

**HACIA LA INDEPENDENCIA, JURÍDICAMENTE
GARANTIZADA, DEL MINISTERIO FISCAL
EN EL CUMPLIMIENTO DE LA MISIÓN Y EL EJERCICIO
DE LAS FUNCIONES QUE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
LE ASIGNA**

Prof. Dr. Eduardo MONTULL LAVILLA
*General Consejero Togado. Catedrático
de Derecho Mercantil (E. U. Empresariales).
Académico de Número de la Academia Aragonesa y Académico
Correspondiente de la Real Academia (Madrid),
de Jurisprudencia y Legislación.
Ex Fiscal de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.*

SUMARIO

I. Introducción: A). Inserción del tema en la actual problemática tanto legal como socio-política y económica. B). Planteamiento de la cuestión e ineludibles advertencias de carácter metódico. II. Tesis doctrinales hasta hoy sostenidas sobre la catalogación jurídica del Ministerio Fiscal, por su incardinación legal en uno u otro de los poderes o funciones del Estado: A). En el Poder Judicial. B). En el Poder Ejecutivo. C). Otras posiciones, en su mayoría de carácter mixto. D). Parecer de Grupos Parlamentarios y de órganos Estatales. III. El Ministerio Fiscal en el «Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia» (de 28-V-2001): una breve reflexión de urgencia. IV. Criterio que estimo más acorde, en términos objetivos, con el Derecho positivo vigente: A). Análisis de las divergencias substanciales y de las coincidencias accidentales de la Carrera Fiscal respecto de la Carrera Judicial: a). En el ámbito funcional. b). En relación con sus respectivos Estatutos. B). Conclusiones. C). Consideraciones finales, incluso a los fines de *ius condendum*.

I. INTRODUCCIÓN

A) INSERCIÓN DEL TEMA EN LA ACTUAL PROBLEMÁTICA TANTO LEGAL, EN GENERAL, COMO SOCIO-POLÍTICA Y ECONÓMICA

Aunque sólo sea a título de LEMA, conviene recordar que ya en las magistrales palabras del Proemio a la Instituta de Justiniano se lee: «Imperatoriam Majestatem...legibus oportet esse armatam ut utrunque tempus...recte possit gubernari et Princeps...per legitimos tramites calumniantium expelens et fiat tan iuris religiosissimus...», cuyos milenarios y sabios renglones del propio Emperador romano-bizantino muy bien podrían ser hoy entendidos, *mutatis mutandis*, del siguiente tenor:

«La autoridad democrática debe buscar su fundamento en las leyes para que la Nación sea gobernada con justicia, en todo caso, lugar y tiempo, sin acepción de personas, y *el Estado refrene, por medios jurídicos, la malicia humana* desde la más escrupulosa observancia del Derecho».

No en vano creo que mucho hay que aprender, como testimonia Maquiavelo, no sólo «por medio de una larga experiencia de las cosas modernas» sino también «por una lectura continua de las antiguas», pues pienso que todas ellas se hallan a la misma distancia del saber humano.

Como me permití expresar a la Real Academia matritense de Jurisprudencia y Legislación, al hacerme ésta el honor de poder colaborar, como Académico Correspondiente de ella, en el proyectado número monográfico de sus prestigiosos Anales, dedicado a «La reforma de la Justicia en España», la idea y la finalidad de esta mi modesta aportación se inscriben en una más amplia pretensión que mira a la necesidad, tan precisa como ya urgente, de procurar que nuestra democracia se asiente en el Ordenamiento jurídico español, incorporando, en la propia Constitución y desde bases legales ordinarias sólidas, soluciones inspiradas en principios éticos y susceptibles de crear los correspondientes hábitos personales y usos institucionales de objetividad, sin acepción de personas, potenciándose, sólo así, la imprescindible *serie de legítimos controles reales*, verdaderos, eficaces y eficientes, propios de los sistemas de libertades, que refrenen, por medios jurídicos, la malicia humana, en esos (más de lo que a menudo se piensa y salta a la luz) diversos ámbitos, además del de «la Justicia», en los que surge el gravísimo riesgo –como la triste realidad nos viene revelando, sobre todo últimamente– de que se desfigure un genuino Estado de Derecho en la práctica diaria del *funcionamiento real* de nuestras Instituciones, tanto en el de las estrictamente judiciales, como en el de las jurídicas, en general, y el de las específicas de carácter socio-político y econó-

mico; lo que únicamente podrá ser obviado, cuando menos en proporciones hoy humanamente aceptables, *si se garantiza* la absoluta independencia de quienes son llamados a controlar, empezando por el momento y modo de su misma designación para ejercer tan alta responsabilidad pública y social y continuando con todas sus actividades para que siempre se orienten al bien común, desde el apoyo y protección que, en todo caso, les brinde sin fisuras ni ambigüedades legales el propio Estado de Derecho, con el triunfo de la verdad y la vida, por su importancia capital frente al racionalismo abstracto e intelectualista, como ya preconizaron GOETHE y ORTEGA, entre otros, o, incluso, frente a otra serie de actitudes de menos vuelos pero también del todo rechazables.

B) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN E INELUDIBLE ADVERTENCIA
PRELIMINAR DE CARÁCTER METÓDICO

Lejos de contemplar con la necesaria extensión el tema propuesto, dados los límites justamente impuestos para este tipo de aportaciones a una obra colectiva, sólo puedo ofrecer un breve resumen de mis reflexiones sobre algunos de los aspectos más polémicos que viene mostrando, desde muy antiguo, la catalogación jurídica del Ministerio Fiscal (MF), en su enmarque Constitucional, con especial atención, por ello y «conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica» (art.124.2 de la Constitución), a la figura del Fiscal General del Estado (FGE). Unas breves consideraciones de *lege ferenda* son precisas, pues no en vano creo que debemos ser conscientes de que España no debe permanecer ajena, como en tantas ocasiones acaeció, no sólo a las actuales crecientes exigencias sociales y políticas (máxime ya en el siglo XXI con evidente despegue de los críticos momentos de la transición a la democracia, lo que incluso pudo justificar para muchos determinadas medidas legales, de las que me aventuro a creer que pueden ya empezar a ser desbordadas por los propios hechos que trataban de regular), sino también al progreso moral de la humanidad.

Por lo demás, no me substraigo a anticipar, en el anunciado aspecto metódico, que se echa en falta, al abordar el tema que nos ocupa, una literatura jurídica con capacidad crítica suficientemente solvente y criterio propio, asentado sobre bases metodológicamente seguras y sistemáticamente firmes, de lo que, por supuesto, existen algunas excepciones.

En efecto; basta señalar preliminarmente, como botón de muestra y con carácter general, la habitual presencia de aportaciones cuyos argu-

mentos entremezclan, en el debate que nos ocupa, sin distinción alguna, razones y análisis propios de *la ciencia del Derecho*, sobre las bases y postulados que ofrece el Ordenamiento legal vigente, con otros de inequívoco carácter *sociológico*, cuando no de meras apelaciones, incluso, *al proceder ético* de gobernantes o fiscales, para atribuirles el calificativo de «garantía jurídica –pongo por ejemplo, para discrepar de tan incorrecto proceder metódico– de la defendida independencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo». Por ello, no es ocioso anticipar que la controversia se debe mover, conforme a un mínimo rigor dialéctico, en el plano estrictamente *científico* del Derecho, es decir, en el de la perspectiva de la norma jurídica, debidamente positivada, de las instituciones en juego, que es el lugar en el que únicamente cabe radicar, hoy por hoy, las posibles garantías jurídicas de éstas (1).

Por último, advertir que el enfoque asumido apenas permitirá aludir muy someramente tanto al Derecho pretérito como al Comparado en la materia, también a causa de las mencionadas limitaciones de espacio, pese a reconocer la gran importancia que para la exegética tienen siempre ambas perspectivas del fenómeno jurídico.

II. TESIS DOCTRINALES HASTA HOY SOSTENIDAS SOBRE LA CATALOGACIÓN JURÍDICA DEL MINISTERIO FISCAL (MF), POR SU INCARDINACIÓN LEGAL EN UNO U OTRO DE LOS PODERES O FUNCIONES DEL ESTADO

Cuando se habló de atribuir la instrucción de algunos procesos, incluso como único Instructor, al MF, su dependencia del Poder Ejecutivo –conforme a la ley– se reveló, por un sector de la doctrina, como el principal obstáculo para conseguirlo (2). Cuestión, pues, básica, grave y previa que es preciso profundizar.

(1) Juan C.ORTIZ ÚRCULO, el 7-XII-1995, antes de ser designado FGE, escribía con acierto sobre el MF, en *ABC*: «Y no basta decir que quien ocupa el cargo –con referencia al de Fiscal– tiene vocación o hábito de cumplir con la legalidad, puesto que, a más de no ser siempre así, no puede hacerse depender el crédito de una institución de la fe que se deposite en una persona; no al menos en una democracia, en un Estado de Derecho, donde las instituciones se garantizan con normas legales y no con actos de fe de los ciudadanos o con comportamientos heroicos de los Fiscales». Impugnaba, entonces, la falta de independencia del MF respecto del Poder Ejecutivo, conforme al Derecho vigente (que era el mismo que hoy), parecer que mantuvo tras su toma de posesión, como FGE, el 11-IX-1996, amparándose, hasta que llegaran las reformas que postulaba, en *su personal independencia*.

