

II. TRIBUNA ABIERTA IBEROAMERICANA:

LA DIFÍCIL CONFIGURACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda

Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Académica de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

La Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos debatirá los principios éticos del Ministerio Público en las sesiones de su próxima Asamblea anual, a partir de la propuesta que presentará la Fiscalía de Uruguay. Su reflexión inevitablemente estará conectada con el diseño de la Institución, un debate público siempre abierto que recurrentemente traen a primer plano actuaciones de la Fiscalía en asuntos de repercusión política o anuncios de reforma legal. A ello asistimos en España, prácticamente único país que aún mantiene un sistema acusatorio mixto que atribuye al Juez de Instrucción la dirección de las investigaciones penales y mantiene. Las disfunciones de este obsoleto modelo hacen ya urgente un abordaje integral y modernizador del proceso penal español que lo homologue al resto de países, atribuyendo al Fiscal la dirección de la instrucción de las causas penales. Algo que requiere indudablemente la reforma estatutaria del Ministerio Público. El fracaso de recientes iniciativas bascula sobre inercias y resistencias, problemas económicos y organizativos... pero también, sobre la ausencia de un modelo constitucional claro que facilite el diseño de alternativas operativas.

Incluso cuando la crisis y las incertidumbres del presente desaconsejan los cambios, la reflexión común es pertinente porque solo analizando las disfunciones actuales es posible iluminar el camino a lo posible y lo deseado. El análisis de las dos últimas tentativas de reforma del sistema procesal penal español¹, nos muestra una doble alternativa con senderos muy diversos: mantener al Ministerio Público en estrecha relación con el poder político y asumir con ello las razones de la desconfianza general, sometiendo su actuación a la supervisión de un Juez de Garantías con facultades directivas comprometido con el éxito de la investigación; o por el contrario, apuntalar

¹ El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

las condiciones de imparcialidad del Fiscal y otorgarle facultades reales de dirección de las investigaciones. Siendo esta segunda la solución funcional más operativa, sólo puede asumirse si previamente están normativamente blindadas las condiciones de plena imparcialidad en la actuación de la Fiscalía. Y esto no solo implica que el Fiscal deba rechazar órdenes o sugerencias externas o ajenas a sus superiores, sino también y sobre todo, que sus decisiones solo pueden fundarse en el análisis de los hechos y en la recta aplicación del Derecho, sin otro tipo de influencias. Tal es la principal exigencia del sistema, *conditio sine qua non* para el ejercicio de la función jurisdiccional conforme a requerimientos constitucionales.

Junto con los principios cardinales de legalidad e imparcialidad, el Ministerio Público funciona generalmente bajo los principios – instrumentales - de jerarquía y unidad de actuación. La operatividad de estos principios incrementa las pautas de racionalidad, uniformidad y coherencia en la actuación del Fiscal en todo el Estado, como salvaguarda de la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Esto no debe suponer una devaluación de la responsabilidad personal que puede serle exigida a cada Fiscal que por eso mismo, ha de contar con los recursos legalmente habilitados para solucionar posibles controversias con sus superiores, mediante procedimientos claros, transparentes y normalizados, con que se blinde estatutariamente la independencia personal.

La dependencia jerárquica genera reticencias, posiblemente bien fundadas, en una doble dirección: de un lado, ante el condicionamiento indebido del criterio del Fiscal por parte de sus superiores y de otro, ante la voluntad de injerencia del poder que designa directamente la cabeza de la Institución, el Fiscal General. No es tan importante discutir si en cada situación están justificados los recelos, como privarlos de fundamento, concretando legalmente el canon de la imparcialidad del Fiscal, con arreglo a la pauta general establecida por el TEDH para jueces y magistrados que no solo han de ser imparciales sino también, parecerlo.

