

EL MINISTERIO FISCAL Y LA DEFENSA DE LA LEGALIDAD

POR

FERNANDO SAINZ MORENO
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA REALIZACIÓN JUDICIAL DE LA JUSTICIA.—II. LA DEFENSA DE LA LEGALIDAD: 1. *El impulso para la acción:* A) Planteamiento. B) El impulso: a) El impulso del Gobierno. b) El impulso de las Cortes. c) El impulso del Defensor del Pueblo. d) El impulso de los ciudadanos. 2. *La decisión:* A) Adopción de las decisiones: a) Los principios de unidad y jerarquía. b) El límite de la doble vinculación al principio de legalidad. B) El problema del carácter discontinuo de la justicia judicial. 3. *Control:* A) Control político. B) Control jurídico.—III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: LA REALIZACIÓN JUDICIAL DE LA JUSTICIA

1. La posición del Ministerio Fiscal dentro del ordenamiento jurídico es uno de los puntos clave en que se manifiesta con intensidad y, en ocasiones, con dramatismo la tensión entre derecho y política. El análisis abstracto de esta cuestión tiene y tendrá siempre el perfil difuminado de los temas irresolubles, pero en el estudio concreto de sus manifestaciones la ambigüedad desaparece en gran medida y se pueden advertir con claridad tanto las consecuencias de las distintas teorías como, sobre todo, su concordancia con el ordenamiento vigente. Así sucede cuando se examina la posición del Ministerio Fiscal como órgano que «coopera» a la «realización judicial de la justicia».

En el centro mismo de la posición jurídica del Ministerio Fiscal está situada la siguiente cuestión: ¿cómo es posible armonizar la realización de una determinada política judicial con el estricto cumplimiento del principio de legalidad? La respuesta a esta pregunta ha dado lugar a la creación de mecanismos complejos en los que aparecen minuciosamente regulados sistemas de acción y de reacción con los que se pretende alcanzar una solución «adecuada» a la necesidad que todo Gobierno democrático tiene de impulsar su propia política judicial, pero sin que ello lesione la independencia

judicial ni los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley.

Esta cuestión se ha planteado tradicionalmente en torno a una alternativa excesivamente rígida entre dos concepciones de la realización judicial de la justicia: Aquella que concibe la «justicia judicial» como una manifestación más de la «política interior» que el Gobierno dirige y aquella otra que, por el contrario, reconoce en el ordenamiento jurídico cierta capacidad de autorrealización a través de la organización judicial. Para unos la realización judicial del Derecho exige, en cuanto «cuestión política», que el Ministerio Fiscal sea un instrumento en manos de cada Gobierno para impulsar su propia concepción de la justicia; para otros, en cambio, la realización judicial del derecho exige que el Ministerio Fiscal sea un instrumento del Estado abierto a todos los impulsos de la sociedad y sometido sólo al ordenamiento jurídico. Esta alternativa recibe, sin embargo, en cada derecho positivo, una respuesta matizada (1). En nuestro ordenamiento, la Constitución, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y las leyes materiales y procesales han construido un «modelo» de realización judicial de la justicia en el que la función atribuida al Ministerio Fiscal consiste en la defensa de la legalidad desde la concepción del interés público que en cada momento resulte del juego de fuerzas democráticamente constituidas y articuladas. Para ello han configurado al Ministerio Fiscal como un órgano complejo sometido a un juego de impulsos internos y externos, cuidadosamente medidos y compensados.

2. Promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad constituye la misión fundamental del Ministerio Fiscal. «El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social» (art. 124 de la Constitución).

Las funciones básicas encomendadas al Ministerio Fiscal, tanto en el ámbito penal como en el civil, se reconducen a la realización del principio de legalidad ante los Tribunales. Otras actividades,

(1) Sobre los modelos que el derecho comparado ofrece en esta materia, véase Carlo GUARNIERI, *Pubblico Ministero e sistema politico*, CEDAM, Padua, 1984.

también atribuidas al Ministerio Fiscal, como la de velar por la independencia de los Tribunales o la de informar al Gobierno, a las Cortes e incluso a la opinión pública (art. 4.5 EOMF), son consecuencia o complemento de su misión principal y, en todo caso, están también delimitadas por el principio de legalidad. ¿En qué sentido?

Todos los ciudadanos y todos los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1). Eso mismo es lo que significa para el Ministerio Fiscal estar sometido al principio de legalidad, tal como lo concreta el artículo 6 EOMF: «Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, determinando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan.» Ahora bien, tal «sometimiento» admite diversos grados. Todos los órganos que componen el Estado están sometidos al principio de legalidad (art. 9.3 CE), pero lo están de distinta manera. Así,

- los jueces y magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE);
- la Administración Pública, en cambio, «sirve con objetividad los intereses generales y actúa... con sometimiento pleno a la ley y al derecho» (art. 103 CE).

Para el juez, el ordenamiento jurídico es la medida con la que tiene que resolver los casos sometidos a su decisión; la realización del ordenamiento jurídico es, así, su fin principal. Para la Administración, en cambio, la ley es la base de la legitimidad con que actúa al servicio de los intereses generales, pero el fin de la Administración no es realizar el principio de legalidad, sino servir a los intereses públicos «dentro de la legalidad».

¿Y para el Ministerio Fiscal? La Constitución le atribuye la misión de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad» y, al mismo tiempo, del «interés público tutelado por la ley» y del «interés social ante los Tribunales». ¿Quié debate esto que la actuación del Ministerio Fiscal es semejante a la de la de la Administración (dirigida al servicio de los intereses generales dentro de la ley) o a la del juez (dirigida directamente a la realización del «imperio de la ley»)? ¿El Ministerio Fiscal está al servicio de la po-

lítica democráticamente determinada de la manera como lo está la Administración o, más bien, está al servicio de la justicia en posición semejante a como la sirve el juez? El análisis del derecho vigente permite plantear tal disyuntiva porque, como hemos visto, las normas que delimitan la misión del Ministerio Fiscal presentan, al menos a primera vista, cierta ambigüedad: Junto a la defensa de la legalidad se introduce la defensa del interés público y la satisfacción del interés social. Pero, claro es, ambos son elementos que entran en todo razonamiento jurídico bien en la condición de conceptos que se han de aplicar, bien en la de principios que apoyan la interpretación, de modo que su defensa no es, necesariamente, una acción política. El que pueda serlo constituye, no obstante, el dato de derecho positivo que a veces se invoca para atribuir al Ministerio Fiscal la condición de instrumento de la política de cada Gobierno.

Queda así planteada la cuestión básica de la que, en último término, habrá que deducir la naturaleza del Ministerio Fiscal; *si en nuestra Constitución el impulso para la realización judicial de la justicia forma parte de la «política interior», cuya dirección corresponde al Gobierno (art. 97 CE), o si, por el contrario, es el resultado de la acción del Estado en su conjunto.* Y ello porque, en el primer supuesto, el Gobierno necesita un medio, el Ministerio Fiscal, para postular la acción de la justicia de acuerdo con su política, mientras que en el segundo ese medio debe estar al servicio de todas las instancias del Estado.

3. La antigua institución del Ministerio Fiscal (2) tiene en la

(2) A. AGÚNDEZ, «Repercusiones de la Constitución de 1978 en el Derecho Procesal», en *Lecturas sobre la Constitución*, UNED, Madrid, 1978; Niceto ALCALÁ ZAMORA, *Lo que debe ser el Ministerio Fiscal*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1929; José Aparicio CALVO RUBIO, «El Ministerio Fiscal en la Constitución», en *El Poder Judicial*, tomo I, Madrid, 1983; CEREZO ABAD, *El Fiscal como defensor del interés social*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» año CXII, núm. 218.; Cándido CONDE PUMPIDO, «La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el nuevo Estatuto Orgánico», en *El Poder Judicial*, tomo I, Madrid, 1983; Cándido CONDE PUMPIDO, *Las relaciones de las Cortes Generales con el Ministerio Fiscal*, ponencia, inédita, presentada a las II Jornadas de Derecho Parlamentario, Madrid, 1985; FAIREN GUILLÉN, «Reorganización del Ministerio Fiscal español», en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, 1969; Mariano FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, «Ministerio Fiscal y Jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito constitucional», en *El Poder Judicial*, tomo II, Madrid, 1983; Mariano FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *El Ministerio Fiscal en España*, 1977; José María GIL ALBERT, «El Ministerio Fiscal defensor de la Constitución», en *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, 1983; José María GIL ALBERT, «El Ministerio Fiscal en la Constitución», en *El Poder Judicial*, tomo I, Madrid, 1983; Vicente GIMENO SENDRA, *El Ministerio Fiscal y la Constitución*, Madrid, 1982; GÓMEZ ORBANEJA

actualidad una misión determinada por la Constitución (art. 124 CE) cuya realización se concreta en el ejercicio de las funciones y potestades enunciadas genéricamente en su Estatuto Orgánico, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, y fijadas con detalle en la Ley Orgánica del Poder Judicial, LO 6/1985, de 1 de julio, y en las leyes procesales y materiales. El extenso campo de acción que estas normas atribuyen al Ministerio Fiscal no está limitado a la esfera penal (3), aunque, por lo general, sólo ese aspecto de su actividad se tome en consideración cuando se analiza su naturaleza, debido quizá a la importancia del principio acusatorio formal. Sin embargo, tal

y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, 1976, y *Derecho procesal penal*, 1981; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal y Administrativo*, Madrid, 1966; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El fiscal defensor de la legalidad administrativa*, Ciclo Conferencias, 1977; Jaime GUASP, *Derecho procesal civil*, IEP, Madrid, 1968; Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La posición del Ministerio Fiscal en el orden civil*, Conferencia RAJL, Ciclo Conferencias, 1976; IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, 1977; Antonio JIMÉNEZ BLANCO, «Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal» en *El Poder Judicial*, tomo II, 1983; Fernando LORENTE, *Estatuto del Ministerio Fiscal*, en «Cuadernos de Documentación», núm. 4, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980; José Antonio MARTÍN PALLASÍN, «El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales», en *El Poder Judicial*, tomo II, 1983; Miguel MONTORO PUERTO, «El Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional», en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981; Luis MOSQUERA, «El Poder Judicial y la Constitución», en obra colectiva sobre la Constitución de 1978, dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA y PEDRIERI; José Luis MUÑOZ CALVO, «La independencia del Ministerio Fiscal en España, su problemática, el llamado Concejo Fiscal», en *El Poder Judicial*, tomo III, 1983; Alfonso PÉREZ GORDO, «Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el Estatuto Orgánico de 1981», en *El Poder Judicial*, tomo III, Madrid, 1983; Alfonso PÉREZ GORDO, *La función del Ministerio público (Fiscal) en el proceso civil*, «Revista de Derecho Procesal Iberoamericano» (14), 1977; Leonardo PRIETO CASTRO, *El Ministerio Fiscal en Europa*, «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», núm. 1, 1977; Leonardo PRIETO CASTRO, «Constitución dogmática del Ministerio Fiscal en el orden Civil» (Discurso de ingreso Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 20 abril 1953), recogido en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964; José Manuel SERRANO ALBERCA, «Comentario al artículo 124 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por Fernando GARRIDO FALLA, 2.ª ed., 1985; A. TORO MARZAL, «La reforma del Ministerio Fiscal y su realidad sociojurídica», en *Anuario de Sociología y Psicología Jurídica*, Ed. Colegio de Abogados de Barcelona, 1980.

