

ESTUDIOS

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICO-POLÍTICA DEL MINISTERIO FISCAL EN ESPAÑA

IGNACIO FLORES PRADA

Profesor de Derecho Procesal

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

RESUMEN

Después de treinta años de vigencia constitucional, la definición de la naturaleza jurídico-política del Ministerio Fiscal en España sigue siendo una asignatura pendiente. La Constitución de 1978 terminó con un Fiscal jerárquicamente subordinado al Gobierno pero, o no pudo, o no supo, o no quiso definir claramente la posición del Ministerio Fiscal en el nuevo sistema político. Tampoco quedaría el problema resuelto en el Estatuto Orgánico de 1981, en el que se definió al Fiscal como “órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial”, fórmula ambigua, vacía de contenido y generadora de importantes problemas interpretativos. Desde entonces hasta ahora no hay nada en relación con la posición constitucional del Fiscal, ni en la doctrina, ni en la política, ni en la opinión pública, ni en la propia Carrera, que se parezca a la unanimidad. Estas breves reflexiones tratan de situar el problema en su contexto, separando la lupa de lo más cotidiano para fijarla en las causas profundas que explican la crisis que padece el Fiscal en el moderno sistema político. Tomando cierta perspectiva, es posible proponer un cambio de los términos del debate: En el nuevo Estado social ya no hablaríamos de un Fiscal dependiente o adherido a alguno de los tres poderes del Estado, sino de un órgano constitucional con autonomía funcional, cuya naturaleza de órgano de garantía y de defensa imparcial de la legalidad, resulte plenamente compatible con una colaboración en las grandes líneas de política criminal definidas por el Gobierno.

SUMARIO. Planteamiento. 1. La crisis del Ministerio Fiscal en las transformaciones del Estado de Derecho. A) Presupuesto. B) Ministerio Fiscal y sistema político. a) Hasta el Antiguo Régimen. b) El Ministerio Fiscal en el Estado de Derecho. C) Las claves del nuevo sistema político. a) La dirección política de la Constitución.

b) *El Estado complejo*. c) *La pérdida de neutralidad de la Ley*. d) *La aparición de márgenes de discrecionalidad política en la aplicación de la Ley penal*. 2. *La naturaleza constitucional del Ministerio Fiscal*. A) *El planteamiento constitucional*. B) *Los nuevos términos del debate*. 3. *Ministerio Fiscal y autonomía funcional*.

PLANTEAMIENTO

Uno de los problemas que tiene planteado el moderno sistema político consiste en la necesidad de sustituir el Ministerio Fiscal napoleónico, dependiente del Poder Ejecutivo, por un nuevo modelo que en su funcionamiento y posición jurídico-política responda adecuadamente a los parámetros constitucionales del nuevo Estado social¹. Y se trata sin duda de un problema complejo como lo demuestra el hecho de que, prácticamente desde mitad del siglo XX, es un problema sin solución, o al menos sin una solución mínimamente satisfactoria, lo que viene generando importantes tensiones que han traspasado el terreno jurídico-doctrinal para entrar de lleno en el ámbito de las cuestiones que en los últimos tiempos ocupan cotidianamente la atención de la opinión pública y de los medios de comunicación.

Este planteamiento inicial, en el que creo que podemos convenir, nos sitúa ante un escenario de crisis, que no sólo afecta al Ministerio Fiscal español, sino que se inscribe en un proceso de reforma del Ministerio Público continental², y más ampliamente del conjunto del sistema judicial³. Y merece la pena describirlo, si quiera sea someramente, porque creo que contribuye a establecer el contexto en el que deben inscribirse las reflexiones que propongo en esta trabajo.

Como primera consideración, me parece importante señalar que la crisis que vive hoy la Administración de Justicia y la indefinición que padece el Ministerio Fiscal, constituyen el reflejo de una cierta impermeabilidad del conjunto del sistema judicial ante los cambios políticos producidos en el curso de las transformaciones del Estado de Derecho. Las recientes encuestas de opinión indican una progresiva pérdida de confianza en el sistema judicial, que en pocos años ha situado a la Administración de Justicia entre las instituciones peor valoradas por los ciudadanos⁴. No hay duda de

¹ Entre la moderna doctrina es lugar común advertir la crisis que afecta al Ministerio Fiscal español tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978; vid., sobre esta idea, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El Ministerio Fiscal*, Pamplona, 1999; FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999; MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Valencia, 1999; Díez-PICAZO, L.M., *El poder de acusar*, Barcelona, 2000.

² En la doctrina continental vid., entre otros, RASSAT, *Le Ministère public entre son passé et son avenir*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS, París, 1967; AA.VV. *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, AA.VV., *Giustizia penale oggi/4*, Zanichelli, Bologna, 1979; GUARNIERI, *Pubblico Ministero e Sistema Politico*, Padova, 1984; ROXIN, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000, pp. 53 y ss. Un estudio comparado entre la Europa continental y los países latinoamericanos puede verse en DIAS/GHIRILINGHELLI DE AZEVEDO (coords.), *O papel do Ministério Público*. Estudio comparado dos países latino-americanos, Almeida, Coimbra, 2008.

³ *Sobre el momento de crisis y transformación que vive el sistema judicial en su conjunto* vid. GUARNIERI/PE-DERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997, y su versión en español *Los jueces y la política*, Taurus, Madrid, 1999.

⁴ Vid. *Libro blanco de la Justicia*, CGPJ, Madrid, 1997. Vid. también TOHARIA, *Opinión pública y justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001; TOHARIA/GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, *La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

que la Administración de Justicia constituye una de las asignaturas pendientes del nuevo sistema político, como tampoco cabe dudar que, junto a una crisis técnica o de medios, existe una crisis más honda, de carácter ideológico, que gira fundamentalmente en torno a la expansión de un aparato judicial política e institucionalmente independiente y dotado de cada vez mayores márgenes de discrecionalidad en su actuación jurisdiccional y gubernativa⁵.

En primer lugar, es evidente que el sistema judicial necesita una profunda reforma técnica, entendida en términos de eficacia y modernización del servicio público. Y para ello no basta con reformas legislativas orgánicas y procesales; es preciso que los pactos, primero se cumplan, y después, se traduzcan en partidas presupuestarias que doten los medios materiales y personales imprescindibles para dispensar, en los distintos órdenes procesales, una tutela judicial efectiva y eficaz⁶.

Sin embargo, la reforma de la Justicia no puede desconocer el problema de los controles y límites de la función judicial en el moderno Estado de Derecho⁷. Y ello porque, en los últimos tiempos, la magistratura ha adquirido un protagonismo sin precedentes en la vida pública de las sociedades democráticas que ha conducido a un proceso progresivo y gradual de judicialización de la política en el moderno Estado social⁸. En pocos años los jueces han dejado de ser la boca que pronuncia las palabras de la Ley para convertirse en un poder político independiente, dotado de amplias funciones de control sobre el funcionamiento del sistema político; una posición institucional y unas funciones que contrastan cada vez más con la falta de un adecuado sistema de contrapesos en la estructura jurídico-política del Estado⁹.

En este sentido, puede afirmarse que las transformaciones del Estado de Derecho han puesto de relieve una crisis profunda, que tiene que ver con la incapacidad del sistema judicial para responder a las expectativas depositadas en la aplicación del Derecho como instrumento de transformación y mejora de las condiciones sociales.

