

Ley Penal y Ministerio Público en el Estado de Derecho (*)

ADOLFO DE MIGUEL GARCILOPEZ
Abogado-Fiscal del Tribunal Supremo

Si me he decidido a aceptar el honroso llamamiento del Instituto de Estudios Jurídicos para venir a disertar sobre el convenido tema de "Ley penal y Ministerio Público en el Estado de Derecho", no es, como bien podéis comprender, con la pretensión de sentar doctrina en materia en la que, por dirigirme a un auditorio compuesto casi por entero por juristas, me consta sois maestros, sino con el propósito más sencillo y asequible de aprovechar esta oportunidad para recapitular juntos y a la vista de datos ciertos acerca de una cuestión de suma importancia para quienes estamos dedicados a la administración o a la postulación, oficial o libre, de la justicia; ya que de la conclusión, positiva o negativa, que de nuestro sincero análisis extraigamos, dependerá que nos sintamos, en conjunto, íntimamente justificados y aun satisfechos en nuestro cotidiano y respectivo quehacer, o, por el contrario, reconozcamos—incluso con todas las consecuencias que de ello debiera derivar nuestra dignidad irrenunciable—la inautenticidad de nuestro ejercicio forense, limitado, en tal supuesto, a oficiar, desganadamente, sin respeto ni fe, sobre un altar profanado y ante una divinidad apócrifa.

Se trata de discernir, ante todo—una vez de acuerdo en cuanto al exacto concepto y genuinas características del *Estado de Derecho*—, si realmente servimos, como juristas prácticos españoles, al Derecho mismo o, más bien, a la Fuerza, cristalizada, en lo normativo, en mero decisionismo, de férrea eficacia vinculante para los cuerpos, pero no para las almas; dicho en otros términos: si vivimos y actuamos—muy en especial, por lo que a nuestro concreto tema de hoy afecta, en el orden punitivo—dentro de un *Estado de Derecho*, regido por la Ley, iluminada ésta, a su vez, por el Derecho natural, o conllevamos, por inercia, poquedad o cómoda conveniencia, un régimen de mando arbitrario, cuya proyección penal no sería otra que un duro sistema coactivo, de exclusivo sentido utilitario, más enérgico y opresivo que racional y justo.

Pecaría, acaso, el tema de ocioso y de inactual, de no haberse

(*) Conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el día 17 de abril de 1963.

puesto recientemente, más que en tela de juicio, en entredicho, por los circunstanciales redactores de determinado informe crítico-jurídico de internacional difusión y menguada objetividad, la legitimidad de ejercicio y aun de origen —al cabo de los años y de los renovados reconocimientos diplomáticos— del Régimen español, así como los quilates jurídicos de su sistema penal.

Bien quisiéramos no tener necesidad de volver la vista atrás, sino pensar exclusivamente en el porvenir de una patria ascendente y unida, sin amargar con recuerdos bélicos la vida de las nuevas generaciones, que no saben otra cosa de nuestra Cruzada Nacional de Liberación, tan reciente y tan pretérita, que lo aprendido en las páginas de la Historia o de la novela o a través de los relatos familiares; pero es lo cierto que no siempre nos dejan olvidar y que, de vez en cuando, aldabonazos injustificados o intempestivos nos retan a la revalidación de títulos y a poner, una vez más, las cosas en su punto. Al fin y al cabo, la Historia, lejana o próxima, es maestra de la vida, aunque con excesiva frecuencia resultemos alumnos desaplicados.

- Si dirigimos la mirada retrospectiva que se nos exige a los orígenes históricos inmediatos de la España actual —ni estigma ni pecado original, como insinúa en su acre reproche el redactor del aludido informe que, con previa toma de posición, cargada de prejuicios, parece añorar el caos anarco-marxista que hizo a su tiempo las delicias de novelistas foráneos, desarraigados y nómadas—, mal podríamos olvidar, quienes éramos jóvenes en 1936, cómo muchos millares de españoles patriotas, hasta entonces pacíficos, hubimos de salir de nuestras casas y cerrar de golpe, los juristas, nuestros Códigos escarnecidos, para combatir, con mejor o peor fortuna y en la medida de nuestras posibilidades, por valores trascendentes y defenderlos con algo más que con aforismos jurídicos y preceptos legales, poco útiles entonces, frente a las torvas milicias sindicales y políticas, cesionarias desde antes de la contienda civil de la abdicada autoridad del Gobierno del "Frente Popular". Por consiguiente, y sin perjuicio del espíritu afirmativo y revolucionario —no "reaccionario"— del Movimiento Nacional, es innegable que, en cuanto circunstancia o peripecia histórica, *no asumió la iniciativa de la violencia*, sino que, frente a una situación crónica e insufrible de agresión, alentada y respaldada por la Autoridad gubernamental, parcial y beligerante, que culminó en el secuestro y asesinato del jefe de la oposición parlamentaria, perpetrado por las propias fuerzas de Orden Público del Gobierno "frente-populista", puede decirse que aquel Alzamiento constituyó "*reacción*" aunque sólo en el *sentido mecánico*, no ideológico, de la palabra; supremo recurso defensivo impuesto por el instinto vital de conservación, *antes de que fuese demasiado tarde*, y santificado por el "*derecho de resistencia*" definido por los teólogos, frente a un Estado carente de todos los atributos consustanciales al concepto de potestad legítima. Verdad histórica tan firme que puede considerarse pasada para siempre en autoridad de *cosa juzgada*, con tanta razón, por lo

menos, como la Revolución francesa y tantas otras que no advinieron, precisamente, sobre camino de rosas.

Llegada la paz, en abril de 1939, merced al holocausto de los mejores, y asentado un orden jurídico estable, volvió cada uno a sus primitivas tareas; así, también los hombres de Derecho que pudimos hacerlo, después de haber luchado y vencido por España y para nuestros hijos, en aras de una patria digna y habitable para todos. nos reíntegramos, por lo general, a nuestras profesionales funciones restauradas, mientras las palancas de los mandos políticos, con sus preeminencias y honores anejos—y sus arduas responsabilidades de reconstrucción—, quedaban en manos vocacionalmente idóneas, sin pretender los demás, para nosotros mismos, más compensación—y no fué poca—que el rescate para todos los españoles de la Patria y de la Justicia y también la recuperación de nuestro individual derecho a la vida física y moral. Eso sí, firmemente resueltos, en lo que de nosotros dependa, a que los horrores padecidos y superados no se repitan y a que los gérmenes disolventes que envenenaron la vida nacional no vuelvan a invadirla, manifiesta ni subrepticamente, mientras perduren el recuerdo de aquella pesadilla y el riesgo de su reproducción.

Los antecedentes expuestos y nuestra posición personal independiente de profesionales del Derecho desligados de todo específico menester político, confieren al dicho de quienes nos hallamos en tal situación el doble aval resultante del conocimiento directo de la realidad jurídica española y de nuestro particular desinterés respecto de un régimen del que podremos sentirnos solidarios en lo esencial—por puras razones ideales y patrióticas—, pero no beneficiarios, clientes ni gestores responsables.

Siendo *Estado de Derecho* el que vive conforme a una *justa legalidad* que rige para todos, incluso, y en primer lugar, para el propio Poder público que la acata y garantiza, es evidente que los españoles vivimos en Estado de Derecho, sin que ello ofrezca la menor duda al pueblo español que lo ve y experimenta, como le ocurre al justiciable civil o penal, laboral o contencioso-administrativo, atendido a leyes ciertas, aplicadas por Tribunales independientes e imparciales. Menos que a nadie nos es lícita, en conciencia, la negativa acerca de esta juridicidad a quienes, por constarnos de ciencia propia, mal podríamos rehusar nuestro testimonio fehaciente. De no haber servido la Revolución Nacional para que la Ley imperase, como efectivamente impera, nuestra decepción como juristas y como españoles tendría que ser amarga e indisimulable.