(3) El amplísimo campo de actuación del Ministerio Fiscal (véase art. 3 EOMF) se analiza en las Memorias que al inicio de cada año judicial eleva al Gobierno el Fiscal General del Estado. En la Memoria presentada en 1985, el capítulo correspondiente a la actividad del Ministerio Fiscal (págs. 119 y sigs.) se exponen los aspectos más destacados de las distintas Fiscalías: A) Fiscalía del Tribunal Supremo: a) sección de lo civil; b) sección de lo penal; c) sección de lo contencioso —cuya importante y creciente actividad omienza a analizarse a partir de la Memoria de 1983, especialmente en relación a los recursos de revisión del artículo 102 LJCA y a la intervención en el procedimiento especial y sumario regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, siendo también los funcionarios de esta sección quienes se ocupan de desempeñar las funciones que al Ministerio Fiscal atribuye la LO 3/1981 del Defensor del Pueblo—. B) Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. C) Fiscalía del Tribunal de Cuentas. D) Fiscalía de la Audiencia Nacional. E) Fiscalías de las Audiencias Territoriales.

limitación desfigura el contorno de la institución, al menos en cuanto al sentido que la Constitución y las normas vigentes le han dado. Su alcance hay que valorarlo, pues, teniendo en cuenta el conjunto de normas que regulan su estatuto y todas las funciones que tiene atribuidas, no sólo las que le corresponden en el orden penal.

El Ministerio Fiscal tiene con el principio de legalidad una doble vinculación: su realización constituye su objetivo, pero también su límite. En efecto,

- de una parte, la «defensa» del principio de legalidad constituye su misión esencial (art. 124 CE y art. 1 EOMF);
- de otra parte, tanto el Ministerio Fiscal (art. 2 EOMF) como cada uno de los fiscales (art. 48 EOMF) están sujetos a ese principio. Doble sujeción (referida tanto a la organización en su conjunto como a cada uno de los miembros que la componen), que no es una reiteración, sino más bien lo contrario, pues la segunda opera como un freno frente a la primera, como una corrección del principio de unidad jerárquica.

II. LA DEFENSA DE LA LEGALIDAD

La misión, funciones y potestades del Ministerio Fiscal están definidas por la Constitución y por las leyes de modo expreso (aunque pueden reconocerse también poderes inherentes o implícitos) y específico (con un contenido concreto y determinado). Sin embargo, es obvio que la ley «regula», pero no «impulsa» ni mueve una organización. El principio de legalidad implica para una organización la condición misma de su existencia, la determinación de su competencia (lo que tiene que hacer, cómo y con qué medios tiene que hacerlo y dentro de qué límites). Pero una organización pública necesita, además, estímulo, voluntad y dirección para tomar decisiones. La realización del principio de legalidad por una organización requiere, pues,

- impulso,
- decisión, y
- responsabilidad.

De ahí que el análisis de la realización por el Ministerio Fiscal del principio de legalidad exija determinar de dónde debe proceder su *impulso*, cómo y con qué criterios se adoptan sus *decisiones* y a qué tipo de *control* quedan sometidas.

1. *El impulso para la acción*

A) Aunque el Ministerio Fiscal deba actuar siempre que se den los supuestos previstos en la ley (en el EOMF, en la LOPJ y en las leyes procesales y naturales), es evidente que no puede cubrir plenamente el ámbito de su actividad teórica, pues, como dice la *Memoria* del Fiscal General del Estado de 1983, «la justicia judicial, en cuanto justicia del caso, tiene que ser forzosamente fraccionada, y ello significa que muchos hechos quedan siempre sin respuesta judicial congruente» (4).

El que esto sea así, y lo sea, además, en un porcentaje muy alto (5), explica la necesidad de que el Ministerio Fiscal necesite

(4) El Fiscal General del Estado, en la «*Memoria elevada al Gobierno de Su Majestad*» el 15 de septiembre de 1983, expone que: «La aplicación del Derecho Penal, como la de las demás ramas del Derecho, tiene que soportar la *discontinuidad*. La justicia, en cuanto virtud y sentimiento, presenta un carácter global —pan-tónimo le llama GOLDSCHMIDT—; pero la justicia penal judicial es, por su misma esencia, discontinua... *La justicia judicial*, como justicia del caso, tiene que ser forzosamente *fraccionada*, y esto significa que muchos hechos quedan siempre sin respuesta judicial congruente. Ni el Ministerio Fiscal, ni el Poder Judicial *strictu sensu* pueden evitar que el azar, los motivos de índole diversa que los titulares de derechos tengan para la pasividad o las consideraciones de prioridad y urgencia de los poderes públicos permitan que muchos conflictos de intereses —incluidos los de trascendencia penal— se compongan a sus espaldas, y esta realidad insoslayable es el vehículo que introduce en los procesos criterios de oportunidad, ajenos en absoluto a los que inspiran al Ministerio Fiscal...» Pero los jueces y fiscales, «aunque tengan la sospecha o certeza moral de que sólo aflora un caso de cada diez en los procesos judiciales, en ese caso están estrictamente obligados a cumplir las leyes» (*ob. cit.*, págs. 22 y 23).

Y en la *Memoria de 1984*, el Fiscal General destaca de nuevo «que el Derecho se establece sobre un fondo generalizado de libertad individual y que en grandes parcelas del Derecho se respetan la inercia, la renuncia y la transigencia, lo que significa que en tales parcelas el Derecho vulnerado no es objeto de la actividad judicial si no es mediante actos previos reglados de exigencia de restituciones o compensaciones». «La manera propia de asegurar la imperatividad del Derecho que corresponde a jueces y Tribunales es la de una actuación *discontinua* y *fragmentada*.»

(5) En la *Memoria de 1983* se describe la «cifra negra» de hechos típicos delictivos que no trascienden a la esfera judicial ni a la policial (por ausencia de denuncia, por desarrollarse en circuitos cerrados, por realizarse de forma muy cuidada —«delitos artísticos»—) y existe, además, un porcentaje alto de delitos sin partícipes conocidos que dan lugar al archivo de las diligencias por falta de autores conocidos (el 51,9 por 100 en 1980, el 55,18 por 100 en 1981, el 57,55 por 100 en 1982 y el 61,35 por 100 en 1983).

cierta «orientación». Es una utopía inalcanzable pretender que el Ministerio Fiscal conozca todo lo que sucede en las amplísimas zonas de la actividad social en las que tiene competencia para intervenir (conflictos de jurisdicción, cuestiones de competencia, cuestiones civiles, penales, contencioso-administrativas, laborales, y ahora también constitucionales) y es utópico también considerar que pueda atender a todo lo que conoce, al mismo tiempo y con la misma intensidad. ¿Quiere decir esto que oportunidad y legalidad se contraponen y que la realidad obliga a corregir el criterio de la legalidad con el de la oportunidad? Si por oportunidad se entiende que el intérprete de la norma deba tener en cuenta la realidad social, está claro que legalidad y oportunidad no se oponen porque «la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada» forma parte de la legalidad misma (art. 3.º C.c.).

El Ministerio Fiscal no puede perseguir lo que es lícito ni dejar de perseguir lo que es delito, pero tampoco puede prescindir de la realidad social, de la valoración de las circunstancias y de las consecuencias sociales y morales de su acción.

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

De los cuadros estadísticos incorporados a la «Memoria elevada al Gobierno de Su Majestad» el 15 de septiembre de 1985 se deduce (Estado A2) que durante el año 1984 se iniciaron 1.082.135 diligencias previas del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 125.584 se archivaron «por no ser delito el hecho» y 680.962 fueron sobreseídas provisionalmente «por no ser conocido su autor».

El carácter «fragmentado y discontinuo» de la justicia penal es evidente, dado el alto porcentaje que suman la «cifra negra» (no medible cuantitativamente, pero deducible de indicios ciertos) y el archivo por sobreseimiento provisional de delitos de autor desconocido.

a) *El impulso del Gobierno*

En el EOMF ha desaparecido la fórmula que desde antiguo atribuía al Ministerio Fiscal el carácter de «órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia» (6). Esa supresión, que responde al modo cómo la vigente Constitución configura la posición del Ministerio Fiscal (principio de autonomía funcional, basado en el principio de legalidad), no ha eliminado, sin embargo, la relación personal del Fiscal General del Estado con el Gobierno, que vinculadamente propone al Rey su nombramiento y cese, oído el Consejo General del Poder Judicial. De modo que hay que distinguir aquí dos aspectos de la cuestión: el de la relación formal directa y expresa entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal y el de la relación informal que deriva de la vinculación personal del Fiscal General con el Gobierno que le ha nombrado y que libremente puede provocar su cese:

a') La relación formal del Ministerio Fiscal con el Gobierno se produce a través de dos vías:

- De una parte, el EOMF establece que «el Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público» (art. 8.1 EOMF) y, añade, que la comunicación del Gobierno con el Ministerio Fiscal se hará por conducto del Ministerio de Justicia a través del Fiscal General del Estado, salvo cuando el Presidente del Gobierno esti-

(6) La *Ley Orgánica del Poder Judicial de 23 de junio-15 septiembre 1870* disponía en su artículo 763 que «el Ministerio Fiscal velará por la observancia de esta Ley y las demás que se refieren a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y tendrá representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial». El *Real Decreto de 21 de junio de 1926* establecía en su artículo 1.º que es misión del Ministerio Fiscal «velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a la organización de Juzgados y Tribunales, promover la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y representar al Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial, procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social». La *Constitución de la Segunda República de 1931* no recogió esa función, limitándose a decir en su artículo 104 que «el Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social». Constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia». Pero la *Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967* volvía a atribuir al Ministerio Fiscal la función de ser «órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia» (art. 35); y el *Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal*, aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de febrero, reproducía la misma fórmula.

me necesario dirigirse directamente al mismo (art. 8.2 EOMF). El Gobierno, pues, no ejerce un poder jerárquico sobre el Fiscal General, el cual, por su parte, no tiene un deber de obediencia frente al Gobierno, sino sólo de respuesta razonada: «El Fiscal General del Estado, oída la Junta de Fiscales de la Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada» (art. 8.3 EOMF).

- De otra parte, el Ministerio Fiscal ha de informar al Gobierno sobre «su actividad, la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas necesarias para una mayor eficacia de la justicia» por medio de una *Memoria* anual de la cual debe remitir copia a las Cortes Generales y al Consejo General del Poder Judicial (7) y, además, debe informar al Gobierno «cuando éste lo interese y no exista obstáculo legal, respecto a cualquiera de los asuntos en que intervenga, así como sobre el funcionamiento, en general, de la Administración de Justicia» (art. 9 EOMF).

(7) Las «Memorias» elevadas por el Ministerio Fiscal al Gobierno constituyen un documento de excepcional interés para la historia viva de nuestro Derecho, desde hace cien años. La obligación de preparar estas «Memorias» se impuso por la Ley Adicional a la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 14 de octubre de 1882, cuyo artículo 15 disponía:

«A fin de mantener la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal, los fiscales de las Audiencias Territoriales tendrán facultades de inspección sobre todos y cada uno de los Fiscales de las Audiencias de lo Criminal del respectivo territorio, a cuyo efecto éstos remitirán a aquéllos, dentro de la primera quincena del mes de mayo, de cada año, una Memoria relativa a la administración de justicia en lo criminal en la Audiencia de su circunscripción; y en vista de su resultado los Fiscales de las Audiencias Territoriales les harán las observaciones que estimen oportunas, dando cuenta al Fiscal del Tribunal Supremo, con remisión de otra Memoria durante la primera quincena del mes de julio.

