

## CORTES GENERALES Y MINISTERIO FISCAL

JAVIER TAJADURA TEJADA (\*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. - 2. EL MINISTERIO FISCAL EN LOS DEBATES CONSTITUYENTES. - 3. LA EXÉGESIS DOCTRINAL DEL ARTÍCULO 124 DE LA CONSTITUCIÓN. 3.1. *La problemática incardinación del Ministerio Fiscal en la estructura del Estado constitucional: su «autonomía funcional».* 3.2. *La concepción gubernamental del Ministerio Fiscal.* 3.3. *La concepción judicialista del Ministerio Fiscal.* - 4. LA DEFENSA DE LA LEGALIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA INSTITUCIÓN. - 5. LOS PRINCIPIOS DE UNIDAD DE ACTUACIÓN Y DEPENDENCIA JERÁRQUICA. - 6. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD E IMPARCIALIDAD. - 7. UNA PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 124.4 CE: LA DESEABLE VINCULACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL AL PODER LEGISLATIVO. 7.1. *El contenido de la reforma.* 7.2. *El procedimiento de la reforma.* - 8. REFLEXIONES FINALES.

---

(\*) Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad del País Vasco.

*A don Jorge Carpizo,  
Maestro de constitucionalistas,  
Ex-fiscal General de México,  
por su permanente defensa de la libertad  
y de la democracia*

## 1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la posición constitucional del Ministerio Fiscal plantea como problema nuclear la determinación del lugar que ocupa en la estructura orgánica clásica del Estado constitucional eurocontinental. En el caso de España, el análisis de esta problemática debe partir del examen del artículo 124 de la Constitución que ha recogido los principios y funciones de la institución (1):

«1. 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.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial».

---

(1) El Ministerio Fiscal es mencionado también en los artículos 76.1, 126, 127.1, 159.2 y 162.1 b, de la Constitución.

Ahora bien, preciso es advertir que esa recepción constitucional adolece de una notable ambigüedad en la medida en que es deudora de influencias contradictorias y de divergente sentido (2).

En este sentido, conviene iniciar esta exposición recordando las diversas concepciones del Ministerio Fiscal existentes en la dogmática y en el derecho comparado. Concepciones cuyo criterio identificador es la vinculación de la institución con determinados poderes del Estado.

- a) En una primera concepción, el Ministerio Fiscal se configura como un órgano constitucional integrado en el Poder Judicial, con presencia institucional y activa en el órgano de gobierno de la magistratura y dotado de las mismas garantías que definen a los titulares de la función jurisdiccional del Estado.
- b) En segundo lugar, el Ministerio Fiscal puede ser también considerado como un órgano acusatorio con competencias añadidas, dependiente del Gobierno. Gobierno que formula las directrices que deben guiar la actuación del Ministerio Fiscal y que responde ante el Parlamento por dicha actuación.
- c) En una tercera concepción, el Ministerio Fiscal puede configurarse como un órgano vinculado al Parlamento y dotado de poderes de vigilancia del cumplimiento de la legalidad en todos los órdenes jurisdiccionales.

Junto a las anteriores concepciones está también la de quienes defienden un Ministerio Fiscal como órgano del Estado, autónomo, esto es, no vinculado a ninguno de los Poderes clásicos. La gran virtud de esta tesis es que supera el prejuicio tradicional de plantear la problemática que nos ocupa en los términos de la disyuntiva entre un Ministerio Fiscal dependiente del Gobierno o un Ministerio Fiscal integrado en el Poder Judicial. Ahora bien, superando ese prejuicio, no logran, sin embargo, desprenderse de otro cuyas consecuencias para una cabal comprensión de la naturaleza del Ministerio Fiscal son todavía más graves y nefastas: la independencia del Ministerio Fiscal. Y ello por la sencilla razón de que, desconectándolo de todos los poderes, se le priva de

---

(2) LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 164.

cualquier legitimidad democrática. Dicho con mayor claridad y contundencia, el Ministerio Fiscal no puede legitimarse a sí mismo.

El examen de los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación del artículo 124 de la Constitución nos pone de manifiesto que ninguno de los grupos parlamentarios optaba, claramente, por una de estas cuatro alternativas. Aparentemente, se pretendía superar la concepción histórica tradicional del Ministerio Fiscal como órgano de representación del gobierno ante el Poder Judicial, pero, al mismo tiempo, existía un fuerte recelo gubernamental a desprenderse del poder que le confería el control de tan valiosa institución. En este sentido, se ha dicho, con razón, que, el artículo 124 no es un precepto que hunda sus raíces en profundas concepciones institucionales y que, por el contrario, «se presenta como un conglomerado por adición de contenidos que no se apoya en una diáfana visión del fiscal» (3).

En todo caso, el resultado final de los debates inclinó la balanza del lado de la posición defendida por el grupo mayoritario, Unión de Centro Democrático, que logró ver cumplida su aspiración de que el Fiscal General del Estado, nombrado por el Rey, lo fuera a propuesta del Gobierno. Se establecía así una vinculación clara y manifiesta entre la cabeza rectora del Ministerio Fiscal y el Gobierno. Vinculación que, en definitiva, es la que nos permite afirmar que, a pesar de todas las contradicciones y ambigüedades que puedan rodear el tema, el constituyente español optó, y lo hizo por unanimidad de todos los grupos, por un Ministerio Fiscal dependiente del Gobierno.

Ahora bien, la experiencia de los últimos años aconseja, en mi modesta opinión, replantearnos esa opción. Veinticinco años después, parece conveniente reemplazar esa concepción por otra alternativa que permita al Ministerio Fiscal desempeñar más adecuadamente las funciones que la Constitución le atribuye y que se sintetizan en la defensa de la legalidad. Anticipando la conclusión de este trabajo diré que dicha alternativa pasa por vincular a la institución al Poder Legislativo, opción que fue defendida entre nosotros, muy tempranamente, por el

---

(3) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 102.

insigne penalista profesor Cobo del Rosal (4), o más recientemente, por el fiscal de carrera, Manuel Marchena en una sugerente monografía sobre el tema (5). Pero vayamos por partes. En esta exposición, en primer lugar, examinaré el iter parlamentario que condujo al artículo 124 de la Constitución (2). En segundo lugar, analizaré las interpretaciones que la doctrina ha hecho del mencionado precepto (3). Después, abordaré las funciones que la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal y que se sintetizan en la defensa de la legalidad (4). Posteriormente, expondré el significado y alcance de los principios constitucionales relativos a la estructura y funcionamiento de la institución: unidad de actuación y dependencia jerárquica (5), legalidad e imparcialidad (6). Con esas premisas, concluiré con unas reflexiones que incluyen una propuesta de reforma del sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado (7).

## 2. EL MINISTERIO FISCAL EN LOS DEBATES CONSTITUYENTES

El artículo 114 del Anteproyecto de Constitución se hacía eco ya de tesis contradictorias. En su segundo apartado definía al Ministerio Fiscal como «órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la administración de justicia», y en su apartado cuarto establecía que «el nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo se hará en la forma establecida para el Presidente de dicho Tribunal» (6). En dicho precepto pretendía por tanto cohonestarse la judicialización del Ministerio Fiscal estableciendo un sistema de nombramiento de su órgano rector similar al del Presidente del Tribunal Supremo, con la supervivencia de su tradicional concepción como órgano de relación (en otras épocas de representación o de comunicación) entre el Gobierno y el Poder Judicial.

Múltiples fueron las críticas recibidas por este artículo del Anteproyecto. Entre ellas destacan las de quienes rechazaban la caracterización del Ministerio Fiscal como «órgano de relación» del Gobierno con los órganos de la Administración de Justicia. Se insistió en «preservar al

---

(4) COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124» en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (Oscar Alzaga, dir.) Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996, tomo IX, pp. 545 y ss.

(5) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...* ob. cit., pp. 195-196.

(6) Boletín Oficial de las Cortes, nº 144, 5 de enero de 1978.

Ministerio Fiscal de toda idea que coarte, que condicione, que coaccione su plena independencia» (7). Y en consecuencia, se pretendió diseñar, sin éxito, un modelo de fiscal que actuara como enlace entre los distintos poderes estatales (8). Por su parte, la mayoría parlamentaria entonces existente, preocupada por las consecuencias de la equiparación, en cuanto al sistema de nombramiento, del Fiscal del Tribunal Supremo con el Presidente del mismo, propuso suprimir ese apartado y deferir la cuestión al Estatuto que habría de regular la institución (9).

Todas las enmiendas sustanciales (10) fueron rechazadas por el Informe de la Ponencia por lo que el artículo 114, con ligeros retoques formales, se mantuvo con su inicial redacción como artículo 116, como consecuencia de la reordenación del texto resultante.

En el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, Cisneros Laborda, portavoz de la mayoría, impidió desvincular al Ministerio Fiscal del Gobierno (11). Como ha subrayado Marchena, el peso de la tradición histórica que ha frenado cualquier tentativa de consolidación de un Ministerio Fiscal más independiente de las directrices del gobierno, fue esgrimido como razón para, precisamente, no moldear un Fiscal distinto

---

(7) Palabras del Sr. Solé Barberá, Diario de Sesiones, nº 84, (8 de junio de 1978), p. 3122. La enmienda 695, del Grupo Parlamentario Comunista, exponía que «El Ministerio Fiscal debe abandonar toda dependencia gubernamental para que pueda cumplir su auténtica función de vigilancia del interés público».

(8) Enmienda 296 del Grupo Parlamentario Socialistes de Catalunya.

(9) Enmienda nº 779 de Unión de Centro Democrático. Cabe suponer que, frente a los tres votos de los representantes de UCD en la Ponencia, votaron en contra unánimemente los diputados Fraga, Peces-Barba, Roca y Solé Tura.