Y es precisamente en este marco de reforma del sistema judicial en el moderno sistema político en el que debe entenderse inscrita la crisis de identidad que afecta al Ministerio Fiscal desde la entrada en vigor de las llamadas constituciones del Estado social¹⁰. Parece claro que las transformaciones del Estado de Derecho han puesto

⁵ Sobre esta idea *vid.*, entre otros, GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*. Pesì senza contrapesi, Il Mulino, Bologna, 1992; del mismo autor *L'indipendenza della magistratura*, Cedam, Padova, 1981; GUARNIERI y PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997; también de ambos autores *La puissance de juger*, París, 1996 y su versión en castellano (más reducida) *Los jueces y la política*, Madrid, 1999; BORGNA y CASSANO, *Il giudice e il Principe*, Roma, 1997; BRUTI y GIASANTI, *Governo dei giudici*, Milano, 1996.

⁶ La exposición de motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y el preámbulo del Pacto para la Reforma de la Justicia son, en este sentido, suficientemente elocuentes acerca de la necesidad de una modernización técnica de la Administración de Justicia en España.

⁷ *Vid.*, ampliamente, GARAPÓN, *Juez y democracia*, Flor del viento ediciones, 1997, pp. 48 y ss., y 66 y ss.

⁸ Un fenómeno certeramente explicado por NIETO, *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 248 y ss.

⁹ *Vid.* PECES-BARBA MARTÍNEZ, «El despotismo y los jueces», en *ABC*, 14 de mayo de 1997.

¹⁰ En este modo de enfocar el análisis del moderno Ministerio Fiscal español existe amplio consenso doctrinal; *vid.*, entre otros, *Vid.*, entre otros, MARCHENA, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992, p. 16; ALAMILLO, *El Ministerio Fiscal español, (su organización y funcionamiento)*, Madrid, 1990, p. 15; MARTÍN-GRANIZO, *El Ministerio Fiscal en España*, Separata de Documentación Jurídica núm. 10 y 11, Madrid, 1977, p. 10. En *las jornadas sobre El Poder Judicial*, editadas por la Dirección General de lo contencioso-administrativo del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pueden consultarse los trabajos de MARTÍN PALLÍN, «El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales», vol. II, p. 1792; JIMÉNEZ-BLANCO, «Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal», vol. II, p. 1625; APARICIO, «El Ministerio Fiscal en la Constitución», vol. I, p. 627; GIL-ALBERT, «El Ministerio Fiscal en la Constitución», vol. I, p. 109; PÉREZ GORDO, «Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su estatuto Orgánico», vol. III, p. 2352. Pueden consultarse también los trabajos de GIMENO,

también de relieve el agotamiento del Ministerio Fiscal liberal, sin que tal modelo haya sido sustituido satisfactoriamente hasta ahora por el que podríamos llamar nuevo Ministerio Fiscal del Estado social. El problema fundamental consiste en encontrar nuevas categorías y espacios intermedios entre la dependencia y la independencia, capaces de definir para el Ministerio Fiscal una posición de equilibrio entre la comunicación con el Gobierno y las garantías de legalidad e imparcialidad que deben presidir, en todo caso, el ejercicio de la acción pública en el moderno sistema constitucional.

1. LA CRISIS DEL MINISTERIO FISCAL EN LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO DE DERECHO

A) Presupuesto

Si empezamos por preguntarnos sobre las causas que explican la crisis que atraviesa el moderno Ministerio Fiscal, conviene tomar cierta perspectiva, desde la que resulta fácil advertir la profunda vinculación histórica entre modelo de defensa pública de la legalidad y sistema político. Se trata de una dialéctica que explica no sólo la situación que actualmente vive el Ministerio Fiscal sino, más ampliamente, la evolución histórica que han experimentado los distintos modelos de defensa pública de la legalidad sobre el telón de fondo de las grandes transformaciones del sistema político.

Para entender la vinculación constante entre Ministerio Fiscal y sistema político es preciso reparar en que los órganos encargados de la defensa pública de la legalidad cumplen una función jurídico-política de primer orden en la estructura constitucional del Estado¹¹. Su construcción es una construcción ideológica antes que una construcción técnico-jurídica porque la posición que ocupa la defensa pública de la legalidad en el sistema político es una posición de frontera; frontera entre diversos poderes, frontera entre realidad social y aparato judicial, frontera entre política y derecho. Así puede afirmarse que a cada tipo de Estado corresponde un determinado modelo de defensa pública de la legalidad; y sucede que cuando el modelo de defensa pública de la legalidad no refleja el tipo de Estado del cual es expresión, se producen de inmediato tensiones destinadas a ponerlos nuevamente en conexión, lo que explica la historia del Ministerio Fiscal como una dialéctica constante entre modelo de defensa pública de la legalidad y sistema político¹².

Constitución y proceso, Madrid, 1988, p. 63; MORENO CATENA, *Introducción al Derecho Procesal*, (con CORTÉS Y GIMENO), Madrid, 1997, pp. 226 a 228; LORENTE, «Estatuto del Ministerio Fiscal», en *Cuadernos de Documentación* núm. 4, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, p. 8; SERRANO ALBERCA, «El artículo 124 de la Constitución», en la obra conjunta *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 1818; COBO DEL ROSAL Y BOIX REIG, «El Ministerio Fiscal», en la obra conjunta *Comentarios a las Leyes Políticas*, (Tomo IX), Edersa, Madrid, 1987, pp. 584 y 585; MUÑOZ CALVO, «La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal», en *El Poder Judicial*, (Vol. III), Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo contencioso-administrativo del Estado, Madrid, 1983, p. 2153; SAINZ MORENO, «El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad», en *Revista de Administración Pública*, núm. 108, septiembre-diciembre, 1985, pp. 149 y ss; MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales...*, cit. pp. 127 y ss; Díez-PICAZO, L. M., *El poder...*, cit. pp. 171 y ss.

¹¹ Vid. SAINZ MORENO, «El Ministerio Fiscal...», cit., p. 149; en el mismo sentido Díez-PICAZO, L. M., *El poder...*, cit., pp. 11 y ss. Un análisis más amplio puede encontrarse en CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995.

¹² Vid. JANNACCONE, «Il Pubblico Ministero nel sistema costituzionale», en *Il Pubblico Ministero nell'ordinamento italiano*, Rassegna dei magistrati, V Congresso Nazionale, Unione Magistrati Italiani, anno XVII, núms. 7-9, luglio-

B) Ministerio Fiscal y sistema político

La dialéctica histórica entre defensa pública de la legalidad y sistema político puede estructurarse sintéticamente en dos grandes etapas, divididas por la caída del Antiguo Régimen y el nacimiento del Estado de Derecho.

a) Hasta el Antiguo Régimen

Prácticamente desde el nacimiento de las civilizaciones clásicas y hasta la Revolución Francesa, los distintos modelos articulados históricamente para la defensa pública de la legalidad pueden reducirse a la dialéctica entre el sistema difuso de acción popular y el sistema concentrado, basado en una estructura orgánica pública, jerarquizada y dependiente del poder político¹³. En el marco de las tres grandes transformaciones del Estado en la Europa continental –la transición de la República al Imperio en Roma; la construcción del Estado absoluto y el nacimiento del Estado de Derecho– puede constatar, y resulta perfectamente explicable, el tránsito de uno al otro sistema como una consecuencia directa del fortalecimiento del poder y de la estructura político-estatal, común a los tres procesos aludidos. El comportamiento histórico de dicha dialéctica demuestra que la consolidación de la estructura política trae consigo el abandono progresivo del modelo difuso y su sustitución por el modelo concentrado. Al propio tiempo, la estructura requirente mostrará gradualmente mayor dependencia política cuanto más se fortalece y expande el ámbito de intervención y responsabilidad del Poder en el ámbito del Estado absoluto.

b) El Ministerio Fiscal en el Estado de Derecho

Si nos fijamos ahora en la segunda etapa, que arranca con la Revolución Francesa y que se extiende hasta nuestros días, esta interdependencia entre Ministerio Fiscal y sistema político resulta todavía más evidente¹⁴.