A) EN EL PODER JUDICIAL

Tesis por la que, con más o menos rigor y acierto académicos, parece inclinarse la mayor parte de la doctrina española, cuyos argumentos básicos y en síntesis, se cifran, según SANCHÍS CRESPO, en dos vertientes: 1.^a) La inclusión del MF en el Título VI de la Constitución española (CE): «Del Poder Judicial», y también la equiparación, en diversos aspectos de ese Título VI, de los Fiscales a los Jueces y Magistrados, y 2.^a). El art.2.1 *ab initio* del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF): «El MF, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ejerce su misión...».

En esta línea militan diversos Fiscales de carrera como RUIZ VADILLO (3); JIMÉNEZ VILLAREJO, José (4), para quién en el Poder Judicial (PJ) coexisten dos magistraturas diferenciadas pero dirigidas a un mismo fin; HERNÁNDEZ GIL, Félix (5), quien, tras afirmar que no es un servidor del Gobierno ni su mandatario, apela a la confianza en la probidad de éste en un sistema puramente democrático; APARICIO CALVO-RUBIO, José (6), que en 1983 entendía superada la obligación del Fiscal de cumplir las órdenes del Gobierno y en 1998, ya Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, define el MF como «órgano estatal, constitucional y de

(2) Respecto del Sumario hay antecedentes en PACHECO, *Estudios de Legislación y Jurisprudencia*, 1843.

SANCHÍS CRESPO, C., *El MF y su actuación en el Proceso Abreviado*, Granada, 1995, p.25.

No deben olvidarse las divergencias, muy ilustrativas, que originaron en IV-1991 las palabras del entonces FGE Leopoldo Torres, ante la Comisión de Justicia del Congreso sobre la posible atribución al MF de la dirección de las investigaciones penales, fórmula que –dijo– creía iba a agilizar la Justicia y que seguían Italia, Alemania y Portugal; ya que, pronto salió al paso la AF (la Asociación mayoritaria) para desmentir que el FGE contase con su respaldo y afirmar que el MF «no reúne hoy, en la ley, las garantías de independencia, ni de imparcialidad que serían precisas», explicando los casos de tales naciones por otras razones.

A Tomás y Valiente, Presidente del tribunal Constitucional (en IX-1998) «no le pareció disparatada la idea del Fiscal Instructor, pese a algún riesgo como el de parcialidad».

(3) RUIZ VADILLO, Consideraciones sobre la naturaleza del MF, en *Revista de Derecho Judicial*, 1960 y La actuación del MF en el proceso penal, en *PJ*, n.º especial, II, 1987: cree que los principios de legalidad e imparcialidad son un obstáculo para incluir al MF en el Poder Ejecutivo.

(4) El Ministerio Fiscal dentro del *Poder Judicial*, en *PJ*, 1983.

(5) En la conferencia que pronunció en el Curso sobre la presencia del MF en la Administración de Justicia, El Escorial, julio de 1992.

(6) El MF en la Constitución, en *PJ, Jornadas de estudio de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, vol.I, Madrid, 1983. Criterio, por cierto, que modifica, aunque tímidamente, siendo ya Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, en 1998 (v, en el texto, II.A)): cfr. en ABC de 5 (p.42), 6 (p.36) y 7 (p.48) de X-1998.

justicia, pero no del Ejecutivo», lo que no le impide afirmar, en vías de la reforma del MF, que ésta trata de «reforzar la independencia e imparcialidad del MF», y, respecto del nombramiento y cese del FGE, que su «precariedad institucional es manifiesta, quedando con el Gobierno que lo nombra en un espacio de confusas indefiniciones que originan una nebulosa relación, generando dudas que no son buenas para nadie...para el FGE por la fragilidad de su *status*...para los ciudadanos que tienen derecho a que las instituciones del Estado estén reguladas de manera precisa y diáfana para saber a qué atenerse y no tengan que confiarse a la buena voluntad de unos y de otros, sino a la seguridad jurídica, que sólo se garantiza con la certeza y claridad de la ley». De este último parecer: «reforzar la imparcialidad e independencia, para apuntalar la figura del FGE», es el Fiscal Miguel COLMENERO.

Ya en 1983, otro Fiscal, LLOVELL MUEDRA (7), en la señalada tesis de progreso en el régimen legal del MF, estimó que el EOMF de 1981 «culmina la evolución perfectiva tendente a una mayor judicialidad e independencia del MF, que se inició en el Estatuto de 1926 y la creación de la carrera Fiscal». Mayor interés despiertan las aportaciones de CONDEPUMPIDO FERREIRO (8), quien si bien entendió, con fórmula un tanto ambigua, que el MF es un «órgano del Estado constituido para el funcionamiento de la Justicia e integrado autónomamente en el ámbito del Poder Judicial», es en el año 1998, ya Magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, al disertar en un curso sobre «El Derecho y las libertades entre ayer y hoy», en el Escorial, cuando afirmó que el hecho de que sea el Ejecutivo quien nombre al FGE y en la práctica elija a personas de su confianza, «resta independencia» al mismo, ya que «...se ve truncada porque cada viernes el Consejo de Ministros puede destituirle».

También algunos de quienes fueron FGE, como MOSCOSO DE PRADO, para quien: «...aducir como sospecha lo que constituye la razón de la legitimidad de la institución –el nombramiento del FGE a propuesta del Gobierno– es olvidar que, en democracia, lo corporativo sólo es funcional y que el Poder sólo emana de la Soberanía popular» (1999). BURÓN BARBA, tanto en su primera circular de 12-I-1983 como en la Memoria de 15-IX-1983, va más allá: «...La misma dinámica de la insti-

(7) El nuevo Estatuto orgánico del MF, en *La Ley*, 1982.

(8) La naturaleza y los principios rectores del MF en la Constitución y el nuevo Estatuto Orgánico, en *PJ, Jornadas de Estudio de la Dir.Gen. de lo Contenc.del Estado*, Vol.I, Madrid, 1983; El modelo postconstitucional del MF en España, en *PJ*, 1992, n.º2 y El Ministerio de Justicia no acaba de asumir el modelo Constitucional del MF, en entrevista de *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 14-V-1992.

tución del MF, la conciencia del deber y el carácter de quienes ocupen el puesto de FGE operarán como dique ante cualquier invasión del campo de actuación autónoma del MF y no es de temer que un Gobierno legítimo...utilice unas facultades de cese y nombramiento como armas para influir en el curso de los procesos en que intervenga el MF, ni, por otro lado, cabe pensar que cualquier FG se pliegue ante una pretensión de tal índole». El actual FGE, CARDENAL, al clausurar el XII Congreso de la «Asociación de Fiscales» (AF) el 17-X-99, les instó a seguir por el camino de «conquista» de la independencia y afirmó: «Soy y he sido absoluta y totalmente independiente», añadiendo que «no sólo hay que serlo, sino parecerlo».

Por lo demás, esta tesis que suele denominarse «judicialista», es la defendida por las diversas Asociaciones de Fiscales aún reconociendo, con mayor o menor lamento, convicción o firmeza que, hoy por hoy, el Derecho vigente no la ampara, quedando sólo como una aspiración de *lege ferenda*. En efecto, la «Asociación de Fiscales» (la mayoritaria) por boca de su Presidente y portavoz JUAN C.ORTIZ ÚRCULO, ya en 7-XII-1995, en carta a ABC, escribía: «...El MF no va precedido, en ningún caso, de un *status* legal de independencia que le permita asegurar su imparcialidad y, por lo tanto, garantizar una verdadera justicia», y: «Les emplazo a que me citen una sola norma, desde 1981, que tienda a fortalecer la imparcialidad del Fiscal. Sin embargo su impulso hacia el Poder Ejecutivo es cada vez más intenso...». Pero una vez que tomó posesión del cargo de FGE, en declaraciones a ABC (de 11-IX-1996), dijo: «No voy a presumir de que soy independiente porque siento que lo soy...En este momento el Estatuto Fiscal (EF) no impide que el Gobierno me cese en cualquier instante...creo que habría que fijar un mandato dentro del cual no se pudiera destituir sin más al FG por lo que haga o parezca...actuaré con arreglo a mi conciencia». Y sucesivamente postuló un cambio en la designación del FGE, viendo como un peligro, para nuestro orden Constitucional, «el del intento de alejar el MF del Poder Judicial».

En cuanto a la «Unión Progresista de Fiscales» (UPF), bien recientemente, en su Congreso de Mayo de 2000, en Ibiza, insistió en el cambio del sistema de nombramiento del FGE, pero de forma que el control parlamentario para ello, también para un exámen de idoneidad, continúe durante el mandato del FG, mandato que debería tener una duración concreta con unas causas regladas de cese, abogándose –en la línea marcada ya por el VI Congreso de Palma de Mallorca, de mayo de 1991, en que su entonces Presidente, Ladislao Roig, se limitó a decir que: «Cuando el Fiscal sea más independiente..., el derecho del ciudadano estará más garan-

tizado»— por la necesidad de que «se potencie la independencia del FGE respecto del Ejecutivo y se eviten situaciones como las que —a su juicio, por boca del Presidente de la UPF Adrián Salazar— se han producido» últimamente, y, también, por la inclusión en el «Pacto de Estado para la Justicia» de la reforma del Estatuto del MF.

