Una llamada de atención sobre la reforma en curso del Estatuto del Ministerio Fiscal*

María Angeles GARCIA GARCIA

El nombramiento de la máxima Jefatura del Ministerio Fiscal por el Rey, árbitro y moderador de todos los poderes —son muy pocos los cargos nombrados por el Rey—, la audiencia del Consejo del Poder Judicial, la imparcialidad y, en general, el diseño constitucional, el más explícito de las constituciones de nuestro entorno cultural, evidencian que el artículo 124 no se está refiriendo a un fiel servidor del Gobierno de turno, ni a un mero mandatario del Ministerio de Justicia.

Su posición dentro del título «Del Poder Judicial» y las funciones asignada por el artículo 124 a la institución la configuran de una forma determinada y suponen que se organice de tal manera que haga que aquéllas sean de posible realización.

Su diseño constitucional, por razones obvias de jerarquía normativa, debe determinar y presidir toda modificación del Estatuto y su desarrollo reglamentario sin que ni éste ni aquél puedan conculcar subrepticiamente los principios constitucionales.

Un Estatuto cuya finalidad es el desarrollo de los derechos, deberes, funciones y organización de una institución que tiene la misión constitucional de «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...», «con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad» (art. 124 CE), no es una ley cualquiera.

La historia de la institución muestra una progresiva debilitación de la dependencia del Ejecutivo. No sólo estamos muy lejos del antiguo procurador del Rey o del abogado del Fisco, sino también del Ministerio Fiscal representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial (art. 763, LOPJ, 1870), bajo la dependencia del Ministerio de Justicia (art. 16, Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial, y artículo 1, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1926), o del Ministerio Fiscal como "recadero" del Ejecutivo, de la Ley Orgánica del Estado de 1967, «órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia».

Si se trata de una evolución inacabada, no nos preocupa, pero sí nos inquieta la existencia de una voluntad política evidentemente proclive a la involución. Las funciones del MF determinan que sobre la Institución se produzca la máxima tensión entre Política y Derecho. La instrumentalización del MF por el ejecutivo es una vieja pretensión que todo el armazón jurídico plasmado en el Estatuto (fruto de un delicado equilibrio, emanado, en su día, del consenso político) trata de impedir. El Anteproyecto es una manifiesta involución, partiendo de dos afirmaciones indiscutibles, la temporalidad de las jefaturas y que la antigüedad no puede ser el único factor determinante de la asunción de responsabilidades en la Carrera Fiscal, socava los cimientos de esta, pretendiendo que sus cargos mas relevantes (y menos relevantes dada la extensión de los cargos de libre designación) se nombren con criterios de confianza política, como si se tratase nombramientos de personal eventual regulado en el artículo 20.2 de la Ley 30/84 de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

DESTINOS DE LIBRE DESIGNACION

El Pacto de Estado para la reforma de la Administración de Justicia proclama "la importancia de incorporar criterios de mérito, especialización, rendimiento y calidad de trabajo junto con la antigüedad para la promoción en el seno, de la Carrera Fiscal". La exposición de motivos lo recoge y añade: "la formación de cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal ha de ser fruto de un permanente compromiso personal de actualización y aprendizaje"; "De ahí que la reforma haya considerado oportuno que todos aquellos destinos correspondientes a Fiscalías cuya jefatura esté ejercida por Fiscal de Sala sean cubiertos con arreglo a criterios de idoneidad". Si bien en el articulado del Anteproyecto no hay ni una sola mención al principio de mérito y capacidad se entiende, pues, cumplido el Pacto de la Justicia con la referencia en la exposición de motivos de semejantes criterios que, insistimos, en absoluto aparecen en el texto normativo que es el único, no se olvide, de eficacia obligatoria.

La complacencia del informe del Consejo General del Poder Judicial es chocante: "La función del Consejo Fiscal en los nombramientos para determinados cargos aparece reforzada en la medida en que el artículo 36 establece un sistema de libre designación para integrar la plantilla en las Fiscalías cuyo jefe pertenezca a la primera categoría. Como se lee en la Exposición de Motivos del Anteproyecto "*El hecho de que las propuestas de nombramiento hayan de ser previamente informadas por el Consejo Fiscal, añade una garantía de que el juicio de idoneidad no va a ser fruto de la precipitación, sino del análisis ponderado del grado de especialización y valía de cada uno de los candidatos*". Por tanto, "frente al criterio tradicional de la antigüedad, el nuevo Estatuto introduce criterios de mérito y capacidad para cubrir destinos en Fiscalías como la del Tribunal Constitucional, la del Tribunal de Cuentas, la Fiscalía del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción

