.

Por tanto, la propuesta sugerida desde esta sede es que en un futuro, esperemos que sea más pronto que tarde, se pusiera en práctica esta nueva figura del Promotor de la Acción Disciplinaria, con las matizaciones ya comentadas, dentro de la tan necesaria y reivindicada instauración de un régimen sancionador propio y específico para los miembros de la Carrera Fiscal, pudiéndose entonces ver los aciertos y equívocos del modelo y si las competencias otorgadas a esta nueva figura, se ejercen en bien de la Justicia, del interés general y sin tintes inquisitoriales alejados de siglo XXI y de las aspiraciones del pueblo soberano, en opinión de ORTÍZ PÉREZ.¹³³⁰

D. Nombramiento del Fiscal General del Estado.

Según MARCHENA GÓMEZ¹³³¹, el punto decisivo para cimentar al Ministerio Fiscal, fuera de los terrenos de la sospecha social, lo constituye sin duda, el sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado. Las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno sin duda existen, y además, tienen gran importancia en la configuración y definición del órgano Fiscal. El representante de Ministerio Público ante el Gobierno y el Parlamento es el Fiscal General del Estado, y en consecuencia la primera cuestión

¹³²⁹ *Ibidem.* Pag.18

¹³³⁰ *Ibidem.* Pag.19

¹³³¹ Manuel Marchena Gómez, “El Estatuto Orgánico...”, *Op.Cit.* Pag. 195

esencial en esa relación, es la capacidad del Gobierno en su nombramiento, 124.4.CE, correspondiendo a aquel, la capacidad de proponer al candidato y la decisión última en dicho nombramiento.

La relación constitucional establecida en el art. 124.4 de la CE tiene su origen, en un debate constituyente en el que a juicio de BESTARRECHE BENGOA, quedó claro que el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Gobierno era o es, el elemento por el cual ambos órganos, en realidad ambas misiones constitucionales, – dirección de la política criminal y ejercicio de la acción penal-, mantienen una relación considerada de suma importancia, tras renunciarse en dicho debate constituyente, a que el Ministerio Fiscal continuara siendo el órgano de comunicación del Gobierno ante los Tribunales de Justicia ¹³³².

BESTARRECHE BENGOA afirma, que pese a lo mucho que se ha discutido sobre las posibilidades de instrumentalización que el nombramiento político del Ministerio Fiscal comporta, sin embargo y más allá de esta circunstancia, el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Ejecutivo, supone una relación de legitimación y apoyo político de la acción del Ministerio Fiscal sin la cual, las preferencias en el ejercicio de la acción penal, el destino de los recursos humanos y económicos, y la búsqueda de resultados concretos fruto de determinadas interpretaciones y manejo de la ley, caracterían de justificación democrática: no se trata de que todas ellas no tengan justificación jurídica en sí misma, que la tienen, en tanto en cuanto el M.F es un órgano del Estado dotado de autórítas para realizar una amplia gama de acciones dentro del margen de su autonomía funcional que le otorga la CE, su EOMF o la LECrim. Las relaciones entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal se fundamentan en el necesario apoyo político del Gobierno sobre las acciones del M.F y su actividad, así como de las consecuencias que se deriven de las mismas ¹³³³.

¹³³² Tomás Besterreche Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit. Pag.436.

Para Lanzarote Martínez, en una primera aproximación, no cabe duda, que el régimen de designación constitucional del FGE, responde a un modelo condicionado por la tradición histórica, en el que el máximo representante de la Institución, podía ser cesado en cualquier momento por el Gobierno, lo que ha venido a enfatizar el perfil político de la institución. Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del M.F...”, Op.Cit. Pag. 382.

¹³³³ Tomás Bestarreche Bengoa, Loc.Cit. Pagg. 437- 438. La concepción gubernamental del Ministerio Fiscal lo podemos encontrar en los trabajo de López Aguilar y de Granados, en donde se hayan las mejores formulaciones de esta tesis, también respaldada por Tajadura Tejada, en lo que según este último, constituye la única tesis compatible con la literalidad del texto constitucional y con la voluntad del legislador de 1978. López Aguilar, “ La Justicia y sus problemas...”Op.Cit. Pag.200. Francisco Granados, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pagg.348-349. Javier Tajadura Tejada, “ Cortes Generales y ...”,

Otro sector de la doctrina que tiene entre otros representantes a MARCHENA GÓMEZ, viene a propugnar un mayor reforzamiento de la vinculación entre el Ministerio Fiscal con el órgano legislativo, a través de futuras reformas estatutarias, sin necesidad de cambiar la actual descripción constitucional¹³³⁴. Este autor, llega a sostener: “Toda vocación de dependencia gubernamental o de integración en el Poder Judicial, aparta al Ministerio Fiscal de su verdadero camino y le dificulta la defensa de la legalidad”¹³³⁵. Resulta de gran interés, las palabras del que fuera Fiscal General del Estado, en 1995, GRANADOS PÉREZ, quien llegó a afirmar en relación al status del Fiscal General, que ese nombramiento, como cuestión de Estado que es; “no puede debilitar en modo alguno los robustos trazos constitucionales del Ministerio Fiscal y su autonomía funcional, actuando siempre...bajo el principio de legalidad”.

Continúa afirmando, que es perfectamente legítimo que el Gobierno, antes de que hiciera la propuesta, cumpliera un trámite previo con la intervención del Parlamento o bien se otorgara mayor protagonismo al Consejo General del Poder Judicial (como efectivamente figuraba en el anteproyecto de Constitución) o bien se oyera a los órganos colegiados del Ministerio Fiscal (Consejo Fiscal) o la duración del mandato con un plazo prefijado. El ex-fiscal general afirmó que; “su actuación no se vio condicionada por el hecho, de que el nombramiento se hiciera desde el Gobierno, puesto que en nada hubiera diferido, si aquel se hubiera realizado desde el Parlamento...”¹³³⁶.

MARCHENA GÓMEZ, argumenta que el actual sistema de designación del Fiscal General del Estado, “que sin merecer el rechazo apriorístico...obliga al designado a demostrar que la confianza que el Gobierno deposita en él, no va a generar una agradecida parcialidad a la hora de interpretar sus cometidos constitucionales”. “La inaceptabilidad del actual sistema de designación del Fiscal General del Estado, se deriva...de la censura que merece un sistema en que la objetividad de la institución se hace depender del talante personal de quién la encarna¹³³⁷”. El Fiscal General de Estado se erige, precisamente por ese monopolio del Gobierno en su designación, en cargo

OP.Cit. Pagg.18-19. Joaquín García Morillo, “Legitimación democrática del Ministerio Fiscal”, Claves de Razón Práctica, nº 85, Pag.20.

¹³³⁴ Manuel Marchena Gomez, “ El Ministerio Fiscal ...”, Op.Cit. Pag.194.

¹³³⁵ Ibídem, Pag. 145.

¹³³⁶ Carlos Granados Pérez, “El Ministerio Fiscal y sus relaciones con los demás poderes del Estado”, Edit. Junta General del Principado de Asturias, Aula Parlamentaria, año1996, Pag.18-19. Las manifestaciones aquí recogidas, nos motiva a pensar en una tesis por la que se vincularía al Ministerio Fiscal con el Poder Legislativo.

¹³³⁷ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag. 195.

político de “inestable e incierto futuro” en donde su gestión generará por regla general, un debate o análisis apasionado¹³³⁸. La permanente denuncia de politización del Ministerio Fiscal y las dificultades de todos los Fiscales Generales para sustraerse a las críticas, parecen haber formado parte de la esencia misma de la institución, desde que en noviembre del año 1713, Felipe V nombrara a Melchor de Macanaz, como primer Fiscal General de la Monarquía¹³³⁹.

DEL MORAL GARCÍA¹³⁴⁰, ve necesaria, en aras de una futura atribución al Ministerio Fiscal de la fase instructora del procedimiento penal, y sin necesidad de ahondar en si es o no cierta la dependencia del Gobierno, la introducción de mecanismos correctores que doten al Ministerio Fiscal de una imparcialidad real así como de una imagen de imparcialidad, sobre todo teniendo en cuenta la percepción social que se tiene del Fiscal General del Estado, como órgano que de una u otra forma, mantiene estrechos vínculos con el Poder Ejecutivo.

Dentro de la corriente doctrinal, según la cual, y sin necesidad de alterar el actual marco constitucional, se puedan establecer trámites intermedios por vía estatutaria, que refuercen la autonomía funcional del M.F e incluso la libertad de iniciativa del Fiscal General del Estado, destacaríamos la posición de NARVÁEZ RODRIGUEZ¹³⁴¹, para quien el presupuesto legal del actual art. 29.1 del EOMF (juristas de reconocido prestigio de más de quince años de ejercicio profesional) no ha colmado las expectativas que se esperaban, con lo que es necesario arbitrar otros trámites, para lograr alguna solución factible. En este sentido, una de las ideas propiciadas por el Congreso de los Diputados en el año 1997, a través de una Moción del día 27 de mayo de ese año, instó un trámite previo al nombramiento de Fiscal General por el que intervendría el Poder Legislativo en la designación del candidato, a través de una comparecencia ante la Comisión de Justicia e interior del Congreso de los Diputados¹³⁴². En relación a esta

¹³³⁸ Manuel Marchena Gómez, Loc.Cit. Pag.196.

¹³³⁹ Manuel Marchena Gómez, “ Un Fiscal General del Estado Independiente?, Noticiero de las Ideas, nº 23, 2005. Pag.80.

¹³⁴⁰ Antonio Del Moral García, “El Ministerio Fiscal en el Proceso Penal. Incidencia de la Reforma de su Estatuto Orgánico”, Op.Cit. Pag. La Ley, Sección Doctrina, Pag. 219.

¹³⁴¹ Antonio Narváez Rodríguez , “ El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno. Reflexiones sobre su designación, mandato y cese” , Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, año 2000, Vol. V, Pag.542.

¹³⁴² *Ibidem*. Pag.543. El texto de la Moción era el siguiente: “El candidato propuesto por el Gobierno para ser nombrado Fiscal General del Estado por el Rey comparecerá, tras ser oído por 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 conocimiento de sus méritos y trayectoria profesional que les permita expresarse sobre su idoneidad para desempeñar el cargo”. En realidad esta solución legislativa de

previsión normativa que recogía la Moción, el autor sostiene, que esta propuesta introduciría un importante matiz al texto constitucional, en lo que a la proposición y nombramiento del Fiscal General se refiere, no generando contradicción alguna ni con el art. 124 ni con ningún otro artículo de la norma suprema, concluyendo además, que en otros modelos europeos, como el alemán, tiene un importante papel la Cámara Alta de la República Federal¹³⁴³.

Finalmente el contenido de la Moción se reflejaría en el vigente art. 29.2 del EOMF, que tras la reforma operada por ley 24/2007 de 9 de octubre, vino a introducir, la comparecencia ante la Comisión correspondiente de la Cámara (Congreso de los Diputados) a los efectos de valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto por el Gobierno como Fiscal General del Estado.

Sin embargo y como ya se comentado en esta sede, la doctrina no se mostro satisfecha con las expectativas que en un primer momento generó la introducción por vía estatutaria, del presupuesto legal del art. 29.1 del EOMF.

