

# INTERNACIONAL

## Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)<sup>1</sup>

Raoul MUHM

La labor del fiscal en Alemania, desde hace algunos años, es objeto de ásperas críticas. La opinión pública está percibiendo, con estupor y aprensión, la aparente incapacidad de los fiscales para ejercer la acción penal frente a personajes influyentes del mundo político y económico<sup>2</sup>.

En efecto, en estos casos, demasiado a menudo las actividades de los fiscales se caracterizan por «diligentes inercias» y fáciles archivos. Fenómenos éstos que han dado lugar a la creación de una comisión parlamentaria de investigación en el Land Baden-Württemberg, sobre las connivencias entre miembros del gobierno y las fiscalías<sup>3</sup>.

Ahora, este malestar inherente al modelo alemán de la acusación pública se ha visto posteriormente relanzado por los recientes éxitos alcanzados por la magistratura investigadora italiana en el ámbito de los procesos relativos a las relaciones ilícitas entre poder político y poder económico. Tales resultados favorables han inducido a parte de la prensa a propugnar la emulación del modelo italiano, en tanto que caracterizado, a diferencia del alemán, por la independencia del ministerio fiscal frente al poder ejecutivo<sup>4</sup>. Y es que, como es bien sabido, el modelo alemán del ministerio público se caracteriza por una estrecha dependencia jerárquica de los fiscales respecto del ministro de Justicia, es decir, del ejecutivo<sup>5</sup>.

Ahora puede producir perplejidad constatar que los miembros de la Asamblea Constituyente alemana, no obstante la experiencia del uso arbitrario de

aparato judicial por parte de la dictadura nacional-socialista, no se hubieran preocupado de sancionar constitucionalmente ni la independencia personal del fiscal ni la institucional del ministerio público. Es necesario recordar al respecto, en este contexto, que aunque la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (*Grundgesetz*) tenga en algunos aspectos un valor paradigmático<sup>6</sup>, por desgracia resulta insuficiente en lo relativo a la configuración de instituciones jurídicas dirigidas a establecer una diferenciación entre los conceptos del estado de derecho y del garantismo. Así, son raras las normas constitucionales en materia de derecho penal, derecho procesal penal y ordenamiento judicial. Por eso, sería vana la búsqueda de algunas instituciones bien conocidas a los operadores del derecho italiano. Además hay que constar que la Ley Fundamental no atribuye *expressis verbis* rango constitucional, por ejemplo, ni al principio de presunción de inocencia (art. 27,2° Constitución italiana), ni al que exige que las penas tiendan a la reeducación del condenado (art. 27,3°). La Ley Fundamental no prevé siquiera la inviolabilidad del derecho de defensa en todo momento y grado del procedimiento (artículo 24,2°)<sup>7</sup>. Ni se preocupa tampoco de sancionar la existencia de un órgano de autogestión de la magistratura parangonable al *Consiglio superiore della Magistratura*, ni, como ya se ha dicho, de garantizar la independencia del ministerio público. La Asamblea Constituyente alemana desplazó sobre el legislador y la jurisprudencia la tarea de desarrollar y realizar el concepto del estado de derecho.

<sup>1</sup> Este artículo ha sido publicado en *Questione Giustizia*, n.º 4/1993.

<sup>2</sup> Entre otros muchos, pueden verse: *Diet Zeit*, 18 de junio de 1993, pág. 21; *Süddeutsche Zeitung*, 7 de julio de 1993, pág. 2; 23 de febrero de 1993, pág. 4; 7 de julio de 1993, pág. 39; 23 de enero de 1993, pág. 1.

<sup>3</sup> Bericht und Beschlussempfehlung des Untersuchungsausschusses «Unabhängigkeit von Regierungsmittgliedern und Strafverfolgungsbehörden» - Landtag von Baden-Württemberg, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/6666, 17 de febrero de 1992.

<sup>4</sup> Puede verse en atento análisis en *Von italien lernen* (trad.: *Aprender de Italia*), *Tageszeitung*, 24 de julio de 1993, pág. 11; *Süddeutsche Zeitung*, 5 de agosto de 1993, pág. 3.

<sup>5</sup> Kelinknecht/Meyer, *Strafprozessordnung Kommentar*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 41.ª edición, 1993, págs. 1718-1720; Pfeiffer, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 2.ª edición, 1987, pág. 1807; Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, Walter de Gruyter, Berlin-Nueva Yor, 23.ª edición, 1979, sub § 146 GVC, págs. 33 y ss.; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 23.ª edición, 1993, págs. 44 y ss.