A partir de la Revolución Francesa se han sucedido en la Europa continental dos sistemas constitucionales, que hemos convenido en llamar Estado liberal y Estado social de Derecho (Estado constitucional). Pues bien, a lo largo de la edad contemporánea, la configuración del Ministerio Fiscal continental no ha hecho sino reflejar sucesivamente estas transformaciones políticas, lo que permite hablar básicamente de tres modelos de Ministerio Fiscal: el primero, revolucionario, difuso y republicano; el segundo liberal, autoritario y centralizado y el tercero, todavía por perfilar, que habrá de reflejar los fundamentos ideológicos del moderno Estado democrático y social.

El primero de los modelos, al que hemos denominado revolucionario y republicano, es producto de la Revolución Francesa y dura diez años; exactamente lo mismo que dura la Revolución. Durante este periodo, se rompe con el Ministerio Fiscal heredado del Antiguo Régimen, configurando un sistema de acusación pública difuso, descentralizado, independiente y electivo¹⁵.

settembre, 1977, pp. 267 a 269.

¹³ Vid. NOBILI, «Accusa e burocrazia», en *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, AA. VV., *Giustizia penale oggi/4*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 89.

¹⁴ Un estudio de contexto, particularmente esclarecedor, puede consultarse en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1994.

¹⁵ Un extraordinario análisis sobre el sistema de acusación durante la Revolución Francesa puede verse en NOBILI, «Accusa e burocrazia...», *cit.*, pp. 89 y ss., y también en el primer capítulo de su último trabajo *Scenari e*

Sin embargo, este modelo difuso e ideológicamente republicano, como tantas otras instituciones de corte claramente democrático, serán suprimidas por el golpe de Estado napoleónico en 1799. La contrarrevolución, presidida por principios autoritarios, impone un modelo de Ministerio Fiscal centralizado, burocrático y jerárquicamente dependiente del Poder Ejecutivo, que se extenderá por toda Europa a lo largo del siglo XIX. No es difícil, pues, advertir la paradoja que la Revolución imprime finalmente en el modelo de defensa pública de la legalidad, que consiste en la recuperación del Ministerio Fiscal del Antiguo Régimen y su implantación en el marco jurídico-político del Estado de Derecho¹⁶.

Y es precisamente este desajuste entre un Ministerio Fiscal autoritario y un Estado de garantías el que ayuda a entender todo un proceso de replanteamiento de la posición jurídica del Ministerio Fiscal a partir del nacimiento del Estado social de Derecho en la segunda mitad del siglo xx.

En Europa, este proceso de modernización ha dado lugar a modelos dispares que van desde la independencia del Ministerio Fiscal en Italia, pasando por el principio de autonomía portugués, hasta modelos como el alemán o francés en los que se mantiene, aunque corregido, el sistema de dependencia del Poder Ejecutivo¹⁷.

Este proceso de replanteamiento de la posición constitucional del Ministerio Fiscal tiene también reflejo en España, aunque su desarrollo viene mediatizado por las particulares vicisitudes de la vida política española, poco favorecedoras de una reflexión sosegada acerca de los principales problemas que plantean las transformaciones del Estado de Derecho. En este contexto han de inscribirse las sucesivas fórmulas que desde principios del siglo XX evidencian la búsqueda de una nueva posición jurídica del Ministerio Fiscal como órgano de representación¹⁸, órgano de comunicación¹⁹ y órgano de relación del Gobierno ante los Tribunales de Justicia²⁰.

Todo el proceso descrito indica claramente el agotamiento del modelo de Ministerio Fiscal napoleónico y, en especial, el rechazo a un Ministerio Público dependiente del Poder Ejecutivo. Sin embargo, es claro también que no hemos encontrado aún el consenso necesario sobre el modelo que lo sustituya. Y ello quizá se debe a que a la hora de plantear la moderna configuración del Ministerio Fiscal hemos pasado por alto los profundos cambios que introduce el nuevo Estado social a partir de la segunda mitad del siglo XX, y la decisiva influencia que algunos de ellos tienen en el nuevo estatuto jurídico-político de la institución.

trasformazioni del processo penale, Padova, 1998. Más extensamente y para una crónica histórica puede consultarse VELLANI, *Il Pubblico Ministero nel processo*, (II Volúmenes), publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Modena, Bologna, 1970; para un estudio de las fuentes *vid.* DUGUIT/MONNIER/BONNARD, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 7.ª edic., París, 1952. Para un análisis político DUGUIT, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

¹⁶ A este respecto, recuerda NOBILI, «Accusa e burocrazia...», *cit.*, p. 96, cómo Napoleón encontró, en el modelo absolutista un sistema de acusación de un lado, sólo parcialmente realizado y de otro, notablemente consolidado. Los cinco siglos entre 1302 y 1789 coinciden con un proceso alentado por instaurar una global burocratización y jerarquización de la acusación penal, lo que contribuyó a consolidar el proceso que, sin embargo y por las circunstancias de dispersión política que supuso la pervivencia del régimen nobiliario, no acabó de realizarse, al menos en lo que respecta a la jerarquía externa. En realidad, sigue señalando NOBILI, el modelo napoleónico recupera el modelo del antiguo Régimen, instrumentalizado en un nuevo contexto económico y social.

¹⁷ *Id.* Delmas-Marty, *Procesos penales de Europa*, Zaragoza, 2000. Sobre la situación del Ministerio Fiscal en el derecho comparado continental puede también consultarse Díez-Picazo, L. M., *El poder...*, *cit.*

¹⁸ Art. 763 de la LOPJ de 1870 y art. 1 del EOMF de 1926.

¹⁹ Art. 35 de la LOE de 1967.

²⁰ Esta última fórmula es la que empleó la ponencia constitucional, y que fue finalmente eliminada del texto aprobado en 1978.

Y merece la pena destacarlos porque como veremos a continuación, estos cambios han puesto de relieve el rasgo que mejor define al moderno Ministerio Fiscal, cuyo estatuto debe reflejar e integrar la dualidad y también la tensión entre defensa objetiva e imparcial de la legalidad y orientaciones democráticas en la definición del interés público tutelado por la Ley y, muy especialmente, en la definición de las grandes líneas de la política criminal²¹.

C) Las claves del nuevo sistema político

A mi modo de ver, la moderna configuración del Ministerio Fiscal viene condicionada fundamentalmente por cuatro grandes transformaciones introducidas en el sistema político por las nuevas Constituciones del Estado social.

a) La dirección política de la Constitución

La primera de ellas ha sido definida por la doctrina italiana con la expresión *indirizzo politico* de la Constitución, expresión que designa el compromiso político que adquiere el conjunto del ordenamiento jurídico, con la Constitución a la cabeza, estableciendo unos valores superiores que presiden y orientan la labor de los poderes públicos²². Por encima, pues, de las direcciones políticas de las distintas opciones, existiría una dirección política, marcada por la Constitución y las leyes, que diseña un marco, no neutral, de compromiso y transformación del orden social. Si la Constitución liberal se limitaba a establecer “quién manda” y “hasta dónde manda”, la Constitución del Estado social introduce, además, criterios que definen “cómo se manda” y “para qué se manda”.