La legalidad imperante en todas y cada una de las parcelas del Derecho es más patente, si cabe, en el *orden punitivo*, que ahora me incumbe examinar, a grandes rasgos, con una especial consideración del decisivo papel que en esta esfera corresponde al Ministerio Público, como pieza-clave y sólida garantía del recto y eficiente cumplimiento de la ley penal.

Bien fácilmente demostrable es —con realidades más aún que con palabras— el postulado de ser España un *Estado de Derecho*, dotado de un serio régimen de *justa legalidad penal*; garantía viva de esta legalidad es la Magistratura española, en su doble vertiente judicial y fiscal.

No basta para que una comunidad política merezca el nombre de *Estado de Derecho* la escrita legalidad no observada en la práctica ni tampoco la existencia de un orden normativo vigente, pero injusto, ya que, como enseña Santo Tomás, *la ley humana tiene razón de ley en cuanto se conforme con la recta razón y en cuanto se aparta de la razón, se llama ley inicua*. El neo-jusnaturalismo dominante en el pensamiento filosófico jurídico actual —aun con todo el riesgo crítico de subjetivismo, incertidumbre y fluidez que ello puede comportar— ha devuelto a la justicia intrínseca o conformidad de la norma con las exigencias mínimas del Derecho natural su categoría de requisito conceptual o ingrediente y no mera aspiración ideal o “desideratum” del Derecho objetivo, encerrado éste en su seca positividad por el legalismo agnóstico imperante en la filosofía jurídica del período de entreguerras, que había expulsado a la justicia del recinto del Derecho, reducido a un estricto “querer vinculatorio, autárquico e inviolable”, según la fórmula de Stammler, tan grata al positivismo jurídico de las décadas tercera y cuarta del presente siglo.

El actual Derecho —para serlo en verdad— requiere no ya sólo la *fijeza* imprescindible para la *seguridad jurídica*, sino, además, la *justicia* de su contenido. *Legalidad vigente y justa*, con suficientes y sinceras *garantías jurisdiccionales y procesales de efectividad*. Y, con referencia a nuestro tema, que éste se proyecte satisfactoriamente en el área punitiva, tanto en los textos como en la realidad, de tal manera que, lejos de envolvernos la zozobra ambiental peculiar de las tiranías, disfrutemos de un sano clima de armónica convivencia dentro de la ley, con plena sensación de justa paz social, material y espiritual.

Todo hay que decirlo: Es *Estado de Derecho* la España actual, precisamente por ser todo lo contrario de lo que llegó a ser, bajo el régimen frentepopulista dominante en 1936 y rotundamente vencido, tras dura pugna, en 1939, que, en su odio a lo jurídico, cuenta, entre el ingente número de sus víctimas, millares de juristas y multitud de funcionarios de la Administración de Justicia, desde las máximas jerarquías, como Decano del Colegio de Abogados de Madrid, un ex Fiscal General de la República, Magistrados del Tribunal Supremo y tantos otros, a los grados más modestos y subalternos. El desmán que en un campo pudo constituir excepción lamentable, en el frentepopulista —ya desde antes de la conflagración— fué esencia y sistema.

A este propósito, vais a permitirme la breve evocación de un minúsculo pero significativo episodio que, por su valor de símbolo, me sería imposible borrar de mi memoria por muchos años de vida que Dios quisiera concederme: Todavía me parece estar contemplando a

aquel miliciano rojo, con su pecho cruzado de cananas, triunfalmente extraído hacía pocos días del valenciano presidio de San Miguel de los Reyes, donde extinguía condena por asesinato que, cierto interminable día de agosto de 1936, compartió con otros viajeros, entre los que me contaba, uno de los departamentos de un tren que hacía su inseguro recorrido desde la costa levantina hasta Madrid; era su obsesión encontrar, donde fuese, al Fiscal que lo había acusado, para imponerle un definitivo ajuste de cuentas, cuyos sádicos pormenores se complacía en explicarnos aquel nuevo Montecristo, con toda fruición, sin sospechar, por desconocer, afortunadamente, mi comprometida calidad profesional, que el principio de unidad del Ministerio Público hubiera podido depararle, allí mismo y a mi costa, vindicta más segura e inmediata. Fácil es imaginar que aquel energúmeno era, seguramente, abolicionista, como, en teoría, lo eran también, por aquella época, los otros innumerables “chequistas” adueñados de la España roja, en cuyo liviano bagaje ideológico no podía faltar la proscripción de la pena capital, salvo que fuesen ellos los encargados de prodigarla sin regla ni tasa, ya que por lo visto, esta medida penal extrema sólo es reprochable cuando la aplica el adversario y no cuando se imparte gozosamente por el abolicionista mismo, a los acordes de la Internacional o de cualquier otro himno demagógico. Y es, asimismo, muy posible que si mi comunicativo compañero de viaje llegó a ver el final de la guerra,—cosa bastante fácil, puesto que mostraba mucho más entusiasmo por las venganzas de retaguardia que por las lizas campales— y se encuentra ahora, quizá, en el exilio, será asistente asiduo a los farisáicos mítines, con intermedios musicales, poéticos y recaudatorios, en que, tan reiteradamente, se aboga por los “derechos humanos” y por el restablecimiento de la “legalidad” frente populista en la España “tiranizada”

Es Jiménez de Asúa quien hace notar que, al iniciarse la Revolución rusa, en noviembre de 1917, el lema fue: “paz, pan y abolición de la pena de muerte”, lo que no impidió que entre aquellas fechas y el año 1922 ascendiesen las ejecuciones a unas 300.000, según Bronowsky o a 600.000, en opinión de Sorokin; después sobrevendrían muchos años de terror staliniano y la tremenda “purga militar” de 1937, con el consiguiente incremento estadístico.

En cuanto al grado de *legalidad*, tanto inicial como remanente, de aquel Frente Popular español —sublevado ya, aunque sin éxito, en octubre de 1934, contra una mayoría parlamentaria recién salida de las urnas y que no había abusado de su poder ejercido, por el contrario, débilmente— que logró alcanzar en 1936 el mando que detentó sobre un territorio cada vez más reducido, hasta perderlo definitivamente en 1939, resulta sumamente sencilla la consulta, en cualquier hemeroteca ginebrina, del número del “*Journal de Geneve*” correspondiente al 17 de enero de 1937, en que el Presidente de la República Española que había convocado las elecciones de 1936, que llevaron al Poder al Frente Popular, que depuso acto seguido, mediante un “golpe de Estado par-

lamentario" al referido Presidente, según él mismo relata, explica, como testigo de mayor excepción, el verdadero alcance de aquel pretendido triunfo electoral frentepopulista y la inevitabilidad de la guerra civil provocada por la tiranía demagógica de aquel violento conglomerado político.

A pesar de toda su sinrazón, el vocerío "libertador" sigue siendo, sin embargo, tan contumaz y ruidoso que, de ser nuestra convicción menos firme y fundada, acabaría por crearnos una grave "*complejo de antijuricidad*".