<sup>6</sup> Por ejemplo en lo que concierne a la estructuración del modelo federal, así como a la institución de la moción de censura constructiva.

<sup>7</sup> Roxin, *op. cit.*, pág. 125.

Es obvio que este vacío constitucional ha influido en la legislación sobre el tema que nos ocupa y, más exactamente, sobre la *no-legiferación*, así, el código procesal penal (StPO, promulgado el 1 de febrero de 1877) y la Ley sobre el Ordenamiento Judicial (GVG, promulgada el 27 de enero de 1877) permanecen claramente, hoy todavía, no obstante las reformas, bajo el influjo de una elaboración conceptual retrógrada y autoritaria<sup>8</sup>. Es evidente que semejante contexto normativo determina el *status* y el papel de los fiscales.

Es necesario poner de relieve que, en lo que se refiere a la posición jurídica del fiscal, se puede constatar, desde la entrada en vigor de la Ley Fundamental, una notable dicotomía, por lo demás bastante inusual en la cultura jurídica alemana, entre jurisprudencia y doctrina. En efecto, una doctrina muy autorizada señala la exigencia de una reforma de la estructura jerárquica de las fiscalías<sup>9</sup>. Y, en referencia al principio constitucional del estado de derecho, se sostiene la existencia de un mínimo de independencia del ministerio público gracias a una interpretación restrictiva, constitucionalmente adecuada, de las normas del código de procedimiento penal y de la ley sobre el ordenamiento judicial<sup>10</sup>.

De este modo, el primer problema que se plantea es el de la naturaleza jurídica del ministerio público. Parte de la doctrina ve en él un órgano del ordenamiento judicial, aplicando al mismo el concepto de poder judicial a los efectos del artículo 92 de la Ley Fundamental<sup>11</sup>. En virtud de este planteamiento, la doctrina deduce la independencia del fiscal —asimilándolo a la categoría de juez— del artículo 97, 1º de la Ley Fundamental. Esta equiparación resulta rechazada no sólo por la jurisprudencia, sino también por la mayoría de la doctrina, dado que los artículos mencionados prevén que el poder judicial sea confiado únicamente a los jueces (*Richter*)<sup>12</sup>. Para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria el ministerio público es un órgano de administración y tutela de la justicia *sui generis* (*Organ der Rechtspflege sui generis*) que forma parte del poder ejecutivo<sup>13</sup>.

De aquí se deriva la licitud de un estatuto rígido-jerárquico del ministerio público, tal como está previsto en el texto normativo<sup>14</sup>. En efecto, conforme a la ley sobre el ordenamiento judicial, cada fiscal está sujeto, según los §§ 146 y 147 GVG, al

poder de dirección e instrucción no sólo genérico sino específico, de su superior jerárquico<sup>15</sup>. Este puede ser tanto el fiscal jefe de la propia fiscalía (*Leiter der Staatsanwaltschaft*) como el fiscal general ante el Tribunal de apelación, o, en fin, el ministro de Justicia del *Land*<sup>16</sup>.

Es preciso recordar que en Alemania existe una bipartición de la administración de justicia. Esta, por regla general, es competencia de cada uno de los *Länder*, de manera que los fiscales ante los tribunales y ante los tribunales de apelación dependen del ministro de justicia del *Land*. Únicamente la Fiscalía Federal ante el Tribunal Federal de Casación depende de la administración federal y, por tanto, del ministro federal de Justicia<sup>17</sup>.

Hay que señalar que, como consecuencia de la articulación jerárquica, al amparo del § 145 GVG, el superior tiene, además, en cualquier momento de la investigación, el poder de avocación, es decir, de hacerse cargo de la misma, sustituyendo en ella al fiscal encargado<sup>18</sup>. Mientras el derecho de sustitución puede ser ejercido también por el ministro de Justicia, el de avocación compete únicamente a los superiores dentro el ministerio público<sup>19</sup>. Esto quiere decir que será el fiscal jefe del *Land*, o el de la República Federal el encargado de ejercer, eventualmente, por instrucción del ministro de Justicia, como último superior jerárquico *interno*, el derecho de avocación. De lo que se sigue, en conclusión, que el poder político puede influir en cualquier fase del proceso sobre el curso de la acción penal, tanto ordenando el archivo<sup>20</sup>, como decidiendo las modalidades del trámite, sustituyendo a los fiscales encargados, o avocando las investigaciones.