Es más; el mismo Consejo Fiscal, órgano del MF inmediato al FGE y presidido por éste, del que forman parte 9 Fiscales representantes de todos los integrantes del Cuerpo, además de aquel, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Inspector, aprobó una «Declaración conjunta» en IV-2001, según la que la reforma de su Estatuto «sólo es viable respetando el modelo de Fiscal creado por la Constitución y desarrollado por dicho Estatuto», aprobado en 1981 «con el más amplio consenso democrático». Temen las Asociaciones ahora que se pretenda, en la reforma anunciada, dar alguna que otra vuelta a la tuerca de la dependencia de los Fiscales respecto del Gobierno, lo que supondría «un evidente retroceso en la configuración del modelo de Justicia independiente», según los términos de dicha «declaración conjunta».

Fuera de la Carrera Fiscal, Leonardo PRIETO CASTRO siempre se pronunció por la tesis «judicialista», lo mismo que la doctrina clásica de Derecho orgánico y procesal jurisdiccional español, aunque, paradójicamente, apelando a la formación y valores éticos del MF como argumento determinante (9).

B) EN EL PODER EJECUTIVO

Es la tesis que, mejor o peor fundada, ha ido tomando cuerpo últimamente (no sin gran resistencia, según hemos visto), a veces, incluso, al afirmar lo que el MF no es, contando entre sus más destacados seguidores a FAIRÉN GUILLÉN (10), GIMENO SENDRA (11) (para quien ni el

(9) Desde su: *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal –Discurso de ingreso en la R.A. de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 20-IV-1953— y *El Ministerio Fiscal en Europa, Conferencia en dicha Real Academia*, Madrid, 1976, hasta su *Derecho Procesal Penal*, en colaboración con GUTIERREZ DE CABIEDES, Madrid, 1987.

(10) Interesa destacar: la Organización del Ministerio Fiscal español, en *Temas del Ordenamiento procesal*, Tomo I, Madrid, 1969, y *El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988*, en *Tapia*, 1989, I, n.º 44 y II, n.º 45.

(11) Sobre todo, en *Los procedimientos penales simplificados*, en *PJ (Justicia Penal)*, 1987; además, en *Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial*, en *Justicia*, 1988, n.º 4; El art.124 de la Constitución española (Capítulo 3.º), en *Constitución y Proceso*, Madrid, 1988, y *Las partes acusadoras (Capítulo 5.º)*, en *El nuevo proceso penal* (con MORENO CATENA, V.; ALMAGRO NOSETE, I. y CORTÉS DOMINGUEZ, V.), Valencia, 1989.

art.124 de la CE, ni el art.2.1 del EOMF de 1981 dan apoyo legal suficiente a la tesis «judicialista», ya que, para ello, sería necesario que el MF fuese independiente y que tuviera potestad jurisdiccional, por lo que concluye estimándolo como órgano administrativo cualificado, a quien sigue el General Auditor, Fiscal que fue de la Sala 5.^a del T.Supremo, SAENZ DE SAGASETA); DE LA OLIVA (12) (al combatir también aquella tesis «judicialista» y rebatir el erróneo planteamiento extra –jurídico-normativo a que he aludido– en I.B.-); DOLZ LAGO (13) (quien estima que la CE reserva sólo al P.J el actuar con independencia, sin que quepa confundir ésta con la imparcialidad»); MOSQUERA (14) (al interpretar la locución «Poder Judicial» del Tit.VI de la CE, limitada a los aspectos sólo organizativos o funcionales, más no substantivos, por lo que dicho Poder no queda alterado, tampoco por la referencia al MF) y, sobre todo, por su más riguroso, extenso y profundo análisis, Carolina SANCHÍS CRESPO (15) al concluir que: «El MF forma parte de la Administración y por tanto el estatus de sus miembros es el propio de los funcionarios. Dado que el Gobierno dirige la Administración (art.97 CE), es lógico que dirija también al MF» y «se halla encuadrado en la órbita del Poder Ejecutivo y de él depende».

C) OTRAS POSICIONES, EN SU MAYORÍA DE CARÁCTER MIXTO

Débase descartar, por obvio, el incardinar el MF español en el Poder Legislativo, pese a su toma en consideración por ALAMILLO CANILLAS (16), sobre las facultades que ostenta conforme al art.22 del EOMF, para excluir tal eventual tesis.

Las opciones mixtas son tesis rechazadas pero existen excepciones, aunque escasas, como las de:

– GRANADOS CALERO (17): «El MF es mandatario de los poderes Ejecutivo y Legislativo, por cuanto el supuesto interés de ambos es procurar que el interés público tutelado por la Ley y el interés social encuentren

(12) En: *Jueces imparciales, fiscales «investigadores» y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988.

(13) *Comunicación al VII Congreso de la Unión Progresista de Fiscales*, Segovia, Junio de 1992.

(14) En: *La posición del Poder Judicial en la Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por PREDIERI y GARCIA DE ENTERRIA, Madrid, 1980.

(15) *El Ministerio Fiscal y su actuación en el Proceso Abreviado*, Granada, 1995.

(16) *El MF español (su organización y funcionamiento)*, Madrid, 1990.

(17) *El Ministerio Fiscal. Del presente al futuro*, Madrid, 1989.

su adecuado amparo en el PJ, a través precisamente del MF, creado Constitucionalmente para tal misión».

– ALAMILLO CANILLAS (16): de la vigente normativa legal se desprende que el MF «procura la existencia de un equilibrio entre los tres Poderes», como un complemento de la función moderadora que corresponde al Rey (art.56 CE), quien no en balde, en su discurso a las Cortes, con motivo de su ascenso al Trono, se proclamaba a sí mismo «Promotor de la Justicia», al no poder « encuadrarse al MF en ninguno de los tres Poderes del Estado ».

– GARRIDO FALLA (18), que adopta una postura singular: «No es un órgano del PJ. No es tampoco *strictu sensu* un órgano de la Administración. No es tampoco un cuarto Poder, cuya función consiste en defender en abstracto o en concreto la legalidad, que incumbe a los Jueces».

– Por su originalidad y la alta significación como jurista que su autor ostenta, no me resisto a traer a este lugar las más recientes consideraciones del Catedrático y Magistrado del Tribunal Constitucional, Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, al inaugurar el 7 de julio de 1999 el Curso del Consejo Fiscal: «El MF tiene una difícil integración en el Poder Judicial, ya que no es un poder-sustancia, del que puede uno apropiarse, sino un poder de índole relacional, no susceptible de completarse como tal». «Podría afirmarse que el MF no tiene naturaleza sino historia y en ese decurso histórico pasó de ser el representante del Gobierno en las relaciones con el Poder Judicial a su actual configuración como promotor de justicia, vigilante de la independencia de los Tribunales o defensor de la legalidad; frente al abogado del Estado, un abogado de la sociedad, que sería el MF. Pero nunca actuando frente al Estado, que sin Estado bien vertebrado no hay, ni puede haber, Estado de Derecho».

D) PARECER DE GRUPOS PARLAMENTARIOS Y DE ÓRGANOS ESTATALES

El portavoz Centrista, en VI-78, dijo que el MF «no es agente del Ejecutivo» y se halla inserto en el Poder Judicial. El propio Grupo entendió que los intereses de la Administración son defendidos por otros órganos. En un informe jurídico del Congreso, de IX-88, se afirma que «el MF no forma parte del Poder Ejecutivo», pues su no inclusión «en el Gobierno o la Administración» resulta de la CE y las leyes y es confirmado por el criterio de la Mesa de la Cámara. El 12 de Marzo de 1997, una interpelación

(18) En: *Comentarios a la Constitución*, Ed.Civitas, Madrid, 1985.

del Grupo Socialista sobre el modelo de Fiscalía que se debatía, hizo recordar a la Ministra de Justicia que el MF, tras una acusada evolución histórica, llegó al «modelo judicial», perfectamente definido en la CE, que quiso superar el modelo autoritario, y en el EOMF, precisando que si no era Poder Judicial «tampoco era Poder Ejecutivo», pues había dejado de ser «como antaño, el defensor del príncipe (hoy diríamos del Gobierno)» (APARICIO CALVO-RUBIO).