Este Estado de Derecho español, espontánea emanación del sentimiento jurídico nacional y no producto de importación, imitativo o coactivo, resultante de ejemplos o presiones del exterior, es el mismo concepto que aparece repudiado en la doctrina oficial soviética que — pese a las más recientes rectificaciones tácticas, poststalínianas— sigue considerándolo herejía política e hipocresía burguesa, según señala, en un interesante artículo publicado hace poco tiempo en la "Revista Española de Derecho Militar" el Auditor Sr. Esteban Ramos; en el "Diccionario jurídico ruso", de 1956, es motejado el Estado de Derecho como "concreción anticientífica de la literatura jurídica burguesa, claramente dirigida contra el movimiento revolucionario de la clase obrera". De lo más que allí se ha hablado ha sido de "*legalidad*" adjetivada, primero, como "revolucionaria", y, después, como "socialista". No hay confusión posible entre nuestro *Estado de Derecho* y esa *legalidad* partidista de una de la Potencias rectoras de la Comunidad de Naciones, editora de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

España, es, en la actualidad, un *Estado de Derecho* ajustado, incluso, a las exigencias de la más rigurosa geometría política kelseniana: En la cúspide, una Constitución —abierta, desde luego— surgida "ex novo" de una Revolución triunfante y justa, ratificada por inequívoco "referendum" nacional, y una legalidad bien definida y concorde con el Derecho Natural, realmente vigente en todos y cada uno de los compartimientos del complejo jurídico nacional, incluido el punitivo.

Después de estas consideraciones previas sobre *esencia* y *vivencia* del Estado de Derecho y su constatación en la comunidad jurídica española, procuraré examinar, dentro del tiempo disponible —y conclusa ya la precitada y forzosa impostación político-jurídica del tema propuesto—, el *aspecto penal* de la cuestión, y finalmente, y como tercera parte de esta exposición, el significado que, en relación con todo ello y con la *independencia judicial*, asume el *Ministerio Público*.

II

Atendidas las fuentes, la *supralegalidad en materia penal* radica en el artículo 19 del Fuero de los Españoles, que sanciona con firmeza incommovible el *dogma de legalidad* recibido de anteriores tex-

tos constitucionales patrios, inspirados igualmente en la fórmula de Feuerbach, "nullum crimen, nulla poena sine previa lege". No goza, en cambio, de rango constitucional—ni tiene por qué gozarlo—la regla de retroactividad de las normas favorables al reo, que no cuenta con otro apoyo que el del artículo 24 del Código penal vigente, de 1944; regla susceptible de revocación general o particular, en cualquier momento, por simple ley penal ordinaria que así lo disponga, si bien ello no ha acaecido hasta ahora en la práctica legislativa

Sólo con agravio de la verdad puede ser afirmado que nuestra *Ley de Orden Público*, de 1959—mera reedición actualizada de su homónima republicana de 1933—, contiene figuras autónomas de delitos políticos, ya que se limita, como hacía aquélla, a regular la *potestad de policía* en las diversas situaciones legales posibles, de normalidad o excepción, dentro siempre del marco constitucional.

Los *Decretos-leyes*, *Decretos legislativos*—en desarrollo de Leyes de Bases—y *Bandos de Guerra*, en su caso, no son sino manifestaciones de una *delegación legislativa* o autorización constitucional más o menos amplia, normalmente prevista en los ordenamientos vigentes, tanto españoles como de los restantes Estados de Derecho (Fuero de los Españoles, art. 35, en relación con Ley de Orden Público, artículo 39, y Código de Justicia Militar, arts. 12 y 81, por lo que a los Bandos concierne).

*Podríamos resumir el imperio de la legalidad penal en dos notas: La primera, negativa: Que no se castiguen—con quebranto del Derecho o de la Justicia— conductas atípicas o abusivamente tipificadas ni sea la penalidad, en los diversos supuestos, arbitraria, atroz o desmesurada. En segundo término y con carácter positivo: Que obtengan adecuada tutela penal derechos fundamentales, sea frente a los particulares, sea, principalmente, frente a autoridades y funcionarios públicos, como freno a fáciles tentaciones de exceso de poder. Así, interesa sobremanera comprobar si, en lo que pudiéramos llamar *instrumentación penal* del Fuero de los Españoles y demás textos legales de grado constitucional, tienen debido reconocimiento los antedichos postulados.*

En el aspecto que acabamos de denominar *negativo*, el principio de *previa legalidad*, basada en el precitado artículo 19 del Fuero de los Españoles, es desarrollado en los artículos 1.º y 2.º del Código Penal (garantía *criminal*), 23 (garantía *penal*), 81 (garantía *penitenciaria*) y 80 del mismo Código penal, en relación con el 1.º L. E. Cr. (garantía *procesal*), que impiden la incriminación caprichosa o análogica y la penalización "ad libitum". No existen en nuestro ordenamiento sanciones atroces ni afrentosas, y aparecen *proscritas* tanto la *ergástula* como la *confiscación*; la pena de *muerte*—no prevista en ningún caso como única por el Código penal ordinario— rara vez se impone y más raramente aún se ejecuta, una vez impuesta, aun tratándose de crímenes gravísimos; las penas temporales de privación de libertad que no exceden de un año resultan generalmente elu-

didas, en la práctica, por los delincuentes primarios, mediante la “remisión condicional”, y las superiores a este límite, sensiblemente abreviadas por la “libertad condicional”, “Redención de Penas por el Trabajo” y frecuentes indultos generales y particulares, que llegan a reducir la efectividad penal en tal medida—y esto no pasa de ser una personalísima opinión de quien ahora os habla—que, en materia de criminalidad de sangre, no deja de resultar excesiva, a expensas del sentido retributivo y ejemplar del régimen punitivo.

En consecuencia, la *población penal*, que en 1 de enero de 1936, bajo la República y con un censo demográfico bastante inferior al actual, era de 34.526 reclusos, al terminar un año cualquiera de la más reciente etapa—el año 1957, por ejemplo—cuenta 17.954 presos, siendo más de un 70 por 100 reincidentes; a este resultado contribuye el hecho de que el amplio margen de arbitrio concedido al juzgador por el artículo 61, regla 4.^a, para recorrer en toda su extensión la pena correspondiente al delito sancionado, en el supuesto de no concurrir circunstancias modificativas, es indefectiblemente utilizado por los Tribunales—con benignidad automática—para la reducción al límite mínimo de la sanción conminada por la ley.

Ni siquiera en la primera y más dura etapa de nuestra postguerra, en que hubo de ser enjuiciado el grueso de la exacerbada criminalidad roja, se ha llegado en España a *aventar cenizas* de ajusticiados ni a *secuestrar* enemigos políticos residentes en Estados soberanos, para castigarlos por crímenes anteriores a la norma vindicativa retroactivamente aplicada (Ley israelita de 1950, por ejemplo) e incluso al nacimiento mismo del Estado sancionador.

Manifiesto es el contraste entre nuestra recta y clara legalidad y *asperezas punitivas supervivientes en nuestros días en el panorama jurídico universal*: Exclusión en los Códigos de las llamadas “*Democracias Populares*” europeas (salvo contadas excepciones, como Hungría y Polonia) de la garantía “*nullum crimen sine lege*”, últimamente restablecida en la letra de sus leyes por la U. R. S. S., a partir de la Ley de Principios, de 25 de diciembre de 1958 y disposiciones complementarias derogatorias, por fin—a los cuarenta y un años de implantado el régimen bolchevique—, de la posibilidad de incriminación análogica, autorizada por los famosos artículos 6 y 16 del vigente Código de 1926, y de la responsabilidad familiar de los evadidos, prevista en el primer inciso del artículo 58 del mismo Código, durante tanto tiempo; pena de *confiscación*, rechazada por odiosa por nuestro ordenamiento y conservada, por el contrario, lo mismo en los textos de impronta soviéticos (U. R. S. S., Hungría, Bulgaria, Polonia, Alemania Oriental, en su Ley de 11 de diciembre de 1957), que en alguno de la Europa Occidental, como en el vigente Derecho francés; conminación de la pena de *muerte*, como única, para la *negativa de retorno* a su país de funcionarios destacados en el extranjero (U. R. S. S., Código búlgaro de 1951), desentendidas estas leyes del dato racional de no necesitar ningún Paraíso cerrojos hacia aden-

tro, sino hacia afuera; el mismo Código búlgaro, en un precepto de impresionante dureza (art. 209), castiga con prisión hasta por tres años al que *abandonare su residencia y permanecer en clandestinidad* con el fin de sustraerse al control del Poder.

