

EL MINISTERIO FISCAL, ÓRGANO DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL: SU AUTONOMÍA Y SU PAPEL EN EL PROCESO PENAL*

MIGUEL MATEOS GORDILLO**

Resumen: En el presente trabajo se aborda el estudio de la institución del Ministerio Fiscal como órgano de relevancia constitucional, para averiguar si goza de verdadera autonomía frente a los poderes del Estado, básicamente el ejecutivo. Para ello se analizan los principios que rigen su actuación, esto es, legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica, así como el punto neurálgico del sistema de nombramiento y cese del Fiscal General del Estado. En la segunda parte se estudia la posición del Ministerio Fiscal en el proceso penal y si la figura de un fiscal investigador garantizaría la imparcialidad de la justicia penal.

Palabras clave: Autonomía, dependencia jerárquica, Fiscal General del Estado, imparcialidad, unidad de actuación.

Abstract: In the following article we tackle the study of the Attorney General's office as an organ of constitutional relevance to find out if it has true autonomy when facing the powers of the state, in truth the government. To achieve that we analyze the principles which regulates its acts, that is to say, legislation, impartiality, unity in interventions and hierarchical dependency, as in the crucial form of the naming and the cessation/ dismissal of the Attorney General. The second part is focused on the standing of the Attorney General's office in the penal process and if the figure of the State Prosecutor can warrant the impartiality of penal justice.

Keywords: Autonomy, hierarchical dependency, Attorney General, impartiality, unity in interventions.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL MINISTERIO FISCAL EN LA CONSTITUCIÓN; 1. Antecedentes; 2. Ubicación del Ministerio Fiscal dentro del Estado de Derecho; 3. La autonomía del Ministerio Fiscal; A. Principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal; B. Nombramiento y cese del fiscal general del Estado; C. Las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno; D. Propuestas de reforma; III. LA FIGURA DEL FISCAL INVESTIGADOR; 1. Situación actual; 2. Perspectivas de futuro; 3. ¿Garantiza un fiscal investigador la imparcialidad de la justicia?; 4. La acción particular y la acción popular; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

* Fecha de recepción: 15 de octubre de 2016.

Fecha de aceptación: 15 de diciembre de 2016.

** Alumno de Grado en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: miguelmateosgordillo@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que la Constitución de 1978 estableciera el sistema de designación gubernamental del Fiscal General del Estado (en adelante FGE), la sospecha de parcialidad ha acompañado al Ministerio Fiscal (en adelante MF) en no pocas de sus actuaciones¹. A este hecho contribuye un cierto desconocimiento de esta institución, a la que a la sociedad, en general, le resulta difícil ubicar, e identificar cuáles son sus funciones.

En cualquier caso, e independientemente de las causas, lo cierto es que, en los últimos tiempos, las sospechas de parcialidad no solo se han incrementado, sino que han evolucionado hacia la idea de que, prácticamente, el MF actúa al dictado del Ejecutivo. Periódicamente surge la polémica en torno a alguna actuación del MF en procesos penales en los que confluyen intereses políticos, especialmente cuando opta por no ejercitar la acción penal, lo que hace cobrar protagonismo a las figuras de la acusación particular y la popular.

El presente trabajo intenta averiguar si esa idea, más o menos generalizada, de falta de parcialidad del MF está fundada, o es más bien un estado de opinión, generado por los medios de comunicación, de forma más o menos interesada, pero sin base jurídica.

La conclusión a la que se llegue tiene especial importancia a raíz de los proyectos legislativos que pretenden atribuir al MF la investigación de las causas penales, ya que, si afirmamos que el MF carece de autonomía, habrá que concluir que esos proyectos ponen en peligro la imparcialidad de la justicia; por el contrario, si llegamos a la conclusión opuesta, desaparecerá una de las principales objeciones que se formulan a la figura del fiscal investigador, y se allanará el camino para acercar nuestro proceso penal al modelo vigente en los países de nuestro entorno.

Si bien el trabajo tiene dos partes claramente diferenciadas, la primera estrictamente constitucional, y la segunda de Derecho procesal penal, ambas están conectadas, ya que la conclusión sobre la posición del MF en la Constitución condicionará el estudio que se realice en la parte procesal.

II. EL MINISTERIO FISCAL EN LA CONSTITUCIÓN

1. Antecedentes

Entre todas las normas que integran los antecedentes de la actual regulación del MF, hay que destacar la importancia que para esta institución tuvo el Real Decreto de 16 de

¹ El informe del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) al Anteproyecto de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF) de 2006 señala: «Es lo cierto que la designación gubernamental del Fiscal General del Estado ha acabado suscitando una desconfianza que ensombrece y arroja sospechas de parcialidad sobre la actuación general del Ministerio Público».

marzo de 1886, que supuso la asunción por el cuerpo de Abogados del Estado de la función de la defensa patrimonial del Estado. Es a partir de entonces cuando el Estado encuentra un defensor institucional, liberando al MF de esta tarea, lo que le permitió, al desvincularse del ejecutivo, aproximarse a los principios de legalidad e imparcialidad que actualmente rigen su actuación².

A nivel constitucional nuestros textos se caracterizan por haber ignorado al MF, obviando cualquier referencia al mismo. Dejando al margen la Ley orgánica del Estado de 1967, solo la Constitución de 1931 menciona esta institución señalando en su artículo 104 que «tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia»³. De ahí la importancia de que la Constitución de 1978 dedique íntegramente un artículo, el 124, al órgano objeto de nuestro estudio.

2. Ubicación del Ministerio Fiscal dentro del Estado de Derecho

La relevancia constitucional del MF se manifiesta en que sus líneas básicas están reguladas en la Constitución. De hecho, aparte de dedicarle íntegramente el art. 124, la norma fundamental se refiere al MF en otros preceptos, así el art. 126 coloca a la policía judicial bajo su dependencia, el art. 162.1.b) le otorga legitimación para interponer el recurso de amparo, y el art. 127, de igual manera que para los jueces y magistrados, prohíbe a sus miembros la pertenencia a partidos políticos y sindicatos.

Lo primero que nos tenemos que preguntar es dónde se ubica el MF dentro del Estado de Derecho y de los poderes que lo integran.

El art. 124 CE se integra en el Título VI «Del poder judicial», y de hecho algunos autores sostienen su efectiva integración en este poder, así Conde-Pumpido Ferreiro, quien para apoyar su postura se basa en la distinción «entre el Poder Judicial como ámbito de aplicación de la Ley y realización de la Justicia y el Poder Judicial como ejercicio de la “potestad jurisdiccional”, esto es como poder para administrar la justicia que emana del pueblo»⁴.

Sin embargo, hay dos argumentos que nos permiten afirmar que el MF no es poder judicial: primero, que el ejercicio de la función jurisdiccional se residencia por el art. 117 CE, con carácter exclusivo, en los jueces y magistrados; y, segundo, que el MF no pertenece al Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno de este poder (art. 122 CE).

² MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, 1ª ed., Madrid (Marcial Pons), 1992, p. 31.

³ FLORES PÉREZ, A., «Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, núm. I, 1998, p. 23.

⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «El modelo post-constitucional del Ministerio Fiscal en España», *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, núm. 27, 1992, p. 14.

También parece obvio que el MF no se integra en el poder ejecutivo. Es cierto que, según el art. 8 EOMF, «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», y que el sistema de recursos arbitrado por el EOMF convierte al Ministerio de Justicia en órgano administrativo competente para conocer el recurso de alzada frente a ciertas decisiones del FGE en materia disciplinaria, pero, por encima de todas esas normas se encuentra el principio de imparcialidad que rige su actuación, así como su función de defender la independencia de los Tribunales (art. 124.1 y 2 CE).

Esa independencia de los Tribunales se puede ver afectada, básicamente, por la actuación del poder ejecutivo. Si ubicáramos al MF dentro del ejecutivo, difícilmente podría ejercer su función constitucional de defender la independencia de los Tribunales de las interferencias procedentes, precisamente, de aquel poder al que pertenece⁵.