Este nuevo principio constitucional ha provocado, entre otros efectos, una profunda alteración de las relaciones Estado sociedad que ha incidido, como veremos, en el funcionamiento de la estructura jurídico-política del Estado, en el sistema de protección de los derechos individuales y colectivos, y en la concepción de la ley como instrumento no neutral de garantía de la paz social.

b) El Estado complejo

Desde la nueva perspectiva que ofrece la dirección jurídico-política de la Constitución, resulta fácil entender el segundo de los fenómenos que condicionan la moderna configuración del Ministerio Fiscal, y que consiste en lo que se ha venido en llamar el nacimiento del Estado complejo, caracterizado por dos notas esenciales.

El primer rasgo que identifica al Estado complejo consiste en que los tres clásicos poderes del Estado han dejado de concebirse y de funcionar como estructuras inde-

²¹ Vid. Díez-PICAZO, L. M., *El poder...*, cit., p. 174.

²² Sobre la teoría del *indirizzo politico* de la Constitución puede consultarse MARTINES, «Indirizzo politico» (voz), en *Enciclopedia del diritto*, Tomo XXI, Giuffrè, Milano, 1971; más recientemente AA.VV., *Indirizzo politico e costituzione*, (Giornate di studio a Messina, 4-5 ottobre 1996), Milano, 1998. Sobre la idea de la dirección política de la Constitución vid. también FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996, p. 128; ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, (trad. de Marina Gascón), (2.ª edic.) Trotta, Madrid, 1997, p. 93. En España vid. GARCÍA MORILLO, *La democracia en España*, Alianza editorial, Madrid, 1996, p. 37.

pendientes entre sí²³. En el Estado asistencial, los fines son comunes al conjunto de poderes, lo que exige un funcionamiento coordinado del sistema político que ha sustituido progresivamente el dogma de la independencia por instrumentos y principios que garantizan la relación y comunicación entre poderes.

El segundo rasgo que identifica al Estado complejo es que no sólo existen los tres clásicos poderes del Estado liberal, sino que aparece un conjunto de órganos que no son exactamente ni Poder Ejecutivo ni Poder Legislativo ni Poder Judicial, cuya función es garantizar un sistema de pesos y contrapesos que permita un funcionamiento coordinado del sistema²⁴. Esta nueva disposición de la estructura jurídico-política del Estado ha introducido un entramado de órganos que, sin depender jerárquicamente de ninguno de los tres clásicos poderes del Estado, funcionan como bisagras del sistema político, es decir, como instrumentos de relación y coordinación entre poderes, que se integran en dicho sistema a través de dos principios modernos y extraordinariamente importantes para la definición del Ministerio Fiscal, como son los principios de autonomía funcional y competencia, a los que más adelante me referiré.

c) La pérdida de neutralidad de la Ley

El tercero de los fenómenos que a mi modo de ver mejor caracterizan al nuevo Estado social consiste en la pérdida de neutralidad de la ley, que ya no es sólo ni únicamente un instrumento de resolución de conflictos sino más bien una garantía de paz social²⁵. En este sentido y desde un punto de vista general, hemos señalado que en el moderno Estado social, a sus tradicionales funciones garantistas, la ley añade en el Estado social funciones instrumentales o promocionales, que guían las políticas públicas de desarrollo social y económico²⁶. Aparece así un ordenamiento jurídico plagado de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, que amplían considerablemente los márgenes de interpretación de la legalidad en la aplicación jurisdiccional del Derecho²⁷.

²³ Vid. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1995, p. 57 a 60, «desde hace tiempo, tanto la reducción del poder del Estado a tres potestades, como las realidades sociales sobre las que se sustentaban, han dejado de tener vigencia (...) En resumen, la trinidad de poderes se ha hecho demasiado simple para explicar la división del poder en un Estado y en una sociedad actualmente complejos».

²⁴ Vid. LÓPEZ AGUILAR, *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Madrid, 1996, pp. 167 y 168: «en el Estado fundado en la Constitución normativa no sólo se funden tres poderes como tipos ideales de las respectivas expresiones funcionales del poder que se reputa legítimo, sino también otro entramado más complejo y delicado de órganos (sean éstos constitucionales o de relevancia constitucional, distinción doctrinal que aquí poco importa) y de instituciones que tienen la exacta incardinación, sentido funcional y extensión (en lo que se refiere a potestades y facultades atribuidas) que la Constitución ha deseado conferirles. Es cabalmente, por ello, que ni el Tribunal Constitucional es exactamente un “legislador negativo” ni es “Poder Judicial”; que ni el Gobierno es exclusivamente “Poder Ejecutivo” ni el Defensor del Pueblo es “Poder Legislativo”». Intentar reducir a determinados órganos e instituciones a los esquemas de alguno de los tres clásicos poderes se trataría, señala el autor unas líneas antes de la cita transcrita, «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, peor aún, un agujero negro del absolutismo estatal o desviación hacia ello».

²⁵ Vid. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, 1993, p. 15.

²⁶ Vid. PEDERZOLI, *Los jueces...*, cit., pp. 18 y ss.

²⁷ Como claramente advierte LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Independencia, imparcialidad, objetividad del Juez», en *Justicia* 86, núm. IV, p. 222, las transformaciones del Estado de Derecho en los últimos cincuenta años –nucleadas en torno al concepto de Estado social– por fuerza se han de reflejar en el ordenamiento jurídico: socialización y publicación del derecho privado, florecimiento de ámbitos de discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, «cláusulas generales» como técnica legislativa, recurso a la aplicación directa de normas constitucionales, el llamado orden público económico como principio general, la aparición y expansión de la mano pública en la empresa, la sistemática reducción de los ámbitos de no justiciabilidad ante los tribunales, acompañada del también

Pues bien, es precisamente en este contexto de flexibilidad normativa en el que cobra importancia la defensa coordinada del interés público y social ante los tribunales, lo que exige una participación y una colaboración del Ministerio Fiscal en la concreción y postulación procesal de los intereses públicos y sociales que ha de perseguir coordinadamente el conjunto del sistema constitucional²⁸.

d) La aparición de márgenes de discrecionalidad política en el ejercicio de la acción penal

El cuarto y último de los efectos que el nuevo Estado social ha producido sobre la configuración y funcionamiento del Ministerio Fiscal tiene que ver con la aparición de importantes márgenes de discrecionalidad implícita o sumergida en los sistemas continentales de justicia penal regidos por el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal oficial²⁹.

