

Las Leyes Orgánicas y el Ministerio Fiscal (*)

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia.

SUMARIO: 1. La Base 68 del ALOJ. El nombre de la institución.—2. Tendencias actuales en cuanto a la posición y vinculaciones del MF.—3. El MF y su dependencia del Ejecutivo en España.—4. Las “instrucciones” del Ejecutivo, las consultas, las órdenes de servicio.—5. El “órgano de comunicación”.—6 La “unidad y dependencia jerárquica”.—7. La existencia de dos figuras diferentes en el MF: su separación para el futuro.—8. La futura posición del MF con respecto a los tribunales.—9. Amovilidad e inamovilidad.—10. El MF en la Base 68 del ALOJ.—11. El “intercambio” con la Magistratura.—12. La ampliación general de facultades del MF en el futuro. Breve crítica.—13. El MF y la “defensa del interés público”.—14. El MF y la “satisfacción del interés social”.—15. El MF y la defensa de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos: el proceso de manifestación.—16. El MF en el proceso civil; límites de su intervención.—17. El MF en el proceso penal.

S I G L A S

MF: Ministerio Fiscal.

MP: Ministerio Público.

LO: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOE: Ley Orgánica del Estado.

ALoj: Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia.

APC: Anteproyecto de Bases para el Código Procesal civil.

APP: Anteproyecto de Bases para el Código Procesal penal.

A: Anteproyecto.

GVG: Gerichtsverfassungsgesetz.

BGH: Bundesgerichtshof.

Rev. Esc. Nac. Jurisp.: Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia (México).

Rev. Der. Proc.: Revista de Derecho Procesal (Madrid).

RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).

BIEDP: Boletín Informativo del Instituto de Derecho Procesal (Madrid).

Bol. Inst. Der. Comp. Méx.: Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.

DJZ: Deutsche Juristen-Zeitung.

ZAK: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht.

(*) Este trabajo se ha beneficiado de la Ayuda a la Investigación a la Universidad, del Ministerio de Educación y Ciencia.

Nos hallamos en un despartidero que puede ser decisivo en cuanto a la figura del Ministerio Fiscal español.

En trance de reforma el ordenamiento orgánico y procesal, resurgen a la vista del observador los problemas —resueltos y no resueltos— que tan compleja institución entraña.

Comenzando por el de su situación en la organización general del Estado, se pasa de su figura de “representante del Gobierno” a la abstracta de “órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales”. Mas su situación, así definida, es insuficientemente clara; nos parece que no se acaba de una vez para siempre con lo que podríamos llamar anfibiología del MF; con su carácter proteiforme.

Toda la futura organización del MF debe arrancar de la base de esclarecer que en su actual regulación laten claramente dos figuras de entidad, conexiones y atribuciones diferentes; que deben ocupar dos lugares muy distintos en cuanto al Poder Ejecutivo y en cuanto a la Administración de Justicia. Lo que pueda hacerse sin aclarar ese problema, inútilmente complicado y cuya complejidad aumenta de día en día, no puede tener, pese a las mejores voluntades, otro resultado que el de extender aún más la niebla en vez de disolverla adecuadamente.

Son éstos los problemas de que aquí nos ocupamos, tomando como motivo un breve examen de la figura MF tal como la prevé el ALOJ. Estudio insuficiente, forzados como estuvimos por las circunstancias de tiempo —plazo— y otras que no son del caso enumerar.

Estos apuntes, forman parte del informe que elaboramos, a petición de la Universidad de Valencia, con destino al Ministerio de Justicia. La Junta de la Facultad de Derecho, lo aprobó, lo hizo suyo y lo publicará íntegro.

Mas, conservando su propiedad intelectual, entendemos que puede ser interesante que, aparte otros comentarios, aparezca de modo destacado lo que sobre el futuro del MF pensamos.

1. La Base 68 del “Anteproyecto de Bases para una Ley Orgánica de la Justicia”, integra por sí misma el Título V de ésta; muy extensa, se refiere a la organización y atribuciones del Ministerio Fiscal.

“1. El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión, promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley, y procurar ante los Juzgados y Tribunales, el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social.”

“2. El Ministerio Fiscal actuará, con estricta imparcialidad y sujeción al principio de legalidad, en defensa del ordenamiento jurídico vigente.”

“3. En su virtud, le compete:

“1.º Velar por la legalidad de la actividad jurisdiccional, en todos los órdenes judiciales, reclamando su observancia así como la pureza de los procedimientos.”

“2.º Sostener la integridad de las atribuciones y competencia de los órganos de Justicia e intervenir, con su dictamen en cuantos conflictos de jurisdicción y cuestiones de competencia se susciten así como en los recursos que, sobre tales materias, se promuevan.”

“3.º La defensa de las garantías penales y procesales de la persona.”

“4.º Promover las acciones necesarias para el cumplimiento de la misión que le está atribuida, e intervenir en el proceso con el carácter que en los Códigos respectivos se establezca.”

“5.º En el orden penal, dirigir la averiguación de los delitos e instar lo procedente para el restablecimiento del orden jurídico perturbado y la satisfacción del daño producido.”

“6.º Ostentar la defensa de quienes, carentes de representación legal, no puedan valerse por sí mismo y promover la constitución de los organismos tutelares de los mismos.”

“7.º Ejercer las demás funciones que las leyes les encomienden.”

“4. El Ministerio Fiscal tiene la consideración de órgano al servicio de la Justicia.”

“5. Las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal se ejercerán por medio de sus órganos, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica.”

“6. Son órganos del Ministerio Fiscal:

- 1.º La Fiscalía General del Reino.
- 2.º Las Fiscalías Territoriales.
- 3.º Las Fiscalías Provinciales.
- 4.º Las Fiscalías de Distrito.”

“7. El Gobierno propio del Ministerio Fiscal corresponderá exclusivamente al Fiscal General del Reino, al Consejo Fiscal y a los Fiscales Territoriales y Provinciales.”

“8. La composición, atribuciones y distribución en el territorio nacional de los órganos del Ministerio Fiscal, serán las determinadas en su Estatuto Orgánico que se promulgará por Ley especial.”

“9. Los Fiscales, investidos de autoridad individual y corporativa, integran la Carrera Fiscal, con los especiales deberes, responsabilidades, derechos y facultades regulados en su Estatuto orgánico. Todos ellos recibirán la denominación genérica de Fiscales del Reino, cualquiera que sea el órgano jurisdiccional ante el que ejerzan sus funciones.”

“10. El régimen jurídico de los miembros de la Carrera Fiscal será en todo caso similar al establecido en esta Ley para el personal judicial y se regulará, con las especialidades necesarias en su estatuto orgánico. Se establecerá, en correlación con lo dispuesto en el número 3 de la Base 52, y en el párrafo 6 del número 2 de la Base 55 de esta Ley, que para la provisión de vacantes de Fiscales generales del Tri-

bunal Supremo y el ascenso por el turno de oposición de Abogado Fiscal a Fiscal, los funcionarios de la Carrera Judicial, de las categorías correspondientes, estarán asimilados a los de la Carrera Fiscal.”

Sea cual sea la relación del actual “Ministerio Fiscal” con los antiguos “advocati fisci”, con el “Patronus fisci” (1), la denominación no nos complace; recuerda demasiado e inexactamente al antiguo defensor en juicio de los intereses económicos del Fisco, que se confundían con los intereses del Rey en la Edad Media (2); la denominación francesa típica, de “Ministerio Público”, ha sido hallada “inexpresiva” y ciertamente es ambigua (3); de los nombres que se han sugerido estimamos como un verdadero acierto el resucitar el viejo término legal de “Promotor de la Justicia” (4) —más largo—, pero aún más correcto lo es el de “Promotores de la acción de la Justicia” (5), aunque habrá que limitar su campo de acción, como veremos.

2. El Ministerio Fiscal es una entidad polifacética; “proteiforme”, la denominaba J. GOLDSCHMIDT (6).

La verdadera tragedia de esta figura reside en que es un “Abogado sin pasión, Juez sin imparcialidad; ese es el absurdo psicológico que sitúa al MF en el permanente riesgo —si no posee un fino sentido del equilibrio— de perder, por amor de serenidad, la generosa combatividad del defensor, o por amor de polémica, la desapasionada objetividad del Magistrado” (7).

En cuanto a su futuro, hay tendencias muy diversas; de un lado, hacia su vinculación a la policía; del otro, su colocación en igual situación que el Juez, esto es, vinculación con la Magistratura y por tanto, en igualdad de situación a la del Juez investigador (*Untersuchungsrichter*, alemán) (8). Mas contra esto último, habla el principio de que la separación entre acusador y juez no puede ser abandonada en los estados modernos no inquisitoriales; y, por otra parte, que el Gobierno, por la vía del Ministerio de Justicia y del propio MF, no puede

(1) Cfr., p. ej., RUIZ GUTIÉRREZ, *Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Fiscal en España*, en Rev. Der. Proc., Madrid, 1952-3, págs. 408 y ss.; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico*, sobreireto de la Rev. Esc. Nac. Jurisp., México, 1948, pág. 38.

(2) Cfr., p. ej., ZAFRA, *Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal*, en Rev. Der. Procesal, Madrid, 1961-4, pág. 43.

(3) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., pág. 39.

(4) Es ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO quien incluye como acierto terminológico esta denominación, que aparecía ya en el Ordenamiento de Montalvo, y posteriormente en las Nueva y Novísima Recopilaciones.

(5) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. últ. cit., pág. 39.

(6) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, pág. 301, nota n.º 1.565.

(7) Cfr. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 3.ª ed., s. a. (pero, 1955), Firenze, pág. 56.

(8) Cfr. KERN, *Gerichtsverfassungsgesetz*, 4.ª ed., Berlín-München, 1965, pág. 222; en España, IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal*, en Rev. Der. Proc., Madrid, 1967-III, págs. 81 y ss.; pero sobre la base de que el MF sea independiente de la Administración.

privarse de una determinada influencia —limitada por la Ley y por el poder judicial—, en la administración de la Justicia penal y civil. El MF —dícese— “debe seguir siendo un instrumento del Gobierno; pero debe permanecer como una autoridad de justicia en interés de la objetividad. La subordinación a la justicia aparta al MF de la posibilidad de devenir un representante parcial de una parte, y el requisito de su capacitación para el oficio judicial le ofrece la garantía de su orientación hacia la Ley y el Derecho. Así se ven las perspectivas de nuestra institución en la moderna Alemania Federal (9).

Esta variedad de opiniones ha trascendido, en el pasado y en el presente a los ordenamientos positivos, en los que se halla el MF con diferentes nombres y diferentes situaciones (10).

(9) Cfr. KERN, ob. cit., loc. cit.

(10) La brevedad del tiempo concedido para informar nos obliga a no exponer exhaustivamente la materia en el campo del Derecho comparado.

