

FUNDACIÓN
RAFAEL DEL PINO



21 de septiembre de 2023

EP3.1-23

**Encuentros en
el Espacio Público.
Instituciones del Estado
Democrático de Derecho**

Sobre la Fiscalía

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda

Encuentros en el Espacio Público. Instituciones del Estado Democrático de Derecho

Primer encuentro.

Sobre la Fiscalía

21 de septiembre de 2023

Director de los encuentros “Instituciones del Estado Democrático de Derecho”

Betancor, Andrés

Catedrático de Derecho Administrativo

Ponente

Madrigal Martínez-Pereda, Consuelo

Fiscal, Exfiscal General del Estado

Diálogo. Participantes invitados

Albella Amigo, Sebastián

Ex presidente de la CNMV

Álvarez-Sala, Juan

Notario

Álvarez Vélez, Maribel

Facultad de Derecho-ICADE

Aragón, Manuel

Ex magistrado del Tribunal Constitucional

Arruñada, Benito

Universidad Pompeu Fabra, BSE y FEDEA

Astarloa, Ignacio

Huarte-Mendicoa Letrado de Cortes

Carlón, Matilde

Catedrática de Derecho Administrativo

Conthe, Manuel

TCEE; ex presidente de la CNMV

Cuenca Miranda, Alfonso

Letrado de Cortes

De Carreras, Francesc

Catedrático de Derecho constitucional

de la Fuente, María José

Consejera Tribunal de Cuentas

de Montalvo, Federico

Facultad de Derecho-ICADE

Delgado, Irene

Catedrática de Ciencia Política

del Saz, Silvia

Catedrática de Derecho administrativo

Desdentado, Eva

Catedrática de Derecho administrativo

Fernández Farreres, Germán

Catedrático de Derecho administrativo

García de Enterría, Javier	Catedrático de Derecho mercantil
García-Manzano Jiménez de Andrade, Pablo	Letrado del Consejo de Estado
García, Eloy	Catedrático de Derecho constitucional
Irurzun, Fernando	Abogado del Estado
Jiménez Blanco, Antonio	Catedrático de Derecho administrativo
Lavilla, Juan José	Letrado de Cortes
López Martín, Ana Gemma	Catedrática de Derecho internacional público
Mestre, Juan	Catedrático de Derecho administrativo
Montes Gan, Vicente J.	Director de la Fundación Rafael del Pino
Mora-Sanguinetti, Juan	Economista senior e investigador del Banco de España
Pérez de los Cobos, Francisco	Ex presidente del Tribunal Constitucional
Petitbò, Amadeo	Ex presidente Tribunal de Defensa de la Competencia
Roca, Encarna	Ex vicepresidenta del Tribunal Constitucional
Rodríguez Zapata, Jorge	Ex magistrado del Tribunal Supremo y Constitucional
Rojo, Ángel	Catedrático de Derecho mercantil
Soldevilla, Santiago	Magistrado de lo Contencioso-Administrativo
Solozábal, Juan José	Catedrático de Derecho constitucional
Tuero, Manuel	Administración Civil del Estado
Vidal, Carlos	Catedrático de Derecho constitucional

Primera ponencia.

Sobre la Fiscalía

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda

La CE ubica al Ministerio Fiscal (MF) en el Poder Judicial con la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley (art. 124). Conecta así la Institución **con el Estado de Derecho a través de su defensa de la legalidad, la independencia de los Tribunales y el interés público tutelado por la ley** (el Fiscal no sólo está sujeto a la legalidad, es su genuino defensor); **con el Estado Democrático a través de su defensa de los derechos de los ciudadanos, del sistema constitucional, la separación de poderes, la independencia y la imparcialidad de los Tribunales** (concreción práctica de ello es la intervención del Fiscal como parte necesaria en todos los procedimientos que ventilan derechos fundamentales); y finalmente, con la histórica magistratura de amparo, **con el Estado social, al procurar la satisfacción del interés social.**

El MF goza de **autonomía orgánica y funcional**: desarrolla su actividad a través de órganos propios que se despliegan por todo el territorio nacional bajo la dependencia jerárquica del Fiscal General del Estado (FGE), responsable máximo de la Fiscalía General del Estado, en la que se insertan sus propios órganos técnicos y la coordinación de la actividad especializada de la institución en protección de diferentes intereses (medioambiente, víctimas, menores, personas con discapacidad, ...).