III EL MF EN EL «PACTO DE ESTADO PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA» (DE 28-IV-2001): UNA BREVE REFLEXIÓN DE URGENCIA

A) La constante evolución de la sociedad exige de los «poderes públicos» una atenta sensibilidad para captarla y tratar de dar solución cumplida, sobre todo, a los problemas *de fondo* que plantea. Aún caliente la firma del Pacto en cuestión, el Magistrado Francisco Sánchez Zamorano (ABC de 1-V-2001, p. 60: «Un pacto de Estado por la Justicia») nos recordaba, con gran acierto y premonición –sobre todo, respecto del tema capital que nos ocupa– el grave peligro de los *parcheos legislativos* y de los *aparcamientos de los problemas de fondo*, a que tan habituados estamos los españoles, afirmando que: «Los ciudadanos exigen al Gobierno y oposición esfuerzo desinteresado, altura de miras y máxima responsabilidad...» para alcanzar dicho «Pacto» cuanto antes –y sigue– «...pues, pese a todo, casi el 70% de aquellos, según la última encuesta encargada por el Consejo General del PJ, perciben a la Administración de Justicia como *la garantía última de defensa de la democracia y las libertades*».

B) Pues bien; la simple lectura del «Pacto» nos revela que:

– En el apartado 6. *Formación*, con relación al anterior (5. Carrera Judicial), se confirma nuestra tesis sobre el amplísimo concepto de la «Administración de Justicia» al aludir a «...los Cuerpos y personal al *servicio de ésta*», regulando la formación de «...la Carrera Judicial y *Fiscal*...».

– En el 7. *Retribuciones*, se reitera la locución «...el personal *al servicio de ...*» (epígrafe, por cierto, del 11, muy impreciso) y el 8. *Principios estatutarios*, aún amplía más: «...de *todos los que intervienen* en la Administración de Justicia».

– El 9. *Ministerio Fiscal*, con sus previsiones explícitas sobre la actualización del EOMF y de su Reglamento, tanto en *lo estructural* («...esta-

bleciéndose la temporalidad en los cargos jerárquicos del MF con criterios objetivos...», lo que, paradójicamente, no alcanza al FGE, según veremos, etc.) como en *lo funcional*, y respecto de su *Estatuto personal* (con meras referencias al «modelo de carrera»), evidencia que las proyectadas reformas no rozan la elección del FGE ni, derivadamente, la problemática que viene, ya de antiguo, suscitando la dependencia o no del MF respecto del Poder Ejecutivo, en función de las garantías legales vigentes al respecto, nada satisfactorias, como hemos visto.

– Huelga el insistir en que el punto 21. *Consejo General del Poder Judicial*, confirma la exclusión, en él, de los Fiscales por razón del cupo (12 Consejeros) judicial asignado en el art. 122.3 de la CE. Interesa resaltar las proyectadas medidas en orden a la articulación del trámite que se asigna a las propuestas, por su utilidad a la hora, en su caso, de la tan esperada reforma *de fondo* de la elección del FGE, lo que, quizás, propiciaría cuanto preludia, en sus dos últimos renglones, el propio Pacto, o sea, ser «principio esencial del presente Acuerdo alcanzar un amplio respaldo entre (todos) los representantes protagonistas de la Justicia».

C) Pero veamos también, a modo de «interpretación auténtica» del propio «Pacto», lo que se ha dado en llamar *la voluntad política* de la esfera gubernamental:

– En efecto: preguntado, en declaraciones a ABC –3-IV-2002– el entonces Ministro de Justicia Angel Acebes, si «¿...va a tener el propio FGE un mandato temporal durante el cual el Gobierno no pueda cesarle?» –pág. 21– (dada la limitación de permanencia en los cargos jerárquicos de la Carrera Fiscal que el «Pacto por la Justicia» prevé), contestó: «En el Pacto no está», y al hacérsele ver que «está en una moción parlamentaria aprobada con el apoyo del PP», añadió: «Yo no la incluí en el modelo que propuse al Parlamento» y al subsiguiente «¿Por qué? del entrevistador (M.Peral), contestó: «Me parecen suficientes las condiciones que establece la Constitución para el FGE. No he creído que debiera abrirse *un debate* de esas características *en este momento*».

– Del documento que el propio Sr.Acebes presentó a los firmantes del Pacto el 9-V-2002, nada trasciende sobre proyecto alguno legal en garantía de la independencia del FGE y el MF.

– Ya Ministro de Justicia José María Michavilla, el PSOE considera insuficiente el impulso político y financiero, planteando la modificación del EOMF para que el FG se abstenga de intervenir en los procesos contra aforados y que se introduzca la «audiencia previa» en el Parlamento antes de su nombramiento por el Gobierno, lo que se dió a conocer el 14-VII-2002.

IV. CRITERIO QUE CONSIDERO MÁS ACORDE, EN TÉRMINOS OBJETIVOS, CON EL DERECHO POSITIVO VIGENTE

Nótese que se trata de una cuestión que, de los conocidos tres aspectos o perspectivas que ofrece toda institución jurídica, se mueve, cuando menos para alcanzar una solución satisfactoria respecto a determinar la naturaleza jurídica que la C.E y las leyes asignan al MF., en el ámbito propio –como adelanté– *de la ciencia del Derecho* y, por esto, concentrado en el análisis de la fuerza de obligar de la norma jurídica, derivada de «su correcta positivación»(19).

En efecto; nadie duda que los preceptos legales, desde la *perspectiva sociológica*, pueden ser cumplidos o no en la práctica del instituto –de no ser susceptibles de ello, estaríamos ante una ley física, según la física clásica–, pero es obvio que resulta metódicamente inaceptable, por muy tácita o veladamente que se exprese, tratar de suplir con la mera esperanza de la concreta actuación ética de los destinatarios de la norma legal, la confesada carencia de un inequívoco apoyo en el Derecho positivado, que, de existir, constituiría la única garantía jurídica *urbi et orbi* de la *independencia auténtica del MF*, cuya existencia, a tenor de lo hasta aquí expuesto, la doctrina no ha podido acreditar; cuando, por esto mismo, se ha recurrido incluso, por parte de ella, a apelar *al grado de independencia del MF*, en el cumplimiento de las misiones y funciones que le atribuye la CE, como si la independencia en la ejecución de las que comprende el art.124 de ésta, fuera susceptible de medir, cuartear o graduar, se desconoce que *se es independiente* al decidir y actuar *o no*: los límites de ésta, luego, vendrán impuestos por la formación deontológica profesional codificada o no corporativamente y, en todo caso, por la educación general de la persona y el proceder ético individual del Fiscal de que se trate, pero todo esto es, en rigor, una cuestión extrajurídico-normativa y, como tal, cualquier reflexión al respecto corresponde ya a otras consideraciones, a su vez, científicas o no.

A ANÁLISIS DE LAS DIVERGENCIAS SUBSTANCIALES Y DE LAS COINCIDENCIAS ACCIDENTALES ENTRE LAS CARRERAS FISCAL Y JUDICIAL

Dado el comprobado predominio, en España, de la tesis *judicialista* respecto de la llamada *gubernativa*, un insoslayable imperativo metódico nos

(19) Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L., *Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Barcelona, 1933, pp.317 y ss.

fuerza al análisis comparativo enunciado, acerca de las misiones y funciones genuinas de ambas «Carreras», por supuesto, siempre a la luz de las respectivas normas legales que *delimitan* y, a la vez, *garantizan* unas y otras, sin caer en la fácil, pero ya extralegal, tentación de remitir la cuestión al movedizo campo *de facto*, es decir, al del comportamiento que pueda esperarse de los Fiscales o Jueces en su noble y diaria actuación, pero siempre contingente: de ahí la crítica adversa que, en su mayoría, merecen las aportaciones doctrinales, antes resumidas, que optan por la opción *judicialista*.

Dada la escasez de espacio, me limitaré, en buena parte, a resumir la impecable argumentación jurídica del exhaustivo trabajo, entre nosotros, de Carolina SANCHÍS CRESPO, ya citado (v.notas 2 y 15).

Una distinción previa es precisa para alcanzar una solución satisfactoria acerca de si, según las garantías establecidas en el sistema del Ordenamiento jurídico patrio, el MF forma parte o no del Poder Judicial: de un lado, el cotejo de *las respectivas funciones* de Fiscales y Jueces, y de otra parte, el de *los correspondientes estatutos* fiscal y jurisdiccional.

a) En el ámbito funcional

Sabido es que, a tenor del art.117.3 CE, la *Jurisdicción* consiste en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», pero como la *Administración Pública* también actúa, *en el caso concreto*, aplicando el Derecho, débese puntualizar que aquella ejerce su potestad *de modo irrevocable* («cosa juzgada»: arts.161.1 a) y 164.1 CE) y *con desinterés objetivo*, lo que explica su imparcialidad objetiva (heterotutela), que no caracteriza a la Administración.

Ahora bien; la función del Fiscal es sólo postulante o requirente, cuando menos, hoy por hoy, pero nunca decisoria (arts 124.1 CE y 1 y 3 del EOMF de 1981). Hasta ha tenido que recordarse por alguno que sería inconstitucional entender que, entre «las demás funciones que el Ordenamiento Jurídico le atribuye» (art.3.15.^a EOMF), cabría la de juzgar, puesto que ésta «corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes...» (art.117.1 y 3 CE), precepto que viene, pues, a desautorizar aquella «cierta iniciativa que, a nivel legislativo, consiste en atribuir al Ministerio Fiscal funciones judiciales», de que nos habla LORCA NAVARRETE (20), invocando los arts.781 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.), reformados por la Ley Org.7/1988, de 28-XII, de un lado, y el art.123 de la Ley Procesal Militar (LPM), de otro

(20) *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, San Sebastián 1990+, pp.169 y ss.