El EOMF intenta salvar la difícil ubicación del MF con la siguiente fórmula, recogida en su art. 2: «El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial».

En cualquier caso, más allá de la discusión sobre su ubicación, lo importante es dilucidar si el MF es un órgano que goza de autonomía e imparcialidad, a lo cual dedicaremos el siguiente apartado.

3. La autonomía del Ministerio Fiscal

La autonomía del MF debe ser afrontada desde dos puntos de vista. Por una parte, las garantías *ad extra*, que tienen los fiscales frente a intromisiones de otros órganos, básicamente el poder ejecutivo, y, por otra, las garantías *ad intra*, esto es las que tienen los fiscales frente a los órganos de gobierno del propio MF⁶.

Para afrontar su análisis comenzaremos por exponer los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica, que rigen la actuación del MF. Acto seguido analizaremos los dos puntos que suelen esgrimirse para plantear dudas con relación a la autonomía del MF respecto del poder ejecutivo, insinuando, o afirmando sin ambages, que la misma es más formal que real. El primer punto es el sistema de nombramiento y cese del FGE. El segundo punto, con menos trascendencia mediática, pero más jurídica es, desde una visión general, el de las relaciones entre el MF y el Gobierno.

⁵ TORRES-DULCE LIFANTE, E., «Las señas de identidad del Fiscal custodio de la ley: autonomía e imparcialidad», *Revista del Poder Judicial*, 5ª época, núm. 96, 2013, p. 7.

⁶ VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E., «Garantías actuales de los representantes del Ministerio Fiscal y reformas necesarias para una mayor independencia en garantía de los derechos de los ciudadanos», *Diario La Ley*, núm. 7851, 2012, p. 2.

A. Principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal

Los principios que rigen la actuación del MF están recogidos en el art. 124.2 CE, el cual, partiendo de la base de que el MF ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, añade que lo realiza con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad.

Comenzaremos por el estudio de estos últimos, que garantizan directamente la autonomía del MF frente a influencias externas, para afrontar, en segundo lugar, los de unidad de actuación y dependencia jerárquica, que, sin dejar de influir en la autonomía del MF, operan en el funcionamiento interno de la institución.

Respecto al principio de legalidad, sin duda todos los órganos constitucionales están vinculados por este principio, reconocido como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1.1 CE, el cual, añade el art. 9.1 CE, vincula a los ciudadanos y a todos los poderes públicos. Esa declaración general de vinculación no es óbice para que el art. 124.2 CE haga una declaración expresa de la sujeción del MF al principio de legalidad, como si quisiera recalcarla y reforzarla.

Pero la Constitución no se conforma con esa declaración, sino que va más allá, y no solo somete al MF a la legalidad, sino que le impone uno de los cometidos constitucionales más relevantes, cual es la defensa de la legalidad. El párrafo 1º del mismo art. 124 CE, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, impone al MF la misión de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad», a lo que añade la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

Así pues, mientras para otros órganos la legalidad es un límite, para el MF, además de un límite, es un fin, un objetivo en sí mismo, que se le impone al más alto nivel, en la norma fundamental del Estado.

En cuanto a la imparcialidad, también proclamada en el art. 124.2 CE, es una consecuencia del cometido que este precepto le encomienda al MF, y, al mismo tiempo, un presupuesto indispensable para su consecución⁷.

El MF no puede abordar su función de defensa de legalidad y de los derechos de los ciudadanos sino es desde la imparcialidad. Como ya hemos adelantado, si el fiscal quedara integrado en el poder ejecutivo, o subordinado al mismo, no podría cumplir su cometido.

Desde el punto de vista procesal, que es donde se desenvuelve toda la actividad del MF, es clásica la afirmación del gran procesalista italiano Carnelutti, según el cual: «...si hay una figura ambigua en el proceso, civil y penal, es el Ministerio Público. Cuando comencé a ocuparme de él, en los primeros intentos de sistematización del derecho procesal,

⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «El modelo post-constitucional del Ministerio Fiscal en España», cit., p. 12.

su ambigüedad me impresionó a tal punto que me venía a la mente la cuadratura del círculo: ¿no es como reducir un círculo a un cuadrado, construir una parte imparcial?»⁸.

Sin embargo, esta aparente incongruencia se puede superar afirmando que, aunque formalmente el fiscal es parte en los procesos, materialmente solo defiende el cumplimiento de la ley⁹. De hecho, el Tribunal Constitucional ha definido al fiscal como «parte procesal imparcial» (ATC n° 63/1997, de 6 de marzo), es decir, es posible sostener que siendo el fiscal parte en el proceso, pueda ser además un actor imparcial, desplegando su imparcialidad en el ejercicio de la defensa de los intereses que le están encomendados¹⁰.

Pasando a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, podemos afirmar, siguiendo a Torres-Dulce, que «la dependencia jerárquica y la unidad de actuación son principios subordinados a la legalidad y a la imparcialidad, es decir, aquellos, en una escala axiológica, deben configurarse como instrumentos al servicio de estos»¹¹.

Sin embargo, aparte de esta afirmación de carácter general, nos interesa examinar cuáles son los puntos en que se concreta la dependencia jerárquica de los miembros del MF y si estos tienen algún mecanismo de rebatir las instrucciones de sus superiores. Esta materia está regulada en el capítulo II del EOMF, bajo la rúbrica «De la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal». Los aspectos más destacados son los siguientes:

- Unificación de criterios

Según el art. 24 EOMF, para mantener la unidad de criterios, estudiar los asuntos de especial trascendencia o complejidad o fijar posiciones respecto a temas relativos a su función, cada fiscalía celebrará periódicamente juntas de todos sus componentes.

Hay que puntualizar que los acuerdos de la mayoría solo tienen carácter de informe, ya que, tras el libre debate, prevalece la opinión del Fiscal Jefe. No obstante, si esta opinión fuese contraria a la manifestada por la mayoría de los asistentes, deberá someter ambas a su superior jerárquico.

- Órdenes e instrucciones

El FGE podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de sus facultades, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos. Esta facultad se extiende a los Fiscales Superiores de las Comunidades Au-

⁸ CARNELUTTI, F., «Poner en su puesto al Ministerio Público», *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires (Ediciones Jurídicas Europa-América), 1961, p. 211 (tomado de: MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, cit., p. 110).

⁹ TORRES-DULCE LIFANTE, E., «Las señas de identidad del Fiscal custodio de la ley: autonomía e imparcialidad», cit., p. 12.

¹⁰ BASTARRECHE BENGEOA, T., «Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales», *Revista de Estudios Políticos*, abril-junio 2013, p. 119.

¹¹ TORRES-DULCE LIFANTE, E., «Las señas de identidad del Fiscal custodio de la ley: autonomía e imparcialidad», cit., p. 12.

tónomas respecto a los Fiscales Jefes de su ámbito territorial, y a ambos respecto de los miembros que le estén subordinados (art. 25.1 y 3 EOMF). En el caso de instrucciones de carácter general del FGE se utiliza la fórmula de las instrucciones, circulares y consultas, que tienen forma escrita y son públicas.

Frente a esta posibilidad, el EOMF otorga al fiscal destinatario de la orden dos mecanismos para exponer su discrepancia.

En primer lugar, el mismo art. 25 EOMF, en su párrafo 4, recoge una curiosa fórmula: «el fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente 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». Es decir, este artículo permite que existan diferencias entre lo solicitado al órgano judicial en el dictamen escrito y la defensa que del mismo haga el fiscal en su alegato oral, lo cual no ayuda a la coherencia global de la actuación del MF.

En segundo lugar, el art. 27 EOMF regula un régimen de discrepancia con órdenes o instrucciones, según el cual, el fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier motivo, estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de este, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que esta se manifieste, resolverá definitivamente, reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior elevará informe a este, 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 FGE, este resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo.

El párrafo 2º de este mismo artículo recoge una fórmula para salvaguardar la postura del fiscal discrepante, según la cual si el superior se ratificase en sus instrucciones, o bien las reproducirá por escrito razonado, con expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento, o bien encomendará a otro fiscal el despacho del asunto.