(10) Además de las citadas, revisten interés para nuestro tema la nº 441 del Grupo Socialista del Congreso y la 552 del Grupo Parlamentario Mixto propugnada por Raúl Morodo. Especialmente acertado era el texto alternativo propuesto por el profesor Peces-Barba, ponente del Grupo Socialista. En él se definía al Ministerio Fiscal como «órgano con funciones autónomas en el ámbito del Poder Judicial» y «como órgano de relación de las Cortes y el Gobierno con los Tribunales de Justicia». Se disponía que «sus miembros tendrán los mismos derechos y deberes que los de la jurisdicción» y respecto a la cabeza rectora de la institución se preveía su designación por el Gobierno y su ratificación por el Congreso de los Diputados en votación secreta y en todo caso al comienzo de cada legislatura.

(11) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 84, pp. 3123-3124.

del que ya existía (12). Las discusiones de la Comisión fijaron los tres primeros apartados del precepto y modificaron la forma de nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo.

Al portavoz comunista, Solé Barberá, debemos la defensa más clara y rotunda de la independencia del Ministerio Fiscal y el consiguiente rechazo a considerarlo como órgano de comunicación entre el Gobierno y la Administración de Justicia. Tal fue el tenor de la enmienda 695 que fue respaldada por Peces-Barba en nombre del grupo socialista y criticada por Fraga, portavoz de Alianza Popular. Con la abstención del grupo mayoritario (UCD) la enmienda fue aprobada. Para el portavoz de la mayoría, lo importante era aclarar de una vez el sistema de nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo, y en ese sentido se opuso con rotundidad y contundencia al sistema propuesto en el Proyecto. Con ese propósito presentó una enmienda *in voce* ante la propia Comisión con el siguiente tenor: «El fiscal del Tribunal Supremo será nombrado por el Rey a propuesta del gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial». La enmienda fue aprobada por 15 votos a favor, dos en contra y 18 abstenciones y su texto constituye el contenido del vigente artículo 124.4 de la Constitución, salvo la denominación de Fiscal del Tribunal Supremo que fue sustituida por la del Fiscal General del Estado.

En el Pleno del Congreso ninguno de los cuatro apartados del entonces artículo 118 fue objeto de enmiendas y, sometido a votación en la sesión plenaria del 13 de julio, obtuvo 276 votos a favor frente a 2 en contra y una abstención.

Tampoco en el Senado fue posible superar las contradicciones del precepto a pesar de que allí se formularon algunas de las propuestas más sugerentes y esclarecedoras. Entre ellas destaca la enmienda formulada por el Grupo Progresistas y Socialistas Independientes (13), defendida por el senador Villar Arregui, que ante la «necesidad de superar la concepción del Ministerio Fiscal como instrumento de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales» postulaba que el Fiscal del

---

(12) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 106.

(13) Enmienda nº 73. Diario de Sesiones del Senado (30 de setiembre de 1978), nº 63, pp. 3170-3171.

Tribunal Supremo fuera «nombrado por el Rey, para un periodo de cinco años, a propuesta del Congreso de los Diputados, que habrá de formularse por mayoría de tres quintos de sus miembros» (14).

La redacción de esta enmienda se distingue por su claridad. Su justificación está bien argumentada: «Hay que superar la concepción del Ministerio Fiscal como instrumento de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales. Por eso se postula que su nombramiento sea competencia del Congreso. Hay cuerpos especiales que cumplen aquella función de relación entre la Administración y la Justicia». La enmienda es tributaria de la posición defendida antes, en la Comisión del Congreso, por el diputado Martín Toval.

Lamentablemente, la claridad duró poco y sin exponer los motivos del cambio, de forma un tanto sorprendente, el senador Villar Arregui sustityó in voce el texto de la enmienda transcrita por este otro: «El Fiscal del Tribunal Supremo será nombrado por el Rey por un periodo de cinco años a propuesta del Consejo General del Poder Judicial». La segunda sorpresa se produjo cuando al procederse a la votación de la enmienda, otro senador del Grupo proponente, Martín-Retortillo, anunció al Presidente que aquella quedaba retirada.

En ese contexto UCD renunció a su propósito de denominar «Fiscal del Reino» al que luego quedaría nominado como Fiscal General del Estado, a cambio de centrar el debate –que por lo antes expuesto no llegó a producirse– sobre que Poder del Estado, que órgano o institución, sería la encargada de proponer al Rey a la persona titular del cargo, de lo que se derivaría como cuestión fundamental la dependencia y el control de la institución por el Parlamento, el Gobierno o el Consejo General del Poder Judicial.

Todo lo anterior determininó que el artículo 124. 4 CE. fuera aprobado sin ningún voto en contra. Con razón ha podido escribir Francisco Granados, autor de una meritoria monografía sobre el tema que nos ocupa, que la opción constitucional adoptada «fue una decisión deliberada y consciente en la que participó de manera expresa o tácita, por

---

(14) La propuesta de reforma del artículo 124. 4 CE que formulo en el último epígrafe de esta exposición coincide textualmente con esta enmienda.

acción u omisión, la totalidad de los Grupos parlamentarios que finalmente aprobaron la Constitución» (15).

Se llegó así al actual artículo 124 de la Constitución que si bien es cierto que, desde una perspectiva teórica, no ha zanjado, ni mucho menos, la discusión doctrinal sobre cuál sea la naturaleza del Ministerio Fiscal y cuál su posición en la estructura de los poderes del Estado, preciso es reconocer que, desde una perspectiva político-constitucional basada en el examen de la realidad de los últimos veinticinco años, la cuestión ha sido resuelta.

De poco ha servido la eliminación formal del sintagma que definía a la institución como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales si finalmente la cabeza rectora del Ministerio Fiscal es nombrada y cesada libremente por el Gobierno. Esta es una contradicción que el constituyente no resolvió, como tampoco resolvió la que va a ser objeto central de estas páginas: si la dependencia gubernamental constitucionalizada en el apartado 4 del artículo 124 es la más adecuada para el cumplimiento de la función esencial atribuida a la institución, la defensa de la legalidad, en el apartado primero del mismo artículo.

Sea de ello lo que fuere, y como conclusión de este análisis del iter parlamentario del precepto que nos ocupa, podemos afirmar que el apartado 4 del artículo 124 ha contribuido a precisar los perfiles del instituto. Como clave de bóveda, ha servido para superar las contradicciones internas del precepto y ha dado como resultado indiscutible una determinada concepción del Ministerio Fiscal. Esa concepción podrá ser criticada, pero lo que no puede en modo alguno negarse es que tiene un sólido fundamento constitucional. La vinculación y dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno se apoya en ese apartado cuarto.

### 3. LA EXÉGESIS DOCTRINAL DEL ARTÍCULO 124 DE LA CONSTITUCIÓN

Un exhaustivo y pormenorizado estudio de la literatura jurídica sobre el tema condujo en 1989 a Francisco Granados a la siguiente

---

(15) GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal* (Del presente al futuro), Tecnos, Madrid, 1989, p. 38.

conclusión: en la doctrina española «se aprecia una sensación entre pesimista y alarmista, respecto de una conclusión imperfecta o inacabada, que, por otra parte, no se atreven a confirmar en su desnudez. Es la sensación de que el Ministerio Fiscal, se quiera o no, es un apéndice o “fiel servidor” del Poder Ejecutivo» (16). Quince años después de formuladas, estas palabras conservan plena actualidad y vigencia. Se quiera o no, por imperativo constitucional, el Ministerio Fiscal depende del Gobierno. Todas aquellas interpretaciones doctrinales que pretendan negar tal tesis, chocarán con el artículo 124. 4 en el que la dependencia gubernamental del Ministerio Fiscal encuentra un sólido anclaje. Ahora bien, que ello sea así no quiere decir que deba seguir siéndolo, habida cuenta la experiencia de los últimos años en los que el Fiscal General del Estado era calificado por los grupos políticos de la oposición como Fiscal General del Gobierno, por la defensa que, en todo momento, hizo de las posiciones gubernamentales sobre diferentes temas, incluidos aquellos que afectaban personalmente en materia penal a miembros del Consejo de Ministros.

Los temores y celos existentes en los primeros años de la década de los ochenta sobre el peligro de utilización partidista y sectaria del Ministerio Fiscal, lejos de desvanecerse se han incrementado. En última instancia, los detractores de la dependencia gubernamental de la institución consagrada en el artículo 124. 4 de la Constitución, se planteaban una pregunta extrema y para ellos clave: «¿Cómo va el Gobierno a dar instrucciones al Fiscal General del Estado para que promueva acciones contra un miembro de su gabinete, en un supuesto delictivo, si el Ministerio Fiscal depende del propio Gobierno? Y aunque las diera, ¿cómo quedaría preservado el principio de su objetividad o imparcialidad?» (17).

---

(16) GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., pp. 38-39.

(17) GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 349. Este autor dice que la respuesta es tan sencilla que radica en la misma responsabilidad del Gobierno ante el Poder Legislativo, que representa la soberanía nacional. Y que esa responsabilidad comporta consecuencias graduales que pueden llegar incluso a la moción de censura y al procesamiento del Presidente o de cualquiera de los miembros del Gobierno si la responsabilidad trasciende al ilícito penal. Lamentablemente esta respuesta es tan sencilla como ingenua. La experiencia ha demostrado que en los últimos años (2000-2004) la existencia de una mayoría absoluta que ha respaldado sin fisuras la acción gubernamental ha convertido en inoperantes los citados mecanismos de exigencia de responsabilidades.

### 3.1. *La problemática incardinación del Ministerio Fiscal en la estructura del Estado constitucional: su «autonomía funcional»*

El profesor López Aguilar, –en una brillante y sugerente monografía sobre los aspectos problemáticos que la Justicia plantea en nuestro sistema constitucional–, ha criticado «el denodado esfuerzo por incardinar (al Ministerio Fiscal) en alguno de los tres poderes clásicos». Compartimos su crítica si, efectivamente, ese esfuerzo se basa en «la peregrina –aunque no inocua– especie de que más allá de la ideal concepción tripartita de los poderes del Estado no habría más que el vacío, cuando no, peor aun, un agujero negro de absolutismo estatal o desviación hacia ello» (18). Y ello por la razón evidente de que con tan simplista como errónea concepción del Estado Constitucional, ni la Justicia constitucional concentrada, ni la participación del Gobierno en la función legislativa, ni la actividad comisionada de las Cortes Generales desempeñada por el Defensor del Pueblo, podrían ser entendidas.

