

Informe de perito

*Perfecto-Agustín Andrés Ibáñez**

En los regímenes libres, el ministerio público [...] no es más que el legítimo representante del derecho y de la justicia

Filippo Manduca, fiscal en Nápoles (1888)

I. Advertencia previa

Dado el objeto de este informe, y el marco jurídico-cultural e institucional en el que tiene su encaje el caso de que se trata, en lo que sigue, en su parte más general, se va a operar únicamente con dos modelos de referencia. Son los que, en la experiencia histórica y actual, encarnan, respectivamente, el máximo de dependencia del ejecutivo y el máximo de independencia respecto de este, en el modo de organización y en las prácticas institucionales del ministerio fiscal. El primero, también en su aparición en la escena, el francés, tuvo y sigue teniendo, en lo sustancial, de una u otra forma, gran implantación en la Europa continental y en los países de su ámbito de influencia, entre los que se encuentra Colombia. El segundo, es el vigente en Italia, derivado de la Constitución de 1948, apunta, podría decirse, hacia un *desiderátum* en la materia, habida cuenta –según hoy bien se sabe– de los costes que, para la calidad del ejercicio de la jurisdicción, tiene la dependencia política del

* Magistrado emérito del Tribunal Supremo (España). El texto del informe fue presentado por el autor a instancias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Yenina Martínez Esquivia contra Colombia; en esta oportunidad, en lugar del comentario habitual, hemos creído que este texto cedido por su autor a la Revista hace las veces de comentario a esta trascendental decisión llamada a introducir reformas en esta materia en el ordenamiento nacional.

ministerio público. Así, se dejará de tomar en consideración las peculiaridades del *prosecutor* anglosajón. Por lo demás, la sintética aproximación a los dos modelos que sigue, es obvio, se hará tomándolos únicamente en sus grandes líneas, sin descender a cuestiones de detalle.

II. Brevísimos apuntes históricos

En la búsqueda de los antecedentes del ministerio público europeo, como órgano connotado esencialmente por la titularidad y la capacidad de ejercicio de la acción penal, es frecuente que los autores se remonten a la Roma clásica. Es un tipo de indagación de indudable interés cultural, pero que resulta del todo ajeno al propósito aquí perseguido.

En efecto, pues, cabe decir, existe pleno consenso en que el origen de una función acusatoria dentro del proceso penal, encomendada a un órgano burocráticamente articulado, debe situarse en la Francia de comienzos del siglo XIX. Es allí donde, luego de la convulsa experiencia revolucionaria, hay que ubicar la recuperación de una figura propia del *ancien régime*, los procuradores generales o los procuradores del rey (*gens du roi*), dentro del diseño de la organización judicial propio del proyecto bonapartista, con su traducción al ámbito procesal-penal mediante el conocido como sistema acusatorio-formal o mixto. Pero conviene precisar que esa recuperación tuvo lugar en la clave de una férrea acentuación de la aludida articulación burocrática, como cuerpo de funcionarios fuertemente jerarquizado y vertical, prefigurada en el artículo 63 de la constitución del año VIII (1799), que encomendaba “la función de acusador público ante un tribunal criminal [al] comisario del gobierno”, cuyo nombramiento y revocación era competencia del primer cónsul (art. 41). El inmediato desarrollo legislativo de este precepto retomaba la también histórica figura de los “sustitutos”, por cuyo conducto aquel canalizaría la iniciativa de la persecución penal. De este modo, el vínculo jerárquico de sujeción del comisario al gobierno, se difundía capilarmente

dentro del ministerio público, instituido en representante del poder ejecutivo y sometido a su autoridad.

En el posterior tratamiento legislativo, debido al ordenamiento judicial de 1810, el vértice del instituto será ocupado por el procurador general que, bajo la dependencia del ministro de Justicia, monopolizará la titularidad de la acción penal, ejercida por sus sustitutos, funcionarios del ejecutivo, como delegados.

El modelo de organización más alternativo, podría decirse, al de estirpe napoleónica brevemente reseñado en lo que antecede, se gestó en el marco de la Asamblea Constituyente que alumbró la vigente Constitución italiana de 1948. En el punto de partida del tratamiento dado a la figura y función del ministerio público se situó un principio asumido de forma consensuada: el de la obligatoriedad de la acción penal. A partir de aquí, la falta de acuerdo versó, esencialmente, en el tipo de relación de aquel con el ejecutivo demandado por ese planteamiento inicial.

Pues bien, al respecto, desde el primer momento se delinearon, básicamente, dos posturas. Una primera, la representada por Piero Calamandrei, para quien el imperativo de sujeción al principio de legalidad reclamaba un ministerio público independiente integrado por magistrados asimismo independientes e inamovibles, único modo a su entender de hacer efectiva la independencia de la magistratura y su exclusiva sujeción a la ley. La segunda fue la defendida por Leone, que no veía ningún problema en conciliar la obligatoriedad de la acción penal con la atribución de su ejercicio a un ministerio público orgánicamente integrado en el ejecutivo, por la que se mostraba decidido partidario. La Asamblea Constituyente se decantaría, al fin, por un ministerio público integrado por magistrados inscritos en el ámbito del poder judicial, con algunas particularidades menores en el plano estatutario.