Con la reforma operada por Ley 24/2007 de 9 de octubre, se han producido dos modificaciones importantes respecto al nombramiento del Fiscal General del Estado. La primera de ellas, con carácter previo al nombramiento y que tiene conexión con la Moción aprobada por el Congreso de los Diputados en 1997, referida supra en esta sede, vino a introducir, de acuerdo con el art. 29.2 EOMF *“la comparecencia de la persona elegida ante la Comisión correspondiente de la Cámara (Congreso de los Diputados), en los términos que prevea su reglamento, a los efectos de que se puedan valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto”*. La segunda de las modificaciones, establece el nombramiento por un plazo fijo y máximo de cuatro años y salvo que se ostente el cargo por un periodo inferior a dos años, el mandato de Fiscal General no podrá ser renovado según establece el art. 31 del EOMF¹³⁴⁴.

Respecto a la primera de las modificaciones por la que se introduce la comparecencia parlamentaria, al margen de lo que pueda tener de simbolismo o mucho o poco de garantía real, ya nos sugiere la introducción de un factor positivo como es la intervención del Poder legislativo en el procedimiento de designación de este Alto Cargo del Estado, y que a tenor de los precedentes y del propio precepto constitucional,

la Moción tampoco suponía una novedad puesto que la Comisión encargada de elaborar el Proyecto de Constitución de 1978 ya había abordado el tema.

¹³⁴³ *Ibidem*. Pag.543

¹³⁴⁴ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, *Op.Cit.* Pag.444.

el Parlamento no interviene y mucho menos, tiene o ha tenido una influencia decisiva, en el nombramiento del Fiscal General del Estado¹³⁴⁵.

Sin embargo y a pesar de que las referencias, tanto constitucionales como estatutarias, previstas como mecanismos de interrelación entre las Cámaras Legislativas y el Fiscal General del Estado (art. 76 de la Constitución, arts. 9 y 10 del EOMF) se presentan como cauces meramente esporádicos y de perfiles muy difusos, sin embargo los años de democracia en nuestro país han ido desarrollando una interrelación institucional derivada de comparecencias del Fiscal General del Estado a petición de los diferentes grupos parlamentarios que ha ido generando un interesante grado de relación y diálogo entre ambas instituciones, que en opinión de la doctrina, ha superado con creces la tímida relación Estatutaria¹³⁴⁶.

Pero en lo que coincide la mayor parte de la doctrina¹³⁴⁷, ha sido en la valoración positiva de la comparecencia del FGE, en tanto que supone un enriquecimiento en el necesario contraste de pareceres que debe anteceder al nombramiento del más alto cargo representativo de la institución fiscal, de rango constitucional, en tanto que permite analizar desde las distintas sensibilidades sociales la idoneidad del candidato propuesto por el Gobierno, para el desempeño del cargo de Fiscal General del Estado. El propio CGPJ, en el informe sobre el Anteproyecto de reforma dijo “la idea de dar carta de naturaleza a la intervención del Legislativo en el procedimiento de nombramiento del FGE no plantea objeciones de fondo, en cuanto a su eventual incardinación en el marco constitucional, pues esta nueva conformación de la sucesión de actos que integran el iter procedimental previo al nombramiento, aunque supone la intercalación de un trámite no previsto originalmente en el art. 124.4 de la Constitución, no distorsiona la esencia del modelo plasmado por el Constituyente de un FGE elegido por el Gobierno”¹³⁴⁸.

¹³⁴⁵ *Ibíd.*, Págs.445-446.

¹³⁴⁶ Antonio Narváez Rodríguez, “El Fiscal General del Estado ...”, *Op.Cit.* Pag. 544.

¹³⁴⁷ Antonio Narváez Rodríguez, “El Fiscal General del Estado y su relación...” *Op.Cit.* Pag. 547. Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Pag.448. Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Págs.196-197. Antonio del Moral García, “ El Ministerio Fiscal en el proceso penal...”, *Op.Cit.* Pag.222. Carlos Granados Pérez, “El Ministerio Fiscal y sus relaciones con los demás poderes...” *Op.Cit.* Pag.18. Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Pag.387.

¹³⁴⁸ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Pag.385.

El Consejo Fiscal, también mostro su valoración positiva de la intervención del Congreso de los Diputados en el proceso de designación del candidato a Fiscal General en el nuevo art. 29.2 del EOMF “ El FGE pasa así a ser el único cargo público de nuestro sistema democrático en cuyo nombramiento intervendrán los tres Poderes del Estado”¹³⁴⁹.

La segunda de las modificaciones introducida por la reforma, vino a establecer un plazo fijo y máximo de cuatro años para el cargo de Fiscal General del Estado y salvo que se ostente el mandato por un periodo inferior a dos años, el plazo de duración en el cargo de Fiscal General no podrá ser renovado, según establece el art. 31 del EOMF¹³⁵⁰.

Sin embargo y pesar de la postura unánime en la doctrina ¹³⁵¹sobre lo acertado del establecimiento de un mandato temporal predeterminado, no se ha comprendido la negativa a la renovación en el cargo, una vez cumplido los cuatro años, postura que ha sido defendida de forma mayoritaria, no faltando ejemplos tanto en nuestro país como en el entorno Europeo donde el tiempo de ejercicio del Fiscal General se prolonga más allá de un único periodo legislativo. Y además, tal como expresa acertadamente MARCHENA GÓMEZ, el riesgo de supervivencia institucional del Fiscal General del Estado, más allá de la permanencia en el poder del Gobierno que lo ha designado, desaparece al fijarse como causa de expiración del mandato, el cese del Gobierno que lo hubiera propuesto (art. 31.1.e) ¹³⁵².

De lo expresado supra por las diferentes posturas dentro de la doctrina y las modificaciones que se han operado en la regulación estatutaria, resulta evidente dos afirmaciones: por un lado la indiscutible y necesaria cercanía que debe existir entre el órgano de la acusación pública y el Gobierno a quien le corresponde el diseño y ejecución de la política criminal de la que responde frente al Parlamento y de otra parte, la permanente sospecha ante la opinión pública de la existencia de actuaciones

¹³⁴⁹ *Ibidem*. Pag.387.

¹³⁵⁰ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, *Op.Cit.* Pag. 444.

¹³⁵¹ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Pag.392.

Antonio Narváez Rodríguez, “El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno...”*Op.Cit.* Pag.553. Javier Tajadura Tejada, “Cortes Generales y Ministerio Fiscal...”, *Op.Cit.* Pag. 40. Este autor, considera que si bien el establecimiento de la garantía de un tiempo para el ejercicio del cargo, y por tanto de su inamovilidad temporal, estableciéndose causas tasadas para su cese, la dependencia gubernamental se atenúa aunque sólo aparentemente

porque si la persona designada es de la absoluta confianza del Gobierno dichas garantías resultarán inoperantes. Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, *Op.Cit.* Pag.452.

¹³⁵² Manuel Marchena Gómez, *Loc.Cit.* Pag.944. Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Fiscal...” *Op.Cit.* Pag.452. El autor tampoco entiende la estricta limitación temporal del mandato, ni siquiera otorgando la posibilidad de una única renovación temporal.

partidistas o desviadas en ese ejercicio de la acción penal por la Fiscalía dentro de la puesta en práctica de la política criminal diseñada por el Ejecutivo, sobre todo cuando se ven involucrados personajes importantes de la vida política o de las altas instituciones del Estado. Y es precisamente este último aspecto el que justifica el establecimiento de garantías o cautelas que faciliten el ejercicio autónomo por el MF de las funciones que constitucionalmente se le atribuyen, sobre todo teniendo en cuenta que de acuerdo con el art. 124.4 CE la designación del FGE corresponde al Gobierno y además las importantes facultades de dirección y mando del Fiscal General sobre los miembros de la Institución de acuerdo con la regulación de su Estatuto Orgánico.

Consideramos, que las salvaguardas jurídicas estatutarias no han atenuado la impresión en la sociedad de las influencias o presiones a que se ve sometido el Ministerio Fiscal en casos especialmente llamativos, a través de su máximo responsable, a pesar de que la reforma operada en el EOMF por la ley 24/2007 de 9 de octubre, ha supuesto un indudable avance frente al régimen anterior en el que destacaba sobre todo, un régimen de manos libres, según expresión de LANZAROTE MARTÍNEZ, para la remoción por el Gobierno del FGE que tantas críticas suscito, llegándose incluso a afirmar antes de la citada reforma, que la duración en el cargo del Fiscal General podía tener la duración de una semana que era el tiempo que mediaba entre dos Consejos de Ministros¹³⁵³.

Resulta del todo incuestionable, que el actual estatuto jurídico del Ministerio Fiscal no garantiza en la práctica ni de manera suficiente una actuación legal e imparcial del Fiscal puesto que el sistema permite una utilización “perversa y desviada de la jerarquía”¹³⁵⁴. El Ministerio Fiscal se encuentra de forma permanente en una situación de difícil equilibrio entre el cumplimiento de sus cometidos con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad y su vinculación gubernamental y la organización jerarquizada de la Institución¹³⁵⁵.

Consideramos que un sector importante de la doctrina¹³⁵⁶, sostiene que una propuesta encaminada a la des gubernamentalización del Ministerio Fiscal, mediante la reforma

¹³⁵³ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.405.

¹³⁵⁴ Como quedo demostrado en la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional del año 2013, referida al caso Frago.

¹³⁵⁵ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit.Pag.489.

¹³⁵⁶ Manuel Marchena Gómez, “ ¿ Un Fiscal General Independiente..?Op.Cit. Pag. 86.El citado autor sostiene “ ..pero parece indudable que una reforma del Ministerio Fiscal que implicara la modificación del texto constitucional estaría condenada a moverse en el terreno de la pura especulación academicista...”. No obstante esta afirmación , el citado autor ha llegado a afirmar; “ La defensa de la legalidad, objetivo en el que pueden fundirse las restantes misiones constitucionales asignadas al Ministerio Fiscal puede llegar a convertirse en algo más que un optimista desiderátum. Para ello es indispensable que el

del sistema de nombramiento de la cúpula de la Institución es academicista y poco práctica, a pesar de que ellos mismos proponen dentro de las líneas de reforma estatutaria vínculos de la Institución Fiscal con el Poder Legislativo. Así se ha manifestado MARCHENA GÓMEZ¹³⁵⁷ quien ha defendido una reforma estatutaria en la que el candidato nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial sea a su vez designado por una mayoría reforzada de tres quintos del órgano parlamentario. LANZAROTE MARTÍNEZ¹³⁵⁸ sostiene que reforzaría la desvinculación de la cabeza rectora del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno, si la apreciación de la concurrencia de las causas de remoción se reservara a juicio del Legislativo.

Incluso el Libro Blanco del Ministerio Fiscal publicado en 1995, mostraba su preocupación por la conveniencia de cambiar el sistema de designación del Fiscal General del Estado siendo un modelo defendible un Fiscal parlamentario, manifestando en este sentido que “ si algún día decidiera el Parlamento reformar el texto constitucional, un sector importante de la carrera vería con agrado la posibilidad de una intervención del mismo en la propuesta por una mayoría cualificada para la designación del Fiscal General del Estado”¹³⁵⁹.