Como acertadamente advierte el autor citado, en el Estado constitucional «no sólo se funden tres poderes como tipos ideales de las respectivas expresiones funcionales del poder que se reputa legítimo, sino también otro entramado más complejo y delicado de órganos (...) y de instituciones que tienen la exacta incardinación, sentido funcional y extensión (...) que la Constitución ha deseado conferirles». Lo que le lleva a concluir que el Ministerio Fiscal no es Poder Judicial por el sólo y simple hecho de aparecer consignado dentro del Título VI de la Constitución, sino que se configura como un órgano del Estado cualificado por rasgos institucionales propios: «un órgano cuya misión es promover la acción de la Justicia (ante la que actúa, pues, sin formar parte de ella) por medio de órganos propios cuya definición objetiva y funcional habrá de actuarse por Ley y a la cabeza de los cuales se sitúa a un Fiscal General del Estado nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno y oído el CGPJ» (19).

En el principio de autonomía funcional (artículo 1 EOMF) reconducido a la previsión constitucional de que el Ministerio Fiscal ejerce

---

(18) LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia...*, ob. cit., p. 167.

(19) LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia...*, ob. cit., p. 168.

sus funciones «por medio de órganos propios», el profesor López Aguilar encuentra la clave de la singularidad de la institución en el seno de la estructura del Estado: *el Ministerio Fiscal no es Poder Judicial, no es Poder Ejecutivo, pero no es tampoco per se un poder independiente*.

Ahora bien, prosiguiendo con esa argumentación hemos de subrayar que, aceptado que el Ministerio Fiscal ni es ni puede ser independiente, y aceptado también que su actuación mediante órganos propios impide configurarlo como parte integrante del Poder Ejecutivo, aun no siendo Poder ejecutivo es una institución a él vinculada y dependiente. Y en la medida en que esto es así, el profesor López Aguilar, con el indiscutible apoyo del artículo 124. 4 de la Constitución, concluye subrayando la necesidad de establecer una vinculación de la institución con alguno de los poderes existentes, que es cierto que no son tres sino más, pero no menos cierto es que si el Ministerio Fiscal no es independiente, la lógica más elemental nos obliga a concluir que es dependiente por que no se puede ser no independiente y no dependiente a la vez. Y admitido como dato cierto que es una institución dependiente, la única pregunta que cabe formular es dependiente ¿de quién?. Y ante este interrogante, la respuesta del profesor López Aguilar no puede ser refutada con el texto constitucional en la mano: «Debe quedar fuera de discusión el designio constitucional de reafirmar, guste o no guste, la vinculación entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal» (20).

Sin embargo, a pesar de la claridad con que esa vinculación aparece formulada, la doctrina dista mucho de ser unánime en su exégesis del precepto constitucional que nos ocupa. Las distintas interpretaciones del artículo 124, y dejando al margen ciertas posiciones intermedias o eclécticas, pueden agruparse, básicamente en dos bloques: lo que podemos denominar, respectivamente, concepción gubernamental y concepción judicialista del Ministerio Fiscal.

### 3. 2. *La concepción gubernamental del Ministerio Fiscal*

En los trabajos ya citados de López Aguilar y de Granados se encuentran las mejores formulaciones de esta tesis. Tesis que, insisto,

---

(20) LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia...*, ob. cit., p. 205.

es, en mi opinión, la única compatible con la literalidad del texto constitucional y con la voluntad expresa del constituyente de 1978. Su premisa básica es la consideración del Ministerio Fiscal como una pieza clave en la ejecución de la política criminal determinada por quien, constitucionalmente, tiene facultad para ello, esto es el Gobierno de la Nación (21).

El fiscal asume funciones de relación entre órganos y/o poderes del Estado. «Las funciones que el artículo 124. 1 de la Constitución encomienda al Ministerio Fiscal son en parte sustantiva (no desde luego, exclusiva) una inexcusable traducción jurídico-procesal y forense de las responsabilidades del Gobierno (éstas sí exclusivas) en la determinación y defensa en sede jurisdiccional de ese bien constitucional que es “el interés general tutelado por la ley”, así como en la promoción para ello de la acción de la Justicia» (22). Es lógico que la Constitución haya querido que el Gobierno tenga acceso a una institución medial capaz de promover ante los tribunales la acción de la Justicia. «Es lógicamente al Gobierno, y no a ningún otro órgano, al que los ciudadanos exigen no sólo que, por la mediación de las Cortes Generales, la legislación penal se configure de ésta o de aquella manera, sino también que, una vez configurada como el legislador ha resuelto, dicha normación sea actuada y, en su caso, exigida por cauces jurisdiccionales» (23). Y si el Gobierno no puede en modo alguno responder del patrón de la actuación —o falta de actuación— de Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial unitario e independiente, sí debe hacerlo por lo menos —o, mejor, poder hacerlo— respecto del eventual y oportuno impulso de su actuación en defensa de intereses públicos y generales, tutelados por las leyes (24).

Ante estas afirmaciones que no se limitan a explicar el artículo 124 de la Constitución sino que contienen una clara defensa de la opción constitucional cabe realizar algunas consideraciones. En primer lugar, señalar que si bien es cierto que el Gobierno tiene un interés en que la ley sea defendida, dicho interés no es mayor que el que tienen los propios autores de la ley en que su obra se cumpla, esto es, las Cortes

---

(21) LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia...*, ob. cit., p. 200. GRANADOS, F.: *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 349.

(22) LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia...*, ob. cit., p. 206.

(23) LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia...*, ob. cit., p. 207.

(24) *Ibid.*

Generales. Y en segundo lugar, que no debe olvidarse que la naturaleza parlamentaria del régimen determina que los ciudadanos no pueden exigir responsabilidad alguna al Gobierno sino únicamente a la mayoría parlamentaria, no renovando su confianza en ella.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la Constitución de 1978 y la Ley 50/1981 reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal han consagrado un sistema gubernativo (opuesto a lo que podría calificarse como sistema judicialista) como modelo de configuración institucional del Ministerio Fiscal. En este sistema, el Ministerio Fiscal es un representante del gobierno, o, en palabras de Jimenez Blanco, su defensor natural (25). La subordinación de la institución al Gobierno se presenta así como la nota esencial y distintiva del modelo. Desde esta óptica, el fiscal, escribe Marchena «aparece como un valedor de los intereses políticos que, en cada caso, conformen el programa o proyecto ideológico del Gobierno» (26).

En todo caso, los partidarios de esta concepción precisan que la vinculación o dependencia del Gobierno no debe ser vista siempre como algo negativo, habida cuenta que cuando el gobierno actúa lo hace cumpliendo su función constitucional (art. 97) de dirigir y conducir la política del Estado según el proyecto o programa político que le ha permitido alcanzar la mayoría parlamentaria (27). Se razona, en estos términos, que el Gobierno en su condición de director de la política nacional no puede verse privado de las armas necesarias para lograr la puesta en marcha del sistema judicial (28). Desde esta óptica, el Fiscal

---

(25) JIMÉNEZ-BLANCO, A., «Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal» en *El Poder Judicial*, AA.VV., Dirección General de lo Contencioso-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, vol. II, p. 1642.

(26) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 111.

(27) El esfuerzo por dotar a los representantes del Ministerio Fiscal de garantías de autonomía en el acometimiento de sus atribuciones específicas es una respuesta históricamente condicionada por la precedencia de etapas en las que prevalecía el sometimiento directo a un Ejecutivo no sujeto a control jurídico y político. En el contexto del Estado Constitucional donde existe un Gobierno democrático responsable ante el Parlamento de la ejecución de un programa y de una determinada política penal, esas reivindicaciones de autonomía, según los autores citados, pierden buena parte de su sentido.

(28) JIMÉNEZ-BLANCO, A., «Relevancia constitucional...», ob. cit., p. 1632.

es el instrumento mediante el cual, en cierta medida, el Gobierno participa en el funcionamiento del Poder Judicial. Así ocurre, por ejemplo, cuando las pretensiones del Ministerio Fiscal en el proceso penal se inspiran en unas determinadas directrices de mayor rigor formuladas por el gobierno en la medida en que éste estima necesaria una mayor dureza para la represión de tipos especiales de delincuencia. Innecesario es señalar que el Juez, en su decisión final, en atención a otros criterios hermenéuticos puede llegar a resultados distintos a los solicitados por el Fiscal.

En conclusión, el Gobierno que no puede requerir o interesar directamente a los Tribunales una determinada actuación de estos, se vale del Ministerio Fiscal para llevar a cabo esos requerimientos. Dicho con otras palabras, el programa político del Gobierno no vincula a los Jueces, pero sí puede condicionar la actuación del Ministerio Fiscal.

Esta concepción del Ministerio Fiscal se fundamenta en numerosos preceptos constitucionales y legales, preceptos todos ellos, según la tesis que comentamos, que demuestran que en nuestro sistema se ha descartado por completo una concepción judicialista del Ministerio Fiscal: a) El artículo 117 de la Constitución según el cual el Poder Judicial, se integra sólo por Jueces y Magistrados; b) El artículo 122 de la Constitución que no comprende al Ministerio Fiscal entre los miembros del Consejo General del Poder Judicial; c) El artículo 124 de la Constitución que en su apartado tercero prevé la existencia de una Ley reguladora del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal como una Ley distinta a la Ley Orgánica del Poder Judicial; d) El artículo 8 del EOMF que dispone que el Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público; e) El artículo 67 del EOMF que prevé que las resoluciones del Fiscal General del Estado serán recurribles en alzada ante el Ministro de Justicia.

