

Deontología del Ministerio Fiscal. Descripción normativa y crítica. O de ¿para qué necesitan los fiscales ser morales?

Por M.^a LEONOR SUÁREZ LLANOS
Universidad de Oviedo

RESUMEN

En este trabajo se ofrece una visión normativa y crítica de la deontología del Ministerio Fiscal. Para ello propongo una descripción inicial del carácter positivo de las normas deontológicas que, aunque vinculadas a una definición ética y axiológica, deben reconducirse en todo momento al marco jurisdiccional y constitucional legítimo del Estado de Derecho. Esto es lo que justifica romper con la visión dogmática para asistirse de la perspectiva de la Filosofía del Derecho a la hora de concretar las condiciones, características y principios de la deontología de la fiscalía, adquiriendo en este marco una importancia fundamental el análisis de los principios de dependencia, imparcialidad e impulso de la actividad judicial que caracterizan el estatuto orgánico y deontológico del Ministerio Fiscal y la función de justificación de su acción al servicio de la justicia, los derechos y el principio constitucional democrático.

Palabras clave: *Deontología, Ministerio Fiscal, dependencia, imparcialidad, constitucionalismo, jurisdicción.*

ABSTRACT

In this work I present a normative and critical vision of the deontology of Public Ministry. For it, I propose a beginning positive description of deonto-

logical norms cause, if entailed to an axiological and ethical vision, they have to be always reconduced to legitim jurisdictional and constitutional realm of Rule of Law. Is this statement of the question what justify breaking with the dogmatic vision of Law for taking the Law Philosophy perspective to summarize the conditions and characteristics of public fiscal deontology, acquiring in this field a fundamental relevance the analysis of executive dependence, impartiality and impulse of jurisdictional activity principles cause they characterize the organic and deontological statute of Public Prosecutor and the justificative function of its action in favour of justice, rights and constitutional democratic principle.

KEY WORDS: *Deontology, Public (Fiscal) Ministry, dependence, impartiality, constitutionalism.*

1. *¿Qué moral para el deber?* Desde que el término «deontología» designa una «ciencia de la moralidad»¹, este «conocimiento del deber» se somete a un conjunto de presunciones morales que han ido siendo proyectadas sobre ciertas profesiones, también las jurídicas, dando cuenta de algo así como un catálogo de conductas éticas que deberían ser observadas, se supone, por la dignidad y relevancia de la profesión en cuestión. El problema es que en los Estados desarrollados y liberales, de libre opinión y conciencia y escasos fundamentalismos y dogmas, el necesario rigor deontológico y su amplia panoplia de tópicos se diluyen ante una realidad diversa, dinámica y problemática, demostrando que los vericuetos de la moralina corporacionista de los operadores jurídicos son tan insondables como los de otros.

2. *Por un Derecho menos (ético) pero más (fundamentado).* En el marco jurídico la deontología sólo puede referirse al deber ser de las normas del Derecho² y de su puesta en práctica en relación con la realidad de los hechos brutos³. Es verdad que las normas jurídicas están influenciadas, dirigidas, inspiradas, manejadas, etc. por criterios éticos y/o morales y/o axiológicos bastante evidentes⁴. Pero esto no justifica afirmar que por un lado andan las reglas jurídicas y por otro las éticas correctivas de aquéllas, anhelantes de funciones trascendentes a la realidad práctica para alentar un esquema dualista de normatividades, al final, aun menos rechazable por rancio e injustificado que por la peligrosa inseguridad jurídica que alimenta. Por eso, dejar en manos

¹ Populariza Bentham en 1834 el término en este sentido en su *Deontology or the Science of Morality* de 1834.

² Ya lo sostuve respecto de la deontología del abogado (en Suárez Llanos, 2003: 1033-1079).

³ En este sentido interesa, aunque a veces se interpreta confusamente, el reconocimiento del TC del valor jurídico, ordenador y sancionador de los Códigos deontológicos de los Colegios Profesionales, sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes; aunque se proclama en función del reconocimiento de las potestades públicas que la ley delega a favor de los colegios...» (STC 219/1989; fdto. jdco. 5.º).

⁴ Complementariamente Martínez Roldán, 2005: 50-ss.

del operador jurídico y de sus personales criterios éticos la coactividad jurídica es más una burla que un acto de re-construcción en conciencia de la juridicidad⁵.

3. Vayamos, pues, a lo que aquí interesa tras este «desplanteamiento» de principio. Si para eludir los problemas de impertinencia y superficialidad reactivamos la deontología para darle el lugar racionalmente fundamentado que le corresponde en el marco de la normatividad jurídica, entonces, lo que toca plantearse es qué criterios deben guiar la práctica específica de los distintos operadores jurídicos en su constante juego y puesta en marcha de la coacción institucionalizada. Y la propuesta es la siguiente. La relevancia de su actuación en su permanente mediación de los intereses públicos y privados exige centrar los deberes de los operadores jurídicos más allá de confesionalidades y corporativismos garantizando una práctica jurídica depurada por la crítica, las necesidades sociales y el sentido material del ordenamiento constitucional en el que esa práctica se inserta.

Al proyectar tal propuesta sobre la práctica del Ministerio Fiscal (MF) lo que se obtiene es que sus deberes de actuación son los que se concretan explícitamente en las reglas positivas o implícitamente en la interpretación y la determinación de las normas jurídicas (reglas y principios jurídicos) que sirven para definir la naturaleza y función de ese Ministerio sin cartera, que se integra por mandato constitucional en el poder judicial pero careciendo de jurisdicción, que perita y enjuicia los hechos pero sin independencia, que debe actuar con imparcialidad dentro del controvertido imperativo de dependencia del gobierno y unidad de actuación interna, que se propone como el garante público de la legalidad mediada por el principialismo constitucional y la oportunidad política, que protege los derechos individuales pero en función y a condición de los intereses públicos y generales.

4. *Un espacio deontológico creciente, ... pero distinto.* Al proponer como planteamiento que la deontología jurídica se refiere al conjunto de deberes de práctica y conducta positivizados, se activa una formulación que tanto restringe cuanto amplía la tradicional visión de la deontología profesional como un conjunto de deberes ético/morales.

⁵ Por eso, ante la pregunta de Ollero, sobre si el sometimiento del juez a la ley le obliga a olvidar sus convicciones morales en su profesión, la respuesta es afirmativa; de hecho él mismo reconoce cuanto de pintoresco hay en empujar al juez a la insumisión frente a la ley (Ollero, 2003: 55-56). Así, p.ej. cabe recordar las exigencias deontológicas que para algunos deben adornar la vida privada del juez: regularidad en la vida familiar y sexual, no llevar una vida ostentosa, que el apego a las bebidas alcohólicas no sea desmedido, que su afición al juego sea por entretenimiento, etc. (Del Moral, 2003: 851). Y seguramente están bien como pautas de conducta para algunos. Pero mientras que se escapan del marco de lo jurídicamente positivizado, sólo dan cuenta del deporte nacional de interferir en la vida ajena con la jurídicamente impertinente y cuestionable censura ética de lo que contraría nuestra interesada convicción; pues: «(e)n un Estado democrático, la validez jurídica y la obligatoriedad nacen de la existencia de normas legales o del libre acuerdo de los ciudadanos. (Y) (l)as normas deontológicas no son normas legales, ni responden a una voluntaria convergencia de voluntades» (Iglesias, 1991: 53).

La limita porque tal planteamiento deontológico expulsa tanto las consideraciones propias de creencias y valoraciones tradicionales que no se apoyan en una regla de Derecho, cuanto aquéllas a las que puede oponerse el administrado o el operador jurídico legítimamente aunque se ofenda el corporacionismo del alma togada del cuerpo profesional en cuestión.

Pero, como decía, el planteamiento iuspositivo, aunque restringe, también expande en un sentido importante las posibilidades cualitativas y cuantitativas de la normación deontológica. Primero, porque referir la deontología profesional, en este caso del MF, al conjunto de normas –reglas y principios– operativas y contenidas –explícita o implícitamente– en el ordenamiento jurídico, más que cerrar el análisis sobre la reglamentación positiva explícita, recomienda mantenerlo abierto a la determinación de los criterios de racionalidad práctica –corrección de medios orientada a unos fines justificados– y al conjunto de consideraciones crítico-normativas que sirvan para depurar esa reglamentación que debe presidir la conducta y actuación del MF. Segundo, porque arrima la determinación de las normas deontológicas del MF al planteamiento sustantivo y axiológico democrático-constitucional que, en cuestiones de moralidad jurídica es el único legítimo. Y, tercero, porque ya no se trata de proteger conservadoramente el pétreo halo de misticismo que adornaba lo que se creía una buena programación de la conducta fiscal, sino de recoger el conjunto de aportaciones e instrumentos crítico-legitimadores que limitan y configuran el sentido y la justificación de la praxis del MF para adecuarla a las necesidades y exigencias legítimas de la sociedad real y de un planteamiento democrático depurado y exigente.

5. *El encuadre constitucional de la deontología fiscal.* El espacio constitucional de juego del MF es el de la justicia que da sentido a la legalidad. Lo que le exige ir más allá de la defensa literalista de la ley para, sin rebasarla, materializar los valores que definen el patrón sustantivo de justicia constitucional, del interés público y social y de la de protección de los derechos de los ciudadanos ante los tribunales⁶. Esta promoción de la moralidad de la justicia constitucional dentro de los lindes de la legalidad establecida reclama, a su vez, una especial atención al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) y sus modificaciones, a las instrucciones interpretativas al respecto, a los principios de «unidad de actuación» y «dependencia» y a las decisiones jurisdiccionales y constitucionales referidas a las obligaciones de actuación del MF.

6. *Principios y criterios deontológicos fundamentales –de actuación, conducta y decisión– del MF.* Centraré críticamente las claves deontológicas del MF en torno a los siguientes ocho principios fundamentales de ordenación de su práctica e intervención.

⁶ Al respecto, artículo 124.1 CE y artículo 1 EOMF.

1.º Principios de unidad de actuación, dependencia y subordinación jerárquica.

Los miembros del MF actúan siempre de forma subordinada a un superior jerárquico del que dependen para sus promociones, sustituciones, instrucciones, imposición de sanciones, etc.

Tal es la consecuencia de que el MF se presente con una estructura piramidal coronada por un Fiscal General del Estado (FGE) nombrado a propuesta del Gobierno (art. 29.1 EOMF). A partir de aquí se va desdoblado una cascada jerárquica en la que cada fiscalía de los órganos correspondientes es dirigida por un Fiscal Jefe al que se subordinan todos los miembros del órgano fiscal en cuestión, lo que permite establecer un sistema de órdenes e instrucciones (art. 27 EOMF) y de responsabilidades y sanciones (arts. 62-67 EOMF) perfectamente jerarquizado.

Esta estructura piramidal del MF inyecta sentido y posibilidad a los principios de *unidad de actuación* (art. 2 EOMF), *dependencia (idem)* y *subordinación jerárquica* (arts. 23 y 27).

Estos tres principios deontológicos del MF definen tres dimensiones complementarias de una misma realidad institucional incuestionablemente engarzada en torno a la dinámica del ejecutivo⁷ –a pesar de las manifestaciones doctrinales, legales, gubernamentales, etc. a favor de su independencia–. Dependencia/independencia gubernamental que se articula de distintas (y cuestionables) formas en los Estados desarrollados de nuestro entorno⁸.

⁷ A modo de ejemplo, Fernández Bermejo, como fiscal de Sala, proclamaba antes de su nombramiento como Ministro de Justicia del gobierno del PSOE, que él era de izquierdas y que «las ideologías existen, pese a quien pese». No obstante lo cual creía en la neutralidad de una reforma del MF orientada a «asegurar el respeto y el reconocimiento de la institución a través del fortalecimiento de su autonomía» (Fernández Bermejo, 2006: 9).