- Sustitución del fiscal encargado del asunto y posibilidad de avocación por el Fiscal Jefe.

Quizás sea este el punto de máxima expresión del principio de dependencia jerárquica. Está regulado en el art. 23 EOMF, que recoge la posibilidad de que, en cualquier momento de la actividad que un fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones, podrá su superior jerárquico inmediato, mediante resolución motivada, «avocar para sí el asunto o designar a otro fiscal que lo despache».

La posición del fiscal afectado por la decisión de su superior encuentra refuerzo en el último inciso de este art. 23, según el cual, si el fiscal mostrara discrepancia resolverá el superior jerárquico común a ambos, y la sustitución deberá ser comunicada en todo caso al

Consejo Fiscal para que exprese su parecer. Una vez más hay que puntualizar que la posición de este órgano colegiado no es vinculante.

B. *Nombramiento y cese del Fiscal General del Estado*

Según el art. 124.3 CE: «El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial».

Sin duda, la circunstancia de que una persona sea nombrada por otra para desempeñar un cargo no permite, sin más, dudar de la independencia del primero respecto del segundo. Sin embargo, esta afirmación no nos permite cerrar el debate, ya que, de forma sistemática, siempre que hay una actuación polémica del FGE, se plantea el dato de su forma de nombramiento para arrojar dudas sobre su imparcialidad.

De hecho en este sistema de nombramiento es donde radica el descrédito que sufre el MF en la opinión pública, ya que, en base al mismo, se ha ido formando el criterio de vinculación al poder ejecutivo y de dependencia del Gobierno, con la lógica conclusión de que en los temas que pueden afectar al interés general, en los que aparezcan intereses políticos, el FGE no podrá o no querrá tomar las iniciativas necesarias para cumplir con su misión de defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos¹².

La Ley 24/2007, de 9 de octubre, que modifica el EOMF ha desarrollado este precepto, y lo hace introduciendo las siguientes novedades:

- Proceso de nombramiento. Se da entrada en dicho proceso al Congreso de los Diputados. En concreto el art. 29.2 EOMF establece que, una vez recibido el preceptivo informe del Consejo General de Poder Judicial, se producirá la comparecencia de la persona elegida ante la comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, a efectos de que se puedan valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto.

Con esta previsión nos encontramos con que en el nombramiento del FGE intervienen los tres poderes del Estado, ejecutivo, judicial y legislativo. Que la intervención del poder legislativo no esté prevista en la Constitución no supone ningún inconveniente para que legalmente se recoja esta exigencia, ya que no afecta a lo esencial del modelo de nombramiento¹³.

¹² NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno. Reflexiones sobre su designación, mandato y cese», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, núm. V, 2000, p. 541.

¹³ El CGPJ, en su informe al anteproyecto de la reforma del EOMF señaló: «la idea de dar carta de naturaleza a la intervención del Legislativo en el procedimiento de nombramiento del Fiscal General del Estado no plantea objeciones de fondo en cuanto a su eventual incardinación en el marco constitucional pues esta nueva conformación de la sucesión de actos que integran el iter procedimental previo al nombramiento, aunque supone la intercalación de un trámite no previsto originariamente en el art. 124 de la Constitución, no distorsiona la esencia del modelo plasmado por el constituyente de un Fiscal General del Estado elegido por el gobierno».

Ahora bien, la valoración del Congreso sobre la idoneidad del candidato no puede tener carácter vinculante para el Gobierno, ya que lo contrario sería burlar el texto constitucional, que atribuye exclusivamente al Gobierno la facultad del nombramiento, con el único límite de que tiene que recaer en un jurista español de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio de su profesión (art. 29.1 EOMF)¹⁴.

- Causas de cese. De acuerdo con el art. 31.1 EOMF el FGE, mientras dure su mandato, únicamente podrá ser cesado por los siguientes motivos: a petición propia, por incurrir en alguna de las incompatibilidades o prohibiciones establecidas en la ley, en caso de incapacidad o enfermedad grave que lo inhabilite para el cargo, por incumplimiento grave o reiterado de sus funciones, y cuando cese el Gobierno que lo hubiera propuesto.

La fijación de unas causas tasadas de cese ha supuesto un importante avance en la autonomía del MF, ya que desaparece la posibilidad de que el Gobierno destituya al FGE por el mero hecho de haber perdido la confianza política en él, sin tener que apoyarse en una causa concreta¹⁵.

No obstante, ese significativo avance requiere una matización ya que, entre las causas de cese se encuentra la del cese del Gobierno que lo hubiera propuesto. Sin duda, vincular el cese del FGE al cese del Gobierno que lo nombró no ayuda a que la opinión pública abandone su idea de dependencia del MF respecto al ejecutivo.

- Límite temporal del mandato. El art. 31 EOMF establece para el mandato del Fiscal General del Estado una duración de cuatro años. Al igual que ocurre con que su cese coincida automáticamente con el cese del Gobierno, y por las mismas razones, tampoco ayuda a potenciar la autonomía del MF el hecho de que el mandato del FGE tenga una duración de cuatro años coincidente con la legislatura.

- Prohibición de renovación. Por último, y de acuerdo con el art. 31.2 EOMF, el mandato del FGE no podrá ser renovado, con la única excepción de que el titular hubiera ostentado el cargo durante un período inferior a dos años.

Toda limitación en el número de mandatos de los cargos públicos parece una medida saludable. En este caso puede evitar que el FGE se muestre complaciente con el Gobierno con la aspiración de ser renovado. Sin embargo, la limitación a un solo mandato parece excesiva, y, aparte de ser el único supuesto en que así se establece para un alto cargo del Estado, tal limitación puede provocar inestabilidad en el cargo del FGE, que a su vez puede debilitar la institución, sometida a excesivos cambios en la figura de su más alto representante¹⁶.

¹⁴ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno. Reflexiones sobre su designación, mandato y cese», cit., p. 550.

¹⁵ TORRES-DULCE LIFANTE, E., «Las señas de identidad del Fiscal custodio de la ley: autonomía e imparcialidad», cit., p. 14.

¹⁶ TORRES-DULCE LIFANTE, E., «Las señas de identidad del Fiscal custodio de la ley: autonomía e imparcialidad», cit., p. 15.

C. *Las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno*

Es cierto que la Constitución no hace ninguna referencia a que el MF sea órgano de representación, de comunicación o de relación entre el Gobierno y los Tribunales, y que tampoco menciona una dependencia del Gobierno, y que no otorga a este la facultad de dar instrucciones o dirigir la política del MF, ya que el art. 124 señala que actuará solo o de oficio o a petición de los interesados¹⁷. Sin embargo, no es menos cierto que el EOMF contiene varios preceptos que suponen una interferencia del Gobierno en el funcionamiento del MF, y que conviene exponer para analizar si pueden o no afectar a la autonomía de este último.

Como punto de partida, resulta de interés citar la Recomendación (2000) 19 sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, adoptada el 6 de octubre de 2000 durante la 724 reunión de delegados de los Ministros del Consejo de Europa.

La Recomendación, en su punto número 13, determina la necesidad de fijar una serie de garantías para que el fiscal pueda actuar autónomamente respecto del Ejecutivo. Así, señala:

- Debe ser la ley la que precise la naturaleza y extensión de los poderes del Gobierno con relación al fiscal, de tal modo que sea el poder legislativo el que actúe de límite a tales poderes.

- Aunque se reconoce el derecho del Gobierno a dar instrucciones al MF, estas han de ser de forma escrita y pública para, de esta manera, ser sometidas a control. En todo caso, debe existir una motivación en las instrucciones que se den a la autoridad fiscal. Se reconoce una cláusula de conciencia para rechazar órdenes ilegales o contrarias a la conciencia del fiscal¹⁸.

Esta Recomendación (2000) 19 ha sido también recogida en el informe GRECO (Grupo de Estados Contra la Corrupción del Consejo de Europa), de 11 de junio de 2001.