El Fiscal del Tribunal Supremo, a su vez, tomará los acuerdos que conceptúe procedentes; y en exposición razonada dirigida al Gobierno de S. M., manifestará al comenzar cada año judicial el estado de la administración de justicia en España, las instrucciones más importantes que haya dado a sus subordinados y las reformas que en su concepto conviniese hacer para el mejor servicio.

Esta Memoria se publicará a la vez que el discurso de apertura de Tribunales a que se refiere el artículo 628 de la Ley sobre Organización del Poder Judicial.»

La primera Memoria corresponde a la apertura de los Tribunales de 15 de septiembre de 1883.

b') Pero junto a esta relación formal no puede desconocerse la trascendencia del hecho de que el nombramiento y el cese del Fiscal General del Estado se produzca por el Rey a propuesta libre del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial (art. 124.4 CE y art. 29 EOMF). La Constitución no ha querido atribuir al Fiscal General la garantía de la inamovilidad para hacer posible, así, que la relación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal se base en la confianza y en la responsabilidad, constituyendo un cauce para que el Gobierno haga valer ante los Tribunales su criterio sobre la oportunidad dentro de los límites de la legalidad.

En nuestro derecho positivo, por consiguiente, el Ministerio Fiscal no está configurado como un mero instrumento del Gobierno, pero está abierto al impulso y a la dirección del Gobierno (8) que nombra al Fiscal General y responde, por tanto, de tal nombramiento (8 bis).

b) *El impulso de las Cortes*

La clase de relación que se establece entre el Ministerio Fiscal y el Parlamento es uno de los datos relevantes que caracterizan el juego de los poderes en un orden constitucional. La opción entre un Ministerio Fiscal vinculado al Gobierno, un Ministerio Fiscal vinculado al Parlamento o un Ministerio Fiscal independiente, inserto en el Poder Judicial, es uno de los elementos que sirven para caracterizar los distintos tipos de ordenamiento jurídico. En esta opción, en efecto, se manifiesta una cuestión fundamental: ¿El legislador termina su misión cuando ha aprobado las leyes o debe, además, «influir» en su realización ulterior? ¿Cómo puede reaccionar el Parlamento ante la inaplicación de las normas que él ha apro-

(8) Los Gobiernos de las Comunidades Autónomas tienen una posición distinta. Siendo el Ministerio Fiscal único para todo el Estado (art. 22 EOMF), los Gobiernos de las Comunidades Autónomas tienen que dirigirse al órgano superior del mismo. El artículo 11 del EOMF establece que esa comunicación se realizará a través del Ministerio de Justicia.

(8 bis) Antonio GONZÁLEZ CUÉLLAR sostiene que el Ministerio Fiscal, para cumplir la misión que le asigna la Constitución, necesita del impulso del Gobierno, necesita que sea el Gobierno quien elija los fines inmediatos de su actuación. De modo que aun siendo el Ministerio Fiscal un órgano estatal, y aun disponiendo de autonomía funcional, dependa del Poder Ejecutivo. De no ser así, sostiene Antonio GONZÁLEZ CUÉLLAR, sería necesario crear otro órgano que cumpliera para el Gobierno esa función.

Antonio JIMÉNEZ BLANCO («Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal», publicado en *El Poder Judicial*, tomo II, 1983) también defiende con energía esa concepción del Ministerio Fiscal.

bado? ¿Cómo puede hacerlo ante las decisiones judiciales que estima equivocadas? La teoría de la división de poderes, en sus distintas formulaciones, ofrece varias respuestas; siendo una de las cuestiones esenciales la de si debe existir o no un instrumento a través del cual el Parlamento pueda impulsar e influir la concreta acción de la justicia. ¿Cuál es la situación en el derecho español?

El artículo 10 EOMF contiene la respuesta. Dice así: «El Ministerio Fiscal colaborará con las Cortes Generales a requerimiento de éstas y siempre que no exista obstáculo legal, sin perjuicio de comparecer ante las mismas para informar de aquellos asuntos para los que especialmente fuera requerido. Las Cortes Generales se comunicarán con el Ministerio Fiscal a través de los Presidentes de las Cámaras.» Por lo tanto, entre las Cortes Generales y el Ministerio Fiscal se establece una relación de colaboración e información, no de subordinación ni de instrumentalización. El precepto, sin embargo, deja un amplio margen para establecer distintos tipos de «colaboración». Una primera interpretación podría conducir a la conclusión de que la forma básica de colaboración tiene lugar en el supuesto previsto por el artículo 76 de la Constitución, esto es, cuando el resultado de una Comisión de investigación se comunica al Ministerio Fiscal para que ejercite, si procede, las acciones oportunas (véanse art. 52 del Reglamento del Congreso de los Diputados y art. 60 del Reglamento del Senado) (9). Sin embargo, en este supuesto no puede hablarse en sentido estricto de una «colaboración» con las Cortes Generales. El Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas en cuanto tenga conocimiento, por cualquier medio, de su comisión, de modo que su actuación en relación a los resultados de una Comisión de investigación no es la consecuencia de un deber de colaboración con las Cortes Generales, sino del cumplimiento de una obligación propia (art. 3.4 EOMF y art. 105 LECR). La persecución de los delitos no es, en efecto, una misión atribuida a las Cortes. Por tan-

(9) Las Comisiones de Investigación no pueden ordenar al Ministerio Fiscal actuación alguna, ni tampoco darle instrucciones sobre el sentido de sus intervenciones. Al Ministerio Fiscal sólo se le puede comunicar el resultado de la investigación para que él decida lo que estime procedente. Así, por ejemplo, entre las conclusiones aprobadas por el Pleno del Congreso de los Diputados con motivo de la deliberación del dictamen de la «Comisión Especial de Investigación sobre la situación y evolución del Grupo RUMASA» se incluyó la siguiente: «Por todo ello, la Cámara acuerda la remisión a la Fiscalía General del Estado de todo lo actuado por la Comisión Especial de Investigación del Grupo RUMASA» («BOCG», Serie E, 3 junio 1984, núm. 124).

to, no parece que el deber de colaboración que establece el artículo 10 del EOMF consiste en recibir los resultados de las Comisiones de investigación para proceder, en su caso, a ejercer las acciones correspondientes, sino más bien en participar, cuando se le requiera, en las tareas legislativas y de control de las Cortes Generales. Esa colaboración puede producirse por la vía de los informes o por la vía de las investigaciones (arts. 4 y 5 del EOMF) y no tiene otro límite que el de que no exista un «obstáculo legal» que la impida (art. 10 EOMF). En todo caso, el requerimiento de colaboración debe hacerse a través del Presidente de la Cámara que lo plantee y dirigirse precisamente al Fiscal General del Estado (en virtud del principio de unidad que rige esta institución, arts. 2, 22 y 55 EOMF). Sin embargo, la información puede prestarla tanto el Fiscal General del Estado como los miembros del Ministerio Fiscal que tengan encomendada alguna misión especial (10). En todo caso deberán guardar «el debido secreto de los asuntos reservados de que conozcan por razón de su cargo» (art. 50 EOMF).

También está prevista la remisión al Ministerio Fiscal de las peticiones dirigidas al Congreso de los Diputados cuando así lo acuerde la Comisión de Peticiones (art. 49.2.3.º del Reglamento del Congreso).

Lo anterior muestra que, según el derecho positivo vigente, el Ministerio Fiscal no tiene frente al Parlamento ninguna vinculación especial, aunque existe la posibilidad legal de una colaboración entre ambas instituciones. Por ello se ha dicho que el artículo 10 es un precepto innecesario que no añade nada a los principios generales que regulan las relaciones entre los poderes del Estado (11). Sin embargo, este artículo debe ser interpretado de otro modo, re-

(10) En la sesión de la Comisión de Justicia e Interior, celebrada el día 21 de mayo de 1985, compareció el Fiscal General del Estado y a continuación el Fiscal Especial para la lucha contra la droga («DS» Congreso —Comisión de Justicia—, núm. 304). A falta de un procedimiento específico, el Presidente de la Comisión acordó aplicar a ambas comparecencias el procedimiento previsto por el artículo 203 del Reglamento del Congreso para las comparecencias de los miembros del Gobierno («2. Después de la exposición oral del Gobierno podrán intervenir los representantes de cada Grupo Parlamentario por diez minutos, fijando posiciones, formulando preguntas o haciendo observaciones, a las que contestará aquél sin ulterior votación.»)

(11) José Manuel SERRANO ALBERCA, «Comentario al artículo 124 de la Constitución», en *Comentarios...*, dirigido por Fernando GARRIDO FALLA, 2.ª ed., 1985, pág. 1830, afirma que ese artículo 10 se ha introducido con la finalidad de restar importancia a las relaciones del Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo, pero se trata de un «artículo innecesario, puesto que su contenido (colaboración y comparecencia) son principios generales de relación de los poderes del Estado».

saltando su significado, tanto por lo que no dice (no configura al Ministerio Fiscal como un instrumento del Parlamento), como por lo que dice (que la relación entre las Cortes y el Ministerio Fiscal es «directa» y sin otros obstáculos que los que la ley imponga) (12).

c) *El impulso del Defensor del Pueblo*

La delimitación de competencias entre el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo fue cuestión debatida durante la elaboración del texto constitucional. Sin embargo, las propuestas que durante ese debate se produjeron para expresar formalmente los límites competenciales entre ambas instituciones (13) no se reflejaron en los preceptos correspondientes (art. 54 CE para el Defensor del Pueblo, art. 124 CE para el Ministerio Fiscal). La doctrina ha interpretado, no obstante, que el inciso del primer párrafo del artículo 124 CE, que deja a salvo «las funciones encomendadas a otros órganos», se refiere, tácitamente, al Defensor del Pueblo.

El juego de relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo está regulado por la LO 3/1981, de 6 de abril, que prevé tres supuestos:

1. «Cuando el Defensor del Pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, deberá dirigirlas al Ministerio Fiscal para que éste investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la ley, o bien de traslado de las

(12) Cándido CONDE PUMPIDO, en su comunicación sobre *Las relaciones de las Cortes Generales con el Ministerio Fiscal*, presentada a las II Jornadas de Derecho Parlamentario, mayo 1985, concluye que en «el artículo 10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal existe un campo fructífero de relaciones entre las Cortes Generales y el Ministerio Fiscal que no ha tenido en los Reglamentos de las Cámaras el debido reflejo, desaprovechándose lo que de útil para la labor de aquéllas puede haber en esas relaciones, necesitadas de un más profundo desarrollo y un mejor aprovechamiento».

En la *Memoria de 1985* se publica un interesante análisis de las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Parlamento (Las Palmas), págs. 247 y ss.

(13) En el Congreso, la enmienda 779 de UCD, presentada al artículo 46 del Proyecto, proponía la introducción de un inciso final según el cual la actuación del Defensor del Pueblo «no podrá invadir aquellos medios de tutela reservados por las leyes a los Tribunales de Justicia o al Ministerio Fiscal».

