

LA ESTRUCTURA Y LOS CONTRAPESOS INTERNOS DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ELISA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO

Abogada del Estado excedente

Secretaria general de la Fundación Hay Derecho

TRC, n.º 50, 2022, pp. 587-609
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. La problemática autonomía del Ministerio Fiscal y su relación con la gobernanza de la Fiscalía. II. Gobernanza interna. Los contrapesos de la institución. III. Conclusiones y recomendaciones.

I. INTRODUCCIÓN. LA PROBLEMÁTICA AUTONOMIA DEL MINISTERIO FISCAL Y SU RELACION CON LA GOBERNANZA DE LA FISCALIA

La doctrina y también las instituciones internacionales que se han ocupado de analizar el funcionamiento del Ministerio Fiscal en España suelen llamar la atención sobre la falta de independencia del Poder Ejecutivo del Fiscal General del Estado, máxime cuando —como ha ocurrido recientemente— se nombra para el puesto sin solución de continuidad a un Ministro del Gobierno que le propone. No obstante, se suele atender menos a otro aspecto que consideramos esencial desde el punto de vista del buen funcionamiento de una institución, que es el de su gobernanza interna y que está estrechamente ligado con el anterior. En este aspecto, destaca la casi total ausencia de contrapesos internos al poder del Fiscal General del Estado, lo que se traduce en una falta de transparencia y de rendición de cuentas que lastra su funcionamiento como tendremos ocasión de analizar.

En todo caso, antes de entrar a considerar el problema de la gobernanza y de los denominados *checks and balances* en la Fiscalía General del Estado hay que situarse en un contexto de una falta de autonomía estructural del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo. Este problema se pone de manifiesto en España

con sucesivos nombramientos de Fiscales Generales del Estado muy próximos siempre al Gobierno de turno. Se trata de una tendencia que no sólo no se revierte con el paso del tiempo, sino que se agudiza y se enquistas, por lo que este problema estructural de falta de neutralidad e imparcialidad ha producido un deterioro y un desprestigio muy notable de la institución, al menos ante la opinión pública y ha llamado la atención de organismos como el Grupo de Estados Europeos contra la corrupción (en adelante, GRECO). No es de extrañar que muchos analistas comparen esta situación de deterioro con la que padece el órgano de gobierno de los jueces, el Consejo General del Poder Judicial.

En cuanto a la normativa, recordemos brevemente que la Constitución dedica a esta institución (dentro del Poder Judicial) su art. 124 en el que se limita a señalar que: «El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social», añadiendo que ejerce sus funciones «por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad» y remitiendo a una ley la regulación de su Estatuto Orgánico.

Como señala Pilar Álvarez Menéndez en el blog Hay Derecho¹, con la Constitución, la institución, históricamente concebida como el brazo ejecutor de la política criminal del gobierno, daba un importante paso hacia delante y se desmarcaba del Poder Ejecutivo para encuadrarse dentro del Poder Judicial. Hasta la aprobación de la Constitución de 1978 el Ministerio Fiscal tenía un carácter fuertemente gubernativo y una dependencia total del Poder Ejecutivo.

A su vez, el Estatuto Orgánico fue aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre (en adelante EOMF), habiendo sufrido pocas modificaciones hasta ahora, la más importante en 2007. En el art. 2.1 del Estatuto se subraya la inclusión del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial aunque gozando de autonomía funcional en los siguientes términos: «El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.» El art. 7 de dicha norma añade que: «Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados.»

Muy recientemente se ha aprobado el Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal (en adelante RMF) que

1 ÁLVAREZ MENÉNDEZ, P., «Ministerio Fiscal, qué somos y dónde vamos». *Blog Hay Derecho*. Texto íntegro del post disponible en: <https://www.hayderecho.com/2016/11/17/ministerio-fiscal-que-somos-y-donde-vamos/>

deroga finalmente el todavía parcialmente vigente Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado mediante Decreto 437/1969, de 27 febrero, de carácter preconstitucional y cuya vigencia suponía —como señala la propia Exposición de Motivos del RMF— una clara anomalía que no beneficiaba precisamente a la institución, entre otras cosas porque mantenía una concepción de la institución fuertemente dependiente del Poder Ejecutivo, hasta el punto de que se definía como «órgano de comunicación entre el gobierno y los tribunales». Esta concepción gubernativa, siempre según la Exposición de Motivos del RMF «a un desarrollo de su inicial diseño moderno en el siglo XVIII propiciado por la Revolución Francesa, en el que se le concebía como órgano del Ejecutivo revolucionario para el control de los jueces del absolutismo».

Por lo que se refiere al nombramiento del Fiscal General del Estado se realiza por el Rey entre juristas españoles de reconocido prestigio y con más de quince años de ejercicio efectivo de la profesión, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial y previa valoración de su idoneidad por la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. Intervienen, pues, en su nombramiento los tres poderes del Estado, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Sin embargo, lo cierto es que ni el Poder Legislativo ni el Judicial actúan como contrapesos eficaces de la propuesta del Gobierno, como veremos con el caso de la ex Fiscal General del Estado Dolores Delgado.

Es interesante destacar que debido a la tradicional proximidad de los Fiscales Generales al gobierno de turno y a la erosión que esta situación producía en la imagen de imparcialidad y autonomía de la Fiscalía, se introdujo una modificación en el EOMF por Ley 24/2007 cuya finalidad explícita era aumentar la autonomía del Ministerio Fiscal, lo que en nuestra opinión no se ha conseguido. En este punto, es interesante señalar que, pese a la modificación introducida en el art. 31 del EOMF por el que se introdujo un periodo de mandato del Fiscal General del Estado con causas tasadas de cese, prácticamente ningún Fiscal General en los últimos años ha completado este mandato por diversos motivos (dimisión, no renovación, fallecimiento, etc.) por lo que parece claro que esa garantía no ha resultado suficiente.

En ese sentido, es indudable que el nombramiento y el cese del Fiscal General responde al origen histórico de la institución. Con la reforma del 2007 se añadió la exigencia de que el candidato a Fiscal General del Estado propuesto compareciera ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados para valorar su idoneidad para el cargo y se establecieron unas causas tasadas de cese para impedir que el Gobierno lo cesara libremente. No obstante, transcurridos ya 15 años desde la reforma, la conclusión es que estas modificaciones no han supuesto una diferencia significativa en cuanto a la autonomía y la imagen de imparcialidad del Fiscal General del Estado; si acaso, el nombramiento de una ex Ministra de Justicia como Fiscal General del Estado ha puesto de relieve la falta de operatividad de estos supuestos contrapesos.

Efectivamente, el Gobierno de coalición surgido de las elecciones celebradas el 10 de noviembre del año 2019 propuso como Fiscal General del Estado a su

anterior Ministra de Justicia, Dolores Delgado, que en ese momento era, además, diputada electa del Grupo Socialista y que había tomado parte en la campaña electoral como candidata del PSOE hasta su renuncia el 15 de enero siguiente. El CGPJ avaló la idoneidad de la candidata en una votación por 12 votos a favor y 7 en contra. Cabe recordar, en todo caso, que el informe del CGPJ no es vinculante. Los argumentos de los que votaron en contra se centraron en la falta de idoneidad de la candidata precisamente por la apariencia de vinculación con el Poder Ejecutivo, vinculación que dañaba la imagen de neutralidad e independencia que debería tener la institución. Por su parte, la comparecencia en el Congreso a través de la Comisión de Justicia (como se pone de relieve con otras comparecencias similares) una vez pactada con los partidos que van a apoyar el nombramiento no presenta ningún problema para el candidato elegido.