En un estudio hecho por VERA PADIAL¹³⁶⁰ la hipotética situación de un Fiscal dependiente de las Cortes Generales contaba con el apoyo mayoritario del 40.8% de los Fiscales encuestados, mientras que el 32.3% se inclinaban por la dependencia del Ministerio de Justicia, y sólo un 12,3% por el CGPJ. Todavía los datos son mucho significativos cuando se preguntaba quién debía elegir al Fiscal General del Estado inclinándose un 48.5% que defendían la elección a cargo de las Cortes Generales, un 33,1% que defendían la elección por todos los fiscales en activo y el 5,4% que se manifestaban a favor de un fiscal gubernamental.

Ministerio Fiscal reencuentre su colocación institucional aproximándose al Poder Legislativo. El órgano legislativo constituye la fuente de legalidad de cuya custodia se trata. El Ministerio Fiscal ha de estar orientado hacia el órgano parlamentario productor del bloque de juridicidad que ha de defender.” . M. Marchena, “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pag.194. En este mismo sentido de pragmatismo frente a cualquier intento de reforma constitucional, se manifiesta asimismo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag. 489. “...aceptando el modelo constitucional y moviéndonos, por tanto, en el terreno de lo posible más que de lo deseable por lo que se refiere a la vinculación externa de la Institución ...”.

¹³⁵⁷ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag. 196.

¹³⁵⁸ Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.490.

¹³⁵⁹ Ministerio de Justicia e Interior. Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 1996, Op.Cit. Pag.60.

¹³⁶⁰ Rubén Martínez Dalmau, “ Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.215.

En la presentación del Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 2013¹³⁶¹, se puede entresacar la siguiente reflexión: “Decía GOLDA MEIR que el pesimismo es un lujo que un judío no se puede permitir. Debemos aplicarnos esta admonición los Fiscales. Nuestros conciudadanos merecen una Justicia y un Ministerio Fiscal que funcione y éste debe ser un objetivo irrenunciable. El buen funcionamiento del Ministerio Fiscal debe ser una cuestión de Estado, ajena a intereses partidistas o sectoriales, que exige por ello un proceso de convergencia integradora”.

Consideramos que los problemas que derivan de la dependencia gubernamental del Fiscal, constitucionalizada en el art. 124.4 CE no es un problema puramente teórico ni doctrinal como ya se manifestó en este sentido TAJADURA TEJADA¹³⁶² ya que la Institución, pese a las reformas operadas en los últimos años, sigue experimentado situaciones de riesgo derivadas de la dependencia gubernamental.

El sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado establecido en el artículo 124.4 CE dispone de forma clara y diáfana el monopolio gubernamental en dicho proceso de designación, tratándose de una potestad atribuida al Ejecutivo en los debates constituyentes tratándose sin lugar a dudas de una facultad discrecional, como así lo ha considerado la doctrina¹³⁶³ e incluso la STS de 28 de junio de 1994 en su Fundamento de Derecho Primero que señalaba *“estamos más próximos a una resolución gubernamental en la que se actúa una opción política que ante un acto de naturaleza exclusivamente administrativa”*. Se trata por tanto de la doctrina de los actos políticos del Poder Ejecutivo no revisable por los Tribunales de Justicia, aunque esta tesis no cuestiona el desarrollo legislativo del Estatuto en cuanto a las limitación de las facultades de nombramiento del Ejecutivo admitiéndose como facultad natural del legislador definir mediante conceptos judicialmente asequibles los límites y requisitos previos a los que debe sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales pueden entrar a examinar las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de requisitos previos en los que el Gobierno pudiera haber incurrido al tomar la decisión¹³⁶⁴.

¹³⁶¹ Presentación del Libro Blanco del Ministerio Fiscal de año 2013 por el ex Fiscal General del Estado Sr. Eduardo Torres Dulce-Linfante. Fiscalía General del Estado, 8 de abril de 2014. Pag. 8

¹³⁶² Javier Tajadura Tejada, “ Cortes Generales y Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.39.

¹³⁶³ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.cit. Pag. 651. Javier Tajadura Tejada, “ Cortes Generales y Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag. 41.

¹³⁶⁴ Ignacio Flores Prada, Loc.Cit.

Por tanto la fórmula que proponemos sin querer ser con ello innovadores, sino simplemente continuistas o seguidores de la Propuesta que en su día fue presentada por Sr. Villar Arregui en el Senado, durante los debates del Proceso Constituyente según consta en la enmienda nº 73 formulada por el grupo Progresistas y Socialistas Independientes con el siguiente tenor literal; "...el Fiscal del Tribunal Supremo fuera nombrado por el Rey por un periodo de cinco años a propuesta del Congreso de los Diputados que habrá de formularse por mayoría de tres quintos"¹³⁶⁵.

En nuestra opinión y reconduciendo a términos actuales la anterior enmienda, ésta quedaría reformulada del siguiente modo;

“El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, por un periodo de cinco años, a propuesta del Congreso de los Diputados, que habrá de formularse por mayoría de 3/5 de sus miembros”.

Dicha reforma Constitucional habría de tramitarse por el procedimiento previsto en el artículo 167 de la Constitución.

Esta reforma permitiría abordar otras, como por ejemplo el papel del Fiscal en la instrucción penal dado que en el contexto actual de dependencia gubernamental resulta difícil llegar a admitir la extensión de las competencias del fiscal a la instrucción del proceso penal. Pero además por vía de refuerzo Estatutario se establecería un sistema que garantice la inevitable y conveniente relación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal de forma que continúe siendo el Poder Ejecutivo el que se responsabilice políticamente ante el Parlamento y ante la Opinión Pública de la ejecución de la Política Criminal llevada a cabo por la Fiscalía, porque la actividad fundamental del Ministerio Fiscal como es la puesta en marcha del “ius puniendi” en el marco de la política criminal diseñada por el Gobierno, necesitará de su respaldo político.

¹³⁶⁵ Manuel Marchena Gómez, “ Un Fiscal General del Estado...”, Op.Cit.Pag.108.

Con esta fórmula, consideramos que se resolverían tensiones internas dentro de la Institución al tiempo que permitiría una vinculación más coherente con el “órgano constitucional del que emana la legalidad” según expresión del profesor MARCHENA GÓMEZ¹³⁶⁶ y aunque pudiera resultar una propuesta radical y difícilmente realizable, no puede olvidarse que el Parlamento es expresión de la soberanía y depositario de la representación popular de acuerdo con el art. 66 CE. La presente Legislatura pero sobre todo la siguiente, tras la celebración de las próximas elecciones generales, vienen a sugerir cambios en el panorama político de nuestro país y desde una perspectiva constitucional es posible que se produzcan reformas importantes en la Constitución. Muchos tratadistas y analistas políticos hablan de una nueva transición en España y de que es necesaria la búsqueda de consensos y pactos que ayuden a adaptar el sentir soberano de todos los ciudadanos dentro de un nuevo marco constitucional que será diferente al que originariamente se consensuó en 1978.

¹³⁶⁶ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.194

CONCLUSIONES.

I. Al acercarnos a los antecedentes remotos del Ministerio Fiscal no existe acuerdo dentro de la doctrina, sobre cuál de los precedentes históricos debiera predicarse esa cualidad. Como bien lo definió MARCHENA GÓMEZ¹³⁶⁷, la historia del Ministerio Fiscal, “es la Historia de su propia metamorfosis”. En realidad, y en esto también coincidimos con el citado autor, el análisis de las “viejas magistraturas” del Derecho Histórico de clara influencia romanística, así como las figuras creadas por los Monarcas del Antiguo Régimen para la defensa del patrimonio real, no pueden afirmarse respecto de ellas, que fueran el precedente de lo que hoy conocemos como Ministerio Público en la acepción moderna y constitucional del término. Como también afirmara en su momento el profesor LÓPEZ AGUILAR¹³⁶⁸ “el surgimiento del Instituto Fiscal debe ser saludado como una consecuencia histórica”.

En el Antiguo Régimen, las diferentes denominaciones que van definiendo a la institución al servicio de la Monarquía en defensa del patrimonio del Rey... **personero, ome del Rey o patronus fisci**, tienen como objetivo primero y último la defensa de “todas las cosas e derechos que pertenecen a la Cámara del Rey” tal como se detalla en la Cuarta Partida, Tit.XVIII, Ley XII. Donde sí existe una completa unanimidad en la doctrina¹³⁶⁹ con la excepción de algún sector doctrinal, encabezado por MARTÍN GRANIZO, es en la consideración de las Cortes de Briviesca, año 1387, como antecedente histórico claro de esta institución, apareciendo por vez primera el término Procurador Fiscal. En las citadas Cortes también se dispuso:

“...Porque los delitos ni finguen sin pena y castigo por defecto de acusador. E porque el oficio de nuestro Procurador Fiscal es de gran confianza y quando bien se exercita se siguen de el grandes provechos, assí en la excusión de la nuestra justicia como en pro de la nuestra Hacienda. Por ende ordenamos y mandamos que en la nuestra Corte sean Diputados dos Procuradores Fiscales promotores para acusar o denunciar los maleficios perniciosas diligentes y tales que convengan a nuestro servicio...” (Ley I, tit. XVI, Libro IV de la Nov. Recopilación).

¹³⁶⁷ Manuel Miranda Marchena, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.193.

¹³⁶⁸ Juan Fernando López Aguilar, “ La Justicia y sus problemas...”, Op.Cit. Pag.161.

¹³⁶⁹ Manuel Miranda Marchena, Loc.Cit.Pag.30, Cándido Conde Pumpido Ferreiro, “El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.30. Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos Constitucionales...”, Op.Cit.Pag.105, Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”, Op. Cit.Pag.79.

Las Cortes de Briviesca supusieron en cierta forma el reconocimiento de una petición o lo que es lo mismo la satisfacción intereses sociales, diferenciados de los intereses del Monarca. La figura del Procurador Fiscal aglutina a partir de este momento nuevas funciones, no centrándose únicamente en su faceta de protector de la Hacienda del monarca. Todo ello apunta a una nueva dimensión, no solo en lo referente al afianzamiento del Ministerio Fiscal como institución, en lo que a sus funciones se refiere cercano no obstante al poder real, sino en cuanto a la consideración un tanto precoz de las causas criminales como competencia exclusiva del Monarca.

En realidad y como ya ha sido apuntado por la doctrina¹³⁷⁰, el Ministerio Fiscal es fruto de un proceso de racionalización del derecho penal que arranca en sus orígenes de las viejas Monarquías medievales y que a lo largo del devenir de la historia, ha venido a jugar un papel fundamental en la defensa pública de la legalidad como responsabilidad del Estado, y en esa evolución histórica de la institución, nos encontramos con el “telón de fondo de las transformaciones del Estado en la Europa Continental: de la República al Imperio en Roma, del Estado medieval al Estado absoluto y finalmente del Antiguo Régimen al Estado de Derecho”.

II. Pero será en el periodo del constitucionalismo histórico del s. XIX, donde encontramos a una Institución que tras un largo recorrido de asentamiento en el tiempo, encuentra su encuadre legal definitorio con el Real Decreto de 16 de marzo de 1881 con el que se despoja a la Institución fiscal de esa función de representación y defensa en juicio de los intereses de la Hacienda Pública y del Estado que hasta ese momento asumía como si de un particular se tratara. Es a partir de este momento, cuando se le encomienda dicha misión al Cuerpo de Abogados del Estado, con lo cual se produce la diferenciación orgánica entre aquel cuerpo de funcionarios y el Ministerio Fiscal a quien le corresponde promover de forma imparcial el ejercicio de la acción penal. **Por tanto, la genuina historia del Ministerio Fiscal y coincidiendo también en este punto con MARCHENA GÓMEZ¹³⁷¹, arranca con el citado Real Decreto de 1881 hasta llegar a la Constitución de 1978.**

¹³⁷⁰ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal ...”, Op.Cit. Pag.24.