⁸ Así, en Alemania, la fiscalía tiene una estructura descentralizada al ser competencia de los *Länder*; y haber fiscales federales sólo en los tribunales de más alto nivel y de competencia federal. El Fiscal General Federal es nombrado de por vida por el Presidente Federal a propuesta del Ministro de Justicia y con el consentimiento del *Bundesrat*. No pertenece al Poder Judicial, es independiente de los Tribunales y actúa, igual que los Fiscales Federales, bajo la supervisión del Ministro de Justicia que puede darle instrucciones, aunque en la práctica no ocurra. En Italia el Procurador General de la República es uno de los componentes del Consejo Superior de la Magistratura. Al MF le están encomendadas las investigaciones preliminares que le permitirán solicitar el archivo o la apertura del juicio oral. El fiscal es un Magistrado que se diferencia por su función y goza de independencia e inamovilidad, estando muy desdibujado el principio de dependencia jerárquica. De hecho la única facultad efectiva de que dispone el Ministro de Justicia respecto de los fiscales es disciplinaria, lo que sirve para controlar, pero no para dirigir. Y en Francia el MF se integra junto con los jueces en el Cuerpo Judicial; de hecho ambas carreras tienen el mismo sistema de acceso y su formación se desarrolla en la misma Escuela Nacional de la Magistratura, siendo posible la comunicación entre una carrera y otra. La diferencia con los jueces es que los fiscales tienen su propio estatuto, se rigen por el principio de dependencia jerárquica –si bien pueden ejercitar o no acciones contra el parecer de sus superiores

El *principio de unidad de actuación* da cuenta de que, como se deben acatar las instrucciones de los fiscales superiores hasta llegar a un órgano fiscal unipersonal –a su vez dependiente del Gobierno–, los criterios sustantivos de actuación del conjunto del MF se integran en una cadena piramidal que se ensancha, pero no se diversifica⁹, al depender siempre de un principio de delegación material o de contenidos¹⁰.

Como apuntaba, ese principio de unidad de actuación se complementa y proyecta como un *principio de dependencia jerárquica*, ya no material sino estructural, que impone que los miembros del MF «(a)ctuarán siempre en representación de la Institución y por delegación de su jefe respectivo» (art. 23 EOMF). De esta forma se clarifica que la dependencia de las órdenes e instrucciones dadas por los fiscales superiores tiene sentido y es posible porque los fiscales actúan en función de una autoridad delegada por el órgano inmediatamente superior y así sucesivamente hasta llegar al FGE y al Gobierno. Así la anterior delegación de contenidos que alimentaba la unidad material de actuación se perfecciona ahora a través de una cadena o principio de delegaciones de autoridad.

La tercera dimensión de la estructura piramidal del MF se concreta en el *deber de subordinación jerárquica*, que ultima las anteriores previsiones de jerarquización de contenidos para la unidad de actuación y de delegaciones de autoridad.

En efecto, el principio de subordinación jerárquica, tanto impone que los fiscales inferiores no se puedan apartar de los contenidos dictados por los superiores¹¹, cuanto permite que el fiscal inferior pueda ser sustituido por otro, en cualquier momento del proceso o de la actividad que realice, por decisión de su superior si éste cree poseer razones fundadas al efecto (art. 23 EOMF). Y, además, cimienta la estructura piramidal obturando cualquier posible vía de escape al establecer un sistema promocional y sancionador que se despliega jerárquica-

y hacer en sus informes orales las apreciaciones que consideren pertinentes en bien de la justicia, aunque se someten en su actuación escrita a las órdenes que reciban–, y los Procuradores Generales pueden recibir órdenes del Ministro de Justicia, aunque sólo en los casos legalmente previstos.

⁹ Así, el FGE puede impartir órdenes e instrucciones vinculantes generales o sobre asuntos específicos, y análoga facultad tienen los Fiscales Jefes de cada órgano respectivo (art. 25 EOMF). Aunque si un fiscal recibe una orden que cree impropia o contraria a la legalidad puede hacérselo saber a su Fiscal Jefe. En caso de que la orden proviniese del FGE éste resolverá definitivamente oída la Junta de Fiscales de Sala (art. 27.1.2 EOMF).

¹⁰ Y se refuerza esta unidad sustantiva con la previsión de que cada Fiscalía celebre periódicamente Juntas de todos sus componentes que adoptarán acuerdos por mayoría que se concebirán como informes (art. 24 EOMF).

¹¹ Tal como se establece en el artículo 22.2.3.4 EOMF.

mente desde el órgano unipersonal último y primero del FGE y del Gobierno de quien depende¹².

El MF: ¿institución parcialmente independiente, dependiente parcialmente, unitariamente autónoma o autónomamente parcial?

Los tres principios apuntados de unidad de actuación, jerarquización y subordinación que rigen la definición orgánica y deontológica del MF ventilan hoy la misma controversia que les sirvió para definir la institución fiscal como representante del Gobierno, luego para definir su Estatuto Orgánico de 1981 y sucesivamente para evidenciar sus presupuestos ideológicos y partidistas por mor del bien del proceso judicial, del interés general y de la Constitución. Basten al respecto algunas de las «perlas ministerio-fiscales» de nuestra cotidianidad político-judicial.

En mayo de 1997 el CGPJ emitió el preceptivo, pero no vinculante, informe de idoneidad del candidato del Gobierno a FGE Jesús Cardenal (art. 29.1 EOMF). Y en él no salía bien parado dadas sus críticas al pluralismo, el aborto y la homosexualidad y su falta de respeto a los principios constitucionales¹³. Pero, al final, y a pesar de sus planteamientos anticonstitucionales, Cardenal llegó a ser FGE a propuesta del Gobierno conservador del PP –en este sentido el TS alertaba sobre el debilitamiento de las funciones de los órganos colegiados (STS 4616/1988)–. Antes de Cardenal, Ortiz Úrculo había ocupado la Fiscalía General del Estado dejando traslucir sobre el ejercicio de su cargo una conciencia, a decir de algunos, más que radicalmente conservadora y que daba cuenta de sus dependencias con el ejecutivo del PP y con el *Opus Dei*¹⁴. Por su parte Fungairiño que sucedió al Fiscal

¹² Pues al FGE «corresponde... la dirección e inspección del Ministerio Fiscal» (art. 22.1 EOMF). Lo que se complementa con una previsión sancionadora jerarquizada: las sanciones correspondientes a las faltas se imponen por los superiores jerárquicos. En concreto –art. 67 EOMF interpretado conforme a STS 6834/1999–, las sanciones de advertencia (faltas leves) las impone el Fiscal Jefe correspondiente y son recurribles ante el Consejo Fiscal; para las de multa (faltas leves y graves), traslado y suspensión (graves y muy graves) es competente el FGE, y son recurribles en alzada ante el Ministro de Justicia, y la de separación del servicio compete al Ministro de Justicia a propuesta del FGE y previo informe favorable del Consejo Fiscal. A su vez, las resoluciones del Consejo Fiscal y del Ministro de Justicia que agoten la vía administrativa serán susceptibles del recurso contencioso administrativo ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional –la Ley 14/3003 traslada la presentación del recurso contencioso administrativo del Tribunal Supremo a la Audiencia Nacional–.

¹³ Aún así se informó positivamente acerca de su cumplimiento de los dos requisitos legales para acceder al puesto –aunque, en realidad, el primer requisito (ser un jurista de reconocido prestigio) se satisface siempre por todo licenciado en Derecho para cualquier plaza o posición (por eso el CGPJ no lo cuestiona); y el segundo (llevar más que quince años de ejercicio efectivo de su profesión) es al final una mera exigencia de menor juventud de entre la ingente masa de licenciados en Derecho–. Y esto permite buscar «más a la persona de partido, dócil a las instrucciones políticas, que al jurista de reconocida competencia» (Del Moral, 2002: 25) para el cargo de FGE.

¹⁴ Y no se trataba sólo de que algunos se quejaron públicamente del perjuicio que tal condición conllevaba para su caso (como Ruiz Mateos en una «carta desde mi celda» publicada en *El Mundo*), sino también de recordar las polémicas de un recorri-

Jefe de la Audiencia Nacional cesado por Ortiz Úrculo –que enfadó a muchos cuando sostuvo la falta de competencia de la jurisdicción española sobre los crímenes cometidos en Argentina y Chile y cuya llegada a la jefatura de la Audiencia Nacional fue polémica y criticada por las asociaciones de fiscales– fue nombrado por Jesús Cardenal como FGE a propuesta del PP, pero luego fue objeto de la depuración gubernamental que impulsó Conde-Pumpido forzando su dimisión por sus graves discrepancias en materia de la política antiterrorista sostenida por el Gobierno, esta vez del PSOE.

Frente a esta realidad que evidencia las dependencias gubernamentales del MF y que explica por qué los principios de unidad de actuación, jerarquización y subordinación permanecen en el centro de una controversia doctrinal y jurisprudencial y legislativa, el legislador ha optado por reformar y retocar en distintas ocasiones el EOMF de 1981, aunque a veces no parece saber muy bien cómo conseguir lo que pretende, ni siquiera si eso que pretende lo quiere seriamente, no obstante lo cual proclama con constancia en sus Exposiciones de Motivos que «persigue... reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal como órgano de relevancia constitucional... (y) dotar al Ministerio Fiscal de una mayor autonomía en el desempeño de sus funciones, que contribuya a reforzar de cara a la sociedad el principio de imparcialidad que preside su actuación» (Exp. Mot. Ley 24/2007 que modifica el EOMF).

Y es verdad que se ha avanzado desde aquella Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870 que atribuía al MF la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial; algo que mantiene el EOMF de 1926 hasta que la Ley Orgánica del Estado sustituyó el término «representación» por el de «comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de justicia». Desde ahí, pasando por el RgtoMF de 1969, conforme al que el Ministerio de Justicia puede dirigir al Fiscal del TS (el actual FGE) orden verbal o escrita que debe cumplir (art. 86 RgtoMF/1969), hasta la situación actual, en la que el Gobierno nombra al FGE y le puede dar Instrucciones que éste puede rechazar, previa audiencia de la Junta de Fiscales de Sala, si las cree infundadas o contrarias a la legalidad¹⁵, la cuestión de la dependencia se ha transformado.

do. P.ej., cuando Úrculo cesa al fiscal de la Audiencia Nacional alegando que existe una «razón motivada» y «causas fundadas para el traslado», aunque no sin decir cuáles excepto que le faltaba autoridad sobre sus subordinados. Y como fondo de escenario, de nuevo, el trasunto ideológico partidista que caracteriza a la institución fiscal: la decisión es apoyada por la conservadora AF y criticada por la UPF y por dos miembros del Consejo Fiscal, el único elegido democráticamente, que pertenecía a la UPF, y el jefe de la inspección fiscal.

¹⁵ Sucedió, p.ej., cuando el Gobierno (27 de enero de 1995) solicitó al FGE que se ejercitaran acciones penales por unas manifestaciones injuriosas contra el Presidente del Gobierno. Pero, tras oír a la Junta de Fiscales de Sala, el FGE desatendió la petición por provenir de un diputado en lo que se entendió su libertad de expresión.

Sin embargo, que se haya conseguido dotar al MF, y en particular al FGE, de la suficiente autonomía frente al ejecutivo es asunto bien dudoso (*vid infra*) a pesar que se van imprimiendo ciertos retoques sobre los principios de dependencia, unidad de actuación y subordinación, destacadamente: de un lado, la modificación del régimen de nombramiento del FGE, de tal forma que ahora impone una comparecencia obligatoria del candidato a FGE ante una Comisión del Congreso de los Diputados antes de ser nombrado¹⁶. De otro lado, la duración limitada a cuatro años del mandato del FGE y la previsión de ciertas causas «objetivas» para su cese –a petición propia, por incompatibilidad o prohibición legal, por incapacidad o enfermedad que lo inhabilite para el cargo, por incumplimiento grave de sus funciones o por cese del Gobierno que lo hubiese nombrado– desapareciendo la libre decisión de cese sin causa por parte del Ejecutivo (art. 31 EOMF/2007). Y, también, la obligación de intervención de la Junta de Fiscales de Sala siempre que el FGE vaya a impartir órdenes a sus subordinados en cualquier asunto que afecte a miembros del Gobierno, cualquiera que sea la posición procesal de éstos.