La imparcialidad exigible al Fiscal tiene como presupuesto previo una autonomía de doble faz: la autonomía funcional – referida a toda la actuación - y la autonomía orgánica, enunciada, pero no desarrollada, en el art. 124 de la Constitución Española: “(.. el Ministerio Fiscal) actuará *por medio de órganos propios*”. Desde esta perspectiva cobra singular relieve la mayor o menor vinculación orgánica que la

Institución mantenga con el poder ejecutivo porque en ella radica el principal obstáculo para la imparcialidad plena. Que ello es así queda perfectamente ilustrado en la estructura orgánica del Ministerio Fiscal español que sigue respondiendo a las líneas generales del modelo previsto en la LOPJ de 1870. Es cierto que el Estatuto Orgánico de 1981 introdujo los principios constitucionales y las reformas de 2003 y 2007 profundizaron en ese camino, pero los mecanismos orgánicos instaurados inicialmente y articulados luego bajo la dictadura de Primo de Rivera en el Estatuto de 1926, se trasplantaron mecánicamente al de 1981, cuyo soporte reglamentario sigue siendo, a día de hoy, un Reglamento de 1969, virtualmente inoperante. Como resultado de todo ello la gestión interna de la Institución queda en manos de la Administración que le da soporte material (el Ministerio de Justicia y, en menor medida, las Consejerías de Justicia de 12 Comunidades Autónomas con competencias transferidas) y controla el flujo de los recursos materiales, personales, tecnológicos y de todo orden, sin cuya suficiencia resulta imposible el desempeño de las funciones legalmente encomendadas al Ministerio Fiscal.

Al margen de singularidades normativas, el problema de fondo es común a los Ministerios Públicos de muchos otros países. La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2000)¹⁹ *sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia Penal*² en su punto 13 insta a los Estados a delimitar por ley los poderes del Gobierno en relación con el Ministerio Público, a realizar un ejercicio transparente de esos poderes y a que cualquier instrucción de carácter general que emane del Gobierno revista forma escrita y sea publicada de forma apropiada. Los Consejos Consultivos de Jueces y Fiscales Europeos en apartado sexto de su Declaración de Burdeos de 8 de diciembre del 2009 *sobre Jueces y Fiscales en una sociedad democrática* proclaman la independencia y autonomía de los Fiscales en la adopción de sus decisiones procesales y declaran indisociable de la eficacia de las investigaciones la existencia de instrucciones transparentes emanadas de autoridad jerárquica, así como la obligación que esta tiene de rendir cuentas y responder profesionalmente. Un paso más constituye la *Carta de Roma* de 17 de noviembre de 2014, suscrita por el Consejo Consultivo de Fiscales europeos. Para el GRECO³, en los sucesivos informes de evaluación de España sobre *prevención de la corrupción respecto*

² Adoptada por el Comité de Ministros el 6 de Octubre de 2000, durante la 724ª reunión de Delegados de los Ministros.

³ Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo Europeo.

de parlamentarios, jueces y fiscales, el objetivo final y tal vez el punto de partida es la imparcialidad de la institución y la herramienta, su autonomía.

En el ámbito de Naciones Unidas, el Octavo Congreso sobre *Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en La Habana entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre de 1990, sentó las *directrices sobre la función de los Fiscales*, señalando en su apartado 12 que “... deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.” Mas recientemente, el Informe de 7 de junio de 2012 de la Relatora Especial sobre la *independencia de jueces y abogados* entre varios aspectos, analiza el tema de la rendición de cuentas y su difícil convivencia con el imperativo de un trabajo independiente, libre de presiones, amenazas o recompensas, recordando que, en su labor de salvaguarda del Estado de Derecho y los derechos fundamentales, los Fiscales han de adoptar sus decisiones “...de modo objetivo, independiente e imparcial, asegurándose de que la ciudadanía perciba que las adoptan de ese modo”.

La regulación de las condiciones de la imparcialidad de los Fiscales demanda una reflexión previa sobre la naturaleza del objetivo final que, en realidad, no es diferente de la independencia judicial. Imparcialidad del Fiscal e independencia judicial son concreciones de un mismo principio nuclear en la administración de Justicia de un Estado de Derecho. Sin embargo, se asume generalmente que los jueces son independientes dando por sentado acríticamente que existen suficientes garantías legales para ello, mientras que los Fiscales no tienen que serlo porque normativamente dependen del poder ejecutivo o eventualmente, del ejecutivo y el legislativo que interviene en la designación y control del Fiscal General. Esta errónea impresión explica la pregunta retórica *¿de quién dependen?* que, poco antes de ser nombrado, se hacía a sí mismo el actual Presidente del Gobierno de España, D. Pedro Sánchez.