III. Dos modelos organizativos en contraste

En el ordenamiento francés, la dependencia del ministerio público respecto del poder ejecutivo se ha mantenido como una constante organizativa desde su napoleónico punto de arranque. Así, esa relación de subordinación y la articulación jerárquica del instituto son los rasgos estructurales que esencialmente le caracterizan. Como consecuencia, cabe afirmar, el auténtico jefe del ministerio público es el ministro de Justicia. De él depende el procurador general ante la Casación, que, por su parte, no tiene ninguna superioridad jerárquica sobre los fiscales jefes ante los demás tribunales, también situados bajo la directa dependencia ministerial. El ministro, al que compete el diseño de la política criminal, está facultado para impartir órdenes a sus subordinados y, de este modo, es claro, puede interferir de una forma directa en el concreto ejercicio de las funciones de los distintos órganos de la acusación pública en el proceso penal. De otro lado, el jefe de cada fiscalía goza de amplios poderes sobre los integrantes de esta, que actúan bajo su dirección. Así, es quien asigna la gestión de las causas entre sus subordinados, de un modo no definitivo, pues cualquier asignación puede ser revocada, y está habilitado para impartir instrucciones sobre el modo de conducirlas. En fin, emite regularmente informes sobre el desempeño de aquellos, cuyo sentido cuenta, como mérito o demérito, al efecto de las promociones en la carrera.

Por lo que hace a la intervención del ministerio público en el proceso en cuanto órgano de la acusación, recibida la *notitia criminis*, la valora discrecionalmente, con plena autonomía de criterio, formulando un juicio discrecional y no solo de legalidad, sobre la pertinencia de la persecución. Esto, sin que exista al respecto ningún control jurisdiccional, pues la eventual decisión de archivo de la causa solo es susceptible de recurso en vía jerárquica, ante el procurador general correspondiente y el ministro de Justicia. Según se ha anticipado, el modelo de organización alternativo en su planteamiento de base al francés es el italiano nacido de la Constitución de 1948.

El *pubblico ministero*, fue concebido en su origen (con fuerte influencia francesa) como órgano de relación entre el poder ejecutivo y el jurisdiccional. El vigente texto fundamental lo extrajo de la dependencia del primero para, dotando a sus integrantes de la calidad estatutaria de magistrados (condición a la que se accede por concurso), independientes, inamovibles, sin más distinción entre ellos que la meramente funcional (art. 107), haciéndolos parte de la institución judicial y atribuyendo la gestión de su estatuto al Consejo Superior de la Magistratura, órgano autónomo, entonces, de nueva creación. Así se puso en marcha la dinámica de una peculiar judicialización del ministerio público. En efecto, pues, como se ha dicho, la “magistratura”, engloba no solo a quienes ejercen funciones de enjuiciamiento, sino también a los integrantes del mismo, que tienen encomendado el ejercicio de la acción penal, en régimen de obligatoriedad y con independencia de cualquier otro poder (artículo 104). Aquí es preciso señalar que en Italia no existe un órgano centralizado con funciones *de gobierno* de la institución en sus actuaciones; pero sí una jerarquización interna de las fiscalías. En efecto, pues, en estas, el jefe (*Procuratore della Repubblica*) tiene la exclusiva titularidad de la acción penal y la actúa personalmente o bien delegándola en uno varios de los componentes del órgano (sustitutos), con la posibilidad de establecer criterios particulares a los que estos tendrían que atenerse. Algo distinto ocurre con las funciones de acusación en el juicio, donde el sustituto actúa con plena autonomía, en la que el jefe solo podría interferir en supuestos excepcionales, legalmente previstos.

IV. Hasta el proceso penal acusatorio y contradictorio: un largo camino

La historia del proceso penal en la Europa continental, riquísima en vicisitudes siempre ligadas a las del poder político, es susceptible de contemplarse en la mayor parte de su recorrido, también de forma sumaria, mediante el examen contrastado de dos modelos históricos, el acusatorio y el inquisitivo. Si bien conviene subrayar que estos, como tales “tipos ideales”, son más

bien abstracciones teóricas elaboradas con fines de estudio, que no *fotografían* experiencias concretas con fidelidad descriptiva.

El primero remite a una concepción jurídico-privada del delito, con lineal correspondencia en una consideración procesal-civilista del proceso penal. Tal es el paradigma prevaleciente en una parte de la Edad Media, que acabaría haciendo crisis en torno al siglo XIII, por su inadecuación a las necesidades represivas del estado nacional en incipiente curso de formación. Este asumirá como función propia la de la administración de justicia, atribuyendo un carácter oficial a la persecución del delito, librada ahora a la iniciativa de una nueva figura de juez, el “enemigo del reo” de beccariana memoria. Por influencia de la iglesia, la persecución del delito, considerada un momento particular de la general lucha contra *el mal*, justificaría el empleo de cualquier clase de medio. En particular, la tortura del imputado, al que la condición de sospechoso convertiría en la principal fuente de prueba de cargo, haciéndole mercedor de un trato *procesal* ya, en sí mismo, directamente punitivo.

La regular presencia del público acusador, el “vengador público” de Montesquieu, como empleado estatal, irá encontrando acomodo en el marco procesal de referencia, en las distintas experiencias nacionales, bajo la forma de distintas figuras.

Como es bien sabido, al pensamiento jurídico ilustrado se debe una ejemplar batalla histórica contra el proceso inquisitivo, con un planteamiento crítico que cristalizaría en la obra legislativa de la Revolución francesa. En esta, mediante distintas disposiciones aprobadas entre los años 1789-1792, se materializó la opción por un sistema procesal acusatorio, fundado en la acción popular, el principio de contradicción, la publicidad y oralidad del juicio, la libre convicción judicial y la institución del jurado. La experiencia sería de breve duración pues, sobre todo, con el código napoleónico de 1808, mediante la combinación de los sistemas inquisitivo y acusatorio, se dio paso al denotado como “sistema mixto”. Este –con una primera fase escrita y secreta gestionada por el juez instructor, con intervención del fiscal, y un imputado mero objeto de proceso y preferentemente privado de libertad;

y una segunda, de confrontación de acusación y defensa, en juicio oral y público— tendría considerable vigencia a lo largo del Siglo XIX y buena parte del XX. Hay que decir que por dos vías: la acogida en un importante número de legislaciones, y el profundo arraigo en el imaginario y la cultura de los operadores judiciales, perceptible incluso allí donde y cuando el sistema mixto hubiera dejado de regir.

