

La intervención del ministerio fiscal en defensa del interés público en procesos no penales. especial atención a su labor de promoción y defensa del interés social y los derechos de los ciudadanos.

Annaïck Fernández Le Gal

Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Córdoba

[annaick@uco.es](mailto:annaick@uco.es)

**RESUMEN:** El Ministerio Fiscal ha tenido tradicionalmente en nuestro ordenamiento importantes cometidos fuera del ámbito penal. Cumple una misión fundamental en el Estado social de Derecho promoviendo la acción de la justicia en defensa del interés social y de los derechos de los ciudadanos. Defendiendo la legalidad en los distintos órdenes jurisdiccionales contribuye desde su condición de parte procesal a la protección de intereses difusos y facilita el acceso a la tutela judicial efectiva de colectivos especialmente vulnerables. En defensa de los derechos fundamentales el Fiscal está legitimado para interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y es parte necesaria en el amparo judicial. El criterio de especialización ha supuesto cambios relevantes en la organización del Ministerio Fiscal para dar una respuesta más eficaz a los conflictos que en los distintos ámbitos de actuación se plantean.

**ABSTRACT:** The Public Prosecutor has traditionally played a really important role in our legal system part from the criminal scope. He fulfills an essential task in the Welfare State and the Rule of Law by fostering the justice action to defend social interests and the citizens' rights. Defending law within the scope of the different jurisdictional orders, he contributes, in his role as a procedural part, to the protection of the diffuse interests and he also facilitates the access to the due process of law of specially vulnerable groups. When defending the different fundamental rights, the Public Prosecutor is qualified to bring an application for protection of fundamental rights before the Constitutional Court and he is a required part in the application for protection of fundamental rights before the Courts. This specialization criteria involves some relevant changes regarding the organization of the Public Prosecutor's Office so as to give a more effective answer to the possible conflicts that may arise in the different procedures.

PALABRAS CLAVE: Ministerio Fiscal, proceso, interés público, derechos de los ciudadanos, interés social

KEY WORDS: Public Prosecutor, proceedings, public interest, citizens' rights, social interest.

Sumario: I.- Introducción. II.- La intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés público en procesos no penales: cuestiones generales. III.- La defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés social en la jurisdicción ordinaria. 1. *La encomienda constitucional al Ministerio Fiscal de la procura del interés social*. 2. *La vulnerabilidad de ciertos sujetos como razón justificadora de la intervención de la Fiscalía*. 3. *La delimitación funcional del juez y el fiscal en la defensa del interés social*. 4. *La articulación del interés social y la relación del Ministerio Fiscal con la sociedad*. 5. *La rendición de cuentas del Ministerio Público a la sociedad*. IV.- La defensa específica de los “derechos fundamentales”. 1. *La intervención del Fiscal en los procesos de amparo judicial*. 2. *La intervención del Ministerio Fiscal en el amparo constitucional*. V.- La intervención del Ministerio Fiscal en la depuración del ordenamiento de leyes inconstitucionales. VI.- La defensa de los intereses sociales y la especialización del Ministerio Fiscal. VII.- A modo de epílogo.

## I.- Introducción

El Ministerio Fiscal tiene, conforme al apartado primero del art. 124 del texto constitucional, la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, 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<sup>1</sup>. Esta misión se concreta en una serie de funciones y atribuciones que el legislador -ya sea en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), en el ordenamiento procesal o en otras leyes sectoriales- le encomienda<sup>2</sup>. También las circulares e instrucciones emanadas del propio Ministerio Fiscal al interpretar la legalidad vigente pueden reconocerle

---

<sup>1</sup> Para conocer a fondo la misión y el elenco de funciones, competencias y atribuciones que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal confiere al Ministerio Fiscal véase el exhaustivo y brillante trabajo de FLORES PRADA, Ignacio (1999), pp. 383 - 488.

<sup>2</sup> El apartado 16º del art. 3 EOMF, después de enunciar de manera ilustrativa una serie de funciones, cierra disponiendo que el Ministerio Fiscal ejercerá el resto de funciones que el *ordenamiento estatal* le atribuya. Esta referencia al carácter estatal no impide que algunas de las funciones propias del Fiscal, como la protección de menores en el Derecho de Familia se ejerzan –también- conforme y en defensa de la legislación autonómica allí donde la Comunidad Autónoma tiene competencia de acuerdo con los arts. 149.1.6 y 8 CE. Es el caso, por ejemplo, de la actualización del Derecho Foral de Familia en Comunidades Autónomas como Aragón, Valencia o Cataluña.

facultades allí donde la ley prevé su intervención o, en su caso, llenar tales facultades de contenido<sup>3</sup>.

Desde una perspectiva funcional, el Ministerio Público se ha caracterizado históricamente en nuestro país por su elevado grado de elasticidad, siendo llamado a participar en todo tipo de procesos en los que, existiendo un interés público, el legislador ha encomendado su defensa al fiscal<sup>4</sup>. Forma parte de la reconocibilidad de esta Institución en nuestro sistema de justicia su versatilidad. Por otra parte, no es algo extraño en el panorama comparado, siendo muchos los países europeos en los que las estructuras afectas a la acusación pública en nombre del Estado ejercen su “ministerio público” en terrenos diferentes al de la persecución del delito. La actuación del Ministerio público en defensa de la sociedad y del interés general en procesos no penales está “estrechamente ligada a la herencia cultural, a las tradiciones jurídicas y a la historia constitucional de las naciones”<sup>5</sup>.

De entre sus funciones, fijo mi atención en estas páginas en aquéllas a través de las cuales el legislador democrático encomienda *expresamente* al Ministerio Fiscal la defensa del interés social y de los derechos de los ciudadanos. Va de suyo que el fiscal, sujeto en todo caso al principio de legalidad, defiende un ordenamiento presidido por la norma constitucional (art.6 EOMF)<sup>6</sup> y que, en cuantas actuaciones exijan su defensa, al Ministerio Fiscal corresponde velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 3.5 EOMF). Pero el fiscal no sólo tiene que estar atento a esta defensa en cualquier campo en que actúe sino que existen procedimientos específicos dirigidos precisamente a garantizar

---

<sup>3</sup> Pueden consultarse en la dirección [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es). El 19 de mayo de 2013 el Consejo Fiscal fue informado por el Fiscal Jefe de la Unidad de Apoyo de la posibilidad de una cabecera propia en el BOE.

<sup>4</sup> Decía Víctor COVIÁN Y JUNCO, Fiscal del Tribunal Supremo en su memoria elevada al Gobierno de S. M. D. Alfonso XIII en la solemne apertura de los Tribunales el 13 de septiembre de 1921 “Difícil será encontrar un año en que deje de echarse alguna carga sobre el Ministerio Fiscal”. Merece la pena su consulta para adentrarse históricamente en la complejidad de la misión desarrollada por el fiscal y la heterogeneidad de sus funciones. De sus originarios cometidos hacendísticos deriva el apelativo de “Ministerio Fiscal” frente a la denominación, sin duda más adecuada en la actualidad, de Ministerio Público. Para conocer el origen de la Abogacía del Estado y la desaparición de Ministerio Fiscal como defensor de la Administración es de obligada lectura el estudio de MARTÍN RETORTILLO, Sebastián (1986).

<sup>5</sup> Así lo afirma el Consejo Consultivo de Fiscales europeos en su informe nº3 (2008) sobre “el papel del Ministerio Público fuera del sistema de la justicia penal”. El Consejo Consultivo de Fiscales Europeos fue creado en 2005 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa para informar especialmente sobre la puesta en práctica de la Recomendación (2000) 19 sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal.

<sup>6</sup> El fiscal actúa con sujeción a la Constitución y, en particular, a la jurisprudencia constitucional y a los textos internacionales en materia de derechos fundamentales en virtud del art. 10.2 del texto constitucional.

la vigencia de los derechos fundamentales y a procurar la satisfacción del interés social, estrechamente vinculada a la consecución de la igualdad material (art. 9.2 CE).

Dejo fuera de este trabajo dos ámbitos de actuación del Ministerio Fiscal. Uno es el relativo a su papel en el sistema de justicia penal al que dedica la mayor parte de su actividad y de sus recursos personales, organizativos y materiales<sup>7</sup>. Huelga decir que en el terreno del ejercicio del *ius puniendi* del Estado realiza sus más trascendentales cometidos<sup>8</sup>. Otro sector de actuación del Ministerio Fiscal que no consideraré es el de la defensa del proceso, la competencia y la jurisdicción del que nuestro ordenamiento hace al Ministerio Fiscal garante activo. La actuación del fiscal en estos dos campos, si bien satisface, también, el interés de la sociedad en el cumplimiento de la ley, no es tanto la tutela concreta de los intereses de ésta, sino, más bien, la defensa del ordenamiento jurídico, en sus vertientes procesal y sustantiva, su objeto principal.

## II.- La intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés público en procesos no penales: cuestiones generales

El Ministerio Fiscal constituye una pieza esencial del Estado de Derecho, contribuyendo de manera decisiva a la defensa del ordenamiento jurídico, garantizando la efectividad de las normas y procurando una interpretación unitaria del ordenamiento al promover la acción de la justicia conforme al principio de unidad de actuación. Contribuye, así, a garantizar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, exigencias esencialmente vinculadas a la idea del Estado de Derecho. Esta funcionalidad en palabras de

---

<sup>7</sup> En la comparecencia del Fiscal General del Estado el 19 de noviembre de 2013 para la presentación ante el Congreso de la Memoria de la Fiscalía refirió D. Eduardo Torres-Dulce Lifante que el 80% de la carga de trabajo de las Fiscalías está en el orden penal. De los 2420 fiscales que integran la plantilla del Ministerio Fiscal 1700 fiscales están dedicados al orden penal. No obstante también se afirma en la Memoria que la intervención en campos diferentes al penal cobra cada vez más relevancia.

<sup>8</sup> Por supuesto que también en el sistema de justicia penal el Ministerio Fiscal defiende en nombre de la sociedad el interés general-y por tanto el interés social-teniendo en cuenta tanto los derechos de los individuos como la eficacia del sistema en su conjunto. Según la Recomendación (2000) 19, sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal del Consejo de Europa, “on entend par “ministère public” l’autorité chargée de veiller, *au nom de la société et dans l’intérêt général*, à l’application de la loi lorsqu’elle est pénalement sanctionnée en tenant compte d’une part, des droits des individus et d’autre part de la nécessaire efficacité du system de justice pénale”. En la persecución de cualquier delito, sea cual fuere el bien jurídico que la norma penal proteja, se defiende el interés de la sociedad, que no es sino el interés público protegido por la ley, pero, sin duda, el interés social adquiere mayor presencia en todos aquellos tipos penales en los que el legislador protege bienes de naturaleza supraindividual. Es interesante el análisis de la persecución de estas conductas en relación con el debate actual sobre la limitación de la acusación popular como vía de acceso a la jurisdicción penal reconocida constitucionalmente en el art. 125 CE.

la Instrucción 11/2005<sup>9</sup> se ve reforzada por la ubicua presencia del Ministerio Público en todos los órdenes jurisdiccionales, incluido el constitucional.