Partiendo de estas premisas, veamos cuáles son en nuestro ordenamiento jurídico, las facultades que tiene el Gobierno con relación al MF:

- El Gobierno puede interesar la actuación del MF.

El art. 8.1 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».

El párrafo 2 de este artículo señala que la comunicación del Gobierno con el MF se hará por conducto del Ministerio de Justicia, sin perjuicio de que el presidente del Gobierno, cuando lo estime necesario, pueda dirigirse directamente al FGE.

¹⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «El modelo post-constitucional del Ministerio Fiscal en España», cit., p. 16.

¹⁸ FERNÁNDEZ APARICIO, J.M., «El nacimiento del Fiscal europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, 2004, p. 227.

Por último el párrafo 3º residencia en el FGE la decisión de resolver sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas, exponiendo su resolución al Gobierno de forma razonada. Antes de decidir, el FGE ha de oír a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo.

En esta línea, el art. 11 EOMF recoge la posibilidad de que también los órganos de gobierno de las CCAA interesen la actuación del MF en defensa del interés público, para lo cual se dirigirán al Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, que lo pondrá en conocimiento del FGE, quien, al igual que el supuesto del art. 8 EOMF, tras el trámite de oír a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá lo procedente, si bien, curiosamente, en este caso, el precepto señala expresamente que lo hará «ajustándose en todo caso al principio de legalidad», lo cual no deja de ser un requerimiento redundante, ya que toda la actuación del MF está supeditada a ese principio.

Como hemos señalado anteriormente, el art. 124 CE señala dos posibilidades de actuar del MF, de oficio o a petición de los interesados, omitiéndose la facultad del Gobierno de dar instrucciones o dirigir la política del MF. En consonancia con ello el art. 8 EOMF también omite las órdenes o instrucciones del Gobierno, que serían inadmisibles, limitándose a establecer la facultad de «interesar» la actuación del FGE ante los tribunales en orden a la defensa del interés público.

Además, es el FGE el que, tras oír a los fiscales de sala del Tribunal Supremo, tiene que decidir sobre la viabilidad o procedencia de la actuación interesada, de manera que a él corresponde en exclusiva la última decisión.

En consonancia con la imposibilidad de dar órdenes o instrucciones, el art. 55 EOMF afirma, tajantemente que ningún miembro del Ministerio Fiscal podrá ser obligado a comparecer personalmente, por razón de su cargo o función, ante las autoridades administrativas, lo cual no es impedimento para cumpla con deberes de auxilio o asistencia entre autoridades.

Y lo que es más importante, este mismo artículo recalca que ningún miembro del Ministerio Fiscal podrá recibir órdenes o indicaciones relativas al modo de cumplir sus funciones, salvo de sus superiores jerárquicos.

- El Gobierno nombra a los cargos más importantes del MF.

Todos los nombramientos de cargos de alta responsabilidad los realiza el Gobierno, a propuesta del FGE, previo informe del Consejo Fiscal. Se trata de nombramientos que se realizan con absoluta libertad, sin que se siga el criterio de la mayor antigüedad del candidato. Hay que recalcar que el previo informe del Consejo Fiscal no es vinculante.

- El FGE puede ser llamado a informar ante el Consejo de Ministros.

El art. 9.2 EOMF señala que el FGE puede informar al Gobierno, siempre que este lo interese, y no exista obstáculo legal, ya sea respecto a cualquiera de los asuntos en que intervenga el MF, ya sea sobre el funcionamiento, en general, de la Administración de Jus-

ticia. Pero el punto más polémico de este artículo es la previsión de que el FGE «en casos excepcionales podrá ser llamado a informar ante el Consejo de Ministros».

A lo anterior se añade que el FGE está obligado a elevar al Gobierno una memoria anual que versará sobre su actividad, la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la justicia (art. 9.1 EOMF).

Durante la crisis provocada por la huelga de controladores aéreos, iniciada el 26 de noviembre de 2010, se utilizó el art. 9.2 EOMF, acudiendo el FGE al Consejo de Ministros extraordinario celebrado el 3 de diciembre, en el que se declaró el estado de alarma por espacio de quince días, el máximo contemplado por la Constitución, siendo la primera vez que esto sucedía desde la aprobación de la norma fundamental.

Esta posibilidad, aunque solo sea desde un punto de vista estético, no ayuda en absoluto a potenciar la idea de que el FGE no tiene dependencia del ejecutivo¹⁹.

- El Ministerio de Justicia tiene competencias en materia disciplinaria.

El art. 67.3 EOMF residencia en el Ministerio de Justicia la facultad de imponer la sanción disciplinaria más grave, la de separación del servicio, a propuesta del FGE, previo informe favorable del Consejo Fiscal. Además, en su párrafo 4º, este mismo precepto atribuye al Ministerio de Justicia la competencia para resolver el recurso de alzada en el resto de sanciones, salvo en el caso de la más leve, la advertencia.

- Los medios materiales no son del MF, sino del Ejecutivo.

Si bien el art. 2 EOMF señala que el MF se integra con «autonomía funcional» dentro del poder judicial, lo cierto es que el MF carece de medios materiales propios para llevar a cabo su función, y los mismos le son proporcionados por el poder ejecutivo. Actualmente, y debido a que muchas Comunidades Autónomas han asumido competencias en materia de justicia, en doce comunidades son los gobiernos autonómicos los responsables de proporcionar al MF los medios necesarios para ejercer su cometido, mientras que en las cinco restantes sigue siendo el Ministerio de Justicia el que asume esta tarea.

D. Propuestas de reforma

De todo lo analizado hasta ahora se deduce que la Constitución configura al MF como un órgano imparcial y dotado de autonomía frente a los poderes del Estado, siendo el único punto que puede arrojar sombras sobre su independencia el sistema de designación gubernamental del FGE establecido en el art. 124.3 CE.

¹⁹ GARCÍA-PANASCO MORALES, G., «Nuevos instrumentos para los nuevos desafíos del Ministerio Fiscal», *Diario La Ley*, núm. 8071, 2013, p. 3.

En cuanto al desarrollo legislativo del art. 124 CE, básicamente el EOMF, por una parte, contiene numerosas referencias a las relaciones entre Gobierno y MF, que pueden mermar la autonomía del MF proclamada en la norma fundamental, y, por otra, regula los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, que pueden afectar a la imparcialidad de los miembros que integran el MF.

A continuación, veremos las posibles reformas que pueden llevarse a cabo, en estos tres puntos, con el objetivo de potenciar la independencia del MF.

- En primer lugar, respecto al sistema de nombramiento del FGE, nos encontramos con que la CE, en su art. 124, es tajante al afirmar que el FGE es nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, de manera que las reformas sobre el proceso de nombramiento no pueden ir tan lejos que supongan sustraer al Gobierno esa facultad reconocida constitucionalmente. Pasar de un sistema de designación gubernamental a otro, como sería el nombramiento por parte del poder legislativo, obligaría a una reforma constitucional que no parece contemplarse en un futuro próximo.

Así pues, veamos si pueden mejorarse los artículos del EOMF que regulan su proceso de nombramiento, causas de cese y duración del mandato.

En el proceso de nombramiento el art. 29.2 EOMF da entrada al Congreso de los Diputados que valorará «los méritos e idoneidad del candidato propuesto». No obstante, como ya hemos señalado, la propuesta no puede tener carácter vinculante. Pretender una reforma legislativa que fuera en esa línea vulneraría la previsión del art. 124.3 CE, que residencia la facultad del nombramiento en el Gobierno.

Las causas de cese están recogidas en el art. 31.1 EOMF, que tasa las únicas causas que pueden dar lugar a su cese mientras dure su mandato. Entre ellas destaca la que vincula el cese del FGE al cese del Gobierno que lo nombró.

Esta causa de cese hay que relacionarla directamente con la duración del mandato del FGE, que, el mismo art. 31.1 EOMF, fija en cuatro años.