El “sistema mixto” ha sido calificado por algún autor, con toda razón, de “monstruoso”, por autocontradictorio, debido a la pretensión, ideológica por imposible, de conciliar los dos modelos antagónicos, en que se funda. Así es, ya que la fase de investigación, escrita y secreta, con el absoluto predominio del juez instructor y/o del fiscal, se desarrolla de un modo avasallador sobre/ contra un imputado sin derechos, para el que la situación resultante se convierte en prácticamente irreversible y de muy difícil remoción en sus conclusiones. En efecto, puesto que el juicio oral, supuestamente destinado a restablecer el equilibrio en las relaciones entre la parte institucional y el ahora acusado, ya formalmente *restituido* en la plenitud del uso de las garantías procesales, cumplirá una función meramente ritual. Por la enorme dificultad, imposibilidad más bien, de cuestionar y remover el caudal de datos inculpatorios adquiridos de forma unilateral en la anterior etapa procesal. Una información minuciosamente documentada cuyo habitual destino será, por tanto, resultar confirmada en la vista pública, mediante el recurso a la lectura. En régimen, pues, de *ficta* contradicción.

El más que problemático modelo a examen, duramente cuestionado por un amplio y cualificado sector doctrinal, gozó de incondicionada y poco cuestionada vigencia en multitud de países de ambos lados del Atlántico, hasta que, en el constitucionalismo de segunda posguerra, se dio el doble paso decisivo consistente en consagrar, al más alto nivel normativo, los principios rectores de la jurisdicción y el estatuto del juez, y las garantías procesales básicas, a partir del derecho a la presunción de inocencia, unas y otro ahora derechos fundamentales. Este nuevo tratamiento de tales componentes estructurales y fundantes de la experiencia jurisdiccional, manifestación de una cultura alternativa a la tradicional en la materia, alcanzó gradual

expresión normativa en instrumentos internacionales de altísimo relieve, tales como la Convención Europea para la Protección de los derechos Humanos (1950), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos (1969). A partir de tales autorizados precedentes, siempre con lentitud, iría permeando las legislaciones y también la cultura de los distintos operadores.

V. El debido proceso de inspiración constitucional

La disciplina del proceso penal, tal y como resulta concebida en los instrumentos internacionales a que acaba de aludirse y en las constituciones de última generación, gira en torno a la presunción de inocencia, como principio normativo central y estructural de aquel y derecho fundamental del imputado. La razón es bien sencilla: solo su consagración con semejante rango, hace imprescindible un proceso penal de tales características.

En el proceso penal acusatorio y contradictorio, se produce la transposición a su marco de un método de verificación de hechos, a través de la separación y distribución de papeles entre los sujetos que intervienen en él, es decir, el juez y las partes (acusación y defensa), induciendo en estas la dialéctica de la confrontación. Así resulta una estructura y una dinámica de comunicación triangular, normativamente asegurada por tres garantías procesales: la aportación de una *notitia criminis* susceptible de comprobación, inicialmente como denuncia, que dará lugar a la apertura de la causa; la carga de la prueba de aquella, que pesa sobre el denunciante y eventual acusador; y el derecho de defensa, que corresponde al imputado, en su día, posible acusado. Son garantías que tienen un evidente perfil epistémico. Se trata de cautelas de orden procesal, dotadas, *prima facie*, de obvia naturaleza jurídica, porque están destinadas a articular, ordenándolo, un marco de esta clase. Pero, al mismo tiempo, en ellas, se expresan exigencias que son las idealmente llamadas a presidir cualquier marco de debate racional, que tuviera por fin la obtención de buen conocimiento empírico. Por eso la estrecha funcionalidad

de la primera a la segunda de las dos dimensiones de que se trata, pues, en efecto, es la garantía del equilibrio en las posiciones parciales enfrentadas en la arena del proceso lo que convierte a este en un útil instrumento de carácter cognoscitivo, a la vez que mantiene al juzgador en su sitio, en una posición de equidistancia, presupuesto *sine qua non* de la imparcialidad de la decisión.

En un proceso penal como el de que se trata –regido, por regla general, en todo su curso por el principio de contradicción– lo pretendido es verificar la veracidad de una imputación: su objeto es, pues, *comprobar* la eventual culpabilidad, no la inocencia del denunciado, lo que obliga a situar la afirmación (constitucional) de esta en el punto de partida. Así, la atribución a alguien de la autoría de un delito es solo *una hipótesis*, que, de ser verosímil por contar con bastantes datos de soporte, se tomará en consideración y dará lugar a la incoación del proceso. En ese momento, quien denuncia, no goza de ningún privilegio procesal; y tampoco le asiste ninguna presunción de veracidad en lo que dice, de manera que su actividad acreditativa deberá *partir de cero*. Si, en el desarrollo de la causa, esa hipótesis inicial apareciera dotada de la necesaria capacidad explicativa, con el imprescindible sustento de medios de prueba, recibirá el tratamiento de acusación formal y pasará a ser objeto de debate en el acto del enjuiciamiento verdadero y propio: un juicio oral y público.