El Ministerio Fiscal encuentra en el proceso su espacio habitual de actuación y en el interés público el referente de la misma<sup>10</sup>. Es la ley la que determinará el marco jurídico de la intervención del fiscal, los casos en que ha de hacerlo o en los que puede hacerlo, la intensidad y la manera de su intervención. Como afirmara la Circular 1/2001<sup>11</sup> “la delimitación de los procesos o de los actos procesales en los que la presencia del Fiscal -en cuanto defensor constitucional de los intereses públicos- deba estar garantizada, ha de ser el fruto de una decisión legislativa. Es entendible que esa presencia no pueda hacerse depender de la propia iniciativa institucional del Fiscal o de la mayor o menor dedicación con la que asuma el ejercicio de sus deberes legales”.

En los procesos civil, contencioso-administrativo y social, la actividad del Ministerio Fiscal está sujeta a concretas autorizaciones legales, de modo que la norma debe prever expresamente su intervención. Los actos del Fiscal dentro del proceso habrán de ajustarse a la forma prevista en las leyes. La Instrucción 1/2005<sup>12</sup> dispone que el fiscal “ejerce sus funciones por medio de actos en los que expresa su valoración jurídica sobre cuestiones respecto de las que nuestro ordenamiento le atribuye legitimación. Los demás actos de los Fiscales no legalmente predeterminados adoptan generalmente la forma de decreto, informe o dictamen, diligencia de constancia, diligencia de ordenación o nota de servicio”. Los actos del fiscal que entrañan una valoración jurídica encierran un momento interpretativo importante en la aplicación de la norma y requieren, por tanto, motivación.

Los cometidos del Fiscal en el proceso se concretan principalmente en facultades de naturaleza requirente, ejerciendo las acciones que procedan. Son supuestos en los que el fiscal, como parte, demanda la tutela judicial efectiva ante los Tribunales, actuando en una posición postulante. A esa condición responde su misión como promotor de la justicia. En otras ocasiones, aunque no sean determinantes, a mi modo de ver, de la naturaleza del fiscal, le corresponde informar o dictaminar al juez en el proceso cumpliendo una función de *amicus curiae*<sup>13</sup>. Actúe como parte -demandante o no- o como

---

<sup>9</sup> Instrucción 11/2005, 10 de noviembre de 2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la C.E.

<sup>10</sup> Véase el brillante trabajo sobre el interés público de PIZZORUSSO, Alessandro (1972).

<sup>11</sup> Circular 1/2001, 5 de abril de 2001, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

<sup>12</sup> Instrucción 1/2005, 27 de enero de 2005, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal.

<sup>13</sup> Que incluso se ha llegado a justificar históricamente en una mayor sabiduría de los fiscales para ayudar al juez en la toma de su decisión.

órgano dictaminador, en todo caso, deberá actuar con imparcialidad, desde la posición que el ordenamiento le confiera, siempre en defensa del interés público protegido por la ley<sup>14</sup> (*vid.* ATC 63/1997, de 6 de marzo, F.J. 3º). Esa vinculación al interés público de la actividad del fiscal nos sitúa ante una función, ciertamente no jurisdiccional, pero eminentemente neutral<sup>15</sup>.

Las habilitaciones que recibe el Ministerio Fiscal tienen su anclaje en el art. 3 EOMF, relativo a sus funciones, que supone el desarrollo primario de la genérica misión que el art 124 CE le atribuye. El elenco en él enunciado se completa con las oportunas disposiciones procesales que regulan los procedimientos en los distintos órdenes jurisdiccionales y también con normas sectoriales en las que el legislador aprovecha para apelar a la protección ejercida por el Ministerio Fiscal. También al fiscal corresponde, conforme al art. 3.9 EOMF, “velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social” ya que sólo ejecutada la sentencia encontrará cumplida satisfacción la tutela judicial efectiva.

Otras de sus atribuciones pueden reconducirse a la función inquiriente. Tendrá entonces que realizar diligencias preprocesales tendentes a la preparación de su actuación como parte legitimada en los distintos procedimientos. En ocasiones corresponde a los fiscales realizar una función de supervisión administrativa en un contexto ajeno al procesal que es su medio habitual, como ocurre por ejemplo respecto a las entidades de protección de menores o de internamiento de menores o extranjeros, entre otros<sup>16</sup>.

Más allá de las actuaciones reconducibles directamente a su misión constitucional, el Ministerio Fiscal realiza actividades administrativas instrumentales a sus funciones institucionales tales como adopción de convenios, participación en órganos de naturaleza consultiva o contactos con autoridades, colectivos y particulares implicados en los distintos ámbitos de su dedicación, realizadas todas ellas desde la autonomía organizatoria que el marco estatutario le reconoce<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Véase el estudio de Fernando HERRERO TEJEDOR (2002) pp. 223-273, principalmente sobre la legitimación en el proceso civil del Ministerio Fiscal las pp. 242-243, matizando la consideración de parte en el proceso civil del Fiscal (art. 6.1º LEC) dados los supuestos en los que la LEC le llama a intervenir como órgano dictaminador, en algunos casos de forma preceptiva, otras dándole la oportunidad de ser oído (cfr. arts 38, 109.3 o 514.3).

<sup>15</sup> Aldo SANDULLI (1964) pp. 201 - 216.

<sup>16</sup> A ello se refiere la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del Menor en su art. 21.4 según el cual el Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores. Véase también la Exposición de Motivos de este texto en el que se deja constancia del continuo reforzamiento de los cometidos del Fiscal con respecto a los menores.

<sup>17</sup> En este sentido ha sido importante la reforma por Ley 24/2007, de 9 de octubre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que dota de personalidad jurídica al Ministerio Fiscal, reconoce explícitamente la posibilidad de firmar convenios y refuerza las

III. La defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés social en la jurisdicción ordinaria.

*1. La encomienda constitucional al Ministerio Fiscal de la procura del interés social.*

La referencia al interés social ya aparecía en el art. 1 del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926 bajo el régimen de Primo de Rivera. La Constitución de 1931, primera que dio relevancia constitucional al Ministerio Fiscal, le encomendaba en su art. 104 velar por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. La Ley Orgánica del Estado de 1967 en su art. 35 afirmaba que el Ministerio Fiscal tenía que procurar la satisfacción del interés social ante los Tribunales. En el régimen franquista dicha referencia conectaba con el art. 3 de la propia Ley Orgánica que señalaba como fin fundamental del Estado la promoción de “un orden social justo en el que todo interés particular quede subordinado al bien común”. Con esta tradición histórica enlaza el art. 124 CE<sup>18</sup>.

Dada la naturaleza intersticial del Ministerio Fiscal, la referencia al interés público y social ha permitido una utilización coyuntural de la institución dependiendo del régimen imperante. La referencia al interés social en el contexto de la Constitución de 1978 debe ser, por tanto, reinterpretada poniendo en conexión el art. 124 con otros preceptos constitucionales que llenan de contenido la dimensión social del Estado. La interpretación de la misión constitucional del Ministerio Fiscal de acuerdo con la norma de apertura constitucional, con los valores propugnados, con el principio de igualdad como principio transformador de la sociedad consagrado en el art. 9.2 y con los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución se impone.

Bajo esta perspectiva de un Estado que se define como social y democrático de Derecho, el Estado<sup>19</sup> se vale del Ministerio Público no sólo para procurar ante la justicia la conservación y estabilidad del ordenamiento jurídico –esencial en la defensa de la ley penal- sino que también se vale de esta institución para la procura del bienestar, del progreso social y de la igualdad material, dimensión sustantiva que deriva claramente del compromiso con el interés social. Desde esa segunda vertiente, los fiscales se ocuparán de intereses que la sociedad en su conjunto o colectivos más o menos determinados detentan y cuya defensa no puede dejarse sin más a la voluntad de los particulares.

---

unidades de apoyo de la Fiscalía General del Estado y de las Fiscalías Superiores de las CCAA.

<sup>18</sup> Sobre la relación del poder y el proceso y la definición de un Estado activo (vs reactivo) que implementa directrices políticas en el proceso véase el magnífico trabajo de DAMASKA (1991).

<sup>19</sup> Tomo esta doble perspectiva de Guido ZANOBINI al referirse a los fines del Estado (1949).

En primer lugar, será el legislador democrático el que interpretando la realidad dé contenido a la dimensión social del Estado de Derecho. El Estado de bienestar, como un “buen” Estado, asume constitucionalmente –y por tanto jurídicamente- un compromiso ético de remoción de las desigualdades, de reequilibrio en el disfrute de las libertades reforzando la tutela de aquéllos que, por circunstancias sociales o personales, se encuentren en una situación más débil.

Ese interés social que se denota y concreta en el circuito democrático es objeto de defensa ante los Tribunales por el Ministerio Público. Es ante la Justicia donde se cierne la última garantía de los derechos de los ciudadanos y sus intereses legítimos que cuando trascienden lo particular e interesan a la colectividad deben ser “estatalmente” atendidos. El Ministerio Fiscal, como órgano del Estado, es, en este sentido, un cualificado valedor del Estado social de Derecho promoviendo la justicia en defensa de una legalidad informada positivamente por el principio social (arts. 9.2 y 53.3 CE). En muchas de estas ocasiones, como en el caso de la protección del Medio Ambiente, de los consumidores y usuarios, de los menores o de las víctimas, el legislador cumple con sus compromisos internacionales o da ejecución al Derecho Europeo haciendo residir precisamente en el Ministerio Fiscal la respuesta institucional reforzada exigida en esos ámbitos.

Esa confianza del legislador en la Fiscalía obedece a los propios perfiles institucionales con los que el constituyente en su art. 124 diseña el Ministerio Fiscal: una autoridad judicial independiente que actúa conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica con sujeción, en todo caso, a la legalidad y a la imparcialidad.

El legislador denota y considera merecedor de protección por la ley un interés social que el Ministerio Público defiende en cuanto interés público en el proceso, pero más allá de su vinculación a la ley, los fiscales, en cualquier ámbito en que se les abra un margen de apreciación, deberán defender la ley “procurando la satisfacción del interés social”. Concibo la expresión del constituyente como una llamada especial a la vocación tuitiva del fiscal. En esta perspectiva, el interés social se muestra como un interés plural, exponente de intereses colectivos y/o difusos, actuando el Ministerio Público como *munera* de esos intereses de la comunidad<sup>20</sup>, que a él no le pertenecen sino a la sociedad, a sus individuos o a sus grupos. La doble naturaleza del Ministerio Fiscal como órgano del Estado-aparato y como órgano del Estado-comunidad queda evidenciada en estos casos. Es, ésta, una naturaleza perfectamente acorde con la interacción sociedad-Estado definitoria de la forma en que el Estado social se relaciona con la sociedad.