En este sentido, no está de más recordar las principales recomendaciones que desde el GRECO se vienen realizando a España en las sucesivas rondas de evaluación con respecto a la Fiscalía General del Estado: se recomienda modificar el método de selección del Fiscal General a fin de permitir que la persona designada pueda obtener la confianza de la ciudadanía, el respeto del Poder Judicial y de los agentes jurídicos, señalando que, para lograrlo, debe haber una implicación de expertos profesionales no políticos en el proceso de selección. Por otro lado, se considera necesario revisar la duración del mandato de cuatro años para que no coincida con el periodo electoral, generando la impresión de que el Fiscal General del Estado está muy vinculado con el Poder Ejecutivo o incluso forma parte del mismo. También los informes del Estado de Derecho de la Unión Europea en su capítulo español se hacen eco de esta situación.

En suma, la historia del Ministerio Fiscal como institución es muy antigua, de manera que incluso en su regulación actual es posible advertir la pervivencia de algunos factores que entran en tensión con su papel de defensor del principio de legalidad con la necesaria neutralidad y profesionalidad que esta defensa implica. Estos factores no sólo son externos (su falta de autonomía del Poder Ejecutivo) sino también internos (la falta de contrapesos internos al poder del Fiscal General, o una inadecuada gobernanza interna) y ambos están estrechamente relacionados.

La razón es que la defensa del principio de legalidad —como opuesto al principio de oportunidad— exige un criterio técnico y una profesionalidad por parte de los funcionarios que integran el Ministerio Fiscal que puede entrar en contradicción con el principio de jerarquía respecto de un Fiscal General del Estado con mucho poder y, a su vez, muy condicionado por el Poder Ejecutivo. Esta excesiva vinculación y más en entornos políticos muy polarizados y con un fuerte componente de judicialización de la política (como es el caso de España) puede lastrar la objetividad y la imparcialidad que es imprescindible en una institución que se rige por el principio de legalidad, en particular cuando se ejercita la acusación en nombre del Estado en la medida en que, como veremos, la carrera de los fiscales particulares puede verse condicionada por sus decisiones técnicas, al menos en los casos más relevantes desde el punto de vista mediático o político.

En definitiva, el principio de legalidad exige, al menos en teoría, que todos los delitos o indicios de delitos sean perseguidos por igual, perjudique a quien perjudique, o beneficie a quien beneficie, rigiendo un criterio técnico o profesional a la hora de tomar esta decisión. Es verdad que principio suele estar vinculado con la existencia del monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal, es decir, con el principio de que nadie más puede acusar mediante el ejercicio de la acción popular y con la idea de que sólo se permite al perjudicado por el delito ejercer la acusación particular en muy contados casos. Claro está que el principio de legalidad rige más en la teoría que en la práctica, debido a la falta de recursos para perseguir todos los delitos que se cometen; pero también puede suceder que haya una excesiva discrecionalidad a la hora de determinar las prioridades en la persecución de los delitos, teniendo en cuenta, por ejemplo, si benefician o perjudican al partido en el gobierno. En todo caso, hay que tener en cuenta que en España sí existe la acción popular y que forma parte habitual de las herramientas que utilizan los partidos políticos españoles en sus contiendas políticas, lo que introduce un factor de politización (y polarización) adicional nada despreciable en nuestro sistema jurídico.

Por tanto, la institución del Ministerio Fiscal tal y como está configurada en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico tiene que compaginar la función de investigar y acusar en nombre del Estado (y del Gobierno, que es quien lo dirige) con la obligación de imparcialidad en defensa del principio de legalidad. Es obvio que este equilibrio es particularmente difícil cuando es el partido del gobierno de turno (o el de la oposición) el que puede verse afectado por las investigaciones y la acusación del Ministerio Fiscal. Y en ese ámbito, la falta de contrapesos internos al poder del Fiscal General del Estado en el Ministerio Fiscal es crítica, porque puede llegar a erosionar gravemente el buen funcionamiento de la institución como ha ocurrido en algunos periodos con Fiscales Generales particularmente sectarios: no es casualidad que los Gobiernos busquen Fiscales Generales fieles.

Aun así, cabe destacar que en nuestro país se han llevado a cabo investigaciones como la del caso Gürtel bajo el gobierno del partido afectado, en este caso el PP. Lo mismo ha ocurrido con el caso de los ERES en Andalucía, esta vez con el PSOE como partido afectado también en el gobierno. Por tanto, podemos considerar que estas tensiones, si bien con no pocos esfuerzos y con sacrificios personales importantes por parte de los fiscales involucrados, se pueden decantar a favor de la profesionalidad y la imparcialidad. Pero no deberíamos confiar demasiado en el valor y, en ocasiones extremas, en la heroicidad de unos cuantos funcionarios; es mucho más razonable diseñar mejor un sistema de contrapesos internos y de garantías para que los fiscales puedan desempeñar sus funciones con total autonomía de injerencias políticas.

Sentado lo anterior, también es cierto es que el funcionamiento de la Fiscalía General del Estado en los últimos años ha puesto de relieve de manera cada vez más evidente que estas tensiones van en aumento —como va en aumento la judicialización y la polarización de nuestra vida política— hasta el punto de que el

cese, la falta de renovación o la dimisión de algunos de los últimos Fiscales Generales del Estado (tanto con gobiernos del PP como del PSOE) se deben, en último término, a la imposibilidad de mantener un equilibrio entre las dos posiciones, la de defensor de la legalidad neutral e imparcial, y la de acusador en nombre del Estado o del Gobierno, particularmente en procesos judiciales con un componente político de primer nivel. Es más, incluso en supuestos muy mediáticos como en el «caso Urdangarín» —que afectaba al cuñado y a la hermana del actual monarca— se ha llegado al extremo de que el fiscal asignado al caso (el fiscal Horrach) actuó como un abogado defensor más de la infanta Cristina que como un fiscal propiamente dicho, al sostener siempre una línea argumental paralela a la defensa de la infanta, siguiendo la línea trazada desde el Gobierno del partido popular a través de la Fiscalía General del Estado, entonces al mando de Eduardo Torres-Dulce.

En este contexto no es de extrañar que se hayan producido manifestaciones públicas poniendo de relieve la dependencia de la Fiscalía General del Estado del Gobierno (en una entrevista con un periodista del actual Presidente del Gobierno, Pedro Sánchez se jactaba de esta dependencia) o que la postura de ex Fiscal General del Estado Dolores Delgado haya sido claramente favorable incluso desde un punto de vista ideológico a esta falta de independencia de la Fiscalía respecto del Poder Ejecutivo mediante declaraciones públicas que demuestran una grave confusión sobre el objeto y fines de la institución y una cierta ignorancia de su evolución histórica.

En este punto, recordemos que, según la normativa aplicable, el Fiscal General no puede recibir instrucciones ni órdenes del Gobierno ni de ningún otro órgano administrativo o judicial, aunque el Gobierno puede interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público. Pero cuando existe esta vinculación previa y esta sintonía ideológica no es necesario que se inste formalmente ninguna actuación por parte del Gobierno: en asuntos con una gran carga política un Fiscal General de confianza ya sabrá que decisiones tomar. En ese sentido, hay que destacar que en abril de 2022 se presentó a las Cortes un conjunto de enmiendas legislativas que establecen una mayor regulación de las relaciones entre el Gobierno y el Fiscal General del Estado.