(en resumen: *disponer* la práctica de medios de prueba, *decretar el archivo* de las actuaciones propias, *incoar* diligencias previas e, incluso, nada menos –exclama LORCA– *hacer comparecer ante si* a cualquier persona), funciones que algunos ven como judiciales o de enjuiciamiento; lo que requiere, por esta razón, algunos renglones esclarecedores:

1.º Tales atribuciones procesales del MF se sitúan en el «sumario» o en las *Diligencias previas* del «procedimiento abreviado», pero *nunca en el plenario o juicio*, de donde cabe afirmar con LORCA que lo que existe es una cierta tendencia a *desjudicializar* el «sumario» y las «diligencias» previas, sustrayéndolos al carácter netamente judicial que poseían y a catalogarlos como preprocesales, por lo que no es que al MF se le otorguen en ambas jurisdicciones, ordinaria y castrense, funciones judiciales, sino que éstas no se inician hasta que da comienzo el juicio propiamente tal. Hay más; la ley 0. 5/2000, 12-I, «reguladora de la responsabilidad de los Menores», vino a confirmar también, con el «Expediente» instruido por el MF, esta interpretación (arts. 16 a 30).

2.º «La concepción de *parte* del MF no se altera –añade LORCA, con acierto también– en la medida en que ese *status* permanece invariablemente en *el juicio*». Además, recuerda LORCA a este respecto, lo acaecido con la sentencia de 14-VII-76 del Tribunal Federal Suizo (caso Schiesser: súbdito suizo al que el Procurador del Distrito de Winterthur decretó la prisión provisional), al declarar: «...Para atribuir a una actividad un carácter judicial, lo que cuenta, sobre todo, es la independencia de los órganos, actuando como tales, en relación a otros poderes del Estado...», si bien, tras otras consideraciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (al que presentó demanda el Sr.Schiesser, alegando la violación del art. 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)) aceptó aquel fallo y, con él, la independencia del referido Procurador, pese a su naturaleza administrativa. Sin embargo, los dos votos disidentes de la Sentencia del TEDH (de 4-XII-1979, en BJ (1984-34) resultan muy ilustrativos para cuanto a nosotros interesa, siendo, además, perfectamente asumibles con arreglo al Derecho español, a saber:

– Voto disidente del Juez Ryssdal: estima que la locución: «magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales» del art.5.3 del CEDH, debe interpretarse en su contexto (art.5.3 y 4 CEDH) y el aptdo. 4 habla del «recurso ante el Tribunal», *ergo* el «apartado 3 da a entender que no exige al *magistrado* del que habla, el mismo tipo de características judiciales que al Juez», por lo que concluye que el *Procurador* del Distrito ejerce una tarea incompatible con la función judicial y, consecuentemente, hubo violación del art.5.3 del CEDH.

– Voto disidente del Juez Eurigenis: cree que dicha locución refiere «funciones que constituyen la diferencia específica entre un Juez y otros funcionarios que actúan en general en el marco del sistema judicial y de la administración de justicia». Harto ilustrativo es que el texto inglés del art.5.3 hable de *judicial power*. La «investigación» y la «acusación» –prosigue– no se podrán calificar de «funciones judiciales». Además, otorgar la decisión sobre el arresto provisional a un órgano fundamentalmente acusador, sería contrario a la Constitución. «Su incompatibilidad es inherente al sistema en sí y anula las cualidades jurídicas y psicológicas de la independencia...»

b) En relación con sus respectivos Estatutos

Es preciso, en un riguroso análisis comparativo de los Estatutos de ambos Cuerpos o «Carreras», contemplar separadamente dos aspectos (SANCHÍS CRESPO cit. en nota 15), a saber:

1.º Exigencias requeridas para la respectiva actuación de Jueces (y Magistrados), por un lado, y del MF, por otro:

Cierto es que la Constitución y las leyes imponen a Jueces y Fiscales los principios de «legalidad» e «imparcialidad» en su actuación, pero no es menos cierto que la *incidencia* en unos y otros es *distinta*:

– Respecto del *principio de legalidad*, en efecto, como advierte SANCHÍS, mientras los Jueces se hallan «sometidos únicamente al imperio de la ley» (art.117.1 C.E), bien entendido que «la ley» alcanza aquí un amplio significado y, además, concurre el matiz (ALAMILLO, cit.en nota 16) de que la CE alude a ellos *individualmente, como personas* (art.117.1 y 2), los Fiscales vienen obligados, también, al cumplimiento de las órdenes de sus superiores (art.124.2 CE, conforme al principio de «dependencia jerárquica», además del de «legalidad» que, por cierto, viene relacionado a continuación mediante una conjunción copulativa), cuando, además, la CE (el matiz al que alude ALAMILLO) se refiere al Fiscal lo hace –en relación con sus misiones, funciones, y sujeción a los «principios»– al *Ministerio Fiscal*, es decir, *como institución* y no de modo personal (art.117.1.2 y 3 CE y, por supuesto, las menciones todas del EOMF, a salvo las obligadas referencias al FGE y, por insoslayables razones, ya de acciones personales –art.5– o del ejercicio de decisiones organizativas o disciplinarias –art.18–, más siempre ajenas al matiz con el que se alude a los Jueces en la CE y otras atinentes normas) y ello sin entrar en el «principio de oportunidad» (art.105 LECr., que, al predicar de los Fiscales su deber de ejercitar «todas las acciones legales», matiza «que considere proceden-

tes», en cuya locución CONDE-PUMPIDO radica tal principio) que, aunque discutido y discutible para el MF, jamás podría aplicarse a los Jueces; más aún, ante una norma ilegal, éstos la inaplicarán, mientras que los fiscales, ante una orden superior que estimen contraria a la ley, tras de hacérselo saber al Fiscal Jefe, etc., y agotados, en su caso, los trámites reglamentarios, cabe que, al final, dicha orden se ejecute (v.el art.27 EOMF). Por eso estimamos con SANCHÍS que el Juez se halla jurídico-normativamente garantizado en su independencia de todo lo que no sea su único y exclusivo referente, como es la Ley, que ejerce una función legitimadora de su labor, lo que, según hemos visto hasta aquí, no sucede con el Fiscal, dejando siempre a salvo –por mi parte, conforme a cuanto expuse *supra* I, B) y III *ab initio*– que, *de facto*, cualquier Fiscal (que se sienta sometido sólo a la ley), a impulso de sus personalísimas cualidades psicológicas y éticas, y pese a los recién enunciados vínculos jerárquicos, etc., se produzca, al ejercitar sus misiones y funciones, con cuanto estime es su sentido de la independencia, coincida éste o no con lo que se derive del Ordenamiento legal de su actuación.

– Y en cuanto al *principio de imparcialidad*, las conclusiones no son menos ilustrativas, pese a que aquí la similitud es grande, ya que el desinterés (de quien debe influir o decidir sobre algo) que define la imparcialidad, aún exigible a ambos, Jueces y Fiscales, es diferente en ellos, pues los Jueces deben ser imparciales e independientes –como les garantiza la ley, según veremos–, mientras que los fiscales son subjetivamente imparciales pero dependientes de la interpretación que de la ley, en su caso, les dé su superior jerárquico: prima sobre el MF, en suma, un interés que podría tildarse de «corporativo», radicando, precisamente, en «los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica», sobre todo éste último, que la CE impone al MF en el ejercicio de sus funciones (art.124.2).

2.º Exigencias requeridas como garantía jurídico –normativa de la actuación de Jueces y Fiscales: un atento análisis de sus respectivos regímenes Estatutarios atinentes a «inamovilidad», «incompatibilidades», «prohibiciones» y «abstención», pese a la aparente igualdad de tratamiento, pone al descubierto una manifiesta disparidad, como han demostrado SANCHÍS CRESPO y ORTELLS RAMOS, en rigurosas aportaciones a las que, por su amplitud, remito al lector interesado (21), no sin concluir, en este punto, que dicha disparidad Estatutaria se evidencia en que, en síntesis y en apreciación conjunta de tales aspectos normativos:

(21) *Concepto del Derecho Procesal*, Valencia, 1983, inédito, citado por SANCHÍS CRESPO (*vid.supra* nota 2).

– *Para los Jueces*, se trata de liberarlos del temor de que sus resoluciones puedan perjudicar su carrera profesional, evitándoles influencias con pérdida de una actitud objetiva al ejercer la potestad jurisdiccional y no sólo para asegurar su plena dedicación (único fin en cambio de las normas legales de incompatibilidad respecto de los Fiscales), y, también, para evitarles influencias sociales y económicas, políticas o sociolaborales. Su inamovilidad es absoluta para los cargos propiamente jurisdiccionales y relativa para los gubernativos, siendo además discrecional su provisión y por tiempo limitado. Incluso, la inamovilidad relativa se halla, para los jueces, predeterminada (no así para los Fiscales) y las provisiones actúan como garantía de su independencia.