El **proceso penal** absorbe el grueso de la actuación del MF. Aunque la dirección de la instrucción sigue encomendada al Juez, el Fiscal dirige investigaciones preprocesales, a menudo muy completas, y ha aumentado su protagonismo procesal merced a sucesivas reformas de la LECr que le imponen un contacto precoz con la causa a fin de articular desde su inicio la estrategia acusatoria.

La reforma global del proceso penal que sistematice su ajuste a la Constitución y lo asimile a pautas de Derecho comparado, atribuyendo la

dirección de la investigación penal al Fiscal, es una **tarea pendiente e impostergable** en nuestro sistema de Justicia. Ha sido sustituida por sucesivas composturas de una LECr. Al margen de aspectos políticos, presupuestarios y organizativos, tiene como condición indispensable y no como mera consecuencia accesorias, **el reajuste y fortalecimiento del MF** de manera que tenga recursos de todo tipo y posibilidades reales de asumir la tarea con estricta sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad que impone la CE y a salvo de las actuales y bien fundadas sospechas de dependencia e instrumentalización política.

Pero la promoción de la acción penal no es el único cometido de la Fiscalía. Mucho antes de la Carta de Roma, suscrita en 2014 por el CCFE, el MF español ha venido incrementando su papel en ámbitos civil, contencioso-administrativo o social, en defensa de derechos e intereses precisados de especial protección.

La CE somete la actuación de la Fiscalía a los principios vertebrales de legalidad e imparcialidad y a los instrumentales de dependencia jerárquica y unidad de actuación.

a) **Legalidad e imparcialidad** exigen la **autonomía funcional** que proclama el art. 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), reforzado en 2007, conforme a las pautas de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2000)¹⁹ *sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia Penal*¹.

b) **Unidad de actuación y dependencia jerárquica**, íntimamente conectados, responden a la necesidad de articular de forma unitaria y coherente la promoción de la acción de la justicia en un Ordenamiento tan complejo y fragmentado y se orientan a garantizar la seguridad jurídica (art.9.3 CE) y la igualdad ante la ley (art. 14 CE), mediante el impulso en todos los órdenes jurisdiccionales de unos mismos criterios técnicos. En su concreción, los Fiscales están obligados a cumplir las instrucciones generales del FGE y a poner en su conocimiento los asuntos de relevancia que despachen.

1. La Rec. del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2000)¹⁹ *sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia Penal en su punto 13 insta a los Estados a: Delimitar por ley los poderes del Gobierno en relación con el MF; Un ejercicio transparente y conforme con pautas internacionales de esos poderes por parte del Gobierno; Cualquier instrucción de carácter general que emane del Gobierno revista forma escrita y sea publicada de forma apropiada.*

Pese a su diseño constitucional y a la importancia de sus funciones, la **dependencia política confiere a la Institución una enorme vulnerabilidad**². En un Estado de Derecho considerar que las garantías de la independencia de los jueces no son de aplicación a los fiscales es un error que conduce a la pregunta retórica sobre de quién depende la Fiscalía. Pero la **imparcialidad del Fiscal no es cuestión diferente de la independencia judicial**: son concreciones diversas de una misma idea, nuclear en el sistema de Justicia.

La única forma de garantizar el correcto ejercicio del poder de acusar y demás funciones, es la articulación de la **imparcialidad del Fiscal** conforme a la doctrina del TEDH sobre la imparcialidad del juez al que no exige solo ser imparcial sino también, parecerlo.

Y puesto que no existe una única interpretación absolutamente imparcial de la ley y de lo justo, tanto la independencia judicial como la imparcialidad del Fiscal deben construirse sobre la **obligación de mantener una interpretación y aplicación razonable y responsable de la ley** y sobre el establecimiento de **garantías y controles del cumplimiento de tal obligación**.