Ya hemos señalado que las sucesivas rondas de evaluación recogidas en los informes del GRECO han ido poniendo de manifiesto las deficiencias de este modelo de Fiscalía sin que, hasta el momento, se hayan adoptado iniciativas al respecto por vía de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal como sería lo deseable, aunque sí se ha aprobado un nuevo Reglamento del Ministerio Fiscal que introduce algunas mejoras sobre la situación anterior como veremos. Recientemente también el último informe sobre el Estado de Derecho (julio de 2022) de la Unión Europea, en el capítulo dedicado a España, se insiste en la recomendación de reforzar el estatuto del Fiscal General, en particular respecto a la necesidad de separar la duración de su mandato del mandato del Gobierno y

teniendo en cuenta los estándares europeos de independencia y autonomía del Ministerio Fiscal.

Por último, como reconoce la Exposición de Motivos del RMF, el desarrollo del modelo no está acabado y habrá que tener en cuenta el modelo de la Fiscalía Europea que comenzó su actividad en el año 2021 así como, en su caso, el futuro cambio de la proyectada nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que se encuentra en tramitación y que puede afectar de manera muy relevante a la actual estructura y organización del Ministerio Fiscal.

II. GOBERNANZA INTERNA. LOS CONTRAPESOS DE LA INSTITUCION

1. Los contrapesos de la institución

Lo primero que debemos de aclarar es que cuando nos referimos a los contrapesos en relación con la gobernanza de una institución nos referimos a la existencia de instrumentos que operan como límites en relación con los procesos de toma de decisiones, de manera que el máximo responsable de una institución ve limitada su capacidad para adoptarlas por sí solo. Por eso este tipo de instrumentos se caracterizan por el establecimiento de mecanismos de codecisión o al menos de participación en los procesos de toma de decisiones. Pero también son precisas herramientas para garantizar que esos mecanismos no queden pervertidos, de manera que hay que proteger los derechos de las personas que están implicados en los órganos de contrapeso o que ejercen funciones de vigilancia, evaluación y control, para que no sean capturados, valga la expresión, y no puedan ejercer libremente sus funciones. También es imprescindible disponer de instrumentos de auditoría y evaluación y en último término es precisa la transparencia y la posibilidad de exigir rendición de cuentas.

Con este concepto nos referimos, en definitiva, al concepto de los *checks and balances* que limitan el poder del máximo responsable de una institución y que garantizan que la toma de decisiones no quede únicamente en sus manos. En el caso del Ministerio Fiscal, esto se traduce en la necesidad de que otros organismos o funcionarios participen en la toma de decisiones por parte del Fiscal General (órganos de codecisión u órganos consultivos) que estas decisiones puedan ser revisadas, que se respeten los derechos de los fiscales en términos de su carrera profesional evitando nombramientos o ceses arbitrarios o incluso sanciones disciplinarias que no se deban a motivos profesionales y a que exista transparencia y rendición de cuentas, lo que en último término debe de permitir evaluar el resultado de las decisiones adoptadas permitiendo, si procede, la exigencia de responsabilidades.

De una forma más directa, la existencia de estos contrapesos debería de permitir desligar claramente las decisiones que afectan a criterios técnicos de las que

afectan a las carreras profesionales de los funcionarios del Ministerio Fiscal. Dicho de otro modo: es imprescindible que los miembros de la institución puedan tener la razonable seguridad de que no sufrirán represalias ni consecuencias negativas para sus carreras profesionales si desarrollan sus funciones con profesionalidad e independencia aunque puedan tener discrepancias o sostener puntos de vista opuestos a los sostenidos por el Fiscal General del Estado o, en último término, del Gobierno en algún caso concreto de especial trascendencia política, económica o mediática. De ahí que haya que detenerse en este apartado muy especialmente en lo que hemos denominado el estatuto de los fiscales.

En ese aspecto, es crucial que la toma de decisiones sobre la carrera profesional de los fiscales sea objetiva y responda a criterios de mérito y capacidad y no responda a ningún otro tipo de motivaciones como la mayor o menor cercanía ideológica o sencillamente la mayor o menor afinidad o cercanía personal, lo que en demasiadas ocasiones se traduce simplemente en la disponibilidad para ejecutar las decisiones del Fiscal General. Por esta razón es muy relevante examinar en qué términos cabe emitir instrucciones particulares a los fiscales en relación con casos concretos o las garantías existentes que impidan apartar a un fiscal de algún caso o incluso apartarle de la carrera fiscal o determinar en qué casos se les puede privar del conocimiento de un asunto particular. Y también es muy relevante determinar cómo se producen los ascensos y promociones en la carrera fiscal. Se trata, en suma, de evitar o limitar la injerencia del Gobierno o del poder político en el funcionamiento de la Fiscalía, pero también de evitar la simple arbitrariedad o el abuso de poder, aunque no tenga trascendencia política o se deba a otras consideraciones.

En el caso de la Fiscalía española, el poder que concentra el Fiscal General del Estado se fundamenta en el principio de jerarquía y en la estructura piramidal de la institución, por lo que merece la pena detenernos brevemente en su descripción.

2. Principio de jerarquía y estructura piramidal de la Fiscalía General del Estado

Es indudable que existe siempre una tensión entre el principio de legalidad e imparcialidad y el de la escasa autonomía del Fiscal General del Estado respecto del Poder Ejecutivo. Pero esta tensión se agudiza por la existencia del principio de jerarquía y la concentración de poder en el Fiscal General. El principio de jerarquía tiene por objeto que el conjunto de los fiscales actúe con un criterio técnico-jurídico razonablemente homogéneo en toda España, de forma que todos los ciudadanos sean tratados de manera uniforme en circunstancias similares cumpliéndose así con el principio de legalidad e imparcialidad. Al menos en teoría el principio de jerarquía llevaría precisamente a una unidad de actuación en beneficio del principio de legalidad e imparcialidad evitando que cada fiscalía o cada fiscal adopte decisiones diferentes en supuestos idénticos.

En España este principio de jerarquía, reconocido en la normativa de aplicación, se concreta en una estructura piramidal muy marcada, en la que el Fiscal General del Estado además de ser el máximo representante de la institución es, al mismo tiempo, quien ostenta la competencia sobre los criterios técnicos a adoptar y también sobre las carreras profesionales de los fiscales. Es en esta confluencia de competencias o funciones donde se producen los problemas de gobernanza, en la medida en que, como hemos visto, la dependencia del Fiscal General del Estado del Poder Ejecutivo suele ser intensa y, de otra, no existen suficientes contrapesos internos o *checks and balances* que permitan al Fiscal General tomar en consideración otros criterios y opiniones. Tampoco, críticamente, existen mecanismos de codecisión ni garantías suficientes para que los órganos consultivos o los fiscales individuales puedan discrepar de la postura del Fiscal General. El carácter muy centralizado de la institución en España refuerza este problema.

En ese sentido, el art. 13 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal señala que el Fiscal General del Estado dirige la Fiscalía General del Estado, que está integrada por la Inspección Fiscal, la Secretaría Técnica, la Unidad de Apoyo, y por los Fiscales de Sala que se determinen en plantilla. La mayor parte de estos nombramientos son de libre designación por el propio Fiscal General. Así la Inspección Fiscal de la Fiscalía General del Estado será dirigida por un Fiscal Jefe Inspector que ejerce con carácter permanente precisamente por delegación del Fiscal General del Estado.

También existe una Secretaría Técnica de la Fiscalía cuya competencia es realizar los trabajos preparatorios que se les encomienden en aquellas materias en las que corresponda a la Junta de Fiscales de Sala asistir al Fiscal General del Estado, así como los otros estudios, investigaciones e informes que se le encarguen y una unidad de Apoyo que asiste al Fiscal General del Estado en materias de representación institucional y relaciones con los poderes públicos, comunicación, relaciones con los medios y gestión de la atención al ciudadano, el análisis y evaluación de las propuestas relativas a necesidades de organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal en materia de estadística, informática, personal, medios materiales, información y documentación y todas aquellas funciones de asistencia o apoyo que precisen tanto al Fiscal General como el Consejo Fiscal y Junta de Fiscales de Sala y no estén atribuidas a otros órganos. Por tanto, el Fiscal General del Estado cuenta con un importante staff de funcionarios que le prestan apoyo y que dependen exclusivamente de él en cuanto a sus nombramientos y ceses.