En este sentido, los representantes del Ministerio Fiscal deben actuar siempre guiados por el interés social que se expresa constitucionalmente en normas de programación final que vinculan en la consecución del resultado pero no en el medio para alcanzarlo. En estos supuestos, la ponderación será el criterio de interpretación de las normas y el Ministerio Público tendrá que

---

<sup>20</sup> Vid. Massimo Severo GIANNINI (1993) pp 127-135.

atender al que en el caso concreto resulte prevalente. Ha habido decisiones del Ministerio Fiscal que ejemplifican esta perspectiva de análisis. Pensemos en la opción de la Fiscalía por el retorno de menores extranjeros no acompañados frente al decreto de desamparo legal, supuesto en el que concurría de un lado el interés superior del menor y de otro el interés público vinculado a la política migratoria<sup>21</sup>. Otro posicionamiento ilustrativo de la actuación del Ministerio Fiscal ha sido la defensa del interés superior del menor frente a la protección de la familia biológica<sup>22</sup> asimismo objeto de protección constitucional. Podemos referir también los supuestos en los que el Ministerio Fiscal decide personarse en un procedimiento en defensa de los consumidores y usuarios al considerar conforme al art. 15 LEC que existe un interés social<sup>23</sup>.

## *2. La vulnerabilidad de ciertos sujetos como razón justificadora de la intervención de la Fiscalía.*

La debilidad o el riesgo en que pueden hallarse los menores, los discapacitados o los mayores<sup>24</sup> han entrañado tradicionalmente la legitimación del fiscal cuando los intereses de estos colectivos se hallan comprometidos. Se trata de intereses que aparecen garantizados expresamente en la Constitución

---

<sup>21</sup> Vid. LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (2005) pp. 177 - 186. En este trabajo se examina la constitucionalidad de la instrucción 3/2003 del FGE sobre la procedencia de ordenar el retorno de los extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España. Los parámetros de validez de la misma son, por un lado, el respeto a las normas internacionales y, por otro, la prohibición de discriminación en la aplicación de la ley a menores -nacionales o no- en materia de desamparo sobre la que la jurisprudencia ordinaria tiene un sentado criterio. Se trata de una ponderación de intereses del Estado y del interés superior del menor.

<sup>22</sup> Sobre el interés superior del menor, prevalente en todo caso, en atención a las circunstancias concurrentes, véase la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2009 sustancialmente acorde al dictamen del Ministerio Fiscal favorable a la continuación del acogimiento preadoptivo del menor frente a la reinserción en la familia biológica.

<sup>23</sup> La Ley 29/2009 de 30 de diciembre por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad, para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios ha ampliado el campo de actuación del fiscal sobre la base de su eficiencia demostrada en este campo introduciendo a través de su Disposición Adicional Primera un nuevo párrafo en el art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite al fiscal personarse en procedimientos entablados por otros sujetos. El interés social justificará la intervención del Ministerio Fiscal como parte, "siendo él mismo el que valorara la posibilidad de su actuación" cuando el tribunal le comunique el inicio de alguno de estos procesos.

<sup>24</sup> Conforme al art.3.7 EOMF al Fiscal corresponde intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación. Incluso en defensa de los derechos fundamentales más personalísimos del menor como la imagen o la integridad moral deberá actuar en defensa del menor velando por el libre desarrollo de su personalidad aun en contra del parecer de sus representantes legales (vid. entre otros los arts. 4, 5 ó 7 de LOPJM).

en el capítulo III dedicado a los principios rectores de la política social y económica (arts. 39, 49 ó 50 CE). Asimismo las circunstancias definitorias de la situación de estos sujetos pueden funcionar como causas sospechosas de discriminación que obligan a una tutela reforzada en virtud del art. 14 CE.

La vulnerabilidad puede también vincularse a las circunstancias socio-económicas que complican acceso a la tutela judicial efectiva o a la dificultad de acceso a esa tutela judicial de los bienes jurídicos supraindividuales<sup>25</sup>. Ello se pone por ejemplo de manifiesto en relación con el medioambiente objeto de protección en el art. 45 CE cuya tutela se ha reforzado a través de la legitimación del Ministerio Fiscal en su defensa no sólo en el ámbito penal sino también en todos los procesos contenciosos administrativos en los que se trate de la aplicación de la Ley de responsabilidad medioambiental<sup>26</sup>.

Pero si existe un campo de actuación relevante del fiscal, tanto por su potencial como por sus hándicaps, es el relativo a la protección de los intereses de los consumidores y usuarios. Es notorio en la actualidad el asunto conocido como comercialización de las preferentes. Es especialmente sensible tanto por el número de afectados como porque en muchos de los casos derivados a la vía civil se analizan vicios de consentimiento de sujetos en situación de vulnerabilidad bien por su edad o por su falta de formación en la firma de los contratos con las entidades financieras. Son casos que se encuadran dentro de un ambiente en el que abundan prácticas poco éticas cuando no corruptas. La lucha contra la corrupción es tarea principal del Ministerio Público tanto la pública como la privada, se trate de comportamientos de los que juzgue la jurisdicción penal u otra. En este terreno de defensa del Estado de Derecho no es ya la defensa de un interés plural que el Ministerio Público defiende sino que se trata de la defensa del propio Estado, de un interés público por antonomasia. Así lo valora la última Memoria de la Fiscalía General del Estado que dedica un capítulo específico al tratamiento de la corrupción social, política y económica. Dice así:

“la corrupción debilita tanto la efectividad de los gobiernos como el buen funcionamiento de los distintos operadores

---

<sup>25</sup> La Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes hace expresamente referencia a esta dificultad en la protección que justifica la intervención tuitiva del Ministerio Fiscal: “Es bien sabido que el legislador ha hecho, hasta el presente momento, un esfuerzo importante para garantizar el derecho-deber al medio ambiente. Sin embargo, *el carácter de interés colectivo que se predica del medio ambiente y sus limitados sistemas de protección, ciertamente lejos de los sistemas de protección que poseen los intereses jurídicos individuales, implica una especial dificultad a la hora de defenderlo o bien de exigir su respeto. A ello obedece, en esencia, el que se atribuya al Ministerio Fiscal la defensa de ese interés colectivo que es el medio ambiente y también que esta institución preste una atención específica a la defensa de este bien jurídico*”.

<sup>26</sup> El Art. 19 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) que legitima al Ministerio Fiscal en los casos que lo prevea la ley debe ponerse en relación con la disposición adicional octava de la Ley 26/2007, de 23 de octubre sobre responsabilidad medioambiental que obliga a la Administración a colaborar intensamente con el Fiscal para la protección eficaz del medio ambiente.

económicos. Por el contrario la transparencia y la ética pública constituyen alicientes para la inversión y favorecen la *redistribución pública hacia los sectores más necesitados* (la cursiva es mía).

Sin embargo, en esta materia -a mi parecer- la ley va por detrás de las necesidades sociales y la normativa no facilita en cualquier caso la iniciativa protectora del Fiscal. Ya señalaba más atrás que es la ley la que debe prever expresamente la intervención del fiscal en el proceso habilitando la actuación del Fiscal.

Ciertamente, algunas fiscalías han actuado de forma proactiva en virtud del criterio hermenéutico de adecuación a la realidad social en que la norma debe ser aplicada y la ponderación de la equidad en su aplicación (*vid.* art. 3 CC<sup>27</sup>) interponiendo acciones colectivas de nulidad de tales contratos y el consiguiente resarcimiento de daños. Empero, el juez no ha admitido la legitimación del fiscal en estos supuestos considerando que no es a través de acciones colectivas sino de acciones individuales<sup>28</sup> que pueden presentarse estas demandas<sup>29</sup>. Ni que decir tiene que el reconocimiento de legitimación al Ministerio Fiscal de *lege ferenda* en estos supuestos facilitaría el acceso de estos intereses a la justicia y respondería a un principio de economía procesal, también interesante en términos de eficiencia del sistema. Bajo mi punto de vista el desequilibrio existente entre el cliente minorista –un pequeño ahorrador- y una Entidad Financiera que ha incurrido en prácticas abusivas, cuando no presuntamente fraudulentas, justifica la legitimación del Ministerio Fiscal en aras de la satisfacción del interés social íntimamente vinculado a la procura de la igualdad material.

### 3. La delimitación funcional del juez y el fiscal en la defensa del interés social.

Las funciones que ejerce el fiscal, también las que ejerce fuera del ámbito penal, deben respetar la independencia de la función jurisdiccional y la

---

<sup>27</sup> Según el art. 3 del Código Civil 1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. 2. La “equidad habrá de ponderarse” en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.

<sup>28</sup> Se da la razón a las tesis de AUSBANC CONSUMO (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios).

<sup>29</sup> Véanse en este sentido el Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de A Coruña en el procedimiento 659/2012, confirmado el 16 de febrero de 2013 por la Audiencia Provincial y el Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de A Coruña en el procedimiento 659/2012, confirmado el 16 de febrero de 2013 por la Audiencia Provincial.

separación de poderes, siempre desde la legalidad y la imparcialidad que presiden su actuación<sup>30</sup>.

Frente a la función reactiva del juez, la función del fiscal es eminentemente activa. Su vocación es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. El fiscal pide y el juez decide. Es precisamente en esa diferenciación de funciones - la decisoria que compete al juez, la requirente que corresponde al fiscal- donde se cierne la garantía judicial en los procesos en los que el ordenamiento da entrada al fiscal. En la comprensión de esta dualidad se resuelven, a mi modo de ver, confusiones acerca del papel del Ministerio Fiscal, su relación con el juez y en definitiva la confianza del ciudadano en la Administración de justicia. En principio, es a esa posición a la que deberían reconducirse el grueso de los cometidos que al fiscal corresponde.

Por ello, aunque el “ministerio público” represente a la sociedad, los fiscales deben disfrutar de los mismos derechos y estar sujetos a las mismas obligaciones que otra parte y no deben beneficiarse de una posición privilegiada en el procedimiento. La igualdad de armas viene a garantizar la posición de tercero del juez, medular en un Estado de Derecho.

Sin embargo, no faltan ocasiones en las que el fiscal decide, siquiera provisionalmente, o informa sobre aquello que el juez le consulta. Tanto en un caso como en otro ha de mantenerse en los límites de su naturaleza no jurisdiccional. En principio, podríamos afirmar que allí donde el fiscal decide debe quedar abierto el acceso al juez, único que puede resolver de forma definitiva (nota que precisamente diferencia la función jurisdiccional de la administrativa). De otra parte, en aquellos supuestos en los que informa, el informe preceptivo habrá de ser necesariamente no vinculante para el juez, ya que de lo contrario el fiscal participaría materialmente en la función jurisdiccional.