La comentada Ley israelita de 1950, sobre castigo a los nazis y sus colaboradores, que prevé la pena de muerte numerosas categorías de atentados llevados a cabo, con anterioridad a la misma Ley, contra el pueblo judío—en época en que el propio Estado de Israel aún no existía—, declara *imprescriptibles* las responsabilidades penales en los supuestos más graves.

Sin que todas estas menciones supongan empleo retorsivo del argumento “tu quoque”, sino pura información comparativa, siempre útil y aleccionadora.

Extiende nuestro ordenamiento sus *garantías* a los *extranjeros*, así en los Cuerpos generales de índole sustantiva y procesal como, muy singularmente, en instituciones como la *extradición*, sometida con anterioridad al arbitrio político y gubernativo, y “*judicializada*”—con preceptiva *intervención del Ministerio Público* en el trámite—por la Ley de 1958; sobre *extradición pasiva*, inteligentemente glosada por el Magistrado Vacas Medina.

Los *exiliados* políticos españoles—no asesinos—vienen siendo repatriados, a partir de 1945, con plenas garantías de inmunidad y retorno; desde luego, no se considera delito de sangre, a tales efectos, el derramamiento que de la misma se hubiera hecho en combate, lo que ha permitido la repatriación y reincorporación plena a nuestra comunidad nacional de los más altos jefes militares del Régimen vencido, cuyos nombres, por suficientemente conocidos en España y fuera de ella, no es necesario ni aun discreto mencionar.

Nuestra legislación y, asimismo, nuestra jurisprudencia extreman—tanto a efectos de sanción como de protección—el principio eminentemente cristiano de *igualdad ante la ley*, unido al de *respeto a la dignidad personal del ser humano*, como *portador de valores eternos*: obra jurisprudencial es, en tal sentido, la constante *destipificación del sujeto pasivo* en atentados y otros delitos contra la *autoridad pública*, en el caso de haber incurrido la misma en *abuso* o *grave extralimitación de funciones*; criterio en correcta congruencia con la agravante 10 del artículo 10 del Código penal (abuso de funciones públicas). No se ajusta tan escrupulosamente al principio de igualdad el Código *búlgaro* por lo que a protección penal afecta, ya que, conforme a sus artículos 127 y 144, la muerte causada a un militar de aquel ejército o de fuerzas armadas aliadas o amigas o a un funcionario de la Policía Popular, puede acarrear *pena capital*, y, en el supuesto de lesiones, hasta doce años de privación de libertad si son graves, siendo así que, en los demás casos, la pena correspondiente al homicidio fluctúa entre los quince y veinte años de prisión.

Responde, en su fondo, al mismo criterio español, contrario al privilegio, una sentencia de 18 de diciembre de 1945 que rehusa la ate-

nuante 7.^a del artículo 9.^o (móviles patrióticos) al procesado que, sin apreciable ofuscación de ánimo susceptible de disminuir su imputabilidad, dió muerte a un convecino que acababa de proferir expresiones gravemente denigrantes para el Régimen. Y esto ocurría muy a poco de acabada la Guerra civil.

Como medida humanizadora, no carece de interés la supresión —a virtud de Ley de 23 de diciembre de 1961, desarrollada por Decreto de 24 de enero de 1963— del tan censurado y arcaico artículo 428, heredado de textos del pasado siglo, que otorgaba trato penal de inmoderado favor al uxoricida o parricida “honoris causa”.

En cuanto al aspecto que hemos convenido en llamar *positivo* —en que el sujeto o ciudadano aparece no como posible reo, necesitado de asistencia frente a posibles excesos represivos, sino como titular de derechos fundamentales o cívicos penalmente protegidos—, no cabría explayar en esta ocasión un prolijo repertorio de libertades humanas y derechos primarios y elementales tutelados por el ordenamiento punitivo. Un excelente trabajo del Magistrado Teruel Carralero, inserto en la Revista de la Academia de Jurisprudencia (año 1958) aborda competentemente dicho tema. Baste decir que ninguno de tales derechos carece de la correlativa *cobertura penal*, bien *específica*, conforme a los arts. 178 a 204 del Código, bien *genérica o innominada*, como es la que ampara en todo caso, contra violencias o tropealias, a los adeptos, ciertamente poco numerosos, de cultos disidentes, por cuanto los ataques a la tolerancia religiosa garantizada por el artículo 6.^o del Fuero de los Españoles, serán punibles como delitos ordinarios de coacción, injurias, etc., según corresponda.

Tanto la *L. E. Cr.* (arts. 486 a 588) como la *Ley de Orden Público* (arts. 10 a 18, 28 a 34 y 40) contienen *las atribuciones coercitivas* de las Autoridades y Agentes de las misma, ya en *vía judicial* y sobre investigación criminal, en cuanto al primer texto, y en *vía gubernativa* o policial, en cuanto al segundo; *más o menos amplias estas últimas facultades de policía*, según se trate de *situación normal* o de *estado de excepción* y dentro siempre de la medida constitucional prevista en cada caso por el F. de los Españoles respecto de los *derechos individuales* afectados ya que, conforme a dicho F. E., art. 35, los derechos de expresión, correspondencia, residencia, inviolabilidad domiciliaria, reunión, asociación y libertad personal *podrán ser temporalmente suspendidos* mediante Decreto-Ley. Cualquier restricción o impedimento de estos derechos no autorizados por las leyes, hará incurrir al funcionario transgresor en la correspondiente responsabilidad penal.

Naturalmente, los *derechos políticos* de participación activa, expresamente protegidos en diverso preceptos penales (arts. 193, 214, número 2.^o, 218, núm. 1.^o, 246 y 247, ap. 2.^o) habrán de ser entendidos de acuerdo con nuestras concepciones políticas de régimen representativo orgánico y no conforme a patrones ajenos, incompatibles con nuestro ideario y vigente estructura nacional.

Aparte de numerosas previsiones legales más concretas, para cada

caso, el art. 194, C. P., en términos generales, sumamente amplios. castiga a la Autoridad o funcionario público que impidiera a una persona el ejercicio de los *derechos cívicos* reconocidos por las leyes.

En el orden *penal laboral*, el actual art. 427 C. P. castiga a los que, por infracciones graves a las leyes del Trabajo, ocasionen quebrantamiento apreciable en la salud o integridad corporal de los obreros.