2.º *Principio de legalidad, de fidelidad a la Constitución, de promoción de la tutela judicial efectiva y de garantía de la independencia de los jueces y tribunales.*

El principio de legalidad se integra de forma compleja a partir del desarrollo de las previsiones constitucionales y legal-estatutarias hasta concretar un paquete de deberes de conducta y principios deontológicos que se sustentan mutuamente al jugar conjuntamente los artículos 9.3 CE, 2 EOMF –principio de legalidad y jerarquía normativa– y 24 CE –que garantiza la tutela judicial efectiva de todas las personas ante los jueces y tribunales–, el 3.1.2 EOMF –función de garantía de la legalidad e independencia jurisdiccional–, y los artículos 45.2 y 62.1 EOMF –deber de guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y sanción por el incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución–.

Ahora bien, precisamente por esa complejidad del principio de legalidad y por la constante aparición de nuevas necesidades fruto de la evolución y la rápida transformación social –lo demuestra la creación de la Fiscalía anticorrupción, la remodelación y ampliación de la función del MF en la protección de los derechos del menor, etc.–, lo que la realidad demuestra es que la legalidad vigente deja abierto un amplio margen interpretativo que, respecto del MF se ensancha con, y

¹⁶ Reforma ésta que se queda corta frente a la ya generalizada exigencia de un mayor protagonismo parlamentario respecto de su elección –favoreciendo así la representatividad democrática exigible cuando se trata de proteger el interés social y general (p.ej., Martín Ostos, 2006: 196-197) y que, para algunos, a su vez, debería complementarse con una participación más activa del CGPJ (p.ej., Del Moral, 2002: 24 ss.).

se enfrenta al, conjunto de controvertidos principios formales de dependencia y subordinación jerárquica, unidad de actuación, legalidad y, a la par, imparcialidad, independencia, defensa de los derechos de los ciudadanos y promoción y protección de la justicia constitucional, y todo ello bajo la rúbrica de la defensa del interés general.

Un principio de legalidad de mínimos para el MF. El principio de legalidad es, junto con los de división de poderes e interdicción de la arbitrariedad de la administración, uno de los tres pilares formales básicos del Estado de Derecho constitucional. Por eso el MF no está facultado para sorprendernos con pretensiones inauditas y justicieras no previstas positivamente en el marco del sistema jurídico de la legalidad. Aunque esto no debería enturbiar el prisma dinámico, interpretativo, vivo y circular con que la Constitución impone contemplar el ordenamiento en su conjunto y materializar sus exigencias de justicia¹⁷ en relación con la dinámica jurisdiccional, el conjunto interpretativo de las normas que manejan positivamente los operadores jurídicos y, sobre manera, las especificaciones interpretativas que anima el orden neoconstitucional. Y es que, a pesar de los principios de subordinación, dependencia y unidad de actuación, el MF debe ajustarse a la legalidad en favor de la acción de la justicia constitucional (arts. 124.1 CE y arts. 1, 6, 45 y 62 EOMF), colaborar en el Poder Judicial (art. 2 EOMF; *vid infra*), y velar por las instituciones constitucionales, los derechos fundamentales y las libertades públicas (art. 3.3).

Pero, qué sucede si el MF no es consecuente, por acción u omisión, con la legalidad. Problema éste que se vuelve especialmente controvertido, y que hace que el «imperio de la ley» que somete al MF sea distinto del que vincula a los jueces (art. 117.1 CE), a la vista ya no sólo de la porosidad y ductilidad interpretativa, la jerarquización y vinculación gubernamental del MF, y su función de proteger algo tan sutil y prolífico como el interés general. Vayamos por partes.

El principio de legalidad judicial implica que los jueces se someten a la ley y sólo a la propia ley, protegiendo los derechos individuales conforme al límite máximo de la legalidad. Y es en esa sumisión a la aplicación de la legalidad, en su propia acción, donde el juez encuentra su legitimación al emanar la ley de un poder democrático. Pero las cosas son distintas cuando de la Administración y el MF se trata. Pues éste no aplica la ley; insta su aplicación atendiendo a los intereses generales, de tal forma que la ley sólo condiciona la acción del fiscal porque no puede transgredirla. Esto hace que el principio de legalidad que vincula al MF (art. 103 CE), y que le obliga a perseguir los intereses generales y los público-estatales (art. 124.1 CE), no se materialice como el fin, sino más bien sólo como su principio de acción¹⁸; una

¹⁷ Profundizo en esta visión institucional del Derecho, p.ej., en Suárez Llanos, 2005: 350 ss., 2007: 162 ss.

¹⁸ En este sentido y complementariamente, Montero Aroca, 2007: 52-53.

acción y actuación en la que se servirá de todos los recursos, quiebras, oscuridades y vacíos legales.

Más allá de reconocer que la legalidad es mil veces y legítimamente reinterpretable –aunque exista un mínimo de claves interpretativas fácticas y normativas obvias que deben atenderse para no burlar el principio de legalidad ni provocar indefensión–, la posibilidad de exigir responsabilidad al MF por no someterse al principio de legalidad es controvertida. De principio hay que diferenciar una actuación negligente y/o de desconocimiento del Derecho, de una actuación dolosa. El caso de falta de diligencia en el conocimiento del Derecho se verá enseguida. Pero, si de lo que se trata es de un apartamiento consciente y doloso del ordenamiento determinar la responsabilidad es difícil. Porque aunque sería susceptible de ser calificado como una falta muy grave por violación de su deber de respetar la Constitución y violación intencionada de los deberes inherentes a la condición de fiscal (arts. 62.1, 63.11 EOMF), de un lado, regresa la evidencia de que la interpretación y manejo de la legalidad es dúctil, además de que las sanciones correspondientes las impondría o el Fiscal Jefe respectivo o el FGE definiéndose una realidad proclive al corporativismo; y, de otro, no son perseguibles las actuaciones fiscales que vulnerando el principio de legalidad fueran ordenadas o secundadas por los superiores¹⁹, y como tendría que ser el fiscal superior el que ordene la conducta contraria a la seguida para hablar de infracción del MF, llegado el caso, la sanción ya no será por infringir el principio de legalidad, sino por desatender las órdenes recibidas –infracción muy grave–.

3.º Principios de imparcialidad e independencia.

A pesar de los principios de unidad de actuación, dependencia y subordinación jerárquica, el MF debe actuar «con sujeción, en todo caso», al *principio de imparcialidad* (art. 2 EOMF), que le exige actuar «con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados» (art. 7).

El problema es concretar esta exigencia de principio toda vez que el fiscal: es parte en el proceso (art. 3); desconoce de antemano la «verdad judicial»; debe acatar las órdenes de sus superiores (arts. 25, 26, 27); está legalmente bajo la presión del ejecutivo (arts. 8, 9, 29, 41, 67); y no puede ser recusado (art. 28), aunque existe un régimen de incompatibilidades (arts. 57, 58 EOMF) y abstenciones (art. 28 EOMF-arts. 219 y 220 LOPJ). Veamos esto más cercanamente.

Al sostener que el fiscal debe ser imparcial cuando es parte en el proceso, desconoce la «verdad judicial» probada, se somete a sus superiores y daña los derechos de unos a favor de «otros», se plantean dos alternativas. Para una, la imparcialidad del MF es una contradic-

¹⁹ Pues si ante un escrito razonado de un fiscal a seguir una instrucción el fiscal superior se ratifica en su orden, se exonera de responsabilidad por el cumplimiento de la misma al subordinado (art. 27 EOMF).

ción en los términos, y proponerlo como un principio de conducta una burla²⁰. Para la otra, el principio de imparcialidad es imprescindible en la actuación del MF y, además, es posible materializarlo.

Y la elección es complicada. Entre otras cosas porque los dos planteamientos aciertan, aunque parcialmente. Y es que, pensar en una intervención procesal del fiscal no imparcial ni objetiva evoca un error judicial. Pero pensar que el fiscal maneja los mismos criterios de independencia, imparcialidad y motivación jurisdiccional es una equivocación. Se trata pues de sopesar y aquilatar realidad, virtudes, obstáculos e inconvenientes de una función controvertida como es la de proteger los derechos conforme a criterios de interés general que adquieran legitimidad democrática a partir de la intervención directiva del ejecutivo.

En este sentido, y como punto de partida, diría que se facilita la comprobación de la objetividad y la imparcialidad fiscal en algunas de sus funciones, mientras que se dificulta en otras. Se facilita, p.ej., cuando el fiscal promueve la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establecen y forma parte de otros orientados a proteger y defender a menores y desvalidos (art. 3.7 EOMF). Sin embargo, el elemento valorativo se amplía –y se acrecientan ciertos parámetros «visionarios» que dependen mucho de la valoración fiscal particular de los hechos, las normas y su relevancia coyuntural– y se oscurece el canon de imparcialidad, p.ej., cuando se trata de velar por el respeto de las instituciones constitucionales (art. 3.3); de intervenir en los procesos de que conoce el TC en amparo y en defensa de la legalidad (art. 3.11.12) dada la frecuente implicación de intereses del ejecutivo²¹; o de «(e)jercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros» (art. 3.4) cuando sobrevuela la oportunidad política²².

²⁰ Porque el MF lidia con intereses generales y no con derechos individuales, y porque la «independencia» del fiscal es «una mera palabra vacía de contenido jurídico, pues ni el Ministerio Fiscal ni los fiscales concretos actúan con independencia en defensa de los intereses que le están encomendados» (Montero Aroca, 2007, 51).

²¹ Así, p.ej., es difícil e intrigante comprender la imparcialidad fiscal en relación con el recurso del PP en contra de la tramitación de la reforma del Estatuto de Cataluña ¿Y qué pasó? Pues que la mayoría de la Fiscalía del TC contando con Ortiz Úrculo (que fue FGE con el PP) como Fiscal jefe se mostró partidaria de admitir a trámite el recurso del PP, en cambio sobre la mayoría de los miembros de la Junta de Fiscales se impuso el criterio del FGE, propuesto por el PSOE, de informar contra el recurso de inconstitucionalidad del PP al Estatuto catalán.

²² Se observa bien, p.ej., con la querrela que la Fiscalía del País Vasco presenta (15-03-2003 a instancias del FGE –Cardenal, elegido por el PP– contra el coordinador general de IU, Madrazo Lavín, por un delito de injurias al entonces presidente del gobierno Aznar –se trataba de expresiones tipo «Aznar es un terrorista... porque tan terrorista es aquel que asesina en Euskadi como el que promueve y orienta políticamente una guerra terrorista en Iraq»; el fiscal entiende que con tales expresiones se está imputando la comisión de delitos terroristas y que Madrazo podría haber manifestado su oposición a la guerra en términos menos ofensivos.

A este planteamiento acerca de las dificultades en la comprobación de su imparcialidad e independencia hay que sumar el argumento importante de que el MF no es una institución integrada en el Poder Judicial, a pesar de la oscura fórmula del artículo 2 EOMF²³. Pues la otra opción es insostenible, igual que lo sería la idea de que «(e)l hecho de que el Ministerio Fiscal no esté representado como tal, en el Consejo General del Poder Judicial, no es un obstáculo para que se le considere integrado en el Poder Judicial, ya que su integración no es orgánica, sino funcional, a través de funciones no jurisdiccionales...»²⁴; porque el legislador ha ideado una institución fiscal dependiente, jerarquizada y carente de función jurisdiccional²⁵; porque el MF es una persona a cuyos criterios otros representan y obedecen necesariamente con lealtad; y, además, porque esa persona institucional es dependiente de los criterios coyunturales de definición del interés público y general, pero no tiene como misión la defensa de los derechos de los ciudadanos excepto de los que el FGE especifique como tales.