En el Senado, la enmienda 183 de Pedrol Rius proponía la limitación de la acción del Defensor del Pueblo a lo que no esté atribuido al Ministerio Fiscal, y la enmienda 199 de Gutiérrez Rubio proponía también la delimitación de competencias entre ambos, dejando al Defensor del Pueblo «la función residual que cubre las lagunas que no alcance lo penal o lo contencioso-administrativo».

mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate» (art. 13).

2. «Cuando el Defensor del Pueblo, en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo, tenga conocimiento de una conducta o hechos presumiblemente delictivos lo pondrá de inmediato en conocimiento del Fiscal General del Estado. En cualquier caso, el Fiscal General del Estado informará periódicamente al Defensor del Pueblo, o cuando éste lo solicite, del trámite en que se hallen las actuaciones iniciadas a su instancia» (art. 25.1 y 2).

3. Por su parte, «el Fiscal General del Estado pondrá en conocimiento del Defensor del Pueblo todas aquellas posibles irregularidades administrativas de que tenga conocimiento el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones» (art. 25.3).

De acuerdo con estas normas, las cuestiones que se refieren a la Administración de Justicia quedan fundamentalmente atribuidas al Ministerio Fiscal, de modo que el Defensor del Pueblo carece de facultades investigadoras directas sobre el funcionamiento del servicio público judicial (éstas corresponden al Ministerio Fiscal o al Consejo General del Poder Judicial) y tampoco puede promover directamente la acción de la justicia ni admitir quejas sobre el fondo de las resoluciones judiciales. Las quejas sobre el fondo son rechazadas de plano y las quejas sobre los trámites procesales son remitidas al Ministerio Fiscal (14). El Defensor del Pueblo tiene, sin embargo, igual que el Ministerio Fiscal, legitimación para interponer el recurso de amparo (15) y tiene, además, legitimación para

(14) El Defensor del Pueblo, en su primer *Informe Anual a las Cortes Generales*, correspondiente a la gestión realizada durante el año 1983, («BOCG», Serie E, núm. 47, de 17 de mayo de 1984), parece lamentar la carencia de facultades investigadoras directas sobre el funcionamiento del servicio público judicial cuando actúa en función de una queja recibida por un ciudadano, pues en esto se diferencia —dice— de las importantes facultades que ostentan instituciones equivalentes en otros países (como el *Ombudsman* sueco y el finés, entre otros) (pág. 51). Y de nuevo, en su informe anual sobre la gestión realizada en 1984 («BOCG, Congreso de los Diputados, de 27 de marzo de 1985), insiste en los problemas que el artículo 13 del EOMF plantea al Defensor del Pueblo.

En la *Memoria* del Ministerio Fiscal presentada al Gobierno en 1985 se analiza esta cuestión desde la posición funcional del Ministerio Público (véanse págs. 131 y 132).

(15) Artículo 162.1.b) CE. Tanto el Ministerio Fiscal como el Defensor del Pueblo han utilizado la vía del recurso de amparo, aunque en escasas ocasiones.

— En cuanto al *Ministerio Fiscal*, cabe señalar: a) Tres recursos de amparo, luego acumulados, contra una sentencia de la Magistratura de Trabajo de Sevilla de 22 de febrero de 1983 que había desestimado una reclamación de horas extraordinarias, recursos que fueron estimados en parte por sentencia de 15 de

plantear el recurso de inconstitucionalidad, legitimación que, en cambio, no se confiere al Ministerio Fiscal.

noviembre de 1983. b) Recurso de amparo 446/83, interpuesto contra una sentencia de la Magistratura de Trabajo de Santander desestimatoria de la petición de una pensión de viudedad, recurso que fue declarado inadmisibile por auto de 23 de noviembre de 1983. c) Recurso de amparo 574/83, contra una sentencia de la Magistratura de Trabajo de Sevilla de 22 de junio de 1983 sobre jornada laboral de los ATS, del cual desistió el Ministerio Fiscal al haber mantenido el recurso el propio interesado. d) Recurso de amparo 193/85, contra la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 24 de enero de 1985 (ref. Ar. 239), que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra varias órdenes del Ministerio de Educación y Ciencia sobre régimen de subvenciones a centros privados. Este recurso se resolvió por *sentencia 86/85, de 10 de julio* («BOE» 14 agosto 1985), desestimatoria en cuanto al fondo, pero que, sin embargo, reconoció la legitimación del Ministerio Fiscal para interponer el recurso en base a la argumentación que sigue:

«La segunda de las cuestiones previas antes aludidas concierne a la legitimación que cabe reconocer para promover este recurso al Ministerio Fiscal y se concreta en una petición de inadmisión del mismo formulada por los demandados, en la que se aduce que, ejerciendo esta acción, el Ministerio Público no habría interpuesto, en rigor, un recurso de amparo, sino una acción "en interés de ley", en la que no se concreta la identidad de los supuestos agraviados en sus derechos fundamentales a causa de la sentencia impugnada y en la que, por otra parte, se viene a desconocer el carácter de este recurso cuando lo promueve el Ministerio Fiscal, supuesto éste en el que no se puede pretender, como aquí se hace, la anulación de una sentencia que, justamente, amparó a quienes comparecen hoy como demandados en sus derechos fundamentales.»

La legitimación para recurrir en amparo que la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal en el apartado 1.b) de su artículo 162, y que aparece igualmente recogida en el punto 1.b) del artículo 46 de la LOTC, se configura como un ius agendi reconocido a este órgano en mérito de su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el artículo 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos. Esta legitimación, según se desprende del tenor literal del citado apartado 46.1.b) de la LOTC, y como corresponde también a su carácter institucional, no queda condicionada a la exigencia de haber actuado como parte el Ministerio Público en el proceso judicial antecedente, exigencia ésta que privaría de sentido a la propia previsión constitucional y legal de la legitimación que se considera, aunque sí ha de decirse que ésta no puede desplegarse, en virtud del carácter subsidiario del recurso de amparo, sino una vez que haya recaído, en la vía jurisdiccional ordinaria, resolución firme.»

Los reproches dirigidos por los demandados a la legitimación procesal, en este caso del Ministerio Fiscal, no pueden así compararse, ni acogerse, por lo mismo, su petición de inadmisión del recurso a causa de tales supuestos defectos.»

— El Defensor del Pueblo, por su parte, apenas ha hecho uso de la vía del recurso de amparo. Las razones de ello, según se exponen en las Memorias de 1983 (págs. 121 y ss.) y de 1984 (págs. 1495 y ss. del «BOCG» —Congreso— de 27 de mayo de 1985), radican en que «parece prudente que el Defensor del Pueblo se persone en

d) *El impulso de los ciudadanos*

El fiscal puede recibir denuncias enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo cuando no encuentre fundamento para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante (art. 5 EOMF). Además de recibir directamente las denuncias, el Ministerio Fiscal puede recibirlas indirectamente, bien procedentes de quejas enviadas al Defensor del Pueblo (art. 25 Ley Orgánica 3/1981), bien de peticiones dirigidas a las Cortes (art. 49.2.3.º del Reglamento del Congreso de los Diputados).

Por otra parte, al Ministerio Fiscal corresponde informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario (art. 4 EOMF).

Todos estos «impulsos», sin embargo, no alcanzan jurídicamente la condición de «órdenes», de modo que, en último término, la decisión final corresponde al Ministerio Fiscal.

2. *La decisión*

Siendo el Ministerio Fiscal una organización unitaria y jerarquizada, la toma de decisiones corresponde, en último término, a quien ostenta su jefatura. Sin embargo, el doble juego del principio de legalidad que opera tanto a nivel de la organización como a nivel de cada uno de sus miembros, hace que el proceso de adopción de decisiones presente ciertas peculiaridades que sitúan a la organiza-

ejercicio de su especial legitimación en demanda de amparo sólo cuando existan circunstancias que confirmen la vulneración de un derecho fundamental susceptible de amparo y se tenga fundada certeza de que la persona afectada no puede concurrir con sus propios medios, o, en última instancia, que el superior interés de la protección de tales derechos fundamentales que la Constitución le encomienda, así lo aconseje». En el año 1983 sólo interpuso *ad cautelam* un recurso de amparo (contra sentencia del Tribunal Supremo —Sala 3.ª— de 7 de octubre de 1983, por posible violación del artículo 24 de la Constitución), del cual, sin embargo, desistió después al haber sido reconocida la legitimación a los afectados directamente por la sentencia impugnada. En el año 1984 no ha interpuesto ningún recurso.

Hay que tener en cuenta que tanto al Ministerio Fiscal como al Defensor del Pueblo llegan por una doble vía las peticiones para que formulen un recurso de amparo. De un lado, la vía ordinaria, por la que puede interesarse de esos órganos el ejercicio de su competencia, y, de otro, la puesta en conocimiento por parte del Tribunal Constitucional de casos en que sea de aplicación el beneficio de justicia gratuita. El acuerdo del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982 así lo establece para el supuesto de que no se haya logrado la defensa de oficio por el procedimiento allí regulado (art. 5.º).

ción del Ministerio Fiscal a medio camino entre el modelo de «organización administrativa» y el modelo de «organización judicial».

En efecto, las decisiones singulares de cada uno de los miembros del Ministerio Fiscal pueden estar condicionadas —aunque no siempre, ni necesariamente— por las decisiones tomadas por la organización misma. En esta posición de sometimiento a una jerarquía radica una de las diferencias entre la posición del juez y la del fiscal. Ahora bien, los principios de unidad y de jerarquía están insertos en un sistema de «pesos y contrapesos» que trata de conciliar la «unidad de criterio» que el Ministerio Fiscal ha de mantener con la diversidad legítima de criterios de cada uno de sus miembros. Ciertamente, en la práctica este sistema sólo se pone en funcionamiento en casos extremos (sobre todo en los «asuntos de especial trascendencia o complejidad», como dice el art. 24 EOMF), pero no por ello deja de ser el mecanismo central de la toma de decisiones.

Pueden analizarse aquí dos cuestiones: ¿quién toma las decisiones y con qué criterio las toma?

A) *La adopción de las decisiones*

a) *Los principios de unidad y de jerarquía.*

La *unidad* del Ministerio Fiscal (art. 2 EOMF, «principio de unidad de actuación»; art. 22 EOMF, «el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado») se manifiesta orgánicamente no sólo en el sometimiento a la Jefatura Superior del Fiscal General del Estado (art. 22.2 EOMF), sino también en el carácter con que actúan cada uno de los fiscales. Los miembros del Ministerio Fiscal «actuarán siempre en *representación de la institución* y por *delegación* de su jefe respectivo» (art. 23 EOMF). Cada jefe, a su vez, actúa también por representación. «El fiscal jefe de cada órgano —dice el artículo 22.3 EOMF— ejercerá la dirección del mismo y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado». Una actuación realizada con ese carácter permite que «en cualquier momento del proceso o de la actividad que un fiscal realice pueda su superior inmediato *sustituirlo* por otro, si razones fundadas así lo aconsejan. Tal sustitución será comunicada al Consejo Fiscal» (art. 23 EOMF). También puede el Fiscal General del Estado designar a cualquiera

de los miembros del Ministerio Fiscal para que *actúe en un asunto determinado*, ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales, oído el Consejo Fiscal (art. 26 EOMF). Consecuente con lo anterior es la regla según la cual «los miembros del Ministerio Fiscal *no pueden ser recusados*» (art. 28 EOMF) ya que no actúan ejerciendo una función propia, sino sólo como «representantes» y «por delegación» de una institución que como tal no puede ser recusada. No obstante, deben abstenerse de intervenir cuando concurren las causas establecidas para jueces y magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si las partes solicitan la abstención de un fiscal, resolverá su superior jerárquico, y tratándose de la abstención del Fiscal General del Estado resolverá el Ministro de Justicia. Contra las decisiones que se tomen en estos casos no cabe recurso alguno (art. 28 *in fine* EOMF), ya que tales decisiones no se toman en relación con el ejercicio de un derecho (el derecho a recusar está expresamente excluido), sino sólo con relación a la formulación de una petición.