Muy especial mención merece el derecho de *libertad personal*, reconocido por el art. 18 F. de los Españoles cuya vulneración por parte de Autoridades y funcionarios de cualquier orden, incluso judiciales, aparece castigada en numerosos preceptos, siendo el más característico y comprensivo el artículo 184 C. P., sobre detención inmotivada o ilegal "ab initio", en tanto que el 186 contempla el supuesto de detención que, siendo inicialmente legítima, se convierte en arbitraria por su indebida prolongación (setenta y dos horas actualmente, conforme a los pertinentes y concordantes preceptos de Ley de Régimen Local, Ley de Orden Público y Estatuto de Gobernadores, en consonancia con el art. 18. ap. 2.º del F. de los Españoles) sin poner al detenido por razón de delito a disposición de la Autoridad judicial. Y estos preceptos *no son letra muerta* en el Código, sino que se aplican en la práctica como sin lugar a duda, patentizan las Colecciones oficiales y particulares de Jurisprudencia criminal. Sin que el potente brazo del Poder ejecutivo se haya interpuesto entre la sanción y el funcionario responsabilizado ya que, como es bien sabido *El Derecho Español* —tildado de autoritario— *desconoce las garantías administrativas de procedibilidad* tan usuales en otros países —véase, por ejemplo, las garantías de perseguibilidad establecidas por el art. 30 de la Ley Orgánica de los Tribunales Militares de la U. R. S. S., de 25 de diciembre de 1958, en favor de los Jueces Militares—, hasta el punto de que en España, ni siquiera los Gobernadores están dotados de especial protección frente a eventuales responsabilidades judicialmente exigibles y ni aún los propios Ministros, en cuanto tales, gozan de especial salvaguarda, limitada a la que por su investidura parlamentaria o como Consejeros Nacionales pueda corresponderles.

Otra muestra del *predominio del sentido legalista sobre el gubernativo o disciplinario* en nuestro Derecho público, en general, y, más especialmente, en el penal, es la *reducción del campo de las órdenes antijurídica vinculantes* (art. 369, apartados 2.º y 3.º del vigente Código penal) y, en consecuencia, de la *eximente de obediencia debida*, con relación al Derecho anterior, tanto en el Código penal ordinario, de 1944, como, incluso, en el Código de Justicia Militar, de 1945.

Puntos polémicos, de immanente y trascendente interés, que, holgadamente, consumirían, no el tiempo íntegro de una conferencia, sino el de un curso entero, son, sin duda, los relativos a la *traducción penal* de problemas políticos y sociales tan controvertidos como la adecuada medida del *Fuero Castrense* e *inmunidades eclesiásticas*; pluripartidismo político y *pluralismo sindical*, con su aneja con-

sideración del *derecho de huelga*; ensamblaje de nuestro Derecho público interno con las concepciones político-jurídicas predominantes en la *O. N. U.* y en la *Comunidad Europea* (a la que, por cierto, no pertenecemos aún)... y varios más. Voces mucho más autorizadas por todos conceptos que la mía podrán afrontar a su tiempo y punto por punto esta problemática... Y aún debo confesar que, entre los acopios reunidos para esta conferencia, figura alguna documentación para intentarlo; para suerte del auditorio y alivio del conferenciante, veo que no resulta posible y dejo datos y argumentos bajo llave, para ocasión más propicia. Haré tan sólo alguna brevísima consideración acerca de dos de estos temas: *Fuero castrense* y *derecho de huelga*.

Las críticas relativas a la *Jurisdicción militar* suelen versar principalmente sobre supuestas extravasaciones de la misma por razón de la materia y de las personas consistentes, en cuanto a lo primero, en la naturaleza de delitos militares asignada a determinadas categorías de conductas subversivas y desbordamiento de los fueros personales, activo y pasivo, por lo que hace a los delitos comunes, materia esta última —se dice— ajena a la estricta relación de servicio.

La “*militarización*” de las más graves manifestaciones de delincuencia subversiva responde, evidentemente, a exigencias ineludibles, sentidas en la generalidad de los países y resueltas en muchos de ellos mediante fórmulas análogas a la española respecto de comportamientos nocivos y hondamente peligrosos para la seguridad pública o la paz social y que, por su identificable impulso, persistencia, radical antisocialidad y peculiares características orgánicas y tácticas —bandolerismo o sistemático ejercicio de preconcebidos planes de agitación y terrorismo, de inspiración comunista o anarquista, asimilables sin distorsión lógica alguna a rebelión militar— constituyen verdaderas *campanas* de agresión u *hostilidad* que, esté o no declarado el estado de guerra, revisten naturaleza bien definida bélica o cuasi-bélica, cuyo enjuiciamiento por la jurisdicción ordinaria, como criminalidad corriente, política o no, resultaría impropio, por precisar, por el contrario, la movilización de dispositivos jurisdiccionales de emergencia más rigurosos en su fondo —por aplicar, en la sustantiva, leyes de guerra— y acelerados en el trámite, como es el *Fuero castrense*, que, sin perjuicio de las indeclinables garantías procesales para el reo y de la legal y efectiva independencia funcional del escabinado juzgador para fallar en cada caso en conciencia, conforme al artículo 787 C. J. M., responda a los postulados de prontitud y ejemplaridad que la defensa social requiere. Bien se comprende, por lo demás, que tales *actividades hostiles*, dada su ejecución subrepticia, “sin banderas ni uniformes”, descarta, en todo caso, la atribución a sus militantes capturados de la calidad y trato de combatientes prisioneros, por corresponderles el de delincuentes, punible según la ley marcial.

Estados de reconocida ejecutoria democrática bastantes de ellos, adoptan este criterio de *militarización*, “*ratione materiae*”, de infracciones antisociales y subversivas: *Francia*, a virtud del C. J. M. de 9

de mayo de 1928 y disposiciones complementarias, bien recientes las últimas; *Turquía*, cuyo Código penal militar, inspirado en el modelo francés, atrae al conocimiento de los Tribunales militares políticos diversas modalidades de delincuencia subversiva; *Marruecos*, a virtud del Código—también de inspiración francesa—de 10 de noviembre de 1956; dentro de ciertos límites, *Portugal*, con su C. J. M. de 1925, y aun *Suiza*, con el suyo de 1927, modificado en 1941 y 1950; por no citar los textos del mundo soviético, entre ellos, como más representativo, la Ley Orgánica de los Tribunales Militares de la U. R. S. S., de 25 de diciembre de 1958, que ratifica el constante criterio de atribución a la Jurisdicción de Guerra del conocimiento de las actividades subversivas y “contrarrevolucionarias” y muy singularmente de las conductas de índole política previstas en el tan conocido y temido artículo 58 del vigente Código de 1926.

Incluso—como observa el auditor S. Esteban Ramos, en artículo inserto en la *R. E. de D. Militar*, número 11, de enero-junio 1961—cuando se dió el primer paso en pro de una Justicia penal internacional (aunque esté cargado de reconocidas imperfecciones), se acudió a una Jurisdicción que deliberadamente recibió el nombre de *militar* y que, a efectos de competencia discriminatoria, tomó en cuenta la suerte de las armas como concluyente condición objetiva de punibilidad.

El *fuero personal* de los militares para ser juzgados por sus delitos comunes—salvo hipótesis de desafuero—por su propia Jurisdicción, no es privativo del Derecho español, sino admitido por los ordenamientos de Bélgica, Holanda, Francia, Gran Bretaña y Canadá (condicionalmente), Israel, Marruecos, Portugal, Turquía, Suiza, U. R. S. S., etc.; fuero personal recabado, igualmente, por la O. N. U para sus fuerzas de emergencia, a virtud del Estatuto de 20 de febrero de 1957. En cualquier caso, el fuero personal en el sistema español resulta mitigado por el principio de “vis atractiva” de la Jurisdicción ordinaria para el supuesto de concurrencia de militares y paisanos en un mismo delito común y por el ya mencionado portillo o válvula del “desafuero”; sin que ello suponga que tales excepciones no debieran ser, en lo futuro, ampliadas: Delitos de circulación, fuera de misión de servicio, etc.