En primer lugar y desde antiguo, se reconoce y admite un brote de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal ante la imposibilidad de automatismo en las decisiones de los órganos de la acusación pública a la hora de calificar jurídicamente unos hechos como delictivos, a la hora de valorar la suficiencia de la prueba, a la hora de determinar la petición de pena o, finalmente, a la hora de considerar la conveniencia de interponer los recursos posibles ante una determinada decisión judicial. Es la que se llama discrecionalidad técnica o interpretativa, consustancial a la labor de subsunción fáctica en premisas normativas, y que se otorga a órganos e instituciones con alta preparación jurídico-doctrinal. En este caso estamos ante el imprescindible ámbito de autonomía funcional de que deben disfrutar los órganos públicos de acusación para el ejercicio de sus funciones. Se trata, como correctamente se califica, de una discrecionalidad técnica, reconocida por demás constitucionalmente³⁰. La exhaustividad de la ley nunca podrá, en este sentido, sustituir la operación interpretativa de subsunción que corresponde a jueces y a fiscales a la hora de calificar jurídicamente los hechos. De ahí la preparación técnica que a ambos órganos se exige, las garantías que rodean su función y el cuadro de responsabilidades a que vienen sujetos. Junto a ello, la justicia penal instaura el proceso como medio continuo de control del ámbito

sistemático alargamiento de la legitimación procesal [...] Mutaciones que han de reflejarse por fuerza en la fisonomía tradicional de los ordenamientos jurídicos, en sus caracteres de abstracción y generalidad, y por consiguiente en el carácter puramente deductivo y silogístico de la interpretación y en la objetividad del juicio. En estas condiciones, la influencia de la actividad interpretativa de los jueces deviene enorme, y empieza a llenarse de criterios valorativos, lejanos de la actividad propia de aquéllos que, ante un ordenamiento jurídico mucho menos complejo desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo, eran la pura «boca de la ley», cuando el Gobierno era inerte custodio de derechos individuales, y el Parlamento agotaba prácticamente toda función normativa.

²⁸ Como claramente señala SAINZ MORENO, «El Ministerio Fiscal...», *cit.*, p. 156, «frente a un juez independiente, al Ministerio Fiscal corresponde defender el interés público tutelado por la ley y definido democráticamente; por tanto, variable dentro de los límites que la legalidad y la naturaleza misma de las cosas imponen. El carácter necesariamente fragmentado y discontinuo de la justicia judicial y la realidad social y política introducen inevitablemente un margen de apreciación sobre lo que conviene al interés público, que permite a quienes tienen legitimidad democrática impulsar y marcar directrices a la acción del Fiscal».

²⁹ *Vid.* más ampliamente, FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal...*, *cit.*, pp. 578 y ss.

³⁰ El haz de facultades que la Constitución atribuye exclusivamente al Ministerio Fiscal junto a su estructura orgánica propia y a los principios funcionales de legalidad e imparcialidad constituyen el contenido esencial de la autonomía funcional que se desprende de la regulación constitucional de la institución. Los Fiscales, como señala LÓPEZ AGUILAR, *La justicia...*, *cit.*, p. 181, no necesitan de un mandato singular, determinado y concreto, respecto de cada ocasión que les corresponda actuar.

de autonomía, en un caso, y de independencia en otro; la intervención procesal de las partes, las garantías de legalidad de la prueba, la valoración por el Juez instructor de la petición de sobreseimiento cuando el Ministerio Fiscal sea la única parte acusadora (art. 642 LECRIM), el planteamiento de la tesis por el Tribunal (art. 733 LECRIM) y el sistema de recursos en su conjunto, constituyen medios endoprocerales de control de la discrecionalidad técnica.

Existe, sin embargo, un segundo brote de discrecionalidad en los ordenamientos regidos por el principio de legalidad como el español; es la llamada discrecionalidad *sumergida* o discrecionalidad *implícita*, directamente provocada por la imposibilidad efectiva de llevar a cabo una actividad de persecución de todas y cada una de las infracciones criminales de que tienen noticia los órganos encargados de la investigación oficial.

La discrecionalidad *implícita* es una consecuencia directa, ni querida ni reconocida, del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, pero claramente presente en el funcionamiento de nuestro sistema de enjuiciamiento penal. Es evidente, en este sentido, que los medios materiales y personales con que cuenta la Administración de Justicia no han crecido a la par que los índices de delincuencia en las modernas sociedades democráticas, por lo que los órganos públicos de investigación se ven, cada vez con mayor frecuencia, en la necesidad de adoptar decisiones que implican una selección de prioridades en el ejercicio de la acción penal³¹. Se trata de decisiones que, en el mejor de los casos, conllevan un orden de prioridad, y que irremediablemente conducen a que muchas *notitiae criminum*, generalmente en infracciones de menor gravedad, queden sin respuesta, engrosando el elevado índice de sobreseimientos por desconocimiento de autor, cuando no las llamadas bolsas negras de la criminalidad.

Allí donde aparece esta modalidad de discrecionalidad *sumergida*, la estructura del sistema procesal, y en concreto la titularidad de la investigación oficial, conducen a identificar los órganos llamados a asumir tan delicada tarea. Así, mientras que el mantenimiento del sistema acusatorio formal o mixto en nuestro país reparte dicha discrecionalidad entre el Juez instructor y el Ministerio Fiscal, con mayor responsabilidad sin duda para el primero, en los países en los que el Ministerio Fiscal asume la dirección de la investigación penal y el ejercicio de la acción penal en régimen de monopolio (Italia o Alemania), es el Ministerio Fiscal el órgano en quien recaen buena parte de las facultades de decisión en este campo³².

³¹ *Vid.*, en este sentido, *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, (Fiscal Sr. BURÓN BARBA), 1983, p. 24, «es indudable que los poderes públicos, y en particular el Gobierno, consciente, como todos estamos, de la imposibilidad de pedir respuesta judicial a todas las trasgresiones (mayores, menores y mínimas), estén obligados a fijarse en prioridades, es decir, a pedir precisamente las respuestas en los casos que la demanden con mayor urgencia. Nadie podrá pedir cuenta a los Jueces o a los Fiscales por el hecho de que reacciones en virtud del automatismo legal contra todas las infracciones sin miramientos. Pero todos las pediríamos al Gobierno si alentara una política ciega que permitiera que quedaran rezagadas, sin atención preferente, formas de delincuencia especialmente peligrosas».

³² Sobre el problema de la discrecionalidad implícita o *sumergida* puede verse ZAGREBELSKY, V., «Indipendenza del Pubblico Ministero e obbligatorietà dell'azione penale», en *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, AA. VV., *Giustizia penale oggi/4*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 9 y ss; PIZZORUSSO, «Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero», en *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, AA. VV., *Giustizia penale oggi/4*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 41; —«Dilemmi del ruolo del pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera separata da quella del giudice», en *Giurisprudenza e cultura della legalità. Le regole del processo penale alla prova*. Convegno organizzato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, Roma, 8/9 luglio, 1993, p. 215. En España *vid.*, por todos, ARMENTA, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.

Con ello, como señala DÍEZ-PICAZO, L.M.³³, llegamos al núcleo del problema, ya que la existencia de márgenes ineliminables de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal pone de relieve que la política criminal, que consiste en la prevención, investigación, persecución y castigo de los delitos, no puede quedar reducida al momento legislativo, sino que debe comprender también su modo de aplicación³⁴. Podemos preguntarnos entonces si sería razonable dejar los aspectos de orientación de la política criminal en manos de una institución pública que, como sucedería con un Ministerio Fiscal independiente, no es representativo ni políticamente responsable³⁵. Parece evidente que en un moderno Estado democrático de Derecho, el ejercicio de la acción penal debe estar presidido por una difícil compaginación entre las exigencias de legalidad y la política criminal. El problema es, naturalmente, encontrar el modelo y los instrumentos que permitan conciliar dos vertientes –defensa objetiva de la legalidad y actuación de la política criminal– en la configuración del moderno Ministerio Fiscal³⁶.

La necesidad y también la dificultad de encontrar un equilibrio entre ambas constituye a mi juicio la causa y el origen de los problemas que plantea la definición del Ministerio Fiscal en el moderno sistema constitucional.

2. EL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

A) El planteamiento constitucional

Es precisamente en este contexto de tensión entre garantías y orientación política en el que deben entenderse las dificultades del constituyente español de 1978 a la hora de encarar el modelo de Ministerio Fiscal más acorde con el nuevo sistema constitucional³⁷.