Baste aquí recordar que en Francia, la moderna figura —de la cual fue tomada casi la totalidad de la española actual— apareció con la Revolución francesa; como órgano del Poder ejecutivo, por medio del cual el Gobierno confería altas funciones de inspección y de gestión ante la Administración de Justicia, ante el nuevo Poder judicial —producto de la desconfianza por los excesos del antiguo—; mediante el *Ministère Public*, el Gobierno vigilaría el ordenado curso de la Administración de Justicia en todas sus ramas; era el MP un Alto Celador de la legalidad en la actuación de todos los Tribunales.

Desaparecida la figura tal y como fue concebida por los nacional-socialistas alemanes —con facultades omnímodas, dictatoriales, cfr., p. ej., GRUNAU, en DJZ, 1936, pág. 796; SCHWARTZ, *Richter und Staatsanwalt*, en ZAK, cuad. 23, 1 dic. 1942, págs. 337 y ss.—, actualmente en la República Democrática Alemana la Ley sobre el MP de 23-5-1952 lo concibe como un órgano subordinado al Consejo de Ministros e independiente de los demás; tiene como funciones las de vigilar el cumplimiento de las leyes; a ese fin, dirige el procedimiento penal —y aún el civil—; le compete la ejecución de las penas. Su vigilancia se extiende a todos los Ministerios, funcionarios, empresas, empleos y ciudadanos; dirige el procedimiento de investigación criminal, procurando el esclarecimiento de los hechos y la total aportación de las pruebas de cargo y descargo; puede acordar, juntamente con el Tribunal Supremo, directrices de conducta y las normas de interpretación que han de ser seguidas en la práctica (cfr. la trad. por QUINTANO RIPOLLÉS, en Rev. Der. Proc., 1953, IV, págs. 571 y ss.).

En Rusia, conjugando la Constitución con la Ley de Fundamentos del Procedimiento civil de 8 de diciembre de 1961, resulta atribuido a la *Prokuratura*, junto con la vigilancia de la actividad jurisdiccional tanto en lo civil como en lo penal, un control general que se extiende a todos los órganos administrativos y le obliga a formular protestas contra las órdenes e instrucciones ilegales de los ministros de la RSFSR y de las demás repúblicas federadas; resoluciones de las autoridades locales y actos de los dirigentes e instituciones en desacuerdo con las leyes vigentes; es el guardián de las leyes; el guardián de los derechos de los ciudadanos; en fin, el guardián de la legalidad socialista y el responsable de su conservación. El control de la aplicación exacta de las leyes le corresponde al *Prokuror* general, nombrado por el Soviet Supremo de la URSS por un período de siete años y directamente o por medio de funcionarios a sus órdenes. (Cfr. HERCE QUEMADA, *La organización judicial soviética*, en Rev. Der. Proc., 1964, I-II, págs. 137 y ss.; también, resumen, en ZAFRA, ob. cit., págs. 758 y s.).

... Los países anglosajones ofrecen otra cara de la medalla: en Inglaterra, el sistema acusatorio puro hubo de sufrir restricciones progresivas, no siendo la

3. En España, influida la ordenación del MF por el sistema francés, el que el mismo dependa del Poder Ejecutivo, se mantiene en razón a la siguiente argumentación, que escogemos por ser típica de los mantenedores de tal posición:

“Teniendo la virtud la existencia de una justicia sana —independiente e imparcial— *de servir del mejor sostén político al régimen imperante*” (11).

“Dando por supuesta la existencia de una justicia competente, independiente e imparcial el instrumento más eficaz de un Estado de Derecho para el mantenimiento de esta justicia es el MF en misión de asegurar el mejor funcionamiento de esta Justicia.”

El MF debe estar constituido en dependencia y relación inmediata con el Poder Público, variando esencialmente el concepto de menosprecio que de esta dependencia se tenía en España antes de 1936 por estimar que el MP fuera, en manos de un Poder antijurídico, el instrumento destructor de la independencia e imparcialidad de la Administración de Justicia, dándose el supuesto totalmente opuesto cuando se trata de un Estado de Derecho, interesado en mantener en toda su pureza e imparcialidad de la función judicial, siendo timbre de gloria para el MP ser el instrumento adecuado que vele por esos elevados fines (12).

Sigue así esta Ponencia (13):

“El MP debe ser el asesor-censor más caracterizado del Poder Público en lo jurídico, aparte de su cometido en lo judicial; por ello, en todos los aspectos de las funciones públicas privativas del Estado,

menor la de la creación, en 1879, del *Director of public prosecutions*, bajo la superintendencia y sujeto a las directrices del *General Attorney*. Este mismo, o el Secretario de Estado, le dan órdenes; mas es él mismo el que decide o no intervenir en los asuntos penales.

En los USA, el MP, elegido, por regla general, por cooptación popular y con cargo de escasa duración, en razón de la influencia decisiva que los grandes partidos políticos tienen para atraer a la masa electoral —sobre todo en los grandes centros habitados—, suele estar ligado con el partido predominante, y por ello sus acuerdos de indagar y abrir la instrucción pueden estar también influidos por el partido o por los que lo dominan. Sus atribuciones en el proceso penal son fundamentales —trátase de un sistema acusatorio puro—; fijar si debe iniciarse o no el proceso penal; obtener su abandono; obtener del Tribunal la declaración de culpabilidad por un delito menor que el indicado en el reenvío al Jurado; influir en la mayor y menor severidad de la pena. (Cfr., p. ej., MAYERS, *L'Ordinamento processuale negli Stati Uniti*, trad. it. CURLETTI, Milán, 1967, págs. 488 y ss.)

Cfr. también ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas*, en *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, Padua, 1958 (II), págs. 71 y ss. esp.

(11) La cursiva es nuestra. Cfr. ob. cit. en nota n.º 13.

(12) Nótese aquí el carácter claramente político que se atribuye al MF. Cfr. también, en este sentido, HERRERO TEJEDOR, *Perspectivas del MF según los principios que informan el Ordenamiento Jurídico español*, en RGLJ, 1967 (T. 222), págs. 431 y ss.

(13) Formulada por Antonio REOL al II Congreso Nacional de Derecho Procesal (Madrid, 1954) con el título *Reglamentación de las funciones y de la actuación del Ministerio Fiscal*, en BIEDF, n.º 44, febrero de 1954.

debe ser sustituido el actual asesoramiento —en sus diversas matices— por el del MF, ya que un Estado de Derecho debe tener, junto a sus finalidades precisas en este sentido, sus medios de la misma clase, siendo el MP, por su formación e incluso por sus incompatibilidades... el instrumento más apto para este servicio, quedando relegados los demás asesores del Estado a sus funciones privativas: económicas, políticas, administrativas.”

Por esta argumentación, REOL formulaba al Congreso, entre otras, la siguiente conclusión:

“El MF es el instrumento más eficaz de un Estado de Derecho para la existencia de una justicia independiente, imparcial y rápida, debiendo constituirse en *relación inmediata* (14) con el Poder Público en el Ministerio de Justicia...” (15).

“En lo jurídico, debe ser el único asesor-censor del Poder Público, quedando conferido el actual asesoramiento —en sus diversos matices económicos, políticos y administrativos— a sus respectivas finalidades.”

El Congreso sólo aceptó al MP como “único asesor del Poder Público en lo jurídico”, mas no el resto de las propuestas de REOL, aquí transcritas.

4. Puesto que se trata de la “vinculación” al Ejecutivo, y en la Base 68 se trata —luego nos referiremos a la “comunicación”— de los principios de “legalidad” y de “unidad y dependencia jerárquica”, procede echar una ojeada al problema de los vehículos de esta dependencia, esto es, al de las Circulares y evacuación de consultas por el Fiscal del Tribunal Supremo.

En cuanto que pueda tratarse de “instrucciones” del Ejecutivo, esta idea es repudiada en Alemania por incompatible con el principio de la separación de poderes (16); lo cual no obsta —dícese— a que el Fiscal del Tribunal Supremo Federal dé instrucciones como Sección especial que constituye, del Ministerio de Justicia; de otro lado, las consultas al Fiscal del BGH nada tienen que ver con las instrucciones (17); el MF puede consultar también a otros Ministerios, por razones de especialización (v. gr., en asuntos que atañen a la Sanidad Pública, a la Arquitectura, etc.); mas no se trata sino de un problema de prueba pericial y de su valoración por los Tribunales (18).

Hay que distinguir entre las órdenes de servicio formuladas por el superior jerárquico —el Fiscal del BGH— y las formuladas por el Ministerio, “las cuales —siempre en Alemania Federal— deben limi-

(14) La cursiva es nuestra. Nótese cómo en esta conclusión se prescinde ya de la “dependencia” de que el texto hablaba.

(15) Cfr. REOL, ob. cit.

(16) Cfr. KOHLHAAS, *Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechende Gewalt*, Berlín-Neuwied am Rhein, 1963, pág. 85.

(17) Cfr. KOHLHAAS, ob. cit., pág. 85.

(18) Cita KOHLHAAS una consulta dirigida por el MF al Ministerio de Defensa sobre si determinadas actividades eran o no peligrosas para la misma. (Ob. cit., págs. 85 y s.)

tarse a la inspección de los servicios" (19); aclarándose así el § 146 de la GVG (20).

La experiencia, viene demostrando que las "órdenes de servicio" del Ministerio son políticas en gran medida (21); la única solución para hacer aceptar al MP estas órdenes sería la de vincular a *todo* el Ministerio de Justicia —esto es, prácticamente, a todo el Ejecutivo— al principio de legalidad, lo cual es manifiestamente imposible (22), (23).

Aparte de que puede haber choque y al menos promoverse dudas por razón de esas "instrucciones" del propio superior de su Carrera y de la jurisprudencia de los Tribunales (24), y aún cabe que las haya entre los mismos Abogados Fiscales (25) —lo cual se resuelve concediéndoles independencia (26)— incluso admitiéndolas, se entiende que "el MP debe cumplir las órdenes de servicio "siempre que en el proceso concreto se refleje la misma imagen que reflejaba la orden; si esta imagen cambia (o es otra, v. gr., por la aparición de otros elementos probatorios), el MF debe poder desobedecer la orden de servicio si no obtener su revocación" (27).

De la meditación sobre este último alegato, concluimos con la necesidad de dulcificar el actual artículo 43 del Estatuto del MF español; ya que esta unidad y dependencia pueden producir perturbaciones de mayor consideración.

Sólo en este sentido se podrían aceptar los criterios de "dependencia jerárquica" de la Base 68 del ALOJ.

(19) Cfr. KOHLHAAS, ob. cit., pág. 52.

(20) "Los funcionarios del MP deben seguir las órdenes de servicio de sus superiores."

(21) Cfr. KOHLHAAS, ob. cit., págs. 56 y ss.