Ahora bien, aceptadas estas dificultades, también hay que reconocer, como exigía el segundo planteamiento, la necesidad de la actuación del MF o de una contraparte que actúe en el esclarecimiento de los hechos y en su calificación normativa con una pretensión seria de objetividad e imparcialidad y de diligencia en la búsqueda de las mismas.

Esta propuesta materialmente se concretaría en el deber del fiscal en cuestión de: conocer y atender al conjunto del ordenamiento para la valoración de los hechos y de las normas; no atender a presiones o intereses personales²⁶; y mostrar un alto grado de diligencia en la adopción de las medidas de investigación y esclarecimiento de los hechos y en la valoración de los mismos²⁷. Aspecto éste que se reforzaría impulsando el deber fiscal de motivación razonada de sus actuaciones a la vista de los hechos y del principio de legalidad.

²³ Complementariamente, Montero Aroca, 2007: 50-51, Moreno Catena, 2007: 75-76.

²⁴ Explicación-justificación de la Enmienda (núm. 109 del grupo Minoría Catalana) que sirve para la redacción definitiva del artículo 2 EOMF/1981 y conforme a la que el MF se integra «con autonomía funcional en el Poder Judicial».

²⁵ En este mismo sentido y complementariamente, Sanchis Crespo, 1995: 40-44.

²⁶ La reforma del 2007 del EOMF se sensibiliza con esta exigencia al caracterizar como falta grave la acción fiscal de «(d)irigir a los poderes, autoridades o funcionarios públicos o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, invocando la condición de fiscal, o sirviéndose de esa condición» (art. 63.12 EOMF/2007). Lo que se une a la sancionabilidad, aunque como falta leve, de «(l)a simple recomendación de cualesquiera actos de que conozcan los juzgados» (art. 64.5 EOMF).

²⁷ Planteamiento éste que ratifica el TS al entender que la imparcialidad que le exige la ley no impide que el MF puede impulsar una investigación y la práctica de todas las actuaciones y diligencias que considere necesarias y luego sostener una posición acusadora o interesar la absolución si así lo considera pertinente (STS 764/2007).

La imprescindible independencia del fiscal y del MF y sus trabas orgánico-institucionales. Señalaba que la condición de imparcialidad de la actuación fiscal se concreta en un deber de actuación independiente y objetiva (art. 2 EOMF). Pero los problemas al respecto son fuertes dada la dependencia orgánica y funcional que caracteriza la institución del MF.

Pues bien, frente a tan problemática concreción caben dos actitudes crítico-normativas. Una, abogar por una modificación sustancial del MF que garantice su independencia –tanto del FGE como de cada fiscal–. Esto contribuiría a «judicializar» a la fiscalía y evitaría algunos problemas endogámicos y de parcialidad de las actuaciones. La otra alternativa, la más valiosa como luego explicaré, consiste en rearticular la dependencia jerárquica y del ejecutivo, entre otras cosas, garantizando el conocimiento y el control público de la misma. Para ello, además de exigírsele al MF una exposición razonada y pública de sus motivaciones de actuación, sería imprescindible, también, regular legalmente la extensión material y de contenidos de las posibilidades de dirección del gobierno y de los fiscales superiores –estableciendo por ley, p.ej., si la oportunidad política, el interés electoral o la afinidad ideológica pueden ser criterios de actuación y sanción y motivando después escrita y públicamente cada decisión de actuación–. Igualmente sanearía la relación de dependencia a favor de la imparcialidad modificar el sistema de ascensos y nombramientos, impidiendo que sea la satisfacción de los órganos superiores o del Gobierno con el servilismo del fiscal lo que marque la categoría profesional (arts. 32-41 EOMF). Complementariamente, debe establecerse un programa de responsabilidades y sanciones por conductas manifiestamente prejuzgadas²⁸ y/o interesadamente parciales, sean ordenadas o de *motu proprio*, y también por actuaciones poco diligentes, ya se refieran al esclarecimiento de los hechos, al impulso de actuaciones policiales y judiciales, a la exigencia de responsabilidad por las acciones de los secretarios y personal auxiliar subordinado²⁹, etc., o al conocimiento de la normatividad y sus claves jurídico-interpretativas.

También es verdad que insistir en la depuración de los principios de imparcialidad e independencia del MF no es ninguna originalidad, y así se propone como un objetivo preferente de las reformas

²⁸ Así en el conflictivo caso Nevenka no se consideró constitutivo de falta muy grave la manifiesta falta de objetividad del fiscal encargado del asunto; simplemente se entendió que como sus prejuicios disociaban la visión de la sociedad y la fiscalía en materia tan sensible como los delitos contra la libertad sexual e impedían una conducta objetiva por parte del fiscal que diera sentido a los principios de legalidad e imparcialidad, lo más apropiado era sustituir al fiscal por «razones fundadas» al amparo del artículo 23 EOMF.

²⁹ En este sentido, ya es falta muy grave «(d)ejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria que proceda a los secretarios y personal auxiliar subordinado, cuando conocieran o debieran conocer el incumplimiento grave por aquellos de los deberes que les correspondan» (art. 63.4 EOMF).

del EOMF del 2007 y del 2003. Sin embargo, las mismas aún son insuficientes. Pues, de un lado, la facultad de los fiscales para dirigir, dar instrucciones generales y particulares obligatorias y controlar a los fiscales subordinados se mantiene³⁰, a lo que se agrega que el FGE podrá llamar a cualquier fiscal ante él para recibir sus informes igual que podrá nombrar a cualquier fiscal para intervenir en un asunto determinado³¹. Y, de otro lado, la capacidad de presión del Gobierno sobre el MF queda indemne pues: puede interesar del FGE que promueva ante los Tribunales las acciones que estime a favor del interés público (art. 8 EOMF); anualmente o cuando se lo pida, el FGE le emitirá un informe de su actividad (art. 9), el Gobierno propone al FGE, (art. 29), aunque haya de comparecer ante una Comisión del Congreso (Ley 24/2007); puede remover a los Fiscales Jefes a propuesta del FGE; y los Fiscales Jefes, el FGE y el Ministro de Justicia son los competentes para imponer las sanciones leves, graves y muy graves respectivamente (art. 67 EOMF).

*La obligación de abstención del fiscal tocado de parcialidad*³². Evidentemente, una de las condiciones de una actuación imparcial, objetiva e independiente del fiscal es que no tenga intereses o vínculos con el caso de que se trate. Para ello se impone el deber deontológico de abstención de actuación, algo que las partes intervinientes pueden reclamar al superior jerárquico del fiscal³³, por las mismas causas que afectan a los Jueces y Magistrados³⁴, aunque no cabe recusar a los fiscales (art. 28 EOMF). Y, aunque es cierto que el elenco de esas causas de abstención es amplio también adolece de dos representativos problemas. Uno es el problema endogámico de la institución. Básicamente porque la decisión de la procedencia de un reclamo de abstención, frente a la que no cabe recurso, queda en manos del superior jerárquico al fiscal, del que depende y con el que puede haber participado de intereses y criterios en anteriores pleitos y circunstancias, incluso en aquellos que motivan la abstención. El otro problema es que, aunque es una garantía para las partes que puedan reclamar la abstención del fiscal, también puede suponerles un perjuicio, sobremanera si el fiscal superior no la acepta.

³⁰ Conforme a los artículos 25, 26 y 27 EOMF.

³¹ Lo único que se reforma (Ley 24/2007) es que se priva de esa última facultad a los Fiscales Jefe.

³² *Incompatibilidades y prohibiciones*. Junto con las causas de abstención, se procura garantizar la imparcialidad del fiscal con un sistema de incompatibilidades y prohibiciones (arts. 57 y 58 EOMF) –básicamente el mismo que adorna a la función jurisdiccional (arts. 389 ss. LOPJ)– que, bajo sanción, tratan de disuadir al fiscal de la tentación de mejorar su situación profesional, personal, familiar o mercantil a cuenta de su cargo.

³³ Decidiendo, en caso del FGE, la Junta de Fiscales de Sala presidida por el Teniente Fiscal del TS, y ya no, tras una modificación de la Ley 24/2007 orientada a preservar la autonomía del MF, el Ministro de Justicia.

³⁴ Recogidas en los artículos 218 y 220 de la LOPJ.

En este marco, creo que los problemas se suavizarían mixturando la abstención con un catálogo de causas de recusación. También, insisto, abriendo un sistema de recursos frente a la decisión del fiscal superior que avale su neutralidad aun dependiendo de una institución jerarquizada. Y, además, materializando, como hace bien la Ley 14/2003 de reforma del EOMF, como una verdadera obligación deontológica, con sanción, que el fiscal se aparte de intervenir en el proceso cuando medie causa de abstención³⁵.

4.º *Deber de impulsar el proceso en favor del esclarecimiento de los hechos y del interés general.* Es una obligación de conducta del MF instar en el proceso penal a la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares y las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Y, en el caso de la responsabilidad penal de menores, instruir directamente el proceso, pudiendo ordenar a la Policía Judicial las diligencias que a tales efectos considere oportunas (art. 3.5 EOMF/2007). Tales funciones, orientadas al interés general, abocan la controvertida cuestión del sentido y alcance de la acción del MF como un «juez instructor» y, en su caso, como director de la acción de la Policía Judicial incluso cuando ya se esté ocupando de la investigación un juez de instrucción en el marco del proceso penal. Empiezo por esto último.

El MF como director de la Policía Judicial. El MF puede, y se ratifica tras la reforma del 2007, ordenar a la Policía Judicial las diligencias que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos. La cuestión al respecto es cuánto de amplio y de bueno tiene tal facultad, y por qué la Policía Judicial se pone al servicio del MF y no del orden jurisdiccional. Cuestión que se complicó aún más con una muy controvertida instrucción del FGE, Conde Pumpido, que permite a los jefes de las fiscalías impartir directrices sobre «criterios y prioridades» de la acción policial.

En efecto, la Instrucción 1/2008 «Sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial» concreta el ámbito competencial y material de las directrices de los fiscales adjudicándoles la potestad de ordenar investigaciones a la Policía Judicial aunque el juez ya tenga abierto un procedimiento por el mismo caso y lleve la dirección de su instrucción. Esas órdenes pueden ser de generales, referidas a asuntos aún no judicializados y en fase de investigación preprocesal³⁶. O pueden ser órdenes referidas a una investigación

³⁵ Con esta reforma del 2003, preocupada por la actualización del sistema de sanciones al MF, por acercarse (Exp. Mot.) a los criterios de la carrera judicial, y por impulsar la efectividad de los valores constitucionales comprometidos en todo proceso jurisdiccional, se considera falta muy grave «(l)a inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas» (art. 62.8 EOMF/2003).

³⁶ Y exige «que la Policía le haya informado suficientemente de los hechos más graves o complejos y de sus circunstancias, así como de las diligencias practicadas y del resultado de las mismas».

concreta y relacionada con «aspectos puntuales» de la instrucción. Debiendo aportarse sus resultados, sean cuales sean, al proceso para garantizar los principios de imparcialidad³⁷ y contradicción.

Pues bien, seguramente porque la Instrucción ahonda en la vieja pero actual polémica sobre la figura del MF como juez instructor, la reacción judicial fue inmediata e inmoderada.

En efecto, tras aparecer la citada Instrucción, los jueces de la Audiencia Nacional decidieron convocar a la Junta de Jueces y denunciar los hechos al CGPJ, porque se estaría autorizando al fiscal a impulsar un «instrucción paralela y fuera del control judicial y fuera del control de las partes personadas en el procedimiento»³⁸; se trataría, destacan los jueces³⁹, de una inaceptable «patente de corso» a las investigaciones paralelas, que vulnera el principio de legalidad y sustrae a las partes del conocimiento y posibilidad de contradicción de las diligencias practicadas por el MF que, por tanto, estarían afectadas de nulidad.