En cuanto al típico tema español de la *extensión del delito militar de insulto*—de palabra o de obra—*a superior*, imputable a *reservistas* fuera de filas, por razón de sus posibles colisiones de carácter particular en la vida civil y al margen de toda relación de servicio con militares graduados, debe tenerse en cuenta que, a más de *no tener* tal criterio extensivo *origen legal, sino jurisprudencial*—sentado, precisamente, en épocas demoliberales anteriores—, se registra en la más reciente doctrina de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo (Autos de 16 de enero y 26 de junio de 1961) cierta corriente favorable a una razonable revisión de esta usual amplitud del Fuero castrense, en sentido más estrictamente funcional y disciplinario.

No me resisto—por lo que a la *huelga* afecta— a destacar la *paradoja* de que, *declarada fuera de la ley la guerra internacional* por el artículo 2.º, párrafo 4.º, de la Carta de San Francisco y desterrada así, siquiera sea en teoría, de las relaciones internacionales la violencia soreliana, refuerce, anacrónicamente, su poderío absoluto en el área del Derecho social, por tópica consagración internacionalista. En tanto que los Estados soberanos se despojan, en la letra de los textos, de su “*jus ad bellum*”, el *derecho a la huelga*—como verdadera “*guerra social*”—prodigado hasta el abuso y el desorden por Sindicatos competidores en todos sitios y ejercitado, en España como ensayo inmediato de dolorosa guerra civil, goza del favor comunitario-mundial y europeo y campea en la Carta Social de Europa—si bien con opción eliminatoria—como si lo antijurídico y antidemocrático fuese, no como es en el Derecho social y penal de España, la huelga o su contrapartida de cierre patronal o “*lock-out*”, sino su prohibición y subsiguiente solución del conflicto por medio tan pacífico y ponderado como la decisión arbitral forzosa, a cargo de un órgano público independiente. Mediante su organización propia y su legislación y jurisdicción laborales, España da a estos conflictos el *pacífico y jurídico cauce* tímidamente ensayado, nada más, en Estados Unidos, por la Ley Taft-Harley y disposiciones sucesivas, y prefiere dirimir estas pugnas imparcial y civilizadamente, en lugar de ceder la vez a la *ley de la selva* y dejar que se resuelvan en medio de la calle, en provecho de la parte más fuerte en cada momento, con daño de la justicia, casi siempre y siempre del orden público y del interés nacional, de la economía y de la paz social, puesto que *la solución violenta, disponiéndose de otra, resulta tan absurda*, por lo menos, *como forzar una puerta con ariete o con ganzúa, desdeñando el imperativo mandamiento judicial, que puede ser obtenido dentro de la ley*. Ni siquiera tiene por qué ser la *huelga* la única salida posible a un Convenio Colectivo fallido por intransigencia patronal, siendo así que la autoridad laboral dispone, entre nosotros, de *poderes legales* para introducir por *vía normativa* aquellas mejoras razonables y económicamente posibles que no logren aceptación por vía paccionada (arts 10 y concordantes de la Ley de Convenios Colectivos de 24 de abril de 1958; sin contar con la intervención arbitral atribuida a la Magistratura de Trabajo, en materia de conflictos colectivos, por Decreto de 20 de septiembre de 1962. En nuestro Derecho penal, al menos por ahora, “*huelgan las huelgas*”, como actividad lícita e impune.

Volviendo a lo nuestro, en lo *procesal*, la inexistencia de la condena en *rebeldía*—salvo en materia de contravenciones, por la parvedad de sus consecuencias penales, y en delitos de tráfico automovilístico, conforme a la Ley especial, recientemente promulgada como garantía del reo, y la institución de la acción popular potestativa del artículo 101 L. E. Cr., como garantía social, pueden servir, junto con otras, de elocuente muestra de jurisdicción; así como la admisión de

oficio del recurso de casación en favor del reo condenado a pena capital.

El sentido legalista y humanitario del régimen penal español vigente no puede implicar, por lo demás, lenidad o debilidad en su función punitiva, ya que, siendo el Estado responsable ante la sociedad de la seguridad colectiva e individual, está obligado a garantizarla seriamente contra la criminalidad, sea terrorista o común.

En definitiva, podrá nuestro sistema jurídico-penal ser imperfecto —como todo lo terreno— y susceptible de determinadas mejoras que, más que a nadie nos interesa a nosotros mismos procurar. Pero ni puede ser tachado de antijurídico ni, tampoco, de más riguroso que la generalidad de los ordenamientos que el Derecho comparado ofrece.

Con esto, paso a la *parte final*, dedicada a *independencia judicial* y contribución del *Ministerio Público* a la legalidad española, con preferente atención al ámbito punitivo.

* * *

En armonía con el artículo 17 del Fuero de los Españoles, que consagra el derecho a la *seguridad jurídica*, proclama solemnemente el punto II de la Ley de Principios del Movimiento, dé 17 de mayo de 1958, que *todos los españoles tienen derecho a una justicia independiente*.

La venerable *Ley Orgánica del Poder Judicial*, de 1870 —vigente en lo esencial—, estatuye con solidez dogmática los principios de *independencia* y *responsabilidad* de la Magistratura española, en un conjunto de normas, tan expresivas algunas de ellas como su artículo 8.º, apartado 2.º, que dispone que no eximirá a los Jueces y Magistrados de sus responsabilidades alegar su obediencia a las disposiciones del Poder ejecutivo en lo que sean contrarias a las leyes. Por su parte, el Código penal de 1944, en numerosos preceptos, tutela frente a Autoridades y funcionarios y aún, explícitamente, frente a los Ministros, la garantía de legalidad en sus diversos aspectos, así como la expedita actividad jurisdiccional y, terminantemente y con carácter general, el art. 109 castiga al funcionario público que *atentare contra la independencia de los Jueces y Magistrados*.

Pero todo este montaje legal sería inoperante sin un efectivo arraigo en nuestra conciencia social y en los usos de nuestra Magistratura de este capital principio de independencia judicial, escrupulosamente respetado, de hecho y de derecho, por el Régimen político, dentro de una rigurosa inamovilidad.

Con toda razón ha podido afirmar el académico de Jurisprudencia señor Sánchez Rivera, en conferencia pronunciada en 1960, en dicha docta Corporación, que “actualmente, en España, la Magistratura es independiente y puede emitir sus fallos sin coacción alguna por parte del Poder ejecutivo”, por ser una realidad tangible que *los Magistrados y Jueces son en absoluto libres en sus funciones, si quieren serlo*. Es lo cierto que la *presión política* o gubernativa es, en nuestros

días, fenómeno desconocido en nuestra vida judicial e, incluso, término ya en desuso en nuestro habitual vocabulario forense. Y nadie mejor que nosotros podemos ser fedatarios de esta confortante verdad.

El tono de independencia funcional—en el que la Judicatura, en sentido estricto, se ve asistida y reforzada en todo momento por el Ministerio Público, de neta mentalidad judicial—es lógicamente aplicable en el Juez español desde el mismo comienzo de su carrera, en la que ingresa mediante *rigurosa oposición*, que, con todos los reparos de detalle que puedan oponérsele y a diferencia de la libre designación gubernativa o de la elección popular, seguida todavía en algunos países, imprime al seleccionado, a modo de *unción carismática*, el indispensable y *santo orgullo*, válido ya para toda su vida oficial, de no deber nada al favor del Poder político o a las veleidades del sufragio, más sensible a la adulación que ningún otro poder de la tierra, y deberse, por tanto, él mismo, exclusivamente, a la Justicia y a *nadie más*; esto lo sabe la sociedad española y por ello confía en sus Jueces. No sería posible citar un solo caso de veto o exclusión de opositores por motivos políticos discriminatorio o por antecedentes familiares de desafección al Régimen, en exquisita observancia del artículo 3.º del Fuero de los Españoles, que preceptúa que “la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencias de clases ni acepción de personas”, y del artículo 11 del mismo texto constitucional, que dispone que “todos los españoles podrán desempeñar cargos y funciones públicas, según su mérito y capacidad”.