– *Para los fiscales* es discrecional su nombramiento y cese para los cargos de confianza y respecto de los restantes cargos, quedan sujetos a posibles traslados forzosos por causas ajenas a lo disciplinario o a los ascensos (únicas que caben para los Jueces en funciones jurisdiccionales), siendo siempre su inamovilidad relativa (la afectante, pues, sólo al «cargo»): su régimen estatutario tiene finalidad distinta que el de los Jueces, pues responde a una razón práctica ya que, al ser su inamovilidad *relativa* puede prosperar el traslado de un Fiscal para «mejorar el funcionamiento del servicio» (caso del art.40 EOMF respecto de los puestos o cargos no «de confianza») y redundaría en la «racionalización del servicio». Y respecto a incompatibilidades y prohibiciones, su Estatuto responde a preservar la imparcialidad subjetiva y a asegurar una plena dedicación.

B) CONCLUSIONES

a) En el mismo orden seguido, parece oportuno, ante todo, enjuiciar brevísimamente y selectivamente las tesis doctrinales expuestas *sub II* que estimamos mal planteadas o erróneas:

1.º Respecto de la opción «judicialista», mayoritaria en nuestra doctrina, no pueden prosperar los argumentos esgrimidos:

– La inclusión del MF en el Título VI de la CE «Del Poder Judicial», no pasa de serlo en cuanto que forma parte del MF del aparato judicial organizativo y funcionalmente entendido (como «Administración de Justicia»), referencia que carece de virtualidad definidora del PJ (22), como sucede, y es buena contraprueba, con la Policía Judicial y el Jurado (23).

(22) MOSQUERA, L., La posición del Poder Judicial en la Constitución española de 1978, en *La Constitución de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1980, p.699.

(23) ALAMILLO CANILLAS, *El Ministerio...* (citado en la nota 16).

– La integración del MF, con autonomía funcional, en el PJ (art.2.1 EOMF) constituye la enmienda número 109 de Minoría Catalana, que, explicó, acentuaba así la judicialidad del MF. Sin embargo, creo, con SANCHÍS, que el encuadre (debo añadir: dogmático) del MF depende de su regulación legal, que lo delinea como un órgano, cuyo FGE, que lo encabeza, lo designa el Gobierno, quien lo cesa sin causa tasada alguna, con estructura jerárquica y sin función jurisdiccional.

Sin el respaldo del Ordenamiento jurídico, si interpretado éste sistemáticamente, dicha afirmación del EOMF carece de virtualidad, máxime cuando el propio art.124.2 CE antepone, incluso, «los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica» a «los de legalidad e imparcialidad», cuya correcta interrelación y significado he analizado más arriba, y sabido es que son estos dos últimos los que la Minoría Catalana trataba, con su enmienda 109, de apuntalar (en su texto del art.2.1 EOMF): «...la mejor garantía de que su actuación (del MF) va a estar sujeta, en todo caso», a dichos principios.

– Las «dos magistraturas con un mismo fin dentro del PJ» (José JIMÉNEZ VILLAREJO) es tesis que no puede prosperar ya que una goza de poder decisorio y la otra (MF) sólo es postulante, sin ser gobernada por el PJ.

– Los principios de legalidad e imparcialidad no son obstáculos para incluir el MF en el Poder Ejecutivo, ya que demostrado queda que el de legalidad cede ante el de «dependencia jerárquica» y el de imparcialidad, sobre ser en el MF meramente subjetivo, responde a un interés «corporativo», por lo que la postura de RUÍZ VADILLO es rechazable.

– La superación del MF como mero órgano de comunicación con el Gobierno, obediente a éste, no pasa de ser una afirmación cierta sólo formalmente, pues pretender de ahí que el MF es independiente es desconocer el art.124 CE y el EOMF (como pretendió inicialmente APARICIO CALVO-RUBIO, quien ya en 1998, Tte.F. del T.S., aunque sobre un concepto vago e impreciso del MF, limitándose a negar su adscripción al Poder Ejecutivo, vuelve veladamente por la senda de su «precariedad institucional») en sus arts.29, 8, 36.1 y 16.Primera, reveladores de la sumisión del MF al Ejecutivo.

– Otras tesis, como las que apelan a la probidad del Fiscal y/o de los Gobiernos (Félix HERNÁNDEZ GIL, BURÓN BARBA, Juan C.ORTIZ ÚRCULO, Leonardo PRIETO CASTRO, etc, etc.), por su defectuoso planteamiento ya deben ser rechazadas, según advertí en mis observaciones metodológicas, y también las que cifran la cuestión en «el grado de independencia» (AF, UPF, etc.), por razones que son obvias.

2.º La falta de una rigurosa fundamentación jurídico-positiva, finalmente, nos fuerza a rechazar las tesis mixtas expuestas (v.II.C y las de parlamentarios y gubernamentales en II.D).

b) En cuanto a los ámbitos «funcional» y «estatutario» resultante del análisis comparativo de los Jueces y Fiscales, cabe concluir, con SANCHÍS CRESPO que: por el contenido de la *función jurisdiccional*, tanto la CE como el EOMF impiden asignarla al MF y, respecto del *Estatuto regulador* de Jueces y Fiscales, las coincidencias son sólo superficiales ya que sus finalidades son distintas y las diferencias son claras y manifiestas.

c) En definitiva pues, el MF no pertenece al Poder Judicial *strictu sensu*, de cuya naturaleza jurídica no participa substancialmente.

Por ello, son precisos unos renglones para esclarecer, descartada su integración en el Poder Legislativo, si se acomoda y en qué medida en el Poder Ejecutivo. Creemos que el MF forma parte de la Administración Pública, pero, dígame ya, por su indudable «especificidad» –que fundamentaré– ocupa en ella, al igual que otros Cuerpos, por esto análogos, un lugar muy preeminente.

En efecto; el MF, en *lo funcional*, «sirve con objetividad los intereses generales» (art.103.1 CE), cuya equiparación con el «interés público» y el «interés social» del art.124.1 CE es aceptable con MARCHENA (24), no sin matices; y *estatutariamente* es indudable que Funcionarios Públicos y Fiscales son perfectamente asimilables y ello tanto en su respectiva actuación (art.103 CE; imparcialidad, sometimiento a la Ley y al Derecho y dependencia jerárquica, por un lado, y el EOMF y art.124.2 CE: unidad de actuación y dependencia jerárquica así como el principio de legalidad, de otro lado) como en orden a las exigencias de garantía de la misma (en que, para los Funcionarios, el art.103 CE y las leyes de desarrollo, les incompatibilizan por razón de su cometido y dedicación, evitando que comprometan su imparcialidad y sus deberes y, en cuanto a su inamovilidad, garantiza a los de carrera el cargo y si el servicio lo permite, la residencia, y para los fiscales ya fue expuesto su régimen similar (*vid.supra* IV, A), b); todo ello, además de que el MF no viene gobernado por el Poder Judicial (a cuyos miembros, el régimen de incompatibilidades que se establezca, la Ley «deberá asegurar la total independencia...»: art.127.2 CE, reservado a los Jueces y Magistrados), inscribe a los Fiscales dentro de la Administración Pública, en la que, conforme al art.97 CE, el Gobierno «dirige» tanto la Administración Civil (el MF) como a quienes, en el ámbito de la

(24) MARCHENA GOMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992.

Jurisdicción «especializada» y «limitada» militar (*ex art.117.5 CE*), ejercen los cometidos propios de la Carrera Fiscal (es decir, los miembros de la Fiscalía Jurídico Militar (FJM) ya explícitamente integrada en el MF común a partir de la Ley Orgánica 4/1987, de 15-VII –arts.87 y ss–, y cuya dependencia, por otras razones, queda *reforzada* respecto del Gobierno, a la luz de las atribuciones que *expresis verbis* otorga el art.91 al Ministro de Defensa, en relación con los arts.8.1 y 8.2 del EOMF), aunque nada impide que ocupen una posición preeminente, jurídicamente justificada por tratarse de un muy peculiar Cuerpo del Estado con exclusivas misiones postulantes o requirentes en el ámbito judicial, articulado en «órganos propios» (arts.124.2 y 1 y 2.1 EOMF), con régimen jurídico estatutario específico y exclusivo (arts.127.1 CE y 32 y ss.EOMF), y también, por su amplio margen de autonomía respecto del Gobierno, sobre todo, el MF común, constituyendo una Administración Pública «especialísima» *siempre contigua* a la Potestad Jurisdiccional *strictu sensu*, en el seno de la llamada *Administración* de Justicia en general, aunque a algunos pareció confundirse con el Poder Judicial, pese a que, como hemos visto, ello no goce de amparo Constitucional ni legal ordinario suficiente. Es más; otros Cuerpos, asimilables a los del MF, por sus análogas especificidades, aunque con otras orientaciones, como los de carácter Docente, Militar («cadena de mando»), etc., también provistos de Estatutos facultativos exclusivos de su respectiva Carrera y de una notable autonomía funcional, entrarían igualmente en una tan característica Administración Pública muy especial.