En ese sentido, el recientemente aprobado RMF señala en su art. 47 que el Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica será directamente designado por el Fiscal General del Estado, si bien antes de remitir la correspondiente propuesta al Gobierno deberá comunicar al Consejo Fiscal reunido en Pleno dicha designación, así como, en su caso, el ascenso del designado a la primera categoría de la carrera fiscal. También serán designados por el mismo procedimiento el Teniente Fiscal y los fiscales de la Secretaría Técnica, así como los fiscales de la Unidad de Apoyo y los fiscales adscritos a los Fiscales de Sala especialistas integrados en la

Fiscalía General del Estado. Además, todas estas personas pueden ser cesadas libremente por el Fiscal General del Estado, sin más requisito que comunicárselo al Consejo Fiscal, y cesan con él, si bien continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que sean relevados o confirmados en sus cargos por la nueva persona titular de la Fiscalía General del Estado.

A su vez, el art. 50 del RMF señala cuales son las plazas que deben de cubrirse por libre designación, señalando que se trata de los cargos y destinos que deban de ser provistos por Fiscales de Sala, así como los correspondientes a la Inspección Fiscal y a las Fiscalías del Tribunal Supremo, ante el Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, de la Audiencia Nacional y de las Fiscalía Especiales, los cargos de Fiscal Superior y Teniente Fiscal de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, los de Fiscales Jefes de las Fiscalías Provinciales, y los de Fiscales Jefes de las Fiscalías de Área. Se trata, por tanto, de la cúpula de la carrera fiscal.

En cuanto al procedimiento para su nombramiento, si bien se establece en el nuevo art. 53 RFM la elaboración de un informe individualizado por parte de la Sección Permanente de Valoración de la Inspección Fiscal sobre los méritos e idoneidad del candidato para cubrir la plaza, es finalmente el Fiscal General del Estado quien, oído el Consejo Fiscal —al que se le deberá enviar el informe en cuestión—, elevará al Ministro de Justicia la propuesta motivada de los candidatos para su nombramiento.

Es interesante destacar que, en los casos de plazas de Fiscales Superiores de Fiscalías de Comunidades Autónomas, el Fiscal General del Estado, con carácter previo a la propuesta de nombramiento, oirá necesariamente al Consejo de Justicia autonómico caso de que exista. También debe de oír al Consejo Fiscal. De la misma forma tiene que oír al Fiscal Superior de la comunidad autónoma respectiva cuando se trate de la provisión de cargos en las Fiscalías de su ámbito territorial, y también al Consejo Fiscal.

Por último, cuando se trate del nombramiento del Fiscal Superior de Comunidad Autónoma, el Fiscal General comunicará la propuesta a la Asamblea Legislativa autonómica, a fin de que pueda disponer comparecencia del candidato ante la Comisión correspondiente de la Cámara, a los efectos de que pueda valorar sus méritos e idoneidad.

El principio de jerarquía se traduce también en la posibilidad de dictar instrucciones tanto de carácter general como particular a los subordinados, extremo al que nos referiremos más adelante, o incluso en la posibilidad de la avocación por parte de los superiores jerárquicos de los asuntos que lleve un determinado fiscal.

Nos encontramos por tanto con un modelo de gobernanza que concentra enormes poderes al Fiscal General del Estado no sólo desde el punto de vista técnico-jurídico sino también desde el punto de vista de la organización interna y de la gestión de carrera de los fiscales. Es cierto que el RMF ha introducido algunos mecanismos para limitar estas facultades en cuanto a los nombramientos discrecionales, pero no podemos hablar de auténticos órganos de codecisión, y en cuanto

a la participación de los órganos consultivos su composición no asegura que puedan servir de efectivo contrapeso al Fiscal General y además su criterio puede ser fácilmente soslayado, como veremos.

3. Órganos consultivos

Existen dos órganos consultivos en el Ministerio Fiscal a los que conviene hacer referencia, el Consejo Fiscal en cuestiones de gobernanza y a la Junta de Fiscales en cuestiones doctrinales y técnicas.

3.1. *Consejo Fiscal*

Según el art. 14 del Estatuto Orgánico, el Consejo Fiscal se constituye, bajo la Presidencia del Fiscal General del Estado, por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, el Fiscal Jefe Inspector y nueve Fiscales pertenecientes a cualquiera de las categorías. Todos los miembros del Consejo Fiscal, excepto el Fiscal General del Estado, el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Inspector, se elegirán, por un período de cuatro años, por los miembros del Ministerio Fiscal en servicio activo, constituidos en un único colegio electoral en la forma que reglamentariamente se determine.

Como puede verse, se trata de un órgano de composición mixta, dado que algunos de sus miembros son electivos, pero otros tienen carácter nato. Dado que el Consejo Fiscal es el órgano del Ministerio Fiscal encargado de asistir y asesorar en sus funciones al Fiscal General del Estado y, por ello, en la medida en que ostenta una influencia, aunque indirecta, efectiva en el conjunto de los miembros del Ministerio Fiscal debería de actuar con total autonomía y evitando los intereses personales y corporativos, al margen de todo interés que no sea el de la propia institución. Sin embargo, lo cierto es que esta composición actual no favorece la participación de fiscales independientes elegidos conforme a criterios de mérito y capacidad, lo cual dificulta que pueda ejercer adecuadamente una función de contrapeso que, en todo caso, estaría limitada dado que no es un órgano codecisor y sus dictámenes e informes no son vinculantes. Sus acuerdos se adoptan por mayoría simple, siendo dirimente, en caso de empate, el voto de su Presidente.

En cuanto a sus funciones son muy relevantes, como señala el apartado 4º del art. 14, pudiendo mencionarse no sólo el asesoramiento al Fiscal General del Estado cuando éste lo considere necesario sino otras funciones propias tales como la elaboración de los criterios generales en orden a asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal, en lo referente a la estructuración y funcionamiento de sus órganos, informar las propuestas pertinentes respecto al nombramiento de los diversos cargos, resolver los expedientes disciplinarios y de mérito que sean de su competencia, apreciar las posibles incompatibilidades de los fiscales o resolver los recursos interpuestos

contra resoluciones dictadas en expedientes disciplinarios por los Fiscales Jefes de los distintos órganos del Ministerio Fiscal así como otras funciones referentes a los planes de inspección fiscal, planes de formación y selección de fiscales o funciones de asesoramiento en relación con los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

Como se desprende de lo anterior, el Consejo fiscal tiene competencias consultivas relevantes (e incluso decisorias en algunos expedientes disciplinarios y en los de incompatibilidades) pero no obstante su función de contrapeso es muy limitada en la medida en que, insistimos, ni sus informes tienen carácter vinculante en ningún caso ni, sobre todo, su diseño y composición permite que pueda oponerse al Fiscal General.

En ese sentido, su composición favorece un control político del órgano o, si se prefiere, del propio Fiscal General del Estado en la medida en que existen varios miembros natos y otros nueve son elegidos por los fiscales a través de un sistema en que existe un práctico monopolio por las asociaciones profesionales mayoritarias, alineadas con el PP (Asociación de Fiscales, en adelante AF) y el PSOE (Unión Progresista de Fiscales, en adelante UPF) respectivamente, que se reparten los puestos de forma similar a lo que ocurre en el CGPJ y con consecuencias similares en cuanto a la apariencia de politización y falta de imparcialidad.