Estas cuestiones han sido objeto de consideración por el Tribunal Constitucional, aunque no se hagan afirmaciones tajantes al respecto, en las siguientes decisiones recientes.

En el ámbito de la protección de los menores, en concreto en relación con los menores de edad extranjeros indocumentados, el Tribunal Constitucional ha pronunciado dos autos, 151/2013, de 8 de junio, y 172/2013, de 9 de septiembre. En ellos se inadmiten sendos recursos de amparo contra decretos de determinación de la edad dictados por el Fiscal. El problema que se suscita es el de la “irrecorribilidad directa” de los actos del Fiscal. Los recurrentes plantean un recurso “*per saltum*” de amparo ante el Tribunal Constitucional sin agotar, por tanto, la vía judicial previa al no encontrar acomodo el acto del fiscal ni en la vía del amparo frente a actos de la Administración (art. 43 LOTC) ni en la del amparo frente a actos del Poder

---

<sup>30</sup> Así lo afirma el Consejo Consultivo de Jueces europeos y Consejo Consultivo de Fiscales europeos en su informe nº 12 (2008) sobre “Jueces y Fiscales en una sociedad democrática”, conocido como Declaración de Burdeos.

Judicial (art. 44 LOTC). El Tribunal Constitucional, apoyándose en la consideración del acto que hace la Circular 1/2009 como una medida de carácter cautelar y provisionálísima, afirma que “al carecer de efectos definitivos, en nada altera los derechos del afectado, que siempre tiene la vía jurisdiccional que proceda en cada caso para la defensa de los mismos” (FJ 4º). Si el juez tiene manera y ocasión de pronunciarse sobre el asunto, el carácter subsidiario del amparo constitucional impide la admisión a trámite del recurso de amparo. Obviamente, la decisión deja sin resolver la cuestión de la naturaleza de los actos del Ministerio Fiscal y la relativa a su condición como autoridad judicial o bien administrativa.

Sobre la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal se pronunció la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 14 de noviembre, en un tema de candente actualidad en el Derecho de Familia como es la custodia compartida de los hijos a raíz de una separación o divorcio. La sentencia resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 92.8 del Código Civil, conforme a la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio analizando si el informe favorable del Ministerio Fiscal, necesario para que el juez la determine en caso de oposición de uno de los cónyuges, vulnera el principio de exclusividad jurisdiccional garantizado en el art. 117. 3 CE y si el carácter vinculante de dicho informe atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva al impedir una resolución de fondo. En ese sentido lo entendieron la mayoría de los magistrados lo que determinó el sentido del fallo declarando la inconstitucionalidad del extremo cuestionado.

No pienso que la decisión del Tribunal derive de una *visión restrictiva* del Ministerio Fiscal ni considero que estemos ante un problema de densidad normativa que limita la función jurisdiccional en aras de una especial protección del interés del menor, que al fiscal incumbe particularmente, en el sentido que apunta el voto particular. Más bien, pienso que se trata de la adecuada delimitación de funciones de los intervinientes en el proceso, juez y fiscal, por parte del legislador, que al regular la intervención del fiscal debe respetar la potestad jurisdiccional.

Aunque ciertamente no estemos ante la participación de un órgano consultivo de carácter vinculante en la toma de una decisión administrativa<sup>31</sup>, al igual que si de ello se tratara, la vinculatoriedad del informe traslada al órgano consultivo la potestad decisoria, con lo que tiende a asemejarse a un órgano decisorio. Bajo mi punto de vista, en estos supuestos, el Ministerio Fiscal se injiere de manera no justificada en la competencia del órgano jurisdiccional<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> En la Ley de Registro civil de 1957, de 8 de junio, aún vigente, en cierto tipo de rectificaciones requiere no sólo audiencia, sino dictamen favorable del Ministerio Fiscal. Se trata de casos dice su exposición de motivos en que una aplicación rigurosa de los principios más puros exigiría para la rectificación el juicio ordinario. Necesidades prácticas obligan a admitir un procedimiento más fácil, pero en el que en compensación se han reforzado las garantías con esta especial intervención del representante y defensor del interés público.

<sup>32</sup> El TEDH además de la nutrida jurisprudencia sobre el proceso debido en el proceso penal también se ha referido a ello en relación con otro tipo de procesos examinando

#### *4. La articulación del interés social y la relación del Ministerio Fiscal con la sociedad.*

La relación del Poder Judicial con la sociedad no tiene lugar sino a través de la ley que el juez debe aplicar para resolver el asunto concreto a través de un proceso con todas las garantías. La actividad jurisdiccional, como afirma SANDULLI (1964), “si svolge in posizione di estraneità ed indifferenza rispetto alla materia e agli interessi dei soggetti nei cui confronti opera”. La posición del Ministerio Fiscal con respecto a la sociedad cuyo interés defiende es distinto. La Fiscalía defiende la legalidad pero lo hace desde su autónoma interpretación, para llegar a la cual entra en diálogo con la sociedad, es decir con los agentes que expresan los intereses supraindividuales, difusos o colectivos, en concurrencia<sup>33</sup>.

Además, el fiscal filtra las “demandas” que particulares, asociaciones o entidades le hacen llegar. El papel que al fiscal corresponde como defensor del interés social puede contrapesar interpretaciones sesgadas de ese interés, asumiendo él la defensa de la sociedad, la acción pública. Por este motivo, entiendo que es importante que el fiscal tenga reconocida una mayor capacidad de acción en terrenos como el consumo, la protección de la salud, el Medio Ambiente o el urbanismo de forma que las demandas de la sociedad puedan verse en todo caso representadas ante la justicia.

El diálogo con organizaciones públicas y privadas es habitual en el trabajo de los fiscales especialistas en menores, mayores, discapacitados, o víctimas que trasladan denuncias o quejas de los distintos colectivos de referencia. Encontramos ejemplos en distintos terrenos. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) introduce la novedad en su art. 219.3 de un recurso de casación para la unificación de la doctrina, sin necesidad de que existan sentencias contradictorias, que exclusivamente corresponde al Ministerio Fiscal, bien de oficio o bien a instancia de los sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o entidades públicas

---

en particular la posición respecto al juez del fiscal y ha establecido una jurisprudencia clara sobre la « teoría de las apariencias », conforme a la cual la presencia del Ministerio público en la deliberación de los Magistrados que ejercen funciones jurisdiccionales , es contraria al artículo 6 § 1 del CEDH (Sentencia de 20 de febrero de 1996, asunto Lobo Machado c. Portugal, §§ 28-32, y Sentencia de 12 de abril de 2006, asunto Martinie c. Francia, §§ 50-55) y sobre la presencia del Ministerio Público en las deliberaciones de las jurisdicciones supremas (Sentencia de 30 de octubre de 1991, asunto Borgers c. Bélgica, §§ 24-29, y Sentencia de 8 de julio de 2003, asunto Fontaine et Berlin c. Francia, §§ 57-67).

<sup>33</sup> La firma de protocolos de actuación, convenios o la participación en foros al efecto son instrumentos para este diálogo. Su práctica en distintas fiscalías termina por extenderse a todo el territorio cuando son apreciadas y reconocidas como eficaces para la protección de los intereses subyacentes.

que, por las competencias que tengan atribuidas, ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa<sup>34</sup>.

Filtrados y ponderados los intereses expuestos, el Fiscal traslada su posición al proceso como defensor del interés social. Se trata de procesos en los que hay un interés supraindividual que trasciende a las partes y que merece su protección como interés público.

##### *5. La rendición de cuentas del Ministerio Público a la sociedad.*

El Ministerio Público realiza en sus actos su peculiar interpretación de la norma. A través de ella participa, aunque sea mediatamente, en la formación de la jurisprudencia, incluso de la constitucional. La concepción del Ministerio Fiscal como autoridad judicial distinta de la jurisdiccional debe hacer comprensible al ciudadano que, la falta de sintonía en momentos determinados de fiscal y juez, no tiene por qué ser síntoma de una mediatización del fiscal que lo separe de la defensa imparcial de los intereses que tiene encomendados. Lo determinante de cara a la ciudadanía es la explicación de las razones que conducen a un determinado posicionamiento.

Puede resultar cuando menos extraño que quien defiende el interés social ante los tribunales no sea llamado a rendir cuentas a la ciudadanía de la labor realizada, más allá del seguimiento que hacen los medios de comunicación que posibilita un cierto grado de responsabilidad política difusa o social del fiscal. Reparemos en el asunto ya aludido antes de la comercialización de preferentes. La memoria de la Fiscalía General del Estado de 2013 llama la atención sobre el grado de “frustración ciudadana” que ha generado el archivo de procedimientos penales en el asunto conocido de la comercialización de preferentes -que a tantos pequeños ahorradores ha afectado- por no ser el hecho típico penalmente. La salida de la vía penal ha generado en parte de la ciudadanía las dudas sobre la imparcialidad de la justicia frente a los poderes económicos y causado la sospecha de la impunidad. El tratamiento homogéneo de estos asuntos supuso la utilización de los mecanismos estatutarios para garantizar la posición unitaria de la fiscalía. Bajo mi punto de vista el problema no está en la penalización de toda conducta, el problema es la sensación de que la vía civil no sea suficiente para resarcir a los dañados por esas prácticas abusivas y poco éticas.

Parece que debería imponerse algún tipo de explicación por los responsables de tales decisiones que afectan a un colectivo de ciudadanos importante. La información a la opinión pública que el art. 4.5 EOMF contempla entre las facultades del Ministerio Fiscal<sup>35</sup>, las comparecencias parlamentarias de los fiscales, en las Cortes Generales o en los Parlamentos autonómicos o la presentación de las Memorias (arts. 9, 10 y 11 EOMF) suponen incipientes

---

<sup>34</sup> Vid. Instrucción nº 4/2012, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la Jurisdicción Social

<sup>35</sup> Véase la Instrucción 3/2005 sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los Medios de Comunicación.

mecanismos de cierta responsabilidad institucional del Ministerio Fiscal frente a la ciudadanía.

#### IV. La defensa específica de los “derechos fundamentales”.

Ya las leyes políticas de los estertores del régimen franquista que posibilitaron el ejercicio de las libertades públicas en la transición atribuían al Ministerio Fiscal una cualificada intervención en materia de derechos políticos. Las sucedió la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales redactada por las propias constituyentes y se plasmó en el texto constitucional que invocó expresamente los derechos de los ciudadanos en el art. 124 CE y previó la legitimación activa del fiscal en el recurso de amparo constitucional en el art. 162. 1 b) CE.

Este compromiso con los derechos fundamentales supuso sin duda una renovación cultural de los fiscales que hasta ese momento eran adeptos a un régimen que negaba, e incluso perseguía, el ejercicio de tales derechos. En este sentido, las memorias del Ministerio Fiscal resaltan el alto grado de conformidad<sup>36</sup> del Tribunal Constitucional con la institución fiscal, lo que pone de manifiesto, sin duda, que el Ministerio Fiscal se ha imbuido de los valores constitucionales y que cumple sus misiones propias no sólo como defensor de la legalidad sino como defensor de la legalidad constitucional y los derechos de los ciudadanos. Esto es importante y altamente positivo y revelador de la labor didáctica del alto tribunal con respecto a la actuación de todos los poderes públicos en el marco constitucional, profundizando en una cultura de los derechos.