En este sentido, conviene señalar que desde un primer momento el constituyente careció de un planteamiento claro respecto de la naturaleza jurídico-política del Mi-

³³ Vid. *El poder...*, cit., p. 174.

³⁴ Vid. VIVES, *Derecho Penal* (con COBO DEL ROSAL), *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1996, pp. 99 y 100.

³⁵ Sin embargo, es lo que actualmente sucede dada la falta de comunicación y de orientación democrática en la actuación del Ministerio Fiscal. Para comprobarlo, basta acudir a las comparecencias parlamentarias de los Fiscales Generales del Estado ante la Comisión de Justicia del Congreso para comprobar que contienen un verdadero programa político de intensidades y selecciones en el ejercicio de la acción pública; vid., en este sentido y a título de ejemplos, las comparecencias de los Fiscales Generales TORRES BOURSALT (Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior, año 1990, núm. 89, 9 de mayo de 1990, págs. 2648 y ss.), GRANADOS PÉREZ (Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior, año 1994, núm. 259, 30 de junio de 1994, pp. 7768 y ss.), o CONDE-PUMPIDO TOURON, (Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia, año 2004, núm. 59, 30 de junio de 2004, p. 2 y ss.).

³⁶ Señala, a este respecto, la Memoria de la Fiscalía General del Estado (Fiscal Sr. BURÓN BARBA), 1983, p. 24, que «oportunidad y legalidad no son siempre nociones opuestas, y lo mismo cabe decir de oportunidad e imparcialidad. El Ministerio Fiscal, modelado con la vista puesta en el proceso penal, prototipo de la aplicación del Derecho coercitivo necesario, no debe aventurarse en la apreciación de lo oportuno, pero tampoco debe oponer una cerrada resistencia a que la justicia pueda ser estimulada desde fuera con criterios de oportunidad razonables, siempre que lo que se estima oportuno, sea a la vez estrictamente legal, o dicho de otro modo más general, conforme al Derecho y a la Justicia».

³⁷ Al análisis de los trabajos constituyentes sobre el art. 124 CE dediqué especial atención en mi trabajo sobre el Ministerio Fiscal en España, ya citado, pp. 221 a 246.

nisterio Fiscal y prueba de ello es que el texto del Anteproyecto pretendió fundir la tradición histórica de un Ministerio Público como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales con un Fiscal General del Estado plenamente independiente. En el curso de los trabajos parlamentarios esta contradicción se resolverá de una manera peculiar: de una parte se suprime toda mención explícita a la naturaleza jurídico-política del Ministerio Fiscal y, de otra, se cambia el sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado que, de ser elegido por el CGPJ pasará a ser designado por el Poder Ejecutivo. Finalmente y en virtud del espíritu de consenso, el problema no se solucionó sino que se eludió, remitiéndose a la elaboración del Estatuto Orgánico, que volvería a dejar la cuestión en la indefinición en la que todavía hoy se encuentra.

La discusión sobre la posición constitucional del Ministerio Fiscal se reprodujo en los debates parlamentarios del Estatuto sin que el legislador lograra tampoco en esta ocasión una solución clara; en el Estatuto acaban por convivir varios modelos de Ministerio Fiscal, presididos por la ambigua fórmula de la integración con autonomía funcional en el Poder Judicial que, sin duda, ha acabado por crear más problemas de los que resuelve³⁸.

Parece claro, por tanto, que el reto prioritario que tiene planteado el Ministerio Fiscal en España es definir su identidad constitucional en un nuevo Estatuto Orgánico que asuma la tarea que dejó pendiente el Estatuto de 1981. Para ello, es preciso retomar el artículo 124 de la Constitución, que ofrece una regulación del Ministerio Fiscal más satisfactoria de lo que generalmente suele reconocerse; del texto constitucional pueden extraerse, al menos, tres claves que permiten una aproximación a su singular naturaleza jurídico-política.

En primer lugar, la Constitución diseña un modelo relativamente abierto de Ministerio Fiscal que otorga amplios pero no ilimitados márgenes al legislador ordinario, dotando así a la institución de una cierta y muy conveniente flexibilidad.

En segundo lugar, las funciones que está llamado a desempeñar el Ministerio Fiscal exigen un equilibrio entre las responsabilidades políticas derivadas del ejercicio de la acción pública, posibilitadas por las facultades reconocidas al Gobierno en la designación del Fiscal General del Estado y la necesaria objetividad, imparcialidad y previsibilidad en la defensa pública de la legalidad, aseguradas a través de los principios de legalidad e imparcialidad.

En tercer lugar, el mantenimiento de la integridad del orden jurídico constituye para el Ministerio Fiscal un medio orientado a la consecución de los valores superiores del ordenamiento sobre la base de la defensa del interés público y social, lo que exige una sintonía y una coordinación entre el funcionamiento de la institución y el resto de los poderes públicos comprometidos con la dirección política del sistema constitucional.

A partir de estas tres premisas, resulta posible afirmar que en la Constitución de 1978, el Ministerio Fiscal se configura como un órgano del Estado, de rango constitucional, cuya misión esencial consiste en el ejercicio de la acción pública en defensa de la legalidad. Dicha función forma parte del sistema de equilibrios constitucionales dentro de la estructura política del Estado: La defensa pública de la legalidad es, al tiempo, una función estatal integrada en las responsabilidades del Gobierno en cuanto

³⁸ Vid., por todos, GIMENO, *Constitución...*, cit. pp. 65 y ss.

director de la política interior y también es instrumento de garantía en el mantenimiento imparcial del ordenamiento jurídico. Por ello, el Ministerio Fiscal es una de las bisagras del sistema político, no integrado jerárquicamente en ninguno de los tres clásicos poderes del Estado, aunque conectado con ellos, especialmente con el Gobierno, en orden al cumplimiento de los objetivos propuestos por la dirección política de la Constitución³⁹.

B) Los nuevos términos del debate

Del planteamiento constitucional puede extraerse una primera conclusión, que indica que los términos del debate han cambiado significativamente a la hora de definir la posición del Ministerio Fiscal en el juego de poderes. La vieja dialéctica entre dependencia-independencia debe ser sustituida por fórmulas de integración en el sistema constitucional que combinen ámbitos competenciales propios con participación en las líneas de dirección política.

Ello obliga a descartar, en mi opinión, soluciones que conduzcan tanto a la configuración de un Ministerio Fiscal independiente, como a la dependencia del Poder Ejecutivo.

Por una parte, patrocinar un Ministerio Fiscal independiente supondría dejar en manos de una institución sin responsabilidad democrática directa el diseño de políticas públicas en materia de lucha contra la criminalidad, cuya definición debe corresponder al Gobierno de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución⁴⁰.

En segundo lugar, cabe descartar abiertamente un modelo de Ministerio Fiscal dependiente del Poder Ejecutivo. No es necesario explicar detenidamente los peligros derivados de una intervención gubernamental constante y directa en la actuación del Ministerio Fiscal, que haría difícil garantizar adecuadamente el respeto de los principios de legalidad e imparcialidad, sobre todo en los asuntos penales en los que el Gobierno o la Administración estuvieran involucrados.

Por último, debe también rechazarse a mi juicio la tesis que sostiene la vinculación del Ministerio Fiscal con el Parlamento, sobre el que podría recaer el nombramiento del Fiscal General del Estado y el control del funcionamiento de la institución.