Ya hemos indicado que establecer como cese del FGE el cese del Gobierno que lo nombró y que su mandato tenga una duración de cuatro años coincidente con el de la legislatura no ayuda a reforzar la idea de independencia del MF respecto del Ejecutivo, sino al contrario potencia la críticas de una excesiva vinculación entre ambos órganos constitucionales.

Una posibilidad para superar esta crítica es fijar la duración del mandato en cinco años, que evitaría lo que tenemos actualmente, un FGE cuya continuidad en el cargo depende de la continuidad del Gobierno. Esta opción ha sido objeto de polémica, exponiéndose argumentos a favor y en contra.

En contra de este plazo se ha argumentado su posible inconstitucionalidad, pues «en el actual marco de nuestra Carta Magna, siempre hay que preservar la prerrogativa de su

propuesta de nombramiento al Gobierno, y este claramente vería limitadas dichas prerrogativas si no pudiere en algún momento ejercitarlas»²⁰.

También se señala que el establecimiento de un plazo de cinco años «llega incluso a desvirtuar el sentido propio de la institución, pues el FGE como cargo nombrado a propuesta del Gobierno, resulta merecedor de su confianza –sin ser “cargo de confianza”– y responde de la puesta en práctica de la política criminal que este diseña»²¹.

Sin embargo, siguiendo a Del Moral, mantenemos aquí la postura contraria, por entender que un plazo de mandato de cinco años tendría encaje en el art. 124 CE y reforzaría de forma exponencial la independencia del FGE.

Como señala este autor, el plazo de cinco años no contradice la Constitución, pues esta establece la forma de nombramiento del FGE, pero no dice acerca de la forma de cese, ni del establecimiento de un plazo de mandato, que puede ser fijado por el legislador. El Gobierno tiene competencia constitucional para proponer al FGE, pero ello no significa que pueda ejercitar esta prerrogativa en cualquier momento²².

Para reforzar esta postura podemos señalar algunos casos asimilables. Así, el art. 159 CE residencia en el Gobierno la facultad de nombrar a dos magistrados del Tribunal Constitucional, pero eso no significa que todo Gobierno pueda hacerlo. Al Defensor del Pueblo lo nombran las Cortes Generales, pero no todas las Cortes Generales tienen esta facultad, ya que la ley reguladora de esta institución (LO 3/1091, de 6 de abril), en su art. 2, fija la duración de su mandato en cinco años, evitando que coincida con la duración de la legislatura en que fue nombrado, y prolongando su vida más allá de la del órgano que lo designa²³. Al Director de la Agencia de Protección de Datos lo nombra el Gobierno, pero su mandato tiene una duración de cuatro años (art. 36 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal), por lo que, una vez más, no todo Gobierno, en todo momento, tiene el poder de ejercitar esta prerrogativa.

- En segundo lugar, respecto a las relaciones entre el Gobierno y el MF, existen algunos aspectos que pueden ser fácilmente reformados para desvincular el funcionamiento del MF del Gobierno.

Así, respecto a la posibilidad de que el Gobierno pueda interesar del FGE que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público (art. 8 EOMF), debería exigirse, en primer lugar, que las mismas fueran públicas y

²⁰ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno. Reflexiones sobre su designación, mandato y cese», cit., p. 560.

²¹ FUENTES SORIANO, O., «La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal», en *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid (La Ley), 2008, p. 188.

²² DEL MORAL GARCÍA, A., «El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su estatuto orgánico», en *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid (La Ley), 2008, p. 225.

²³ DEL MORAL GARCÍA, A., «El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su estatuto orgánico», cit., p. 226.

por escrito, con lo cual se conseguiría introducir dos elementos esenciales: la transparencia y la seguridad jurídica²⁴, y, en segundo lugar, las facultades del Gobierno deben limitarse a solicitar del FGE actuaciones generales, pero nunca en asuntos concretos, evitando que pueda interferir en la actuación del MF en procesos singulares²⁵

Relacionado con lo anterior, se debería suprimir la actual posibilidad, prevista en el art. 9.2 EOMF, de que el FGE sea llamado a informar ante el Consejo de Ministros. Se trata de una previsión innecesaria, cuyos beneficios no alcanzan a comprenderse, y, como contrapartida, genera un claro daño en la imagen del FGE, al hacerlo intervenir, aunque sea puntual y excepcionalmente, en la reunión del más alto órgano del poder ejecutivo²⁶.

La misma suerte debe sufrir la competencia que el art. 67 EOMF atribuye al Ministerio de Justicia de imponer la sanción disciplinaria más grave, la separación del servicio, si bien ha de hacerlo a propuesta del FGE y previo informe favorable del Consejo Fiscal. Esta competencia debería residenciarse en los propios órganos del MF, al igual que ocurre con el resto de sanciones más leves, con ello se reforzaría la independencia del MF, al desvincularlo del Ejecutivo en una materia de tanta trascendencia. De igual manera, debe desaparecer la atribución al Ministerio de Justicia de la competencia para resolver el recurso de alzada en el resto de sanciones, salvo en el caso de la más leve, la de advertencia, por la mera razón de que el FGE no tiene superior jerárquico²⁷.

Por último, respecto de los nombramientos de los cargos de más responsabilidad dentro del MF, se debería potenciar la intervención del Consejo Fiscal, que actualmente, y, tras la reforma del EOMF operada por la Ley 14/2003, tiene carácter meramente consultivo. Este dato tiene especial importancia respecto a los nombramientos de Fiscales de Sala, ya que la Junta de Fiscales de Sala tiene un importante peso dentro del MF²⁸. No podemos olvidar que el Consejo Fiscal es un órgano de representación de todos los miembros del MF, elegido democráticamente.

- En tercer lugar, respecto al desarrollo legislativo de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, es cierto que el MF es un órgano jerarquizado como medio para lograr la unidad de actuación, y que así lo recoge expresamente la Constitución (art. 124.2 CE). También lo es que la unidad de actuación del MF favorece el principio de seguridad jurídica, ya que el mismo se fundamenta en una visión global del ordenamiento

²⁴ MORENO CATENA, V., «El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002, p. 149.

²⁵ LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, 1ª ed., Madrid (La Ley), 2008, p. 370.

²⁶ GARCÍA-PANASCO MORALES, G., «Nuevos instrumentos para los nuevos desafíos del Ministerio Fiscal», cit., p. 3.

²⁷ VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E., «Garantías actuales de los representantes del Ministerio Fiscal y reformas necesarias para una mayor independencia en garantía de los derechos de los ciudadanos», cit., p. 6.

²⁸ DEL MORAL GARCÍA, A., «El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su estatuto orgánico», cit., p. 227.

jurídico, y que el MF, al ser una institución única para todo el Estado, sin posibilidad de fragmentación, es el órgano apropiado para potenciar esa seguridad jurídica²⁹.

No obstante, ello no impide que se pueda abogar por mejorar la redacción de algunos preceptos del EOMF para reforzar la imparcialidad de los miembros del MF.

Algunas posibilidades de reforma son las siguientes:

Primero, respecto a la facultad de impartir órdenes concretas a los fiscales (art. 25 EOMF), las mismas suponen una clara intromisión en la independencia de cada fiscal, sin que sean imprescindibles para garantizar el principio de unidad de actuación, que queda suficientemente garantizado con las instrucciones, circulares y consultas de la FGE, que consiguen este objetivo sin necesidad de afectar a casos concretos, por lo que debería suprimirse esta posibilidad de dar órdenes concretas, y, de mantenerse, debería reforzarse el régimen de discrepancia de los fiscales destinatarios de dichas órdenes³⁰.

Segundo, respecto a la facultad de sustituir al fiscal encargado del asunto y de que el fiscal jefe avoque el asunto para sí (art. 23 EOMF), dada la trascendencia de esta medida, debería regularse de manera que esta posibilidad fuera algo excepcional, con causas tasadas, y que el Consejo Fiscal no se limitara a expresar su parecer, como establece el texto vigente, sino que su decisión fuera vinculante³¹.