SOBRE LA DESIGNACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL FGE

Una Fiscalía que interpreta imparcialmente la ley, posee un **poder autónomo cuya legitimación democrática ha de conectar con las fuentes de la soberanía**. La CE resuelve la cuestión encomendando al Gobierno que sale de las urnas la designación del FGE. A partir de ahí, la política, la reconocida voluntad de control, el sistema de nombramientos y la vinculación estructural con el Ministerio de Justicia **ponen a prueba la voluntad de independencia, la probidad y la capacidad de resistencia del FGE y los Fiscales**, generan la desconfianza de la ciudadanía

ante las evidencias del control del Gobierno sobre las actuaciones del Fiscal en asuntos de su interés.

De ahí la importancia de la **forma y requisitos de la designación y el régimen jurídico del FGE**. La reforma de 2007 cercenó las posibilidades de libre cese por parte del Gobierno. Lo que se presentaba como un avance hacia la autonomía y una despolitización del perfil del FGE ha resultado ser un logro **ambivalente** porque **no vino acompañado de un sistema de incompatibilidades políticas, profesionales y personales** que eviten la puerta giratoria; **presupuestos serios de idoneidad** (prestigio jurídico y reconocimiento real del mismo concretado en la propia trayectoria profesional); **ni de un régimen de responsabilidad** con procedimientos para hacerla efectiva.

Esto ha permitido, por ejemplo, la designación de una Ministra del mismo Gobierno, inmersa en causas de incompatibilidad que no han generado su abstención y, en todo caso, el ejercicio irresponsable del inmenso poder de acusar o no acusar, investigar y prolongar las investigaciones con un permanente cuestionamiento de la Institución en la opinión pública.

NOMBRAMIENTOS, PROMOCIONES Y ASCENSOS

En el mismo contexto hay que situar el sistema de **nombramientos, promociones y ascensos** que constituye uno de los accesos del poder político a la Institución³. Es el Gobierno quien decide, a propuesta del FGE, previo informe no vinculante del Consejo Fiscal. Desde 2019, se han realizado 16 nombramientos de Fiscales de Sala: 14 de ellos han recaído en miembros de la UPF⁴ que, unidos a los otros 7 anteriores, suponen 21 de los 31 miembros de la Junta de Fiscales de Sala, cúpula de la Carrera y máximo órgano técnico de la institución que asesora al FGE.

². *El proceso inquisitorial al primer Fiscal del Reino, Melchor de Macanaz, ilustra esa difícil posición entre el poder político y el judicial. La LOPJ de 1870 en un primer esbozo de la Fiscalía actual, le atribuía la representación del Gobierno ante los Tribunales. El Estatuto Orgánico de 1926 lo situaba bajo dirección del Ministerio de Justicia que, según el Reglamento de 1958, podía impartir órdenes particulares a los Fiscales. Pero, incluso en ese diseño predemocrático, Prieto Castro sostenía que el Fiscal “procede con criterios de legalidad, no político-administrativos y en la permanente idea del respeto a un estatuto de independencia y de imparcialidad de los Tribunales que él mismo es el primero en sentir y defender”.*

³. *Los Congresos Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen han exigido elevados estándares de profesionalidad, de selección conforme al mérito y mediante procedimientos objetivos e imparciales y postulado el establecimiento de códigos deontológicos.*

⁴. *La Unión Progresista de Fiscales (UPF) es una de las tres asociaciones de Fiscales que cuenta con unos 200 afiliados en una Carrera de 2.670 miembros. La Asociación de Fiscales, cuenta con unos 700 asociados y la Asociación Profesional Independiente de Fiscales, con unos 120 asociados.*

Pese a ser una reivindicación permanente, **no están establecidos (baremados) criterios objetivos y transparentes** de evaluación del mérito, especialización, rendimiento, calidad del trabajo⁵. La libertad del FGE parece irrestricta y eventualmente, se ha realizado al margen de la jurisprudencia que diferencia lo discrecional de lo arbitrario. Es elocuente que la STS 1024/2023, de 18 de julio, haya anulado por segunda vez el nombramiento de Fiscal de Sala apoyado en una motivación formalmente extensa pero vacía ante la diferencia de *currícula* y especialización para el puesto de los dos candidatos.