La unidad del Ministerio Fiscal también debe expresarse —dice el EOMF— en un *criterio unificado de actuación*, que abarque tanto los aspectos «estructurales y de funcionamiento» como los de «interpretación y actuación legal».

— En relación a lo primero, corresponde al Fiscal General del Estado «impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución» (art. 22.2), siendo asesorado por el Consejo Fiscal, el cual tiene competencia para «elaborar los criterios generales en orden a asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal, en lo referente a la estructuración y funcionamiento de sus órganos» (art. 14.1.a EOMF y art. 3.2 del Real Decreto 9 febrero 1983, sobre constitución y funcionamiento del mismo).

— En cuanto al fondo de las decisiones, el criterio de interpretación y actuación legal se forma, al menos, a tres niveles: *a)* En las actuaciones ordinarias a cada fiscal corresponde decidir, de acuerdo con la ley, cuál debe ser el sentido de su intervención. *b)* Pero cuando se trata de «asuntos de especial trascendencia o complejidad» las Fiscalías deben acordar lo necesario «para mantener la unidad de criterios», celebrando con este fin juntas periódicas de todos sus componentes. Los acuerdos de la mayoría tendrán carácter de informe, prevaleciendo después del libre debate el criterio del fiscal jefe. Sin embargo, si esta opinión fuese contraria a la manifestada por la mayoría de los asistentes deberá so-

meter ambas a su superior jerárquico. c) Cuando se trata de la Junta de la Fiscalía del Tribunal Supremo, y en los casos en los que por su dificultad, generalidad o trascendencia pudiera resultar afectada la unidad de criterio, resolverá el Fiscal General del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala (art. 24 EOMF).

En consecuencia, la decisión final está reservada al Fiscal General del Estado, tanto en asuntos orgánicos y de funcionamiento como en cuestiones que afectan a la interpretación y aplicación de las leyes, con el requisito de que proceda un trámite de audiencia, bien del Consejo Fiscal —cuando se trata de cuestiones referentes a la estructura y funcionamiento de los órganos—, bien de la Junta de Fiscales de Sala —cuando se trata de cuestiones de «interpretación y actuación legal».

b) El límite de la doble vinculación al principio de legalidad.

Ahora bien, este sistema de toma de decisiones, en el que prevalece la vía jerárquica, tiene en el EOMF ciertos mecanismos correctores (16). La unidad del Ministerio Fiscal no se lleva al extre-

(16) El debate de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, puso de manifiesto dos concepciones del Ministerio Fiscal:

El diputado Solé Tura, del Grupo Parlamentario Comunista («DS» de 22 de septiembre de 1981, págs. 10968 y ss.), mantuvo que el artículo 124 CE cuando habla de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica con sujeción en todo caso a los de legalidad e imparcialidad, debe ser interpretado de acuerdo con un orden de valores de modo que prevalezcan los principios fundamentales de legalidad e imparcialidad. El método para llegar a la correcta interpretación del artículo 124 debe estar inspirado en la defensa de los derechos y de las libertades de los ciudadanos, que es la función constitucional del Ministerio Fiscal: «Nosotros entendemos que la dependencia jerárquica se debe respetar, pero sólo con un criterio: que sea el cauce para llevar y hacer cumplir, en las distintas circunscripciones territoriales en que se actúe, la unidad de criterio establecida democráticamente.» «La designación por parte del Gobierno de la cabeza visible no quiere decir, de una manera necesaria, que la actividad del Fiscal General del Estado sea dirigida por el propio Gobierno.» «En un sistema democrático, el Gobierno no sólo es promotor de la actividad jurisdiccional, sino que es también el sujeto pasivo de la misma y, en consecuencia, no puede ser juez y parte.» «Una institución como el Ministerio Fiscal, que es, en principio, por definición, sustancialmente imparcial, no puede descender a la defensa a ultranza de los intereses de una de las partes sin previamente haberlo pasado todo a través del tamiz fundamental de la legalidad.» En resumen: «primero, que el Ministerio Fiscal, parte del Poder Judicial, es una magistratura impulsora y postulante regida por principios semejantes a la magistratura decisoria; segundo, que elementos consustanciales de su propia esencia son los principios de legalidad e imparcialidad; que la unidad de criterios debe elaborarse por procedimientos democráticos dentro, evidentemente, de los órganos del Ministerio Fiscal»; por tanto, «por un Consejo Fiscal elegido democráticamente entre los miembros del Ministerio Fiscal».

El diputado Moscoso del Prado («DS» de 22 de septiembre de 1981, pág. 10970) se opuso a esta interpretación y defendió que, por mandato constitucional, el

mo de considerar a cada uno de sus miembros como puros elementos mecánicos que transmiten y ejecutan las decisiones tomadas por sus superiores —los cuales, a su vez, están sometidos al Fiscal General del Estado—, sino que se establece una sutil vinculación al principio de legalidad, por partida doble.

De una parte, el Ministerio Fiscal como tal está sometido al principio de legalidad (arts. 2 y 6 EOMF); de otra, cada uno de los miembros del Ministerio Fiscal tiene el deber de desempeñar su cargo «con sujeción en todo caso a los principios de legalidad e imparcialidad» (art. 48 EOMF). Es evidente que esta doble sujeción al principio de legalidad no significa la mera reiteración de un mismo mandato, tal como una lectura superficial del Estatuto pudiera hacer suponer, sino, por el contrario, el contrapeso a una legalidad impuesta por la vía jerárquica, que se expresa después en ciertos mecanismos de compensación. En efecto, el Fiscal General dispone de instrumentos para imponer por la vía jerárquica su propia concepción de la legalidad, pero cada uno de los miembros del Ministerio Fiscal tiene la posibilidad legal de afirmar también su propio criterio:

a) El Fiscal General del Estado puede impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos (art. 24.1 EOMF). Además, el Fiscal General del Estado podrá llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, trasladando, en este caso, dichas

Ministerio Fiscal es una organización jerarquizada en cuya cuña se encuentra el Fiscal General del Estado, al cual compete emitir con carácter exclusivo las órdenes correspondientes. «A mi juicio —afirmó este diputado—, la diferencia de criterio yo pienso que se debe, de alguna manera, al mimetismo que ha producido la regulación del autogobierno del Poder Judicial. Efectivamente, la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga a éste su autogobierno, pero lo hace porque el principio informador del Poder Judicial no solamente es diferente del principio que informa, según la Constitución, la actuación del Ministerio Fiscal, sino que es el contrario, el opuesto. El Poder Judicial se rige por el principio de independencia —de ahí que la propia Constitución imponga también al Ministerio Fiscal la obligación de velar por la independencia de jueces y Tribunales—; es esencial en un Estado de Derecho que el Poder Judicial sea absolutamente independiente. Pero es que el principio que informa al Ministerio Fiscal, como digo, es el contrario, el opuesto. El Ministerio Fiscal, según nuestro primer texto, según la Constitución, está sometido al principio de dependencia. De ahí que aquello que es válido y bueno para el Poder Judicial, esencial, diría yo, para el Poder Judicial, su propio autogobierno, sea absolutamente, no diré que malo, pero, en todo caso, innecesario e impropio cuando se trata del Ministerio Fiscal.»

instrucciones al fiscal jefe respectivo (art. 26 EOMF). Así, pues, mediante instrucciones directas, mediante circulares y mediante la vía especial de las respuestas a las consultas se realiza el principio de unidad jerarquizada del Ministerio Fiscal.

b) Pero cada miembro del Ministerio Fiscal está sometido no sólo al principio de jerarquía, sino también, en todo caso, al de legalidad (art. 48 EOMF), de modo que a cada fiscal le corresponde un ámbito de decisión propia sólo sujeta al ordenamiento jurídico. El conflicto que puede producirse entre la instrucción recibida por vía jerárquica y la convicción personal de cada fiscal tiene dos cauces de solución:

1. En primer lugar, todo fiscal que estime improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado podrá usar la facultad de pedir que se le releve de la responsabilidad a que su actuación pudiera dar lugar (arts. 6 y 27 EOMF). Tal facultad se regula del siguiente modo. El fiscal que recibiere una orden o instrucción que se considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo, estime improcedente se lo hará saber así mediante informe razonado a su fiscal jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera, oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito, razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento, o bien encomendará a otro fiscal el despacho del asunto a que se refiera (art. 27 EOMF).

2. Pero, además del ejercicio de esa facultad, cada fiscal dispone de otra configurada por el EOMF de 1981 en su artículo 25.4, que dice así: «El fiscal que reciba una orden o instrucción concierne al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes, pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia.» Se consagra aquí, para el fiscal, el principio de libertad de expresión oral junto al del some-

timiento jerárquico de la expresión escrita (*si la plume est serve la parole est libre*) que permite al fiscal apartarse en sus intervenciones orales de lo dicho en sus dictámenes escritos (17). La importancia de este principio es tanto mayor cuanto que la Constitución impone que los procesos judiciales se inspiren en el principio de oralidad (art. 120.2 CE: «El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.») Sin embargo, una interpretación sistemática y finalista del mismo impide su aplicación en caso de oposición frontal a la orden recibida, en cuyo supuesto hay que aplicar lo previsto en los artículos 6 y 27.

Todo lo anterior permite concluir que la configuración unitaria y jerárquica del Ministerio Fiscal no destruye la capacidad de juicio de cada fiscal, esto es, su capacidad profesional de valorar lo que según su propia experiencia, formación y análisis del caso concreto conviene hacer en el mismo, pero, en último término, deben prevalecer las directrices generales y las órdenes singulares dadas por el Fiscal General.

B) *El problema del carácter «discontinuo» de la justicia judicial*

El problema radica en que la realidad impone una selección de casos y una variedad de intensidades. Las Memorias del Ministerio Fiscal recogen, como hemos visto, datos estadísticos e interpretaciones que muestran las lagunas que presenta la realización judicial de la justicia (18). Ante esta situación, ¿hay que admitir una selección política de los casos que deben llevarse a los Tribunales? ¿El

(17) Este precepto fue incorporado a la ley como consecuencia de la aceptación de una enmienda presentada en el Congreso de los Diputados por Juan Luis de la Vallina (enmienda núm. 90). Se introduce así el sistema establecido por el Código de Procedimiento Penal francés de 1957, cuyo artículo 33 (capítulo II: «Du ministère public») dice así: «*Il est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données dans les conditions prévues aux articles 36, 37 et 44. Il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice.*» El artículo 36 citado dice: «Art. 36. Le ministre de la justice peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance, lui enjoindre d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes.» El artículo 37 dice: «Art. 37. Le procureur général a autorité sur tous les officiers du ministère public du ressort de la cour d'appel. A l'égard de ces magistrats, il a les mêmes prérogatives que celles reconnues au ministre de la justice à l'article précédent.» Y el artículo 44 dice: «Art. 44. Le procureur de la République a autorité sur les officiers du ministère public près "les tribunaux de police" de son ressort. Il peut leur denoncer les contraventions dont il est informé et leur enjoindre d'exercer des poursuites. Il peut aussi, le cas échéant requérir l'ouverture d'une information.»