III. LA FIGURA DEL FISCAL INVESTIGADOR

1. Situación actual

La vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que ha sufrido cerca de setenta reformas, mantiene el modelo clásico de juez de instrucción, según el cual corresponde a este órgano la averiguación de los hechos denunciados, la determinación de su carácter delictivo, la identificación de los partícipes, y la acumulación de todos los elementos de juicio, tanto de cargo como de descargo.

Este modelo, implantado por el Código de procedimiento penal francés, ha ido desapareciendo de los países de nuestro entorno, que paulatinamente han ido optando por entregar la investigación de las causas penales al MF, hasta el punto de que el juez de instrucción español es ya una excepción dentro de los países europeos³².

²⁹ FLORES PÉREZ, A., «Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal», cit., p. 36.

³⁰ VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E., «Garantías actuales de los representantes del Ministerio Fiscal y reformas necesarias para una mayor independencia en garantía de los derechos de los ciudadanos», cit., p. 7.

³¹ VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E., «Garantías actuales de los representantes del Ministerio Fiscal y reformas necesarias para una mayor independencia en garantía de los derechos de los ciudadanos», cit., p. 6.

³² Los proyectos legislativos y la doctrina optan por utilizar el término investigación en vez de instrucción cuando se trata de encomendar esta función al fiscal, para suprimir las connotaciones jurisdiccionales que

En los últimos años se han introducido algunas reformas en las leyes procesales que potencian el papel del fiscal en la investigación de las causas penales. Entre ellas destacan las siguientes:

1. El art. 773.2 LECrim regula las llamadas diligencias de investigación del fiscal.

Según este precepto, cuando el MF tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por presentación de denuncia o atestado, aparte de adoptar las medidas necesarias para la protección de la víctima, practicará, por sí mismo o a través de la policía judicial, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de las responsabilidades de los partícipes en el mismo.

Una vez incoadas las diligencias, el fiscal puede tomar una de estas dos decisiones, o bien decretar el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, en cuyo caso ha de comunicarlo al perjudicado para que pueda reiterar su denuncia ante el juez de instrucción, o bien remitir lo actuado a dicho juez para que este incoe el procedimiento que corresponda.

Pese a la importancia que tuvo la introducción en la LECrim de las diligencias de investigación del MF, hay que resaltar que las mismas no pasan de ser un complemento de la instrucción judicial, ya que si el fiscal considera que los hechos revisten caracteres de delito, sus diligencias se transformarán en diligencias judiciales, y, si opta por el archivo, esto no impedirá la incoación de diligencias por parte del juez de instrucción. Es más, el párrafo 3º de este art. 773.2 LECrim obliga al fiscal a cesar en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los hechos investigados³³.

2. Solo se puede declarar una causa como de instrucción compleja cuando así lo solicite el MF.

La reciente reforma de la LECrim operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha introducido plazos máximos en la instrucción de las causas penales. El art. 324.1, en su nueva redacción, establece un plazo máximo de seis meses, desde la fecha de incoación del sumario o de las diligencias previas, para la práctica de las diligencias de instrucción.

Este plazo se amplía hasta los dieciocho meses en el caso de que la instrucción sea declarada compleja, pero esa declaración solo puede acordarse por el juez en el caso de que lo solicite el fiscal (art. 324.2 LECrim). También cabe la posibilidad de, excepcionalmente, prorrogar estos plazos, fijándose por el juez instructor un nuevo plazo máximo para la finalización de las diligencias. Esta prórroga la han de solicitar el MF o algunas de las partes personadas (art. 324.4 LECrim).

tiene este último (por todos, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, núm. VI, 1998, p. 136).

³³ MARTÍNEZ PÉREZ, J., *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Madrid (Tecnos), 2015, p. 342.

3. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor otorga la competencia para la instrucción del procedimiento al MF (art. 16.1), y para el enjuiciamiento y fallo al Juzgado de Menores.

Es decir, en esta específica jurisdicción, desde el año 2000 la investigación de los hechos delictivos corresponde al MF habiendo desapareciendo la figura del juez de instrucción.

4. Se premia la conformidad entre MF y defensa, como medio de evitar el juicio oral.

La tradicional posibilidad de conformidad entre acusación y acusaciones se ve potenciada en el procedimiento para enjuiciamiento rápido de determinados delitos, al beneficiarse, con la reducción en un tercio de la pena solicitada, la conformidad entre el MF y defensa (art 801 LECrim)³⁴.

5. Se ha introducido en la LECrim, de forma expresa, el principio de oportunidad.

De acuerdo con la redacción dada al art. 963.1, 1ª LECrim, el MF podrá solicitar el sobreseimiento del procedimiento seguido por delito leve cuando el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución del hecho denunciado³⁵.

A pesar de estos cinco puntos que han supuesto el reforzamiento del papel del MF en el proceso penal, lo cierto es que, como hemos señalado al principio, la instrucción de las causas penales sigue correspondiendo al juez de instrucción y no al MF.

2. Perspectivas de futuro

Desde hace muchos años se viene planteando la necesidad de dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una nueva ley procesal penal que sustituya a la decimonónica LECrim, que, pese a haber sido objeto de múltiples reformas, resulta de difícil aplicación práctica³⁶. Entre las reformas que debería recoger esa nueva ley procesal destaca la de atribuir la investigación de las causas penales al MF, al igual que ocurre en los países con un sistema de justicia penal semejante al nuestro.

Se trata de una cuestión que cada cierto tiempo se ha ido planteando por los responsables políticos, sin que haya llegado a plasmarse en proyectos concretos, hasta la elaboración del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y, poco tiempo después, del Proyecto de Código Procesal Penal de 2013. Si bien ninguno de los dos textos ha llegado

³⁴ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., «Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y justicia negocia: las claves del nuevo modelo procesal español», en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 836.

³⁵ Sobre la necesidad de potenciar el principio de oportunidad, y realizar una interpretación amplia del art. 963.1.1ª LECrim, GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal», *Diario La Ley*, núm. 8746, 2016, pp. 2-8.

³⁶ FUENTES SORIANO, O., «La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal», cit., p. 164.

a convertirse en derecho positivo, ambos han sentado las bases para posibles reformas, siendo previsible que nuevos proyectos sigan apostando por establecer la figura del fiscal investigador.

Son varios los argumentos que se esgrimen a favor de que el MF asuma la investigación de las causas penales. Así, el de Derecho comparado, ya que nuestro sistema es una excepción dentro de los países de nuestro entorno, y el de potenciación del principio acusatorio³⁷ y, por añadidura, del de contradicción, principios procesales que saldrían reforzados si el MF actuara como órgano de investigación del proceso penal, relevando al juez de esta función para que se pudiera centrar en su papel de órgano imparcial y garante de los derechos de las partes³⁸.

Resultan significativas las siguientes frases recogidas en la exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de 2013:

«Se ha calificado al Juez de Instrucción como el heredero del Inquisidor. Llamado por la ley a esclarecer la verdad desde la sospecha contra el imputado, queda necesariamente comprometida su neutralidad como instancia de garantía de los derechos fundamentales que restringen su poder e indefectiblemente pierde la imparcialidad para la emisión del juicio de acusación en los procesos en los que se le otorga competencia para decidir entre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral (...) Así pues, con la asignación de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, el Tribunal garante de los derechos fundamentales se sitúa en la posición de distancia adecuada y el Tribunal de Juicio se ciñe en la apreciación de los hechos a la valoración de la prueba al margen de las actuaciones de investigación preparatorias del debate entre las partes».

Por encima de estos argumentos doctrinales, se impone otro de coherencia procesal, y es que, si es el MF el encargado de formular la acusación que posteriormente defenderá en el juicio oral, deberá ser él el que se ocupe de acumular las pruebas que le permitan hacer la acusación y destruir la presunción de inocencia del acusado, y no otro órgano, como el juez de instrucción que, ni va a formular acusación, ni va a intervenir en el juicio oral³⁹.