C) CONSIDERACIONES FINALES, INCLUSO A LOS FINES DE *IUS CONDENDUM*

Muchas, y muy cualificadas a veces, e incluso paradójicas, son ya las voces que vienen alzándose en pro de una necesaria reforma del MF, empezando por la de su condición jurídico-política, que propicie su manifiesta y absoluta independencia, *jurídicamente protegida*, en especial, respecto del Poder ejecutivo, lo que es indudable que ha de reforzar, también en la práctica, nuestro Estado de Derecho. No se olvide que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y que «La Constitución garantiza...la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», conforme al art.9.1 y 3 de la CE.

Pues bien; no cabe duda de que en esta línea se inscribe el que, en la reciente Ley Orgánica 6/2002, de 27-VI, de Partidos Políticos, se hallan legitimados «...para instar la declaración de ilegalidad de un Partido Polí-

tico y su consecuente disolución...el Gobierno y el Ministerio Fiscal» (art.11.1), dado el inequívoco significado de la conjunción usada.

Expuestas tanto las posiciones doctrinales, incluso los pareceres de ambas «Asociaciones» de los Fiscales (*supra* II), como mis conclusiones (*supra* IV.B) sobre la cuestión capital planteada, corresponde ahora proponer las reformas básicas, precisas y urgentes del actual régimen jurídico, orientadas al *ius condendum* sobre el MF.

a) Valga, para empezar, el recuerdo de las palabras, que tomo como ideológicamente neutrales e intemporales, del portavoz de una agrupación de Fiscales, exponente, acaso, de un amplísimo sector de la ciudadanía española: «Queremos que no se vuelva a repetir actuaciones guiadas por el oportunismo político decididas por *un Fiscal nombrado por el Gobierno*».

Para tratar de conseguirlo, se han ofrecido soluciones de muy distinta procedencia, entre las que, en síntesis y orden cronológico, sobresalen:

1.º En el Anteproyecto de la vigente CE; al F.G.E. lo nombraba el Rey a propuesta del CGPJ pero una enmienda de UCD *in voce* (21 votos contra 12), en la Comisión, varió el sistema alegándose la total desconexión que se producía entre el Ejecutivo y el MF, al suprimirse el inciso que definía el MF como su órgano de relación con los Tribunales (para tratar de superar ésta su tradición normativa). El PSOE se opuso en el Congreso a la designación del FGE por el Gobierno, al entender que difícilmente podría así cumplir el MF las funciones que el mismo art. 124 le asigna. Tampoco prosperaron otras propuestas como la de que fuera nombrado por 3/5 del Congreso, o la del Grupo Mixto (duración del mandato por 5 años).

2.º El PP liderado por Fraga –según refiere también, con acierto, APARICIO CALVO-RUBIO–, ante las generalizadas críticas, el 6-IX-1984, presentó en la 2.ª Legislatura una proposición no de Ley que, aunque el Pleno la rechazó el 13-III-1985, interesa traer aquí: «Se proponía, en síntesis, que la propuesta del Gobierno fuera precedida de una terna elaborada por el Congreso de los Diputados (con la misma mayoría que se exige para la designación del Defensor del Pueblo) de la cual debería elegirse al propuesto previa audiencia del CGPJ: el nombramiento debía hacerse por todo el tiempo que durara la Legislatura (con prórroga de las funciones hasta que ... nuevo FGE) sin más causas de cese que las que hacen perder la condición de Fiscal, sin que fuera posible un segundo mandato». El propio APARICIO, Teniente Fiscal del T. Supremo, insistiendo en lo que ya defendió en 1989, cree conveniente «...reequilibrar el –vigente– sistema con un mayor protagonismo del Parlamento...» y concluye: «Así intervendrían en el nombramiento, de una u otra forma, los tres poderes del Estado *moderándose la situación actual*».

3.º En XI-1994, en el Congreso Nacional de la «Asociación de Fiscales» (Oviedo), la Ponencia sobre «El futuro del proceso penal en España» defendió que para que el MF asumiera la instrucción en casos penales *con las debidas garantías*, era imprescindible la determinación de un mandato temporalmente limitado del FGE o el establecimiento de causas de cese de éste, entre las que no debía comprenderse la decisión discrecional del Gobierno.

4.º El 7-III-1996, el entonces FGE Carlos Granados, en el Club siglo XXI propuso que «se implique a los tres Poderes en el nombramiento del FGE» y que la propuesta del Gobierno «fuese precedida del refrendo del Parlamento» o «consensuada con las fuerzas políticas» de éste.

5.º El Diputado, ex-Vocal del CGPJ, Pablo Castellano, en junio de 1996 se mostró partidario de que el Parlamento eligiese al FGE.

6.º Finalmente, débese dar aquí por reproducido cuanto ya expuse (*supra* II, A) acerca de los Congresos de la UPF en Palma de Mallorca –Mayo de 1991– e Ibiza –Mayo de 2000– sobre la designación del FGE.

b) La propuesta, por mi parte, si el planteamiento de la cuestión y el método seguido han sido los correctos, no puede ni debe ser otra que la que dimana de cuanto, con absoluta objetividad, hemos ido descubriendo a través de la investigación efectuada, sin prejuicios.

Ahora bien; habida cuenta de «... los principios de unidad de actuación y *dependencia jerárquica*...» que, por imperativo del art. 124.2 de la CE, gobiernan el MF en España, y de que «*El FGE ostenta la Jefatura superior del MF y su representación en todo el territorio español...*» (art. 22.Dos del EOMF), así como el riguroso escalonamiento jerárquico determinante de que todos los miembros del MF «Actuarán siempre en representación de la Institución y *por delegación* de su jefe respectivo» (art. 23 EOMF), siendo así que éste, a su vez, «... actuará siempre... *bajo la dependencia... del FGE*» (art. 22.Tres EOMF), cuando sabido es que, además de otras *atribuciones de su Jefatura*, «El FGE podrá impartir a sus subordinados –que, pues, son todos los Fiscales–, las *órdenes e instrucciones* convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos» (art. 25 pfo. 1.º EOMF), debiendo «*atenerse a las mismas*, en sus dictámenes», el Fiscal que las reciba (art. 25 pfo. 3.º EOMF), y que cualquier divergencia de criterio que pudiera surgir en el seno del MF, en su caso, y término, *el FGE* «... *resolverá* oyendo a la Junta de Fiscales de Sala» del Tribunal Supremo (tras los trámites previstos en el art. 27 del EOMF), etc., etc., puede afirmarse que *es el FGE* en quien se sintetiza y radica la tan debatida como auspiciada *independencia del MF* respecto de los poderes públicos, en general, y del Eje-

cutivo, en particular, ya que constituye la clave del arco de bóveda del MF. Es ésta la razón por la que cabe estimar que las *necesarias reformas que garanticen* inequívoca y satisfactoriamente, en el seno del Ordenamiento jurídico español, que *la independencia del MF* sea real, verdadera, eficaz y eficiente, deben ceñirse a aquellos aspectos del Estatuto legal de FGE vinculados a la específica cuestión de que me ocupo.

Hay más; que esto es así, queda más que corroborado con sólo transcribir unos renglones que, aunque escritos «a título exclusivamente personal», nos ofreció (en *ABC* de 7-X-98, p. 48) el Teniente fiscal del Tribunal Supremo JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO bajo el título: «Nombramiento del FGE, asignatura pendiente», pese a su ya citado criterio (v. *supra* II, A). En el Poder Judicial) un tanto difuso, sin un riguroso apoyo legal, sobre la naturaleza jurídica del MF y, más aún, a su reiterada no adscripción de éste al Poder Ejecutivo sin argumentos convincentes al respecto; escrito en el que, con otros dos de los días inmediatos precedentes del mismo autor y Diario, se ocupó del tema general «Ante la reforma del Estatuto Fiscal», a raíz de que se aprobase en el Congreso (el 27-V-98), no sin enmiendas de *populares y convergentes*, la Moción Parlamentaria de IU a que aludí; literalmente escribió, en efecto: «De un sistema que deja en manos absolutamente *discrecionales del Gobierno* el nombramiento y cese del FGE, al que paradójicamente no puede darle órdenes, se sigue *una cierta relación de dependencia*, aunque se la califique de *relativa, matizada o difusa*, de la que se seguiría también la del MF como institución, por su tradicional organización jerárquica. El sistema ha sido contestado todos estos años y prácticamente por todos los sectores, llegándose a trasladar a la opinión pública, en ocasiones, la caricatura de que el FGE es el FG *del Gobierno*». y añade: «...*con el único objetivo*, como quiere la propia moción, *de reforzar la independencia y la imparcialidad del MF, y con el único techo de lo que la Constitución permita*».

En definitiva, pues, de lo que se trata es de proponer, sin demora alguna, los términos de la reforma que garantice jurídico-normativamente la absoluta independencia del FGE y, consecuentemente, del MF, respecto del Poder Ejecutivo, es decir, cuanto atañe en especial al *nombramiento*, al *control* y al *cese* del FGE. Si es así, no debemos olvidar, ante todo, que las fuentes legales cuestionadas y otras precedentes, por cuanto aquí interesa, son:

– «El FGE será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el CGPJ» (art. 124.4 CE vigente).