Tampoco estará de menos considerar que la falta de independencia de jueces y fiscales es un estándar relativo y que frecuentemente, la acusa quien resulta negativamente afectado por sus decisiones, al punto que el descrédito del acusador es una estrategia defensiva, desgraciadamente frecuente cuando se trata de delitos de corrupción. Más aún, no es necesario ser un gran relativista para aceptar que la

interpretación de la ley y los valores del ordenamiento jurídico no es ni universal ni mayoritariamente compartida. Quienes rechazan por sectarias interpretaciones ajenas, son inversamente acusados de sumisión ideológica por las propias. Esta experiencia común aconseja renunciar a un concepto único de imparcialidad para centrarse en la garantía mínima de que el Fiscal pueda decidir siempre de manera razonable y responsable en su interpretación y aplicación de las leyes. Racionalidad y responsabilidad derivan la cuestión a la cualificación técnica y la profesionalidad. De ahí que los instrumentos internacionales antes citados insistan en que el Ministerio Público debe integrarse siempre por juristas de alta cualificación y ser permanentemente capacitados. Sólo tales profesionales serán capaces de hacer frente al sectarismo político o la arbitrariedad.

Pero la profesionalidad no es suficiente para garantizar *per se* la imparcialidad. Por ello hay que introducir, reforzar y normalizar mecanismos prudenciales y deliberativos en los procesos de toma de decisiones en el seno de la Institución, por mucho que ésta se encuentre jerarquizada. Acaso, sobre todo por ello. Traducir adecuadamente estos requerimientos en las normas estatutarias posiblemente no sea una tarea fácil, pero es imprescindible emprenderla armonizando las exigencias de la imparcialidad institucional con las de la imparcialidad de cada Fiscal frente a la presión indebida de sus superiores y frente a las presiones políticas, mediáticas, económicas o de otra índole.

En cualquier caso, la lucha por la imparcialidad de los Fiscales no puede obviar la cuestión de la legitimación democrática de cualquier poder y en concreto de los poderes de una Institución que interpreta la ley, incluso frente o contra los poderes públicos. Aparentemente, esta cuestión se soluciona conectando la dirección de la institución, el Fiscal General, con las fuentes de la soberanía, sea el Gobierno sean las Cámaras legislativas, legítimamente constituidos uno y otras tras las elecciones. Desafortunadamente, esto es solo un primer paso. A continuación, hay que dar muchos más: los intereses del Gobierno, la política profesional, la invasión de las instituciones por parte de los partidos políticos, el sistema de incorporación o los nombramientos en el seno de la Institución y su apuntada vinculación orgánica con la Administración... generan los fundados recelos de la opinión pública sobre determinadas actuaciones de la Fiscalía, así como su frecuente cuestionamiento bajo sospecha de politización.

En este contexto cobra todo su relieve la forma de designación y el estatuto del Fiscal General, dotado de un perfil político en tanto procede del Gobierno en la mayoría de los países (Francia, Alemania, Argentina, Panamá, República dominicana...). En los sistemas de elección por parte de las Cámaras legislativas (Bolivia, Uruguay, Venezuela...) se amplía el arco político del apoyo, pero se introduce también un cuestionable control, frecuentemente sometido a mayorías parlamentarias inestables. Tampoco los sistemas mixtos como el de Colombia (Gobierno y Judicatura) o Paraguay (Judicatura y Legislativo), incluso los que incluyen un triple origen como es el caso de Chile y Brasil, evitan totalmente las reticencias y los riesgos reales de politización. Por eso conviene dibujar con criterios normativos el perfil del Fiscal General. El citado informe de la Relatora Especial de NNUU sobre la *independencia de jueces y abogados* razona que "...la designación ha de hacerse de modo que obtenga la confianza del público, el respeto de la judicatura y de la profesión jurídica".