(18) Véanse notas 4 y 5.

Ministerio Fiscal es el medio del que cada Gobierno democrático puede servirse para enfocar la acción judicial hacia un sector o hacia otro? Hay materias en las que el ejercicio de la acción pública debe atemperarse y amoldarse a las circunstancias del momento. Por ejemplo, en relación al terrorismo, a los delitos cometidos por la juventud, a los llamados «delitos-bagatela», a los delitos de especial trascendencia política. No es posible desconocer que ciertos casos presentan características o se producen en circunstancias que obligan a buscar una solución especial para ellos (19). La dificultad radica en determinar cómo y a quién corresponde adoptarla. Pues bien, en nuestro ordenamiento constitucional y democrático esa decisión corresponde de modo inmediato al Ministerio Fiscal y de modo mediato y definitivo al Gobierno, dentro de los límites ya señalados y del modo como opera el principio de acusación formal (19 bis).

(19) El principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, que es consecuencia inherente del principio de legalidad, encuentra, sin embargo, un límite infranqueable en las necesidades sociales y en la naturaleza de las cosas. Carlo GUARNIERI (*Pubblico ministero e sistema politico*, 1984) ha demostrado que intentar eliminar aquí todo margen de apreciación, incluso una cierta discrecionalidad, no sólo es muy costoso, sino también inútil y, por añadidura, contraproducente (páginas 124 y ss.). Un análisis empírico del derecho comparado ha puesto de manifiesto que la diferencia entre los sistemas basados en el principio de oportunidad y los basados en el principio de obligatoriedad es mucho menos neta de lo que parece, al aceptar los primeros elementos de legalidad y los segundos de oportunidad (*ob. cit.*, pág. 150).

(19 bis) El principio acusatorio formal, resultado de la «lucha por un proceso penal público, acusatorio, contradictorio y con todas las garantías, que se inició en Europa continental hacia la segunda mitad del siglo XVIII frente al viejo proceso inquisitivo» (*Sentencia del Tribunal Constitucional 9/1982, de 10 de marzo, fundamento 1*), ha sido recogido en nuestra Constitución (art. 24.2: «Todos tienen derecho... a ser informados de la acusación formulada contra ellos...») y es un principio básico de nuestro sistema penal. En este sistema la posición del Ministerio Fiscal, aun siendo esencial, está sometida, sin embargo, a ciertas matizaciones:

— El juez tiene el deber procesal de la instrucción cuando se formaliza una denuncia (art. 269 LECR) o se presenta una querrela (art. 312 LECR), aunque ni el Ministerio Fiscal ni tampoco la parte acusatoria hayan propuesto la práctica de diligencia alguna, tal como lo ha precisado la *Sentencia de Tribunal Constitucional 1/1985, de 9 de enero* («BOE» 12 de febrero de 1985).

— En el juicio de faltas rige también el principio acusatorio, incluida la apelación (*Frantum devolutum quantum appellatum*), como han declarado las Sentencias del Tribunal Constitucional 54/1985, de 18 de abril, y 84/1985, de 8 de julio.

— Tanto la petición de sobreseimiento por parte del fiscal (arts. 642 y 791.2 de la LECR) como su calificación de los hechos (art. 733) están sometidas a ciertas matizaciones que abren al Tribunal una vía para intentar superarlas cuando difiere de las mismas.

En todo caso, el principio acusatorio exige que tanto el escrito de calificación (art. 650 LECR) como el escrito de conclusiones en la jurisdicción militar (art. 749 CJM) sean determinados, ya que «una acusación imprecisa, vaga o insuficiente puede producir una situación de indefensión en el acusado» (*Sentencia del Tribunal Constitucional 9/1982, de 10 de marzo*).

3. *Control*

El reconocimiento de un necesario margen de apreciación en la defensa de la legalidad tiene que compensarse con un cierto control de las decisiones que se adopten. Sin embargo, no todos los controles son iguales. La cuestión es especialmente delicada en los supuestos del control de la decisión de actuar ante los Tribunales. Aunque la decisión de promover una acción ante un Tribunal esté sometida a ciertas condiciones de legalidad, hay que reconocer un margen de apreciación importante en favor de quien actúa. Así sucede con el Ministerio Fiscal. ¿Es posible impugnar la decisión del Ministerio Fiscal de ejercer o no ejercer la acción de la justicia? ¿Es posible recurrir contra un escrito de calificación o exigir responsabilidad al Ministerio Fiscal por su actuación en un proceso?

Pero hay, además, otro aspecto importante a considerar: ¿El Gobierno responde políticamente del funcionamiento del Ministerio Fiscal?

Pueden distinguirse, pues, dos aspectos en el control del Ministerio Fiscal: el control político y el control jurídico.

A) *Control político*

Aunque el *juicio político* no tiene materias reservadas ni materias excluidas, la responsabilidad política exigida por la vía del control parlamentario debe ceñirse a los límites que traza la Constitución. El artículo 108 CE establece que «el Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados». Pues bien, la realización judicial de la justicia —en la que participa el Ministerio Fiscal— no es una cuestión de política interior sometida a la dirección del Gobierno (art. 97 CE). Sólo por los aspectos administrativos y de apoyo material y personal y por el impulso de la legislación el Gobierno puede ser responsable en mayor o menor grado del funcionamiento del aparato judicial. Pero del contenido material de las decisiones judiciales el Gobierno no tiene responsabilidad alguna. La justicia se administra por jueces y magistrados independientes (art. 117.1 CE); el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (art. 117.3 CE), y al Ministerio Fiscal compete velar por esa independencia (art. 124 CE, art. 2 EOMEF) cuando sea pertur-

bada o inquietada (art. 14 LOPJ). Todo el funcionamiento del Poder Judicial se basa en el sometimiento de sus órganos al «imperio de la ley». El Ministerio Fiscal, encuadrado en el Poder Judicial (Título VI de la CE, art. 2 EOMF), también está sometido al mismo principio de legalidad. Sin embargo, la legalidad no se realiza por sí sola; siempre es necesario un impulso, alguien que la promueva o inste. El Ministerio Fiscal, al que corresponde de modo preeminente, pero no exclusivo, «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad» (art. 124 CE, art. 1 EOMEF, art. 435 LOPJ), recibe el impulso de todos los órganos del Estado y de los ciudadanos. Es un centro al que concurren todo tipo de instancias, estimulando su acción una vez contrastadas con el principio de legalidad. No obstante, en su acción participa de modo preeminente el Gobierno, al que corresponde, dentro del margen que la legalidad permite, marcar directrices y dar instrucciones concretas, disponiendo del poder de nombrar y cesar al Fiscal General por el cauce establecido, para asegurar el cumplimiento de las mismas. Las directrices e instrucciones impartidas y el nombramiento y cese de cada Fiscal General son actos políticos de los que el Gobierno responde a través del procedimiento del control político. Tal responsabilidad no alcanza, claro está, a las decisiones que, en último término, los Tribunales adopten —al Gobierno no puede imputarse responsabilidad alguna por el contenido material de las decisiones que el Poder Judicial, independiente, adopte (art. 117 CE)—, sino que queda circunscrita a los actos políticos que aquí le corresponden.

B) *Control jurídico*

El *control jurídico* del Ministerio Fiscal puede examinarse desde la perspectiva de su responsabilidad civil o penal y desde la perspectiva de la revocación del contenido de sus decisiones.

a) «La exigencia de responsabilidad civil y penal a los miembros del Ministerio Fiscal y la repetición contra los mismos por parte de la Administración del Estado, en su caso, se regirá —dice el artículo 60 EAMF—, en cuanto les sea de aplicación, por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados.» La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial establece la responsabilidad penal de jueces y magistrados por delitos o faltas (arts. 405 y

siguientes) y la responsabilidad civil por daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa (arts. 22 y 411). Estos son, por lo tanto, los criterios que rigen para la responsabilidad civil y penal de los miembros del Ministerio Fiscal. En todo caso, como hemos visto, el fiscal que estime que la instrucción que recibe de un superior es contraria a las leyes puede pedir que por escrito se le releve de la responsabilidad que pudiera devivarse de su cumplimiento (art. 27 EOMF).

b) En cambio, la cuestión es más compleja cuando el Ministerio Fiscal toma la decisión expresa o tácita de no actuar (por ejemplo, de no pedir el sometimiento a tutela de un posible incapaz —artículos 222 y 228 Código civil—, de no ejercitar la acción penal —artículo 105 LECR—, de no promover un recurso de revisión —artículo 957 LECR—, etc.). En tal caso, el problema consiste en determinar si su propia valoración del supuesto de hecho puede ser sustituida por la realizada por un Tribunal con la consecuencia de imponerle la obligación de actuar en el sentido determinado por la sentencia. La respuesta que nuestra jurisprudencia ha dado a los recursos en los que se suscita la pretensión de que un órgano ejercite una acción ante los Tribunales pese a que su criterio sea contrario a tal ejercicio, es claramente negativa. Así, por ejemplo, no puede condenarse a una Corporación local a que ejercite la acción reivindicatoria sobre bienes supuestamente demaniales si tal Corporación entiende que estos bienes no le pertenecen. No es posible una condena en tal sentido; en ese supuesto sólo es posible que el recurrente ejercite la acción reivindicatoria por vía subrogatoria. La misma doctrina hay que aplicar en los supuestos aquí examinados. El Ministerio Fiscal no puede ser conminado a actuar si entiende que no es procedente hacerlo porque no se dan los supuestos legales para ello, de modo que al peticionario no le queda más que postular directamente la pretensión que el fiscal no promueve. Esta solución viene facilitada por el hecho de que el Ministerio Fiscal no tiene, como regla general, atribuido en exclusiva el ejercicio de la acción en defensa de la legalidad. Hay casos, sin embargo, en que la negativa del Ministerio Fiscal puede plantear un problema de indefensión. Ante el Tribunal Constitucional se han planteado, en efecto, casos extremos en los que la decisión del Ministerio Fiscal podía afectar al derecho a la tutela efectiva de los ciudadanos:

— En relación con el artículo 14 de la Ley Orgánica 9/1980, de

6 de noviembre, en virtud del cual sólo el Ministerio Fiscal podía interponer recurso de casación contra las sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar que impusieran penas no superiores a tres años de privación de libertad, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de ese precepto por Sentencia 76/1982, de 14 de diciembre (20). Posteriormente, la misma doctrina se ha mantenido en re-

(20) La *Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1982, de 14 de diciembre* («BOE» de 15 de enero de 1983; ponente: Antonio Truyol), se dicta en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo en relación al siguiente caso: la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, introdujo el recurso de casación ante la Sala 2.ª del Tribunal Supremo contra las sentencias dictadas por el Consejo Supremo de Justicia Militar. Sin embargo, su artículo 14 imponía ciertos límites:

«Los condenados a penas de privación de libertad superiores a tres años, en una de ellas o en la suma de varias, así como en todo caso el Ministerio Fiscal, podrán interponer contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, según la competencia al mismo asignada, recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conforme a los motivos y trámites que señalan los artículos 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

En este caso el Consejo Supremo de Justicia Militar dictó una sentencia por la que condenó a la pena única de tres años de prisión por delito de rebelión militar a dos capitanes de Infantería. Los condenados pidieron al Consejo que tuviera por anunciado recurso de casación, pero éste denegó la petición por Auto de 17 de junio de 1982, alegando que contra esa sentencia los condenados no pueden interponer recurso. Contra ese auto recurrieron en queja ante la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, invocando que lesionaba el artículo 24 CE (indefensión). La Sala 2.ª del Tribunal Supremo, estimando que el artículo 14 de la Ley Orgánica 6/1980 podría ser contraria a la Constitución, planteó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el cual dictó esta sentencia declarando que el artículo 14 de la Ley Orgánica 9/1980 infringe el artículo 24 CE en cuanto que establece que sólo el Ministerio Fiscal puede interponer el recurso de casación cuando la condena no es superior a tres años.