Como señala Salvador Viada² la elección por las dos asociaciones mayoritarias es muy problemático desde el momento en que el sistema electoral establecido para cubrir las vocalías del Consejo Fiscal determina que, a lo largo de sucesivas elecciones, estas dos asociaciones que no cuentan juntas ni con el 30% de afiliados de la Carrera consigan una proporción de seis vocales (AF) y tres (UPF) una presencia absolutamente estable en el Consejo, lo que sólo se ha roto con la última elección en que precisamente este fiscal crítico y presidente de la asociación de fiscales profesional y sin vínculos políticos (APIF) ha obtenido un puesto en el Consejo Fiscal. Esta presencia asociativa su vez se traduce, a su vez, en que los principales puestos de la carrera fiscal de libre designación suelen estar copados por fiscales miembros de una de estas asociaciones, en función de qué partido esté en el gobierno y de qué Fiscal General haya nombrado. Esta precisión es importante porque dado que las Fiscalías especiales y los Fiscales Jefes deben de ser renovados cada cinco años una oposición o enfrentamiento con el Fiscal General por parte de los vocales de estas asociaciones puede tener consecuencias para sus afiliados que ostentan estos cargos, dada la absoluta discrecionalidad del Fiscal General del Estado no ya para nombrarles, sino para no renovarles.

Adicionalmente, la falta de transparencia y la opacidad con que se toman estas decisiones debilita la posición de los fiscales y sus posibilidades de resistencia frente a las arbitrariedades que se puedan cometer.

2 VIADA, S., «Fiscalía y Consejo Fiscal». *Blog Hay Derecho*. Texto íntegro del post disponible en: <https://www.hayderecho.com/2014/02/05/fiscalia-y-consejo-fiscal/>

En definitiva, para que este tipo de órganos funcione como un auténtico contrapeso de las decisiones del Fiscal General resulta fundamental que tengan capacidad real para influir u oponerse a las decisiones del Fiscal General, pero también para hacerlo es preciso que su composición sea la adecuada, y que no interfieran intereses corporativos o incluso personales que primen frente a la defensa de los intereses de la institución. Veremos si la reciente aprobación del RMF que introduce algunas cautelas en cuanto a los nombramientos de libre designación puede revertir la dinámica actual.

3.2. *Junta de Fiscales de Sala*

En cuanto a la Junta de Fiscales de Sala, el art. 15 EOMF dispone que se constituirá, bajo la presidencia del Fiscal General del Estado, por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y los Fiscales de Sala, actuando como Secretario el Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica.

Se trata de un órgano consultivo de asistencia al Fiscal General del Estado en materia doctrinal y técnica, en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal, la resolución de consultas, elaboración de las memorias y circulares, preparación de proyectos e informes que deban ser elevados al Gobierno y cualesquiera otras, de naturaleza análoga, que el Fiscal General del Estado estime procedente someter a su conocimiento y estudio.

Como puede verse, la intervención y el asesoramiento de esta Junta de Fiscales de Sala depende de la propia voluntad del propio Fiscal General del Estado, que es quien la convoca.

También le corresponde el asesoramiento en lo que se refiere a las instrucciones y órdenes que puede dictar el Fiscal General del Estado a sus subordinados relativas al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos. Cuando dichas instrucciones se refieran a asuntos que afecten directamente a cualquier miembro del Gobierno, el Fiscal General deberá oír con carácter previo a la Junta de Fiscales de Sala.

De nuevo no estamos ante un órgano consultivo que pueda servir de eficaz contrapeso en la toma de decisiones del Fiscal General del Estado.

3.3. *La carrera fiscal: el estatuto de los fiscales. Inamovilidad, promoción, régimen disciplinario, incompatibilidades*

Si bien el acceso a la carrera fiscal en España se realiza de conformidad a los principios de mérito y capacidad, a través de un sistema de oposiciones (que es común a las carreras judicial y fiscal) completado con un periodo posterior de formación y prácticas y que, una vez superada esta fase, los fiscales tienen garantizada la estabilidad en el empleo, lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico

no gozan de las mismas garantías que los jueces respecto de su inamovilidad por lo que su posición es más vulnerable. Por otra parte, su promoción depende en gran medida del Fiscal General del Estado, al que le corresponde proponer al Gobierno los ascensos y nombramientos para los distintos cargos, previo informe del Consejo Fiscal y oído el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma respectiva cuando se trate de cargos en las Fiscalías de su ámbito territorial.

En cuanto a la inamovilidad, los traslados forzosos de fiscales sólo pueden producirse en situaciones excepcionales. Si bien los fiscales pueden ser trasladados a petición propia, a consecuencia de una promoción o por la existencia de incompatibilidades, pero los traslados forzosos sólo pueden ser consecuencia de graves disidencias con el Fiscal Jefe o cuando tuvieran enfrentamientos graves con el Tribunal. La decisión sobre el traslado forzoso del fiscal está reservada al órgano que hubiese acordado su nombramiento en expediente contradictorio, previo informe favorable del Consejo Fiscal lo que, visto lo que hemos señalado con anterioridad, no parece un contrapeso suficiente.

En todo caso, lo que suele suceder cuando se trata de fiscales incómodos a los que se quiere apartar por las razones que sea de un determinado destino o de un determinado procedimiento no es tanto un traslado forzoso, con el desgaste que puede conllevar y la exigencia de informe favorable del Consejo Fiscal, sino que es más habitual acudir a reorganizaciones y asignaciones diferentes de funciones y de juzgados entre los distintos fiscales, reorganización que puede hacer su superior jerárquico sin la intervención de ningún mecanismo de contrapeso y que, en la práctica, produce los mismos efectos prácticos de un traslado. La falta de criterios objetivos previos para realizar estas reorganizaciones y asignaciones (o para evaluarlas antes y después de realizarlas) supone un riesgo de arbitrariedad y, en definitiva, un riesgo para la autonomía de los funcionarios.

En cuanto a la promoción en la carrera fiscal, hay que subrayar que no existe un sistema preestablecido de evaluación del desempeño de los fiscales que pueda funcionar como base para promociones profesionales ligadas al mérito y la capacidad —más allá de la antigüedad— y que permitirían reducir el fuerte elemento de discrecionalidad en las promociones que existe en la institución y que ha llevado a recurrir en varias ocasiones el nombramiento de fiscales ante los órganos judiciales entendiéndose precisamente que se conculcaban los principios de mérito y capacidad.

Como ya hemos visto, aunque el principal sistema para cubrir la mayoría de las vacantes en la carrera fiscal es el concurso de méritos existen también una serie de puestos, los correspondientes a la cúpula de la carrera fiscal, que se cubren por el sistema de libre designación. Pero incluso en los concursos de méritos es posible evitar el nombramiento de fiscales que no se consideran adecuados, elaborando un concurso de méritos «ad hoc» o declarándolo desierto. En definitiva, al no existir un sistema objetivo de evaluación del desempeño la libertad de elección del Fiscal General del Estado en cuanto a los puestos de libre designación (pese a la participación del Consejo Fiscal como hemos visto)

es prácticamente omnímodo; pero incluso en los concursos de méritos pueden producirse situaciones que lindan con la arbitrariedad.