Además, hay que tener en cuenta que el ejercicio de las aludidas decisiones del superior jerárquico no está sujeto a obligaciones formales, puesto que los mismos no deben ser motivadas ni documentadas<sup>21</sup>. Una instrucción oral, por ejemplo, sería absolutamente suficiente. Por otra parte, es necesario dejar constancia de que contra las decisiones del superior jerárquico no hay prevista tutela judicial<sup>22</sup>.

En vista de lo expuesto, la doctrina mayoritaria es favorable a la limitación de los poderes del superior jerárquico, sobre todo en consideración al hecho de que el principio de obligatoriedad de la acción penal conoce en Alemania numerosas excepciones<sup>23</sup>. El

<sup>8</sup> Lamprecht, *Wie transparent ist die Justiz?*, en ZRP, 93, págs. 372 y ss.

<sup>9</sup> Lowe-Rosemberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, págs. 38 y ss.; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1810; Wagner, *Der objektive Staatsanwalt - Idee und Wirklichkeit*, en JZ, 74, 320; Arndt, *Umstrittene Staatsanwaltschaft*, en NiW, 61, 1616; Roxin, *op. cit.*, pág. 51.

<sup>10</sup> Roxin, *op. cit.*, págs. 48 y ss.; Fezer, *Strafprozessrecht*, I, Verlag C. H. Beck, Munich 1.ª edición 1986, pág. 28.

<sup>11</sup> Wagner, *Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte*, en NJW, 63, pág. 8; Henn, *Zum Ministeriellen Weisungsrecht gegenüber der Staatsanwaltschaft*, en DRIZ, 72, pág. 152.

<sup>12</sup> Roxin, *op. cit.*, pág. 48; Löwe-Rosemberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 37.

<sup>13</sup> Roxin, *op. cit.*, pág. 48; Fezer, *op. cit.*, pág. 29; Kleinknecht/Meyer, *op. cit.*, págs. 1708 y ss.; Guarnieri, *Magistratura e politica in Italia*, Il Mulino, Bologna 1992, pág. 56.

<sup>14</sup> Roxin, *op. cit.*, pág. 48; Bader, *Staatsgewalt und Rechtspflege*, en JZ, 1956, pág. 4; Löwe-Rosemberg, *op. cit.* sub § 146 GVG, pág. 35.

<sup>15</sup> Kleinknecht/Meyer, *op. cit.*, págs. 1718-1719; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1810; Fezer, *op. cit.*, págs. 27 y ss.

<sup>16</sup> Fezer, *op. cit.*, págs. 27 y ss.; Kleinknecht/Meyer, *op. cit.*, 1718-1719.

<sup>17</sup> Hay que señalar que la Fiscalía Federal es, a tenor de los artículos 142a y 120 del ordenamiento judicial, excepcionalmente competente para los delitos de terrorismo, espionaje, atentado contra la constitución, etc., o sea, únicamente para aquel tipo de delitos que lesionan los intereses institucionales de la República Federal Alemana en su totalidad.

<sup>18</sup> Roxin, *op. cit.*, pág. 49; Löwe-Rosemberg, *op. cit.*, sub § 145 GVG, pág. 29.

<sup>19</sup> Fezer, *op. cit.*, pág. 27; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1808.

<sup>20</sup> Obviamente, dentro de los límites de los §§ 258a, 344 StGB (código penal de la República Federal Alemana), que prohíben el favorecimiento personal en actos propios del oficio y el abuso de éste mediante una persecución indebida.

<sup>21</sup> Löwe-Rosemberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 40; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1809.

<sup>22</sup> BGHZ 42, 170; Kleinknecht/Meyer, *op. cit.*, pág. 1719; Löwe-Rosemberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 35.