En todo caso, al margen de los anteriores argumentos, el apartado cuarto del artículo 124 (desarrollado por el artículo 29 del EOMF) es el pilar fundamental sobre el que se apoya esta tesis. Y preciso es reconocer que se trata de un pilar de notable fortaleza. El Fiscal General del Estado es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno. En última instancia, la facultad del Gobierno de nombrar y cesar libremente a la

cabeza rectora del Ministerio Fiscal, es lo que dada la estructura piramidal y jerarquizada de la institución, convierte a esta en un órgano claramente dependiente y subordinado del Gobierno de la Nación. «La persona del Fiscal General del Estado –ha escrito Marchena– se erige, por razón de la monopolización gubernamental de su nombramiento, en cargo político de inestable e incierto futuro» (29).

Hasta tal punto esto es así que el profesor Alvarez Conde ha señalado que el sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado convierte su dependencia respecto del Gobierno en «cuasijerárquica» pudiéndose incluso hablar de una «responsabilidad política del Fiscal General» (30). En parecidos términos se pronuncia Beltrán Ballester, para quien la subordinación constante del Ministerio Fiscal «creo que suficientemente demuestra al Poder Ejecutivo «evidencia la notoria gobernabilidad de la Institución, incompatible con la pretendida judicialidad constitucional, ya que «la oposición de un Fiscal a satisfacer los deseos del gobierno puede dar lugar al relevo de su jefatura si la ostenta e incluso su postergación hacia otros puestos silentes» (31). La historia reciente de la institución ha confirmado estos temores.

Ahora bien, frente a esta concepción, –discutible desde el punto de vista de su adecuación al mejor cumplimiento de la misión constitucional del Ministerio Fiscal, pero sólidamente apoyada en el artículo 124.4 del Texto Constitucional– se ha propuesto como alternativa otra que carece de apoyo constitucional y no es tampoco adecuada para la comprensión cabal de la institución. Se trata de la judicialización como alternativa a la gubernamentalización.

### 3. 3. *La concepción judicialista del Ministerio Fiscal*

Ante la solidez de los anteriores argumentos, y en particular ante la literalidad del párrafo cuarto del artículo 124 cuya interpretación no

---

(29) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 196.

(30) ALVAREZ CONDE, E., «Algunas consideraciones sobre la posición constitucional del Poder Judicial» en *El Poder Judicial*, AA. VV., Dirección General de lo Contencioso-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, vol. I, pp. 522 y ss. GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 344. COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124»..., ob. cit., p. 563.

(31) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 121.

admite dudas, va a resultar muy difícil y requerir notables esfuerzos teóricos, la fundamentación de la tesis que sostiene que en nuestro sistema constitucional encuentra anclaje un modelo judicialista del Ministerio Fiscal.

Su fundamentación teórica se basa en la consideración de que la magistratura debe estar organizada de tal modo que «no sólo cada juez sea independiente de juzgar según su ciencia y conciencia, sino que esa magistratura, colectivamente considerada (...), sea independiente de los otros poderes del Estado, se baste a sí misma, encuentre en sí misma las maneras y medidas para recorrer el ciclo de su legítima acción» (32). Y como ese ciclo comprende no sólo la función de resolver los conflictos, sino también la actividad promotora necesaria para que el órgano dirimente se pronuncie, resulta indispensable, para quienes defienden esta tesis, que tanto los órganos de promoción o postulación como los decisorios o dirimientes se encuentren integrados en un mismo Poder del Estado.

Los partidarios de esta concepción pretenderán basarla en las novedades que, a su juicio, incorpora la Constitución y el EOMF, con respecto a la concepción histórica tradicional de la institución. Como principales argumentos, esgrimen los siguientes: a) La ubicación sistemática del artículo 124 regulador del Ministerio Fiscal en el Título VI de la Constitución que lleva por rúbrica «Del Poder Judicial»; b) El artículo 2 del EOMF que establece que el Ministerio Fiscal se halla «integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial»; c) La superación de la concepción del fiscal como órgano de comunicación entre el

---

(32) Según Conde-Pumpido, lo que exige el sistema procesal vigente es que «para que haya proceso y sentencia, alguien lo pida, que la actividad jurisdiccional se promueva desde fuera de ella misma, quedando así separadas las funciones de acusar y juzgar. Ambas son funciones públicas más lo que se busca justamente es que el Estado, en cuanto acusa, no juzgue; en cuanto juzgue, no acuse. Con la distinción del Ministerio Fiscal se satisfacen al mismo tiempo todas esas exigencias coordinadas, políticas y técnicas, por igual». CONDE-PUMPIDO, C., «La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y el nuevo Estatuto Orgánico» en *El Poder Judicial*, AA. VV., Dirección General de lo Contencioso-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, vol. I, pp. 656-885. CALVO RUBIO, J. A., «El Ministerio Fiscal en la Constitución» en *El Poder Judicial...*, ob. cit., vol. I, pp. 638-646.

gobierno y el Poder Judicial que se traduce en que el Gobierno queda sometido al régimen general de actuación del Ministerio Fiscal cuyas funciones se ejercerán de oficio o a petición de los interesados, debiendo, por tanto, el gobierno acudir al fiscal como un interesado más; d) La previsión del artículo 8. 2 del EOMF que dispone que el gobierno podrá interesar al Fiscal General del Estado, (no ordenar) y que éste resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas; e) La expansión de las funciones atribuidas por la Constitución y la Ley al Ministerio Fiscal afectarían a su misma naturaleza; f) La equiparación de los fiscales con los jueces y magistrados operada en los artículos 42, 52, 53 y 70 del EOMF a los efectos de ingreso en la carrera, permisos, licencias y recompensas, régimen retributivo y sistema de rehabilitación; g) El hecho de que el artículo 127 de la Constitución extiende la prohibición de desempeñar cargos públicos o pertenecer a partidos políticos o sindicatos a Jueces y Fiscales.

Con estas premisas, los partidarios de la concepción judicialista del Ministerio Fiscal, rechazarán algunos de los argumentos esgrimidos por sus detractores. Así, y respecto al razonamiento de que el artículo 117 atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional exclusivamente a los jueces y tribunales, Conde-Pumpido ha advertido, con claridad y acierto, que esa exclusividad dista mucho de poder ser afirmada con la rotundidad con que habitualmente se hace. La razón no debe ser difícil de comprender. Prescindiendo del tema que nos ocupa, según nuestra Constitución otros órganos ejercen o comparten la función de juzgar: la jurisdicción militar (art. 117. 5), el jurado (art. 125) y los tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 125) (33).

Y respecto a la exclusión de los Fiscales del Consejo General del Poder Judicial, se ha sostenido que de la ausencia del Ministerio Fiscal de un órgano esencialmente administrativo o de gobierno, y no jurisdiccional, no cabe extraer conclusiones respecto a la naturaleza del Ministerio Fiscal. A mayor abundamiento, Calvo Rubio ha subrayado que, en todo caso, el Consejo General del Poder Judicial interviene en el nombramiento del Fiscal General del Estado, siendo indispensable

---

(33) CONDE-PUMPIDO, C., «La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal...», *ob. cit.*, pp. 871-872.

no subestimar «la obligada audiencia del Consejo si no se le relega, en la práctica, a mero trámite, lo que depende, en último término, de la propia independencia de aquel órgano» (34).

Todo ello no puede hacernos olvidar un dato clave que ha sido subrayado por Cobo del Rosal. La tesis judicialisada obvia el dato evidente e indiscutible de que en el Ministerio Fiscal no concurren dos notas esenciales e inherentes al Poder Judicial: la independencia y el ejercicio de la función jurisdiccional (35).

La independencia del juez se vincula a su actividad distintiva: la impartición de Justicia. El juez debe ser siempre un tercero independiente en cuanto que árbitro imparcial para la resolución de los conflictos (36). Se le configura con la nota de independencia para que desempeñe con la máxima garantía de imparcialidad su función, exclusiva y excluyente, de dictar el derecho correspondiente al caso concreto que conoce, no para inventar derecho con independencia.

La adjetivación de «independiente» no figura entre las que contempla el estatuto constitucional del Ministerio Fiscal. La que procede es la de «imparcial». Y se trata, una vez más, de una imparcialidad distinta de la propia del órgano judicial. En ésta dicha imparcialidad es inherente a su condición de tercero supra partes. En el Ministerio Fiscal, la imparcialidad se desprende de *la promoción objetiva de la legalidad* ante los tribunales, sin sujeción mecánica ni a las posiciones sostenidas por las partes ni al propio órgano encargado de instruir o juzgar (37).

---

(34) CALVO RUBIO, J. A., «El Ministerio Fiscal...», *ob. cit.*, p. 644.

(35) COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124» ..., *ob. cit.*, p. 558.

(36) «Un Poder Judicial –escribe Cobo del Rosal– que tuviese atribuida en exclusiva la función de velar por el cumplimiento de la Ley habría de asumir coétaneamente un papel político activo y dejaría de ser el árbitro pasivo e imparcial, objetivo y desinteresado que, ciertamente, le corresponde ser». COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124»..., *ob. cit.*, p. 559.

(37) En este sentido el profesor López Aguilar ha advertido con gran agudeza que «nos enfrentaremos de manera inexorable a la evidencia de que el Ministerio Fiscal ha de ser, sí, independiente, ante todo y por encima de la aparente paradoja, del propio Poder Judicial. Sólo desde esa independencia podrá accederse a la óptica constitucional correcta, que lleva a diferenciar –en modo alguno a confundir– la misión de cada uno (...) Si el Fiscal ha de actuar ante el Poder Judicial, es evidente que aquél no puede y mucho menos a la vez, ser un órgano integrante del mismo Poder Judicial». LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia...*, *ob. cit.*, pp. 198-199.