³⁷ GIMENO SENDRA, V., «Hacia un nuevo modelo de proceso penal», en *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid, (La Ley), 2008, p. 59. Para este autor: «La consolidación del principio acusatorio exige que la instrucción sea llevada a cabo por el Ministerio Fiscal y ello, en primer lugar, porque en nuestro actual sistema la defensa tiene en realidad que enfrentarse a dos acusadores, al Ministerio Fiscal y al Juez de Instrucción, cuya labor es esencialmente inquisitiva».

³⁸ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor», cit., pp. 135-137; MORENO CATENA, V., «La necesidad de un nuevo modelo de instrucción», en *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid (La Ley), 2008, p. 206.

³⁹ BASTARRECHE BENGOA, T.: «Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales», cit., p. 113.

Además, en nada se vería afectado el art. 117.3 CE si el MF asumiera la investigación, ya que las potestades que este precepto atribuye con exclusividad a los órganos jurisdiccionales son la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no incluyendo la investigación de las causas penales previa al juicio oral⁴⁰, lo que ya permitió, en el año 2000, que la Ley de responsabilidad penal del menor otorgara al MF la investigación de las causas.

Sin duda, también existen argumentos en contra de la atribución al MF de la competencia para investigar las causas penales⁴¹. Entre ellos el más reiterado es la alusión crítica a la vinculación del MF al ejecutivo y la propuesta de nombramiento gubernativa del Fiscal General del Estado⁴², unido a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica que, como proclama el art. 124.2 CE, rigen la actuación del MF.

Nos tenemos que preguntar si esos principios, unidos al sistema de nombramiento del FGE, comprometen la imparcialidad del MF, y por ende comprometerían la imparcialidad de la justicia en el caso de que se crease la figura del fiscal investigador en detrimento del juez instructor.

3. ¿Garantiza un fiscal investigador la imparcialidad de la justicia?

La imparcialidad del MF, y su actuación en los procesos penales, puede verse comprometida por influencias externas o internas. A ambos tipos de influencias nos hemos referido anteriormente, llegando a las siguientes conclusiones.

Las primeras, las externas, básicamente procedentes del Ejecutivo, están sometidas a los principios de legalidad e imparcialidad, que garantizan la autonomía del MF frente a presiones de otros órganos. No obstante, hay que reconocer la necesidad de mejorar algunos preceptos del EOMF que regulan las relaciones entre el MF y el Gobierno, con la finalidad de potenciar su independencia⁴³.

Respecto a las segundas, las mismas pueden provenir de la regulación de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, que afectan al funcionamiento interno de

⁴⁰ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: «La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor», cit. p. 137.

⁴¹ NOREÑA SALTO, J. R., «Instrucción por el Fiscal: razones en contra», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, núm. VI, 1998; DEL POZO PÉREZ, M., «Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal», en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), pp. 63-80.

⁴² NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor», cit., pp. 135-139.

⁴³ Hay autores que entienden que dotar al Ministerio Fiscal de la independencia necesaria para atribuirle la instrucción penal, exigiría una reforma constitucional, no bastando con la legislativa. En tal sentido, DOLZ LAGO, M.J., «Nuevas perspectivas sobre sistema acusatorio e instrucción penal: el papel del ministerio público en España», *La Ley Penal*, núm. 100, 2013, pp. 22-40.

la institución, y que pueden arrojar sombra sobre la autonomía de los individuos que configuran el MF a la hora de llevar a cabo las funciones que legalmente tienen encomendadas.

En este punto hemos señalado que, si bien el MF es un órgano jerarquizado como medio para lograr la unidad de actuación, y que esta favorece el principio de seguridad jurídica, siendo el MF, por su condición de institución única para todo el Estado, el órgano apropiado para potenciar esa seguridad jurídica, ello no es óbice para que algunos preceptos del EOMF puedan redactarse de manera que refuercen la imparcialidad de sus miembros⁴⁴.

En cualquier caso, no puede completarse el estudio de la figura del fiscal en las causas penales sin hacer referencia a las figuras de la acusación particular y acusación popular.

4. La acción particular y la acción popular

Al contrario de lo que ocurre en otros países similares al nuestro, en el ordenamiento jurídico español la acción penal es pública, de manera que «todos los ciudadanos podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley» (art. 101 LECrim).

Este dato tiene gran importancia, ya que significa que el MF no monopoliza la acción penal, lo cual es una garantía más para los ciudadanos, que, en caso de inacción del fiscal, podrán obtener una resolución de los tribunales, a través del ejercicio de la acción particular o la popular.

Es también un argumento en contra de los que desconfían que el MF ejercite la acción penal cuando hay intereses del Gobierno que puedan verse perjudicados, pues, en ese hipotético caso, siempre quedará la posibilidad de las indicadas acciones particular o popular.

Veamos las dos posibilidades.

- La acción particular

Están legitimados para ejercitar la acción particular tanto el ofendido, entendiendo por tal el sujeto pasivo del delito, el titular del bien jurídico lesionado, como el perjudicado, esto es, aquél que en su esfera patrimonial o moral sufre las consecuencias negativas que derivan del delito. La LOPJ (art. 7.3) puntualiza que también están legitimadas las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados por estar legalmente habilitados para la defensa y promoción de los intereses lesionados por el delito.

El acusador particular no está obligado a prestar fianza cuando se trate del ofendido por el delito, así como en los demás casos de exención de esta obligación señalados en el art. 281 LECrim, precepto que ha sido redactado por la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito.

⁴⁴ Vid. *supra*, II.3.D, *Propuestas de reforma*.

El acusador particular ha de comparecer en juicio por medio de procurador y abogado, pero tiene derecho a que se le nombre de oficio en el caso de que carezca de recursos económicos suficientes. La STC 9/2008, de 21 de enero, declaró que, en interés al derecho a la tutela judicial efectiva, la víctima de un delito tiene derecho a personarse como acusación particular con asistencia jurídica gratuita aunque exista acusación pública⁴⁵.

Para adquirir la condición de acusación particular existen dos posibilidades. Bien mediante la interposición de querrela, bien mediante la incorporación a un proceso ya iniciado tras el ofrecimiento de acciones, bastando en este caso un mero escrito de personación, sin necesidad de formular querrela (art. 771 LECrim).

- La acusación popular

Cualquier ciudadano, sin ser ofendido o perjudicado por el delito, puede ejercitar la acción penal mediante la interposición de querrela.

En este caso la legitimación para ser parte en el proceso no surge de su condición de ofendido o perjudicado, sino del propio texto constitucional, que, en su art. 125 señala que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular».

La legitimación corresponde no solo a las personas físicas, sino también a las jurídicas. Expresamente, la STC 67/2011, de 16 de mayo reconoció legitimación a la Delegada especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer para ejercitar la acusación popular en un caso de violencia de género.

La LECrim recoge importantes diferencias prácticas entre el acusador particular y el popular, así este último, al contrario de lo que ocurre con el ofendido o perjudicado por el delito, debe necesariamente ejercitar la acción penal a través de querrela, no bastando la mera personación; además, el procurador y abogado han de ser siempre de libre designación, sin que tenga derecho a que se le nombre de oficio; para responder de las resultas del juicio, siempre ha de prestar fianza, en la clase y cuantía que fije el juez o tribunal (art. 280 LECrim); y, por último, en caso de ejercitar un recurso debe constituir el depósito previo que establece la disposición adicional 15ª de la LOPJ.

Respecto a la exigencia de fianza el art. 20, 3 LOPJ matiza «que no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular», con lo cual se intenta salvaguardar, una vez más, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

En este punto es necesario referirse a la llamada «doctrina Botín», ya que la misma afecta a la posibilidad de ejercer la acción popular en los casos de delitos que tienen un perjudicado concreto si este decide no constituirse como acción particular.

De acuerdo con esta doctrina, que fue establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre, si el fiscal (acusación pública) y la acusación

⁴⁵ MARTÍNEZ PÉREZ, J., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 73.

particular (perjudicado) no acusan a una persona, esta no puede ser juzgada, aunque sí le acuse la acusación popular.