– «El FGE será nombrado y cesado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el CGPJ, eligiéndolo entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profe-

sión» (art. 29.Uno EOMF). El art. 104 (párrafo 2.º) de la *Constitución de la República* (CRE), de 1931: «El MF... tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia»; el art. 95: «La administración de Justicia comprenderá todas las Jurisdicciones existentes, que serán reguladas por las leyes»; el art. 98: «Los jueces y magistrados no podrán ser... sino con sujeción a las leyes, que contendrán las garantías necesarias para que sea efectiva la independencia de los Tribunales».

Disposiciones de la CRE de 1931, vigente en un tiempo en que tanto el Estatuto del MF (Real Decreto de 21-VI-1926) como su Reglamento Orgánico (de 27-II-1927), estimaban «misión esencial» del MF, entre otras, la de «representar al Gobierno –que nombraba y cesaba al F.T. Supremo– en sus relaciones con el Poder Judicial», misión que, como expuse (*supra*, IV, C. a). 1.º), no prosperó en las labores Parlamentarias de la CE de 1978.

Ahora bien; cuestión de inexcusable planteamiento previo debe ser la de la necesidad de determinar si la auspiciada –por todos– «independencia del FGE» respecto de los Poderes públicos, en el cumplimiento de sus misiones Constitucionales, requiere o no, la reforma del transcrito art. 124.4 de la vigente C.E.

Llegados a este punto y contando con la muy ilustrativa experiencia de lo contradictorias consigo mismas que resultan las posturas adoptadas por las distintas opciones políticas, según ocupen el Gobierno o la Oposición, respecto de la *independencia del FGE* y la necesidad de las *reformas legales* precisas para hacerla posible, nos encontramos con la clara opinión mayoritaria de la doctrina y entre quienes, desde otras procedencias, se han pronunciado, a favor de la *intervención*, de una u otra forma, *del Parlamento* en el *procedimiento de elección del FGE*, por parte, incluso, de quienes defienden la tesis «judicialista» y computando también los Grupos Parlamentarios, las asociaciones de Fiscales, algún FGE, etc, etc.; criterio del que se separan, por supuesto, quienes ejercen cargos públicos, al defender, además, únicamente, «... el modelo de F creado en la CE y desarrollado en el EOMF...» (Declaración Conjunta del Consejo F – IV-2000–), u otros cargos relevantes, para quienes las reformas cuentan «con el único techo de lo que la Constitución permita» (Tte. F. del T. Supr.); todo ello, conforme a cuanto queda acreditado en las páginas precedentes, como sucede con los otros dos criterios que, para la reforma, se postulan: la inclusión en ella de un plazo o *duración determinada* del mandato del FGE y de *causas regladas para su cese*.

Finalmente; en el debatido *enjuiciamiento* que nos ocupa y que traspasa el ámbito meramente jurídico-positivo para internarse en el axiológi-

co, si queremos ser honestos en busca de la Verdad y la Justicia; si los hechos históricos denunciados, por graves y notorios, se hallan en el recuerdo de todos; si el Derecho español hasta hoy en vigor no ha sido suficiente, respecto de ellos, para *refrenar la malicia humana* (como quiso Justiniano); si las razones éticas y jurídicas alegadas, científicamente correctas, son aceptadas por todos; si las consecuentes exigencias de reforma del sistema legal son también, aunque con distintos límites, proclamadas por todos, incluidos los sectores públicos («Pacto de la Justicia», etc.); si «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» (art. 1.2 CE): resulta harto razonable que, para resolver de plano cuantas justas críticas adversas han sido pronunciadas, en lo esencial, respecto del MF pero apuntando a su cúspide jerárquica, el FGE, *el fallo* no puede ni debe ser otro, para que el FGE pueda cumplir la misión y ejercer las funciones que la CE le asigna, que el de pensar ya seriamente en una reforma *ordinaria* y parcialísima –pese a su extraordinaria importancia– de la CE (conforme a sus arts. 166, 167.1 y 2 y 87.1), y, en especial, en la del art. 124.4, de manera que sean las Cortes Generales las que, oídos el CGPJ y el Gobierno, propongan a S.M. El Rey la persona que ha de encarnar *tan alta magistratura* como, por ello, precisada de absoluta y jurídicamente garantizada independencia en su misión y funciones, máxime cuando nadie puede negar la elevada significación, no sólo de los intereses públicos y sociales que le son encomendados, sino también –lo que es aquí aún más significativo– de las personas del máximo rango político y funcional de los tres poderes del Estado sobre las que viene llamado a ejercer sus funciones; *item* más, si no olvidamos que, conforme al Estatuto OMF y respecto de las propias Cortes Generales, se establece una singular y especialísima dependencia: «El FGE *colaborará con las Cortes Generales* a requerimiento de éstas... sin perjuicio de *comparecer ante las mismas...*» (art. 10), formula que no se emplea significativamente respecto del Gobierno, no así en lo relativo a la Memoria anual.

Si a ello añadimos que la propuesta cuente con la mayoría de dos tercios de cada Cámara y que se fije un determinado periodo de tiempo al mandato del FGE, antes de cuya finalización no pueda ser cesado o lo sea por causas predeterminadas en la Ley y rigurosamente tasadas, habremos perfilado un cargo público acorde con su Autoridad, con los tiempos actuales, con los graves hechos que ha de investigar y perseguir, además, con la protección legal que asegure una independencia en su actuación que sea real, verdadera, eficaz y eficiente, todo lo que, por el principio Constitucional de «dependencia jerárquica», cabe predicar de todos sus subordinados, es decir, de ese preclaro *Cuerpo Especial*, el MF, de la «Administra-

ción Pública» por su vinculación e integración conceptual en la llamada «Administración de Justicia».

Sin embargo, la evidente falta de «voluntad política» que se aprecia en todos los sucesivos Gobiernos de la democracia respecto de la reforma del art. 124.4 CE («el techo de la CE», exigido al respecto desde varios sectores), pese a las numerosas y serias críticas recibidas, nos fuerza a proponer una fórmula *supletoria* (y, en su caso, *complementaria* de la recién expuesta), por ineludibles razones pragmáticas, consistente en que, cuando menos, reforzándose el referido art. 10 EOMF, *sean ampliadas las atribuciones decisorias de las Cortes Generales* en cuanto *al control*, haciéndolo real, eficaz y eficiente, de la actividad que, a lo largo de su *mandato* (que se establecería en el propio EOMF, de *duración determinada* y con expresa mención de las *causas tasadas para el cese*) desarrolle el FGE, de manera que, en lo sucesivo, no quede a merced de la sola y exclusiva decisión individual, la medida de su actuación o abstención respecto de los asuntos que las propias Cortes Generales (por ej.: mediante la «Comisión de Investigación» que se nombre conforme al art. 76. 1 CE) acuerden fundamente ser de especial gravedad, materializándose así, con un contenido realista, esa vaga e imprecisa locución del art. 10 EOMF: «El MF *colaborará con las Cortes Generales* a requerimiento de éstas y siempre que no exista obstáculo legal...»; inciso, éste último, más impreciso aún e incluso un tanto sorprendente, en cuanto cortapisa al Parlamento, ya que, no habría que recordarlo, *representa al pueblo español* (art. 66. 1 CE), *ejerce la potestad legislativa del Estado* y, lo que es más ilustrativo aquí y ahora, *controla la acción del Gobierno* (art. 66. 2 CE), del que, según se desprende de lo expuesto, «depende» el FGE y, con él, el MF, tanto más si a tales preceptos añadimos el de que: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» (art. 1. 2 CE).

Fórmula, ésta subsidiaria, que, además de minorar o, incluso, suprimir, lo más substancial de las críticas que recibe la discutida «independencia» del FGE y el MF, serviría para dar satisfacción a la últimamente creciente opinión que postula la necesidad del *acercamiento del FGE y el MF al Poder legislativo*.

Sólo me resta, para concluir, añadir que, como el simple hecho de llevar a cabo la apuntada reforma legal es obvio que no conlleva la seguridad de que siempre y en todo caso y lugar la actuación independiente esperada va a tener efectividad, recobran aquí (tras la reforma) todo su genuino valor cuantas apelaciones al *proceder ético* de los Fiscales han sido formuladas por unos u otros (v. *Supra* I, B) y II), pero bien entendido que referidas a que, si quieren, ya pueden actuar, una vez desaparecidas las

posibles trabas legales, con absoluta independencia y sin riesgo razonable alguno en aquellos eventualísimos casos en que podría sobrevenirles, por ello, el cese o alguna otra consecuencia adversa, siendo en definitiva lo decisivo la autorresponsabilidad, el compromiso personal con su altísima misión y la férrea voluntad que la autoestima de su dignidad humana imprima a las pautas de su conducta, es decir, lo que Alvaro D'ORS definiría como «la educación general de la persona», que tanto escasea, por cierto, en la sociedad, en general, y en los tiempos que corren.

Creo, en fin, que con estos modestos renglones académicos no trato sino de abogar honestamente, desde mi clínica, por un mundo mejor en que las posibilidades de la Justicia en la Igualdad se asienten sobre las bases más firmes, con lo que todos podamos albergar las mejores esperanzas y seguir siendo optimistas.