Establecido lo anterior y como han apuntado entre otros, López Aguilar (38), Granados (39) o Cobo del Rosal (40), podemos determinar el verdadero alcance de la ubicación del artículo 124 de la Constitución en el Título correspondiente al Poder Judicial, así como el significado de su integración con autonomía funcional en dicho Poder según la equívoca expresión del EOMF. El Ministerio Fiscal no es un órgano de la Administración de Justicia sino en y para la Administración de Justicia. No siendo un órgano del Poder Judicial desarrolla sus funciones en el seno de la Administración de Justicia como promotor de la misma.

En última instancia, todo el esfuerzo de la concepción judicialista está dirigido a construir un Ministerio Fiscal del que sea predicable la nota de la independencia. Su objetivo no es otro que la defensa de la desvinculación del Ministerio Fiscal del Gobierno. Considero que el objetivo o fin pretendido es loable pero el medio arbitrado muy endeble e inconsistente. La desgubernamentalización del ministerio fiscal es necesaria, pero ello ni puede ni debe conducir a configurarlo como un poder independiente (41). Dicha hipotética solución plantearía muchos

---

(38) LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia...*, ob. cit., p. 180.

(39) GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 55.

(40) COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124»..., ob. cit., p. 558.

(41) Granados ha puesto de manifiesto el carácter reactivo de esta tesis: «Tantos y tan prolongados años de total e indiscutible dependencia del Jefe del Estado, del Ministro de Gracia y Justicia o del Gobierno en el Poder, ha hecho posible, como lógica reacción y a medida que se ampliaban las funciones y competencias del Ministerio Fiscal, la formación de una corriente en su seno que, apartándose radicalmente de tan marcada tutela, ha evolucionado hacia fronteras opuestas». GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 59. Así doctrinalmente se construyó su autonomía considerada por algunos como un escalón previo hacia la posible y deseada independencia. La independencia del Ministerio Fiscal es un eslabón concatenado con dos principios constitucionales: legalidad e imparcialidad. La construcción ideológica de los defensores a ultranza del Ministerio Fiscal puede resumirse en estos términos: si éste se rige en su actuación por el principio de legalidad, lo que comporta no sólo que deba estar siempre atento a cualquier vulneración del ordenamiento parta éste de donde parta, sino que en virtud de ese mismo principio no pueda aceptar ninguna orden o instrucción que se aparte de la legalidad, necesita disfrutar de un status de independencia que asegure su actuación imparcial. GIL-ALBERT, J. M., *El Ministerio Fiscal en la España de Hoy*, Madrid, 1981. La consideración del Ministerio Fiscal como un poder independiente no es una tesis novedosa ni inédita. Doctrinalmente encuentra uno de sus más brillantes expositores en el profesor Alcalá Zamora, y desde una perspectiva de dere-

más problemas que los que resuelve, y en todo caso, carece completamente de fundamento en nuestro sistema constitucional.

Por ello, frente a la indeseable judicialización del instituto, frente a su imposible configuración como un Poder independiente, y frente a la opción contenida en el artículo 124. 4 de un Fiscal subordinado al Gobierno, en este trabajo se va a defender la vinculación de la institución con el Poder legislativo del Estado, y ello porque es dicho poder el creador de la legalidad en cuya defensa encuentra el Ministerio Fiscal su razón de ser.

#### 4. LA DEFENSA DE LA LEGALIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA INSTITUCIÓN

Con meridiana claridad y acierto pleno, el profesor Cobo del Rosal sostiene que «toda la actividad del Ministerio Fiscal puede sintetizarse en la consistente en ser representante y defensor de la legalidad» (42).

---

cho comparado, es la opción adoptada por el constituyente italiano de 1947. Apoyándose en el razonamiento anteriormente expuesto el profesor Alcalá-Zamora propuso ya en 1929 desvincular el Ministerio Fiscal del Poder Ejecutivo y configurarlo como una instancia independiente: «Se nos ocurre preguntar –escribió el insigne procesalista– que hará el Ministerio Público cuando sea el Gobierno quien infrinja la Constitución, porque el caso, incluso de buena fe, se puede dar con bastante frecuencia; actualmente se trata de un callejón sin salida: o se coloca al Fiscal en contra del Gobierno, a quien representa, o no vela por la Constitución, que será lo más probable; en cambio, independiente, podría cumplir ese deber fundamental». ALCALÁ-ZAMORA, N., «Lo que debe ser el Ministerio Público» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año LXXVIII, noviembre, 1929. Tomo 155. El modelo a imitar para este sector doctrinal es el configurado por la Constitución italiana de 1947. El Ministerio Público es en Italia una institución autónoma integrada en el Poder Judicial hasta el punto que el Procurador General de la República es miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Consejo que es presidido, y conviene no olvidar este dato, por el Ministro de Justicia del Gobierno de turno. Junto a los Jueces y Magistrados integrantes de la Magistratura decisora, están los miembros del Ministerio Público que integran la Magistratura postulante.

(42) COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124»..., *ob. cit.*, p. 550. Igualmente, Marchena: «Las restantes misiones que constitucionalmente se atribuyen al Ministerio Fiscal pueden quedar absorbidas por la que venimos comentando. Un fiscal respetuoso con la legalidad es, al propio tiempo, garante de los derechos de los ciudadanos, del interés público tutelado por la ley, de la independencia de los tribunales y del interés social». p. 145.

Y es que, efectivamente, la descripción que del Ministerio Fiscal hace el artículo 124 de la Constitución pone de manifiesto que para el constituyente «sólo la defensa de la legalidad justifica el fin y proporciona el medio en cualquier actuación del Ministerio Fiscal para el desarrollo de sus cometidos» (43). En este sentido, el apartado primero del artículo 124 asigna al fiscal la misión de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad»; y el apartado segundo aclara que el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones –acaba de atribuirle la de la defensa de la legalidad– «con sujeción en todo caso» al principio de legalidad.

Para algunos, esta sumisión al principio de legalidad sería una mera tautología en la medida en que no sólo el Ministerio Fiscal sino todos los poderes públicos se hallan sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento (art. 9.1 CE). Por ello, para quienes así razonen, no cabe extraer especiales consecuencias de esas referencias a la legalidad.

Frente a esa minusvaloración del principio de legalidad, debemos subrayar que en lo que afecta al Ministerio fiscal, la legalidad presenta una doble vertiente puesto que se erige simultáneamente como principio rector y como finalidad última de la actuación del órgano. Dicho con otras palabras, si bien es cierto que todos los poderes públicos están sometidos al imperio de la ley, y ello es esencial al Estado de Derecho, «solo el Fiscal –escribe Marchena– es el órgano dibujado y construido constitucionalmente para la defensa y el mantenimiento de la legalidad» (44). Ello implica que la legalidad tiene un valor funcional diferente para el Ministerio Fiscal que para el resto de los Poderes Públicos. Así, la Administración está sometida a la ley, pero no tiene por misión su defensa y actuación. La administración encuentra en el respeto a la ley, el límite de su actuación pero no el objeto de la misma (45).

En este sentido y siguiendo a Marchena podemos afirmar que hablar del Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad, equivale a referirse al órgano depositario del interés del Estado en mantener la

---

(43) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 124.

(44) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 129.

(45) CONDE-PUMPIDO, C., «La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal...», ob. cit., p. 887.

integridad y observancia de las leyes por él promulgadas para la adecuada convivencia social (46). Así se ha avanzado que la razón de ser del Ministerio Fiscal se encuentra en el ámbito procesal, donde resulta indispensable cohonestar el principio básico de que nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo, con el interés del Estado en que sus leyes sean respetadas por sus destinatarios (47).

El Ministerio Fiscal realiza una defensa indirecta pero esencial de la legalidad vigente, consistente en ejercitar las acciones procesales conducentes en cada caso a que los órganos jurisdiccionales competentes aseguren o restituyan la legalidad en cuantos supuestos concretos se haya producido, real o potencialmente, su perturbación o inobservancia. Su misión resulta así tan necesaria, ha advertido Granados, que se confunde con la propia necesidad de subsistencia del Estado social y democrático de Derecho: «Un Estado así definido precisa, más que cualquier otro de distinto entramado político, estar permanentemente atento y abierto a la posibilidad de pequeñas rupturas del orden jurídico-constitucional, poniendo en práctica en todos los casos su voluntad garantizadora de ese orden y tan constante actividad –jurídica pero también, en igual medida, política– se encomienda por la Constitución de manera expresa al Ministerio Fiscal» (48).

---

(46) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 127.

(47) Es cierto –argumenta Serra Domínguez– que la jurisdicción tiene como primordial función la actuación de la ley en el proceso. Sin embargo, el Poder Judicial como tal quedaría tal vez desnaturalizado en su esencia si se le concibiera como el defensor de la legalidad, pues esa misión de velar por la estricta observancia y cumplimiento de las leyes exige una postura activa en la búsqueda de la transgresión, lo que, indudablemente, haría surgir un pronóstico de predeterminación en la futura resolución que hubiera de dictarse. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Ministerio Fiscal» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1978, pp. 405 y ss.

(48) GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 149. El autor es consciente de la carga polémica que conlleva su afirmación referente al carácter político de la función del fiscal. En la medida en que comparto plenamente su tesis superadora de un positivismo jurídico y de un formalismo contrario a la idea misma de Constitución normativa como expresión de un orden material de valores, creo oportuno reproducir aquí sus palabras: «Y decimos que su actividad es tan jurídica como política conscientes de la polémica que puede suscitar esta afirmación, pero convencidos plenamente de que el cumplimiento del principio de legalidad no es un fin por sí mismo que deba bastar a los Poderes del Estado, sino un medio indispensable para el cumplimiento y logro de los valores superiores de todo el ordenamiento jurídico plasmados en el artículo 1.1 de la Constitución». GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., pp. 149-150.