<sup>23</sup> Fezer, *op. cit.*, pág. 19; Roxin, *op. cit.*, pág. 76.

principio de obligatoriedad (*Legalitätsprinzip*), a diferencia del sistema italiano (véase el art. 112 de la Constitución), no está sancionado constitucionalmente, sino que se deduce del principio de igualdad (art. 3 *Grundgesetz*)<sup>24</sup>. Tal principio, así obtenido, se pone en conflicto con el principio constitucional de proporcionalidad<sup>25</sup>. De ello se sigue que el principio de obligatoriedad, tal como se encuentra previsto en el § 152, 2º del código procesal alemán, está delimitado por el principio de oportunidad (*Opportunitätsprinzip*, véanse los §§ 153 y siguientes StPO)<sup>26</sup>, el cual a su vez es expresión del principio constitucional de proporcionalidad<sup>27</sup>. Según el principio de oportunidad, cuando el delito sea considerado de escasa entidad y no exista un interés público en la acción penal, el fiscal puede pedir el archivo al juez competente o, en algunos casos, decidir el mismo el archivo<sup>28</sup>.

En este punto hay que decir que los fiscales han archivado frecuentemente por propia decisión, en aplicación del principio de oportunidad, precisamente en aquellos casos en que se hallaban implicados personajes del mundo político y de las altas finanzas<sup>29</sup>. Esto hace aún más comprensible la preocupación de la mayoría de la doctrina que teme en determinados casos una aplicación peligrosamente indulgente de las normas que regulan el archivo. La doctrina, en el intento de limitar la relación de subordinación del fiscal en el ejercicio de la acción penal, propugna a veces la tesis de la inexistencia de un vínculo jerárquico entre el ministro de Justicia y cada fiscal individualmente considerado, acogiendo el punto de vista que asimila la función del ministerio público al poder judicial, en cuanto órgano del ordenamiento judicial<sup>30</sup>. En ocasiones se mantiene la tesis de los límites implícitos del derecho de emitir directivas e instrucciones, en atención a la naturaleza del ministerio público, en cuanto órgano *sui generis* de administración y tutela de la justicia, sujeto a los deberes de veracidad y justicia<sup>31</sup>. Otros exponentes de la doctrina son de la opinión de que, al menos en la fase de juicio oral, el fiscal deberá poder actuar según su propia convicción y conciencia, gozando de plena autonomía<sup>32</sup>.

Ahora bien, por más que pueda sentirse la exigencia de independencia del fiscal, el contexto normativo no presta base a las aludidas construcciones dogmáticas<sup>33</sup>. Así, la jurisprudencia en la materia se ha atenido siempre a una interpretación tradicional de las disposiciones relativas al *status* y al papel del ministerio público<sup>34</sup>.

Pero lo cierto es que las evidentes carencias del sistema vigente en Alemania en la cuestión del *status* y el papel del ministerio público, vista la imposibilidad de una solución interpretativa, han llevado a reclamar una reforma global de su estructura jerárquica<sup>35</sup>. El proyecto ministerial de reforma de 1976, propuesto por el ministro federal de Justicia, preveía la introducción de una serie de garantías en favor del fiscal subalterno<sup>36</sup>. Así, por ejemplo, en el § 146, 1º GVG del proyecto de ley se contempla que los fiscales tienen el derecho de ejercer sus propias funciones, en el ámbito de las directivas e instrucciones de sus superiores, de manera autónoma y bajo su personal responsabilidad<sup>37</sup>. El § 146, 2º GVG del proyecto de ley introduce el deber de documentar por escrito las instrucciones impartidas por el superior a propósito de un procedimiento específico<sup>38</sup>. Cuando por motivos de urgencia, las instrucciones aludidas tuvieran que ser impartidas de forma verbal, deberán ser confirmadas por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Además, el § 146a, 1º GVG del proyecto de ley sanciona el derecho del fiscal subalterno de no seguir las instrucciones relativas a un proceso específico, salvo en caso de urgencia, cuando dude de la licitud de la instrucción o esté convencido de su ilicitud<sup>39</sup>. En fin, el § 146b, 1º GVG del proyecto de ley establece el principio de plena autonomía del fiscal durante el juicio oral<sup>40</sup>.

De este modo se quiere al menos limitar el poder jerárquico interno y externo, es decir, del ejecutivo, aumentar la transparencia del funcionamiento del ministerio público y conferir así como reconocer mayor dignidad profesional y moral al fiscal, al menos en la fase del juicio oral<sup>41</sup>.