* En este comentario crítico se recogen dos de las cuestiones tratadas en el voto particular de la autora al informe del Consejo General del Poder Judicial, excesivamente complaciente con el Anteproyecto.

y Fiscal de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas". No obstante, pese a dicha complacencia y, tras afirmar en el informe que "el juicio de idoneidad necesario queda garantizado por el hecho de que las propuestas de nombramiento hayan de ser previamente informadas por el Consejo Fiscal", contradice lo precedentemente dicho y afirma "que en este punto, debería expresar el propio Estatuto que estos nombramientos se realizaran por concurso de méritos con arreglo a criterios de idoneidad, como, por otra parte, resulta de la Exposición de Motivos".

En resumen, el Anteproyecto da por cumplido el Pacto de la Justicia con la mera incorporación de criterios de mérito, especialización y rendimiento y calidad de trabajo en la Exposición de Motivos y el Consejo General se da por satisfecho con que exista un concurso de méritos con arreglo a criterios de idoneidad, solamente, para los Fiscales cuyo jefe pertenezca a la categoría primera pero no para el jefe mismo o el Teniente Fiscal de dichas fiscalías ni para los demás destinos relevantes y menos relevantes, del Ministerio Fiscal.

Los nombramientos discrecionales en el Estatuto todavía vigente, dejando aparte los de la Secretaría Técnica (cargos de confianza del Fiscal General y de designación directa por él), son los siguientes: Fiscales de Sala, Fiscales del Tribunal Supremo, Fiscales jefes de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, Tenientes Fiscales de aquellos órganos cuyo jefe pertenece a la primera categoría. En el Anteproyecto los nombramientos de libre designación son todos estos y además, los Tenientes Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia y *todos los Fiscales* de los órganos cuyo jefe pertenezca a categoría primera (Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Audiencia Nacional, Inspección Fiscal, Fiscalías Especiales para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción y para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas). Con ello, habida cuenta del número funcionarios de la categoría fiscal de la Carrera, el porcentaje es de una amplitud desmesurada se cuentan por cientos los destinos de libre designación sin que se prevea en el articulado criterios de mérito y capacidad para su nombramiento. Añádase a esto otros cargos de libre designación los llamados Delegados de las Fiscalías. A mayor abundamiento, el cese de todos los Fiscales Jefes por el mero trascurso del tiempo que supone, a su vez, nuevos nombramientos sin sujeción a criterios de mérito y capacidad con todo lo precedente se comprende fácilmente que el Anteproyecto socava el derecho a la promoción a la Carrera y al cargo que establece el artículo 51 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y los cimientos mismos de la Carrera. Por otro lado, no se olvide que los nombramientos según criterios de, mérito y capacidad, no solo sirven para satisfacer a los funcionarios y sus derechos sino para la satisfacción del interés público, parece, pues, que se trata de facilitar la máxima sumisión de los individuos del Ministerio Fiscal puesto que puede depender de su docilidad acrítica la promoción profesional con lo que su misión de defensa de la legalidad y su imparcialidad quedaran gravemente afectadas.

MOTIVACION

El empeño para que se incluyera en el Informe del Consejo del Poder Judicial la consignación de la motivación en los nombramientos discrecionales del Ministerio Fiscal ha resultado baldío. La razón de la no inclusión en palabras del ponente es la siguiente: "porque la motivación es consustancial a nuestro ordenamiento jurídico, podría subrayarse esta importancia pero no corresponde al Consejo General del Poder Judicial esta valoración jurídica". Opinión ésta indudablemente certera porque toda la doctrina científica especializada afirma que la motivación de los actos administrativos discrecionales y los nombramientos de los Fiscales lo son (del Consejo de Ministros o del Ministro de Justicia) han de ser motivados ya que es la única forma de hacer efectivo el mandato de control judicial de la actuación administrativa (art. 106.1CE) y el derecho fundamental a la tutela efectiva de los ciudadanos a los que dicha actuación afecta en sus derechos (art. 24.1 CE). Sólo la motivación permite hacer compatible la discrecionalidad con el Estado de Derecho que excluye todo poder puramente personal subjetivo y arbitrario. La Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común exigen con rango de Ley formal que toda resolución discrecional debe de ser motivada (art. 54.1 f)).