VI. Debido proceso: el estatuto y el papel del fiscal

El juego de los tres elementos estructurales del debido proceso es el que induce la dialéctica de la contradicción. En ella el ministerio fiscal tiene atribuido un papel de singular importancia. De forma exclusiva o con algún tipo de intervención del ofendido por el delito (y en España también del *quisque de populo* mediante el ejercicio de la acción popular), le corresponde la iniciativa en el ejercicio del *ius puniendi*, el desempeño de la función institucional consistente en llevar ante la justicia a los responsables de acciones tipificadas como criminales. Esta circunstancia produce un efecto de particular relieve

para lo que aquí interesa, pues confiere al fiscal la condición de autoridad, es decir, un estatus que es también público, que implica consecuencias relativas a su posición y modo de operar en el proceso. En efecto, pues mientras la defensa puede recurrir dentro de este a cualesquiera medios legales a su alcance para obtener la absolución de su defendido, aun sabiéndole culpable, e incluso hacer un uso táctico del trámite con el único objeto de propiciar el juego de la prescripción del delito; el ministerio público *solo* está constitucionalmente legitimado para perseguir la condena de quien, a su entender, fuera tuviera la condición de efectivamente culpable, debiendo postular en otro caso su inocencia, todo dentro de la legalidad entendida del modo más estricto. Siendo así, la defensa se ejerce exclusivamente en favor del que tiene la condición formal de imputado o acusado, cualesquiera que fuere su relación con los hechos perseguidos. Pero el acusador público solo puede actuar como tal frente a este, cuando considere, con razonable fundamento, que en la causa existen datos de posible eficacia probatoria aptos para acreditar su culpabilidad más allá de toda duda razonable. Nunca en otro caso.

Por tanto, la paridad que se predica de las partes en el marco del enjuiciamiento no es sin más sinónimo de absoluta igualdad en el plano de los deberes jurídicos y tampoco desde el punto de vista epistémico. Esta existe, como se ha dicho, en el plano del acceso a las oportunidades de alegar, probar y debatir. Mas con la aludida particularidad de que, mientras la defensa podrá valerse de ellas, en todo caso, de la forma más coherente con los intereses de la persona asistida; no es descartable que el fiscal, por un imperativo de estricta legalidad, estrechamente vinculado como lo está por el principio de presunción de inocencia, dado el caso, tuviera que hacer valer determinados elementos de juicio llamados a operar en beneficio del imputado, dejando de ejercer, pues, la acusación.

De aquí —precisamente por efecto de la singularidad del rol procesal que los dos principios que acaba de invocarse, el de legalidad y el de presunción de inocencia, imponen al fiscal en relación con el proceso y dentro de él— se sigue, como exigencia, que debe disfrutar de un estatuto jurídico-constitucional

asimilable al del juez. Por la razón inobjetable de que su relación con la ley que, como en el caso de este último, es ley más constitución, tiene que estar libre de interferencias. La sujeción a ambas, para que resulte efectiva, ha de ser inmediata, o lo que es lo igual, darse sin mediaciones espurias, y sin más margen al ejercicio de la discrecionalidad que el que permite y es propio de la actividad interpretativa.

El principio de legalidad constitucionalmente entendido no puede ser confinado en la dimensión sustantiva. Es una construcción normativa compleja que proyecta requerimientos esenciales en otros dos planos, el procesal y el orgánico. Tanto que los tres momentos están estrechamente interimplicados, si bien los dos últimos tienen al primero como presupuesto. En efecto, pues, por ejemplo, ¿de qué serviría el imperativo expresado en el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, si no contase con la posibilidad real de ser actuado por sujetos institucionales idóneos por razón de su estatuto, y con la previsión de un cauce procesal adecuado para verificar el posible carácter típico de determinadas conductas en un marco de garantías?

En consecuencia, en el proceso penal, hay que decir que la relación ley/juez, tantas veces invocada como exclusiva, debe ser contemplada como relación ley/fiscal/juez, pues, en el curso de la formación de la decisión, la de este último con la primera discurre en clara interacción dinámica con el segundo. Tanto que, en rigor, no debería hablarse del juez en términos de independencia y sujeción *solo a la ley*, allí donde no pudiera decirse lo mismo del fiscal, porque su actuación se hallase condicionada por factores extralegales, al fin políticos. O, dicho de otro modo, la independencia judicial en la aplicación del derecho, para ser plena, tendrá que comenzar en la independencia del ministerio público.

No es tal lo que habitualmente sucede en la inmensa mayoría de los ordenamientos, en los que este suele estar incorporado a la órbita del ejecutivo y operar, de un modo u otro, bajo su disciplina. Suele decirse que *con independencia* funcional, y predicándose de él la condición de agente exclusivo de la legalidad, cual si esto resultase posible, sobre todo cuando se

trate de promover o intervenir actuaciones que afecten a sujetos públicos y, en particular, de las relativas a acciones de las que hoy suelen denotarse como de corrupción.

De este perfil formal de la institución se sigue una inevitable ambigüedad e incluso cierto carácter contradictorio en su modo de ser real, pues no hay manera efectiva de casar la exclusiva e imparcial sujeción a la ley con la dependencia de algún actor político, cuando resulta que la política es el reino de las legítimas parcialidades (que, sabido es, no son las únicas que concurren). Pero es claro que, allí donde se produzca ese contraste irreductible entre una línea constitucional de principio y un modelo organizativo que –ilegítima o incluso legítimamente– obstaculice su vigencia, es aquella la que deberá que prevalecer de forma incondicionada, por una elemental razón de jerarquía normativa y de ideal coherencia del modelo.

La experiencia europea de años recientes ha dado a luz una rica fenomenología en lo relativo al juego de estas dos variables y a su proyección sobre las prácticas de los distintos ministerios públicos. De todas las situaciones nacionales que pudieran evocarse, la italiana es, con mucho, la más ilustrativa, pero vale la pena hacer también una muy sucinta referencia a los casos de Francia y Alemania.