¹³⁷¹ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag. 193.

En el intervalo temporal entre ambas fechas, la caracterización orgánica de la Institución fue la de ser un órgano de representación del Gobierno ante los Tribunales de Justicia, tal como lo definía el artículo 1º del Estatuto Fiscal de 1926 aunque ese carácter de representación del Gobierno ante el Poder Judicial ya apareciera en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870 cuyo art.763 venía a establecer: *“El M.F velará por la observancia de esta ley y de las demás que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y **tendrá la representación del gobierno en sus relaciones con el Poder judicial.**”*

Los Reglamentos Fiscales de 1927, del 21 de febrero de 1958 así como el Reglamento Orgánico de 1969 que salvo el ligero cambio de matiz “representación-comunicación”, confirman la esencia gubernamental de la Institución.

La interrupción en ese panorama continuista dentro de la concepción gubernamental del Ministerio Público en España, lo constituyó la Constitución Republicana de 1931. Las notas características de este primer tratamiento constitucional del Ministerio Fiscal, fueron el silencio sobre el carácter de órgano de representación del Gobierno, la atribución de la misión de velar por la legalidad, y en cuanto a las garantías de independencia de la Institución, se hace un tratamiento en condiciones de paridad con la judicatura¹³⁷².

III. La Constitución de 1978 si bien diseña un nuevo marco político de derechos y libertades no logra definir con claridad al Ministerio Fiscal, aunque pese a todo, lo diseña como un órgano de configuración constitucional en sus rasgos esenciales, pero conviene precisar que el legado histórico no termina de desaparecer de la redacción del art. 124 de la Constitución, dado que la relación de dependencia con el Ejecutivo se infiere al menos de forma implícita, a través de la designación del Fiscal General del Estado. Es decir nunca se pretendió aislarlo del Poder Político, coincidiendo en este punto con la doctrina mayoritaria.

¹³⁷²Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.34.

En la actual descripción del Ministerio Fiscal, la defensa de la legalidad constitucional justifica y legitima su existencia. Como se afirmara también por la Doctrina, el Ministerio Público es una institucional vital para la subsistencia del Estado de Derecho, en lo que a esa misión fundamental de defensa de la legalidad se refiere, accionando en cada caso concreto para lograr su “restitución o reparación”¹³⁷³.

El Ministerio Fiscal en su actividad de defensa del orden constitucional, de la legalidad constitucional, contribuye como ningún otro órgano del Estado a la salvaguarda del mismo, y de los valores supremos establecidos en el art. 1º del texto constitucional, precisamente porque la defensa de ese orden jurídico constitucional, de la legalidad constitucional, preside su actuación en cada momento. La defensa de la legalidad no es sólo un fin en sí mismo sino el medio para lograr el mantenimiento del orden jurídico político del Estado. De todo esto se desprende la configuración rigurosa del principio de Legalidad en nuestro sistema jurídico sobre el que deberá operar el Ministerio Fiscal, es decir, una base legislativa sólida como punto de partida de la actividad de la Institución¹³⁷⁴.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal surgido tres años después de aprobada la Constitución, concretamente el 30 de diciembre de 1981, vino a derogar el anterior Estatuto de 1926, si bien su Reglamento Orgánico de 1969 permanece en vigor de acuerdo con la Disposición Final 2º del actual Estatuto Fiscal. En el Proyecto de Ley que fue remitido por el Gobierno a las Cortes se vislumbraba un Ministerio Fiscal de clara tendencia judicialista que se deducía de la propia exposición general del Proyecto de Estatuto pero el resultado final fue un texto que como dijera MARCHENA GÓMEZ¹³⁷⁵, se vería afectado por la rutina histórica en la reglamentación de sus funciones y tratando de compensar esa influencia gubernamental establece una ficticia integración “con autonomía funcional” en el Poder Judicial.

¹³⁷³ Francisco Granados; “El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pagg.149-150.

¹³⁷⁴ Tomás Bestarache Bengoa, “Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pag.516.

¹³⁷⁵ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit. Pag.177.

El Ministerio fiscal, es efectivamente un órgano con una estructura autónoma, ajena a la Judicial y a la del Poder Ejecutivo, ubicada por razones de sistemática en el Título VI de la Constitución pero es al tiempo, un “órgano vinculado” por los principios funcionales de legalidad e imparcialidad así como por los de naturaleza organizativa, de unidad de actuación y dependencia jerárquica¹³⁷⁶.

El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional, de acuerdo con la última reforma de su Estatuto que participa del ejercicio de la jurisdicción cuya titularidad corresponde en exclusiva a los juzgados y tribunales. Participa con una actividad de impulso, de petición, de informe, pero no decide sobre el derecho en cuestión¹³⁷⁷. Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica contribuyen así, de acuerdo con el modelo constitucional y orgánico, a lograr una mayor seguridad jurídica en el ejercicio de las misiones encomendadas a la institución fiscal. En este sentido se afirma que la unidad y dependencia no son solo y por tanto principios referidos a aspectos internos sino que ofrecen una proyección ad extra sobre la que se construye la uniformidad y la previsibilidad en la actuación fiscal¹³⁷⁸.

El principio de dependencia jerárquica es intrínseco a la propia naturaleza del Ministerio fiscal. La dependencia jerárquica no acababa en el Fiscal del Tribunal Supremo, sino que alcanzaba las instancias gubernamentales, por lo que la dependencia política era evidente¹³⁷⁹. Con la consagración constitucional de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, en el apartado segundo del art. 124 de la Constitución de 1978, se circunscribe la dependencia jerárquica a la propia Institución al funcionar ésta por medio de órganos propios pero además se establece el sometimiento de estos dos principios, a los de legalidad e imparcialidad¹³⁸⁰.

La Institución Fiscal se halla organizada jerárquicamente de forma tal que los superiores no solo tienen potestad de dirección sino disciplinaria sobre los inferiores. Sin embargo aunque el F.G.E disponga de instrumentos para hacer valer su propia concepción de la legalidad por la vía jerárquica y por tanto la sumisión a su criterio por vía de la dependencia existente entre los fiscales, no obstante estos últimos pueden hacer valer su juicio personal recordando que cada miembro del Ministerio Fiscal está vinculado al

¹³⁷⁶ Juan Fernando López Aguilar, “ Aspectos Constitucionales...”, Op.Cit.Pag. 199

¹³⁷⁷ *Ibidem*.

¹³⁷⁸ Ignacio Flores Prada; “ El Ministerio Fiscal...”Ob.Cit.Pag. 689.

¹³⁷⁹ Manuel Marchena Gómez; “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.74.

¹³⁸⁰ Miguel Colmenero Menéndez de Lurca. El Principio de Dependencia Jerárquica. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. V. Año 2000. Pag.590.

principio de legalidad, aunque esto puede traer consigo un conflicto entre la instrucción recibida de la instancia superior y el criterio personal de cada fiscal¹³⁸¹.

El recurso de la procedencia (art. 6 y 27 del EOMF) que justifica la oposición del fiscal, y en cuya virtud se valora la orden recibida no solo a la luz de la legalidad sino en función de cualquier otro motivo que la convierta en improcedente, es una auténtica manifestación de autonomía funcional. Pero además el Estatuto Orgánico dispone de otros mecanismos que atenúan la rigurosidad del principio de dependencia, de tal modo que el fiscal no se vea privado de la necesaria libertad de expresión consagrada en el art. 20 de la C.E. siempre que con ésta se alcance el valor superior de la justicia, tal como establece el último párrafo del art.25 del EOMF., o incluso el art. 24, cuando se entabla un conflicto colectivo entre la Junta de fiscales y el Fiscal jefe, que ponen de manifiesto la independencia funcional de la Institución y de sus miembros, sin desdeñar la establecida en el art. 8 del Estatuto, en virtud del cual el Fiscal General del Estado tendría facultades para desestimar las peticiones del Gobierno¹³⁸².

No obstante hay que afirmar, tal como concluye un sector de la Doctrina, que pese a todo el Ministerio Fiscal es una institución pensada para obedecer. Es en realidad “una estructura orgánica pensada para cumplir instrucciones por más que el moderno Estado de Derecho haya dotado al Ministerio Fiscal de un ámbito de autonomía funcional para depurar dichas instrucciones y filtrarlas a la luz de la legalidad e imparcialidad” como así ha sido definido por FLORES PRADA¹³⁸³.

IV. No es posición pacífica en la doctrina hablar de dependencia externa de la Institución respecto del Gobierno cuando se alude a la propuesta de nombramiento del F.G.E y de los altos cargos de la Carrera Fiscal. Para un determinado sector, dicha dependencia es mera especulación, concretamente cuando se afirma que la propuesta de nombramiento gubernamental, responde “a una suerte de mandato representativo”¹³⁸⁴.

¹³⁸¹ Fernando Sainz Moreno. El Ministerio Fiscal y la Defensa de la Legalidad. Revista de Administración Pública. Nº 108. Pag 169.

¹³⁸² Ignacio Flores Prada. Op.Cit. Pagg.705-706. ,Miguel Colmenero Menendez de Luarda, “ El Principio de dependencia Jerárquica...”, Op.Cit.Pag.590 -92.

¹³⁸³ Ignacio Flores Prada. “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pag.698.

¹³⁸⁴ *Ibidem*.Pag 703.

En el otro extremo esta aquel otro sector de la doctrina, que considera dicha dependencia como real y que deriva del mecanismo instituido para la elección y nombramiento del F.G.E. Consideramos, siguiendo esta última corriente de opinión que la nueva redacción del art.29 del EOMF referido a dicho nombramiento así como el art.31, donde se establecen las causas de cese en el cargo, no han roto la vinculación de la Institución con el Poder Ejecutivo, aunque ha supuesto un avance importante en la materia¹³⁸⁵.

En realidad podemos afirmar, siguiendo en este punto la opinión generalizada dentro de la doctrina, de la existencia de una dependencia indirecta entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno, siendo el F.G.E un filtro entre el Poder Ejecutivo y el conjunto de los fiscales¹³⁸⁶.

La dependencia a título personal del Fiscal General del Estado respecto del Gobierno es un hecho incontestable¹³⁸⁷. Por todo ello, quizás en lo que habría que incidir es en la defensa de mayores garantías para el ejercicio de las funciones del Fiscal. Porque en una organización jerarquizada como el Ministerio Fiscal, la declaración constitucional y estatutaria de sometimiento de sus miembros a los principios de legalidad e imparcialidad no resulta suficiente siendo necesario más controles legislativos a fin de asegurar el acomodo a tales principios¹³⁸⁸.

El actual marco estatutario no garantiza una actuación imparcial del Fiscal puesto que a veces y tal como ya se ha afirmado en esta sede, permite “una actuación desviada de la jerarquía” como así ha considerado LANZAROTE MARTÍNEZ¹³⁸⁹. Se hace necesario arbitrar más sistemas de contrapesos internos dentro de la organización que permitan mitigar la dependencia externa respecto del Poder Ejecutivo al tiempo que suavizar el rigor de la dependencia jerárquica ad intra.