(22) Cfr. LÖWE-ROSENBERG, *Die StPO und das GVG*, 21 ed., Berlín, 1965, I, pág. 273; KOHLHAAS, ob. cit., págs. 59 y s. Esto también sería aplicable a España a través de la Base 68.

(23) Las instrucciones fuera de sesión —pues en la audiencia principal el MP alemán no está vinculado por las mismas— jugaron un gran papel en el Estado nacional-socialista; en los Estados de Derecho son raras. Un antiguo fiscal participaba que el Ministerio de Justicia del Reich hasta 1933 no había dado ninguna instrucción. (Cfr. KIRSCHNER, *Das Weisungsrecht des Reichsjustizministers gegenüber dem Oberreichsanwalt*, en "Deutsche Richterzeitung", 1958, pág. 108.) Por mucho tiempo se consideró al MP alemán como "la más objetiva autoridad del Imperio". (Cfr. WAGNER, *Der Richter*, Karlsruhe, 1959, pág. 188.)

(24) Cfr. KOHLHAAS, ob. cit., págs. 43 y 86 y s.

(25) En sentido de no estar vinculados por los actos de sus propios colegas.

(26) Véase el panorama que del MP en Bélgica nos daba DECAMPS: Los miembros del *Parquet* están ligados por sus actos desde un punto de vista jurídico, pero entre ellos existe independencia absoluta, sin estar vinculados por la actitud de sus colegas. "Su palabra es libre" e independiente y en sus *réquisitions* no obedecen más que a su conciencia; pueden pedir una absolución allí en donde otro colega o su superior perseguía una condena. Así, el Procurador del Rey puede apelar contra una resolución dictada conforme a las peticiones de un subordinado —no puede obligarse a alterar dicha petición—. (Cfr. *Traité des fonctions du MP près les Tribunaux de Première Instance* (Bruxelles, 1890, pág. 9.)

(27) Cfr. KERN, *Gerichtsverfassungsgesetz*, cit., 4.ª ed., pág. 218.

De otro lado, es evidente que estas "instrucciones" tienen menos importancia en nuestro país, en donde el MF no detenta el monopolio de la "acción" penal, sino que con él coinciden los ciudadanos (art. 101 de la LECrim); y también la iniciativa de aquél queda un tanto automatizada por obra de los artículos 306, 308 y 311 de la misma Ley; esto es, para iniciar de su "parte" el proceso penal, el MF depende de la Ley y ésta le hace coincidir con otros sujetos de la "acción" penal; incluso con el mismo Juez si este incoase el sumario "ex officio".

Ahora bien, procede aclarar este acertado mecanismo actual.

5. La Base 68 dice que el MF es "órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia", alterando así el sistema práctico actual, según el cual, es el "representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial" (art. 1.º del Estatuto del MF de 21 de junio de 1926) o "con la Administración de Justicia" (artículo 1.º del Reglamento Orgánico del Estatuto, de 21 de febrero de 1958).

El Diccionario de la Academia de la Lengua Española, da ocho acepciones de "comunicación", lo cual, vista la diferencia de entidad que cada una de ellas supone, nos sume en confusión.

"(Del lat. *communicatio*, *onis*).

1. Acción y efecto de comunicar o comunicarse.
2. Trato, correspondencia entre dos o más personas.
3. Unión que se establece entre ciertas cosas, tales como mares, pueblos, casas o habitaciones mediante pasos, crujías, escaleras, vías, canales, cables y otros cursos.
4. Cada uno de los medios de unión entre dichas cosas.
5. *Oficio*, 7a., acep. (Comunicación escrita, referente a los asuntos del servicio público en las dependencia del Estado, y por ext., la que media entre individuos de varias corporaciones particulares sobre asuntos concernientes a ellas.)
6. V. Vía de comunicación.
7. Ret. Figura que consiste en consultar la persona que habla el parecer de aquélla o aquéllas a quienes se dirige, amigas o contrarias, manifestándose convencida de que no puede ser distinto del suyo propio.
8. Pl. Correos, telégrafos, teléfonos, etc."

Y el verbo "comunicar":

"(Del lat. *communicare*).

1. Hacer a otro partícipe de lo que uno tiene.
2. Descubrir, manifestar o hacer saber a uno alguna cosa.
3. Conversar, tratar con alguno de palabra o por escrito, U. t. c. r.
4. Consultar, conferir con otros un asunto, tomando su parecer.
5. Ant. *Comulgar*.
6. r. Tratándose de cosas inanimadas, tener correspondencia o paso unas con otras."

La multiplicidad de acepciones, sería suficiente para elegir otra palabra. Una institución como el MF no puede estar a merced de

interpretaciones de un vocablo que lo muestren o transformen según el criterio de quien lo interpreta.

De HERRERO TEJEDOR podemos extraer los siguientes párrafos:

“Al MF le impone el deber de actuar conforme al más estricto principio de legalidad. *El MF no representa al Gobierno...* porque el Gobierno, al menos, como Administración es muchas veces parte ante la Administración de Justicia. No hace más que *comunicar recíprocamente a ambos* dentro de principios estrictamente legales: “intereses públicos tutelados por la Ley” y de manera más general le encarga el mantenimiento del Orden jurídico” (28), (29).

Continúa dicho autor:

“No le incumbe al MF la defensa de la Administración ni tampoco la defensa de las decisiones de ésta o del propio Gobierno como tal. Tampoco le incumbe —y en este punto sí que hace falta matizar mucho— sólo la defensa de la Ley como forma de expresión del Derecho, sino la defensa del orden jurídico, esto es, en cuanto —constituido por la Ley o por cualquier otra fuente de Derecho— forma un cuerpo total, indivisible, vivificado por unos principios fundamentales y protegidos por unas normas de rango superior (30).”

Comunicación y legalidad, pero legalidad en un amplísimo y peligroso sentido (cualquier otra fuente de Derecho).

Planteado de un modo que no estimamos claro, el problema de la independencia del MF con respecto al Gobierno, y con motivo de comentar la unidad jurisdiccional y el principio de la “unidad y dependencia jerárquicas” del MF a tenor del art. 35 de la LO, sigue:

“La comunicación entre la Administración de Justicia y el Gobierno, la defensa del orden jurídico, la tutela de los intereses públicos, la satisfacción del interés social “ante los Juzgados y Tribunales”... Esto es, no debe haber más que un MF por jurisdicción (principio de unidad) y por consiguiente sólo uno ha de ser el órgano de que se trate... (31).

De ello desprende consecuencias, en otro lugar.

a) El carácter político de la institución; político —no explica las razones ni la amplitud de la expresión— al tiempo que se mantiene su naturaleza jurídica “porque no puede ser de otra manera *órgano que relaciona y comunica* al Gobierno, máximo representante del Ejecutivo, con otros que no pertenecen a esta esfera, sino a la jurisdiccional y son independientes.

b) Político, pero condicionado. “Lo político suele ser discre-

(28) La cursiva es nuestra.

(29) Cfr. HERRERO TEJEDOR, *Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español*, en RGLJ, Madrid, 1967 (T. 222), pág. 433.

Nótese que HERRERO TEJEDOR muestra hallarse muy influido por el Derecho francés, pero no se hace eco de la gravísima crítica de que se hace objeto la actual organización del Ministerio Público en la actualidad. A ésta aludiremos, infra.

(30) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., pág. 433.

(31) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., págs. 433 y s.

cional y no reglado, y aunque sometido, como las cosas humanas y más aún las que afectan al bien común, a un orden de valores morales y jurídicos, su libertad de actuación —o por lo menos— *su libre arbitrio decisorio* en las cosas que atañen al común es una característica diferencial. En este caso, el carácter político del MF tiene el valor de un ingrediente, pero se conjuga con los restantes factores y se condiciona por ellos”.

“El Gobierno, ha de mantener su *relación* con los Tribunales, sin merma ni menoscabo para su independencia: y como ésto es —en principio— antitético, busca una solución que lo haga viable y *se relaciona a través de una institución de la misma naturaleza, de idéntica vocación, de igual significación* formada por la misma clase de personas; nacida del mismo tronco y aun, en otras etapas, tan entrañablemente vinculada que sus componentes podían servir puestos indistintamente en una u otra corporación (32).”

Lamentamos no comprender al citado autor.

Por lo pronto, no nos ha explicado qué significa esa “comunicación”, sino como una “relación” del MF y el Gobierno, recíproca. (Como tampoco, y cae así en una omisión a la que estamos acostumbrados, nos dice que es esa “satisfacción”) (33). Y esta “comunicación” se efectuará a través de una “institución de carácter político” aunque condicionado, pero que es “de la misma naturaleza” que la Magistratura jurisdiccional. Tememos que se trate de explicar un fenómeno de exósmosis de lo político hacia los Tribunales, y esto no lo podemos admitir.

Esa “comunicación” —nihil novum sub Iove—, ya la hallamos en los Proyectos de Constitución y de Ley Fundamental del Poder Judicial de 1929: no es claramente compatible con la independencia del MF con respecto al Gobierno como entidad “política”, ya que, según dicho autor —párrafo transcrito— le incumbe sólo de la defensa de la Ley. Más bien incompatible.

Decía ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO criticando el último proyecto de referencia:

“Es de temer que esa independencia no pase de ser un buen deseo, expuesto a fracasar por la organización que en la ley se da al MP, que lejos de estar desligado del Gobierno, continúa siendo el medio de comunicación (34).”

Y sigue:

“La comunicación (entre el Gobierno y el Poder Judicial)..., no

(32) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., pág. 432.

(33) Ya nos hemos ocupado de profundizar en el sentido jurídico de esta expresión, literalmente hollada por los juristas sin preocuparse casi nunca de ella —con la honrosa excepción de los penalistas—. Cfr. FAIREN GUILLÉN, *El Proceso como satisfacción jurídica*, en Rev. Jur. Cat., oct.-dic. 1968, passim, y en publ., “in extenso”, en la Rev. Der. Proc., Madrid, y en “Temas del ordenamiento procesal”, T. I, Madrid, en prensa.

(34) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Lo que debe ser el Ministerio Público*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Madrid, 1934, pág. 2.

tiene por qué verificarse a través del Ministerio Público, sino que debe realizarse por el departamento de Justicia. Basta con tener presente la opinión de MANZINI (en este punto poco sospechoso, por ser uno de los más exaltados defensores del Fiscal como agente del Ejecutivo) cuando afirma que “por su naturaleza, la función del MP pertenece al orden judicial, aunque no forma parte del Poder Judicial, sino del Ejecutivo, como la propia ley declara”, para comprender que al sentido jurídico y a la lógica se opone el desenvolvimiento de una función por elementos extraños a la misma, ingerencia por demás peligrosa si el intruso representa la fuerza. En otro sentido, la intervención del Ministro de Justicia, a más de suprimir un intermediario (no otra cosa viene a ser el Fiscal en este punto, como puede verse en el art. 841 de la LO, del que son copia el 16 de la adicional a la LO y el 42 del vigente Estatuto Fiscal de 21 de junio de 1926) presenta la doble ventaja de una interpretación del criterio gubernamental mucho más fiel y de una comunicación más rápida, sin que para la libertad judicial, como algunos temen, haya peligro alguno, desde el momento en que, independiente la Administración de Justicia, las garantías que la protegen quedan sustraídas a la iniciativa del Gobierno (35).”