Como se sabe, Italia es el país donde una fiscalía con operadores dotados de la más alta tasa de independencia, puso al descubierto una tremenda red de corrupción sistémica de la política, merced a actuaciones penales de un alcance que se ha dicho, no sin razón, *revolucionario*, puesto que llevaron consigo el fin de la primera República. La respuesta a esa situación se tradujo en una complejísima serie de procesos que giraron en la opinión bajo el nombre de *Mani pulite* y que pusieron a prueba la capacidad operativa del aparato judicial, obligado a afrontar un estado de cosas completamente extraordinario. Y lo hizo con razonable eficacia, a pesar de que la jurisdicción no está para subrogarse en el papel de un sistema político fallido, *supliendo ex post* la absoluta falta de controles preventivos de legalidad, sino para dar satisfacción a las demandas de justicia de los particulares, y respuesta a las

desviaciones criminales producidas, de forma ocasional, dentro de marcos institucionales con un funcionamiento razonable, en cuanto políticamente autorregulados.

Simplificando, pero en términos bien reales, hay que decir que a la etapa de *Mani pulite* siguió la era de Berlusconi, poderoso empresario, corrupto de muy diversas corrupciones, convertido en jefe de gobierno, implicado en una multiplicidad de delitos. Este haría uso de todos los recursos a su alcance, de la manipulación del legislativo para promover leyes (*ad personam*) a la medida de sus intereses procesales, a la promoción de diversas reformas regresivas en materia de justicia, dirigidas a redimensionar a la baja la capacidad operativa de esta, en particular, frente a conductas criminales como las atribuidas a él con las mejores razones de hecho y de derecho.

Expresivo desde el mismo punto de vista, es el caso de Francia, donde, para hacer frente a la situación de descrédito sufrida por el ministerio público, debido a su dependencia política y al uso, asimismo político del principio de oportunidad en la persecución de los delitos, con gravísimas interferencias en asuntos *político-judiciales* (casos URBA y Tiberi, entre tantos), el presidente de la República se vio obligado a crear una comisión, la *Commission Truche*, anunciada a la opinión en 1996. Esta, en su informe, presentado en 1997, reclamó una neta clarificación de las relaciones entre la justicia y el poder político, y la limitación del campo de intervención del segundo, con ruptura del cordón umbilical existente entre el ministerio fiscal y el de Justicia. Seguramente, nada más expresivo a propósito del estado de cosas que dio lugar a esa iniciativa, que la noticia de prensa, relativa a un caso sonado de la época: “El fiscal de París afirma que Juppé cometió delito de injerencia, pero decide no procesarle” (*El País*, 12 de octubre de 1995). Hay que decir que las conclusiones de la comisión no han llegado a permear la legalidad. Por eso, no parece descabellado afirmar que podría seguir teniendo vigencia el histórico juicio de Carmignani sobre la institución, reformulado por Carrara, al hablar de la institución francesa del fiscal como “hija legítima del despotismo, que pretende esconder a sus centuriones bajo la toga, cuando ya no se atreve a armarlos de yelmo y coraza”.

Vale también la pena aludir de un modo telegráfico al caso de Alemania, donde el ministerio público, en cada uno de los *länder* y en el plano federal, depende del ejecutivo correspondiente, que a través del ministro del ramo puede impartirle instrucciones, tanto de carácter general como particular. La proyección práctica de este diseño orgánico, movió a Raoul Muhm, fiscal de Munich, a escribir hace algunos años: “la opinión pública está percibiendo con estupor y aprensión la aparente incapacidad de los fiscales para ejercer la acción penal frente a personas influyentes del mundo político y económico” (citando precisas referencias de prensa). Por su lado, la prestigiosa asociación judicial del país *Neue Richter Vereinigung*, bajo el estímulo de tal estado de cosas, hizo público en 2008 un “Alegato en favor de un Ministerio Fiscal independiente”. En él partiendo de que “la jurisdicción penal solo puede ejercerse por jueces independientes y libres de cualquier interferencia política”, y de que, en consecuencia, “solo puede existir una acción penal efectiva si existen fiscales independientes”, elaboraba una serie de propuestas organizativas en la línea expresada en el título del manifiesto.

Pues bien, si alguna conclusión puede extraerse de este ilustrativo excursus, es que una administración de justicia en contexto constitucional digna de su nombre –comprendido el fiscal–, para ser órgano real de la legalidad, debe gozar de un estatuto de independencia plenamente garantizado *erga omnes*, incluidos los sujetos de poder, en el caso de que sus actuaciones pudieran franquear la frontera del Código Penal. Y, siendo así, cualquier interpretación y aplicación jurisdiccional de preceptos legales y constitucionales en la materia, sobre todo, los de carácter estatutario, debe estar orientada a maximizar la efectividad de aquella. Algo imprescindible, por una razón de autoestima institucional, en el caso de la justicia, y para que esta pueda contribuir, en la dinámica del juego de poderes estatales, a que la política se responsabilice del efectivo control de sus propias actuaciones, a fin de que estas discurran regularmente dentro de la legalidad. No hace falta subrayar lo importante que para este fin es que todas las instancias judiciales, nacionales e internacionales, hagan valer con rigor constitucional

y la máxima coherencia lógica, la jerarquía de los principios en juego en todas sus resoluciones.

VII. Estándares internacionales en materia de estatuto del ministerio público

La necesidad de garantizar un estatuto de los integrantes del ministerio público a la altura de su rol constitucional de agente de la legalidad, ha sido objeto de preocupación de distintas instancias internacionales. Esta preocupación se ha concretado en la existencia de diversos instrumentos, convergentes en lo esencial a la hora de establecer las grandes líneas a las que los estados nacionales tendrían que ajustar su tratamiento del asunto. De estos instrumentos vale la pena destacar los siguientes: *Directrices sobre la función de los fiscales*, acordadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1990); la Recomendación Rec. (2000) 19, sobre el Papel del Ministerio Fiscal en el Sistema de Justicia Penal fue adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (2000); el Informe n° 12 del Consejo consultivo de Jueces Europeos e informe n° 4 del Consejo consultivo de Fiscales Europeos sobre “Jueces y Fiscales” en una sociedad democrática, conocido como *Declaración de Burdeos* (2009); y el Informe de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (*Comisión de Venecia*), sobre las normas relativas a la independencia judicial, parte II, el Ministerio público (2010).