Esta sentencia fue matizada poco después por la STS 54/2008, de 8 de abril, que estableció lo que se conoce como «doctrina Atutxa».

Según esta segunda sentencia, la imposibilidad de ejercer la acción popular cuando ni el fiscal ni el perjudicado formulan acusación solo es aplicable a los casos en que el delito daña a alguien concreto, como ocurrió en el caso de las cesiones de crédito del Banco Santander, en el que el perjudicado era el Estado, pero no cuando «el delito afecta a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual», como en el caso de delito de desobediencia que se imputaba al entonces presidente del Parlamento Vasco, ya que en estos casos la acusación popular por sí sola es suficiente para celebrar la vista oral.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 205/2013, de 5 de diciembre da carta de naturaleza a esta última doctrina, al no considerar que haya infracción del derecho constitucional a la igualdad. No obstante, hay que matizar que el TC no se pronuncia sobre si la doctrina es válida o errónea, sino solo sobre el hecho de que la interpretación dada por el Tribunal Supremo no es contraria al principio de igualdad, por haber motivado el cambio de posición jurisprudencial⁴⁶.

IV. CONCLUSIONES

Como colofón de todo lo señalado respecto del MF en la Constitución y su autonomía respecto a otros órganos del Estado, podemos concluir que el MF aparece configurado como un órgano imparcial y dotado de autonomía, en base a lo siguiente:

1. La afirmación de que el MF depende del Ejecutivo por el mero hecho de que el FGE sea nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno se basa en la desconfianza hacia el funcionamiento de nuestras instituciones, pero no existe ningún precepto constitucional que permita hacer tal afirmación.

2. La reforma del art. 31 EOMF operada en el año 2007 estableciendo que, mientras dure su mandato, el FGE solo podrá ser cesado por motivos tasados recogidos en el propio precepto, entre los cuales no se encuentra la pérdida de confianza, ha reforzado la independencia del FGE respecto del Gobierno.

3. La Constitución no configura al MF como órgano de representación, de comunicación o de relación entre el Gobierno y los Tribunales, tampoco establece su dependencia del Gobierno, ni otorga a este la facultad de dar instrucciones o dirigir la política del MF.

4. La posibilidad, recogida en el art. 8 EOMF de que el Gobierno «pueda interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes

⁴⁶ MARTÍNEZ PÉREZ, J., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 73.

en orden a la defensa del interés público», no puede confundirse con la posibilidad de dar instrucciones al MF.

5. El MF, en su misión de defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, solo actúa «de oficio o a petición de los interesados» (art. 124, 1 CE).

6. Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica están subordinados a la legalidad y a la imparcialidad, y existen mecanismos para garantizar un correcto ejercicio de los mismos.

No obstante todo lo anterior, algunos preceptos del EOMF que regulan las relaciones entre el MF y el Gobierno podrían ser reformados para potenciar la independencia del primero respecto del segundo. Igualmente, los preceptos que desarrollan los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica podrían modificarse para reforzar la imparcialidad de los miembros del MF, como se ha indicado en las propuestas de reforma⁴⁷.

Por último, partiendo de las anteriores afirmaciones, podemos concluir que no hay motivos que impidan otorgar al MF la función de investigar las causas penales dejando a un juez de garantías la misión de velar por las garantías de los ciudadanos, lo que potenciaría el principio acusatorio y la coherencia del proceso penal⁴⁸.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, M.E., «El Ministerio Fiscal en la investigación penal».

Disponible en <www.uclm.es/TO/fcjs/gradoDerecho/pdf/curso1516/MariaAlvarez.pdf> [Consultado el 14/10/2016].

BASTARRECHE BENGOA, T., «Jueces y fiscales ante la instrucción. Cuestiones constitucionales», *Revista de Estudios Políticos*, abril-junio 2013, pp. 103-130.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., «Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y justicia negociada: las nuevas claves del nuevo modelo procesal español», en MORENO CATENA, V. (ed.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 829-849.

⁴⁷ Vid. *supra*, II.3.D, *Propuestas de reforma*.

⁴⁸ En esta línea DAMIÁN MORENO, J., «¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el ministerio fiscal?», *Diario La Ley*, nº 7032, 13 de octubre de 2008, La Ley 40016/2008, p. 3, realiza la siguiente afirmación: «Si finalmente se entendiera que el Ministerio Fiscal merece la confianza de la sociedad para llevar a cabo esta función (la investigación de las causas penales), no debiera haber motivo alguno para no confiarle este trascendental cometido, dejando que se el juez de instrucción el encargado de velar por la tutela de los derechos de los ciudadanos, lo que tendría la ventaja añadida de que contribuiría a dotar al sistema judicial de un mayor grado de cohesión en la aplicación de la ley penal, sirviendo el fiscal de elemento vertebrador a fin de garantizar el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley».

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «El modelo post-constitucional del Ministerio Fiscal en España», *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, núm. 27, 1992, pp. 9-20.
- CARAZO LIÉBANA, M.J., «Apuntes jurisprudenciales sobre el principio acusatorio y su aplicación por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 14, 2014. Disponible en <<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>> [Consultado el 14/10/2016].
- DAMIÁN MORENO, J., «¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el ministerio fiscal?», *Diario La Ley*, núm. 7032, 2008, pp. 1-3.
- DEL MORAL GARCÍA, A., «El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su estatuto orgánico», en ASENCIO MELLADO, J.M.; FUENTES SORIANO, O. (eds.), *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid (La Ley), 2008, pp. 215-231.
- DEL POZO PÉREZ, M., «Algunos inconvenientes de la atribución de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal», en MORENO CATENA, V. (ed.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), pp. 63-80.
- DOLZ LAGO, M.J., «Nuevas perspectivas sobre sistema acusatorio e instrucción penal: el papel del ministerio público en España», *La Ley Penal*, núm. 100, 2013, pp. 22-40.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «El nacimiento del Fiscal europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, 2004, pp. 219-235.
- FLORES PÉREZ, A., «Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, núm. I, 1998, pp. 11-54.
- FUENTES SORIANO, O., «La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal», en ASENCIO MELLADO, J.M.; FUENTES SORIANO, O. (eds.), *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid (La Ley), 2008, pp. 163-192.
- GARCÍA-PANASCO MORALES, G., «Nuevos instrumentos para los nuevos desafíos del Ministerio Fiscal», *Diario La Ley*, núm. 8071, 2013, pp. 1-6.
- GIMENO SENDRA, V., «Hacia un nuevo modelo de proceso penal», en ASENCIO MELLADO, J.M.; FUENTES SORIANO, O. (eds.), *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid (La Ley), 2008, pp. 49-68.
- GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal», *Diario La Ley*, núm. 8746, 2016, pp. 1-14.

- LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, 1ª ed., Madrid (La Ley), 2008.
- MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, 1ª ed., Madrid (Marcial Pons), 1992.
- MARTÍNEZ PÉREZ, J., *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Madrid (Tecnos), 2015.
- MORENO CATENA, V., «El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de Derecho», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2002, pp. 139-165.
- MORENO CATENA, V., «La necesidad de un nuevo modelo de instrucción», en ASENCIO MELLADO, J.M.; FUENTES SORIANO, O. (eds.), *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid (La Ley), 2008, pp. 195-212.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, núm. VI, 1998, pp. 121-162.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «El Fiscal General del Estado y su relación con el Gobierno. Reflexiones sobre su designación, mandato y cese», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, núm. V, 2000, pp. 511-562.
- NOREÑA SALTO, J. R., «Instrucción por el Fiscal: razones en contra», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, núm. VI, 1998, pp. 163-184.
- TORRES-DULCE LIFANTE, E., «Las señas de identidad del Fiscal custodio de la ley: autonomía e imparcialidad», *Revista del Poder Judicial*, núm. 96, 2013, pp. 3-21.
- VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E., «Garantías actuales de los representantes del Ministerio Fiscal y reformas necesarias para una mayor independencia en garantía de los derechos de los ciudadanos», *Diario La Ley*, núm. 7851, 2012, pp. 1-10.