Interesa destacar que a pesar de que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal prevé en su art. 13 que en la Inspección Fiscal se cree una Sección Permanente de Valoración, a los efectos de centralizar toda la información sobre méritos y capacidad de los Fiscales, con la finalidad de apoyar al Consejo Fiscal a la hora de informar las diferentes propuestas de nombramientos discrecionales en la Carrera Fiscal, esta previsión sólo se ha desarrollado muy recientemente, con la aprobación del RMF en los términos antes señalados y para los puestos de libre designación para los que hay que hacer un informe individualizado. Veremos qué recorrido tiene esta nueva previsión del RMF y si se seguirán produciendo nombramientos controvertidos, incluso con algunas sentencias estimatorias de las pretensiones de los candidatos preteridos que, sin embargo, han sido ignorados por la ex Fiscal General del Estado Dolores Delgado que volvió a nombrar al candidato de su confianza y además realizó unas manifestaciones al respecto muy preocupantes reveladoras de una profunda confusión sobre los fines y objeto de la institución.

En suma, la proliferación de cargos de libre designación en el Ministerio Fiscal sin que existan contrapesos suficientes —pese al nuevo RFM— genera una dinámica perversa en la medida en que se puede obviar el principio de mérito y capacidad y se puede elegir para puestos de mucha responsabilidad a personas afines al Fiscal General o, más habitualmente, a personas de la asociación de la que forma parte (recordemos que hay una asociación, la Unión Progresista de Fiscales (UPF), alineada con el PSOE y otra la Asociación de Fiscales, de tendencia conservadora y alineada con el PP, si bien existe una tercera asociación independiente, APIF, que ha conseguido recientemente un Vocal en el Consejo Fiscal).

En ese sentido, el GRECO recomienda que todos los puestos se cubran a través de procedimientos competitivos y que la promoción de los fiscales se base predominantemente en el principio de mérito, de acuerdo con la ley.

Por otra parte, hay que llamar la atención sobre la anomalía de que un reglamento preconstitucional, el Real Decreto 437/1969 de 27 de febrero, Reglamento orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, haya estado en vigor hasta hace unos pocos meses en que ha sido sustituido por el Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal.

Precisamente el nuevo RMF introduce algunas mejoras que es preciso reseñar. Efectivamente, un elemento fundamental a tener en cuenta en cuanto al estatuto de los miembros del Ministerio Fiscal es el régimen disciplinario al que están sometidos. La competencia para la imposición de sanciones varía según su gravedad, de manera que las sanciones más importantes corresponden a los órganos de superior jerarquía: la sanción de suspensión de funciones corresponde al Fiscal General del Estado mientras que la sanción de separación del servicio corresponde al Ministro de Justicia, a propuesta del Fiscal General del Estado, previo informe favorable del Consejo Fiscal. Las resoluciones del Fiscal Jefe son

recurribles ante el Consejo Fiscal y las resoluciones del Fiscal General del Estado son recurribles en alzada ante el Ministro de Justicia, siendo todas las resoluciones revisables en vía judicial.

Hay que subrayar que bajo la normativa anterior se han planteado problemas graves de expedientes disciplinarios en el Ministerio Fiscal, incluyendo casos muy mediáticos como la expulsión del Fiscal José Antonio Frago de la carrera fiscal por problemas con sus superiores, decisión que finalmente fue revocada por el Tribunal Supremo en una sentencia que puso de relieve de forma muy llamativa las escasas garantías existentes en expedientes disciplinarios de este tipo y el riesgo de arbitrariedad en decisiones de tanta trascendencia como la expulsión de un Fiscal de la Carrera fiscal.

El informe GRECO ha manifestado también su opinión respecto de la necesidad de desarrollar un marco normativo específico para asuntos disciplinarios en nuestro país, que esté sometido a las adecuadas garantías de equidad y eficacia, y sujeto a una revisión independiente e imparcial. Además, recomienda aumentar la transparencia de la acción disciplinaria en el Ministerio Fiscal incluyendo una información más detallada sobre las quejas recibidas, los tipos de infracciones cometidos y las sanciones aplicadas.

En ese sentido, el nuevo RMF establece un nuevo régimen disciplinario para los fiscales, atendiendo la recomendación del informe GRECO y asimilando el régimen al de los jueces y magistrados. Se contempla también las causas de abstención y recusación y se establece la obligación de notificar la resolución de apertura a quien haya presentado la denuncia o queja correspondiente. Por último, introduce el cargo de fiscal promotor de la acción disciplinaria.

Es importante destacar que se introduce nueva figura del Fiscal Promotor de la Acción Disciplinaria, con el cometido de iniciar y tramitar los expedientes disciplinarios, bajo cuya dirección se tramitan siendo las actuaciones preliminares, en todo caso, competencia de la Inspección Fiscal. El Fiscal Promotor concluye el expediente con la propuesta de resolución que trasladará al Fiscal General del para adoptar la resolución o la propuesta de resolución, según proceda de conformidad con el EOMF. Por cierto, no deja de resultar llamativo que se haya nombrado como Fiscal Promotor de la Acción Disciplinaria al fiscal Manuel Moix, que tuvo que dimitir como Fiscal Jefe de la Fiscalía Anticorrupción después de descubrirse que tenía una sociedad «off-shore» en Panamá.

Es interesante destacar que se establecen algunas limitaciones a sus capacidades instructoras, que la propia Exposición de Motivos del RMF reconoce que se introducen «a modo de contrapesos de su labor» dado que puede ser instado a modificar su propuesta de resolución, y además se le puede devolver las actuaciones si se aprecia la necesidad de práctica de otras pruebas que no haya admitido y practicado.

En cuanto al régimen de incompatibilidades, los fiscales en activo están sujetos a un régimen de incompatibilidades que les impide pertenecer a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de estos, o tomar parte en las

elecciones legislativas, autonómicas o locales. Además, el cargo de fiscal es incompatible con todo empleo, cargo o profesión retribuida, público o privado, con el ejercicio de la abogacía, excepto cuando tenga por objeto asuntos personales del fiscal, así como todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido.

El nuevo RMF con carácter general se refiere a las incompatibilidades ya recogidas en el EOMF regulando las actividades compatibles, los requisitos generales de compatibilidad, así como el procedimiento para la concesión de autorización a los miembros del Ministerio Fiscal para compatibilizar el ejercicio de su cargo con otra actividad, ya sea pública o privada, condicionándose dicha autorización a la aplicación de las limitaciones previstas en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Además, se establece la obligación de los fiscales de comunicar al Fiscal jefe la realización de aquellas actividades que por su naturaleza o carácter continuado puedan comprometer el recto ejercicio de sus funciones.

Por el contrario, no existe un periodo de *cooling off* o enfriamiento para pasar a desempeñar actividades privadas sin solución de continuidad después de haber sido fiscal en activo ni para ocupar cargos públicos o políticos. Al igual que sucede con los jueces tampoco hay problemas para reingresar directamente después en la carrera fiscal, al igual que ocurre con los jueces y magistrados, si bien este problema de «puertas giratorias» es menos frecuente en este colectivo. De hecho, la ex Fiscal General del Estado acaba de solicitar su reingreso en la carrera fiscal.

4. Relaciones con el Gobierno y dentro de la Fiscalía: las directrices de actuación y las instrucciones particulares

Según el art. 8 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público y la comunicación del Gobierno con el Ministerio Fiscal se hará por conducto del Ministro de Justicia a través del Fiscal General del Estado si bien cuando el Presidente del Gobierno lo estime necesario podrá dirigirse directamente al mismo. No está previsto que se impartan en ningún caso instrucciones al Fiscal General.

En este supuesto, el Fiscal General del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada. En todo caso, el acuerdo adoptado se notificará a quien haya formulado la solicitud. Sin embargo, es poco habitual que se utilicen estos mecanismos formales, por las razones anteriormente expuestas, dada la cercanía del Fiscal General del Estado de turno con el Gobierno que lo nombra en general y con el Ministerio de Justicia en particular.