Además, es de señalar que en la publicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulada *Garantía para la independencia de las y los operadores de justicia* (2013) puede hallarse un amplio y riguroso tratamiento del asunto, que incluye precisas referencias a la jurisprudencia de distintas instancias de la región. En el punto de partida de la aproximación al estatuto del ministerio público, en todos los textos reseñados, se sitúa la aludida condición de órgano de la legalidad, dotado de una función esencial para la administración de justicia, necesariamente condicionante de la calidad del

ejercicio de esta, lo que hace imprescindible la homogeneidad del régimen estatutario de sus operadores con el de los jurisdiccentes.

Ese perfil esencial de agente de la legalidad, en particular en el proceso penal, es una constante que se reitera en la definición del papel institucional del ministerio público en los distintos países, que, por otra parte, presentan diferentes regímenes de encuadramiento orgánico de sus componentes. Y a partir de tal doble constatación, el criterio es que esa primera cualidad es la que debe prevalecer de manera incondicionada, en cualquier circunstancia, a fin de que estos últimos, en los casos de que conozcan, puedan actuar de manera imparcial, condición *sine qua non* de su exclusivo sometimiento a la ley. Lo que significa que, como presupuesto, deberán gozar de la independencia imprescindible que les haga inmunes frente posibles injerencias interesadas en el marco de esta relación.

Desde el punto de vista estatutario, el criterio no puede ser más unánime: los fiscales deben gozar de un tratamiento equivalente al de los jueces, en materia de selección, promoción, cese, régimen disciplinario, estabilidad en el empleo y, en general, desempeño de la función, puesto que, al fin, como en el caso de estos, unos y otros, desde sus distintas posiciones en el espacio jurisdiccional, cumplen funciones estrechamente interconectadas y han de dar efectividad a idénticos valores constitucionales.

Existe asimismo una coincidencia plena en que las actuaciones y decisiones administrativas o de cualquier índole que puedan afectar negativamente a la situación de un fiscal, incidiendo en su relación de empleo público y/o en el ejercicio de su cargo, habrán de ajustarse a las exigencias de garantía propias del debido proceso, en materia de legalidad, competencia, derecho de defensa, transparencia del procedimiento, justificación expresa de las decisiones y derecho a impugnarlas en otra instancia si fueren desfavorables.

Saliendo al paso de prácticas frecuentes en la región y que tienen un claro reflejo en el caso objeto de examen, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado una preocupación, compartida con el Relator Especial de la ONU, por el fenómeno de los nombramientos de

fiscales para mandatos de corta duración, es decir, los connotados por la provisionalidad en el ejercicio del cargo. El resultado es que el sometimiento de los así designados a un régimen de patente inestabilidad, representa, objetiva y subjetivamente, un obstáculo insalvable para un ejercicio de la función conforme a principios. En efecto, ya que, en los supuestos de esta índole, el titular de la función en términos de semejante precariedad, no goza de ninguna de las garantías necesarias –independencia e inamovilidad, en particular– para hacer posible su ejercicio en condiciones de estricta sujeción a la legalidad, en particular cuando se trate de actuaciones que pudieran deparar alguna incomodidad a los sujetos de poder.

Cabe que tal clase de atípicas situaciones administrativas puedan darse en algunos supuestos, para salir al paso de ocasionales insuficiencias de personal de carrera dentro del servicio público. Pero, incluso aceptando como hipótesis la necesidad de acudir, con carácter excepcional y por causa justificada, a alguna clase de nombramientos temporales, lo cierto es que el estatus de empleo público resultante, debería rodearse de algunas elementales garantías, tales como una duración predeterminada del encargo, la adecuada tipificación de los supuestos en que este pudiera rescindirse de forma anticipada y la necesidad de un procedimiento reglado al respecto, la exigencia de motivación de las resoluciones que pudieran producir ese efecto, y el reconocimiento de la posibilidad legal de reaccionar frente a ellas en vía de recurso.

En este punto, la Comisión expresa, muy justificadamente, su preocupación por la posibilidad de que las remociones de tal clase pudieran resultar instrumentalizadas con fines espurios o constituir una suerte de sanciones encubiertas, cuya amenaza resultase gravemente condicionante de la calidad del ejercicio de la función por parte de sus titulares, colocados de ese modo en situación de extrema vulnerabilidad.

VIII. Circunstancias del caso a examen

Yenina Esther Martínez Esquivia, luego de haber ocupado, desde 1992, en situación de provisionalidad, diversos cargos dentro de la administración de justicia colombiana, el 8 de febrero de 2004, con sujeción al mismo régimen de empleo público, fue adscrita a la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública en Cartagena, como fiscal seccional n° 16, y nombrada Fiscal Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena. El día 4 de noviembre de 2004 se vio gravísimamente afectada en su derecho, al recibir la notificación de una resolución del Fiscal General de la Nación, del 29 de octubre, declarando insubsistente su nombramiento. Se da la circunstancia de que, con la misma fecha, la Directora de la Fiscalía, había dispuesto su traslado a Islas Providencia (notificado el día 3 de noviembre).

La primera resolución –dictada *de plano* y aquejada de un riguroso vacío de motivación– se produjo en estos términos: “*El Fiscal General de la Nación [...] resuelve: Artículo primero.– Declarar insubsistente el nombramiento de Yenina Martínez Esquivia [...] Artículo segundo.– La presente resolución rige a partir de la fecha de su comunicación y contra ella no procede recurso alguno*”.