Acerca de la significación del *Ministerio Fiscal*, a este propósito, puede decirse qué difícil sería asegurar en la práctica—y aun concebir en la teoría—un auténtico *Estado de Derecho*, singularmente en el orden penal, sin la presencia del Ministerio Público, como *Magistratura fiscalizadora y de amparo general*, cuya misión “esencial”, según el artículo 1.º del Estatuto Orgánico de 1926, es “*velar* por la observancia de las leyes referentes a organización de Juzgados y Tribunales, promover la acción de la Justicia en cuanto concierne al interés público, y presentar al Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial, procurando siempre, *imparcialmente*, el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social”. Tarea que no se agota en el recinto del Pretorio sino que trasciende del mismo y, aún dentro del proceso penal, no se circunscribe a la actividad acusatoria sino que, aparte de su función inspectora sobre el sumario, habrá de promover—como el número 6.º del art. 2.º del propio Estatuto preceptúa—“la absolución de los que injustamente sean acusados por otras partes”.

Verdadero órgano constitucional—dice un Fiscal español—raras son las Constituciones de la última postguerra que no hace referencia al Ministerio Público: Francia, Italia, Rusia, Alemania Oriental, etc.

No es el Fiscal—por lo menos el nuestro—un acusador implacable y sistemático; y así, acerca de las *retiradas de acusación*—que, con las peticiones de sobreseimiento, constituyen parte esencial de la

función moderadora y “del filtro” del Ministerio Público en los procesos penales— el Fiscal del Tribunal Supremo, en su Memoria de 1946, dice textualmente: “Esta Fiscalía jamás ha ordenado de modo general nada que impida esta facultad de retirar la acusación. En determinados casos, esta facultad se torna en deber jurídico y moral de no acusar. Ningún funcionario discreto afrontará el riesgo de acusar cuando no proceda aunque, naturalmente, debe ejercitarse esta facultad con toda prudencia, agotando el riesgo del error”.

En las Memorias fiscales de Martínez del Campo (1893) y Covián (1921) se habla de la conveniencia de acostumar a los Jueces a la imparcialidad y templanza fiscal, compatibles con la firmeza de las convicciones y con la severidad del proceder y se previene que los funcionarios del Ministerio Público detengan las deplorables ligerezas de procesamientos interesados, prolongadas prisiones y fianzas desproporcionadas, siendo preciso que con la misma energía con que persiguen a los culpables defiendan el respeto que el derecho del ciudadano merece en todo caso. En la de 1933, el entonces Fiscal General de la República, Oriol y Anguera de Sojo, dice que “el Fiscal debe intervenir en el sumario para velar por la recta observancia de la ley”. Y en la de 1949, el Fiscal del Tribunal Supremo, don Manuel de la Plaza, advierte que “el Fiscal debe afinar la investigación sumarial para que a juicio oral no vayan sino aquellos asuntos que “prima facie” presenten caracteres de viabilidad; y para el caso, no frecuente, de que el resultado del juicio imponga un cambio de postura, para el Ministerio Fiscal no hay más que un solo deber, que es éste: abstenerse de acusar a quienes no sean culpables y defender a los injustamente acusados”. En vista de la continuidad de esta línea fiscal de criterio y conducta, hace notar el Abogado fiscal de Bilbao, Ruiz Vadillo, en artículo publicado, en 1960, en la “Revista de Derecho Judicial”, cómo tres épocas tan distantes cronológica y y aún políticamente, aparecen coincidiendo en lo esencial, por las comunes directrices emanadas de la Fiscalía del Alto Tribunal español.

El *recurso fiscal en favor del reo* —frecuentemente utilizado, con estimable proporción de resultados positivos— es otro testimonio de la función de *amparo* del Ministerio Público.

Juntamente con el principio de *imparcialidad*, resplandece en la doctrina y también en la práctica del Ministerio Público el principio de *legalidad*, plasmado en el art. 105 L. E. Cr., por el que el Fiscal, como *órgano jurídico*, actúa no *ya cuando quiere* sino cuando *debe*, sin que pueda dejar de perseguir hechos delictivos ni siquiera por razón de su nimiedad o intrascendencia y, menos aún, por “razón de Estado” o motivos de conveniencia política, ya que, según dice Gómez Orbaneja, el criterio del órgano oficial de acusación, lo mismo que el jurisdiccional, debe ser siempre y exclusivamente la *ley* y no la oportunidad o el interés político.

Consecuencia del principio de legalidad es, en opinión de Ruiz Vadillo, que, sin merma de las reglas de *jerarquía* y *dependencia*,

tanto la orden superior como su cumplimiento por el funcionario fiscal subordinado, han de acomodarse objetivamente a los postulados de la ley; por lo que sería ilícita y, consiguientemente, *no vinculante* (art. 369 C. P.: conjugado con el 119 del mismo texto y con los arts. 43, 46, 86 y 91 del Reglamento del M. F., de 1958) la orden comunicada a un subordinado para que en un caso concreto, sin conocimiento del resultado del sumario, o independientemente de este resultado, pidiera el sobreseimiento o, sin conocimiento del resultado del juicio, modificara sus conclusiones o retirara la acusación. Bien es verdad —observa el Fiscal mencionado— que las órdenes de la superioridad se han producido tradicionalmente en España dentro de los más estrictos principios de imparcialidad, legalidad y ortodoxia jurídica y que esta solera ha de pesar siempre mucho en nuestra Institución. Claro es que esta idea —correcta en principio— no puede ser llevada a términos exagerados, por lo que, siempre que se tratare de criterios opinables, habrá de primar el punto de vista del superior sobre el reparo crítico del subordinado; pero, en todo caso, entiende Ruiz Vadillo, de acuerdo con G. Orbaneja, que tanto le interesa al Estado, como garantía de la misma justicia y de los intereses que toma a su cargo, asegurar la objetividad e imparcialidad del M. F. que la de los mismos Tribunales de Justicia.

No deja de señalar el Fiscal a quien vengo refiriéndome que lo antedicho no supone que el M. F., en cuanto órgano de enlace entre el Poder ejecutivo y el judicial, no pueda servir de vehículo transmisor de inquietudes y estados de ánimo colectivos cerca de los Tribunales que a su través puedan conocerlos y recogerlos. Sólo en este sentido puede admitirse que el Fiscal sea instrumento de una *política jurídica* inspirada por el Gobierno; por ejemplo, al implantarse el Jurado, en el pasado siglo, o al abolirse la prostitución, muy recientemente, se plantearon problemas sociales que el M. F. procuró solucionar transmitiendo a los Tribunales de Justicia las consiguientes inquietudes; lo mismo sucede cuando ante determinadas formas de delincuencia, por la frecuencia con que se producen, o la alarma que ocasionan en determinados momentos (v., por ejemplo, art. 511 C. P.) conviene una actuación judicial más rápida e incluso más ejemplar, dentro siempre de lo que el ordenamiento jurídico-penal autoriza; frecuencia o alarma que nadie puede valorar mejor que el Gobierno, que tiene a su alcance medios poderosísimos de observación e información.

Acertadamente, ha sido calificado el Fiscal como “Abogado con alma de Juez”, por deber concurrir en él el espíritu de iniciativa y el temple combativo característico de la Abogacía con la serena objetividad e incondicional servicio a la ley exigibles al juzgador. Traducción terminológica atinada de este difícil simbiosis la encontramos en el título compuesto de “*Judge-Advocate*”, que en la Justicia Militar anglosajona ostenta la Autoridad jurídico-militar rectora de la jurisdicción castrense y ejerciente de las funciones del Ministerio Público en la misma.