La cuestión de fondo es ésta: ¿Cuál es la posición del Ministro Fiscal en el proceso penal? ¿Qué naturaleza tiene su misión?

Parece que el artículo 14 LO 9/1980 contiene una diferencia de trato entre acusación pública y partes acusadas que produce una ruptura de la paridad de las partes en proceso, yendo contra el «principio de igualdad de parte y de contradicción que informa la fase oral del proceso español» (principio que recoge el artículo 24 CE). Ante este planteamiento, el Tribunal Constitucional declara que:

- el Ministerio Fiscal no es parte privada en el proceso penal, dada su misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley;
- pero la diferencia que existe entre la situación del Ministerio Fiscal y la de los condenados no puede justificar una desigualdad que implique disminuir los medios de defensa de la parte acusada frente a la acusación pública;
- de modo que, como el Ministerio Fiscal puede continuar la acusación en defensa de la legalidad, hay que dar al acusado todas las garantías contenidas en el artículo 24 CE.

Es cierto que si el Ministerio Fiscal recurre el acusado no sufrirá indefensión porque puede adherirse al recurso planteado y alejar entonces todo lo que le convenga, ya que, al no estar vinculado por los motivos de la acusación, puede formular motivos de sentido contrario (art. 861.4 LECR: «La parte que no haya prepa-

lación con los artículos 13.1 y 14 (en su otro aspecto) de esa ley, en Sentencias 27/1985, de 26 de febrero, y 52/1985, de 11 de abril (21).

rado el recurso podrá adherirse a él en el término del emplazamiento, o al instruirse del formulado por la otra, alegando los motivos que le convengan); pero si el Ministerio Fiscal no recurre, o desiste del recurso una vez interpuesto, entonces sí se produce indefensión. En consecuencia, el artículo 14 de la Ley Orgánica 9/1980 es inconstitucional en la medida en que puede producir la indefensión del condenado al que no se le permite interponer un recurso de casación cuando la condena sea inferior a tres años de privación de libertad, permitiéndose, en cambio, que el Ministerio Fiscal pueda interponer ese recurso en tal caso.

Voto particular del magistrado Jerónimo Arozamena

Frente a esta argumentación, el voto particular del magistrado Jerónimo Arozamena llega al resultado de que el artículo 14 no es inconstitucional porque:

1. Si el Ministerio Fiscal recurre cabe la adhesión a ese recurso alegando cualquier motivo que convenga al condenado (art. 861), de modo que, en este caso, el que el condenado no tenga abierta la «vía del recurso por interposición» no le produce indefensión, pues tiene abierta la vía de la «adhesión». (En esto coincide con la sentencia.)

2. La indefensión, en caso de desestimiento, tiene que ser valorada así: a) es excepcional porque estando vinculado el Ministerio Fiscal al principio de legalidad y al de imparcialidad (art. 124.2 CE) no cabe imaginar más desestimientos que aquellos que tienen su base en el ordenamiento jurídico, y b) en todo caso, el procesado podría oponerse al desestimiento, adquiriendo entonces su pretensión consistencia propia.

3. Pero ¿qué sucede si el Ministerio Fiscal no recurre? No hay ruptura de la paridad de armas, que es la esencia de la contradicción, porque el Ministerio Fiscal, cualquiera que sea el tratamiento que se le dé, no es parte privada, sino que tiene la misión de mover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. «Del derecho al proceso con todas las garantías, establecido en el artículo 24.2 —dice este voto particular—, no creo que pueda derivarse que los condenados a penas menores deben tener el mismo régimen que el Ministerio Fiscal en cuanto a la iniciativa de la casación. Su garantía está en que, abierta la casación, contiendan en ella con igualdad de armas.»

Pues bien, como se advierte, la discrepancia entre la sentencia y el voto particular refleja, en definitiva, una distinta concepción de la naturaleza del Ministerio Fiscal. De la doctrina de la sentencia se deduce que el Ministerio Fiscal, aun estando vinculado al principio de legalidad, no sustituye la defensa que el ciudadano pueda realizar de sus propios derechos. En cambio, el voto particular parece inspirarse en la consideración de que la decisión del fiscal es una garantía suficiente para no estimar que hay indefensión si éste decide recurrir.

(21) La *Sentencia del Tribunal Constitucional 27/ 1985, de 26 de febrero* («BOE» 27 de marzo de 1985), al resolver la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el capitán general de la 5.ª Región Militar, declaró parcialmente inconstitucional el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar. En base a argumentos idénticos a los utilizados en su Sentencia 76/1982, de 14 de diciembre (véase nota anterior, núm. 20), el Tribunal declara que es inconstitucional la limitación de la legitimación para interponer recurso de casación «ante la Justicia Militar» contenida en ese precepto (como se advierte aquí, se trata de recurso de casación «ante la Justicia Militar» y no ante el Tribunal Supremo, como sucedía en el caso anterior). La sentencia restablece el principio de igualdad entre el Ministerio Fiscal y las partes.

Además, a petición expresa del propio Ministerio Fiscal e implícita del Abogado del Estado, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 39.1 LOTC, la sentencia extiende sus efectos al artículo 14 de la mencionada ley. Este precepto, que ya había sido declarado parcialmente inconstitucional por la citada Sentencia 76/1982, vuelve

— En relación con el recurso de revisión en la jurisdicción penal (arts. 954 y siguientes LECR), cuya interposición está reservada al Ministerio Fiscal (bien por Orden del Ministerio de Justicia —artículo 956 LECR—, bien sin necesidad de dictar orden —artículo 957 LECR—), el Tribunal Constitucional ha declarado que el condenado tiene derecho a que se tramite el expediente previo a la decisión de interponer el recurso (Sentencia de 30 de marzo de 1981) (22) y ha puesto en duda la constitucionalidad de tales preceptos, aunque no ha llegado a declararlos nulos porque supondría modificar el recurso de revisión invadiendo las competencias del legislador (Sentencia 124/1984, de 18 de diciembre) (23).

a serlo ahora para suprimir la diferencia que aún subsistía entre condenas a privación de libertad y condenas a penas que no implican la privación de libertad.

Resuelta ya esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha estimado posteriormente el Recurso de Amparo 467/1983, promovido contra sentencia dictada en Consejo de Guerra del Juzgado Militar eventual de Oviedo: *Sentencia 52/1985, de 11 de abril* («BOE» 18 de mayo de 1985).

(22) La *Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1981* («BOE» 14 de abril de 1981; ponente: Angel Latorre) dictada en un recurso de amparo planteado contra la desestimación por silencio negativo de la petición dirigida al ministro de Justicia de que ordenase, en virtud de lo dispuesto en el artículo 955 LECR, la tramitación del recurso de revisión contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, resuelve, en primer lugar, la cuestión de inadmisibilidad opuesta por el Ministerio Fiscal. Según éste era necesario haber agotado la vía judicial (en este caso la contencioso-administrativa) antes de acudir al Tribunal Constitucional (art. 43.1 LOTC). Pero el Tribunal rechaza este argumento porque la naturaleza de la decisión que se recurre, expresa o presunta, es especial, al estar «inserta en la vía judicial» y porque, por otra parte, exigir que ante la falta de una resolución expresa los particulares tengan que agotar la vía contencioso-administrativa antes de acudir al recurso de amparo supondría crear nuevas y serias dificultades para la eficacia de la garantía constitucional de la tutela efectiva».

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, el Tribunal Constitucional resuelve que el recurrente tiene derecho «a que se forme y se resuelva el expediente sobre su solicitud por el Ministerio de Justicia y a que se comunique esa resolución motivada al solicitante, pero no el derecho a que se interponga o no el recurso de revisión por el solicitante».

(23) La *Sentencia del Tribunal Constitucional 124/1984, de 18 de diciembre* («BOE» 11 de enero de 1985; ponente: Antonio Truyol) se dicta en un recurso de amparo promovido contra una resolución de la Fiscalía General del Estado, de 20 de enero de 1984, que declaró que no procedía interponer recurso de revisión contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Granada. El Tribunal Constitucional analiza la naturaleza jurídica de las resoluciones del Ministerio Fiscal y la posibilidad de controlarlas judicialmente. El caso resuelto por esta sentencia gira en torno al papel que desempeña el Ministerio Fiscal en el recurso de revisión penal, según el Derecho vigente (hoy en fase de modificación), el *recurso de revisión en los procesos penales* se ordena en dos fases: la primera llamada de «*promoción*» o *solicitud* (art. 955 LECr: «El recurso de revisión podrá promoverse por los penados y por sus cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos, acudiendo al Ministerio de Gracia y Justicia en solicitud motivada»); y la segunda de *interposición y sustanciación*, que queda reservada al Ministerio Fiscal (art. 956 LECr: «El Ministerio de Gracia y Justicia, previa formación del expediente, podrá ordenar al Fiscal del Tribunal Supremo que interponga el recurso cuando, a su juicio, hubiere fundamento bastante para ello»; y artículo 957 LECr: «El Fiscal del Tribunal Supremo

De estas sentencias se deduce que, a juicio del Tribunal Constitucional, la solución al problema que plantean las decisiones del Ministerio Fiscal, que pudieran cerrar el acceso a la tutela judicial, debe resolverse no por la vía de establecer un recurso judicial contra tales decisiones, sino por la de eliminar los supuestos en los que el acceso a los Tribunales de Justicia dependa de la decisión del Ministerio Fiscal.

podrá también, sin necesidad de dicha orden, interponer el recurso ante la Sala Segunda, siempre que tenga conocimiento de algún caso en que proceda.»

Lo relevante de esta regulación, dice la sentencia del Tribunal Constitucional, es la imposibilidad en que se halla el interesado en la revisión penal de pasar el umbral de la promoción, pues no se le legitima para la interposición del recurso. Según esta regulación, «es evidente que la decisión que se adopte en el expediente, que a instancia del condenado abra el Ministerio Fiscal, *si bien se inserta en la vía judicial, no procede de un órgano auténticamente judicial* en el sentido del artículo 117 CE, lo que en la práctica se traduce en la eventual sustracción al Tribunal de la posibilidad de valorar la trascendencia de nuevos elementos probatorios respecto de los hechos contemplados en la sentencia cuya revisión se solicita». Así, pues, lo grave de esta regulación no radica en la intervención del Ministerio Fiscal, sino en su papel decisorio.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional deniega el amparo en base a este razonamiento:

— Es verdad que el recurso de revisión «responde a un postulado inexcusable de la justicia que permite evidenciar la equivocación del fallo». «El fin del proceso penal como medio para la fijación de la verdad de los hechos y de su consiguiente tratamiento legal no puede conducir a que el efecto preclusivo de la sentencia condenatoria pueda prevalecer.»