Suscribimos casi totalmente lo dicho por ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO; esa “comunicación” es inútil y peligrosa. El MF, o es agente del Ejecutivo, o forma parte de la Magistratura —en sentido amplio— con independencia de aquél. La misma “legalidad” que según el ALOJ (Base 68-2) sujeta al MF, hace inútil tal “comunicación”, que “ab initio”, por la propia imprecisión de la palabra, hay que destimar.

Criticando la actual organización del MF en Francia —crítica en la que diversos autores españoles, anclados en el examen de la tradición de aquel país, no han detenido su atención, intentando volver a montar en España un organismo cuyo modelo sufre ya graves ataques— se ha dicho recientemente que “confiar a un mismo oficial la guarda de dos intereses diferentes, el de la ley y el del Gobierno, conduce inevitablemente a la negación de uno o de otro. La doctrina clásica aludía al problema, declarando que estas dos calidades no se ejercen jamás simultáneamente, sino sucesivamente; el MP es funcionario en su “*parquet*” y sólo Magistrado en las audiencias” (36). Pero prácticamente, esos desdoblamientos de la personalidad son muy difíciles de llevar a cabo y no tiene por qué predominar una intervención a costa de la otra, cuando la separación presenta indudable para ambas (37). Esto es lo que propondremos. Pero con la vaga “comunicación” y mientras no tengamos una explicación pre-legal exhaustiva.

(35) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., págs. 3 y s.

(36) Cfr. RASSAT, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, París, 1967, pág. 250. Ya veremos que el autor llega a una conclusión —acertada, a nuestro entender— de la que el ordenamiento español está mucho más cerca, merced a la existencia ya consagrada de un Cuerpo de Abogados del Estado.

(37) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 21.

de lo que ello significa —las de los autores vistos hasta ahora, son insuficientes y en ellas late el peligro de confusión de Magistratura y Política por la que no podemos pasar (38)—, debemos pedir que se retire íntegramente la Base 68 del ALOJ.

6. Antes de llegar a una conclusión final sobre este punto, debemos examinar los principios de “unidad y dependencia jerárquica” que campean en la Base 68 del ALOJ (5.”).

“Le Ministère Public est un et indivisible”. “He aquí una afirmación que del Derecho francés (39) ha trascendido a la legislación universal y en cierto modo a la doctrina, aspirando a convertirse en dogma jurídico, incontrovertible mientras subsista la supeditación fiscal hacia el Ejecutivo, bastante discutible cuando se separen”. Así escribía ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (40); y la “comunicación” ya establecida por el Reglamento Orgánico y por la LOE, al sumirnos en dudas peligrosas, nos fuerza a no admitirla sin explicación para el futuro legislativo concreto español. Remedios hay para corregir rumbos.

“La unidad, en otras palabras, la subordinación no sólo jerárquica, sino funcional, tiene su razón de ser cuando se trata de intereses políticos-administrativos, pues en este punto el móvil utilitario juega papel importantísimo, y a las autoridades de dicho orden, con mayor cantidad de datos y mejor conocimiento de sus disponibilidades y recursos, toca determinar la oportunidad y forma de actuar y les afecta fundamentalmente que su representante se oriente en el sentido que estimen preferible, sin desviaciones en la línea trazada que, aún bien intencionadas, pueden pugnar con el bien público. A ello obedece el artículo 14 del Real Decreto de 16 de marzo de 1886” (41), (42). Con estas palabras, el autor ha puesto el dedo en la llaga; debe procederse a una separación de las actuales funciones del MF y basar su organización en otros principios que no sean los de “unidad y dependencia”, procedentes del Derecho francés, administrativistas, y que procede alejar; la base de estas atribuciones, se hallará en otro Cuerpo de Funcionarios.

“Indivisibilidad y unidad” son además nuevos obstáculos que se oponen a la inamovilidad; quedando la consulta para casos dudosos, la sumisión sólo debe alcanzar a lo disciplinario, pero no a lo puramente funcional; se pone al funcionario disconforme en el trance de

(38) Recordemos lo dicho, supra, y el texto de CASTÁN TOBEÑAS sobre la necesidad de escudar a los Jueces de toda influencia política, en *Poder Judicial e independencia judicial*, discurso de apertura de los Tribunales, Madrid, 1951, esp. págs. 51 y ss.

(39) Cfr., p. ej., GOYET, *Le Ministère Public en matière repressive et l'exercice de l'action publique*, París, 1939, págs. 18 y ss.

(40) Cfr. ob. cit., pág. 9.

(41) “Los Abogados del Estado, antes de plantear cualquier demanda o acción ante los Tribunales en representación del Estado y de la Hacienda, consultarán a la Dirección de lo Contencioso, a cuyas instrucciones deberán ajustarse durante el procedimiento.”

(42) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., págs. 9 y s.

escoger entre el traslado o la obediencia ciega". Confróntese el artículo 46 del Estatuto del Ministerio Fiscal (43).

Naturalmente, cuando se trata del ejercicio de la acción penal, la cuestión sube de interés, vista la posibilidad de que sea el Ejecutivo quien obstaculice al MF (44).

La tendencia actual, es la de sustituir el sistema francés, ya de crédito, por otro en el que se conserve la dependencia jerárquica, a efectos del interés científico (45), pero no con la rigidez anterior.

7. Ya en el siglo XIX se vio agudamente en España que la complejidad del MF suponía en realidad la existencia de dos figuras diferentes, a las que llamó LEÓN SERRANO "Ministerio Fiscal" y "Ministerio Público"; de otro lado, en crítica al sistema francés, penetrado en España, se proponía la creación de dos Cuerpos diferentes: uno de ellos, para velar por la administración de la Justicia, y otro, para velar por los intereses materiales del Ejecutivo o del Estado en general, ante los Tribunales (46) (47).

Esta tendencia llevó, con adelanto sobre Francia, a la creación, por el R. D. de 16 de marzo de 1886, del Cuerpo de Abogados del Estado, a los que se encomendaron la mayor parte de las atribuciones en cuanto a la defensa procesal de los intereses económicos del Estado (Fisco) (48). Y, finalmente, la nueva Ley de lo contencioso-administrativo de 1956, desliga total y acertadamente (49) al MF de esta materia, encomendando siempre la defensa de la Administración al Abogado del Estado o a los Letrados de las entidades, corporaciones e instituciones públicas (Exposición de Motivos, III a. f., arts. 34 y s. y disp. transitoria 7.ª) "llevando así a sus últimas y naturales consecuencias una división de actividades que debió haberse implantado el día mismo en que se creó el primero de los Cuerpos" (50).

El problema se plantea sobre escoger entre MF dependiente o independiente. El ALOJ ha escogido, como vimos, la "dependencia jerárquica".

(43) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 10.

(44) Cfr. el caso, estudiado, p. ej., por FERNÁNDEZ MONTES, *Acción popular: Ministerio Público*, en BIEDP, n.º 93, 1960.

(45) Cfr. RASSAT, ob. cit., pág. 253. El MP francés estaría dirigido por el Procurador General en la *Cour de Cassation*.

(46) Cfr. LEÓN SERRANO, *Nueva organización del Ministerio Fiscal y de los Tribunales*, en RGLJ, T. 47 (1875), págs. 306 y ss.

(47) Cfr. CASAS Y DEL MORAL, *Intervención del Ministerio Fiscal en los sumarios*, en RGLJ, T. 11 (1857), págs. 94 y 101.

(48) El ALOJ, en imperdonable laguna, ya acusada en la I Parte de este trabajo, no trata de los Abogados del Estado.

(49) Cfr. PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo*, Barcelona, 1961, pág. 136.

(50) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, en Bol. Inst. Der. Comp. Mex., 1958, n.º 31, pág. 93; arg. en *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, Bol. Inst. Der. Comp. Mex., XIV (1961), n.º 40, ed. sep., passim.

Desde las mismas filas del cuerpo del MF, se critica a esta dependencia.

“Desde el punto de vista interno —se dice— la unidad fiscal, con sus secuelas necesarias de autorizar al inferior para solicitar instrucciones en cuanto lo estime necesario, la obligatoriedad de estas instrucciones y la consiguiente desaparición de la responsabilidad del que las obedece, puede producir, junto a una fácil inhibición de los asuntos por parte del inferior, una volatilización de la responsabilidad misma, sumamente peligrosa en los puestos de autoridad.”

“Todas las razones abonan en contra de la unidad fiscal y en favor de crear en su lugar un cuerpo asimilado en este sentido al judicial y por idénticos motivos por los que para éstos se ha mantenido y buscado la independencia, ya que la diferencia entre uno y otro cuerpo es puramente de alcance y no de calidad” (51) (52).

“Pero al admitir como posible, aunque no conveniente, la dependencia, hay que limitar su alcance, que en nuestro derecho como en gran parte de los extranjeros, está desorbitado por dos causas fundamentales:

1.º La sumisión total en que esta dependencia sitúa la voluntad y el convencimiento del funcionario.

2.º Por no parar la dependencia con el encabezamiento del Ministerio Público en el Fiscal del Tribunal Supremo, sino pasar de éste al Ministerio de Justicia, órgano ya por esencia exponente máximo de la Administración” (53) (54).

Para este autor “no es, pues, posible la dependencia y unidad del MF en la actual fórmula, ya que de conservarse requeriría la existencia de cuando menos una Jefatura suprema jurisdiccional e independiente que asegurase con su propia y total autonomía el cumplimiento de la Ley en todo caso y que al dirigir la actuación de los demás funcionarios fiscales no estrangulase su iniciativa” (55). Esto es, la unidad y dependencia jerárquica, excluyen al criterio de legalidad, a no ser que el MF sea por completo independiente del Ministro de Justicia; o que éste funcione *siempre* y en su *totalidad* con alcance solo legal y nunca político, lo cual no es posible por la misma naturaleza del Ejecutivo.

La solución que se da, ya la hemos visto: la “comunicación”.

El propio y actual Ministro de Justicia, ve el problema así:

“La reforma pretende estructurar el MF... de modo que, sin per-

(51) En efecto, por mucho que se quiera acercar al MF a los Jueces, siempre le faltarán a aquél en su actuación los dos momentos fundamentales de la jurisdiccional: la decisoria y la ejecutiva (cfr., p. ej., CALAMANDREI, *Istituzioni del Nuovo Processo civile*, 1.ª ed., Padua, 1943, I, págs. 53 y ss.) y —añadimos nosotros, cfr. el comentario a la Base 2.ª del ALOJ— la cautelar propiamente dicha.