Han tenido amplia repercusión en el ámbito iberoamericano los *Lineamientos para la selección de altas autoridades del sistema de procuración de justicia: Fiscal o Procurador General*, elaborados por la Due Process of Law Foundation. Entre ellos se apuntan los principios mínimos que deben presidir el proceso de selección para "disminuir o eliminar la posibilidad de que la selección resulte influenciada por motivos indebidos, como la afinidad a determinada fuerza política o la cercanía a grupos de poder. Es previsible que un(a) Fiscal o Procurador(a) que mantiene vínculos de esa naturaleza, no podrá actuar con autonomía e imparcialidad si la investigación criminal llega a afectar tales intereses." Se considera también exigible desde la perspectiva de la imparcialidad que el mecanismo de selección incluya "una evaluación técnica del candidato, basada en criterios objetivos" siendo recomendable que esta evaluación "sea encomendada a un ente distinto de aquel que debe realizar la elección y que sea establecida como una etapa diferenciada dentro del procedimiento". Evidentemente esto es particularmente importante cuando la designación proviene del Ejecutivo o el Parlamento en instancia única. En todo caso, la selección debería estar fundada en el mérito y el prestigio como principal salvaguarda frente motivos espurios. El Derecho comparado ofrece ejemplos de anulación del nombramiento por no haberse ajustado al

procedimiento previamente establecido o no haber reunido el candidato los estándares mínimos de mérito requeridos⁴.

En España fue un logro de la reforma de 2007 la participación en el nombramiento – siquiera formal - de los tres poderes del Estado y la sujeción del cese a causas objetivas susceptibles de eventual revisión jurisdiccional, eliminando en este punto la anterior discrecionalidad del Gobierno. Pero, como ilustra la rápida sucesión de los últimos Fiscales Generales, la estabilidad y la independencia no están en modo alguno garantizadas. La vinculación automática del cese del FGE con el cese del Gobierno no presenta una imagen de mucha autonomía. Por otro lado, la experiencia demuestra que los perfiles independientes, alejados del poder político transmiten la impresión de mayor imparcialidad, pero también resultan más vulnerable frente a otros poderes e injerencias externas y someten a la Institución a la presión indirecta y hasta la parálisis que puede suponer el corte o disminución en el suministro de los recursos materiales y personales que la Administración debe proporcionar.

Por todo ello, con ser importante y mucho, el régimen de designación y cese del Fiscal General, lo realmente determinante es su capacidad y, por ende, la capacidad del Ministerio Público para hacer frente a la actuación delictiva de los poderes, sean políticos, económicos o mediáticos. La cuestión es demasiado seria como para quedar al albur de la decisión personal y la integridad de quien ostenta el cargo. Es preciso dotarle de los mecanismos institucionales de resistencia e indemnidad frente a posibles presiones; y tales mecanismos pasan por el fortalecimiento institucional que uno y otro año demandan los informes del GRECO, en el seno de la Unión Europea, como una de las principales garantías de eficacia en la lucha contra la corrupción. La fortaleza institucional requiere la desvinculación orgánica y presupuestaria del poder ejecutivo que a través de sus administraciones da soporte material a la actuación de la Fiscalía, el marco jurídico y estatutario adecuado y la asignación presupuestaria adecuada para

⁴ La Corte Constitucional de Guatemala anuló por Resolución de 12 de junio de 2010 anuló la designación del Fiscal General Conrado Reyes y ordenó la repetición del procedimiento por considerar que la evaluación del perfil del candidato no puede consistir en la consignación mecánica de los requisitos de edad, nacionalidad, titulación...exigidos, sino requiere una calificación cualitativa que ofrezca la certidumbre del mejor nombramiento. La misma decisión adoptó en marzo de 2012 el Consejo d Estado de Colombia respecto de Viviane Morales por haberse modificado, vía interpretación las mayorías exigidas para la decisión en el seno de la Corte Suprema de Justicia. El Consejo de Estado recaló en esa ocasión que “la atribución al Primer Mandatario del Estado de proponer la terna de candidatos está determinada por el cumplimiento de los requisitos y calidades constitucionales y legales de cada uno de los aspirantes.

garantizar la eficacia en la actividad diaria. Solo en este panorama general cobran verdadero sentido la regulación legal de las relaciones que el Fiscal General haya de tener con el poder ejecutivo, siempre bajo criterios de transparencia, seguridad jurídica y restricción, así como la limitación de los poderes y facultades del Fiscal General a través de mandos intermedios (Fiscales territoriales y delegados para coordinación o dirección de determinados ámbitos de actividad especializada, órganos técnicos de asesoramiento y deliberación...)