La necesidad de un órgano encargado de la específica misión de defender la legalidad y de actuar en ella resulta incuestionable. La duda surge en cuanto a si el Ministerio Fiscal, órgano al que se le ha atribuido constitucionalmente tan relevante función, está configurado de forma tal que pueda desempeñarla con éxito. Para decirlo con mayor claridad y contundencia, de lo que se trata es de analizar si el Ministerio Fiscal en su concepción actual puede llevar a cabo la defensa de la legalidad sin temor a injerencias gubernamentales que pretendan hacer valer ante los tribunales una determinada interpretación de la legalidad, en definitiva impuesta, y por ende forzada (49).

En este sentido, compartimos la crítica tempranamente formulada por el profesor Cobo del Rosal y reiterada por Marchena Gómez. Para dichos autores sólo la proximidad y la vinculación del Ministerio Fiscal al órgano legislativo y no al Gobierno, puede permitir al Fiscal llegar a captar por sí, sin necesidad de impulsos ajenos, qué actividad jurisdiccional aconseja, la defensa del interés público o la satisfacción del interés social (50).

Creo por ello oportuno concluir este epígrafe con la siguiente reflexión de Marchena, crítica con las dos concepciones del Ministerio Fiscal anteriormente examinadas: «Se discute hasta la saciedad si el Ministerio Fiscal forma parte del Poder Judicial o si, por el contrario, queda absorbido en el espacio de poder reservado al Ejecutivo. En muchas ocasiones, se obtiene la impresión de que tal polémica doctrinal se reitera por una suerte de inercia metodológica a la que muy pocos se sustraen. Si estamos aproximándonos a un órgano constitucional a quien se encomienda la salvaguarda de la legalidad que la propia Constitución garantiza, se hace difícil entender la razón por la cual se olvida una tercera posibilidad de alojo o acomodo del Ministerio Público». Esta tercera posibilidad es la siguiente: «Quien defiende la legalidad ha

---

(49) «La no adopción de un modelo del Ministerio Fiscal próximo al Poder Legislativo (...) puede representar un serio obstáculo para que la custodia de la legalidad quede libre de toda sospecha cuando, en casos concretos y puntuales, el Poder Ejecutivo pretenda imponer un criterio interesado de la realidad jurídica aplicable a un determinado acaecimiento social (...)». MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., 145.

(50) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., 151-152. COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124»..., ob. cit., p. 551.

de tener una íntima conexión con el Poder que constituye esa misma legalidad de cuya custodia se trata. La ubicación orgánica del Ministerio Fiscal ha de estar mucho más cercana al Poder Legislativo, generador de la legalidad, que del Poder Ejecutivo, encargado de su desarrollo y aplicación en la cotidiana acción de gobierno y que del Poder Judicial, encargado constitucionalmente de administrar Justicia». Compartimos plenamente la tesis de Marchena: El Fiscal debe estar orientado, en una especie de natural tendencia, hacia el órgano parlamentario productor de la legalidad que ha de defender (51).

##### 5. LOS PRINCIPIOS DE UNIDAD DE ACTUACIÓN Y DEPENDENCIA JERÁRQUICA

En la legalidad como principio rector del Ministerio Fiscal encuentran su fundamento los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Con meridiana claridad, el profesor Cobo del Rosal ha expuesto como los principios que nos ocupan son el corolario lógico e inevitable de la configuración constitucional del Fiscal como defensor de la legalidad: «El cabal entendimiento del principio de unidad de actuación no puede prescindir de la referencia al principio de legalidad cuyo defensor es el Ministerio Fiscal, de modo que dicha unidad de actuación responde a la precisa aplicación de la Ley con igualdad para todos los ciudadanos, pues a la generalidad de éstos va dirigida. Y coherentemente con lo expuesto, dicha unidad de actuación en defensa de la legalidad requiere de una determinada configuración y estructura por parte del organismo al que se haya conferido» (52).

En relación al principio de unidad de actuación, podemos afirmar que, aunque con sutiles matizaciones, la doctrina unánimemente lo considera presupuesto fundamental para la adecuada configuración y el correcto funcionamiento del Ministerio Fiscal (53). La razón no debe

---

(51) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 144.

(52) COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124»..., ob. cit., p. 554.

(53) En los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación del artículo 124 CE y a los que páginas atrás hemos hecho referencia, ningún grupo puso en cuestión el principio de unidad de actuación. Las únicas enmiendas que pretendieron modular su alcance fueron aquellas realizadas por quienes pretendían el establecimiento de Ministerios

ser difícil de comprender. La unidad constituye un presupuesto indispensable para llevar a cabo la función de defensa de la legalidad que la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal. La necesidad de una actuación no divergente de los distintos funcionarios del Ministerio Fiscal exige una uniformidad de criterio que excluya la diversidad de interpretaciones de una misma legalidad. «Sólo una unidad inquebrantable –escribe Marchena– que no conozca fisuras, que no adolezca de discrepancias externas, puede llevar a un eficaz ejercicio de la labor de defensa y garantía de la legalidad» (54). Por ello, los funcionarios del Ministerio Fiscal actúan siempre en representación de la institución, y según el criterio de ésta y no según sus individuales y particulares criterios interpretativos. Esto quiere decir que los fiscales no son libres intérpretes de la legalidad que han de defender en cada caso, sino que la concreta interpretación de la legalidad les viene dada ya por sus superiores jerárquicos, y, en última instancia, por el Fiscal General del Estado situado en la cúpula de la institución. Por ello pueden ser sustituidos entre sí sin que se quebrante la identidad de la representación.

Fácilmente se comprende que la realización efectiva del principio de unidad de actuación reclama, como apuntaban los autores citados, inexcusablemente, la consagración del otro principio que nos ocupa: la dependencia jerárquica (55). Dicho con otras palabras, la unidad de actuación es incompatible con la independencia de los funcionarios del Ministerio Fiscal individualmente considerados (56).

Así las cosas, y como advierte el profesor López Aguilar, «no resultan de recibo en este marco normativo, ni las actuaciones contradicto-

---

Fiscales de naturaleza autonómica. Enmienda nº 303 defendida por el Senador Bandrés en la Comisión de Constitución del Senado el 7 de setiembre de 1978. Diario de Sesiones del Senado, nº 51, 1978, p. 2436.

(54) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 160.

(55) «Puede establecerse así una íntima conexión entre el principio de unidad y el de dependencia jerárquica, en la medida en que este último es el instrumento indispensable para que la actuación unitaria pueda llegar a hacerse una realidad». MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 162.

(56) El Ministerio Fiscal ha de configurarse como «un aparato regido por una unidad de acción que evite la dispersión de los criterios de actuación y la impredecibilidad del sentido de la misma. Para garantizar cabalmente esa unidad ha quedado establecido en sede constitucional el expresado principio de dependencia jerárquica». LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia...*, ob. cit., pp. 208-209.

rias del Ministerio Público en cada concreto proceso, ni la impredecibilidad de los posicionamientos a adoptar por los representantes de este órgano» (57).

Los principios de unidad y dependencia jerárquica se concretan en el EOMF en los siguientes términos. El apartado primero del artículo 22 afirma que «el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado», y el apartado segundo añade que «el Fiscal General del Estado ostenta la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal». Tales postulados se precisan en los restantes apartados del artículo 22 y en los artículos 23 y 24 del Estatuto. El artículo 23 del mismo dispone con meridiana claridad que los miembros del Ministerio Fiscal actúan siempre «en representación de la Institución y por delegación de su jefe respectivo» y el artículo 22. 3 precisa que el Fiscal Jefe de cada órgano «actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos».

Ahora bien, si como hemos dicho el principio de unidad de actuación no ha sido discutido, no ocurre lo mismo en relación con el principio de dependencia jerárquica. Ello no deja de sorprender, habida cuenta que, como hemos expuesto, la unidad de actuación exige la dependencia jerárquica. Para comprender el significado de la crítica a este segundo principio resulta imprescindible distinguir en él dos dimensiones: la dependencia interna y la externa, o dicho con otras palabras, la dependencia en el Ministerio Fiscal, y la dependencia del Ministerio Fiscal (58). En nuestra opinión ambas son necesarias, aunque la concreta articulación constitucional de la dependencia externa de la institución no nos parezca la más adecuada para el correcto cumplimiento de las funciones encomendadas.

Un somero análisis de las críticas recibidas por el principio de dependencia jerárquica nos muestra que éstas tienen por objeto, mayo-

---

(57) LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia...*, ob. cit., p. 195.

(58) LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia...*, ob. cit., p. 210.

ritariamente, la dimensión externa del mismo, esto es la dependencia de la institución del Gobierno a través del Fiscal General del Estado. En este sentido hay que subrayar que el principio de dependencia jerárquica no exige, ni mucho menos, la gubernamentalización del Ministerio Fiscal. Cómo señala Pérez Gordo, la dependencia es, ante todo, un sometimiento interno a los órganos jerárquicamente estructurados del Ministerio Público, más no a órganos extraños que puedan hacer cuestionar su imparcialidad» (59). Cuando el apartado primero del artículo 124 de la Constitución menciona el principio de dependencia jerárquica está haciendo alusión, únicamente, a esta dimensión interna del principio que nos conduce a la subordinación directa o indirecta de todos los funcionarios del Ministerio Fiscal respecto al Fiscal General del Estado. Es éste quien ha de impartir «las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos» (art. 25 EOMF)

Ocurre, sin embargo, que el último apartado del mencionado artículo constitucional, (art. 124 CE) al constitucionalizar la dependencia de la cabeza rectora de la institución, esto es del Fiscal General del Estado respecto del Gobierno que lo nombra y cesa libremente, añade a la anterior dimensión interna del principio, una faceta externa.