(52) Cfr. IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Independencia y autonomía del MF*, cit., en *Rev. Der. Proc.*, 1967, II, pág. 135.

(53) Cfr. la situación en la actual Alemania, en el n.º 4 de este comentario.

(54) Cfr. IBÁÑEZ GARCÍA VELASCO, ob. cit., pág. 135.

(55) Cfr. IBÁÑEZ GARCÍA VELASCO, ob. cit., pág. 139.

der su naturaleza de órgano de enlace entre el Gobierno y la Jurisdicción, más que medio de control de ésta por aquél, y representante y defensor siempre de los intereses sociales, actúe con rigurosa observancia de la legalidad” (56).

La objeción que antes hizo IBAÑEZ, cobra aquí actualidad: si el MF se ajusta al criterio de legalidad, no tiene por qué enlazar, “comunicar” con el Ejecutivo, que no es quien legisla; si a esa legalidad le damos un ámbito general, de “orden jurídico”, entonces, dicho “enlace” es suficiente que lo efectúe el Ministro de Justicia. Y seguimos dudando mucho del sentido —o de los varios sentidos, cfr. supra— de la palabra “comunicación”, nada nueva en España con referencia al MF.

Esto es, el MF puede ser un órgano administrativo, descendiente del correspondiente al Ordenamiento francés —al que tan aficionado se muestra HERRERO TEJEDOR, mas sin hacerse eco de la moderna doctrina crítica de aquella figura en la República vecina—; o un elemento judicial, solamente dependiente de la ley. Pero ambas cosas a la vez, no puede serlo (57), so pena de incurrir en un peligroso fenómeno de “desdoblamiento de su personalidad” (58) totalmente inútil cuando la separación de dos organismos es mucho más sencilla.

“Es cierto que los intereses y fines del Ejecutivo coinciden normalmente con las prescripciones legales, pero no es imposible su disidencia, que imposibilitaría el cumplimiento de su misión al fiscal. Se impone optar por una de las dos posiciones, reestructurando a este organismo indudable y coherente: como integrante de la Administración o formando parte del todo judicial” (59).

Las contradicciones surgidas del personaje que actualmente es el MF, a tenor de su multiplicidad —anfibiológica a veces— de situaciones y posiciones, son múltiples, y múltiplemente denunciadas (60).

Otra cuestión es la de que, por defender esta independencia del MF con respecto al Ejecutivo, no dejemos a éste inerme ante la Jurisdicción, y expuestos incluso a una dictadura de la misma.

Pero la solución está siempre en la clasificación de las funciones actuales de MF y Abogados del Estado:

“Como la recta administración de justicia no debe apoyarse en la indefensión y desconocimiento de los intereses del Ejecutivo, debe reorganizarse al Cuerpo de Abogados del Estado —dice ALCALÁ-ZA-

(56) Cfr. ORIOL Y URQUIJO, *El Plan de Reforma de la Justicia y su estado actual*, Discurso de apertura de los Tribunales, Madrid, 1968, pág. 56.

(57) Cfr. IBAÑEZ GARCÍA VELASCO, ob. cit., pág. 133.

(58) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 21.

(59) Cfr. IBAÑEZ GARCÍA VELASCO, ob. cit., pág. 133.

(60) Cfr., p. ej., ZAFRA, *Posición del MF en el futuro proceso penal*, cit., págs. 761 y 767, con referencia al antagonismo de sus posturas como inspector del sumario de un lado, y la de acusador, del otro. Cfr., con ref. a lo civil, PRIETO CASTRO, *Construcción dogmática del MF en el orden civil*, en “Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal”, Madrid, 1964, passim.

MORA CASTILLO (61)— confiando a éste, en el que la unidad e indivisibilidad tienen perfecta explicación, la total defensa y representación de lo administrativo, reservando la comunicación con el Poder Judicial al Ministro de Justicia, que, por no intervenir en el proceso, no puede verse, como el Fiscal, en el trance de tener que defender derechos opuestos y, para evitarlo, renunciar a la defensa de unos en beneficio inmotivado de los otros. Quedaría en esa forma limitada la actuación del Ministerio Público a lo que realmente constituye su razón de ser (nota); vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre administración de justicia, proteger jurídicamente a los indefensos y desvalidos y ejercitar la acción penal, con aquellas atribuciones secundarias que sirvan para el mejor cumplimiento de las primeras” (62).

Esto es, exactamente, lo que, una vez superada la conservadora doctrina francesa, y aparecida la crítica, se propone para dicho país: la disociación del Ministerio Público en dos Cuerpos, encargando a uno nuevo la representación del Gobierno ante los Tribunales (63). Esto es, allí se llega, sin saberlo el autor, a la conclusión de que el sistema creado en España en 1886 —Abogados del Estado— es superior al suyo propio, sin que sea necesario en nuestro país, sino desarrollarlo de modo lógico (64). Y, en este preciso momento, se quiere aquí extender la figura del MP francés, que bastantes complicaciones nos produce por sus defectos constitutivos.

La idea de la distribución de las actuales atribuciones —por confiarle sendas funciones— al MF entre dos Cuerpos diferentes, ya lanzada en 1886, ha prendido, como vemos en la doctrina española desde hace muchos lustros. Actualmente, IBÁÑEZ y ZAFRA vuelven a ponerla sobre la mesa. Así, resumiendo, se propone esta disyuntiva:

A) O el MF es un órgano jerarquizado dentro de la Administración estatal.

B) O defiende solo y depende solo de la Ley (65).

Esta disyuntiva se explica por el cúmulo de tareas que al MF le están encomendadas.

a) Funciones de dictamen, informe, control de la legalidad y fomento de la jurisprudencia (66).

(61) Cfr. ob. cit., pág. 6; también, arg. en *MP y Abogacía del Estado*, cit., *passim*.

(62) Dice en nota: “Merece un sincero elogio el artículo 5.º del R. D. de 16 de marzo de 1886, que, con visión clara de lo que la institución es, precisa sus atribuciones en forma análoga a la que recogemos. Dice así: “La representación y defensa de la Hacienda ante los Tribunales, a que se contrae el artículo anterior, estará a cargo de los Abogados del Estado; esto no obstante, el MF continuará desempeñando las funciones que le son peculiares en las causas criminales, y continuará con la representación y defensa especiales que hoy le corresponden en los juicios civiles que interesen a personas inciertas, ausentes, menores e incapacitadas, así como en todos los demás en que deba intervenir como representante de la Ley”.

(63) Cfr. RASSAT, ob. cit., págs. 252 y ss., y esp. 257 y ss.

(64) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 6.

(65) Cfr. IBÁÑEZ GARCÍA VELASCO, ob. cit., pág. 133.

(66) Cfr. ZAFRA, ob. cit., pág. 760.

b) La persecución de los delitos en el orden penal y de determinados intereses (de menores, incapacitados, etc.) en el orden civil. Cabría también que intervenga en el proceso laboral.

Pero por encima de estos problemas, tenemos al MF como representante del Ejecutivo —sin que la vaga expresión “comunicador” resuelva dudas.

Por todo ello, estimamos que la solución del problema está en la creación de dos Cuerpos diferentes:

1.º Encomendando a uno de ellos la total defensa y representación del Estado en lo administrativo —en sentido amplio—; éste podría ser el Cuerpo a denominar de Abogados del Estado —a los que deja en laguna el ALOJ, como si no existieran cerca de la Jurisdicción—; previa reforma fundamental del Cuerpo actual —que es más bien el “Fiscal” por excelencia— ampliando sus horizontes y atrayendo una serie de las labores que ahora se entregan al MF. Los principios de unidad e indivisibilidad deberían regirlo. (Dependencia jerárquica rígida hasta la cumbre de la Administración ejecutiva.)

2.º Otro Cuerpo —con su base en el actual MF— basado en el estricto principio de legalidad, independencia personal y jerarquía solamente bajo el Fiscal del Supremo —o Fiscal General del Reino, como quiere el ALOJ—, pero limitada esta jerarquía a dar directrices científicas y técnicas no vinculantes, de un lado, y a regir su gobierno —gubernativamente, como en el caso de los jueces y tribunales— del otro.

Se puede pensar en dividir a este Cuerpo en dos Secciones o Divisiones: una de ellas con funciones dictaminadoras e informadoras, etcétera, y otra, encargada de promover la defensa de la sociedad en el proceso penal —acción penal— y en los demás procesos, como parte “imparcial”, igualmente, defensa de incapacitados, etc. O bien en Secciones afectas a cada uno de los órdenes judiciales.

Este Cuerpo es el que estaría más cerca de la Judicatura —de la Magistratura, si ello se quiere, aunque el nombre es inútilmente abstracto.

Para ello, es preciso abandonar el modelo francés, y no adherirse a él cuando en su propia patria, pese al tradicionalismo de más de un siglo, se ha abierto una brecha doctrinal a través de la cual se perciben claramente sus incoherencias y defectos básicos; y no corregirlos y aumentarlos para nosotros en el futuro Ordenamiento.

Con ello, la “comunicación” en cualquiera de sus acepciones —de superior gubernamental a inferior fiscal— habría que suponer —si no se quiere que esté vacía de contenido— pasa a ser superfetatoria; cuando se trate de los que llamaremos Abogados del Estado, porque hay dirección gubernamental directa; en los segundos, porque lo que el Gobierno quiera comunicar, puede hacerlo perfectamente a través de sus propios organismos y al nuestro, protegido, como la judicatura, por la independencia en sus funciones.

8. ¿Cuál sería la posición de este futuro MF, ya descargado de su dependencia —absoluta o relativa— del Ejecutivo?

“Una Magistratura autónoma”, se ha dicho (67); un “auxilio del Juez” (68). Y en todo caso, perteneciente a la Jurisdicción, como se reconoce incluso por el Ministro de Justicia actual —aunque se comete el error de pretender encuadrarlo como organismo jurisdiccional sin desmontarlo previamente en sus heterogéneas piezas (69)—; está bien denominarlo “órgano al servicio de la Justicia”. Pero no directa o indirectamente, del Ejecutivo, a cuyo servicio —claro, terminante, sin utilización de expresiones dudosas— quedaría el otro Cuerpo, al cual muy bien se podría encargar la instrucción de determinados asuntos criminales (70), pero diferenciándolo netamente del “Ministerio Público” o “Promotor de la Justicia” encargado de acusar.

Es evidente que esta concepción del MF ocasionará dificultades (71); mas estimamos que se podrán resolver doctrinal y prácticamente con mayor facilidad que si lo consideramos como una nebulosa compleja, como actualmente nos lo describe su Estatuto en vigor.