Sin embargo, el órdago judicial, lejos de arredrar al FGE, le animó a insistir en la anterior con una segunda instrucción, eso sí, reclamando prudencia a los fiscales y justificación para sus actuaciones, y matizando que las diligencias practicadas «en ningún caso pueden desembocar en una investigación paralela a la instrucción judicial...». A su vez, esta indolencia del FGE a la reacción judicial es secundada por los fiscales. Pues, para la UPF, la Instrucción no absorbe ninguna facultad judicial, ni rompe el principio de contradicción, ni desequilibra la posición de las partes, sobre todo teniendo en cuenta que el MF no es una parte cualquiera. Y la conservadora AF considera acalorada la respuesta de los jueces y no acepta que se consideren nulas las pruebas que presenten los fiscales pues legalmente el fiscal debe impulsar y agilizar los procesos judiciales y la Instrucción garantiza la inclusión de todos los resultados al proceso.

³⁷ No lo vieron así en su momento ni Fungairiño –como Fiscal Jefe en funciones de la Audiencia Nacional– ni su subordinada la fiscal Márquez de Prado, pues en el proceso contra el etarra Azurmendi la fiscal encargó un informe pericial balístico sobre el atentado de ETA contra Aznar, y tras obtener un informe negativo decidió no incorporarlo al sumario. Así desatendió un indicio que apoyaba la absolución del etarra y siguió con la acusación.

³⁸ Algo que contraría la LOPJ y la LECrim. que establece que «(c)esará el fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos» (art. 773 LECrim.), y tampoco el EOMF autoriza al fiscal en ninguno de los apartados de su artículo 5, modificado por la Ley 24/2007, a realizar pesquisas cuando el procedimiento penal ya estuviera en marcha.

³⁹ Que aquí sí parecen de acuerdo, pues todas las Asociaciones Judiciales –la mayoritaria Asociación Profesional de la Magistratura, para la que la Instrucción está hecha «de forma alocada, sin un mínimo de reflexión y sensatez» y genera «un conflicto innecesario y gratuito»; la independiente Francisco de Vitoria, que la considera «inaceptable e inaplicable», y Jueces para la Democracia, para la que la Instrucción puede dar lugar a una inútil confusión– se enfrentan a la Instrucción, igual que el tercer sindicato policial, la Unión Federal de Policía.

Esta cuestión de las posibilidades directivas de la Policía Judicial por parte del MF se relaciona estrechamente con el controvertido asunto, que reviso muy resumidamente, de la posibilidad y oportunidad de la figura del fiscal instructor penal

El MF como «juez instructor de lo penal». Al introducirse en 1988 el nuevo procedimiento abreviado, el legislador se planteó seriamente la posibilidad de poner al MF al frente de la fase de instrucción por su naturaleza mayormente administrativa y no enjuiciadora. Pero la respuesta crítica desde todos los frentes fue tan dura que el Gobierno frenó su iniciativa⁴⁰. Sin embargo, el debate se reforzó y la semilla sembrada en el procedimiento abreviado comenzó a dar sus frutos.

En efecto, la modificación (LO 4/1992) de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores –que exigió el TC– aumenta el protagonismo del MF en ese ámbito del Derecho penal al establecer que, en la tramitación de los expedientes, el MF «dirigirá la investigación de los hechos, ordenando que la Policía Judicial practique las actuaciones que estime pertinentes para su comprobación y la de la participación del menor en los mismos» a fin de preservar la imparcialidad del juzgador (Exp. Mot.). Así y desde entonces la instrucción en el ámbito penal de menores corresponde al MF, limitándose el juez a adoptar las medidas restrictivas de derechos fundamentales, a enjuiciar y a fallar⁴¹.

En consecuencia, el planteamiento legal concreta básicamente: que en la instrucción del proceso penal de mayores el MF puede instar al juez la adopción de medidas cautelares y diligencias para esclarecer los hechos y dirigir a la Policía Judicial, pero que en el ámbito del proceso por responsabilidad penal de menores, el MF actúa como un verdadero juez instructor.

Sobre tales bases, actualmente la discusión se plantea enfrentando a quienes entienden que las actuaciones del MF deben estar bajo la autorización y dirección judicial si ya está abierto el proceso, con

⁴⁰ Aun así, la figura del fiscal se reforzó en alguna medida respecto de la instrucción en el procedimiento abreviado al autorizársele a practicar y/u ordenar a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime a efectos de la comprobación de los hechos o de la responsabilidad de los particulares en los mismos –luego archivará las actuaciones o solicitará al juez la incoación del procedimiento con remisión de lo actuado–.

⁴¹ Y el mismo criterio se sigue tras la promulgación de la Ley 5/2000 sobre Responsabilidad Penal de los Menores, que «encomienda al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal» (Exp. Mot.), la instrucción de los procedimientos, y practicar las diligencias de esclarecimiento de los hechos y responsabilidad (art. 16.1.2 LRPM). Tras la promulgación de dicha ley hubo que reformar el EOMF para adaptarlo al nuevo marco penal del menor y a unos principios orientados a su reeducación y protección de sus garantías y derechos constitucionales (Exp. Mot. Ley 12/2000 que modifica el EOMF). Así se impulsó una reforma del artículo 5.3 EOMF que añade la función del MF de instruir directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la LO 5/2000, pudiendo ordenar a la Policía Judicial las diligencias que considere oportunas (y así se mantiene tras la reforma del EOMF por la Ley 24/2007).

quienes abogan para que el MF absorba muchas de las facultades de la instrucción penal del juez⁴². Este reclamo de la instrucción del MF pretende que el fiscal que tenga noticia de la posible comisión de los hechos delictivos pueda decidir con imparcialidad qué diligencias deben practicarse para sostener una acusación y pedir la apertura del juicio oral o el sobreseimiento –pero preservando la autoridad judicial la facultad de acordar o no diligencias de investigación que conlleven restricciones de derechos y medidas cautelares–.

Esta dialéctica que enfrenta a partidarios y detractores de la instrucción fiscal se enmarca en la constatación por el TC⁴³ de que el juez instructor no puede enjuiciar el caso al verse infectado y perjudicado por la instrucción encaminada al esclarecimiento de los hechos, lo que le invalida para resolver la causa al partir de un «enjuiciamiento sospechoso»⁴⁴. Así, la STC 145/1988 establece la doctrina, ratificada en resoluciones posteriores⁴⁵, de que producen efectos contaminantes los actos que supongan actividad de investigación y reunión de los materiales para la celebración del juicio y la toma de decisiones correspondientes. Sin embargo, a partir de la STC 136/1992 se establece que para apreciar la contaminación juzgadora no basta que se den actos procesales de naturaleza instructora, hay que acreditar, aun indiciariamente, que la actividad instructora pudo provocar prejuicios e impresiones en el juzgador, esto es, «(d)eben existir... razones justificadas que confirmen la sospecha de parcialidad»⁴⁶ (Rodríguez Fernández, 1999: 27). Lo difícil es determinar qué actos de instrucción provocan prejuicios partidistas.

Y si es poco claro qué tipo de instrucción contamina al juez recomendando la instrucción del MF, oscuro es también concretar si la reforma es recomendable, como se comprueba revisando los argumentos que la secundan y el alcance de sus debilidades:

Primer argumento, quizá el más fuerte al jugar con el criterio del TC de la contaminación del juez instructor; la instrucción fiscal refuerza la imparcialidad del juez de instrucción que pasaría a convertirse en un «juez de garantías penales»⁴⁷. Claro que la cuestión entonces es si

⁴² De este escenario cabe excluir por minoritaria la idea de la suplantación total de la instrucción judicial por la de un fiscal que pueda adoptar medidas cautelares como la prisión provisional, o restrictivas de derechos como la entrada y registro domiciliarios, entre otras cosas, porque tal pretensión es inconstitucional (art. 117.3.4 CE) y vulnera las garantías esenciales del Estado de Derecho.

⁴³ Así la doctrina del TC sigue, con matizaciones, la línea de la STC 145/1988 que motivó la desaparición del inconstitucional «juez instructor-decisor» y el reconocimiento del derecho fundamental al «juez imparcial».

⁴⁴ En De Urbano Castrillo, 1999: 15; complementariamente al respecto, Rodríguez Fernández, 1999: 23 ss.

⁴⁵ Pej., STC164/1988, STC 151/1991, STC 372/1993.

⁴⁶ En el mismo sentido, De Urbano Castrillo, 1999: 15.

⁴⁷ Pues el juez instructor adolecería de dos importantes defectos: «(l)a calidad sólo formal, nominal, de la connotación jurisdiccional... una suerte de coartada para

sustituyendo al juez contaminado por un fiscal contaminado se da algún avance representativo. Y me parece que la respuesta es negativa. De un lado, porque la imparcialidad del fiscal ya viene afectada por su dependencia orgánica y funcional del Ejecutivo⁴⁸. Y es que, la vinculación de las funciones de investigación y acusación posibilita una acumulación de poder –por «la eliminación de frenos y contrapesos internos que permitan conjurar el... riesgo de actuar con lenidad y, más en general, de manera arbitraria» (Díez-Picazo, 2007, 37)– arriesgada en una institución jerarquizada y dependiente, pues puede dar de forma «más o menos encubierta, inmunidad a ciertas personas o en determinados casos». Y, de otro lado, porque se pone un mal parche a un problema que se puede solucionar estableciendo que la adopción de las medidas cautelares y de sobreseimiento o apertura del juicio oral las fije un juez distinto al que instruye la causa⁴⁹.

Segundo argumento, la instrucción por el MF permite responder más eficazmente a la realidad cotidiana del delito organizado, fundamentalmente el económico, de corrupción y de tráfico de droga, pues por sus especiales características condicen mal con una instrucción encargada a un cuerpo difuso de jueces independientes y absolutamente desconectados pero enfrentados a complejos entramados delictivos referidos. De hecho, las Memorias Fiscales ya demuestran que en la práctica la instrucción en estos delitos viene siendo realizada por el MF.

Ahora bien, y por práctico, real y atractivo que resulte este argumento hay que tener en cuenta que las garantías procesales no pueden sacrificarse por la eficacia de los resultados, y que siendo cierto que determinados entramados delictivos requerirían un cuerpo de instrucción coordinado, esa coordinación bien puede alcanzarse entre jueces de instrucción especializados.

Tercero, se aceleraría la fase instructora descongestionándose la administración de justicia en beneficio de los derechos de los implicados en el proceso penal. Pues el MF se limitaría a determinar si se dan las condiciones de sobreseimiento o apertura del juicio oral sin necesidad de ser tan exhaustivo como el juez de Instrucción que agota las diligencias de investigación posibles para evitar que le revoquen el sumario.

Pero también este argumento adolece de vicios⁵⁰. Porque apelar al fortalecimiento de la imparcialidad para luego alegar la celeridad del

atribuir tal calidad a sus aportaciones e introducirlas, como de contrabando, en el juicio», y que el juez instructor se vuelve «unilateral administrador de la prisión provisional, (pero) ejercida con la objetiva inevitable parcialidad del implicado en la investigación» (Andrés Ibáñez, 2007: 18).

⁴⁸ En esta línea y complementariamente, Andrés Ibáñez, 2007: 20.

⁴⁹ En este sentido, Garberí Llobregat, 2007. También cree necesario que la prisión provisional dependa de un sujeto institucional no contaminado, el «juez de garantías», «encargado de conocer de los incidentes probatorios...», entre otros, Andrés Ibáñez, 2007: 20.

⁵⁰ Complementariamente Garberí Llobregat, 2007.

fiscal por ser menos exhaustivo es contradictorio. Y porque la celeridad en la instrucción también se logra con medidas menos problemáticas, como el aumento de los recursos materiales y humanos, o el establecimiento de unos plazos legales de instrucción tras los que se dicte el sobreseimiento o la apertura del juicio oral.