Yenina Esther Martínez Esquivia entiende que esta sorpresiva decisión, simultánea en el tiempo y contradictoria con la del traslado, constituye una reacción sancionatoria encubierta en respuesta a su decisión de perseguir como delito de prevaricato la actuación del Secretario de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique, consistente en emitir una licencia para la recolección de basura a favor de una empresa en el municipio de Pasacaballo, sin haber cumplido el preceptivo requisito de consulta previa a las comunidades afrodescendiente de la zona, personadas en la causa seguida al respecto. Y señala que la aludida licencia fue concedida con posterioridad a su cese, y que el representante de las comunidades afectadas y que cuestionaron el otorgamiento de aquella murió asesinado.

IX. Sobre el estatuto del cargo de fiscal en régimen de provisionalidad

De la contestación del Estado colombiano a la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de someter el caso de Yenina Esther Martínez Esquivia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se desprenden, con encomiable claridad, los rasgos caracterizadores del régimen jurídico de un fiscal de nombramiento provisional como el producido en el caso de aquella. En lo que sigue se enunciarán de forma sumaria, pero suficiente.

La Fiscalía General de la Nación es la competente para decidir sobre la planta de su personal, que resulta encuadrado en dos categorías. La propia de la carrera administrativa, cuyo acceso se rige por los criterios de mérito y capacidad evaluados mediante concurso; y la de los designados con carácter provisional, que desarrollarían su cometido –se dice– en una situación de “estabilidad intermedia”. En esta segunda clase de supuestos, el régimen jurídico resulta ser extremadamente simple, en cuanto sujeto a la más absoluta discrecionalidad: en el nombramiento, en la duración del encargo y en la forma de las decisiones determinantes de la cesación en su desempeño.

De actos administrativos como el que dio lugar a la “insubsistencia del nombramiento” en el caso de la peticionaria, se afirma que gozan de la presunción de legalidad debido a que responden a las “razones del buen servicio”. Y que la garantía del afectado por uno de ellos que pudiera considerarse perjudicado, radica en la posibilidad de acreditar, en vía de recurso, que la decisión no se ajustó a los principios y reglas que rigen la potestad nominadora y que, por eso, habría concurrido desviación de poder.

X. Acerca del *modus operandi* de la Fiscalía General de la Nación en el caso a examen

De lo precedentemente expuesto se infiere que –en el concepto del Estado colombiano– el desempeño de un cometido institucional en el ámbito de la administración de justicia, en virtud de un nombramiento provisional, no sería una forma de empleo público. Que los operadores sujetos a ese régimen de provisionalidad, que fue durante largos años el de la peticionaria, carecen por completo de estabilidad en el cargo, del que podrían ser removidos en cualquier momento, de la forma más expeditiva, en uso de una discrecionalidad máxima, sin expresión de causa. Y, en fin, que los (muy peculiares) actos administrativos generadores de tal efecto gozan de una presunción de legalidad; y pueden ser impugnados.

El primer aserto es, desde luego, sorprendente, pues los investidos de aquella condición, por más que de forma interina, ejercen una función de inequívoco carácter público, en el marco de una relación de empleo de este carácter con el Estado, que los nombra, los somete a un régimen estatutario, les impone una dedicación, el lugar y el modo de prestarla, y les retribuye por ella. Todo, además, en el marco de una instancia de garantía que, por la naturaleza constitucional de su papel, demanda un rol ejercido conforme a principios y cuidadosamente reglado en todos sus aspectos.

Del segundo parece seguirse la conclusión, también sorprendente, de que algo tan serio como la remoción de la titular de una función del ámbito de la administración de justicia podría darse, como se dio, de forma aleatoria y sorpresiva, de un día para otro, sin un sustento de razones; mediante una especie de *ukase*, una orden perentoria, *cuartelera* casi, una suerte de abrupto: ¡*Váyase!* Desprovisto, por tanto, del mínimo de dignidad exigible de un acto jurídico con afectación de derechos. Una manera de operar que produce verdadero sonrojo y remite a los hábitos propios de un poder absoluto típicamente *ancien régime*.

La tercera afirmación reseñada es igualmente grave. Lo que con ella postula el Estado colombiano es que decisiones como la cuestionada, no solo pueden concretarse en un *porque sí*, carente de motivación, sino que, además, tal modo de proceder gozaría de una presunción de legalidad. Que es como decir de validez y de legitimidad; con el efecto –afirma el Estado colombiano– de desplazar *la carga de la prueba* de la ilegalidad de la decisión y de la concurrencia de una desviación de poder sobre quien se considere perjudicado por ella, que podría recurrirla. Pero se da la escandalosa circunstancia –sorprendentemente ignorada por el Estado colombiano en su escrito– de que la resolución del Fiscal General (*resolución*, solo porque, para referirse a ella, no hay más remedio que llamarla de algún modo), para más INRI, concluye *sentenciando*, de la misma apodíctica manera, que contra ella “no procede recurso alguno”. Peculiar el *modus operandi* de una institución que, teniendo el cometido constitucional de velar por la legalidad en un Estado de derecho, se arroga la prerrogativa de romper arbitrariamente una relación de empleo público, sin procedimiento, mediante una decisión carente de toda motivación fáctica y jurídica, y negando a la afectada la posibilidad efectiva de alzarse contra ella en otra instancia. Difícilmente podría darse nada más parecido a una simple vía de hecho. Paradójica vía de hecho con un soporte de papel de oficio. En el fondo *un acto de sinceridad*: la falta de expresión de razones de hecho y de derecho es, pura y simplemente, el reconocimiento, la franca confesión de la real inexistencia de estas o del carácter inconfesable de las que realmente concurrieron.