Es imprescindible incorporar en el nivel normativo **criterios objetivos de decisión** que distingan la valoración del *mérito*, juicio necesariamente retrospectivo y la *capacidad*, juicio de futuro de más libre apreciación sobre las condiciones del aspirante. Por otra parte, los aspectos puramente valorativos que implican juicios subjetivos del tipo *habilidad para crear sinergias positivas* a los que se ha llegado a acudir para justificar decisiones, deberían someterse al mismo régimen de control de la discrecionalidad que define e interpreta la Sala III del TS.

Es imprescindible pues **reformular el régimen de nombramientos** dotando de peso a la intervención, hoy inane, del Consejo Fiscal y sometiéndolo a pautas de motivación, transparencia y dación de cuentas.

CAPACIDAD PARA ACTUAR AL MARGEN O EN CONTRA DEL PODER

Más allá de la influencia política en la dirección de la Institución a través del FGE y el sistema de nombramientos, los principios de legalidad e imparcialidad demandan la capacidad de la Fiscalía para actuar al margen o incluso contra el poder. Algo realmente difícil que depende del frágil sustento que pueda suponer el talante y la honestidad de quien en cada momento haya designado ese mismo poder que al propio tiempo es el que ha de proporcionarle los recursos materiales, organizativos y de gestión que necesita para realizar sus funciones.

En otras palabras, la autonomía del MF está lastrada por su ininterrumpida **vinculación con el Ministerio de Justicia**. Aunque el EOMF de 1981 asumió los principios constitucionales, mantuvo la estructura del de 1926, dictado bajo la dictadura de Primo de Rivera y subsistente durante la república y el régimen franquista con un desarrollo reglamentario de 1969 que no ha sido sustituido hasta el Reglamento de 3 de mayo de 2022.

Esta precariedad normativa ilustra la **nula voluntad política de articular la autonomía presupuestaria, organizativa y de gestión que exige el cumplimiento imparcial de las funciones del MF**. Las reiteradas recriminaciones del GRECO solo han tenido respuestas nominales. La Fiscalía no dispone de autonomía ni siquiera de singularidad presupuestaria ni de órganos propios de gestión⁶.

ACTUAR CONFORME A LA LEGALIDAD, PERO TAMBIÉN CUMPLIR LAS ÓRDENES

La **imparcialidad puede verse comprometida también en el seno de la Institución**, cuyos miembros están obligados actuar conforme a la legalidad, pero también a cumplir las órdenes de sus superiores. En este contexto, la imparcialidad aparece como prerrogativa subjetiva de cada Fiscal frente a órdenes ilegales que pueden resistir en escrito razonado para provocar la rectificación o el debate en Junta de Fiscales. El superior puede mantener su criterio o relevar de funciones, pero en escrito motivado que entrega al Fiscal. En todo caso, la obligación de atenerse a lo ordenado se limita a los informes escritos, pudiendo las intervenciones orales desenvolverse libremente. Tales recursos estatutarios, desincentivados por el sistema de nombramientos y el rigor jerárquico no están normalizados y son de uso excepcional.

5. *El Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001 disponía que un nuevo régimen estatutario propio de la Carrera Fiscal incorporará cambios en el sistema de acceso, la formación, la especialización, el modelo de carrera o el régimen retributivo, para que los criterios de mérito, especialización, rendimiento y calidad del trabajo resulten determinantes, junto a la antigüedad, para la promoción, la adjudicación de destinos y el nivel retributivo.*

6. *Para el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa, en sus sucesivos informes de evaluación de España sobre prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales desde 2015, el objetivo final y tal vez el punto de partida es la imparcialidad de la institución, la herramienta: la autonomía del Ministerio Público.*

SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL FISCAL

En este panorama institucional llama la atención que **el Código Penal no prevea figura específica de prevaricación del Fiscal**, bajo el supuesto de que sus actuaciones son propositivas y no resoluciones. Las precarias previsiones del EOMF de 1981 sobre responsabilidad de los Fiscales pronto quedaron obsoletas, lo que forzó una incierta e ineficaz aplicación analógica de normas y procedimientos destinados a Jueces y Magistrados. Las previsiones del reglamento de 2022 carecen del rango normativo exigido en el derecho sancionador.