Cuarto, si la investigación queda en las mismas manos de la acusación se limita la de efectividad de la acción popular, pues sin un órgano independiente e imparcial que dirija la investigación, se obstaculiza la obtención de los datos necesarios para ejercer la acción penal.

Quinto argumento, se fortalece el principio acusatorio pues, como el MF no genera actos de prueba, ya que no es independiente, terminarían los procesos penales que actualmente basan la condena en pruebas sumariales reproducidas en la vista oral.

Sin embargo, el argumento tampoco ahora vale del todo pues, como destaca Garberí Llobregat, en la instrucción del MF no tendría porqué desaparecer la prueba sumarial anticipada, al menos en aquellos casos en los que, como hoy sucede, «las fuentes de prueba corren el riesgo de perderse si se demora su utilización hasta el comienzo de las sesiones del juicio oral».

Finalmente⁵¹, sexto argumento en favor del fiscal instructor; el juez tiene expresamente limitadas en la Constitución sus funciones a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁵² (art. 117.4 CE).

Pero tampoco ahora tiene por qué valer este argumento. Básicamente porque llevamos más de cien años confiando en la instrucción judicial; porque tras casi treinta años el TC no se ha cuestionado la atribución de la instrucción a los jueces; y porque una interpretación de sentido del artículo 117. 4 CE permitiría dar cabida a la instrucción en la actividad de enjuiciamiento⁵³.

Por último, y completando las consideraciones críticas sobre el fiscal instructor, es bueno recordar que «en una lógica garantista, la separación entre investigación y acusación es valiosa» (Díez-Picazo, 2007: 35). Al mantener la figura del juez en la instrucción, aunque el fiscal pueda pedir actuaciones y diligencias de investigación⁵⁴, medi-

⁵¹ Aunque cabe apuntar un séptimo argumento; a saber, que la instrucción fiscal acerca la justicia a los ciudadanos, pues, con ella los actuales juzgados de instrucción ya no estarían contaminados y podrían enjuiciar, evitándose «que los testigos se tengan que desplazar decenas o cientos de kilómetros para asistir a juicios orales, que no se pueden celebrar en el lugar de comisión del delito porque los órganos penales existentes en él están contaminados al ser meramente instructores» (complementariamente, Espina Ramos, 2002). Sin embargo, la medida parece desproporcionada respecto de sus objetivos, pues bastaría con garantizar que un juez distinto al que ha de enjuiciar se ocupara de la instrucción.

⁵² En esta línea y complementariamente, Lorca Navarrete, 2008.

⁵³ En el mismo sentido, Garberí Llobregat, 2007.

⁵⁴ Pues no se está diciendo que el fiscal no deba investigar, diversamente, hay que reconocer que, a pesar de la oscuridad del artículo 124 CE sobre las funciones del MF, su deber de proteger la justicia y el principio de legalidad no se opone, sino que más bien reclama realizar las actividades que diligentemente sirvan para el esclarecimiento

das provisionales, etc., la decisión es del juez, evitándose un activismo fiscal que enturbia la objetiva imparcialidad de su actuación procesal acusatoria posterior y acerca la imagen del MF a la del abogado buscavictorias.

5.º *Principio de diligencia, conocimiento, ciencia y conciencia.*

Resultaba desalentador que el EOMF de 1981 concretara el deber de diligencia del MF en términos «casi-cronográficos» relacionados con la «prontitud y eficacia» (art. 48 EOMF) de sus actuaciones. Deficiencia ésta que no resolvían las sanciones previstas para los casos de «abandono... retraso injustificado y reiterado en el desempeño de la función fiscal», ausencia del destino o inasistencia a juicio injustificadas⁵⁵. Y es que, tales previsiones parecen contentarse con concretar el deber de diligencia del MF en un: que haga lo que sea, o que lo deje de hacer, o que haga lo que le manden si le mandan algo, pero que lo haga rápido, no importa mucho qué.

Sin embargo, y frente a tan parca concepción de la diligencia, el legislador va asumiendo el importante papel del MF en asuntos tan relevantes como la promoción de los derechos o la persecución, p.ej., de la verdad procesal penal. Y así introduce con la Ley 24/2007 ciertas modificaciones en el EOMF destinadas a reforzar, concretar y sancionar ese principio de diligencia. En concreto, ahora la diligencia debida exige al fiscal⁵⁶ no ausentarse de su destino ni desatender los asuntos⁵⁷, conocer sus deberes y no demostrar ignorancia en su cumplimiento, motivar los informes y dictámenes que lo precisen y exigir responsabilidad a los secretarios y personal auxiliar subordinado. Aunque, y aun reconociendo el avance, éste es insuficiente.

En efecto, la actual relevancia de la actuación del MF recomienda una reinterpretación del deber de diligencia que lo densifique exigiendo una conducta fiscal bien informada en ciencia y conciencia, siendo inexcusables, en favor del interés general y la protección de los derechos de los ciudadanos, los errores por desconocimiento del Derecho⁵⁸, en todas sus versiones, y de los hechos o circunstancias atinentes al caso⁵⁹.

de los hechos en relación con el Derecho. A lo que debe añadirse el reconocimiento expreso del artículo 126 CE de que la Policía judicial está al servicio de los jueces, tribunales y también del MF en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente (en este sentido, Díez-Picazo, 2007: 35-36).

⁵⁵ Al respecto, artículos 62.4.5, 63.5 y 64.3.4.5 EOMF/1981.

⁵⁶ Se catalogan las conductas poco diligentes y sus correspondientes sanciones en los artículos 62.9.10.15.16 EOMF.

⁵⁷ Suaviza el TS la exigencia de diligencia fiscal atendiendo al principio de conservación de los actos procesales con la STS 307/2002 –en la misma línea SSTS 5319/1992; 2376/1990; 336/1996–.

⁵⁸ Complementa y limita la STS 1848/2002.

⁵⁹ Principio deontológico de diligencia cuya inobservancia implicaría sanción de suspensión, traslado forzoso o separación susceptible de alzada ante el Ministro de Justicia, y la resolución de éste de recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional (arts. 66 y 67 EOMF/2003).

6.º Principio de secreto y discreción.

Los funcionarios públicos, y destacadamente los de la administración de justicia, tienen un deber de sigilo que, en el caso del MF, exige guardar el debido secreto de los asuntos reservados de que conozcan por razón de su cargo (art. 50 EOMF). Este deber de secreto recuerda al que caracteriza la actuación del abogado (arts. 42.1 y 32.1 EstGral-AbogEsp/2001), pero sólo aparentemente, pues el secreto del abogado es una obligación y un derecho orientados a proteger y favorecer al cliente y sus allegados; sin embargo, el beneficiario y la finalidad del secreto del MF son más difusos teniendo en cuenta que: «(l)as actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento» (art. 120.1 CE); que «todos tienen derecho... a un proceso público» (art. 24.2 CE); que la actuación del MF persigue el esclarecimiento de la verdad procesal, no la acusación o la defensa del interés de una de las partes; y que «(e)l Ministerio Fiscal para el ejercicio de sus funciones podrá: (i) nformar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados...» (art. 4.5 EOMF/2007).

Entre el secretismo y la libre-información. Para entender y ubicar correctamente el deber de secreto y discreción del MF en relación con el deber de publicidad de sus actuaciones es bueno tener presentes ciertas consideraciones de entre las que destaco las tres siguientes:

Primera, el derecho a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar es un derecho fundamental garantizado constitucionalmente (art. 18.1 CE). Lo que supone un reconocimiento público del interés privado de proteger ciertos derechos (reputación, fama, el honor, etc.) fácilmente vulnerables ya no por la resolución judicial sino por el conocimiento público del inicio de las actuaciones procesales o de las medidas adoptadas por el fiscal.

Así planteado, y ya que el proceso y las actuaciones judiciales deben ser públicos y la opinión pública tiene derecho a ser informada de las actuaciones del MF, la cuestión es cuándo la publicidad vulnera los derechos a la intimidad y la propia imagen. Y responder no es sencillo.

En efecto, la dialéctica entre la exigencia fundamental de publicidad y ciertos derechos fundamentales termina resolviéndose casuísticamente sopesando consideraciones axiológicas. Así, p.ej., entiende el TS que: no existe «intromisión ilegítima» por parte del MF cuando éste realice una «estricta actuación profesional ajustada a derecho y razonablemente fundada» (STS 536/1995). O que no hay quebrantamiento del deber de secreto cuando el FGE dicta un Decreto por el que se atribuye a la Fiscalía anticorrupción la investigación de una denuncia presentada por dos concejales socialistas contra ciertos representantes del Partido Popular pues, en este caso, el TS decide

priorizar los principios de diligencia debida y el deber del MF de informar a la opinión pública... (art. 5.4 EOMF) frente al deber de secreto y sigilo⁶⁰.

En segundo lugar, en el marco penal la obligación del MF de guardar el secreto se refuerza por el interés público de la eficaz persecución del delito que se fortalece en la fase sumarial⁶¹, que puede extenderse a las partes y que, además de recaer directamente sobre el fiscal, imponiéndole una responsabilidad penal, le obliga a garantizar su cumplimiento por las partes en el proceso y por terceros que intervengan en el mismo⁶².

Y, en tercer lugar, es un derecho constitucional fundamental el derecho «(a) comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» [art. 20.1 d) CE].

Conformado en torno a estos tres ejes el deber deontológico del secreto –intimidad y honor-eficacia penal-libre información– el escollo es cómo sopesar y valorar la tensión entre ellos en busca de un equilibrio razonable. Pero al menos debe tenerse en cuenta que: cuando se trata del proceso penal, el deber de sigilo y secreto es un deber reforzado cuya extensión depende de los intereses procesales, pues el interés público en la persecución eficaz del delito, si es razonado y fundamentado, se antepone a las consideraciones personales. Y que, cuando no se trate de un proceso penal, el MF debe ser buen conocedor de los criterios establecidos jurisdiccionalmente y, destacadamente, por el TC para resolver la pugna entre los derechos fundamentales a la privacidad y el honor y la libre información. Aunque siempre sin perder de vista el carácter reforzado que adquiere el derecho a la intimidad desde el momento en que se inicia un proceso en el que se ventilan aspectos personales y familiares íntimos sin haberse probado y motivado judicialmente las razones por las que tales datos salen a la luz, lo que nuevamente exige insistir en un deber del MF por motivar razonadamente su decisión de dar publicidad a sus actuaciones –exigencia de motivación de la razonabilidad de la publicidad que refuerza la consideración del principio de sigilo y secreto por la Ley 14/2003

⁶⁰ Pues habiendo sido la tramitación procedente, en este caso, el representante del PP se querrela contra la portavoz del PSOE como «difusora de la noticia», lo que ya aclara quién tiene realmente para el PP la responsabilidad de tal difusión (Auto TS 88031/2005).

⁶¹ Así, «(l)as diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley...» (art. 301 LECrim.). «Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. (S)i el delito fuere público, podrá el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas...» (art. 302 LECrim.).

⁶² Al respecto, artículo 3.1.3.4.5 EOMF.

como un deber inexcusable por parte del fiscal cuyo incumplimiento es constitutivo de una falta muy grave⁶³—.

De lo que el fiscal conoce al margen del interés del proceso. La cuestión ahora es si el deber de secreto y sigilo en sus actuaciones se proyecta también sobre el posible conocimiento por parte del fiscal en el ejercicio de sus funciones pero al margen del oportuno procedimiento de datos propios a la intimidad de la persona que podrían ser constitutivos de delito o falta.

Y aunque el asunto es controvertido parece razonable mantener el principio de secreto, a no ser que lo que el MF conozca por «azar» procesal sean hechos constitutivos de delito que afectan al interés público tutelado por la ley, los derechos del ciudadano o la independencia de los jueces y tribunales, pues entonces el fiscal tiene el deber de sacar a la luz procesal tales hechos en su marco deontológico constitucional de actuación (art. 124 CE), eso sí siempre que no se obtuvieran ilícitamente⁶⁴ y/o vulnerando los derechos constitucionalmente protegidos⁶⁵.