³⁹ Esta posición de equilibrio, matizada en determinados casos, ha sido defendida por un sector importante de la doctrina jurídica española; entre otros pueden consultarse LORENTE, *Estatuto...*, cit., p. 34; SAINZ MORENO, «El Ministerio Fiscal...», cit., p. 149; GIMENO, *Constitución y...*, cit., pp. 89 y ss; SERRANO ALBERCA, «Artículo 124», en Comentarios a la Constitución (dirigidos por GARRIDO FALLA), *Civitas*, Madrid, 1985, p. 1832; MORENO CATENA, *Introducción al Derecho procesal*, Madrid, 1997, pp. 226 y 227; TORRES BOURSALT, «La división de poderes en la España de hoy», en *Sistema*, núm. 117, noviembre, 1993, pp. 21 y 22; LÓPEZ AGUILAR, *Justicia y sus problemas...*, cit., p. 168; MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales...*, cit., pp. 160 y ss; Díez-PICAZO, L. M., *El poder...*, cit., pp. 177 y ss.

⁴⁰ El rechazo a un Ministerio Fiscal independiente es prácticamente unánime en la doctrina procesal y constitucional continental, incluida la italiana con particular conocimiento de causa. Junto a las consideraciones que expuse en mi trabajo *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999, pp. 308 y ss., pueden citarse recientemente y en la misma línea MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales...*, cit., pp. 142 y ss; Díez-PICAZO, L. M., *El poder...*, cit., pp. 175 y ss. En la doctrina italiana vid., entre otros muchos, PIZZORUSSO, «Per un collegamento...», cit; NOBILI, *Scenari...*, cit., pp. 154 y ss; DI FEDERICO, «La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada», *Poder Judicial*, núm. 48, 1997, pp. 20 y ss.

Aunque se trata de una solución sugerente, existen a mi entender dos objeciones fundamentales con que se enfrentan las tesis que apoyan un modelo de Ministerio Fiscal de vinculación parlamentaria⁴¹.

En primer lugar, parece claro que la dirección de la política criminal corresponde no al Parlamento sino al Gobierno, que es el órgano que diseña la política interior del Estado y asume la responsabilidad derivada de su ejecución (art. 97 CE). Ello permite distinguir claramente las funciones de dirección e impulso político, que asume el Gobierno, y las funciones de control, que desempeña el Parlamento como órgano plural en el que se debaten las distintas opciones políticas, entre ellas la política criminal.

De ahí que, en segundo lugar, la Constitución haya encomendado al Gobierno y no al Parlamento la designación del Fiscal General del Estado. Estamos, por tanto, ante una facultad discrecional del Gobierno, de la que responde políticamente, y que a mi juicio resulta difícilmente compatible con la introducción de filtros parlamentarios que condicionen o limiten la potestad gubernamental en orden a la designación y cese del Fiscal General del Estado⁴². Ello no empece, sin embargo, para la introducción de instrumentos de control parlamentario sobre el funcionamiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, respecto del cese del Fiscal General del Estado.

3. MINISTERIO FISCAL Y AUTONOMÍA FUNCIONAL

Descartadas las alternativas tradicionales que permitía el sistema político liberal a partir de la clásica trilogía de poderes, parece claro que la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal debe construirse en el Estado social sobre nuevas categorías, extraídas del propio funcionamiento del sistema político, entre las que cabe apostar por la autonomía funcional y orgánica y por el principio de competencia.

En primer lugar, conviene empezar por señalar que la autonomía constituye un punto intermedio entre la independencia absoluta y la subordinación, que permite conciliar, en el funcionamiento de determinados órganos e instituciones, ámbitos de competencia exclusivos con mecanismos de colaboración en líneas políticas comunes y generales.

La aplicación de esta categoría al Ministerio Fiscal parte de la necesaria distinción entre la autonomía funcional y la autonomía política en el sistema de ejercicio de la acción penal. Por un lado, al Gobierno corresponde el ámbito de decisión política,

⁴¹ *Vid.*, en este mismo sentido, Díez-PICAZO, L. M., *El poder...*, pp. 179 y 180.

⁴² Entre las reformas introducidas por la Ley 24/2007 en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal figuran determinadas limitaciones que inciden en el procedimiento de designación del Fiscal General del Estado. En primer lugar, el Fiscal General propuesto por el Gobierno comparecerá antes de su nombramiento por el Rey ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados (art. 29 EMOF). En segundo lugar, la reforma introduce por primera vez en España un límite temporal al mandato del Fiscal General (4 años), así como causas tasadas de destitución (art. 31.1 EOMF). Ya expuse en su día mi opinión contraria a introducir limitaciones en las facultades gubernamentales de designación y cese del Fiscal General del Estado, *vid.* FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 654. En el mismo sentido DE LA OLIVA, «El Fiscal...», *cit.*, p. 14, y Díez PICAZO, L. M., «Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal en España», esquema preparado para las VI Jornadas italo-españolas de justicia constitucional celebradas en el Pazo Mariñán los días 27 y 28 de septiembre de 2007, p. 9 del documento impreso, que puede consultarse en la web: <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/cor-2ponesp-diezpicazo.pdf>.

estableciendo los criterios y prioridades generales de la política criminal para el ejercicio de la acción penal. La ejecución se encomienda a una institución diferente, el Ministerio Fiscal, que dispone de competencias exclusivas para aplicar dicha política criminal dentro de los márgenes de la legalidad.

La distinción entre autonomía política y funcional constituye un claro ejemplo de reparto del poder, que refleja un sistema de equilibrio, de pesos y contrapesos, en virtud del cual el Ministerio Fiscal actúa como filtro y garantía de legalidad en la ejecución de la política criminal diseñada por el Gobierno⁴³. Es preciso por tanto reconocer un ámbito de decisión política al Gobierno, que deriva del artículo 97 de la Constitución, y un ámbito de indemnidad en la actuación del Ministerio Fiscal, garantizado por los principios de legalidad e imparcialidad recogidos en el artículo 124 de la Constitución⁴⁴. De esta suerte, el Ministerio Fiscal únicamente puede ejecutar la política criminal del Gobierno en la medida en que ésta se mueva dentro de los márgenes de la legalidad.

Esta posición de equilibrio y este ámbito de autonomía funcional se concretan en un segundo principio básico del moderno sistema político –el principio de competencia– que resulta de extraordinaria utilidad para definir la posición de equilibrio que ocupa el Ministerio Fiscal en el juego de poderes⁴⁵.

En realidad, la aplicación al Ministerio Fiscal del principio de competencia no es sino la concreción de uno de los principios que rigen el reparto del poder y los equilibrios internos en la estructura jurídico-política del moderno Estado de Derecho. Con poco que se observe, el principio de competencia está presente en la desconcentración del poder político institucional a través de órganos de control y agencias autónomas que garanticen un adecuado sistema de contrapesos. Pero es también el principio de competencia el que ha permitido la descentralización del poder político a través de

⁴³ A tal respecto no piensa JANNACCONE, «Il Pubblico Ministero...», *cit.*, p. 272, que la autonomía funcional deba comprender necesariamente la exclusión de la facultad del Gobierno de conducir, a través del Ministerio Fiscal, determinadas exigencias de carácter general, según la valoración gubernativa o ministerial, que deben encontrar satisfacción o que deben ser consideradas en el desarrollo de las funciones de la institución. Existirá diferencia entre las esferas operativas pero no debe haber incomunicabilidad.