Lo discrecional y arbitrario son dos cosas que nunca es permitido confundir, lo no motivado es por sí arbitrario, todos los administrativistas insisten en este punto hasta la saciedad.

Según lo precedentemente expuesto, podríamos estar de acuerdo con el ponente sobre la superfluidad de añadir la motivación en el Anteproyecto, habida cuenta que esta es una exigencia del ordenamiento jurídico español, pero dado que hasta ahora solo se tiene conocimiento de dos nombramientos motivados, uno, asunto Fungairiño y otro, asunto Moscoso del Prado Muñoz, tenemos que concluir que es preciso incluir la motivación por que solo su existencia impide nombramientos no acordes con los principios de mérito y capacidad y permite, en su caso, la impugnación ante los Tribunales.

La inclusión es todavía más necesaria habida cuenta de la existencia de una sentencia de la Sala de Tercera del Tribunal Supremo Sección Séptima, de 12 de diciembre de 2000 que ha causado estupor en la doctrina administrativista y ha merecido acerbas críticas en las revistas especializadas (Raúl Bocanegra Sierra y Alejandro Huergo Lora con el significativo título "Un Paso atrás en el Control Judicial de la Discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar" en *Revista española de Derecho Administrativo* nº 111, julio-septiembre, 2001. Mariano Bacigalupo Saggese, "De nuevo sobre la motivación de los nombramientos discrecionales en la Carrera Judicial y Fiscal" en la Ley, 7 de marzo

de 2001) solo citamos estos dos trabajos por ser los más relevantes, no los únicos, no ha habido una sola opinión en apoyo de la tesis sostenida en la sentencia citada que afirma que no es necesaria la motivación por que no está prevista en el Estatuto que como *lex specialis* impide la aplicación del artículo 54. f) LRJ-PAC.

JUNTAS

La participación democrática en la elaboración de criterios y modos de actuación del MF, recogida con carácter general en el Estatuto (art. 24) a través de las juntas de Fiscalía, es una quimera y ello pese a la autocomplacencia mostrada en el informe: "para garantizar el respeto a este principio, las Juntas de Fiscales se erigen en órgano fundamental de coordinación, además de constituir el cauce de participación democrática de los Fiscales en las decisiones de la Jefatura, como expresó el Libro blanco del Ministerio Fiscal. A tenor de la Exposición de Motivos del Anteproyecto" "*La importancia que para el funcionamiento de la institución tiene la celebración de las Juntas de Fiscales, no necesita ser destacada. Un órgano constitucional cuyo ámbito funcional se edifica, entre otros principios, sobre el de jerarquía, aconseja que el debate y el análisis ponderado de los distintos temas, preceda a la toma de decisiones*".

A los miembros del MF no se les reconoce la facultad de someter a la Junta ningún tema de debate mediante su inclusión en el orden del día, fijado por el jefe, a no ser que los peticionarios asciendan a 1/5 de los fiscales destinados en la Fiscalía para la junta ordinaria, y la mayoría para la extraordinaria (el número exigido es ingente, en todo caso, pero especialmente en las macrofiscalías) y, además, abierta la junta cualquier asunto que en ella surja no puede ser debatido si la jefatura no lo considera oportuno y esto aunque lo pidan *todos* los funcionarios allí presentes.

Por no tener, no se tiene ni la posibilidad de conocer con antelación suficiente los temas a debatir (ningún plazo de comunicación previa se fija) para su estudio y ello pese a que la finalidad de estos órganos es «estudiar asuntos de especial trascendencia o complejidad». A mayor abundamiento, no se obliga a dar traslado a los Fiscales de la documentación pertinente para formar criterio, con ello se incrementa la opacidad en la actuación del Ministerio Fiscal.

Pese a resaltar la importancia que para el funcionamiento de la Institución tiene la celebración de las Juntas de Fiscales según se dice en la Exposición de Motivos, el artículo 24 del Anteproyecto prevé que "se celebren al menos semestralmente" si esto se une a lo precedente, la consecuencia es que "el análisis ponderado de los distintos temas precedente a las tomas de decisiones y pese al profundo significado de las Juntas como instrumento de participación democrática de los fiscales en las decisiones de la Fiscalía" (Exposición de Motivos) no ocurrirá nada mas que una vez al semestre a no ser que la Jefatura lo considere pertinente para tratar asuntos que tenga por conveniente cuyo conocimiento puede llegar a los Fiscales el mismo día de su celebración y sin otra información que el orden del día.