— A la luz del artículo 24.1 CE, en relación con el 117.4 CE, quien debiera valorar si los nuevos elementos aportados son susceptibles de sostener con fundamento el recurso de revisión penal es un juez o Tribunal. La regulación actual se traduce en la práctica en la eventual sustracción al juez o Tribunal de esta posibilidad de valoración. Por ello, «la Constitución postula un nuevo sistema de revisión penal que corrija las deficiencias del actual, legitimando al interesado para su interposición».

— Pero el Tribunal no puede por sí establecer ese proceso, debiendo limitarse a examinar si el regulado por normas preconstitucionales es contrario a la Constitución, lo cual exige valorar si se cumple el equilibrio entre seguridad jurídica y justicia. Tal equilibrio puede lograrse estableciendo un trámite de admisión, pero el Tribunal no puede regular ese trámite. «Esta tarea corresponde con carácter exclusivo al legislador en función de unos criterios que, dentro del marco de las garantías constitucionales, sólo a él compete establecer.»

Planteada así la cuestión, ¿qué sucede si el Ministerio Fiscal decide no interponer el recurso de revisión? ¿Cabe la posibilidad de pedir el amparo del Tribunal Constitucional? La respuesta a esta cuestión obliga a determinar la naturaleza del Ministerio Fiscal:

a) Si el Ministerio Fiscal fuera un órgano judicial (tesis del recurrente que invoca el artículo 2 EOMF, «el Ministerio Fiscal se integra con autonomía funcional en el Poder Judicial») resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 44 LOTC («violación de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieren un origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial»).

b) Si fuera un órgano gubernativo o administrativo resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 43 LOTC («violación de derechos y libertades originadas por actos, disposiciones u omisiones del Gobierno, autoridades o funcionarios») y sería necesario agotar la vía judicial precedente.

III. CONCLUSIÓN

El Ministerio Fiscal tiene asignada por la Constitución una misión propia en la realización judicial de la justicia. Un largo proceso histórico (24) ha conducido a la situación actual, que no deja

El Tribunal, ante esta disyuntiva, opta, «a efectos prácticos», por aplicar la solución tomada en su anterior Sentencia 7/1981. En ella había declarado, literalmente, que no era convincente la alegación de inadmisibilidad entonces formulada por el Ministerio Fiscal en el sentido de que, siendo el expediente de naturaleza administrativa, la vía judicial procedente era la vía contencioso-administrativa porque «dicho expediente se inserta en la vía judicial y la exigencia de un eventual agotamiento de la vía contencioso-administrativa supondría crear nuevas y serias dificultades para la eficacia de la garantía institucional».

Por todo lo cual el Tribunal declara que no puede estimar el recurso porque no puede declarar inconstitucional la decisión del Ministerio Fiscal en cuanto al fondo, ni puede ordenarle que interponga un recurso que le parece infundado, ni, por todo lo antes expuesto, puede declarar inconstitucionales las normas que regulan esta materia, «pues ello implicaría establecer un nuevo recurso de revisión penal».

En resumen, la sentencia deja planteada la cuestión de la naturaleza del Ministerio Fiscal. Este «no es un órgano administrativo, pero tampoco es un órgano auténticamente judicial». Se abre así la vía a considerar al Ministerio Fiscal como un órgano del Estado que tiene atribuida una misión propia.

(24) Niceto ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en su estudio sobre *Lo que debe ser el Ministerio Público*, aparecido en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1929, y redactado a la vista del proyecto de Constitución que entonces se estaba preparando, defendía esta concepción (pág. 531):

«El Ministerio Público, si queremos que dé todo su rendimiento, ha de ser inamovible, independiente y libre en su actuación. El Poder Ejecutivo no puede arrogarse la representación de la sociedad, cuya defensa en juicio corresponde al fiscal, ni aun siquiera identificarse con el Estado, ya que aquélla es incomparablemente más amplia y éste reúne en sí un número mucho mayor de atribuciones. No puede ser, por consiguiente, el fiscal órgano del Gobierno, pues si teóricamente cabe trazar una línea divisoria entre su misión como abogado de la ley y como agente del Ejecutivo, 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 indudables ventajas para ambas. Por lo mismo, el fiscal, miembro del Poder Jurisdiccional, no puede pertenecer, como algunos propugnan, a la Magistratura, sino que ha de ser ajeno a ella, para que ésta no sea juez y parte en un mismo proceso.

Resumiendo: a la vieja concepción, que le reconoce muchas facultades, pero con iniciativa restringida, oponemos una más en consonancia con sus fines: circunscribir su acción a la esfera en que en realidad debe moverse; pero dentro de ella, cuantitativamente limitada, una gran libertad de criterio. El peligro de abusos no radica en la autonomía del empleado, porque no hay estímulo más poderoso ni garantía más sólida que la conciencia de la propia responsabilidad, sino en que la sanción sea difícil de imponer por diluirse entre una multiplicidad de funciones o esfumarse en preceptos de obediencia debida.»

de ser, pese a todo, un tanto ambigua (25); sin embargo, un examen detenido de la misma muestra que el juego de impulsos y frenos, de pesos y contrapesos a que se encuentra sometido responde al modo como se realiza «judicialmente» la justicia en un Estado de Derecho. El fracaso de los intentos de lograr unas definiciones simples (por ejemplo, «órgano encargado de ejercitar la acción penal para la persecución y condena de los delitos») se debe a que la índole de sus funciones impide tal simplificación. La naturaleza del Ministerio Fiscal no puede alcanzarse por la vía de la definición, sino por la de la descripción de sus múltiples funciones: defensa de la eficacia e independencia de jueces y Tribunales; respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos y libertades públicas; el ejercicio de la acción penal y civil y práctica de las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados; actuaciones en el ámbito civil, contencioso-administrativo, constitucional, etc. Es necesario también tener en cuenta que esta actividad se realiza por medio de una organización que pretende hacer compatible el principio de «unidad de criterio» (lo que exige una cierta jerarquía) con la vinculación de cada uno de sus miembros al principio de legalidad (lo que exige cierta capacidad de discrepancia, según hemos visto).

La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, LO 6/1985, de 1 de julio («BOE» 2 de julio de 1985), sitúa al Ministerio Fiscal dentro del Libro V que lleva por título «Del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia y de los que la auxilian», y cuyo contenido abarca al Ministerio Fiscal (art. 435), a los abogados y procuradores (arts. 436 a 442), a la policía judicial (arts. 443 a 446) y a la representación y defensa del Estado y demás entes públicos (art. 447). La nueva ley no ha aportado nada importante a la configuración del Ministerio Fiscal. El artículo 435 se limita a reproducir, con mala técnica legislativa,

(25) Alfonso PÉREZ GORDO («Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981», en *El Poder Judicial*, Madrid, 1983) afirma que el Ministerio Fiscal sigue sin quedar bien definido ni en la Constitución ni en el EOMF, de modo que deben mantenerse las críticas anteriores según las cuales se trata de «una institución de contornos tan borrosos y movedizos, a causa de su gran número de funciones y multitud de facetas, que impide que tenga unos precisos y acusados contornos» (pág. 2352). No obstante, PÉREZ GORDO sitúa «la verdadera naturaleza del Ministerio Fiscal» en su carácter de «órgano del Estado que coopera a la realización judicial del Derecho» igual que coopera el abogado, pero con la diferencia de que el primero lo hace con objetividad, mientras que el segundo lo hace en defensa de los intereses de una persona.

los párrafos 1.º y 3.º del artículo 124 de la Constitución. Sin embargo, alguna observación puede hacerse a la ubicación de ese precepto dentro del Libro V de la nueva ley. El Ministerio Fiscal aparece como un órgano que «coopera» con la Administración de Justicia, junto a los abogados. Es evidente que un órgano «cooperador» es algo más que un órgano simplemente colaborador o auxiliar, pero menos que un órgano integrado o participe en la función judicial. Con lo cual parece que la nueva ley no ha querido alterar la posición que tradicionalmente se ha atribuido al Ministerio Fiscal, intermedia entre la del juez y la del abogado (26). Ello ha suscitado, a veces, la crítica de que posición tan «equilibrada» hace que pierda su propio carácter y utilidad, pues viene a duplicar innecesariamente la función del juez. Tal crítica no tiene, a mi juicio, base suficiente, o al menos no la tiene desde la perspectiva de la realización judicial del derecho, de acuerdo con el principio acusatorio. Y ello porque el argumento de que el Ministerio Fiscal duplica innecesariamente al juez, ya que éste no necesita un asesor que dictamine en derecho, no es válido porque ni la misión del fiscal se limita a emitir dictámenes ni, incluso cuando se concreta en esa función, su dictamen es innecesario, tal como en su día mostró PRIETO CASTRO (27). La inserción del Ministerio Fiscal en el poder Judicial no le coloca en posición equiparable a la del juez. Sólo existe equiparación en honores, categorías y retribuciones (art. 33 EOMF), in-

(26) Antonio HERNÁNDEZ GIL, «La posición del Ministerio Fiscal en el orden civil» (conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 15 de junio de 1976), publicada en *Ciclo de Conferencias*, Madrid, 1976, ha señalado sus afinidades estructurales con el abogado y afinidades funcionales con el juez, aunque, claro es, con la diferencia esencial, en relación con este último, de carecer de poder decisorio.

(27) Leonardo PRIETO CASTRO, «Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil» (discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1953, reproducido en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964), rechaza la tesis de que un Ministerio Fiscal que se limite a emitir dictámenes es una duplicación del juez y, por tanto, una figura inútil. Dice así: Por lo que al Derecho se refiere, no hemos de contradecir a cuantos desde el comienzo de la historia del Ministerio Fiscal predicaban que el juez es perito en la materia y no necesita que otro órgano del Estado le muestre el camino de la averiguación, de la interpretación y de la aplicación de la ley, como tampoco ha de esperar a que se le advierta sobre los efectos que en la vida jurídica ejercerán las resoluciones que dicte, y no las contradecemos porque todo ello es una verdad que radica en lo más profundo de la organización jurisdiccional, pero debemos refutar que esos postulados orgánicos nieguen la necesidad de reclamar *son ministère* en cuantas ocasiones se estime que no basta la sola opinión del órgano jurisdiccional, sino, además, la de otro, también en el oficio de perseguir la exacta aplicación de la ley, pero que actúa impulsado por móviles distintos, libre de las sujeciones y de la técnica que ligan a los jueces con el posible resultado, esta intervención, de una aplicación del derecho más exacta y más justa» (*ob. cit.*, pág. 58).

compatibilidades, sistema de acceso a la carrera (art. 42 EOMF), situaciones administrativas (art. 46 EOMF), etc., pero la diferencia radical entre la función decisoria y la función postulante se mantiene. Incluso, claro está, la presunción de autenticidad de que gozan las diligencias que el Ministerio Fiscal practique (art. 53 EOMF) está sujeta a la ulterior valoración judicial.

JURISPRUDENCIA