Lo anterior determina que siendo el Fiscal General del Estado el órgano desencadenante de la línea de actuación del instituto, su nombramiento, y los mecanismos de control de aquél, así como las facultades del Consejo Fiscal y de las Juntas de Fiscalía, cobran un sentido especial. De lo que se trata entonces es de garantizar la desvinculación del Fiscal General de instrucciones gubernamentales interesadas cuyo seguimiento pudiera resultar contrario al cumplimiento de su función constitucional. En este sentido, la regulación actual de esas garantías deja mucho que desear. «Si el Fiscal General del Estado –escribe Marchena– se erige en la fuerza motriz generadora de los criterios interpretativos que va a sostener el órgano garante de la legalidad, si las reglas de actuación que disciplinadamente van a acatar todos los miembros del instituto provienen de aquel, es evidente que el nombramiento de la

---

(59) PÉREZ GORDO, A., «Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981» en *El Poder Judicial...*, ob. cit., vol. III., p. 955.

cabeza visible del Ministerio Fiscal, las reducidas competencias del Consejo Fiscal o el aparente pero ineficaz cometido de las Juntas de Fiscalía, no contribuyen a despejar las dudas o neutralizar las censuras referidas a la dependencia gubernamental» (60).

Ahora bien, la alternativa a esto no es una judicialización imposible en busca de una indeseada independencia. Indeseada porque, inexorablemente, conduciría a la «caotización» de la institución. Cobo del Rosal ha denunciado los peligros a los que conducen estas tesis: «El caos no tiene nada que ver con la función del Ministerio Fiscal. La caotización de su funcionalidad, como incluso absurdamente se ha pretendido e incluso desquiciadamente se ha producido en la realidad, debiera comportar la más severa de las respuestas desde el punto de vista sancionatorio (...) porque ello puede ser más peligroso que la discriminación o trato desigual por parte del Ministerio Fiscal a la ciudadanía, y hasta la no persecución, negligente o maliciosa, de los delitos de que tenga conocimiento, con ser esto último la mayor degradación a la que objetivamente puede verse conducida tan estimable Institución» (61).

Una vez establecido el significado y alcance del principio de dependencia jerárquica en su dimensión interna, procede poner de manifiesto como, pese a su taxativa formulación constitucional, el artículo 27 del EOMF regula un discutible «derecho a la discrepancia» (62) del funcionario fiscal respecto a las instrucciones de sus superiores jerárquicos, no sólo porque consideren ilegal una orden recibida –lo cual, con la salvedad que expondremos después resulta lógico y comprensible– sino también porque «por cualquier otro motivo la estime improcedente».

En cuanto al primer supuesto justificativo de la discrepancia, esto es que «la orden o instrucción se consideren contrarias a las leyes», debemos señalar que si bien es cierto, que resulta lógico y comprensible excluir la hipótesis de la obediencia ciega e incondicional por ser

---

(60) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 168.

(61) COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124»..., ob. cit., p. 555.

(62) LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La Justicia...*, ob. cit., p. 212.

incompatible con las exigencias intrínsecas de todo Estado Constitucional, no lo es menos que la redacción del precepto contrasta por su laxitud con otras referencias del ordenamiento (63). Laxitud que permitiría entender, quizás, como contraria a la ley cualquier defecto formal de la orden o instrucción recibida.

En todo caso, es el segundo supuesto el que plantea más problemas e incluso dudas sobre su adecuación al principio constitucional de dependencia jerárquica. La justificación de la discrepancia respecto de una orden de un superior jerárquico, basada no en el supuesto carácter ilegal de aquélla, sino en «cualquier otro motivo por la que la estime improcedente», aparece formulada en unos términos de gran amplitud.

A lo anterior hay que añadir, que esa facultad de discrepar, configurada en el segundo caso en tan amplios términos, aparece conferida no sólo a determinados órganos jerárquica o funcionalmente cualificados del Ministerio Fiscal, sino a todos y cada uno de sus integrantes.

## 6. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD E IMPARCIALIDAD

La lectura del artículo 124 de la Constitución nos pone de manifiesto que el Ministerio Fiscal no sólo tiene por misión –en la que encuentra, además, su razón de ser– la defensa de la legalidad, sino que, se encuentra encorsetado por esa misma legalidad como único cauce posible para el ejercicio de sus funciones. Su lema podría ser, utilizando palabras de Marchena «desde la legalidad hacia la legalidad» (64).

Como señala el profesor Cobo del Rosal, la unidad y la dependencia que acabamos de exponer no están reñidas con la objetividad y la imparcialidad, ni son mucho menos antagónicas: «Incluso en la más

---

(63) Artículo 369 del Código Penal: «No incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley». Véase igualmente el tenor del artículo 21 del Código Penal Militar: «No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia debida a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes».

(64) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 168.

rica configuración del Ministerio Público, como mero representante de la Ley, habría que someter su actuación al principio de unidad, ya que la generalidad de las leyes tiene como consecuencia lógica la uniformidad en la actuación de quienes aparezcan como sus representantes» (65).

La imparcialidad es complemento necesario de la legalidad. Hasta tal punto es así que la autonomía de este principio ha sido cuestionada, entendiéndose que la imparcialidad no es sino una manifestación concreta del principio de legalidad. En la medida en que el fiscal únicamente persigue la correcta aplicación de la ley, carece de intereses subjetivos distintos de esa finalidad. La legalidad puede ser defendida con criterios informadores muy diferentes, y lo que caracteriza la defensa llevada a cabo por el fiscal es que se trata de una defensa no interesada, esto es imparcial. En este sentido, la imparcialidad como principio añadido al de legalidad tiene una sustantividad propia.

Así las cosas, nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la paradójica figura de la «parte imparcial». Porque para llevar a cabo su función de defensa de la legalidad, y para hacerlo de forma imparcial, según el imperativo constitucional, el Ministerio Fiscal se constituye procesalmente en parte. Se trata de una contradicción aparente (66) y, digo aparente, porque al actuar en defensa de la legalidad, el fiscal lo hace siempre por encima del concreto conflicto de intereses que se trate. Como ya expusimos anteriormente, en la dinámica del proceso la defensa activa de la ley no puede quedar encomendada al Tribunal puesto que este ha de mantenerse en todo caso en una actitud pasiva. Como acertada y sintéticamente ha expuesto el profesor Cobo del Rosal, «para garantizar la imparcialidad del que juzga, incluso el interés de la ley ha de ser presentado ante él bajo la apariencia, siquiera sea, de un interés de parte (...) Ese actuar como parte en el proceso, para

---

(65) «Y esa unidad –continúa el autor citado– que deriva de la generalidad de la Ley, requiere instrucciones, por lo común genéricas y amplias, en ocasiones también concretas, para que pueda llevarse a cabo: exige, pues, en verdad, un cierto tipo de dependencia, en orden a la necesaria unificación de criterios y modos de actuación y proceder». COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124»..., *ob. cit.*, pp. 554-555.

(66) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, *ob. cit.*, 170 a 177. Ser parte no es lo mismo que ser parcial. Quizás fuere más preciso el término objetividad.

defender el interés de la ley, es el núcleo esencial de la idea sobre la función del Ministerio Público» (67).

Los artículos 6 y 7 del EOMF recogen los principios que nos ocupan. El primero de ellos dispone: «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, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma que las leyes lo establezcan. Si el fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el artículo 27 de este Estatuto». Por su parte, el artículo 7 del mencionado Estatuto establece lo siguiente: «El Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que tiene encomendados».

## 7. UNA PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 124.4 CE: LA DESEABLE VINCULACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL AL PODER LEGISLATIVO

### 7. 1. *El contenido de la reforma*

En los meritorios trabajos del profesor Cobo del Rosal encontramos las más tempranas críticas a la concepción gubernamental del Ministerio Fiscal. Para el insigne penalista esa tesis debe ser rechazada a la luz de las exigencias que se derivan de los principios que el propio artículo 124. 1 CE consagra. Con claridad y contundencia, el autor citado, afirma que «dicha concepción no parece compadecerse con los postulados de representación y defensa de la legalidad, así como de independencia e imparcialidad en su actuación que deben regir, siempre, el proceder del Ministerio Fiscal». Y concluye tajantemente que dicha gubernamentalización de la institución «supondría, en suma, la quiebra del Estado de Derecho» (68).

Compartimos plenamente los temores del autor en el sentido de que «un Fiscal dependiente del Gobierno es en la praxis un Fiscal no impar-

---

(67) COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124»..., *ob. cit.*, p. 556.

(68) COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124»..., *ob. cit.*, p. 559.

cial y, por tanto, susceptible de toda suerte de instrumentalizaciones y, en cualquier caso, de politización, lejana por lo demás de las exigencias que la defensa de la legalidad pudiera, en algunos casos, comportar» (69).

Similar es la postura del fiscal de carrera, Manuel Marchena mantenida en sus numerosos y brillantes estudios sobre la problemática de la institución: «Toda vocación de dependencia gubernamental o de integración en el Poder Judicial, aparta al Ministerio Fiscal de su verdadero camino y le dificulta la defensa de la legalidad» (70).

Ahora bien, los autores citados, a los que caracteriza una visión crítica de la gubernamentalización de la institución, se oponen con similar rotundidad a la judicialización de la institución. Por ello como tercera opción y sobre todo, como alternativa más adecuada para hacer posible el cumplimiento real y efectivo de la misión constitucionalmente atribuida al Ministerio Fiscal de defender la legalidad de forma imparcial, propugnan vincularlo al Poder legislativo. «El auténtico poder que da razón de ser al Ministerio Fiscal es el legislativo, pues, por razón de ser su función la de defensor de la ley, su configuración debe proceder del poder que da origen al objeto de dicha función: la ley» (71).

Las razones que justifican esta opción, resultan a mi juicio, claras y bien fundadas: sólo desde esta concepción, la dependencia externa del Ministerio Fiscal, la originaria dependencia del Poder Legislativo, no podrá entenderse en detrimento de la función, ni incidir negativamente en la dependencia interna, en la medida en que se encuentran dirigidas a lograr la unidad de criterio y la aplicación por igual de la Ley a la generalidad de los ciudadanos (72).