La sumisión del FGE hasta 2007 a la responsabilidad puramente política que entrañaba su posible cese sin causa por parte del Gobierno, parecía excusar la previsión de su régimen de responsabilidad penal, civil o administrativa, aunque es evidente que sus resoluciones gubernativas sí podrían integrar prevaricación.

Esta suerte de irresponsabilidad en el ejercicio de las funciones del Fiscal se compadece paradójicamente con la idea de que se trata de un ejercicio “delegado” o dependiente. En cualquier caso, resulta incompatible con el ejercicio de poderes y facultades incisivos en los derechos de los ciudadanos de un Estado de Derecho.

RETOS Y POSIBLES REFORMAS

El **MF no escapa al deterioro institucional generalizado** al que asistimos. La descarada afirmación de dominio que exhiben las manifestaciones de algunos representantes públicos, reivindicando la dependencia del Ejecutivo o exigiendo a ese mismo Ejecutivo acciones concretas de control son una muestra elocuente de la **voluntad de instrumentalización en beneficio de intereses políticos y detrimento de la objetividad, la seguridad jurídica y la igualdad de todos ante la ley**.

La siempre postergada atribución de la dirección de la investigación penal al Fiscal incrementa las amenazas de instrumentalización y privilegio políticos, así como la desconfianza de la ciudadanía en institución que se supone subordinada

al poder. Como evidencian las fallidas propuestas legislativas de 2011 y 2013, las reticencias sobre la imparcialidad de la acusación fuerzan la previsión de garantías y contrapesos a través de la intervención y supervisión del Juez de Instrucción transmutado en Juez de Garantías, con las consiguientes disfunciones y ralentización procesal que se trata de superar en el actual sistema.

En definitiva, la recuperación y fortalecimiento de la Institución exige con mayor urgencia que nunca su **desvinculación del poder político** mediante:

- El rediseño de la figura del FGE, sus condiciones de idoneidad, compatibilidad y obligaciones, regulando sus relaciones con el Gobierno a los principios de excepcionalidad y necesidad, limitación, publicidad, transparencia y dación de cuentas.

- La adecuación del sistema de nombramientos principios de mérito y capacidad con refuerzo de la intervención del Consejo Fiscal.

- La definición de la responsabilidad del FGE y de cada Fiscal conforme a la importancia del poder que entraña el ejercicio de sus funciones (3)⁷.

- La indeclinable autonomía presupuestaria, organizativa y de gestión institucional, unida a la suficiente dotación de recursos personales y materiales.

- El incremento de las exigencias de cualificación técnica y profesionalidad de los Fiscales que deben mantenerse en elevados estándares que proporcionen recursos para fijar límites a la arbitrariedad y sitúen a cada Fiscal en condiciones de dar cuenta de su actuación.

- El refuerzo y normalización de mecanismos prudenciales y deliberativos en los procesos de toma de decisiones con la ampliación de las competencias de los órganos de asesoramiento técnico del FGE y los Fiscales Jefes: la Junta de Fiscales de Sala, Fiscales Superiores, del TS y de las demás Fiscalías, el Consejo Fiscal, con incremento del peso que han de tener sus intervenciones, en un mayor equilibrio recíproco y una prevención de decisiones poco meditadas, personalmente interesadas o de cualquier otra forma, arbitrarias.

7. 3. De la Oliva Santos, Andrés: *Sobre el Ministerio Fiscal y la instrucción en el proceso penal en EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 92, Marzo 2021, pag 19.

- La mejor regulación de los mecanismos de resolución de conflictos interpretativos en la línea jerárquica que salvaguarde en todo caso la conciencia y los derechos del Fiscal discrepante.

Muchos otros puntos precisan reforma y perfeccionamiento, pero las anteriores, son las exigencias mínimas para la articulación y desarrollo de las funciones del MF “mediante órganos propios” que proclama el EOMF, en condiciones que **garanticen que la legalidad y la imparcialidad que impone el art. 124 CE son el objetivo y el límite de todas las actuaciones.**

FUNDACIÓN

RAFAEL DEL PINO



Encuentros en el Espacio Público
Rafael Calvo, 39
28010 Madrid
Spain

T (+34) 91 396 86 00
info@frdelpino.es
www.frdelpino.es



© 2023 Espacio público
Fundación Rafael del Pino