El Ministerio Fiscal promueve la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos pero de entre éstos se habrá de comprometer especialmente en la defensa de aquellos derechos fundamentales que el constituyente entendió merecían una protección reforzada a través de procesos específicos centrados en su defensa y no en cuestiones de legalidad ordinaria. Estos derechos, nominal y materialmente fundamentales<sup>37</sup> más el principio de igualdad y la

---

<sup>36</sup> Tampoco hemos de pensar que su disconformidad jurídica con el parecer del juez, ya sea éste el constitucional o el ordinario, sea algo anormal en el desarrollo de un determinado proceso. De hecho pienso que esa delimitación entre la función del fiscal y la del juez en el proceso debería definir la garantía institucional definitoria de la naturaleza del Ministerio Público en el Estado de Derecho.

<sup>37</sup> Según PÉREZ ROYO, Javier (2010), pp. 458 – 461 especialmente, los derechos nominal y materialmente fundamentales -más el principio de igualdad y la objeción de conciencia- gozan de un plus de fundamentalidad que se traduce en un plus de protección con respecto al resto de derechos también fundamentales garantizados en la sección segunda del Capítulo II del Título I que siendo fundamentales son directamente exigibles ante los Tribunales *ex Constitutione* pero no cuentan con mecanismos de tutela reforzada al margen de la tutela ordinaria.

objección de conciencia, contarán con un proceso preferente y sumario en la jurisdicción ordinaria y un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

*1. La intervención del Fiscal en los procesos de amparo judicial.*

El sistema de protección de los derechos fundamentales encuentra en el juez ordinario su garantía natural. Éste es, sin duda, el punto de partida para entender la forma en que el constituyente y el legislador han regulado el sistema de garantías de los derechos fundamentales. De las opciones de las que el legislador disponía, optó, en lugar de por un proceso único de protección de los derechos fundamentales, por establecer modalidades específicas, bien a través de procesos especiales de protección, bien a través de singularidades *ad hoc* en los procesos ordinarios. La intervención del Ministerio Fiscal es una exigencia de entre estas especificidades.

Al igual que en el amparo constitucional, se prevé la participación del fiscal en el llamado amparo judicial. En todos los procesos, ya sean los especiales como en el orden contencioso administrativo o en el social o en la vía de protección por juicio ordinario en el orden civil, aparece el Ministerio Fiscal en defensa del interés público que subyace a los derechos fundamentales.

Los cometidos del Ministerio Fiscal, también en la defensa de la Constitución y de su parte fundamental, la dogmática, tienen su lugar genuino de realización en la jurisdicción ordinaria, en los procesos ante los jueces ordinarios que son –afirmación clave en nuestro sistema constitucional de protección de derechos- los garantes naturales de los derechos fundamentales y no en la jurisdicción constitucional que sólo debería actuar excepcionalmente.

La LJCA prevé la participación del Ministerio Fiscal en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales (art. 119 LJ y ss) tanto en la fase de admisión de la demanda como una vez admitida para formular las alegaciones pertinentes. En el procedimiento especial de protección del derecho de reunión y manifestación, caracterizado por su singular celeridad, el Ministerio Fiscal es convocado a la correspondiente audiencia (arts 122 LJ).

La LEC no prevé un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales pero, al referirse a la tutela judicial civil de derechos fundamentales -honor, intimidad e imagen en particular- dispone expresamente no sólo la preferencia en su tramitación, como exigencia derivada del art. 53.2 CE sino, también, la intervención como parte siempre en estos asuntos del Ministerio Fiscal (art. 249 LEC).

Por su lado, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), resalta en su art. 177.3 la intervención del Ministerio Fiscal como parte en los procesos que tengan por objeto la defensa de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, encomendándole una

labor especialmente tuitiva con respecto a las víctimas de posibles vulneraciones que incluso pueden conducir el asunto al terreno penal<sup>38</sup>.

Además de los procedimientos que podemos llamar generales en los distintos órdenes jurisdiccionales, existen regulaciones específicas para derechos fundamentales concretos como son la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que prevé la intervención del Ministerio Fiscal. En la misma línea, la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*; la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo reguladora del derecho de rectificación o la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Actuando la legalidad constitucional también se prevé su legitimación activa para instar la ilegalización y correspondiente disolución constitucional de un partido político conforme a la Ley Orgánica 6/2002 reguladora de los partidos políticos y además es el único que puede impedir la inscripción del partido cuando se advierte ilicitud penal (art. 11.1 LORPP) actuando ante la jurisdicción penal, en su caso, o, de lo contrario, comunicándolo al registro del Ministerio del Interior a los efectos de su inscripción (art. 5.4 LORPP).

Con proyección general, la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que reformó la LOTC en aras de una mayor excepcionalidad del amparo constitucional convirtiendo al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en una vía realmente subsidiaria de protección de los derechos fundamentales, modificó el art. 241.1 LOPJ dando nueva regulación al conocido como incidente de nulidad de actuaciones<sup>39</sup>. De acuerdo con la Circular 2/2013 de la Fiscalía General del Estado “el papel del fiscal en la tramitación de estos incidentes debe analizarse partiendo de la función que la Constitución le asigna en defensa de los derechos de los ciudadanos, función ésta que se singulariza en el art. 124 dentro de esa misión genérica de promoción de la justicia”. Se configura una “suerte de procedimiento tutelador de los derechos fundamentales que pudieran haber sido vulnerados en resoluciones judiciales

---

<sup>38</sup> La crisis actual –según informa la Memoria del Ministerio Fiscal de 2013 en el capítulo dedicado al área social- ha originado un aumento de los despidos en los que se alega la vulneración de un derecho fundamental lo que supone una mayor intervención del fiscal.

<sup>39</sup> Conforme al párrafo primero del número 1 del art. 241 redactado por la disposición final primera de la L.O. 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: “No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”. Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza.

firmes, en conexión con el art. 53.2 CE”, el cual sólo será exigible para entender agotada la vía judicial previa al amparo ante el Tribunal Constitucional cuando la vulneración del derecho fundamental deriva de la última decisión porque cuando se compruebe "que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional" su exigencia supondría un formalismo excesivo<sup>40</sup>.

El legislador sólo reconoce legitimación para pedir la nulidad de de actuaciones judiciales por vulneración de derechos fundamentales “a quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo”. Ello significa que el Ministerio Fiscal no puede promover el incidente de nulidad de actuaciones cuando no ha sido parte ni ha debido serlo. El Ministerio Fiscal interviene en los procedimientos ordinarios cuando la ley prevé legalmente su participación, por consiguiente en el resto de casos no estará legitimado para promover el incidente (ATC 36/2011, de 11 de abril).

Sí deberá intervenir en los procesos contenciosos, civiles y sociales en que no haya sido parte cuando se le dé traslado para informar dada su función de defensa de los derechos de los ciudadanos (ex art. 3.3. EOMF).

## 2. *La intervención del Ministerio Fiscal en el amparo constitucional.*

El art. 162.1. b) de la Constitución reconoce legitimación activa<sup>41</sup> al Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo por vulneración de los derechos fundamentales junto al Defensor del Pueblo y a la persona que invoque un interés legítimo.

Esta legitimación no queda condicionada a la exigencia de haber actuado el Ministerio Fiscal como parte en el proceso judicial antecedente. Esto es coherente con el reconocimiento de esta legitimación en razón de su naturaleza institucional y las funciones que la Constitución le reconoce. Su legitimación no se vincula a su posición de parte en el proceso, lo que amplía considerablemente su posibilidad de actuación en el amparo constitucional, pues en caso de circunscribirse a tal condición como parte procesal se limitaría a su actuación en el proceso penal y a procesos no penales en los que la ley prevé expresamente su intervención como parte. Como tempranamente señaló el Tribunal Constitucional, el *ius agendi* que constitucionalmente tiene reconocido el Ministerio Fiscal, es decir, la legitimación institucional del Ministerio Público para interponer el recurso de amparo no queda en ningún caso condicionada a la exigencia de haber actuado en el proceso judicial antecedente. El Ministerio Fiscal “defiende ciertamente derechos fundamentales pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su

---

<sup>40</sup> Doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Constitucional en la reciente sentencia de 20 de diciembre de 2013.

<sup>41</sup> Véase el estudio jurisprudencial de Fernando DOMÍNGUEZ GARCÍA (2001) pp. 113 - 145.

acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos” (STC 86/85, de 10 de julio FJ.1).

Es indiferente que no comparezca el titular del derecho fundamental cuando la legitimación del Ministerio Fiscal se justifica en la defensa de un derecho fundamental capital<sup>42</sup>. La actuación del Ministerio Fiscal se vincularía así, en mayor medida, a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que a la subjetiva, acorde a su condición de defensor del interés público y de la legalidad sustantiva que encuentra en la Constitución su norma suprema. Considero que ésta debe ser la genuina función del Ministerio Fiscal promotor del amparo y la que perfectamente refleja su misión institucional como defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, es decir, como defensor de un ordenamiento jurídico que tiene como eje los derechos fundamentales.

Sin embargo, resulta criticable que, con fundamento precisamente en esa dimensión objetiva de los derechos, el fiscal plantee un recurso de amparo<sup>43</sup> -que es la garantía última de protección de los derechos de los ciudadanos- ante vulneraciones por parte de los poderes públicos “en contra de un particular” que se ha visto favorecido por la decisión de un poder público, en su caso una resolución judicial, que reconociera -equivocadamente según el Ministerio Fiscal- un derecho. Es lo que se ha conocido doctrinalmente como “exceso de amparo”. Creo que se trata de una clara desvirtuación de este instrumento extraordinario de protección de los derechos fundamentales y un entendimiento del Ministerio Fiscal como defensor de intereses de parte, y por tanto, parciales en una posición más cercana a la de un “abogado” de Estado que a un verdadero “ministerio público”.

Más compleja me parece la intervención del Ministerio Fiscal en el recurso de amparo en aquellos supuestos en los que el Ministerio Fiscal actúa como valedor del derecho a la tutela judicial efectiva instando él el amparo. Me refiero concretamente a supuestos provenientes del orden jurisdiccional penal en los que el Ministerio Fiscal alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a raíz de una sentencia absolutoria o de una sentencia condenatoria que no ha sido ejecutada. En estos casos se produce, pienso, una grave desnaturalización tanto del amparo constitucional, pues pretende convertir al Tribunal Constitucional en un tribunal de condena; como de la misión que al Ministerio Fiscal corresponde en defensa de los derechos de los ciudadanos; y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Este derecho no reconoce el derecho a obtener condenas y cuando el Poder Judicial ha considerado que un sujeto debe ser absuelto por falta de prueba capaz de destruir la presunción de inocencia, el Ministerio Fiscal no puede alegar la

---

<sup>42</sup> Véase la STC 12/2014, de 27 de enero, en la que se estima el recurso de amparo que el Ministerio Fiscal interpuso en defensa del derecho de libertad personal tras haber promovido el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones a raíz de un rechazo *a limine* de incoación de un *habeas corpus*.