En todo caso, conviene advertir que no nos encontramos ante un problema puramente teórico o de mero interés doctrinal, y que la experiencia del funcionamiento de la institución durante los últimos años ha confirmado, con creces, todos los temores sobre los riesgos y peligros

---

(69) *Ibid.*

(70) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 145.

(71) COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124»..., ob. cit., p. 560.

(72) *Ibid.*

que se derivan de la dependencia gubernativa del Fiscal constitucionalizada en el artículo 124. 4. Dicha situación, en palabras de un ilustre miembro de la carrera, don Carlos Jimenez Villarejo, condujo a nuestro Estado de Derecho «al borde de la descomposición». Lo de menos es entrar a valorar el carácter hiperbólico o no de dicha declaración, puesto que lo que nos importa es poner de manifiesto la relevancia y trascendencia que para el correcto funcionamiento del Estado Constitucional reviste una correcta configuración del Ministerio Fiscal.

En este sentido, difícilmente podrá cuestionarse que la desgubernamentalización del Ministerio Fiscal y su vinculación al Legislativo sólo puede lograrse mediante la reforma del sistema de nombramiento y cese de la cúpula del Ministerio Fiscal (73).

## 7. 2. *El procedimiento de la reforma*

Ante las dificultades políticas para llevar a cabo una reforma constitucional, los autores que se han ocupado del tema han defendido siempre llevar a cabo el objetivo propuesto mediante la reforma del EOMF. Así se ha propuesto garantizar la continuidad del Fiscal General del Estado en el cargo durante un tiempo, esto es su inamovilidad temporal, estableciendo causas tasadas para su cese. De esa manera la dependencia gubernamental se atenúa aparentemente. Y digo, aparentemente, puesto que, si la persona designada es de la absoluta confianza del Gobierno, dichas garantías resultarán inoperantes. De hecho, la utilización interesada de la institución en los últimos años no se tradujo en el cese de un hipotético Fiscal General incómodo para el Gobierno, sino que se cifró en el nombramiento para dicho cargo de una persona cuya lealtad al Gobierno que lo nombró resultó inquebrantable.

Es preciso, por tanto, afrontar la raíz del problema, y para ello Marchena ha propuesto una reforma del EOMF de mayor alcance. Para este

---

(73) COBO DEL ROSAL, M., «Artículo 124»..., *ob. cit.*, p. 562. «Dicho sistema de nombramiento no debe entrar en conflicto con las expectativas, incluso legítimas del Ejecutivo que, en el actual sistema democrático, deberá gozar de una apoyatura suficiente en el legislativo, que es en suma, quien lo sustenta», pp. 562-563.

autor «la descripción constitucional del Ministerio Fiscal no constituye un obstáculo para que, a través de futuras normas estatutarias, se refuerce su vinculación con el órgano constitucional del que emana la legalidad» (74). Para ello propone incluir en el EOMF la exigencia de que la propuesta que el Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial –ha de hacer al Rey para el nombramiento del Fiscal General del Estado tomara como base a un candidato nominado, a su vez, por una mayoría reforzada –tres quintos– del órgano legislativo. «Con ello –escribe el ilustre miembro de la Carrera Fiscal– se lograría, además de una aceptación generalizada del designado como Fiscal General del Estado, dificultando así su empleo como arma de batalla política, la intervención de los tres poderes del Estado en el nombramiento de quien ha de promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses sociales» (75).

Esta reforma advierte expresamente Marchena no ha de conllevar, necesariamente, una rectificación del texto constitucional: «Se trataría de introducir una reforma estatutaria que impusiera aquella exigencia. No siendo posible afirmar la existencia de una violación frontal del sistema de designación actualmente vigente, sólo cabría alegar, desde la óptica de su discutible constitucionalidad, una desviación del sentir del legislador constituyente que no quiso poner más frenos a la libertad gubernamental en la elección del candidato que reputara idóneo». Y añade: «tal objeción, no parece aceptable sin más. Sólo una defensa rigorista de la interpretación gramatical podría respaldar la conclusión de inconstitucionalidad» (76).

Comparto plenamente el contenido de la reforma propuesta por Marchena, pero discrepo del procedimiento por él propuesto para llevarla a cabo. Considero que modificar el procedimiento de designación del Fiscal General, en el sentido propuesto, mediante una reforma del EOMF sería manifiestamente inconstitucional. Y las razones no deben resultar, a mi juicio, muy difíciles de comprender. En primer lugar, la literalidad del texto constitucional no deja lugar a dudas respecto al hecho de que dicho nombramiento es una facultad discrecional del

---

(74) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 194.

(75) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 195.

(76) MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal...*, ob. cit., p. 196.

Gobierno. Una norma con rango de ley no puede limitar una potestad constitucionalmente atribuida al Gobierno. Pero, en segundo lugar, y a mayor abundamiento, tal reforma atentaría no sólo contra la letra del artículo 124. 4, sino contra la voluntad expresa del Poder Constituyente que ya vimos que consistió, precisamente, por iniciativa del grupo mayoritario de UCD, en afirmar esa designación gubernamental y, por ende, esa dependencia. La enmienda propuesta por Villar Arregui, como hemos expuesto en el segundo epígrafe de este trabajo, no prosperó. Y no se puede pretender que lo haga hoy, veintiseis años después mediante una reforma de una norma con rango de ley. La reforma propuesta exige la actuación del poder constituyente constituido. Dicho con otras palabras, sustituir el sistema de designación del Fiscal General establecido por el artículo 124. 4., que dispone con claridad el monopolio gubernamental en ese proceso, por otro en el que se atribuya dicha facultad al Congreso de los Diputados, exige, inexcusablemente, reformar el artículo 124. 4. En mi opinión, el actual 124. 4 de la Constitución debería ser sustituido por este otro, que coincide textualmente con la enmienda formulada, sin éxito, por Villar Arregui en el Senado de la Constituyente:

«El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, para un periodo de cinco años, a propuesta del Congreso de los Diputados, que habrá de formularse por mayoría de tres quintos de sus miembros».

Dicha reforma constitucional habría de tramitarse por el procedimiento previsto en el artículo 167 de la Constitución.

## 8. REFLEXIONES FINALES

La conclusión principal de este trabajo ha sido ya formulada en el epígrafe anterior. El objeto de la exposición ha sido poner de manifiesto la necesidad de reformar el sistema de designación del Fiscal General del Estado para desvincularlo del Gobierno y aproximarlos a las Cortes Generales. Y ello, porque sólo así podrá la institución cumplir con éxito la función de defensa de la legalidad que la Constitución le otorga. Inexcusablemente dicha reforma afecta al artículo 124 de la Constitución española.

En este sentido, creo oportuno finalizar este estudio con una síntesis de las razones que justifican la reforma propuesta, tanto desde un punto de vista teórico o doctrinal, como desde un punto de vista político y social.

Primera. La presente Legislatura se presenta desde una perspectiva político constitucional como la Legislatura de la Reforma Constitucional. El alcance de la reforma, por razones obvias y fácilmente comprensibles, ha sido precisado con claridad, en el sentido de afectar a cuatro aspectos del Texto Constitucional, entre los cuáles, como es bien sabido, no se incluye el que nos ocupa (art. 124). Ahora bien, en nuestra opinión, una vez superados los temores a la reforma en abstracto, no vemos obstáculo alguno a que si el consenso alcanzado en 1978 en torno a la designación gubernamental del Fiscal General es sustituido por otro consenso similar relativo a su designación por el Congreso de los Diputados, el artículo 124. 4 sea modificado.

Segunda. En el contexto político actual, el Gobierno de la Nación se ha propuesto como uno de sus objetivos fundamentales restituir al Parlamento su posición central en la vida política del Estado. El primer partido de la oposición se ha sumado a esa iniciativa reclamando reformas en los reglamentos de las Cámaras que confirman esa apreciación. Lo de menos es determinar las razones que explican tan radical cambio de postura del principal partido de la oposición sobre el papel del Parlamento en nuestro sistema constitucional. Lo que nos importa es subrayar que la reforma propuesta en el sentido de que sea el Parlamento el que designe al Fiscal General se sitúa en la órbita del fortalecimiento del Poder Legislativo.

Tercera. Un fiscal así nombrado sería verdaderamente un Fiscal General del Estado, quedando conjurado definitivamente el peligro de verlo degradado a la menesterosa condición de un Fiscal del Gobierno. La dependencia interna de la institución no se vería puesta en cuestión por una posible dependencia externa gubernamental que impidiera llevar a cabo la defensa imparcial de la legalidad. Las demandas independentistas quedarían privadas de justificación y el riesgo de caotización igualmente conjurado.

Cuarta. La legitimidad de la institución saldría notablemente reforzada. Y es preciso advertir, que tras la experiencia de los últimos años ese refuerzo es necesario e imprescindible. De nada sirven los buenos propósitos de un Gobierno que se ha comprometido públicamente a no manipular la institución, puesto que aunque los cumpliera, y personalmente estoy convencido de que lo hará, nada impide, con el formidable apoyo del actual artículo 124. 4 de la Constitución, que cambie de opinión, o de que otro Gobierno distinto, como hizo el anterior, incurra nuevamente en la utilización partidista de la institución.

Quinta. La reforma propuesta resolvería las tensiones internas y las contradicciones del propio artículo 124. En este sentido, permitiría una cabal comprensión de la institución como órgano defensor de la legalidad (art. 66 CE) y vinculado sólo al productor de esa legalidad, superando así, esa ambigua autonomía funcional entre la dependencia del ejecutivo y la integración en el Poder Judicial.

Sexta. Dicha reforma permitiría abordar otras igualmente necesarias, (y estas sí de naturaleza meramente legal) como, por ejemplo, el papel del fiscal en la instrucción penal. En el contexto actual de dependencia gubernamental resulta difícil admitir la extensión de las competencias del fiscal en la instrucción del proceso penal.