Cuestión de especial consideración es la promoción interna, los nombramientos y ceses en el seno del Ministerio Público, en tanto constituye una de las principales fuentes de poder del Fiscal General e indirectamente, de control sobre la Institución. En aras a la sumisión a pautas de racionalidad y objetividad, deben existir órganos de valoración que acopien y evalúen los méritos y capacidades de los Fiscales, ofreciendo referencias objetivas al órgano decisor. En España, si bien el Fiscal General del Estado goza de un amplio margen de discrecionalidad a trasladar sus propuestas al Ministerio de Justicia, oído el Consejo Fiscal, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS ha sentado las bases para delimitar lo discrecional de lo arbitrario, a través del régimen de motivación de los actos discrecionales. En puridad, las propuestas de nombramiento de Fiscales para determinados cargos no regidos exclusivamente por criterio de antigüedad, han de fundarse en la valoración profesional del mérito y la capacidad, elementos de juicio que permiten la eventual revisión jurisdiccional en términos similares a lo que ocurre con los nombramientos de jueces y magistrados que efectúa el Consejo General del Poder Judicial. Sin perjuicio de ello y a mayor abundamiento, es posible y deseable para facilitar tanto la motivación de las decisiones como su control ulterior, el establecimiento legal de criterios objetivos y transparentes de baremación de los méritos, la especialización, el rendimiento y la calidad de trabajo de cada solicitante.

Finalmente, pilar fundamental de la imparcialidad de la Fiscalía será el establecimiento y normalización de procedimientos prudenciales y deliberativos para la toma de decisiones tanto en la Fiscalía General como en las Fiscalías territoriales y especializadas, con selección de asuntos en los que sea preceptiva la intervención de los órganos técnicos o de las Juntas de Fiscales y precisión de las exigencias y los límites de la transparencia y la comunicación de lo decidido.

El fortalecimiento de la imparcialidad en la cúpula y la jefatura de la Institución encuentra su correlativo y complemento en la salvaguarda de la imparcialidad y sumisión a la legalidad de cada Fiscal, incluso frente al riesgo de injerencia indebida de esa misma cúpula o jefatura. Cada uno de los Fiscales debe saberse protegido en su trabajo y su independencia intelectual mediante los recursos estatutarios que le permitan recabar tanto la evaluación objetiva de los riesgos como el amparo y protección de la Institución cuando sufren perturbaciones o injerencias externas en el ejercicio de sus atribuciones. Con más motivo han de ver salvaguardados su criterio y su honestidad profesional a través de la regulación garantista de los mecanismos de remoción o avocación de asuntos y de la existencia de procedimientos claros y seguros para el planteamiento de discrepancias con el criterio del superior como son la misma posibilidad de discrepar por escrito y fundadamente, la de demandar el recibo de las órdenes e instrucciones por escrito o la de someterlas al debate de las Juntas de Fiscalía, de órganos técnicos o del criterio de la superioridad común o por elevación. Y por supuesto, los Fiscales han de contar con derecho a recurrir todas las decisiones relativas a su carrera profesional o a su promoción interna, siendo incuestionable la sumisión de su régimen disciplinario a las pautas de legalidad constitucional y ordinaria del Derecho administrativo sancionador.

Si el juego de pesos y contrapesos y el control institucional es un rasgo inherente a todo régimen democrático, el ejercicio de los poderes del Ministerio Público requiere específicamente de ellos y de su eficacia preventiva; disposiciones legales que aseguren la imparcialidad del Fiscal, tanto como se asegura la independencia judicial (régimen riguroso de incompatibilidades, prohibición o limitación de las posibilidades de ascenso o promoción en caso de ejercicio político, períodos de seguridad para el retorno al ejercicio profesional desde la política ...). Pero no bastan las declaraciones legales. Para que la prevención de actuaciones interesadas, arbitraria o políticamente sectarias, sea una realidad es necesario también elevar el tono de la ética pública de manera que se generalice el rechazo decidido de cualesquiera decisiones reveladoras de interés personal o influencia partidista, vengan de donde vengan.

Es mucho lo que pone en juego la configuración del Ministerio Público: la separación de poderes que constituye la clave del Estado de Derecho; el prestigio institucional que funda la confianza de los ciudadanos en el correcto e imparcial ejercicio de la función de acusar y de la defensa objetiva de la legalidad y de los

derechos; la persecución eficaz de los delitos, el éxito de las investigaciones y su utilidad para acreditar los hechos en el juicio oral y fundar la condena.

Valen la pena la reflexión serena y la correcta articulación legal en todo caso, pero especialmente, antes de acometer reformas procesales y ampliar funciones.