<sup>43</sup> En protección de la dimensión objetiva del derecho fundamental a la vida recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional el fiscal en el caso de los internos del GRAPO en huelga de hambre, véase ATC 314/1990 de 23 de julio.

vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva para cambiar el sentido de la decisión del juez ordinario. El Tribunal Constitucional no es un órgano encargado de impartir justicia, actuando el *ius puniendi* estatal sino de controlar que el Poder Judicial actúa en todo caso respetando los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional debe actuar instado por un particular y no por el propio Estado a través del órgano encargado de la acusación pública. Como afirma CAAMAÑO, comentando la sentencia del Tribunal Constitucional 148/1994, de 12 de mayo, “el hecho de que los derechos fundamentales referidos al ámbito jurisdiccional del Estado se hayan configurado como verdaderas garantías procesales objetivas ha producido un fenómeno tan manifiestamente inconcebible desde la perspectiva histórica de los derechos fundamentales como un órgano de la administración invoque tales derechos para pretender la nulidad de una resolución judicial favorable a un particular”<sup>44</sup>. En la misma línea, Díez PICAZO afirma que “el Ministerio Fiscal goza de legitimación para interponer el recurso de amparo sólo en defensa de los derechos fundamentales de los particulares, no para defender su propia posición como acusador público”. Sostener lo contrario -según el profesor- “implicaría dar por bueno el llamado “contraamparo” en sede penal”<sup>45</sup>.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 211/1994, de 13 de julio (Fj2), afirmó que el recurso de amparo «no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aquellos actos, en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares». Y es lógico que sea así porque, de lo contrario, se invertiría el significado y función del recurso de amparo como medio de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos para convertirse en instrumento de los poderes públicos frente a los particulares<sup>46</sup>.

Las primeras circulares al inicio de la andadura constitucional<sup>47</sup> planteaban un Ministerio Fiscal especialmente proactivo en la defensa de los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional. No lo refleja así la práctica ordinaria de la institución. Ni el Ministerio Público ni el Defensor del Pueblo plantean normalmente recursos de amparo<sup>48</sup>. Salvo error por mi parte,

---

<sup>44</sup> En el caso se trataba de un recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la inexecución de la condena. *Vid.* CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (1997) p. 128 y Fernando DOMÍNGUEZ GARCÍA (2001) especialmente pp. 138-139.

<sup>45</sup> *Vid.* Díez PICAZO, Luis María (2003) p. 85.

<sup>46</sup> *Cfr.* Díez PICAZO, Luis María (2003), pp 127 y 128 y 386 y 387.

<sup>47</sup> Véase la Circular del Fiscal General del Estado, de 12 de enero de 1983.

<sup>48</sup> La STC 141/2012 es la última que resuelve, además satisfactoriamente, un recurso de amparo interpuesto por el Fiscal, en protección de los derechos al honor y a la imagen de un discapacitado psíquico, supuesto de especial vulnerabilidad en el que de acuerdo con el art. 49 CE y la normativa internacional debe intensificarse la protección. El Ministerio Fiscal había planteado previamente incidente de nulidad de actuaciones.

ningún recurso de amparo constitucional ha sido interpuesto por el Ministerio Fiscal por la vía del art. 42 LOTC es decir en defensa de derechos fundamentales presuntamente vulnerados por actos de órganos de las Cámaras o de los Parlamentos autonómicos. Que la propia LOTC contemplara expresamente la legitimación del Ministerio Fiscal en estos casos en los que no hay vía judicial previa –en respeto de la autonomía parlamentaria- implicaba una voluntad clara del legislador de atribuir una defensa proactiva de los derechos fundamentales al Ministerio Fiscal en sede constitucional con independencia del poder público que los vulnerase, legislativo, ejecutivo o judicial.

Ciertamente en la defensa del derecho fundamental al ejercicio de su cargo representativo del art. 23.2 el Fiscal no será el legitimado natural dado el protagonismo de los grupos parlamentarios en defensa de los intereses de sus miembros que serán los que interpongan el recurso de amparo. Sin embargo en otros supuestos de vulneración del derecho de participación política o de petición ante las Cámaras por ciudadanos individual o colectivamente sí que cobraría todo su sentido la intervención del Ministerio Fiscal. La conexión entre la participación ciudadana y el interés social es evidente y engarza directamente con el art. 9.2 CE que compromete, como afirmaba antes, al Ministerio Fiscal directamente.

Aunque la inmensa mayoría de los recursos de amparo no provengan del Ministerio Fiscal, interviene siempre en los procesos de amparo ante el Tribunal Constitucional conforme a la previsión del art. 47.2 LOTC. De hecho, bajo mi punto de vista, a partir de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, la intervención del Fiscal cobra un renovado interés en relación con la “especial trascendencia” constitucional del recurso que la demanda de amparo debe justificar<sup>49</sup>. De no concurrir tal trascendencia conforme al art. 50.1. b) el recurso será inadmitido. La providencia de inadmisión “sólo” puede ser recurrida por el Ministerio Fiscal en súplica en el plazo de tres días (art. 50.1.c) LOTC). Contra la decisión del Tribunal no cabrá recurso alguno. El papel, por tanto, del Ministerio Fiscal como filtro de las demandas de amparo resulta en la normativa actual más acusado dada su participación en el momento clave en el sistema actual del trámite de admisión que supondrá la entrada en el fondo del asunto ya sea en un sentido estimatorio de la decisión o desestimatorio.

También el Fiscal ante el Tribunal Constitucional en su recurso de súplica frente a la inadmisión –al igual que el recurrente en el amparo constitucional-, debe cumplir con el requisito de procedibilidad que supone la exigencia de justificar una decisión sobre el fondo del asunto sobre la base de la especial trascendencia constitucional. Esta carga de fundamentación que se impone al recurrente no se relaja en relación con el Ministerio Fiscal, siendo necesario que la demanda o el recurso de súplica argumente de forma

---

<sup>49</sup> Sobre la especial trascendencia constitucional véase la STC 155/2009, de 25 de junio.

separada ambas cosas, la vulneración del derecho fundamental y la especial trascendencia constitucional (FJ 3º ATC 26/2012, de 21 de enero<sup>50</sup>).

Si consideramos la finalidad de esta reforma que refuerza la dimensión objetiva del amparo, el papel del Ministerio Fiscal como defensor del interés público que subyace a los derechos fundamentales se ve redimensionado. Las razones de interés público atenúan el carácter dispositivo de los procesos constitucionales. En la STC 141/2012, la relación entre la especial relevancia del recurso y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales aparece claramente cuando el Fiscal que no interpone el recurso se opone al desistimiento del recurrente. El Fiscal en este caso sostiene la necesidad de continuar el procedimiento por la inexistencia de una doctrina constitucional sobre el internamiento urgente de persona con trastorno psíquico y por tratarse de personas de especial vulnerabilidad. El Tribunal Constitucional coincide con el parecer del Ministerio Fiscal y finalmente estima el amparo. No podemos concluir, sin embargo, que el parecer del Ministerio Fiscal contrario al desistimiento del recurrente -en base al interés general en la continuación del proceso- haya inclinado al Tribunal Constitucional en cualquier caso a seguir la posición de éste.

La Memoria del Ministerio Fiscal en el capítulo dedicado a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional debería, bajo mi punto de vista, aportar información sobre el número de denuncias de los derechos fundamentales recibidas y dar explicaciones sobre los casos en los que en atención a la relevancia constitucional decide actuar y en cuáles no, ya sea interponiendo el recurso de amparo o el recurso de súplica frente a la inadmisión del asunto por el Tribunal Constitucional. Exigencias de transparencia y responsabilidad pública interesarían una rendición de cuentas adecuada ante la sociedad en consonancia con la dimensión institucional de los derechos fundamentales<sup>51</sup>.

V- La intervención del Ministerio Fiscal en la depuración del ordenamiento de leyes inconstitucionales.

En las constituyentes de 1931 se justificó la legitimación del Ministerio Fiscal para acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la base

---

<sup>50</sup> En este caso el TC señaló al Ministerio Fiscal que lo que revelaba su escrito era una discrepancia con la manera en que el juez aplicó la jurisprudencia del TC lo que no casa con el motivo de inadmisión del art. 50.1 f) sobre la negativa manifiesta del deber de acatamiento de la jurisprudencia constitucional.

<sup>51</sup> Ha visto la luz el cambio de posición de la Fiscalía en un asunto de especial sensibilidad social relativo a la aplicación de la llamada Ley de Memoria Histórica. En un primer momento el Fiscal pidió al Tribunal Constitucional que reconsiderara su posición de inadmisión de un amparo en relación con las investigaciones de los desaparecidos forzosamente en la Guerra Civil y posterior Dictadura en aras de una necesaria unificación de criterios de actuación en la materia. En enero de 2014 se ha divulgado el desistimiento del representante del Ministerio Fiscal en su escrito anterior. Según el abogado de la víctima que demandó en amparo el cambio de posición por parte de la Fiscalía era un cambio de parecer injustificado.

de su condición de “portador del *interés general y difuso*, que no es el interés de la víctima concretamente lesionada, sino *que es la representación de ese interés nacional y ciudadano, que puede tener la masa general*, de que las leyes no constitucionales no reciban aplicación a la realidad de la vida”<sup>52</sup>. Conforme al art. 30.3 de la Ley de 14 de junio de 1933, cuando el Ministerio Fiscal estimara que la ley aplicable a un caso concreto podía ser contraria a la Constitución debía interponer recurso de inconstitucionalidad<sup>53</sup>.

A diferencia del legislador republicano, el Constituyente en 1978 no ha otorgado al defensor público de la legalidad ante el Poder Judicial la legitimación para instar la actuación del Tribunal Constitucional en defensa de la ley suprema ni a través de la vía directa y abstracta del recurso de inconstitucionalidad, donde sí tiene legitimidad para hacerlo el Defensor del Pueblo junto a sujetos de naturaleza política, ni de la indirecta y concreta de la cuestión de inconstitucionalidad, cuyo planteamiento corresponde al juez del caso concreto.

Con respecto al recurso de inconstitucionalidad, parte de la doctrina criticó que la Constitución no lo contemplara entre los legitimados para interponerlo más si cabe porque sí ostenta esa legitimación el Defensor del Pueblo, lo cual resultaba paradójico teniendo en cuenta la posición de comisionado parlamentario de este último a lo que en principio no parecía adecuarse mucho esta atribución<sup>54</sup>.