Parece oportuno al respecto poner de manifiesto que, aunque en relación a un modelo dogmático-institucional notablemente diferente, el proyecto de reforma, tomando en consideración la exigencia de una mayor independencia del ministerio público, prevé la introducción de garantías y mecanismos que recuerdan, por lo menos en su función de aportar mayor transparencia, algunas disposiciones del código procesal penal italiano. Véase, por ejemplo, el artículo 53, 1º de este último, que sanciona la plena autonomía del ministerio público en el ejercicio de su función durante el juicio oral, o bien el artículo 372, 1º del mismo texto legal, que prevé la obligación de motivar el decreto de avocación.

Hay que recordar también que la necesidad de una reforma del sistema jerárquico del ministerio fiscal en Alemania no ha sido advertida únicamente

<sup>24</sup> BVerfGE, 9, 223; Kelinknecht/Meyer, *op. cit.*, pág. 625; Roxin, *op. cit.*, pág. 76; Fezer, *op. cit.*, pág. 7.

<sup>25</sup> Fezer, *op. cit.*, pág. 8.

<sup>26</sup> Roxin, *op. cit.*, pág. 76.

<sup>27</sup> Fezer, *op. cit.*, pág. 8.

<sup>28</sup> Roxin, *op. cit.*: hay que recordar que, cuando el fiscal sea de la opinión de que el hecho no constituye delito o que no ha sido cometido, tendrá siempre la facultad de archivar por sí mismo el procedimiento, es decir, sin intervención alguna del juez.

<sup>29</sup> Véase al respecto la nota 1.

<sup>30</sup> Wagner, *op. cit.*, en NJW, 63, pág. 8.

<sup>31</sup> Roxin, *op. cit.*, págs. 48 y ss.; Fezer, *op. cit.*, pág. 28.

<sup>32</sup> Roxin, *op. cit.*, pág. 49; Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 42.

<sup>33</sup> Fezer, *op. cit.*, pág. 29; Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 37.

<sup>34</sup> Kleinknecht/Meyer, *op. cit.*, pág. 1719.

<sup>35</sup> Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 41; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1809.

<sup>36</sup> Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 145 GVG, pág. 41; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1810.

<sup>37</sup> Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1810; Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 40.

<sup>38</sup> Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 40; Pfeiffer, *op. cit.*, pág. 1810.

<sup>39</sup> Véase al respecto nota 40. Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 40.

<sup>40</sup> Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 41.

<sup>41</sup> Löwe-Rosenberg, *op. cit.*, sub § 146 GVG, pág. 42.

por la doctrina y los técnicos ministeriales, sino que la misma exigencia se ha visto respaldada durante la investigación parlamentaria del Land Baden-Württemberg<sup>42</sup>. Esta, en efecto, examinó las connivencias entre el ministro de Justicia y los funcionarios de la fiscalía, que a menudo decidieron el archivo de la acción penal en casos en los que se hallaban implicados personajes estrechamente ligados a miembros del gobierno<sup>43</sup>. En el ámbito de esta investigación parlamentaria los representantes de la FDP, el partido liberal de la coalición gubernamental en Bonn, sostuvieron que las actividades de la fiscalía no resultaron ser conformes a las obligaciones impuestas por la ley<sup>44</sup>, además lamentaron la existencia de un excesivo interés por parte del ministro de Justicia del *Land* Baden-Württemberg por las vicisitudes del desarrollo de la acción penal en relación con personajes influyentes en estrecha relación con

los representantes gubernamentales<sup>45</sup>. Y concluyeron proponiendo que los fiscales puedan actuar de manera análoga a como lo hacen los jueces, es decir, con independencia y sin sujeción a instrucciones<sup>46</sup>. De este modo se desvanecerían las sospechas de connivencias e ingerencias ilícitas. Por último, se sugirió una reforma con el fin de eliminar la actual estructura jerárquica de subordinación a instrucciones<sup>47</sup>.

De lo que se ha expuesto cabe llegar a la conclusión de que el modelo de fiscal alemán, caracterizado por la estrecha dependencia jerárquica del ejecutivo, no parece idóneo ni para garantizar una actuación libre de influencias externas y por consiguiente imparcial, ni para asegurar la realización del precepto constitucional de igualdad frente a la ley.

(Traducción del italiano, de Perfecto ANDRES IBANEZ).

<sup>42</sup> Véase al respecto el informe de la comisión parlamentaria de investigación, citado en nota 2.

<sup>43</sup> *Idem*, pág. 20.

<sup>44</sup> *Idem*, pág. 924.

<sup>45</sup> *Idem*, pág. 925.

<sup>46</sup> *Idem*, pág. 925.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pág. 925.