7.º *Prohibición de afiliación a partidos políticos.*

En aras de la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, la CE prohíbe a los jueces, magistrados y fiscales en activo pertenecer a partidos políticos, a sindicatos o desempeñar otros cargos públicos⁶⁶. La *ratio* de estas prohibiciones es clara y se justifica en la función del MF de proteger el interés general y los derechos en términos de imparcialidad.

Pero, sí que se reconoce el derecho del MF de crear y pertenecer a asociaciones (arts. 127.1 y 22 CE y 54 EOMF) —con personalidad jurídica, capacidad para lograr sus fines (lícitos), de libre ingreso y salida, ajenas a connotaciones políticas, y de estructura democrática—.

El problema es que hoy el juego asociativo de la fiscalía da para mucho pensar, algo de sonrojar y, quizá, sobre todo si uno está en el lado equivocado, para un tanto que temer. En efecto, por más que las previsiones estatutarias impidan las connotaciones políticas de las

⁶³ Así, es susceptible de traslado, suspensión o separación «(l)a revelación por el fiscal de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona» (art. 62.12 EOMF/2003).

⁶⁴ Porque lo que ahora está en juego es el mismo sistema público institucional de protección de los derechos, por lo que no cabe anteponer el interés público de la persecución del delito o falta o de la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos al interés público y general de protección del sistema de garantías institucionales del Estado democrático del Derecho. En este marco y sobre la prueba ilícita son representativos Añón Roig, 1985; Arozamena Laso, 1999 y 2000; Asensio Mellado, 1986 y 1989; Bayarri García, 1993; Del Moral, 2001; Miranda Estrampes, 1999; De Urbano Castriello, Torres Morato, 2000; Díaz Cabiale, Martín Morales, 2001.

⁶⁵ En este mismo sentido, Beneytez Merino, 2003: 892.

⁶⁶ Artículos. 58 EOMF y 62.3 EOMF.

asociaciones para que se pongan al servicio de los intereses funcionales de la fiscalía y generales de la sociedad y no de un ideario político, lo cierto es que las dos asociaciones fiscales, la Asociación de Fiscales (AF) y la Unión Progresista de Fiscales (UPF) han adoptado unos posicionamientos vinculados a los intereses de los dos partidos mayoritarios en España⁶⁷.

8.º *Principio de respeto y prohibición de abuso de autoridad y falta de consideración.*

Principio éste fundamental para la buena dirección de la conducta del fiscal y que no habría sido contemplado por el EOMF en 1981 pero que se introduce sucesivamente con las reformas estatutarias que animan la Ley 24/2007 y la Ley 14/2003 de modificación del EOMF.

Pero no se trata ahora del deber de obediencia a sus superiores que tiene el fiscal, sino de la exigencia de que no se sirva de su posición privilegiada en el proceso y en el ejercicio de sus funciones para: uno, faltar al respeto a sus superiores⁶⁸. Dos, demostrar abuso de autoridad o falta de consideración frente a los iguales o inferiores jerárquicos, los ciudadanos, instituciones, jueces, magistrados, secretarios, médicos forenses, funcionarios, abogados, procuradores y demás personal al servicio de la Administración de justicia o que preste sus servicios en la oficina del fiscal (arts. 63.3 y 64.2 EOMF/2003-2007). Tres, dirigir censuras por sus actos a los poderes, autoridades y funcionarios invocando o sirviéndose de su condición de fiscal (art. 63.12 EOMF/2003-2007). Cuatro, provocar, por motivos ajenos a su función, enfrentamientos graves con autoridades de la circunscripción en que el fiscal desempeña su cargo. Y, cinco, no respetar la diversidad lingüística, lo que le obliga, cuando acredite un conocimiento adecuado y suficiente de una lengua como mérito, a atender la petición de los ciudadanos, instituciones, jueces y magistrados para que intervenga en una lengua cooficial (art. 64.7 EOMF/2007)

7. Conclusiones.

De entre los dos modelos de definición de la institución del MF –independiente y judicializado, a la italiana, o dependiente del ejecutivo, tipo francés– en España se ha optado por un modelo dependiente

⁶⁷ No hace mucho (21 de febrero de 2008) se daba una interesante polémica. La conservadora AF tenía previsto apoyar para la fiscalía de Madrid a un candidato que retira su candidatura al recibir una llamada de la Fiscalía General que le informa de que no apoya su nombramiento, lo que provocó la «profunda indignación» de la AF, pues su candidato ocupaba el puesto 21 del escalafón y quien le adelantó el 505. Sin embargo la UPF reacciona calificando de «surrealista» la propuesta de la AF y criticando duramente sus ataques contra el FGE Conde-Pumpido –recordando su presidenta a la AF que cuando el PP colocó a Cardenal como FGE no se nombró ningún fiscal de la UPF–.

⁶⁸ En su presencia, por escrito que se les dirija o con publicidad (art. 63.1 EOMF/2003-2007) o sin que concurren estas circunstancias (art. 64. 1 EOMF/2003-2007).

y vinculado por la unidad de actuación. Y aunque éste haya centrado permanentemente la crítica, creo que no procede posicionarse radicalmente a favor o en contra de uno u otro. Pues cada uno de esos modelos tiene ventajas constitucionales y jurisdiccionales pero también inconvenientes⁶⁹, y cada país define una experiencia y unas necesidades a las que responde con sus instrumentos de política judicial, entre los que ocupa un lugar básico el del fiscal.

Aquí, por razones de espacio, no me interesan tanto las virtudes y defectos del fiscal independiente⁷⁰, cuanto los créditos y descréditos de nuestro MF dependiente y jerarquizado.

A destacar, de entre sus ventajas, su capacidad para impulsar criterios dinámicos y homogéneos de interpretación normativa y de respuesta conforme a las líneas de actuación marcadas por un ejecutivo que, al menos formalmente, es el portavoz democrático del interés general. Ventaja que, sin embargo, se enfrenta a desventajas representativas; y estoy pensando ahora en el serio riesgo que tal modelo corre de caer en un fuerte corporativismo, en una lealtad interesada y partidista frente al ejecutivo de turno, en una visión fílmica del fiscal como acusador implacable y no como defensor de los derechos y, en definitiva, en una dinámica de intervención en el proceso ajena a los criterios de imparcialidad, independencia, búsqueda de la justicia constitucional, protección de los derechos y garantía de la tutela judicial efectiva.

A partir de aquí, y para terminar diría que la deontología del MF reclama plantearse sería e imaginativamente las claves más saludables de armonización de los principios de dependencia y unidad de actos con los de imparcialidad y valoración objetiva de las circunstancias del caso. Sobre tal consideración, y como propuesta, sintetizo algunas de las que considero exigencias deontológicas básicas del MF a partir de las consecuencias de los planteamientos revisados acerca de la conducta de los fiscales.

Primero, *legalización de la dirección ejecutiva*. La ley debe precisar la naturaleza y extensión de la dirección del MF, de forma que sea el legislativo el que medie en las funciones de control de su actividad (Recomendación 19 del Consejo de Europa). Se trata de regular la amplitud de dirección del gobierno y de los fiscales superiores, clarificando, p.ej., si la oportunidad política o la afinidad ideológica son criterios y en qué sentido de dirección del MF.

⁶⁹ En realidad, la construcción de un verdadero espacio de libertad, de seguridad y de justicia no depende en bruto del modelo fiscal que se escoja (al respecto Llopes de Mota, 2001, 27 y Rec. 19 Consejo de Europa) sino del sistema de contrapesos que se introduzca para equilibrar los riesgos con las ventajas de cada modelo específico.

⁷⁰ Virtud es su autonomía frente a las presiones político-gubernamentales, lo que, p.ej., en Italia ha impulsado «la investigación de la corrupción» (Maia Costa, 1999: 8). Y marcado defecto su tendencia a crear «un cuarto poder»; poco responsable, corporativo y de interpretaciones jurídicas heterogéneas (Fernández Aparicio, 2004: 221).

Segundo, *publicidad y control de las órdenes e instrucciones*. Que deberían ser siempre escritas, públicas y motivadas en favor del control legislativo, social y judicial (Rec. 19/2000).

Tercero, *responsabilidad por parcialidad*; habría que establecer una programación rigurosa, y cumplirla, de responsabilidades y sanciones por conductas manifiestamente perjudicadas y/o interesadamente parciales, ya sean ordenadas o de *motu proprio*.

Cuarto, *inaceptabilidad de la negligencia, falta de ciencia y escasa conciencia*, ya se refieran al esclarecimiento de los hechos, adopción de medidas cautelares, impulso de actuaciones policiales y judiciales, exigencia de responsabilidad, etc., o al conocimiento de la normatividad y las claves jurídico-interpretativas.

Quinto, para *apartar a los fiscales*, y favorecer la imparcialidad de su actuación, sería bueno introducir un sistema de recusaciones junto al de causas de abstención y mejorar el sistema de recursos frente a la decisión por el superior de la no procedencia de la abstención.

Sexto, sobre «*extrañezas*» *de la independencia del MF*. Para transitar por el camino de la transparencia y el control de la actuación fiscal es más recomendable remodelar, para sanear, los principios de imparcialidad, dependencia y unidad que abogar por un trasplante de un modelo «*extraño*» de independencia (como el estadounidense) que nos enfrentaría a unas realidades difíciles de manejar. Y es que, si se anima un modelo de independencia total –del FGE del ejecutivo y de todos y cada uno de los fiscales– entonces hay que plantearse, además de una reforma constitucional, qué función pasa a tener la fiscalía. Pues si se trata de inventarle una función judicial a favor de la independencia e imparcialidad, la cuestión es para qué queremos duplicar la figura del juez con otro juez que haga lo mismo pero que se llame de otra manera⁷¹. Aunque también puede buscársele una función instructora y acusatoria propias a fin de lograr una política criminal activa. Pero, entonces, habremos de saber en nombre de qué o quién acusa el fiscal, porque si es en el suyo propio carece de legitimación; si es en función del interés general se enfrenta a la diversidad de planteamientos fiscales al respecto y a la posible oposición ejecutiva a su definición; y, si lo hace en nombre de la imparcialidad, entonces no podrá ni instruir ni juzgar a favor de esa imparcialidad. Aunque cabe otra posibilidad, pensar que cada fiscal, ahora ya independiente, atesora los criterios de legitimidad democrática porque ha sido elegido por el pueblo. Pero me temo que esta salida tampoco es satisfactoria, porque nos es extraña y porque reclamaría, p.ej., que los fiscales impulsaran campañas que fomentarían el corporacionismo, la dependencia de los partidos e ideologías económicas y políticas, las deudas y responsabi-

⁷¹ Y téngase aquí en cuenta que lo que conocemos como un MF protector del interés general se ordena por principios constitucionales distintos a los jurisdiccionales –lo recuerda la Rec. 19/2000, para la que las funciones de fiscal y de juez son radicalmente distintas; en este mismo sentido se insiste en García Morillo, 1998, 20–.

lidades frente a quienes las sufragan y, además se correría el serio riesgo de «popularizar» la justicia con medidas poco acordes con el sentido máspreciado de las garantías constitucionales y jurisdiccionales –en muchos casos medidas de «mano dura», de fines que justifican medios, de cadenas perpetuas para los delitos coyunturalmente en boga, etc.–.

Séptimo, sobre el *nombramiento y cese del FGE*. Es necesario poder controlar las posibilidades de cese del FGE que tiene el Gobierno; porque si es estrictamente discrecional la dependencia inmotivada aumenta. En este sentido la intervención del Congreso y del Consejo Fiscal podría apuntar un comienzo de reforma⁷². Pues si el Gobierno persiste en mantener al FGE censurado lo haría en contra del criterio del Parlamento o del órgano más representativo de la institución; y si en lo que insiste el Gobierno es en su cese por conveniencia política, soportará el coste de enfrentarse al apoyo parlamentario a un FGE que en su día él propuso. E, igualmente, respecto de su nombramiento sería necesario dar mayor importancia al informe de idoneidad del CGPJ e introducir la valoración del Consejo Fiscal.