En cualquier caso, puede extrañar que una institución tan dúctil funcionalmente como ha resultado ser el Ministerio Fiscal, al que se le ha ido atribuyendo todo tipo de heterogéneas competencias en los más diversos ámbitos, no tenga atribuida esa función. Ello hubiera propiciado una mayor cercanía a los ciudadanos que tienen vedado el recurso directo contra leyes. También, de alguna manera, hubiera contribuido a una imagen del Ministerio Fiscal más distanciada del Gobierno, aunque en la lógica opuesta pudiera conllevar un alto riesgo de politización si ostentara legitimación activa para llevar al Tribunal Constitucional una Ley, expresión de la mayoría parlamentaria<sup>55</sup>. De alguna forma, negándole esta legitimación se le protege de

---

<sup>52</sup> Son palabras del diputado Sánchez Román en las constituyentes de 1931 en torno a la legitimación del Ministerio Fiscal reconocida en el art. 123 de la Constitución republicana para acudir al Tribunal de Garantías Constitucionales citadas por OLIVER ARAUJO, Juan (1991) p. 227.

<sup>53</sup> El juez debía solicitar el parecer de la sala competente del Tribunal Supremo por razón de la materia y en el caso del Ministerio Fiscal se atribuía al Fiscal General de la República la competencia para acudir al Tribunal de Garantías *vid.* RUIZ LAPEÑA, Rosa (1982) pp. 238 - 241.

<sup>54</sup> Véase MONTORO PUERTO, Miguel (1980 ) pp. 171 - 192.

<sup>55</sup> En la regulación que del tema se hizo bajo la Constitución de 1931, si, conforme a la estructura tradicionalmente jerárquica, era lógico que tal facultad recayese en el Fiscal General, que podía por su parte delegar la interposición del recurso en cualquier otro fiscal, desde el punto de vista de la independencia del Ministerio Fiscal respecto al Gobierno se advierte que el Ministerio de Justicia no jugaba ningún papel al respecto

entrar en la confrontación política que puede latir tras el control abstracto de la ley.

La facultad del Ministerio Público de poner en marcha el control de constitucionalidad republicano tenía lugar en el marco de un control concreto o indirecto. La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1933 preveía la consulta por los Jueces o Tribunales y el recurso por el Ministerio Fiscal. Según RUIZ LAPEÑA, “lo que da titularidad tanto a jueces como al Ministerio Fiscal para recurrir ante el Tribunal de Garantías, es su interés en la realización de la Justicia en el caso concreto, que choca contra una ley que estima puede ser inconstitucional. Ante este hecho, y dada la incompetencia de ambos para pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una ley, deberán someter la cuestión a que la resuelva el órgano competente, es decir el Tribunal de Garantías”. En el ordenamiento actual, el fiscal no tiene esta facultad<sup>56</sup> aunque sí interviene de una forma destacada en el llamado control indirecto, concreto o incidental<sup>57</sup> y lo hace en los dos niveles, en el del juez *a quo* y en el del juez *ad quem*. Ello redundaría en la armonización de la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria acorde con la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad como mecanismo de conexión entre sendas jurisdicciones (ex STC 17/1981, de junio) resultando esencial la garantía de su participación en el doble juicio, de aplicabilidad de la norma y de relevancia de la misma para resolver el caso concreto. La articulación de su papel en este terreno plantea una interesante comunicación entre las Fiscalías territoriales y la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional ya que mientras ante las primeras se plantea el conflicto inmediato es a la Fiscalía constitucional a la que corresponde fijar posiciones sobre el fondo del asunto y a la que por tanto el fiscal *a quo* deberá consultar y de la que podrá recibir instrucciones sobre el contenido del informe que debe emitir en aras de la necesaria unidad de actuación.

El Ministerio Fiscal deberá ser oído en todo caso por el juez antes de dictar el auto en el que eleve la cuestión. No corresponde al fiscal en ese momento procesal pronunciarse provisionalmente sobre el planteamiento de

---

por lo que la interpretación de la conformidad o no de la ley que al Ministerio Fiscal le correspondía defender y por tanto la defensa de la Constitución que se le encomendaba era de su exclusiva competencia sin injerencia del Ejecutivo en dicha función. Sería por tanto un importante argumento en que apoyar la independencia funcional del Ministerio Fiscal respecto al Gobierno al menos en el modelo normativamente diseñado en el texto de 1931 que señalaba que el Ministerio Público disfrutaría de similares garantías que la Administración de Justicia.

<sup>56</sup> En Italia, por ejemplo, se ha ligado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad con el concepto de *autorità giurisdizionale* negando tal condición al fiscal ya que su planteamiento sólo puede realizarlo la magistratura decisoria *vid.* entre otras las sentencias 40 del 1963 y 415 del 1995 de la Corte Constitucional Italiana estudiadas por BIONDI, Francesca y ZANON, Nicolò (2002) pp.149-150.

<sup>57</sup> La normativa interna se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la intervención del Ministerio Fiscal en las cuestiones de inconstitucionalidad. Véase la Instrucción 2/2012.

una cuestión no promovida por el órgano jurisdiccional. Su posición proactiva supondría la entrada del fiscal en un terreno que a él no corresponde. No le corresponde tampoco al representante fiscal entrar en el fondo del asunto en este momento salvo que exista una posición del Ministerio Fiscal ya asentada en determinado sentido. Para que un fiscal que intervenga en un proceso determinado pueda proponer el planteamiento de una cuestión deberá recabar la conformidad de la Fiscalía General. Son cautelas todas ellas perfectamente coherentes con la naturaleza unitaria del Ministerio Fiscal que quedaría profundamente resquebrajada si un fiscal *uti singuli* cuestionara la constitucionalidad de la ley que le corresponde por su misión precisamente defender.

El Tribunal Constitucional podrá rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada según el apartado 1º del art. 37 de la LOTC. El dictamen de fondo corresponde por imperativo legal al Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Constitucional conforme al apartado 3º del mismo art.37.

#### VI- La defensa de los intereses sociales y la especialización del Ministerio Fiscal

No quiero terminar este trabajo sin llamar la atención sobre los cambios que la defensa del interés social en campos diversos ha traído sobre la organización del Ministerio Fiscal. Para dar una respuesta más adecuada y más sólida técnicamente el Ministerio Fiscal ha debido tender hacia la especialización.

El modelo tradicional de Ministerio Fiscal respondía a un esquema en el que las fiscalías ante las Audiencias Provinciales constituían la unidad orgánica básica de la institución. Estas fiscalías encabezadas por un Fiscal Jefe se nutrían por fiscales “generalistas” a los que correspondía llevar los asuntos que aquél les asignase en el correspondiente reparto en su mayoría de índole penal.

Esta imagen se ha visto alterada, sobre todo en la última década, por la introducción del criterio de especialización junto al de territorialidad. Mientras que el criterio territorial permite acomodar el Ministerio Fiscal a la naturaleza difusa del Poder Judicial acercando la Administración de Justicia al ciudadano conforme al principio del juez natural, la especialización adecúa esta organización a la naturaleza de los asuntos que la institución tiene encomendados. Al tiempo, la especialización incide directamente en la formación continuada de los fiscales, en su necesario reciclaje y actualización en materias complejas y cambiantes, en las que además del Derecho Interno el fiscal debe conocer bien el Derecho Europeo e Internacional y que requieren especiales conocimientos técnicos. La Instrucción 5/1983 sobre la formación y perfeccionamiento de los miembros de la carrera fiscal ya se refería a la formación en las distintas materias de cara a una “mejor capacidad de comprensión del propio sentido de esos conflictos sociales” en los que el fiscal interviene. Obviamente la formación especializada se proyecta en la valoración

y acreditación de experiencia y conocimientos específicos para la provisión de determinados destinos, sirviendo, junto a la antigüedad, desde la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en el año 2003, como criterio para el ascenso y la provisión de destinos en la carrera fiscal.

La necesidad de especialización responde a exigencias materiales o sustantivas de las distintas ramas del Derecho que prevén la intervención del fiscal, exigencias materiales que se proyectan en los planos procesal y organizativo que por su instrumentalidad deben adecuarse a aquéllas. En algunos campos la complejidad reside en la imbricación de distintas áreas normativas del ordenamiento jurídico, en la complicación técnica y abundancia de normas. En otras ocasiones se trata de dar respuesta al interés social especialmente sensible de ciertos colectivos - menores, extranjeros, discapacitados, mayores o víctimas - que por sus características distintivas merecen especial cuidado. La implantación de un nuevo modelo organizativo ha obedecido, por tanto, a exigencias de adecuación social a la realidad a las que el Ministerio Fiscal ha ido dando respuesta, primero a través de normativa interna, para luego incorporarse a la norma estatutaria alcanzando entidad legal.

La necesidad de especialización se inició a finales de los ochenta con la creación de la Fiscalía Antidroga por la Ley 5/1988, de 24 de marzo, a la que se sumó años después la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada creada por la Ley 10/1995, de 24 de abril. El estudio del funcionamiento de estas Fiscalías especiales merecería sendos trabajos específicos. Además su campo de actuación es el del orden jurisdiccional penal cuyo análisis aquí no he abordado. A ambas se dotó de entidad orgánica propia, fórmula que no se utilizará posteriormente en la defensa de otros intereses sociales, de colectivos o difusos.

Ya en los años noventa en ejercicio de su potestad organizatoria algunas fiscalías avanzaron experiencias organizativas en terrenos específicos como en medio ambiente o menores. La especialización tuvo así en un primer momento un alcance territorial derivado de las necesidades organizativas de determinadas fiscalías y de la capacidad innovadora de ciertas jefaturas. En un momento ulterior fueron exigencias de la unidad de actuación, principio rector característico del Ministerio Fiscal, las que generalizaron estas prácticas articulándose esta especialización por la Fiscalía General del Estado a través de diversas instrucciones y circulares. Ello supuso la consagración de un principio de unidad especializada que permitiría la dirección y coordinación unitaria del Ministerio Fiscal en determinados sectores de su actuación. Esta realidad alcanzó entidad legal, primero en leyes sectoriales y finalmente en el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con la reforma de 2007<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Obviamente el impulso del ejercicio de la potestad organizatoria puede partir de las dinámicas de las propias fiscalías, de la Fiscalía General del Estado o del Gobierno o de la interacción de todas ellas a través de la información que debe fluir entre las distintas instancias de definición del interés público. Incluso en ocasiones el impulso puede partir del Parlamento a través de sus instrumentos de *indirizzo* político como las proposiciones no de ley.

La vía de especialización de los Fiscales de Sala integrados en la Fiscalía General del Estado<sup>59</sup> a los que se refiere el art. 20 del Estatuto fue abierta por una Ley que no tenía como objeto principal la modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal como fue la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.. Esta ley, entre las medidas desplegadas para atajar esta lacra social, previó la figura de un Fiscal (Delegado) contra la Violencia sobre la Mujer. Después se incorporó el Fiscal de Sala contra delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales y el Fiscal especialista en materia de protección y reforma de menores. El art. 20 dejó abierta la posibilidad al Gobierno de crear otros Fiscales de Sala especialistas con similares atribuciones.