Conviene destacar un aspecto, que resulta más que cuestionable, en opinión de MARCHENA GÓMEZ¹³⁹⁰ y que ha sido introducido por la última reforma del EOMF operada en 2007, en cuya virtud se instaura un modelo, en el que la estructura vertical

¹³⁸⁵ Pablo Lanzarote Martínez. “ La Autonomía del Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.282-283.

¹³⁸⁶ Luis Díez Picazo, “El Poder de acusar...” Op.Cit. Pag.177.

¹³⁸⁷ Fernando Alamillo Canillas ; “ El Ministerio Fiscal...” Op.Cit. Pag.19. En este sentido Alamillo Canilla manifiesta que el Fiscal General del Estado depende del Gobierno a título personal por cuanto su nomb rameinto y su cese (antes de la reforma de 2007) dependen de aquel.

¹³⁸⁸ Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...” Op. Cit.Pag.165. Pablo Lanzarote Martínez, “ La autonomía del Ministerio Fiscal...” Op.Cit.Pag.489.

¹³⁸⁹ Pablo Lanzarote Martínez, Loc,Cit.

¹³⁹⁰ Manuel Marchena Gómez, “ Un Fiscal General independiente...” Op.Cit.Pag. 945.

del Ministerio Fiscal, está dirigida, controlada y diseñada hasta en sus aspectos menos relevantes, por el Fiscal General del Estado. Así sucede con las Fiscalías de Área y los Fiscales Decanos, (arts. 18.3 y 4, 36.4 y 41.5 EOMF) figuras próximas, a los aspectos más cotidianos, dentro del funcionamiento del Ministerio Fiscal. La provisión de estos puestos, se hace atendiendo a la antigüedad, criterio éste último que resulta difícil de defender, quizás por la rigidez del esquema que ofrece, resultando más apropiado para la provisión de puestos en términos generales, el criterio o principio de idoneidad, que además ya fuera introducido por la reforma del EOMF de 2003.

Resultaría más conveniente, que cada Fiscal Jefe pueda rodearse del equipo directivo más adecuado a la organización de cada Fiscalía. Es decir, restar autonomía a cada Fiscal Jefe para diseñar los cuadros directivos que afectan al día a día del Ministerio Público, permitiendo en estos casos que el Fiscal General del Estado, pueda nombrar o rechazar a los fiscales a los que la Jefatura más directa ha considerado los más adecuados para el puesto, no deja de suponer un control excesivo y una presión que resulta inadecuada. Se ha producido, una reestructuración en la ordenación jerárquica del Ministerio Fiscal, basándose en el principio de confianza política que se ha convertido en el eje central de aquella¹³⁹¹.

Con la última reforma del Estatuto, se ha producido un reforzamiento de la ordenación jerárquica de la Institución basada en el principio de confianza política con un férreo control por parte del Fiscal General del Estado¹³⁹², con lo que se cuestiona hasta qué punto es defendible un modelo de tales características que se parece más al viejo sistema pero con diferente formato.

V. A nuestro entender, una aportación fundamental que ha hecho la Constitución de 1978 viene referida a la defensa y promoción de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico por parte del Ministerio Fiscal con lo cual, se ha dibujado a una Institución que ha superado el estrecho campo de defensa del orden público y del “status quo” de viejas épocas preconstitucionales convirtiéndose de este modo en un órgano vital del Estado. Por ello es importante avanzar hacia una posición institucional de desvinculación con el Poder Político. El punto decisivo lo constituye sin duda, el sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado.

¹³⁹¹ *Ibíd.*

¹³⁹² *Ibíd.* Pag.946.

Es evidente que la Constitución reconoce autonomía al Ministerio Fiscal desde el momento que exige que sus misiones constitucionales se realicen mediante “órganos propios”. Pero esta autonomía no significa independencia, ni tampoco que el Fiscal sea un agente del Gobierno.

Si bien existe un importante sector en la doctrina que defiende el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Ejecutivo, al constituir una relación de legitimación y apoyo político de la acción del Ministerio Fiscal sin la cual carecería de justificación democrática, otra corriente de autores propugnan un mayor reforzamiento de la vinculación entre el Ministerio Fiscal con el órgano legislativo, a través de futuras reformas estatutarias.

Sin embargo en este extremo consideramos perfectamente factible una reforma constitucional por la que se modifique el sistema de nombramiento de la cúpula de la Institución Fiscal, que hasta este momento se ha intentado abordar desde la vía del Estatuto, garantizándose la inamovilidad temporal del FGE con causas tasadas para su cese o bien la introducción del trámite de la comparecencia parlamentaria ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, a los efectos de valorar la idoneidad y los méritos del candidato.

Con la reforma constitucional se intentaría abordar de raíz el problema, pero además por vía de refuerzo Estatutario se establecería un sistema que garantice la inevitable y conveniente relación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal de forma que continúe siendo el Poder Ejecutivo el que se responsabilice políticamente ante el Parlamento y ante la Opinión Pública de la ejecución de la Política Criminal llevada a cabo por la Fiscalía, porque la actividad fundamental del Ministerio Fiscal como es la puesta en marcha del “ius puniendi” continúa necesitando de respaldo político.

Además la reforma propuesta resolvería tensiones internas, permitiendo una comprensión más adecuada de la Institución Fiscal como defensora de la legalidad y además permitiría abordar reformas en el ámbito del proceso penal de legeferenda como sería la instrucción penal a cargo del Ministerio Público, dotándole de una mayor autonomía o de la autonomía suficiente que asegure que cumple sus funciones con plenas garantías de imparcialidad.

VI. En materia de responsabilidades ha sido una constante en la historia de la carrera judicial y fiscal la identidad entre ambos cuerpos de funcionarios, llegando incluso en ocasiones, tal como recogía el Reglamento del Tribunal Supremo de Justicia aprobado por decreto de 13 de marzo de 1812, a que los propios fiscales sustituyeran a los Magistrados cuando no hubieran número suficiente en la Sala del Tribunal. Y es precisamente esa identidad histórica la que ha justificado un mismo tratamiento normativo en materia de responsabilidades de ambos cuerpos de funcionarios. Con la Ley Provisional de 1870, hubo un primer intento de separación de ambas carreras que no llegaría a materializarse, siendo el Estatuto de 1926 el que lograría dicha separación pero el resultado final fue un marco estatutario que no logró aclarar dudas sobre su auténtica naturaleza, con contradicciones en cuanto a su papel dentro del proceso, limitándose a recoger las ideas que respecto del mismo ya contenía la Ley Orgánica de 1870, como única fuente de inspiración por lo que no es de extrañar que las lagunas legales que ofrecía el Estatuto, se suplieran aplicando por interpretación analógica lo contenido en la propia Ley Provisional de 1870, produciéndose lo que algunos autores denominan “Identidad estatutaria y Funcional” entre ambas profesiones, situación que ha perdurado hasta la actual Constitución de 1978.

Las responsabilidades de los miembros del Ministerio Público han sido y continúa siendo una obra inacabada. El Estatuto Fiscal de 1926 separó ambas carreras y creó formalmente un nuevo cuerpo de funcionarios, definiendo sus funciones así como la organización y planta de Ministerio Fiscal, sin embargo la vinculación con la carrera judicial se mantenía, ya no solo por las remisiones expresas a la normativa aplicable a los jueces en materia de derechos, deberes, incompatibilidades y prohibiciones, por citar un ejemplo, sino que a nivel terminológico se apreciaba una cierta confusión en el empleo de términos tales como “jurisdicción” para hacer referencia al ámbito territorial donde ejercían sus funciones los funcionarios fiscales.

Los tres Reglamentos Orgánicos otorgaban facultades disciplinarias al Consejo Fiscal, aspecto este último extraño a nuestra normativa actual de acuerdo con el art. 67 del Estatuto Fiscal de 1981. Sin embargo se mantiene constante el principio en virtud del cual las destituciones o separaciones del cargo era competencia del Ministro de Justicia, propuesta que ahora procede del Fiscal General del Estado, pero que tradicionalmente procedía del Consejo Fiscal que se constituía en Tribunal de Honor para declarar la destitución de un funcionario, siendo antes y ahora un acto reglado, sujeto a previo

expediente disciplinario, al igual que el resto de las sanciones a imponer, con alguna excepción en la materia.

En este punto es interesante advertir que si bien ha habido un tratamiento jurídico casi idéntico para Jueces, Magistrados y Fiscales, en lo que a responsabilidad disciplinaria se refiere, se aprecia en la evolución de la carrera judicial y en lo que a órganos con potestad disciplinaria se refiere, como el Gobierno dejó de tener atribuciones para imponer una sanción grave como la destitución o separación del servicio de un Juez o Magistrado. Tras la promulgación de la Ley Orgánica Judicial de 1985 se atribuye esa competencia al Pleno del Consejo General del Poder Judicial de acuerdo con el art. 421.d. de la ley de la citada ley. En la Carrera Fiscal continúa teniendo atribuciones de índole disciplinaria el Ministro de Justicia.

La evolución posterior de la Responsabilidad Disciplinaria viene marcada en primer término por la propia Constitución de 1978 donde su artículo 124 imprime y condiciona un nuevo marco normativo que comienza por el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981(Ley 50/1981 de 30 de diciembre) con las reformas posteriores operadas en el mismo. El Estatuto Orgánico de 1981, constituye un texto de referencia obligada en el que todavía convive la tradición orgánica y organizativa del Ministerio Público y de la Carrera Fiscal, aunque con la incorporación de principios funcionales derivados de la Carta Magna. La responsabilidad de los Fiscales viene regulada en el Capítulo VII del Título III del Estatuto. En materia de procedimiento sancionador continúa la remisión a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y a otras disposiciones, dada la inexistencia de una regulación propia y específica a pesar de las reiteradas propuestas desde la Fiscalía General del Estado para dotar a la Institución de un procedimiento sancionador propio, ajustado a las características y funciones de una Institución Fiscal que opera en el S. XXI.

El Ministerio Fiscal, como órgano de relevancia constitucional, y al que puede calificarse como uno de los poderes fácticos del Estado, no integrado en ninguno de los tres poderes clásicos, al menos en teoría, no puede permanecer en “esa situación fronteriza” en lo que a la exigencia de responsabilidades se refiere, máxime cuando el nuevo mapa constitucional competencial le atribuye funciones que van más allá de ser el promotor imparcial de la acción penal como órgano acusatorio del Estado atribuyéndole misiones que pudiéramos aglutinar con el atributo de “defensor de la

Legalidad” como así lo ha definido MARCHENA GÓMEZ¹³⁹³. Pese a estos cambios y quizás fruto de su eterna indefinición o su falta de ubicación institucional, los miembros del M.F. continúan sin un régimen jurídico propio que regule su esquema de responsabilidades civiles y penales, situación que ha propiciado el que algún sector de la doctrina española haya calificado a sus integrantes como “...uno de los cuerpos más irresponsables del organigrama administrativo español”, ante la ausencia de controles externos de su actividad profesional.

El Ministerio Fiscal no es Poder Judicial, pero coadyuva en el ejercicio de la función jurisdiccional, en esa administración de justicia que día a día se materializa en resoluciones judiciales dirimiendo conflictos entre terceros o simplemente, a través del ejercicio del “ius puniendi” sanciona aquellas conductas más antisociales y deleznales que puedan afectar a la sociedad.