Ahora bien, la función del MF nunca se podrá confundir con la del Juez o Tribunal; le faltarán siempre las dos notas características de la actuación jurisdiccional. No podrá “declarar” derecho ni “eje-

(67) Cfr. IBÁÑEZ GARCÍA VELASCO, *ob. cit.*, pág. 120.

(68) Cfr. PRIETO CASTRO, *ob. cit.*, págs. 70 y ss.

(69) Dice ORIOL Y URQUIJO: “Su posición en el proceso depende de la concepción política que predomine en éste. Si se considera necesario, o al menos conveniente, que el Poder Ejecutivo tenga un representante o agente cerca de la Magistratura para controlar en cierto modo la actividad de ésta, el Fiscal tendrá ese carácter. Por el contrario, si se entiende que no es necesario este control, la función del MP no sale de la órbita jurisdiccional, siendo solamente uno de los elementos del proceso, y se estructurará como órgano perteneciente a la Jurisdicción independiente del Poder Ejecutivo, con funciones perfectamente definidas, en las que su actuar responde al principio de legalidad. Paralelamente a estas dos concepciones, si concebimos el *ius puniendi* como facultad del Estado, integrado en el Poder Ejecutivo, si bien sometida a la jurisdicción a quien corresponde la función de juzgar, la función requirente o de solicitud (esto sufre de indudable influencia italiana, intercalamos nosotros) que lleva a cabo el MP corresponde a un poder distinto de aquel a quien se asigna la función decisoria o de juzgar. Pero si, por el contrario, entendemos que el *ius puniendi* corresponde al Estado como Jurisdicción, la consecuencia será distinta: la función requirente se encargará a un órgano de la jurisdicción y la de decidir a otro órgano distinto, pero igualmente perteneciente a la Jurisdicción”. (Cfr. *El plan de reforma de la Justicia*, cit., págs. 55 y s.)

Hic sunt leones. Se habla de “encargar”, pero es muy diferente un “encargo” dado a un juez en virtud de su oficio y nombramiento legales e independientes *ope legis* que “encargar” al MF que “requiera”. Este segundo “requerimiento” puede ser consecuencia de una orden “comunicada” por el Ejecutivo, lo cual no cabe en el caso de los jueces, y menos aún que esa “comunicación” en tal sentido esté prevista por una ley, que destruiría la independencia judicial.

(70) Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, esp. págs. 79 y ss. y 83 y ss.

(71) Cfr., p. ej., GÓMEZ ORBANEJA, *La irrecusabilidad del MF*, en *Rev. Der. Proc.*, Madrid, 1949-4, págs. 609 y ss.

cutarlo". Por ello, el designarlo como "Magistratura" puede ser avocado a confusiones.

9. El problema de la amovilidad o inamovilidad de los individuos del MF que el ALOJ deja en la oscuridad en la Base 68-9 y 10, se resolvería con la aparición de los dos Cuerpos indicados. El MF dependiente del Ejecutivo, amovible —dentro de determinados límites y garantías propios de todo funcionario—; el MF independiente, inamovible (72) —lo cual no debe confundirse con que pueda ser itinerante, esto es, trasladarse en el cumplimiento de su cometido, y en especial en fuerza a las circunstancias que concurren en la persecución penal.

10. Partiendo de nuestras ideas, en la Base 68, vemos una serie de competencias del MF mezcladas, producto de la confusión ya apreciada. Comentaremos infra, la de "velar por la legalidad de la actividad jurisdiccional" —MF independiente—; el "sostener la integridad de las atribuciones y competencia de los órganos de justicia" de un lado, y el "intervenir con su dictamen", suponen dos actividades diferentes a separar (73).

"La defensa de las garantías penales y procesales de la persona" —muy acertado— supone el dotar al ordenamiento español de su más potente medio, hoy yacente en su historia jurídica; al proceso de manifestación de personas en lo criminal —cfr. el Capítulo IV, Parte I, de este trabajo—. Exactamente es el MF la entidad mejor cualificada y apostada para promoverlo contra quien ataque o persiga injustamente. Nada dice HERRERO sobre este fundamental medio de defensa de los derechos públicos subjetivos (Cfr. Cap. IV, Parte I, de este trabajo).

"El promover las acciones necesarias" (pretensiones, diríamos nosotros) —en lo cual parece ocultarse la "acción penal" (n.º 3, 4.º) y "dirigir la averiguación de los delitos e instar lo procedente para el restablecimiento del orden jurídico perturbado y la satisfacción del daño producido" (74), supone otra mezcla de esferas diferentes; la de investigar y la de acusar —sin contar el "inspeccionar los sumarios" del art. 306 LECrim— que bien podían también diferenciarse entre secciones de los Cuerpos a crear, con lo que, además, podría resolverse una serie de problemas que hoy día se plantean en torno al procesamiento —juicio de inculpación— y al sobreseimiento (75).

(72) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., págs. 5 y s. Cfr. también, en favor de la inamovilidad, JIMÉNEZ ASEÑO, *La independencia de la Justicia*, en Rev. Der. Proc., Madrid, 1950, pág. 450.

(73) Cfr., p. ej., PRIETO CASTRO, ob. cit., págs. 60 y ss.

(74) Defectuoso empleo de la expresión "satisfacción" otra vez. En este caso se hace referencia a una de sus especies: a la satisfacción civil unida —como podía ir procesalmente separada— de la penal. (Cfr. FAIREN GUILLÉN, *El proceso como satisfacción jurídica*, en Rev. Jur. Cat., oct.-dic. 1968, passim y otros lug. citos.

(75) Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., págs. 32 y ss.

Estamos conformes con el núm. 6 ("ostentar la defensa", etc.); el núm. 7, es un cláusula general, y como tal, peligrosa y recusable.

Comentados los núms. 4 y 5 de la Base, el n.º 6 ("órganos del MF") supone, como en todo caso, la reforma total, ya que se tratará de dos Cuerpos, los dos cuales, deberán hallarse en la misma LO, pero separados. Las fiscalías de los Tribunales inferiores, deben excluir a las de "Distrito", ya que estimamos que estos tribunales no deben aparecer —Cfr., el comentario a la Base 11.ª.

En el n.º 7, en donde aparece el "gobierno" del MF, ha de procederse a la transformación ya indicada; el gobierno del futuro Cuerpo dependiente del Ejecutivo, dependerá de éste y no del Fiscal General.

Se trata del Consejo Fiscal. Nada se indica sobre su composición. Pero en cuanto a sus atribuciones, las hay que —aunque hayamos propuesto también implícitamente su reforma— afectan directamente a la formación de la Magistratura: según la Base 52-3 le correspondería confeccionar relaciones de miembros de la Carrera Fiscal al fin de proveer plazas de Magistrado vacantes en el Tribunal Supremo. Por ello, debe indicarse en el ALOJ —lo mismo que se hace con el Consejo Judicial— cuál será la formación y atribuciones de dicho Consejo.

"9. Los fiscales, investidos de autoridad individual y corporativa..." Precisa que se exprese a quien representa en cada caso el MF.

De otro lado, "los funcionarios fiscales" deben ser considerados "como autoridad en todas partes, dentro del territorio de su jurisdicción, excepto en los estrados del Tribunal con respecto a los abogados o a las partes, pues en tal situación todos quedan igualmente sometidos a la autoridad disciplinaria del Juez y Presidente" (OSSORIO Y GALLARDO).

11. La Base 68, en su núm. 10, establece un "intercambio" entre Fiscales y Jueces a los efectos de "provisión de vacantes de Fiscales Generales del Tribunal Supremo y el ascenso por el turno de oposición de Abogado Fiscal a Fiscal"; y la contrapartida se halla en las Bases 52 a 55 del ALOJ.

Expresamos nuestra opinión de que, por razones de especialización, sólo puede admitirse este fenómeno en los escalones superiores de las carreras de la magistratura y fiscal; y mejor que por el hecho de haber ascendido en ellas, por el de mostrar ser juristas destacados; esto es, por la misma razón por la que podrían entrar en la Magistratura superior los Catedráticos de Derecho y los Abogados en ejercicio. Idéntica prudencia debe regir para el trasplante de miembros de la Carrera Judicial a la Fiscal y recíprocamente.

12. La Base 68 del ALOJ, de enfoque, a nuestro juicio, erróneo, a través de sus cláusulas generales, nos lleva a sentir como se desea para el futuro una ampliación general de las facultades de MF, pero sin corregir previamente el defecto básico de su actual organización

española —y de la francesa, su modelo— esto es, una buena clasificación de estas facultades, y su atribución a entidades diferentes, claramente construidas en el campo general de lo jurisdiccional en especial y de lo orgánico en general. A ello responde la crítica que nos hemos visto precisados a hacer.

Aquella es la posición defendida actualmente, en publicación particular, por quien detenta la Fiscalía del Tribunal Supremo. Por lo que interesa de sobremanera, por lo que su exposición hubiera podido influir en la redacción de la Base, y por lo que en el futuro pudiera influir —lo más racional es pensar así— tratar de ella aunque sea muy someramente.

Dice este autor, al tratar de la “defensa de la legalidad en el recurso de casación”:

“Ningún asunto sobre el que los tribunales actúen y decidan debe ser ajeno al MF. En todos ellos pueden plantearse, y de hecho se plantean, cuestiones que afectan a las funciones del Ministerio Fiscal: intereses públicos tutelados por la ley, en algunos casos; existencia de un interés social prevalente, en más ocasiones, y en casi todas ellas, la necesidad de velar por el orden jurídico en materia de procedimiento, en materia de competencia, en cuanto pueda existir la posibilidad de interponer el recurso en interés de la ley...”

“Claro que ello implica dar al MF otra versión diferente (76) y también modificar las leyes procesales, aunque a este fin bastaría introducir en ellas algunos preceptos de carácter general (77).”

Que la tónica que se sigue es ampliatoria de las facultades del MF, lo demuestra el hecho de que en el APP se hayan incrementado notablemente sus atribuciones, llegando incluso a atentarse contra la igualdad de las partes necesaria al proceso acusatorio (78) y atribuyéndole monopolios tan abusivos como el de promover las cuestiones de estado civil y condición de las personas —prejudicialmente, Base 5.^a—, o de promover la petición de la extradición (lo cual se conserva en el ALOJ, Base 7.^a (79) (80). Se ha pretendido identificar esta

(76) Por ahí debe comenzarse, y desde la base. Cfr. supra.

(77) Cfr. HERRERO TEJEDOR, *Perspectivas del MF...*, cit., págs. 442 y s.

(78) Conclusión II-7.^a de los profesores de Derecho Procesal (Valladolid, mayo de 1967): “Se advierte con inquietud la vinculación que la Ley (de 8 de abril de 1967) impone al Juez a determinadas peticiones del MF sobre puntos fundamentales del proceso, frente a la libertad de decisión que le concede respecto de las formuladas con igual alcance por las demás partes, lo que, al propio tiempo, entraña un desequilibrio entre ellas”.