Otro aspecto muy relevante que afecta a la gobernanza de la institución son las directrices que se pueden emitir desde la cúpula de la Fiscalía General del

Estado en base al principio de jerarquía o de unidad de actuación. Estas instrucciones de actuación de la Fiscalía y, especialmente, las instrucciones particulares en relación con un caso concreto, así como las posibilidades que tienen los fiscales para oponerse a ellas si consideran que no se ajustan a Derecho son un indicador clave para detectar si existen contrapesos internos y en qué medida quedan salvaguardados los principios de legalidad e imparcialidad frente a presiones indebidas.

El 25 del EOMF atribuye esta facultad del Fiscal General del Estado, señalando que los miembros del Ministerio Fiscal deberán poner en su conocimiento los hechos relativos a su misión que por su importancia o trascendencia deba de conocer. Estas órdenes, instrucciones y comunicaciones tanto en un sentido como en otro deben de cursarse a través de los superiores jerárquicos, poniéndose aquí de manifiesto el principio de jerarquía al que ya hemos hecho referencia. El fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes, pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia.

Existe también la posibilidad de que el superior jerárquico avoque para sí un asunto, en los términos previstos en el art. 23 EOMF que permite que « En cualquier momento de la actividad que un Fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones o antes de iniciar la que le estuviese asignada en virtud del sistema de distribución de asuntos entre los miembros de la Fiscalía, podrá su superior jerárquico inmediato, mediante resolución motivada, avocar para sí el asunto o designar a otro Fiscal para que lo despache. Si existe discrepancia resolverá el superior jerárquico común a ambos. La sustitución será comunicada en todo caso al Consejo Fiscal, que podrá expresar su parecer.» Este precepto puede dar lugar a abusos, como ha ocurrido en algunos supuestos muy mediáticos en que el superior jerárquico desconfiaba de lo realizado por su subordinado. En estos supuestos la garantía que supone la comunicación al Consejo Fiscal puede obviarse sencillamente remitiendo la documentación con retraso o sencillamente no remitiéndola y facilitando únicamente la resolución de avocación. Resulta por tanto sumamente sencillo despojar de un asunto concreto a un fiscal por las razones que sean sin suficientes controles.

Por otro lado, las instrucciones generales no suelen plantear problemas, precisamente por su carácter general y abstracto, con independencia de la existencia de los procedimientos concretos en los que deban aplicarse. Por el contrario, las instrucciones particulares presentan mucho más riesgo en la medida en que afectan o pueden afectar a procedimientos concretos política o mediáticamente muy sensibles, máxime si estas instrucciones no son transparentes o incluso tienen carácter informal.

Las instrucciones generales se instrumentan a través de circulares o instrucciones, pero el Fiscal General puede resolver también las consultas que las distintas Fiscalías puedan plantearle en relación con la interpretación de las normas.

Es importante subrayar que los fiscales sólo pueden recibir órdenes de sus superiores jerárquicos y que deben de emitirse por escrito. Cuando un fiscal recibe una orden o instrucción que considere ilegal o improcedente debe comunicarlo a su Fiscal Jefe mediante informe razonado. En caso de discrepancia entre el Fiscal y el Fiscal Jefe, este último debe plantear el asunto a la Junta de Fiscales y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. Ahora bien, si la orden supuestamente ilegal o improcedente procede del propio el Fiscal General del Estado resuelve él mismo el conflicto, si bien debe de oír a la Junta de Fiscales de Sala cuyo parecer no le vincula.

Por último, no se contempla la posibilidad de que el Ministro de Justicia dé instrucciones al Fiscal General del Estado o a la Fiscalía en general, pero la cultura política existente y la estrecha relación que suele existir entre Gobierno y Fiscal General no impide que se lleve a cabo de manera informal, lo que en ocasiones ha trascendido a la opinión pública. En ese sentido, ya hemos mencionado la presentación hecha en abril de 2022 a las Cortes de un conjunto de enmiendas legislativas que establecen una mayor regulación de las relaciones entre el Gobierno y el fiscal general del Estado, en la línea de lo que recomienda el informe GRECO de aclarar los procedimientos de comunicación entre el Fiscal General y el Gobierno, de manera que si existen se hagan públicos. Recientemente se ha presentado en el Congreso una propuesta en tal sentido, que ha originado un cierto debate.

5. La autonomía presupuestaria

También hay que hacer referencia desde el punto de vista de los contrapesos al hecho de que el Ministerio Fiscal no cuenta con presupuesto propio ni con cierta autonomía presupuestaria. El modelo de gestión descentralizado de la oficina del Ministerio Fiscal es un problema añadido en la medida en que, tal y como sucede con las oficinas judiciales, sus medios materiales y humanos dependen de las CCAA. No se puede aspirar a un Ministerio Fiscal autónomo si no tiene autonomía presupuestaria que le permita un buen funcionamiento sin necesidad de tener que solicitar una dotación de recursos humanos y materiales al Ministerio de Justicia o a las CCAA con competencias transferidas, que se pueden mostrar más o menos receptivos en función de muchos factores, entre ellos el de la mayor o menor afinidad. Nos referimos a recursos básicos como instalaciones adecuadas, programas y equipamiento informático y por supuesto personal auxiliar de apoyo.

Por último, una retribución adecuada de los fiscales es también un elemento esencial en la medida en que un porcentaje relativamente alto de retribuciones variables con respecto al salario fijo cuando no existe suficiente transparencia y objetividad los criterios a la hora de distribuirlos puede suponer también un riesgo de arbitrariedad y un condicionante importante para los miembros de la carrera fiscal.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A la vista de lo expuesto, parece imprescindible reformar la institución para reforzar tanto la autonomía e independencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo como su mejor funcionamiento interno, estableciendo un auténtico sistema de contrapesos internos, incrementando la transparencia y la rendición de cuentas en línea además con las recomendaciones que ha venido realizando el informe GRECO y, en los últimos años, también el informe del Estado de Derecho de la Unión Europea. No cabe duda de que el modelo de la institución, heredado del siglo XIX, se encuentra en crisis y debe transformarse en línea con lo que ya se está realizando en el ámbito de la nueva Fiscalía europea. En este sentido, hemos partido de las propuestas de mejora en el marco del Derecho europeo derivadas del estudio realizado por la Fundación Hay Derecho que siguen plenamente vigentes³.

En primer lugar, sería muy conveniente revisar el método de selección del Fiscal General del Estado para evitar situaciones como la de la elección como Fiscal General de una ex Ministra de Justicia y parlamentaria socialista, introduciendo algún tipo de cautela en ese sentido con carácter previo a la propuesta del Gobierno. También hay que revisar la duración de su mandato para evitar que coincida necesariamente con el del Gobierno. Aunque, de acuerdo con la Constitución, el Fiscal General del Estado debe ser nombrado por el Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial, nada impide —sino todo lo contrario— que tanto dicho nombramiento como su cese se realicen no conforme a criterios discrecionales del Gobierno, sino de acuerdo con criterios de mérito y capacidad y con un amplio consenso y control parlamentario. En definitiva, debe eliminarse toda injerencia política en el desarrollo de las funciones del Ministerio Fiscal en cuanto institución fundamental del Estado de Derecho. Esas modificaciones pueden introducirse en una futura modificación del EOMF.