Y es precisamente en la esfera del Derecho Penal donde el Ministerio Fiscal tiene su mayor protagonismo sin desmerecer la actuación en las otras esferas del orden jurisdiccional, razón por la cual su situación respecto a las posibles desviaciones en el ejercicio de sus funciones ha de quedar perfectamente encuadradas y delimitadas sin que quepa opción a la impunidad.

Porque como plantea DE LA OLIVA SANTOS¹³⁹⁴, “el debate actual sobre la instrucción a los fiscales exige no seguir ignorando el problema de la desproporción entre el enorme poder actual del Ministerio Fiscal y la extrema dificultad de exigirle responsabilidades efectivas, con lo cual si nada se dice de los cambios que necesariamente habrán de acompañar a lo que con tanto afán se persigue como es la instrucción de los Fiscales, habría que concluir que es una cuestión o deslumbrante fenómeno de pura política menor, de puro interés político- partidista, de controlar la justicia penal, desde el poder, porque lo exigible y serio en estos casos es establecer un equilibrio entre poder y responsabilidad”.

¹³⁹³ Manuel Miranda Marchena, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag. 142.

¹³⁹⁴ Andrés de la Oliva Santos, “Sobre el Ministerio Fiscal y la Instrucción del Proceso Penal, Tribunales de Justicia, Revista Española de Derecho Procesal, nº 1, 1997. Pag.983.

VII. En lo que respecta al derecho comparado, es evidente que el Ministerio Público en su configuración moderna, tiene una marcada influencia francesa. En la mayor parte de los países con tradición jurídica afín a la nuestra (Italia, Francia, Holanda, Alemania...) la Institución ha sido y es objeto de muchas controversias y debates en donde subyace la idea de cuál ha de ser su configuración en un moderno Estado de Derecho, porque el contexto jurídico y político en el que se gestó el modelo actual de Ministerio Público fue la Europa del S. XIX y parte del S. XX, en plena construcción del Estado Liberal, con criterios y necesidades muy diferentes a las actuales¹³⁹⁵.

En **Francia**, el Ministerio Público continúa siendo una institución indivisible, subordinada jerárquicamente y dependiente en el plano jurídico e institucional del Ministerio de Justicia. La magistratura francesa constituye un cuerpo único en la que se integran dos categorías de Magistrados; Los jueces (magistrats du siège) y los fiscales (magistrats du parquet), por lo que a diferencia de lo que sucede en España, la Fiscalía francesa se integra abiertamente y sin ambages en la estructura del Poder Judicial, y quizás por ello mantienen un estatuto común, regulador de las obligaciones, incompatibilidades así como en materia de responsabilidades. Pero este hecho no aclara la naturaleza jurídica del Ministerio Público francés, tal como argumenta algún sector de la doctrina, puesto que no se predica de él ni la independencia que caracteriza a los jueces, ni la inamovilidad, también característica de estos¹³⁹⁶.

En cuanto al ejercicio de la acción penal, no existe un genuino ejercicio de aquella por los particulares sino que impera el principio del monopolio público, además de ser tradicional en el derecho francés la idea de la discrecionalidad o de oportunidad que otorga al Fiscal la decisión de archivar las actuaciones y no proceder a la persecución de un hecho aún con caracteres delictivos. Este principio quedó consagrado en el informe Truche, que se elaboró en Francia en el año 97 por la Comisión de Reflexión sobre la Justicia, que luego fue denominada “Comisión Truche” creada con el fin de hacer un examen de la Administración de Justicia en Francia, ocupando una parte importante de dicho informe la política criminal y el estatuto del Ministerio Público, precisamente por el peso que tiene la Fiscalía en este país¹³⁹⁷.

¹³⁹⁵ Luis María Díez Picazo, “ El Poder de acusar...”, Op.Cit.Pag.110.

¹³⁹⁶ Cristina Pauner Chulvi, “ El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia; el proyecto de reforma sobre su dependencia jerárquica. Poder Judicial. Nº 55. Pagg.224-225.

¹³⁹⁷ Jose María Díez Picazzo, “ El Poder de acusar..”Op.Cit. Pag.136-137.

En Francia, el inicio de los procesos penales tienen una faceta política muy importante, por lo que el tema de la legitimidad democrática en la actuación de la Fiscalía queda solventada gracias a esa relación intensa entre el Ministerio de Justicia y Fiscalía. Esta Comisión se creó ante lo que algún autor ha denominado fascinación por el modelo italiano de la Fiscalía, concluyendo la propia Comisión en su informe, la incompatibilidad entre ambos modelos, dado que en Francia se defiende un modelo de Ministerio Público dentro de la esfera gubernamental, su estructura jerarquizada así como la amovilidad de los fiscales. Además, a esto habría que añadir las facultades de gestión sobre la política de la acción penal que impera en el modelo de Fiscalía francés y el rechazo a la separación de la carrera judicial y fiscal, que forma parte de la tradición jurídico-política francesa¹³⁹⁸. En Francia prima mucho la consecución del interés público siendo por tanto una concepción más utilitarista en lo que a la acción del Ministerio Fiscal se refiere, considerando esa relación “principio de legalidad e interés público”.

Italia. Inicialmente no supuso una excepción a la expansión del modelo napoleónico de Ministerio Público, pero sería el periodo posterior a la caída del fascismo italiano, el generador de un clima favorable en la doctrina académica que posteriormente influiría en el ámbito político, circunstancia ésta que unida a la especial coyuntura histórica, produjeron la conjunción perfecta para que se produjeran cambios en el modo de entender el funcionamiento de la Fiscalía, surgiendo de este modo propuestas legislativas y disposiciones normativas en sede parlamentaria, que conducen a un paulatino proceso de descentralización en el ejercicio funcional de los magistrados del Ministerio Público con un debilitamiento del principio de dependencia jerárquica que no se manifestaría tanto en una autonomía orgánica respecto del cuadro gubernamental, sino en una autonomía funcional en el proceso penal, produciéndose un reforzamiento de la posición de la Fiscalía Italiana que se convierte ahora sí, en la excepción al modelo napoleónico¹³⁹⁹. El modelo de Ministerio Público se ha convertido, en opinión de LÓPEZ AGUILAR¹⁴⁰⁰ en uno de los más “extraordinariamente discutidos” en el contexto político institucional de la República Italiana, que sólo es entendible cuando se está familiarizado con las singularidades de la vida pública de ese país.

¹³⁹⁸ *Ibíd.*

¹³⁹⁹ *Ibidem* Pagg. 123-127.

¹⁴⁰⁰ Juan Fernando López Aguilar, “La Justicia y sus problemas...”, *Op.Cit.* Pag.187.

Además señalar que a pesar de las referencias al “Público Ministero” en la vigente Constitución Italiana en vigor desde el 1 de enero de 1948, la realidad es que las competencias y organización de esta Institución continúan estando reguladas en el Real Decreto de 30 de enero de 1941¹⁴⁰¹. Este Real Decreto unificó en uno solo, el cuerpo de funcionarios denominado “Magistratura”, integrado por los miembros de la Judicatura y del Ministerio Público, siendo ésta la aportación novedosa de la citada disposición y además continúa siendo en la actualidad, el texto normativo básico sobre organización judicial, con las modificaciones posteriores en la materia¹⁴⁰².

La independencia del Ministerio Público se asemeja mucho a la independencia de la Judicatura, pero además se puede afirmar que la organización vertical del Ministerio Público en Italia “ha quedado para la historia” convirtiéndose en una institución policéntrica en la que la dirección de la Institución corresponde, dentro de su ámbito territorial, a cada uno de los procuradores generales¹⁴⁰³.

Por tanto, la organización y modo de funcionamiento de la Fiscalía en Italia, ha optado por un modelo totalmente distinto al modelo napoleónico, caracterizado por la autonomía en el ejercicio de funciones, al tiempo que se configura como una institución no unitaria, en la que cada departamento u oficina de Fiscalía, diseña sus propias estrategias y opciones en la persecución de la criminalidad, siendo en estos casos el propio jefe de cada “ufficio del Pubblico Ministero” el encargado de ese cometido concreto. Además no rige el principio de unidad de actuación y precisamente por ello, sus miembros no están sujetos a la obligación de observar pautas interpretativas en la labor de aplicación de la ley, emanadas de un órgano rector como sucede en España, por lo que no existe un entramado jerárquico entre las distintas Fiscalías y sus integrantes¹⁴⁰⁴.

El punto en común entre España e Italia ha sido la asunción a través de sus sistemas normativos de un rígido Principio de Legalidad con lo cual el espacio existente entre la Legalidad y la acción del Ministerio Público al menos en Italia, es prácticamente nula puesto que cualquier injerencia en consideración al interés público, suele ser considerada como un ataque o una vulneración a la independencia del Ministerio

¹⁴⁰¹ *Ibidem*.

¹⁴⁰² Luis María Díez Picazo, “El Poder de Acusar...”*Op.Cit.*Pag.124.

¹⁴⁰³ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio fiscal en Europa...”, *Op.Cit.* Pag.9. Vid note 436.

¹⁴⁰⁴ Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal...”, *Op.Cit.* Pag.333.

Público. En España, ese espacio existe, dado que el interés público también habrá de ser defendido por el Ministerio Fiscal, pero a quien debe encomendarse la definición de aquel, sobre todo en los casos especialmente delicados o conflictivos, es donde surge el debate, aunque en cualquier caso habrá que seguir considerando en este tema como en otros muchos, que es imprescindible respetar la autonomía del Ministerio Fiscal¹⁴⁰⁵.

En **Alemania**, la institución del Ministerio Público no encuentra acomodo en su Constitución – Ley Fundamental de Bonn- arrancando su primera regulación con la Ley Orgánica de los Tribunales, que dedica los párrafos 141 a 152 a su regulación. Se trata de una Institución adaptada a la estructura federal del Estado, pero presenta bastantes similitudes con el Ministerio Público francés, en lo que respecta a su estructura, tanto desde una perspectiva orgánica como funcional¹⁴⁰⁶.

El modelo de la Fiscalía Alemana, es uno de los más próximos al modelo español poniéndose de manifiesto ya no solo por su estructura jerarquizada sino por los principios orgánicos de unidad de actuación y dependencia jerárquica, además de aquellos de naturaleza funcional legalidad e imparcialidad, a pesar de su dependencia del Poder Ejecutivo¹⁴⁰⁷.

El Fiscal alemán tiene importantes prerrogativas procesales¹⁴⁰⁸ ya no solo, en la fase instructora o de acopio de material probatorio, sino en orden a la disponibilidad de la acción penal con aplicación de criterios de oportunidad, en la persecución del ilícito penal. El Fiscal alemán puede ordenar la adopción de medidas que constituyen una intervención en los derechos fundamentales de una persona, como por ejemplo el registro de una vivienda o una intervención telefónica, medidas que son dictadas directamente por el fiscal aunque están siempre supeditadas a recurso por parte del inculpado y además a confirmación por parte del Juez de la Investigación (que no Juez de Instrucción) pero las citadas medidas intrusivas o cautelares se producirían en aquellos casos “ de peligro de una actuación no inmediata”. El Juez de la investigación sólo está habilitado para comprobar si la medida solicitada por el fiscal cumple con las condiciones previstas por la ley para su aplicación. No dispone de la facultad de dictar la medida de oficio, ni ordenar una medida distinta a la solicitada por el Ministerio Público. Es decir, sólo ejerce un control del respeto del derecho pero no ejerce

¹⁴⁰⁵ Tomás Bestarache Bengoa, “ Constitución y Ministerio Público...”, Op.Cit.Pagg. 520-521.