⁴⁴ En una interesante reflexión de LORENTE, *Estatuto del Ministerio...*, *cit.*, p. 35 a propósito de la consideración del Ministerio Fiscal como órgano de la Administración de Justicia en sentido objetivo puede leerse lo siguiente: «¿significa –la naturaleza apuntada– que el Ministerio Fiscal no puede servir al Gobierno para la realización de sus fines ajustados a la legalidad? ¿que el Gobierno no pueda dirigirse al Ministerio Fiscal encargándole, en pro del interés público, el ejercicio de determinada acción o recurso? No creemos que deba decirse. El Ministerio Fiscal sirve, promoviéndolos ante la justicia, los intereses que la administración sirve a su vez y que el Gobierno, a través de ésta, dirige. El interés público y el interés social cuya satisfacción y defensa ante los Tribunales de justicia se atribuye al Ministerio Fiscal no son otros que “los intereses generales” a que sirve la administración pública bajo la dirección del Gobierno. Cabe mantener que, en el sostenimiento y realización de esos intereses, corresponden al Ministerio Fiscal y al Gobierno funciones distintas pero concurrentes. El Gobierno fija los medios políticos y asume los criterios de oportunidad para su satisfacción; y el Ministerio Fiscal pone, al servicio de los mismos los medios jurídicos, postulándolos, con criterios de legalidad ante la justicia. Por ello, el Ministerio Fiscal debe ser el cauce para realizar, dentro del marco de la legalidad, la política, en el mejor y más amplio sentido de la expresión, del Gobierno, en cuanto la misma requiera del pronunciamiento de los Tribunales». De acuerdo con esta opinión RUIZ VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», *Poder Judicial*, núm. especial II, p. 68.

⁴⁵ Sobre el principio de competencia y su aplicación al estatuto constitucional del Ministerio Fiscal *vid.* FLORES PRADA, *El Ministerio...*, *cit.*, pp. 373 y ss.

un reparto de atribuciones y un sistema de control mutuo entre los órganos centrales y los entes autonómicos.

Por ello, cuando decimos que el principio de competencia puede ser considerado como un principio implícito en el estatuto jurídico-político del Ministerio Fiscal estamos utilizando la esencia de un rasgo organizativo y estructural del Estado social para aplicarlo a la posición constitucional de una institución que está reclamando con urgencia una modernización de sus categorías. Así y desde el punto de vista de las relaciones externas, el principio de competencia explica la atribución al Ministerio Fiscal de un conjunto de facultades y atribuciones infranqueables, y para cuyo ejercicio no necesita de un mandato singular en cada ocasión que les compete actuar.

Junto a ello y desde el punto de vista del funcionamiento interno de la institución, el principio de competencia está llamado a suavizar la concentración de poder dentro del Ministerio Fiscal mediante las funciones de control y equilibrio que deben desempeñar tanto el Consejo Fiscal como la Junta de Fiscales de Sala.

Así planteado el reparto de competencias entre los márgenes de decisión política y la autonomía funcional de los órganos encargados de su aplicación, es necesario disponer herramientas para que las líneas de política criminal definidas por el Gobierno puedan ser debatidas en el ámbito político y trasladadas al Ministerio Fiscal sin afectar las garantías de legalidad e imparcialidad que presiden la actuación de la institución.

En primer lugar, es preciso que las decisiones gubernamentales en este terreno sean públicas, transparentes y sometidas a debate político en sede parlamentaria. Cuando estas instrucciones son hechas públicas por el Gobierno antes de ser dictadas y pueden, por consiguiente, ser discutidas en el Parlamento, se logrará una transparencia que no sólo garantiza la higiene democrática sino que incide también en la seguridad jurídica al proporcionar a los ciudadanos y poderes públicos la posibilidad de un conocimiento previo de las líneas prioritarias de actuación del Ministerio Fiscal.

En segundo lugar, parece claro que es el Fiscal General del Estado el instrumento para canalizar y garantizar la aplicación uniforme y homogénea de los criterios de política criminal fijados por el Gobierno. Por ello, me parece acertada la fórmula constitucional que otorga al Poder Ejecutivo la facultad para designar y remover discrecionalmente al Fiscal General del Estado, lo que en el fondo constituye una garantía para mantener y asegurar la efectiva aplicación de la política criminal⁴⁶.

En tercer lugar, es necesario proteger adecuadamente la objetividad e imparcialidad en la actuación del Ministerio Fiscal, impidiendo que, a través de las referidas instrucciones, pueda el Gobierno interferir en los distintos procesos penales en curso. En este sentido, entiendo que las instrucciones que el Gobierno puede dirigir al Ministerio Fiscal siempre habrán de ser instrucciones generales y positivas, de orientación y actuación, quedando en todo caso prohibidas las instrucciones particulares y negativas, que pretendan impedir el inicio de la investigación o el sentido de la acusación en cualquier proceso penal en curso.

⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, L. M., *El poder...*, cit., p. 180.

A mi modo de ver, éste es el modelo implícito con el que la Constitución define la posición institucional del Ministerio Fiscal y sus relaciones con el Poder Ejecutivo. Y parece que estamos, por fin, ante un modelo que empieza a encontrar cierto grado de consenso entre la doctrina jurídica continental⁴⁷, y también entre las recientes propuestas y documentos manejados por las instituciones europeas que se han ocupado del estatuto constitucional del Ministerio Público.

⁴⁷ Partidarios de un modelo basado en la autonomía funcional compatible con la comunicación con el Poder Ejecutivo se muestran, entre otros, LÓPEZ AGUILAR *La Justicia y sus problemas...*, cit., pp. 181 y ss; Díez-PICAZO, L. M., *El poder...*, cit., pp. 171 y ss; DE LA OLIVA, «El fiscal y el futuro proceso penal», *Tribunales de Justicia*, núm. 1, enero de 1997, pp.11 y ss; MORENO CATENA, *Introducción...*, cit., pp. 226 y ss; GIMENO, *Constitución...*, cit, pp. 65 y ss; MONTERO, *Proceso (civil y penal) y garantía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 650 y ss.; GARCÍA MORILLO, *La democracia...*, cit., pp. 151 y ss; GONZÁLEZ MONTES, *Instituciones de Derecho procesal*, Madrid, 1993, pp. 206 y ss; y más recientemente FUENTES SORIANO, *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 291 y ss. Entre la doctrina extranjera cabe citar, sin ánimo de exhaustividad, a GUARNIERI, *Pubblico Ministero e Sistema Politico*, Padova, 1984; NOBILI, «L'autonomia del Pubblico Ministero, la recente polemica sul Pubblico Ministero: un pericoloso "aut-aut"», en *Politica del diritto*, anno XIV, núm. 3, septiembre de 1993; PIZZORUSSO, «Per un collegamento...», cit; CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995. Particular interés revisten las conclusiones de la llamada "Comisión Truche", auspiciada por el Presidente CHIRAC y compuesta por representantes de los distintos estamentos profesionales relacionados con la Administración de Justicia («Rapport de la Commission de réflexion sur la justice», La documentation française, París, 1997). Entre sus propuestas sobre la reforma de la Justicia en Francia se dedica un capítulo importante al Ministerio Público, reconociendo la competencia del Gobierno para fijar las líneas generales de la política relativa a la acción pública y recomendando la creación de canales que permitan al Gobierno impartir al Ministerio Público instrucciones de carácter general y positivo. Entre los documentos y textos emanados de organizaciones internacionales cabe citar la Recomendación (200) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal (párrafos 12 y 15), y el informe sobre España emitido el 15 de junio de 2001 por el GRECO (Grupo de Estados contra la corrupción; Consejo de Europa), con especial atención a los párrafos 124 y 125.