Conforme a esta disposición, a los Fiscales de Sala especialistas *ratione materiae* creados *ope legis* se han sumado el Fiscal de Sala de Siniestralidad Laboral, el Fiscal de Sala de Seguridad Vial, el Fiscal de Sala de Extranjería, Fiscal de Sala en materia de cooperación internacional y el Fiscal de Sala en materia de criminalidad informática<sup>60</sup>. Todos ellos son Fiscales de

---

<sup>59</sup> Los Fiscales de Sala integrados en la Fiscalía General cuentan en plantilla con otros Fiscales. Estos Fiscales siguen el nombramiento de los puestos de confianza directa que cesan con el Fiscal General del Estado. Obviamente en la provisión de todos estos destinos es necesaria la acreditación de especialización en la materia. Hasta 2007 se utilizaba la figura prevista actualmente en el art. 21.5 de los destacamentos temporales.

<sup>60</sup> Estos Fiscales de Sala Especialistas ya habían sido contemplados por los correspondientes Reales Decretos de plantilla orgánica del Ministerio Fiscal antes de su previsión estatutaria en 2007. El principio de especialización ha ido articulándose a través de sucesivas circulares e instrucciones. En fecha decreciente hemos de referirnos a los siguientes textos: Circular 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial. Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores. Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores Circular 7/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo Circular 5/2011, de 02 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. Circular 6/2011, de 02 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Circular 4/2011, de 02 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de siniestralidad laboral. Instrucción 2/2011, de 11 de octubre, sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las secciones de criminalidad informática de las Fiscalías. Instrucción 2/2010, de 30 de julio, Adaptación de la Instrucción 12/2005 " sobre atribuciones y competencias de la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y de sus Fiscales Delegados" a la Ley 24/2007, de 9 de octubre. Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas. Instrucción 5/2008, 18 de diciembre de 2008, sobre adaptación del sistema de nombramiento y estatus de los delegados de las secciones especializadas de las fiscalías y del régimen interno de comunicación y relación con

Sala Coordinadores. También existe un Fiscal Coordinador de los Servicios Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas, de las Fiscalías Provinciales y un Fiscal de Sala Emérito Delegado para la Protección y Defensa de los Derechos de las Personas Mayores.

La reconducción unitaria del quehacer de las fiscalías en otros ámbitos específicos se ejerce también por la vía del art. 22.3 EOMF que reconoce al Fiscal General del Estado la potestad de delegar determinadas funciones a los Fiscales de Sala relacionadas con la materia de su competencia. Siguiendo esta fórmula se crearon el Fiscal de Sala Delegado para la protección y tutela de las víctimas en el proceso penal, el Fiscal de Sala Delegado en materia penitenciaria y el Fiscal de Sala Delegado para la coordinación de los delitos económicos. A ellos se suman los Delegados en materia civil, en materia contencioso-administrativa y en materia social<sup>61</sup>.

Los llamados Fiscales de Sala coordinadores lo son de redes nacionales de fiscales especialistas que se integran en las secciones especializadas de las fiscalías territoriales. Estas secciones especializadas rompen la estructura horizontal y generalista de las Fiscalías Territoriales constituyendo unidades funcionales propias. Los fiscales especialistas en el nivel territorial son fiscales delegados responsables de secciones especializadas que se constituyen dentro de una fiscalía territorial aglutinando un conjunto de medios personales y materiales. Se organizan para dar respuesta territorial a la especialización en determinadas materias conectando

---

las áreas de especialización delegadas tras la reforma del EOMF operada por Ley 24/2007 de 9 de octubre. Instrucción 3/2008, 30 de julio de 2008, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las secciones de menores. Instrucción 5/2007, 18 de julio de 2007, sobre los Fiscales de Sala Coordinadores de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería y sobre las respectivas secciones de las fiscalías territoriales. Instrucción 4/2007, 10 de abril de 2007, sobre el Fiscal Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo y las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías Instrucción 4/2006, 12 de julio de 2006, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción y sobre la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada. Circular 4/2005, 18 de julio de 2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Instrucción 12/2005, 30 de diciembre de 2005, sobre atribuciones y competencias de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas y de sus Fiscales delegados. Instrucción 11/2005, 10 de noviembre de 2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la C.E. Instrucción 7/2005, 23 de junio de 2005, el Fiscal contra la violencia sobre la mujer y las secciones contra la violencia de las Fiscalías.

<sup>61</sup> La última vez que se ha utilizado esta fórmula fue para la creación del Fiscal de Sala Delegado para la tutela penal de la igualdad y la respuesta institucional ante las conductas discriminatorias prevista en el proyecto de ley para la igualdad de trato presentada en junio de 2011. El final anticipado de la legislatura hizo que la ley no fuera aprobada pero sin embargo en uso de su autonomía organizatoria otorga esta delegación para reforzar la protección del bien jurídico de la igualdad que por otra parte como señala el decreto de delegación era una realidad ya atendida por otros fiscales especialistas, en violencia de género, menores, inmigración, fiscales de lo civil en materia de discapacidades.

con otros fiscales de la propia red coordinada por el Fiscal de Sala especialista<sup>62</sup>. Algunas de las secciones especializadas son obligatorias e determinadas fiscalías<sup>63</sup>. A través de esta figura se utiliza el criterio de la especialización, pero sin dotarla de entidad orgánica propia, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las Fiscalías Especiales.

La creación de los Fiscales especialistas ha venido a aliviar la carga de la dirección unitaria del Ministerio Fiscal en manos del Fiscal General del Estado propiciando lo que se ha venido en llamar principio de *unidad especializada*. La incorporación de los Fiscales de Sala especialistas a la Junta de Fiscales de Sala ha dado una mayor entidad y autoridad a este órgano consultivo del Fiscal en materia doctrinal y técnica. A los fiscales coordinadores precisamente se les reconoce la capacidad de propuesta de circulares e instrucciones en el ramo de su especialidad.

La reorganización del Ministerio Fiscal, por último, ha traído consigo un nuevo planteamiento de los contenidos que la Memoria Fiscal debe plasmar siendo como es ésta un instrumento fundamental tanto para la vida interna de la institución como para la relación de ésta con los poderes públicos y la sociedad en su conjunto<sup>64</sup>. Así junto a la visión ofrecida de la actividad del fiscal a escala territorial la Memoria debe recoger en su contenido la perspectiva de las distintas áreas especializadas reflejando la actividad de coordinación nacional y la síntesis de lo aportado por las correspondientes secciones especializadas. No podemos obviar la importancia que como instrumento de política legislativa tienen las Memorias Fiscales.

## VII- A modo de epílogo

La defensa de los derechos fundamentales y, en general, del interés social en el proceso por parte del Ministerio Público ha cobrado en la última época una especial relevancia. La crisis en el que nuestro país está sumido ha

---

<sup>62</sup> La Instrucción 5/2008 sobre adaptación del sistema de nombramiento y estatus de los delegados de las Secciones Especializadas de las Fiscalías y del régimen interno de comunicación y relación con las áreas de Especialización Delegadas tras la Reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. operada por la Ley 24/2007 de 9 de octubre, hace referencia expresa al papel de los Fiscales de Sala Coordinadores en la tramitación de los Recursos de Casación. Según ésta “los Fiscales de Sala Coordinadores, pondrán en conocimiento de los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo aquellos recursos de casación, que en relación a su especialidad, se preparen por las Fiscalías Territoriales y que, por su contenido o planteamiento técnico jurídico, hagan necesaria la oportuna coordinación de criterios con la Fiscalía del Tribunal Supremo”.

<sup>63</sup> En las Fiscalías provinciales obligatoriamente deben existir secciones de menores y de violencia contra la mujer. Sobre otras materias en que existen Fiscales de Sala especialistas no es obligatorio que existan secciones especializadas pero pueden crearse cuando el volumen de asuntos lo requiera.

<sup>64</sup> Véase la Instrucción 1/2014 sobre las memorias de los órganos del Ministerio Fiscal y de la Fiscalía General del Estado.

situado en el terreno de la Administración de Justicia asuntos de trascendencia capital que inciden de lleno en los derechos e intereses socioeconómicos de amplias capas de población, en situación incluso de una nueva “menesterosidad” propia de las modernas sociedades de bienestar. El Ministerio Fiscal como representante de la sociedad en el proceso en defensa de la legalidad realiza una labor fundamental de reequilibrio definitoria de la vocación social del Estado.

Esta visibilidad del Fiscal como “ministerio público” debe tenerse en cuenta en la discusión más amplia sobre la posición del Ministerio Fiscal en nuestro país, sobre todo ahora que quiere reforzarse el rol del fiscal en nuestro sistema de justicia penal<sup>65</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *Jurisdicción y proceso constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- DíEZ PICAZO, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.
- DíEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.
- DAMASKA, Mirjan R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, Fernando, “La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 100, núm. 3, 2001, pp. 113-145.
- FLORES PRADA, Ignacio, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, vol. I (3ª ed), Giuffrè Editore, Milán, 1993.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando, “El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2002, pp. 223 -273.
- LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, “En torno a la constitucionalidad de la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia

---

<sup>65</sup> Sobre la propuesta de un nuevo Código Procesal Penal, véase la comparecencia a petición propia del Ministro de Justicia para informar de la propuesta de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la sesión de la Comisión de Justicia del Congreso, el día 7 de mayo de 2013. Tanto el anteproyecto de la anterior Legislatura siendo Caamaño Ministro de Justicia como el que está sobre la mesa de Ruiz-Gallardón están disponibles en la web del Ministerio de Justicia.

de ordenar el retorno de extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España”, en Del Valle Gálvez, José Alejandro y Acosta Sánchez, Miguel Ángel (Coords.), *Inmigración irregular y derecho*, 2005, pp. 177 - 186.

- MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *La Defensa en Derecho del Estado*, Civitas, Madrid, 1986.
- MONTORO PUERTO, Miguel, “Funciones del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional”, *Revista de Administración Pública*, Nº 91, 1980.
- OLIVER ARAUJO, Juan, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1991.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 12ªed, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- PIZZORUSSO, Alessandro, “Interesse publico e interessi pubblici”, *Rivista trimestrale di diritto e processo civile*, 1972, pp. 57 -87.
- RUIZ LAPEÑA, Rosa Mª *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, BOSCH, Barcelona, 1982
- SANDULLI, Aldo. M., “Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1964, I, pp. 201 - 216.
- ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo Parte General I*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954 (trad de la 5ª ed. It. 1949).
- BIONDI, Francesca y ZANON, Nicolò, *Diritto Costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Giuffrè Editore, Milán, 2002.