¹⁴⁰⁶ Ignacio Flores Prada, “ El Ministerio Fiscal...”,Op.Cit. Pag.174.

¹⁴⁰⁷ Juan Fernando López Aguilar, “ La Justicia y sus problemas...”, Op.Cit. Pag.173

¹⁴⁰⁸ Andreas Ritter, “El Ministerio Fiscal alemán...”Op.Cit. Pag.37.

funciones de investigación, aunque evidentemente determinadas medidas como la privación de libertad del inculpado o el análisis de material genético, por citar dos ejemplos, son medidas cautelares que está reservadas exclusivamente al Juez de la Investigación.

Desde nuestra opinión, el modelo alemán no es un modelo sugerente para su imitación y sólo se entiende desde la más absoluta confianza jurídico-política en la Institución por parte del pueblo alemán, como ya afirmara un determinado sector dentro de la doctrina científica¹⁴⁰⁹.

VIII. En lo concerniente a los órganos de carácter colegiado, el Consejo Fiscal realiza una función asesora de vital importancia en la labor de dirección del gobierno de la Institución llevada a cabo por el Fiscal General del Estado¹⁴¹⁰, por lo que no es lógico que se prescindiera de los más altos cargos que integran el citado organismo, siendo favorable una reforma que potencie sus competencias con informes de carácter vinculante que ya venía siendo el criterio a seguir antes de la reforma del año 2007, en materia de nombramientos para el ascenso a la primera categoría de la Carrera, aspecto éste último que ya ha sido considerado también por la doctrina. Igualmente resultaría procedente la comunicación preceptiva y de contenido decisorio y no meramente consultivo al Consejo Fiscal en materia de órdenes específicas dirigidas a los Fiscales por parte de sus superiores jerárquicos referidas a casos concretos, como un filtro que evite la imposición de mandatos que pudieran resultar improcedentes y especialmente en aquellos casos, en que el Fiscal General del Estado designe a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto específico. Con ello se intenta atenuar al mismo tiempo el rigor de la dependencia jerárquica ad intra¹⁴¹¹.

En lo referente a la Junta de Fiscales de Sala ya es sabido que deberá ser oída, en los casos de instrucciones que deba impartir el FGE a sus subordinados, en cualquier asunto que afecte directamente a miembros del Gobierno, debiéndose pronunciar sobre la procedencia de aquellas. Consideramos en este sentido, que debiera establecerse el carácter vinculante de esta audiencia para el Fiscal General del Estado. De lo que se

¹⁴⁰⁹ Manuel Marchena Gómez, “El Ministerio Fiscal en Europa...”, Op.Cit. Pag.8. Manuel Marchena Gómez, “ El Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag. 58.

¹⁴¹⁰ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit. Pagg. 460-461. Javier A. Zaragoza Agüado, “El Consejo Fisca...”, Op.Cit. pag.563

¹⁴¹¹ Pablo Lanzarote Martínez, Loc.Cit. Pagg. 475 y 490-491.

trataría, es de hacer desaparecer los mecanismos sutiles de influencia del Gobierno sobre la Institución.

Además, debiera atribuirse a la Junta de Fiscales de Sala mayor contenido decisorio en lo que respecta al dictamen en materia de elaboración de criterios interpretativos dado que de acuerdo con la regulación del Estatuto, su posición queda relegada a ser un mero órgano asesor en la elaboración de aquellos, al quedar la decisión final en manos del Fiscal General del Estado¹⁴¹². Pero en sede general, debiera atribuirse mayor capacidad resolutoria a sus decisiones, lo que convierte a la Junta de Fiscales de Sala en un órgano que en nada contribuye a reforzar la autonomía de la Institución. Además debiera ser otro, el criterio que presida la designación de sus miembros que debiera estar presidido por el principio de idoneidad como criterio básico para la provisión de puestos dentro de la Institución y eliminar la designación gubernamental de todos sus miembros dado que no contribuye al equilibrio de fuerzas que debe presidir la adopción de decisiones en el seno de la dirección gubernamental de una institución como el Ministerio Fiscal. Por tanto reforzar la autonomía a la Junta de Fiscales de Sala en el ejercicio sus funciones, contribuye a la autonomía de la Institución Fiscal.

¹⁴¹² Pablo Lanzarote Martínez, “La autonomía del Ministerio Fiscal...”, Op.Cit.Pag.473.

APENDICES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ATIENZA NAVARRO, María Luisa; “La Responsabilidad Civil del Juez”. Ed.Tirant lo Blanch. Valencia.1997.
2. APARICIO MIGUEL Angel.; El status del Poder Judicial en el Constitucionalismo Español. (1808-1936). Editorial; Universitat de Barcelona, 1995.
3. ALAMILLO CANILLAS, Fernando; El Ministerio Fiscal Español. Edit.Colex. Madrid.1989.
4. ALMAGRO NOSETE, José; “Constitución y Proceso”. Librería Bosch. Barcelona 1984.
5. BESTARRECHE BENGOA Tomás: Constitución y Ministerio Público; Holanda, Italia, España. Editorial; Centro de Estudios Jurídicos.2011.
6. CAZORLA NIETO, Luis María, “Temas de Derecho Constitucional”, Edit. Aranzadi 2000.
7. CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido: El Ministerio Fiscal. Aranzadi. Pamplona. Año 1999.
8. DIEZ- PICAZO, Ignacio; Poder Judicial y Responsabilidad. Edit. La Ley. Año 1990.
9. DIEZ PICAZO, Luis María; El Poder de Acusar.Ministerio Fiscal y Constitucionalismo. Editorial Ariel, Barcelona. Año.2000.
9. ESCUDERO José Antonio; Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político- Administrativas, Madrid.Año 2003.
10. FLORES PRADA, Ignacio. El Ministerio Fiscal en España. Editorial: Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.
11. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano; “El Ministerio Fiscal en España” Edit. Gráficas Uguina, Madrid, año 1977.

12. GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luis; El delito de prevaricación del funcionario público. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994.
13. GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luis. Aspectos administrativos del delito de prevaricación como figura residual del Derecho Penal de la Función Pública. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. Madrid. 1998.
14. GRANADOS CALERO, Francisco; El Ministerio Fiscal. Edit. Tecnos 1989. Madrid.
15. HIDALGO GARCÍA, José; “Imparcialidad del Ministerio Fiscal y Poder Político” en la obra “Ética e Imparcialidad del Ministerio Fiscal”. Edit. Dykinson, S.L. Madrid, 2010.
16. LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo; La Autonomía del Ministerio Fiscal en el Proceso Penal y la Reforma de su Estatuto Orgánico. Edit. La Ley. 2008.
17. LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando; “La Justicia y sus problemas en la Constitución. Edit. Tecnos. Madrid. Año 1996.
18. MARCHENA GÓMEZ, Manuel; El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro. Marcial Pons. Madrid 1992.
19. MARCHENA GÓMEZ, Manuel; ¿Un Fiscal General independiente? Apuntes críticos a la Reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, LiberAmicorum, en homenaje al Profesor Antonio González Cuellar, 2006, Edit. Colex.
20. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia. Año 1999.
21. MONTERO AROCA, Juan; Independencia y Responsabilidad del Juez. Editorial Civitas. Primera edición. 1990.
22. MONTERO AROCA, Juan; “Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial”, Edit. Tecnos. Madrid .1988.
23. RAMOS TAPIA, M^a. Inmaculada; El Delito de Prevaricación Judicial. Monografía. Tirant lo Blanch. Valencia. Año 2000.

24. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco; Manual de Historia del Derecho Español.
Edit.Tecnos Madrid. Año1988.

PÁGINAS WEB

1. Verde, Giovanni “El sistema Judicial Italiano”: [http://WWW.csm.it/documenti/pdf/sistema giudiziario italiano/spanolo. Pdf](http://WWW.csm.it/documenti/pdf/sistema%20giudiziario%20italiano/spanolo.Pdf).
2. Pablo José Castillo Ortiz, “Grupos de interés y Poder Judicial: Las Asociaciones de jueces, las asociaciones de fiscales y los colegios de abogados en España”, www.aecpa.es.
3. Estatutos de la Unión Progresista de Fiscales, de la Asociación Progresista e Independiente de Fiscales y de la Asociación de Fiscales www.upfiscales.com. www.apfiscales.es. www.asociaciondefiscales.es
4. Rodríguez Rubio, Carmen, “La eficacia de las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas”, <https://ciencia.urjc.es>
5. VIADA BARDAJÍ, Salvador; ¿Hay Derecho?, Blog sobre actualidad Jurídica y Política. www.apfiscales.es
6. Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2011, “Actuación en materia Gubernativa y Disciplinaria”, www.Fiscal.es.
7. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2012, “Actuaciones en materia Gubernativa y disciplinaria”, www.Fiscal.es.
8. Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2014, www.Fiscal.es.
9. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2010. Actuación en materia gubernativa y disciplinaria. www.Fiscal.es.
10. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2010. Actuación en materia gubernativa y disciplinaria. www.Fiscal.es.
11. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2009. Actuación en materia gubernativa y disciplinaria. www.Fiscal.es.

12. Memoria de la Fiscalía 2009 Actuación en materia gubernativa y disciplinaria. www.Fiscal.es.
13. Memoria de la Fiscalía 2008 Actuación en materia gubernativa y disciplinaria. www.Fiscal.es,
14. Propuesta de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. www.Fiscal.es/fiscal/p%C3%BAblico/ciudadano/documentos/documentos-Consejo Fiscal.
15. Informe de la APIF al proyecto de modificación del Estatuto en materia disciplinaria. www.apifiscales.es/
16. www.BOE.es /Buscar/Gaceta. php.(Colección histórica desde el año 1661 a 1959)
17. www.BOE.es/legislación/Códigos.
18. Reglamento de Audiencias y Juzgados de Primera Instancia de 9 de octubre de 1812. Gobierno de Navarra. [File:///C:/Users/Usuario/Downloads/](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/)
19. Constitución de la República de Italia de 1946 promulgada el 27 de diciembre de 1947. www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf.
20. Constitución de la República de España de 9 de diciembre de 1931. www.Congreso.es/docu/Constituciones/1931/1931-cd.pdf.

LEGISLACIÓN

1. LEY ORGÁNICA 1/2002 de 22 de marzo reguladora del Derecho de Asociación.
2. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. Editorial Cóllex. 10ª Edición. Año 2011.
3. LEY 30/ 1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
4. LEY de 20 de julio de 1957 sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado (vigente hasta el 18 de diciembre de 1997).
5. LEY ORGÁNICA del Poder Judicial de 1985.
6. LEY 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
7. LEY 11/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2015.
8. LEY ORGÁNICA de 5/1995 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado.
9. LEY DE ENJUICIMIENTO CRIMINAL en su primera edición publicada en la Gaceta de Madrid de 17 de septiembre de 1882.
10. REGLAMENTO DE AUDIENCIAS Y JUZGADOS de Primera Instancia de 9 de octubre de 1812.
11. LEY PROVISIONAL sobre Organización del Poder Judicial en su primera edición publicada en la Gaceta de Madrid el 15 de septiembre de 1870.
12. REAL DECRETO DE 21 de junio de 1926 por el que se aprueba el Estatuto del Ministerio Fiscal, en su primera edición publicada en la Gaceta de Madrid el 23 de Junio del mismo año.
13. REAL DECRETO 427 por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1927 en su primera edición publicada en la Gaceta de Madrid el 3 de marzo del mismo año.