Octavo, sobre *ideología asociativa*; sería bueno densificar la prohibición que tienen los fiscales de pertenecer a partidos políticos y sindicatos. Porque aunque es claro que ni se debe ni se puede limitar la fundamental «libertad ideológica» (art. 16.1.2 CE) de los fiscales, la deontología del MF para proteger los principios éticos o morales personales, lo que desaconseja un asociacionismo de marcada tendencia y filiación política.

Novena, el *escollo corporativista*. Es necesario afrontar el riesgo de corporativismo que alimenta la estructuración orgánica y funcional del MF y, también, su explícita segmentación por idearios políticos. Lo que vuelve imprescindible criticar las disposiciones normativas sesgadas al respecto⁷³, y depurar las responsabilidades derivadas de prácticas corporacionistas, partidistas e interesadas y sancionarlas. Así p.ej., es inaceptable que un FGE nombrado por el PP rebaje la sanción por una falta muy grave, pero relacionada con unos hechos afines a sus planteamientos ideológicos, a la de falta leve y que luego la ministra de justicia del PP levante la sanción⁷⁴.

Finalmente, décimo, y por poner un punto final, vuelvo al planteamiento inicial, esto es, a la necesidad de reconsiderar las normas deon-

⁷² «Se instauraría así una especie de moción de censura al Fiscal General del Estado de doble iniciativa posible: el Congreso de los Diputados o el Consejo Fiscal y siempre dejando la última palabra en manos del Gobierno que, de esa forma, vería limitados sus poderes» (Del Moral, 2002, 26).

⁷³ Pues sí, p.ej., el artículo 63.4 EOMF sí caracteriza como falta grave del fiscal que no exija la responsabilidad debida a secretarios y personal auxiliar subordinado, sin embargo, no existe una previsión normativa que sancione la no exigencia de responsabilidad a los fiscales subordinados.

⁷⁴ Sucedió en el caso Azurmendi (*vid supra*). En él apreció el jefe de Inspección de la Fiscalía, Martínez Zato, que se violaba el principio de imparcialidad y ordenó la

tológicas del MF como verdaderas normas jurídicas referidas a una sociedad contextualizada y que deben responder seriamente, máxime en el caso del fiscal como representante público de los intereses sociales, generales y de justicia, a un desarrollo saneado de la actuación judicial y a las exigencias neoconstitucionales, –tal es el único sentido inteligible de la exigencia deontológica de moralidad del MF–.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALAMILLO CANILLAS, F. (1990): *El Ministerio Fiscal Español (su organización y funcionamiento)*, Editorial Colex, Madrid.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2007): «El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal», *Teoría & Derecho I. ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La Investigación Penal a Debate*, núm. 1.
- AÑÓN ROIG, M. J. (1985): «Prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales», *Revista Valenciana D'Estudis Autòmics*, núm. 2.
- APARICIO RUBIO, J. (1983): «El Ministerio Fiscal en la Constitución», *El Poder Judicial*. Editorial Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.
- ARZAMENA LASO, C. (1999): «Consideraciones generales sobre la prueba ilícita», *Actualidad Penal*, núm. 4.
- 2000: «Prueba ilícita y control en vía casacional», *Actualidad Penal*, núm. 31.
- ASENCIO MELLADO, J. M.^a (1986): «La prueba. Garantías constitucionales derivadas del art. 24.2», *Poder Judicial*, núm. 4.
- 1989: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Editorial Trivium. Madrid.
- BAYARRI GARCÍA, C. E. (1993): «La prueba ilícita y sus efectos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 29.
- BENEYTEZ MERINO, L. (2003): «Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal», *Ética de las Profesiones Jurídicas. Estudios sobre Deontología*. Editorial UCAM-AEDOS.
- BENTHAM, J. (1834): *Deontology or the Science of Morality*, Editorial Elibron Classics. London.
- BRAVO, G. (2007): «Entrevista», *Jueces para la Democracia*, núm. 46.
- CAMACHO, A. (2003): «Entrevista», *Jueces para la Democracia*, núm. 35.
- COMPTE MASSACH, T. (1994): «Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal», *Jueces para la Democracia*, núm. 23.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (1981): «El Ministerio Fiscal en la Constitución», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 250.

apertura de un expediente disciplinario contra Fungairiño, como fiscal jefe en funciones de la Audiencia Nacional, y Márquez de Prado como fiscal de esa Audiencia Nacional. Tras la instrucción, el fiscal del TS formuló cargos contra ellos por una falta muy grave de «conducta irregular que compromete la dignidad de la función fiscal». En aquel momento, las sanciones correspondientes oscilaban entre la suspensión de empleo y sueldo de un mes a un año y la separación de la función. Pero no cumplieron la sanción, pues el entonces FGE designado por el PP, Ortiz Úrculo, la rebaja a una multa de 50.000 pesetas y, después, en enero de 1998, la ministra de justicia, Mariscal de Gante, nombrada por el PP, dejó sin efecto las sanciones.

- CRENIER, A. (1997): «Ministerio Público en Francia», *Jueces para la Democracia*, núm. 30.
- DÍAZ CABIALE, J.A.; MARTÍN MORALES, E. (2001): *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Cívitas. Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.^a (2007): «Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador», *Teoría & Derecho I. ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La Investigación Penal a Debate*, núm. 1.
- DOLZ LAGO, M. J. (2007): «Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia ¿Hacia un reforzamiento del “poder de acusar” y del Ministerio Fiscal?», *La Ley*, núm. 6.771.
- ESPINA RAMOS, J. A. (2002): «Algunas reflexiones sobre la instrucción por el Ministerio Fiscal», <http://noticias.juridicas.com/articulos>.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. (2004): «El nacimiento del Fiscal europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, M. (2007): «Entrevista», *Jueces para la Democracia*, núm. 45.
- ESTEBAN, E. (2006): «Entrevista», *Jueces para la Democracia*, núm. 43.
- FLORES PRADA, I. (1999): *El Ministerio Fiscal en España*. Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2007): «¿Fiscal instructor?: Pocas ventajas y un enorme inconveniente», *La Ley*, núm. 6.799.
- GARCÍA MORILLO, J. (1998): «La legitimación democrática del Ministerio Fiscal», *Claves de la Razón Práctica*, núm. 85. Madrid.
- GIMENO SENDRA, V. (1982): «Comentario al artículo 124 de la Constitución: el Ministerio Fiscal y la Constitución. Su naturaleza jurídica», *Comentarios a la Legislación Penal*. Editorial Edersa. Madrid.
- GRANADOS PÉREZ, C. (1996): *El Ministerio Fiscal y sus Relaciones con los demás Poderes del Estado*. Editorial Junta Gral. Principado de Asturias.
- IGLESIAS, T. (1991): «El discutible valor jurídico de las normas deontológicas», *Jueces para la Democracia*, núm. 12.
- JAUURALDE MORGADO, E. (1981): «El Ministerio Fiscal», *Poder Judicial*, núm. 1.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M. (2001): *Ministerio Fiscal Español (Principios Orgánicos y Funcionales)*. Editorial Colex. Madrid.
- LORCA NAVARRETE, J. M. (2008) «Fiscal instructor ¿Si o no? *La Ley*, núm. 6.884.
- LLOPES DE MOTA, J. L. (2001): «Le rôle du Ministère Public dans la construction d'un véritable espace de liberté, de sécurité et de justice», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 8.
- MAIA COSTA, E. (1999): «La crisis de la justicia: crisis, discurso de la crisis y discurso crítico», *Jueces para la Democracia*, núm. 36.
- MARCHENA GÓMEZ, M. (1989): *El Ministerio Fiscal, su Pasado y su Futuro*, Editorial Tecnos. Madrid.
- 1996: «El Ministerio Fiscal en Europa, algunos problemas comunes», *La Ley*, núms. 1457, 1458.
- MARTÍN OSTOS, J. (2006): «Profesionales colaboradores de la Justicia», *Cuadernos de Derecho Judicial*. Editorial CGPJ. Madrid.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, L. (2005): «Seguridad jurídica y Derecho en un mundo globalizado», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 109.
- 2007 b: «La utopía como norma jurídica (un desafuero jurídico). *Libro Homenaje a G. Peces-Barba*. Aceptado y pendiente de publicación.

- MENA, J. M.^a (1997): «La crisis de los Fiscales», *Jueces para la Democracia*, núm. 29.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (1999): *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona.
- MORAL, A. DEL. (2001): «Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 5.
- 2002: «Ministerio Fiscal y reforma de la justicia», *Jueces para la Democracia*, núm. 43.
- 2003: «¿Para qué sirve un fiscal? (Anotaciones para una revisión crítica de las competencias del Ministerio Fiscal)», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 4.
- MONTERO AROCA, J. (2007): «Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral», *Teoría & Derecho I ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La Investigación Penal a Debate*, núm. 1.
- MORÁN MARTÍNEZ, R. A.. (2002): «El Ministerio Fiscal en Europa. Pautas de Convergencia», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. Vol. III. Madrid.
- MORENO CATENA, V. (2007): «El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos», *Teoría & Derecho I. ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La Investigación Penal a Debate*, núm. 1.
- MUHM, R. (1994): «Dependencia del Fiscal del Ejecutivo en la República Federal de Alemania», *Jueces para la Democracia*, núm. 22.
- NICASTRO, G. M. (2002): «Sistema procesal italiano», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4. CGPJ. Madrid.
- NICOD, J. C. (1993): «El Ministerio Fiscal en Francia», *Jueces para la Democracia*, núm. 18.
- OLLERO, A. (2003): «Deontología jurídica y derechos humanos», *Ética de las Profesiones Jurídicas. Estudios sobre Deontología*. Editorial UCAM-AEDOS.
- ORTEGA PINTO, L. T. (1996): «Tratamiento de la ilicitud probatoria en el proceso penal», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1.
- PÉREZ GORDO, A. (1981): «Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y su Estatuto Orgánico de 1981», *El Poder Judicial*. Editorial Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.
- PICÓ JUNOY, J. (1997): «Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas», *La Ley*, núm. 4213.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. (1999): *La Contaminación Procesal. El Derecho al Juez Imparcial*. Editorial Comares. Granada.
- SANCHIS CRESPO, C. (1995): *El Ministerio Fiscal y su Actuación en el Proceso Penal Abreviado. Especial Referencia al Procedimiento Preliminar Fiscal*. Editorial Comares. Granada.
- SUÁREZ LLANOS, L. (2003): «Deontología del Abogado. Descripción Normativa y Crítica», *Ética de las Profesiones Jurídicas. Estudios sobre Deontología*. Editorial UCAM-AEDOS.
- 2005: «El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista», *Anuario de Filosofía del Derecho*. Vol. XXII.
- 2007: *La Ley Desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*. Editorial Dykinson. Madrid.
- URBANO CASTRILLO, E. DE. (1999): «Contaminación y procesamiento», *La Ley*, núm. 5.

- URBANO CASTRILLO, E. DE; TORRES MORATO, E. (2000): *La Prueba Ilícita Penal*. Editorial Aranzadi. 2000.
- VIVES ANTÓN, T. S. (2007): «Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación del delito», *Teoría & Derecho I. ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La Investigación Penal a Debate*, núm. 1.
- VV.AA. MEDEL (MAGISTRADOS EUROPEOS POR LA DEMOCRACIA Y LAS LIBERTADES) (1996): «Declaración de principios sobre el Ministerio Fiscal», *Jueces para la Democracia*, núm. 25.

Recepción: 28/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

II.1
ESTUDIOS