(79) Cfr. el Informe de la Universidad de Valencia, por FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., págs. 25 y 27, y com. a la Base 7.^a del ALOJ.

(80) Examinando los *Resúmenes* de los Informes de Corporaciones y Universidades, publ. por el Ministerio de Justicia en sus “Cuadernos Informativos” —y aunque no respondamos de su compleción y exactitud, cfr. lo dicho en nota 19, cap. III, Parte I, sobre las graves inexactitudes que se han cometido con respecto a los *Informes* de la Universidad de Valencia—, resulta que aparte la propia oposición de esta Universidad (cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, passim.), a las ampliaciones de la Base 5.^a, se oponen la Universidad de Valladolid y el Consejo General de la Abogacía; a la 7.^a, los mismos;

ampliación de facultades del MF con la línea expuesta por HERRERO TEJEDOR (81) que no somos los únicos en no compartir.

A) Volvamos a la Base 68, en relación con las ideas de HERRERO TEJEDOR:

N.º 3-1.º “Velar por la legalidad de la actividad jurisdiccional... reclamando su observancia...”, y n.º 3-2.º “Sostener la integridad de las atribuciones y competencias de los órganos de la justicia...”.

Prevé dicho autor entre otras cosas, “un cambio radical de la posición del MF en el proceso para hacer posible la eficacia de su función de vigilancia del procedimiento y de la puesta en marcha de la función disciplinaria” (82).

Entendemos, y se ha dicho, con razón, que esta función es prerrogativa común a todas las partes litigantes; para ello existe todo un sistema de recursos; y se halla el artículo 101 de la LECrim; y en la posibilidad de exigir responsabilidad civil y criminal a los jueces.

De otro lado, sin ignorar la preocupación del autor —legítima, que compartimos con prudencia— de hacer al MF, el campeón desinteresado de esta postura—, la función de velar por el cumplimiento de las leyes, por la pureza del procedimiento, es precisamente una función judicial —la más soberana—. Si la expresión de la Base 68-3-1.º y 2.º puede servir para crear monopolios a favor del MF —como los ya ejemplificados, en el APP— pedimos su retirada; parece que se ignora que antes que MF hay jueces.

“Y, aunque parezca extraño, en lo penal... la posición del MF... adolece, sin embargo, de concepción raquítica, y sigue influido, de una parte, consideraciones procesalistas, y de otra, por ciertas desconfianzas sobre el sistema acusatorio.”

Sin pretender entrar en polémica —y menos en este momento— con dicho autor, resulta que estas “consideraciones procesalistas” aludidas despectivamente, son básicas si se ha de considerar al MF como una pieza —muy importante, pero una pieza— del proceso; si de lo que se trata, es de alejarlo de la idea ritmada y reglada de un proceso de tal modo que intervenga —o no intervenga— discrecionalmente, de modo “administrativo”, lo que se pretende es..., lo que ya se pretendió en cierta malhadada época y país; convertir o al menos, acercar el proceso civil a la jurisdicción voluntaria; o transformarlo en puro expediente administrativo en el que el director no sea un juez (83) in-

a la 16, la Universidad de Valladolid —y la de Valencia—; a la 17, la de Valladolid; a la 18, la misma y Valencia y el Consejo General citado; a la 19, Valencia; a la 33, el Consejo General de la Abogacía; a la 35, las Universidades de Valladolid y Valencia; a la 38, el Consejo General de la Abogacía; a la 48, el mismo.

Lo cual demuestra la amplitud del movimiento frente al incremento de las atribuciones del MF.

(81) Informe de la Universidad de Valladolid, según los “Cuadernos Informativos” cit., núm. 5, págs. 27 y ss. y esp. 31.

(82) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., pág. 446.

(83) Para quien no quiera —o no pueda— molestarse en acudir a la bibliografía alemana de la época nacional-socialista, que hemos citado en otra obra

dependiente (84). Esperemos que nos hemos engañado al leer estas despectivas palabras sobre "consideraciones procesalistas" que nada menos entrañan la esencia de la mayor garantía de los derechos subjetivos.

Este ataque mortal que se dirige al MF como persona integrante del complejo armónico del proceso, se acompaña de otro: las "ciertas desconfianzas que persisten sobre el sistema acusatorio".

Si con ello se hace referencia a calificar de manifestación del principio inquisitivo el hecho de que la función instructora del proceso penal confíe al mismo encargado después, de sentenciar; y al de que el mismo esté vinculado a peticiones de un acusador —del MF—, sí, tenemos desconfianza; o mejor dicho, deseamos que desaparezcan los restos de tal principio. Y no hacemos excepción en la doctrina (85).

Completa el autor a que nos referimos sus anhelos en cuanto al futuro del MF, así:

3.º "Ampliación de su intervención en algunas materias donde aún es incompleta: recusaciones, cumplimiento de sentencias y acuerdos gubernativos, atribuciones en materia de investigación criminal, facultades para la adopción de medidas precautorias (hoy tiene menos

(cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., págs. 35 y s.), la mejor referencia es la de PRIETO CASTRO, *Revisión de los conceptos básicos de Derecho procesal*, escrito en 1943, en "Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil", II (Madrid, 1950), págs. 655 y ss. y esp. 670 y ss.

(84) Cfr., por todos, PRIETO CASTRO, ob. cit. últ., pág. 669, y bibl. cit. en nota n.º 22; págs. 670 y ss. y bibl. cit. Cfr. también SCHWARTZ, *Richter und Staatsanwalt*, en ZAK, cuad. 23, 1.º diciembre 1942, págs. 337 y ss.

(85) Conclusión II-2.ª adoptada en la III Jornada de Profesores de Derecho Procesal (Valladolid, 1967) y con referencia a la Ley de 8 de abril 1967, que reformaba a la LECrim:

"Se considera acertado (y responde a criterios sostenidos en las I Jornadas celebradas en Sevilla en 1965) la instauración de un proceso penal con órgano decisorio unipersonal, pero el establecido no deja a salvo la exigencia de que los materiales de la causa sean aportados por órganos distintos del juzgador, como consecuencia de la plena vigencia del principio acusatorio. De otra parte, se pone de manifiesto que tal innovación debería venir precedida de una reforma del Código penal, en la que se introdujese una tipificación que permitiera determinar la competencia objetiva y la idoneidad del procedimiento en atención a la tipología y no a la entidad de la sanción".

Cfr. Conclusión II-7.ª de esta Jornada, en la nota 282, supra, de este capítulo.

Firmado: SERRANO SUÁREZ (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo); GÓMEZ ORBANEJA (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid); PRIETO CASTRO (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Madrid); GUTIÉRREZ ALVIZ (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla); FAIREN GUILLÉN (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia); MIGUEL ALONSO (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca); MORÓN PALOMINO (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Granada); CARRERAS LLANSA (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra) y Profesores adjuntos asistentes.

Cfr. también, p. ej., IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Independencia y autonomía del MF*, cit., en Rev. Der. Proc., 1967-II, págs. 114 y s. y III, pág. 82; ZAFRA, *Posición del MF*, cit., págs. 64 y ss.

Cfr. también FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., nota n.º 54 y la bibl. cit.

atribuciones que la Policía), propuesta de medidas con carácter vinculante para el juez, participación más activa y directa en la instrucción, intervención en el procedimiento laboral, y en ciertos aspectos, del contencioso-administrativo, etc.” (86).

Con lo expuesto, basta para hacerse una idea de esta tendencia en cuanto al futuro del MF en España: “desprocesalizarlo” —luego extraerlo de la Jurisdicción—; aproximarle aún más a la Administración —cita de modo sugestivo de un elenco de “intervenciones del MF de naturaleza cuasi-administrativa” procedentes del Derecho francés, pero sin hacerse cargo de la moderna crítica dirigida contra esta figura (87)—; opinión muy singular sobre el sistema acusatorio —que nos vuelve al inquisitivo—. Todo ello —y sin perjuicio de tornar al tema con menos premura y en nombre propio— es suficiente para concluir que, si es éste el espíritu que informa a la Base 68 del ALOJ —y que ya se mostró en el APP— debe ser retirada; y antes de nada, proveer a reorganizar al MF sobre bases totalmente distintas, pero no tornar gigantesca una figura que hoy día tiene defectos constitutivos.

13. Dice la Base 68: “El MF... tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley...”.

Se ha dicho sobre este texto que “la declaración considerada en toda su extensión, puede resultar excesiva. Ya entendamos por interés público el interés general o el interés del Estado, lo cierto es que no incumbe solamente al MF la defensa de los distintos aspectos de este interés” (88). Si parecía llegado el momento de reducir la expresión a sus justos límites, no se ha hecho, dejando así subsistente en principio todo el peligro de su propia indeterminación, a cuyo amparo se pretende poner una verdadera masa de intereses (89), frente a lo cual se dice acertadamente:

“... es difícil saber cuando tal interés se halla implicado en un negocio y menos fácil es todavía precisar cuáles son los asuntos en que el mismo no exista; prácticamente, puesto que en el proceso se trata de realizar el derecho objetivo, que es una función del Estado, si no se fijan casuísticamente los casos, podría llegarse a admitir que ese

(86) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., pág. 447.

(87) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., págs. 447 y ss. Se trata de un elenco tomado de obras francesas.

(88) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., pág. 450.

(89) Cfr. la enorme extensión que da al campo del “interés público” el mismo autor, ob. cit., págs. 450 y s., con matices muy curiosos; p. ej., cuando defiere al mismo “el amparo de los derechos de la persona, de la familia, de la sociedad”, no trata de una de las más fuertes garantías del primero, esto es, del “habeas corpus” o manifestación, que cuadraría precisamente muy bien al MF como actor; sin embargo, vemos una inadmisibile ingerencia del MF —del Estado— en asuntos de la familia si se admite que las cuestiones de estado civil sólo puedan ser planteadas prejudicialmente por él (Base 5.^a del APP, y opuesto a ella, FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., pág. 25).

interés se da en todos los negocios, con la consecuencia de una intervención ilimitada del MF... Históricamente, por ésto, inspiró una desconfianza que hoy no podemos olvidar, sino que antes bien es nuestro deber la recordación de que no hace falta un Estado autoritario para imaginar todos los posibles contenidos egoístas que pueden atribuirse a la cláusula abierta del "interés público"... La solución de este problema... sólo puede hallarse en un sistema legislativo que precise caso por caso" (90). Por este sistema y no por otro nos inclinamos, frente a una cláusula abierta que podría conducirnos a un nuevo combate contra los derechos subjetivos.

14. El futuro MF —como el actual, art. 1.º del Estatuto vigente— deberá "procurar ante los Tribunales... la satisfacción del interés social".