Por razón de su invariable imparcialidad, la dramática preocupación del Fiscal no es el riesgo de que su tésis no prospere sino el de que siendo, acaso, errónea, llegue a prevalecer.

La esencial y tradicional templanza —transida de sentido humano— del Ministerio Público español, velador y fiscalizador de la legalidad, con los escasos medios jurídicos y materiales que el ordenamiento positivo pone a su disposición, se manifiesta constantemente, tanto en las directrices impartidas por su supremo órgano rector en Circulares, Instrucciones y Consultas resueltas —que constituyen un valiosísimo cuerpo de doctrina jurídica, en sus diversas ramas— como en las Memorias anuales de la Fiscalía del Alto Tribunal y de las Audiencias, con sus observaciones críticas e iniciativas, y en la diaria actuación oficial de sus funcionarios: así, la Circular F. T. S. de 28 de diciembre de 1915, atiende a fijar, con despierta sensibilidad, un salvable criterio “pro reo” en materia de medidas cautelares detentivas. Numerosas reformas legales, algunas bien recientes, como la mitigación de las exorbitantes penalidades de la Ley de Pesca Fluvial de 1942; la semiprivatización del delito de abandono de familia; el nuevo Procedimiento penal de Urgencia, diseñado anteriormente, en lo fundamental, en bastantes Memorias Provinciales y Territoriales, y el Seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística, fueron insistentemente vaticinados y propugnados en las Memorias anuales de los Fiscales de nuestras Audiencias.

Como escribe, en inspirados términos, el Auditor López Medel, el Ministerio Público, que representa al orden social y pide justicia en nombre de la Ley, se mueve por impulsos de la justicia misma y tiene a su espera y a su espalda a la sociedad entera. Si no la decisión, sí corresponde el *impulso* al M. F., que asume esa *conciencia penal* que radica en el fondo íntimo del hombre y se sitúa en el terreno de lo doblemente justo, por justo y equitativo, ya que las partes —dice— *son eso, partes*”. El mismo López Medel, en su aludido estudio, publicado en el número 12 de la “R. E. D. M.”, correspondiente al segundo semestre del año 1961, dedicado al esclarecimiento del *ser* y de la *actividad* del M. P., con todos sus ingredientes sociológicos, tanto en la Jurisdicción ordinaria como en la castrense, agrega que el Fiscal asume, en verdad, la defensa de la norma, pero *se mueve dentro del esquema jusnaturalista*”.

La “*lucha por el Derecho*” es consigna institucional del Ministerio Público que —a diferencia del juzgador, que cumple resolviendo en justicia cada caso concreto, sin necesidad de cuidarse de las repercusiones sociales, más o menos mediatas, de su recto fallo— es, en el mejor sentido de la palabra, un órgano *político*, esto es, *finalista*, al servicio de una *política jurídica de largo alcance*, que no se conforma con el imperio del Derecho en cada particular ocasión sino que, *además* le imprime un *sentido y procura*, como trascendente impacto, el logro de efectos generales a escala macroscópica, mediante la actuación certera y

teleológicamente orientada del Derecho, así como el *ritmo* más vivo posible de la Administración de justicia.

La objetividad incondicional del M. F., que le impone el inexcusable deber de acusar el verdaderamente culpable y defender al injustamente acusado, *no es mera letra impresa* en el precepto estatutario sino *segunda naturaleza* en los Fiscales españoles, tan distintos de los ávidos “cazadores de cabelleras” ridiculizados periódicamente en la “T. V. E.”, como antagonistas forenses —siempre extraviados y siempre en derrota— del infalible Perry Mason, cuya merecida jubilación como héroe televisado no dejaría de ser sana medida de higiene mental por parte de un Servicio oficial educativo que, involuntariamente, sin duda, viene contribuyendo sistemáticamente a crear en la conciencia colectiva —naturalmente impresionable y poco propenso a distinguir entre Fiscales de España y de Norteamérica, donde es de suponer que también los haya rectos y perspicaces— una visión pueril y deformada de una Institución pública de primer orden, defensora del interés social de la Verdad, sin adjetivos.

Ya nuestra imperecedera Legislación de Indias decía del Fiscal que “non deve procurar ganar los pleytos sin justicia” y esta rectilínea e inveterada trayectoria viene siendo puesta de relieve, en escritos doctrinales, en España, no sólo por miembros de nuestro Instituto, como Iribas —de grata memoria—, Enrique de Leyva, el Fiscal General Antonio Reol, el Fiscal de Bilbao Aya Goñi y compañeros de aquella Fiscalía, Alamillo Canillas, el ya aludido Ruiz Vadillo y tantos otros, sino que ha suscitado asimismo la deferente atención de juristas ajenos a los cuadros del Ministerio Público, como son, entre lo autores más recientemente dedicados al tema, los Profesores Gómez Orbaneja, Prieto Castro y Viada López-Puigcerver (procesalista autorizado, con especial adscripción a lo penal, compilador muy reciente de la “Doctrina penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo), el Magistrado y Catedrático Marín Pérez, el ya mencionado López Medel y los Letrados Zafra y Miralles Alvarez, a quien debemos cordial reconocimiento por su brillante panegírico del Ministerio Fiscal, inserto en una Crónica judicial de Prensa, en 1960. Merecen, asimismo, reconocimiento Carrasco Maldonado y Ruiz Vadillo, autores de sendas compilaciones de doctrina de nuestra Fiscalía del Tribunal Supremo.

La *garantía de legalidad sustantiva* y la *pureza del procedimiento* han de ser —y son, en efecto, en España— misiones peculiares del Fiscal, sobre todo en el ámbito penal al que va contraído nuestro actual examen. Y le incumbe muy especialmente la salvaguardia de la *libertad individual*, cuya defensa le está atribuida, como verdadero “*patronus libertatis*”, según resulta del tan citado art. 2.º del Estatuto Orgánico que, entre otros cometidos de interés abstracto y de amparo concreto del propio reo, de incapaces y desvalidos, etc., le encarga, en su número 8, “*investigar con la mayor diligencia las detenciones arbitrarias que se efectúen y promover su castigo*”.

Decía Casas del Moral que “tan obligado está el Ministerio Público

a defender a la sociedad de los ataques individuales como a *defender a los individuos de los ataques de la sociedad o de la Autoridad*". Caracteriza al Ministerio Público su temple de combate y "*no soportar la injusticia, venga de donde viniere*". No por su corriente habitualidad deja de causar favorable impresión la postulación por el Ministerio Público de *indemnizaciones* a favor del perjudicado y *a cargo de la Administración*, por razón de delitos de los Agentes de la misma en el ejercicio de sus funciones.

La observancia de estos principios por parte del Ministerio Fiscal español viene siendo, desde siempre, norma de conducta inalterada, *sin que en ningún momento* —y ahora menos que nunca— *haya servido esta Magistratura de instrumento de mediatización política del Poder Judicial*.

Así, pudo proclamarse, en las Conclusiones del II Congreso Español de Derecho Procesal, por la 6.^a Ponencia de Organización de Tribunales, esta afirmación que no dudaría de suscribir ningún jurista español sincero ni ningún auténtico Abogado en ejercicio, que haya combatido noblemente, ante los Tribunales, frente a la ponderada actuación fiscal: "*El Ministerio Fiscal es efícamísimo instrumento de un Estado de Derecho para la existencia de una Justicia independiente, imparcial y rápida*".

Madrid, 17 de abril de 1963.