14. REAL DECRETO de 21 de febrero de 1958 por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, en su primera edición publicada en la Gaceta de Madrid el 18 de marzo del mismo año.
15. REAL DECRETO 62/2015, de 6 de febrero por que se amplía la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para adecuarla a las necesidades existentes. Boletín Oficial del Estado nº 46.
15. REGLAMENTO ORGÁNICO del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1969 publicado en el BOE nº 72, el día 25 de marzo del mismo año.
16. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL de 1881 en su primera edición, publicada en la Gaceta de Madrid el día 5 de febrero de 1881.
17. LEY 1/2000, de 7 de enero por la que se aprueba la LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, Séptima edición, año 2002, edit. Thomson.
18. CÓDIGO CIVIL y legislación complementaria. Editorial Técnos, año 2002.
19. LEY ORGÁNICA 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la ley orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.
20. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ITALIA de 1946 promulgada el 27 de diciembre de 1947.
21. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL con la última actualización a 9 de julio de 2015.
10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.
22. CÓDIGO PENAL DE 18 de junio 1870. (Gazeta colección histórica)
23. CÓDIGO PENAL ESPAÑOL de 8 de junio de 1822. (Gazeta colección histórica).
24. CÓDIGO PENAL DE 1928 (vigencia a partir del 1 de enero de 1929; Gazeta colección histórica)
25. CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA de 1848. (Gazeta colección histórica).
26. CÓDIGO PENAL DE 1932 (reforma del Código penal de 1870) Gazeta colección histórica).

27. CÓDIGO PENAL TEXTO REFUNDIDO de 1944. (Gazeta colección histórica).
28. CÓDIGO PENAL DE 1973(Texto refundido conforme a la Ley 44/1971 de 15 de noviembre).
29. LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre de 1995 por el que se aprueba el Código Penal.
30. LEY ORGÁNICA 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica
31. LEY 29/1998 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
32. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESPAÑOLA de 9 de diciembre de 1931.

DICCIONARIOS JURÍDICOS

1. Fundación Tomás Moro. Diccionario Espasa Jurídico. Madrid 2001.
2. Editorial Colex. Diccionario Jurídico Básico. 2006.

ESTUDIOS JURÍDICOS

1. ALVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS, Antonio M^a, Ana MOLERES MURUZABAL; “La responsabilidad de los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones”, Diario la Ley, nº 7118, 2009.
2. COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, Miguel; “El Principio de Dependencia Jerárquica”. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. V. Año 2000.
3. CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido “El Ministerio Fiscal en la Constitución”, Revista de Legislación y Jurisprudencia, nº 6, 1981.
4. CONSEJO FISCAL. El libro Blanco del Ministerio Fiscal, mayo de 1995.
5. CONSEJO FISCAL. El libro Blanco del Ministerio Fiscal en formato CD. Año 2013.
6. DE ALBA BASTARRECHEA, Esther; “El Derecho de Asociación concebido según el proyecto de ley en trámite parlamentario”, Diario la Ley, 2001,

7. DE RAMÓN FORS, Ignacio; “La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal”.Diario La Ley. Sección Doctrina. 2010.
8. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: El futuro del Proceso Penal y el papel del Ministerio Fiscal. Tribunales de Justicia. Nº 1. 1997.
9. DE LA OLIVA SANTOS, Andres: “Sobre el Ministerio Fiscal y la Instrucción del Proceso Penal. Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal, nº 1, 1997.
10. DE TOLEDO y UBIETO, E.Octavio: “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos”. Diario la Ley. 1996.
11. GARCÍA MORILLO, Joaquín; “, La Legitimación Democrática del Ministerio Fiscal”, Claves de Razón Práctica, nº 85.
12. DEL MORAL GARCÍA, Antonio; “El Ministerio Fiscal en el Proceso Penal. Incidencia de la Reforma de su Estatuto Orgánico”, Nuevos retos de la Justicia penal, La Ley, Sección Doctrina, año 2008, Pág. 219.
13. FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel; “El Ministerio Fiscal y su relación con el Poder Legislativo”, Revista de Derecho Vol. 20, nº 1, 2007.
14. GABALDON LÓPEZ, José; “Implicación de las Asociaciones y Colegios Profesionales en la reforma de la Justicia”, Diario La Ley, 1996.
15. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: “Sobre el Ministerio Público Alemán” Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos: in Memorian. Vol. II. 2001.
16. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, Revista del Ministerio Fiscal, nº 4, 1997.
17. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; “Reforma estructural del Proceso Penal y la elección del modelo a seguir”, artículo publicado en el “Adversarial System, Proceso Acusatorio y Principio Acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los EE.UU de Norteamérica”. Revista del Poder Judicial, número especial XIX, Madrid, 2006.

18. GÓMEZ SANCHEZ, Yolanda; “El Fiscal en los inicios del Constitucionalismo Español”, Uned, Revista de Derecho Político, nº 83, enero –abril 2012.
19. GONZÁLEZ ALONSO, Augusto; “Aspectos administrativos de la organización del Ministerio Fiscal”, Boletín del Ministerio de Justicia, Año 62, nº 2060, 2008.
20. GRANADOS PÉREZ, Carlos; “El Ministerio Fiscal y sus relaciones con los demás poderes del Estado”, Edit. Junta General del Principado de Asturias, Aula Parlamentaria, año1996.
21. KAI AMBOS/NILS MEYER-ABICH. Doctrina Penal Rechtsbeugung. Revista penal nº 24. Año 2009.
22. LOBELL MUEDRA, Joaquín; “ El nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”, Diario la Ley, 1982.
23. LÓPEZ AGUILAR, Juan F.; “Justicia y Poder Judicial”. Radiografía de una crisis cronificada. Nuevas Políticas Públicas; Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, nº 5º, 2009.
24. LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel; “Fiscales y Régimen Disciplinario”. Revista del Ministerio fiscal, nº 3. 1996.
25. LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel; “La Responsabilidad Civil , Penal y Disciplinaria del Ministerio Fiscal”. Revista de Estudios Jurídicos nº 2007.
26. LORENZO JIMENEZ, José Vicente; “La jurisdicción de Hacienda y la Unificación de Fueros (1852-1868)”. Boletín del Ministerio de Justicia, nº 65.
27. MARTÍN PASTOR, José; “La reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: ¿Un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?”, Revista General de derecho Procesal, nº 14.
28. MARCHENA GÓMEZ, Manuel; “El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes”. Diario la Ley. Sección Doctrina. 1996.
29. MARCHENAGÓMEZ, Manuel; “Un Fiscal General Independiente” El Noticiero de las Ideas, 2005.

30. MIRANDA STRAMPES, Manuel y Sergi GUASCH FERNÁNDEZ; “El Ministerio Fiscal; Consideraciones en torno a un modelo Constitucional. Revista Poder Judicial, nº 54.
31. MORENO CATENA, Victor; “El Papel del Ministerio Fiscal en el Estado Democrático de Derecho”, Cuadernos de Derecho Público, nº 16, año 2002.
32. MUHM, RAOUL; “Política y Justicia en la Experiencia Comparada Actual: el caso alemán”. Estudios de Derecho Judicial, nº 6, 1997(Sistema político y criminalización de la vida política e independencia judicial).
33. MUÑOZ CONDE, Francisco: “Principios Inspiradores del nuevo código penal”. Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó. Vol. II. 1998.
34. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio; “El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno. Reflexiones sobre su designación, mandato y cese”, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, año 2000, Vol. V.
35. OJEDA AVILÉZ, Antonio. Revista Actualidad Laboral. Nº 1. 1993.
36. ORDOÑEZ SOLIS, David; “Por-qué y cómo debe sancionarse a los Jueces: Un paseo de la Ética al Derecho penal, pasando por el disciplinario”, Actualidad Administrativa, nº 5, La Ley, mayo 2015.
37. ORTIZ PÉREZ, Francisco; “El nuevo promotor de la acción disciplinaria contra Jueces y Magistrados: ¿Un Añejo inquisidor o un necesario garantizador de los derechos judiciales?, Revista General de Derecho Administrativo nº 36.
38. RITTER, Andreas; “El Ministerio Fiscal alemán: naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado”, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, VI, 2001.
39. RODRIGUEZ CANDELA, Jose Luis; “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, Jueces para la Democracia, nº 33, 1998.
40. SAIZ MORENO, Fernando; El Ministerio Fiscal y la Defensa de la Legalidad. Revista de Administración Pública. Nº 108.
41. SANCHIS CRESPO, Carolina; “La estructura del Ministerio Fiscal tras la Ley 10/1995” Boletín de Información nº 1764 del Ministerio de Justicia e interior, 1995, nº 49.

42. TAJADURA TEJADA, Javier “Cortes Generales y Ministerio Fiscal”, Revista de las Cortes Generales, nº 60, 2003.
43. TRILLO NAVARRO, Jesús Pórfilo; “Ministerio Fiscal; Diacronía de una Vinculación Política”. Saberes; Revista de Estudios Jurídicos Económicos y Sociales, año 2008. Pag. 46.
44. OLIVA BLAZQUEZ, Francisco; “Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable” Revista para el análisis del Derecho, InDret.
45. PAUNER CHULVI, Cristina; “El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia; el proyecto de reforma sobre su dependencia jerárquica. Poder Judicial. Nº 55.
46. PORTERO GARCÍA, Luis; “El Delito de Prevaricación del Funcionario Público”. Diario la Ley. 2000.
47. ZARAGOZA AGUADO, Javier. A; “El Consejo Fiscal: Reflexiones sobre su Funcionamiento, Composición y Competencias”, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, V- 2000.

ANEXOS: RESOLUCIONES, INSTRUCCIONES, CIRCULARES E INFORMES

A. De la Secretaría General del Congreso de los Diputados.

1. INFORME DE LA SECRETARÍA GENERAL acerca de una solicitud de comparecencia del Fiscal General del Estado para informar sobre la actividad procesal del Ministerio Fiscal en un sumario determinado.

B. Del Consejo Fiscal.

1. INFORME DEL CONSEJO FISCAL sobre el Reglamento de la Carrera Fiscal de fecha 11 de octubre de 2011 redactado en desarrollo a lo previsto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre.

2. INFORME DEL CONSEJO FISCAL de fecha 17 de septiembre de 2014, sobre propuesta de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

C. Del Consejo General del Poder Judicial.

1. ACUERDO de 28 de abril de 2011 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial.

D. De la Fiscalía General del Estado.

1. CIRCULAR 4/2013 sobre Diligencias de Investigación.

E. Del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sala de lo Penal de Las Palmas de Gran Canaria.

1. Auto de fecha 22 de abril de 2013, recaído en procedimiento de Diligencias Previas por el que no fue admitida a trámite la querrela interpuesta contra una Fiscal Delegada de Extranjería de la Fiscalía Provincial de Las Palmas por delito de prevaricación de funcionario Público.
2. Auto de desestimación del recurso de súplica interpuesto contra el auto de fecha 22 de abril de 2013.