En cuanto a la gobernanza y a los contrapesos internos, sería imprescindible establecer un verdadero sistema de codecisión dotando de mayores competencias al Consejo Fiscal y a la Junta de Fiscales de Sala, de manera que no baste con oírlos en la toma de decisiones, sino que sus informes sean preceptivos y, en las ocasiones más relevantes, vinculantes. Es cierto que el nuevo RMF ha realizado un esfuerzo en esta dirección, pero a nuestro juicio es todavía muy insuficiente, aunque sólo el tiempo nos dirá si hay un cierto cambio de tendencia que se manifieste en contrapesos en los procesos de toma de decisiones del Fiscal General del Estado.

Además, habría que revisar la composición del Consejo Fiscal para que fuera más plural y representativa de la carrera fiscal y no sólo de las asociaciones

3 FUNDACIÓN HAY DERECHO, *La Fiscalía, propuestas de mejora desde una perspectiva europea comparada*. Texto íntegro del informe disponible en: https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2018/11/FHD_ComparativaFiscaliasVFINAL.pdf

mayoritarias alineadas con los partidos políticos, eliminando también los vocales natos que son designados por el Fiscal General del Estado con la finalidad última de que pueda actuar como contrapeso esencial del Fiscal General. Habría que revertir el deterioro que se ha producido en su funcionamiento, hasta el punto de que se han desarrollado prácticas clientelares como promociones de los propios Vocales del Consejo Fiscal para diferentes cargos mientras pertenecían todavía a este órgano.

Una vez modificada su composición, en los supuestos de los ascensos y promociones y los de suspensión de funciones el Consejo Fiscal debe de actuar como un auténtico contrapeso y defender el principio de mérito y capacidad, evitando que el Fiscal General actúe con total discrecionalidad nombrando para los máximos puestos de la Fiscalía a personas afines o cercanas o pertenecientes a las asociaciones mayoritarias sin tener en cuenta dichos principios. En relación con lo anterior, es esencial igualmente establecer un sistema de evaluación objetivo y continuo del trabajo de los fiscales y de su desempeño, que podría establecerse fácilmente dada la actual previsión estatutaria. El art. 53 del RMF respecto a la necesidad de elaborar informes individualizados sobre los candidatos —aunque no queda claro si es sobre todos o sólo sobre el que se propone— y la necesidad de que se hagan públicos al menos para los solicitantes de la plaza, es un paso en esa dirección.

No podemos olvidar tampoco las garantías frente a otros mecanismos que pueden incidir negativamente en la imparcialidad y buen funcionamiento de la Fiscalía, como son los cambios de asignación de funciones o competencias en una misma fiscalía debidos a «reorganizaciones» que no se fundamentan en razones objetivas organizativas suficientemente evaluados o los cambios de criterio en la asignación de los asuntos que puede permitir, en definitiva, que fiscales incómodos sean apartados de determinados asuntos sensibles, lo que en este momento puede suceder sin la necesaria transparencia y sin un adecuado procedimiento al efecto.

En general, en todo lo relativo al estatuto del fiscal y a su carrera profesional, es preciso introducir criterios objetivos y mecanismos efectivos y garantistas de revisión de las decisiones finales en caso de discrepancia que no pueden ser competencia de los mismos órganos que tomaron las decisiones que se pretenden revisar. Pero hay que tener presente que la evaluación objetiva del trabajo no es posible si previamente no existe un plan estratégico claro y una planificación. No es posible medir el cumplimiento de objetivos si no están previamente definidos y son conocidos por todos, lo que debe de establecerse tanto a nivel de estrategia como a nivel puramente organizativo dentro de cada unidad de trabajo.

Parece también imprescindible, de nuevo en línea con las recomendaciones del informe GRECO, dotar de autonomía presupuestaria y de gestión a la institución. De esta manera sería la propia Fiscalía la que decidiría sobre la gestión de sus medios, tanto humanos como materiales, en cuestiones tales como el número de efectivos necesarios (tanto fiscales como personal de apoyo), su formación, los

medios informáticos, las oficinas y otras cuestiones básicas para el adecuado desempeño de sus funciones que dependen de otros organismos. En este punto la compleja organización competencial española determina que las relativas a los medios materiales dependan de algunas CC.AA. (no todas, dado que no todas asumieron competencias en materia de Justicia) mientras que otras (las relativas al presupuesto, número de fiscales y organización de la fiscalía) están en manos del Ministerio de Justicia.

En cuanto a las relaciones con el Poder Ejecutivo, el GRECO recomienda establecer claramente los requisitos y procedimientos de relación entre el Fiscal General y el Gobierno en la propia norma, con el fin de mejorar la transparencia de estas comunicaciones que muchas veces son puramente informales. En ese sentido, la falta de una cultura institucional sólida de autonomía e independencia del Ministerio Fiscal y no digamos ya la proximidad personal e ideológica facilita la existencia de intercambios de este tipo, que en ocasiones trascienden a la opinión pública (recordemos la reunión secreta entre el entonces Fiscal General del Estado, Eduardo Torres-Dulce, el Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, el Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy y el Rey Juan Carlos I en relación con el caso Urdangarín, que posteriormente trascendió a los medios de comunicación).

El problema es que cuando se han conocido públicamente algunos de estos encuentros se han encontrado no pocas voces que los han justificado, con una errónea interpretación de lo que supone la ejecución de la «política criminal», obviando los riesgos evidentes que este comportamiento supone para la objetividad e imparcialidad de la institución y la igualdad de los ciudadanos ante la Ley. En todo caso, parece necesario avanzar en la transparencia de estas relaciones estableciendo procedimientos claros y evitando la opacidad.

En definitiva, estamos en un momento crucial en el ámbito nacional y europeo desde el punto de vista de la defensa del Estado de Derecho y de la democracia liberal representativa como demuestra el papel central que se le ha concedido al Estado de Derecho tanto el debate público y en los informes de la Unión Europea que tienen esa denominación precisamente. Sin duda, el buen funcionamiento del Ministerio Fiscal es uno de los aspectos claves para tener en cuenta si queremos combatir la erosión de nuestras instituciones y el debilitamiento de nuestros Estados democráticos de Derecho.

TITLE: *The structure and internal checks and balances of the State General Attorney*

ABSTRACT: *Experts have highlighted the lack of autonomy of the Public Prosecutor's Office with respect to the Executive Power, but have paid less attention to the issue of its interna functioning. This study shows how the absence of internal checks and balances to the power of the State General Attorney leads to a lack of transparency and accountability that hampers the functioning of the institution. The study concludes by proposing reforms to reinforce both the autonomy and independence of the Public Prosecutor's Office with respect to the Executive Branch and its better internal performance, establishing an effective system of internal checks*

and balances, increasing transparency and accountability in accordance with the recommendations of different European institutions.

RESUMEN: *La doctrina ha subrayado la falta de autonomía del Ministerio Fiscal respecto al Poder Ejecutivo, pero ha prestado escasa atención al asunto de la gobernanza interna del Ministerio Fiscal. En este estudio se muestra cómo la ausencia de contrapesos internos al poder del Fiscal General del Estado conduce a una falta de transparencia y de rendición de cuentas que lastra el funcionamiento de la institución. El estudio concluye proponiendo reformas para reforzar tanto la autonomía e independencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo como su mejor funcionamiento interno, estableciendo un eficaz sistema de contrapesos internos, incrementando la transparencia y la rendición de cuentas de acuerdo con las recomendaciones de distintos organismos europeos.*

KEY WORDS: *State General Attorney, Division of Powers, Checks, and Balances.*

PALABRAS CLAVE: *Fiscalía General del Estado, División de poderes, Límites y contrapesos.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 14.09.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 03.11.2022

CÓMO CITAR / CITATION: De la Nuez Sánchez-Cascado, E. (2022). La estructura y los contrapesos internos de la Fiscalía General del Estado, *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 587-609.