Se tropieza, desde el comienzo, con la dificultad para diferenciar este concepto (91), y las opiniones son muy diversas en cuanto a la intensidad de la intervención del MF en tal campo (92); desde luego, es preciso centrar bajo éste una serie de funciones hoy día confiadas a diferentes organismos (93); pero debemos reducir esta intervención, en todo caso, al principio de legalidad (94) cuya clave, como vimos, se halla en una total reorganización de la institución.

15. En cuanto al MF como defensor de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, confróntese lo que se dijo en el capítulo IV, parte I, de este trabajo sobre la necesidad de reintroducir en nuestro Ordenamiento procesal el cautelar de manifestación de personas; es el MF la entidad por antonomasia legitimada para promoverlo; con lo cual, no se haría sino dar un nuevo y fácil vehículo a la atribución del número 8.º, artículo 2 de su actual Estatuto ("investigar con la mayor diligencia las detenciones arbitrarias que se efectúen y promover su castigo").

(90) Cfr. PRIETO CASTRO, *Construcción dogmática del MF*, cit., págs. 54 y s.

(91) Cfr., p. ej., HERRERO TEJEDOR, ob. cit., págs. 565 y ss., y confróntese, p. ej., con la opinión de HERNÁNDEZ LÓPEZ, MARTÍNEZ HERNÁNDEZ y ZABALA MENDIZÁBAL en *Limitaciones al principio dispositivo en el proceso laboral*, en "Actas del III Congreso Nacional de la Abogacía" (Valencia, 1954) (T. "Temas libres"), págs. 314 y ss.; la Ponencia de REOL, MENÉNDEZ PIDAL y ROMAY al II Congreso Nacional de Derecho Procesal (Madrid, 1954), se limitaba a pretender que el MF velase por la pureza del procedimiento de trabajo; el Congreso fue más allá, concluyendo por abogar "por una mayor intervención del MF en el proceso laboral" (Conclusión V de la Comisión corresp.).

(92) Cfr. las opiniones de los autores citados en nota anterior, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., pág. 7; CEREZO, *El Fiscal como defensor del interés social*, en RGLJ, 1965-1, págs. 65 y ss. Muy interesantes las funciones de ciertos Promotores sociales, propugnados por el II Congreso Nacional de Trabajadores, a fin de sustituir al MF. (Cfr. CEREZO, ob. cit., pág. 73.)

(93) Se refiere CEREZO ABAD al Instituto Nacional de Previsión y al curiosísimo papel desempeñado por el Ministerio de Obras Públicas, según el artículo 140 del Decreto de Proced. Laboral vigente (pág. 94).

(94) Cfr. PRIETO CASTRO, ob. últ. cit., págs. 73 y s.

16. Los números 4.º y 5.º de la Base 68 son muy amplios; en el APC, solo saltuariamente aparece citado el MF (por ejemplo, en la Base 50) y se fija en una especie de “proceso especial por razones jurídico-materiales” —el que verse sobre “derechos de las personas”, Base 76— en el que hace “necesaria la intervención del MF”; en otro lugar criticamos la impostación de este tipo, pidiendo la creación de un tipo procesal inquisitivo, al lado de los dispositivos, en el Libro II del futuro Código procesal civil, y no discutiendo en absoluto la necesidad de que “intervenga” el MF (95); es en ese lugar, y en el —también inexistente en el APC— proceso para el reconocimiento de sentencias extranjeras, en el que igualmente debe intervenir el MF en todo caso (96).

En algunas Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, hallamos acertadas sugerencias sobre la necesidad de sistematizar la actuación del MF en lo civil, y HERRERO TEJEDOR mismo, hace una exposición pero en términos de generalidad que no podrían ser aplicados (97); nos ha interesado de sobremanera la sugerencia de que el MF actúe intensamente como defensor en la lucha contra el fraude procesal (98); he aquí un campo poco explorado y que precisa de gran atención.

Precisa sistematizar la actuación del MF en lo civil (99) y frente a tentaciones de ensanchar excesivamente su intervención, recordar que “la actitud del jurista en presencia del fenómeno es el mayor cuidado para las conversiones del Derecho voluntario en Derecho necesario, con sus correspondientes transformaciones del proceso dominado por el poder dispositivo de las partes en el que ya se está llamando proceso civil inquisitorio. Actitud, al menos por ahora, expectante, dado que está por saber si siempre esta metamorfosis es conveniente al normal desarrollo del tráfico jurídico y económico y fomenta la prosperidad de los pueblos. También así en lo que está reservado al MF. Cuerpo de juristas. Magistratura postulante, al servicio del fin immanente del Derecho y no de finalidades que no encajan en una sana conciencia jurídica” (100).

Aquí el disparo está claramente dirigido contra una tendencia a amplificar excesivamente la intervención del MF en el proceso civil, al estilo del de la Ley del MF de 15 de julio de 1941, que en nombre de la comunidad popular (*Volks-gemeinschaft*) hacía intervenir a un potente MP, maquinaria gubernativa, en los procesos civiles, llegando hasta el ataque a la cosa juzgada: politificación nefasta de los *Rechts-*

(95) Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Sugerencias*, cit., págs. 56 y ss. y 67.

(96) Cfr. FAIREN GUILLÉN, ob. cit., págs. 59 y 67.

(97) Cfr. HERRERO TEJEDOR, ob. cit., pág. 464.

(98) Cfr. la *Memoria* de la Fiscalía del TS correspondiente a 1967-68; el Fiscal de Alicante, pág. 173; también, PRIETO CASTRO, al referirse a la necesaria intervención del MF en el campo de la jurisdicción voluntaria. (Cfr. ob. cit., págs. 7 y s.)

(99) Cfr. PRIETO CASTRO, ob. cit., passim; los anhelos de diversos fiscales en la “*Memoria*” de 1968.

(100) Cfr. PRIETO CASTRO, ob. cit., pág. 72.

streiten —los nazis habían hecho desaparecer el nombre de “proceso”, hecho muy indiciario—, en la que el *Deus ex machina* del poder político era el propio MP (101). La misma *Staatsanwaltschaft* alemana consciente de que esta ley era un terrible enemigo de la seguridad jurídica, se resistió a admitirla. Y se derrumbó con la catástrofe a que ese siniestro poder político había empujado al pueblo alemán (derogada en varios Länder, la Ley de Unificación de 1950 la abrogó totalmente).

No estamos dispuestos a transformarnos en Nibelungos, pues no nos tientan Oros falsos; y si lo estamos a oponernos siempre razonadamente a cualquier tendencia de este tipo, venga más o menos oculta en su presentación.

17. En cuanto al MF en el proceso penal, he ahí el gran problema; la ordenación de sus facultades, es totalmente necesaria, y las quejas contra el actual desorden, son justificadas (102).

Se hace sentir una clara tendencia en favor de que sea el MF quien dirija la instrucción como preparatoria del juicio (103); pero el APP, posiblemente influido por la Ley de 8 de abril de 1967, desarrolla la “instrucción” proyectada, de modo muy confuso; tanto, que la Universidad de Valencia pidió en su momento, que esta parte del A., fuera reestructurada de nuevo (104).

Si la instrucción penal se encomienda al MF —en lo que estamos conformes— debe hacerse sobre la base de que en ningún momento vinculen sus peticiones al órgano juzgador —he ahí el máximo peligro de tornar a lo inquisitivo—; ahora bien, y aunque no deba entrarse aquí en el vidrioso problema de “el fiscal parte o no parte” y “el imputado, parte o no parte”, el desequilibrio natural de fuerzas entre uno y otro (105) supone la necesidad de constituir al MF con garantías; para lo cual, la fundamental, será la de su independencia con respecto al Ejecutivo, tal como se propuso; sin perjuicio de que un “abogado” sometido jerárquicamente a éste —el otro Cuerpo de que hablamos— pueda también intervenir.

Pero no solo eso; precisa estudiar el medio de proveer al inculgado —que no siempre coincide con el culpable— de medios de preparar su defensa, en un justo medio que le impida rehuir las consecuencias de sus actos; esto es, no dando paso a sus posibles abusos. Por lo cual, aunque la instrucción se confíe al MF como investigador

(101) Cfr. sobre ella, p. ej., el mismo PRIETO CASTRO, ob. cit., págs. 20 y s. y 72.

(102) Cfr., p. ej., ZAFRA, ob. cit., págs. 48 y ss. y 67 y ss.; IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, en ob. cit., Rev. Der. Proc., 1967-III, págs. 81 y ss.

(103) Cfr., p. ej., DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *El Fiscal en el proceso penal*, Ponencia al I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Madrid, 1950, “Actas”, págs. 177 y ss.; SANTORO ALONSO, comunicación sobre el mismo tema en el mismo Congreso, “Actas” cit., págs. 207 y s.; ZAFRA, ob. cit., págs. 70 y ss.; IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, ob. cit. (III), págs. 81 y ss.

(104) Cfr. FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., págs. 79 y ss.

(105) A este desequilibrio natural se refiere acertadamente ZAFRA, ob. cit., esp. págs. 104 y ss. Confróntese también ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ob. cit., págs. 14 y s.

—esto es, como forzosamente inclinado a favorecer los resultados de su propio trabajo, el más difícil, y por ello susceptible de “ser arrasado a una supervaloración de los resultados de la investigación” (106)—, estimamos que toda labor, en general, debe esta sujeta a un juez por medio de un sistema de recursos o actuaciones, entre las que la manifestación —que no tiene por qué consistir forzosamente en poner en libertad al inculpado— es el más adecuado.

Delineada así la actividad instructoria del MF, no habría inconveniente en que el mismo Juez —activo en la instrucción solamente en materia de un superior control, pero sin participar de ella— fuera el que viera y sentenciara el proceso por razón de delitos de escasa entidad. Pero en modo alguno puede admitirse que sea una misma persona el Juez instructor, activo —y sujeto a vinculación por determinadas peticiones del MF— y el sentenciador (Cfr. supra.).

Por otra parte, la actuación del MF como instructor debería poder ser separada de la puramente acusatoria, en favor de otros funcionarios del mismo Cuerpo, con lo cual el famoso problema del “juicio de acusación particular —la del art. 101 de la LECrim— debe ser preacusación”, previo al acto formal de proponer la misma, se vería resuelto dentro de aquél; en tanto que la acusación particular —la del art. 101 de la LECrim— debe ser precedido de dicho juicio de acusación, cuya falta se hace notar hoy día, aunque la inculpación como juicio se halle involucrada en “lo que ocurre” en la mente del Juez antes de dictar auto de procesamiento (107).

(106) Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1949, II, páginas 180 y s.

(107) Cfr. sobre este punto FAIREN GUILLÉN, *Presente y futuro*, cit., págs. 38 y ss., y la bibl. cit.