Lo alegado por el Estado colombiano, en defensa de tal actuación indefendible, choca de forma aparatosa con una convención universalmente asumida en la doctrina administrativista. La de que la presunción de legalidad no invierte la carga de la prueba de la regularidad de la decisión, que – en un contexto de estado de derecho y de democracia constitucional– solo puede pesar sobre el emisor. Lo que aquella impone al afectado disconforme es, simplemente, *la carga de la impugnación formal*. En efecto, pues obligar al perjudicado por una resolución totalmente opaca a conjeturar o imaginarse los motivos que hubiera tenido el órgano competente para dictarla, equivale

a imponerle una verdadera *probatio diabólica* y condenarle a la más absoluta indefensión. Y sostener *urbi et orbe* la legitimidad de tal criterio, equivale a reivindicar para la administración y en general para el poder público, una verdadera patente de corso para actuar a su antojo, a despecho de las consecuencias. No hará falta decir la clase de demoleedores efectos de orden jurídico-cultural que, una toma de posición tan poco ejemplar por parte del Estado colombiano, tendrá que producir en los operadores jurídicos del país, inducidos de facto, desde arriba, a la práctica del más oscuro decisionismo inmotivado.

Es un tópico consolidado en nuestros medios jurídicos que la noción de discrecionalidad no debe confundirse con la de arbitrariedad, y que el criterio de demarcación entre ambas radica en la circunstancia de que esta última se predica de aquella clase de supuestos en los que, por falta de sujeción a reglas, la voluntad subjetiva del órgano actuante se convierte en la *ley del caso*. Mientras que con la primera se hace referencia a modos de operar, con mayor o menor margen de autonomía, cubiertos por una habilitación legal y dotados de justificación suficiente. De aquí una afirmación también tópica: es la existencia de una motivación acreditativa de haber actuado con razonable fundamento normativo, lo que permite discernir la actuación discrecional de la arbitraria. O, dicho de otro modo: toda resolución que, afectando negativamente a derechos, no cuente con argumentada expresión de su *ratio decidendi*, habrá de ser considerada, al menos *prima facie*, arbitraria.

En el Estado colombiano, la Fiscalía General de la Nación y, por tanto, el Fiscal General (art. 249 de la Constitución), forman parte de la “rama judicial”, de manera que, es obvio, sus actuaciones están sujetas a las exigencias de principio que, según el texto fundamental y la ley, rigen para la función jurisdiccional. El deber de motivar las resoluciones judiciales no goza en Colombia de una acabada consagración normativa, pero, ciertamente, jurisprudencia consolidada, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema, le han atribuido un carácter vinculante, como parte esencial que es de las garantías, universalmente reconocidas, del debido proceso.

El Estado colombiano, en su escrito de respuesta, habla de un uso de la discrecionalidad, aquí del Fiscal General de la Nación, inspirado en “las razones de buen servicio”. De donde se infiere que, para que tal cualidad pueda atribuirse al acto administrativo de remoción de la señora Martínez Esquivia, este tendría que haber respondido a alguna causa legal, objetivable, debidamente identificada, con encaje en el campo semántico de aquel sintagma. Causa acerca de cuya existencia no puede pedirse un acto de fe, sino que tendría que resultar explícita y cognoscible por la simple lectura del texto del propio acto.

Siendo así, ¿cómo podrá sostenerse, con algún fundamento, que la decisión cuestionada –que, además de afectar negativamente a derechos de la persona concernida, incidió del mismo modo en el derecho del ciudadano colombiano a una justicia independiente– debe considerarse legítima, careciendo como carece de toda justificación expresa? ¿Cómo pretender que la agraviada podría cuestionarla con eficacia y sin indefensión, en vía de recurso, cuando el órgano decisor ocultó celosamente el motivo de decidir como lo hizo? Y ¿cómo hablar de existencia de razones y, menos aún, de *buenas razones*, en ausencia de un discurso que las explicita y cuando concurren indicios de todo lo contrario?

La resolución cuestionada, no importa reiterarlo, debería ser puesta bajo sospecha e incluso considerarse nula, ya solo por la falta de justificación expresa. Pero es que, además, de la información que obra en el expediente, se desprenden indicios que dotan de total plausibilidad a la hipótesis de que, si en el acto administrativo de destitución no figura la razón de esta, es solo porque la que realmente lo determinó, dada su ilegalidad, no podían tener constancia escrita. En efecto, pues si la causa del despido hubiera sido jurídica, obviamente, se habría hecho figurar como tal, por lo que esta falta de constancia acredita que solo pudo ser de naturaleza política, que es lo que la hizo inexpresable.

Lo acredita, primero, el hecho –inconcebible en una institucionalidad seria y en una práctica regular– de que, de forma simultánea con la

declaración de insubsistencia del nombramiento, se hubiera producido una orden de traslado, emitida por la fiscal-jefe del área de la señora Martínez Esquivia. Siendo así: ¿cómo interpretar semejante plural y contradictorio interés sobrevenido en apartarla del ejercicio del cargo, en general o solo del de aquel que concretamente desempeñaba? ¿Cómo explicar tal *esquizofrénico* modo de proceder en una institución de estructura piramidal, férreamente jerarquizada? ¿Por qué otorgar a esta el privilegio representado por la presunción de que tal desordenada e insólita manera de actuar pudo responder a razones de buen derecho, cuando la evidencia es justamente de todo lo contrario? ¿Es imaginable que, de existir una grave causa de despido producida en el ejercicio de la función, conocida por el Fiscal General, pudiera haber sido desconocida, en cambio, por la superior inmediata de la señora Martínez Esquivia?

De otro lado, se da la circunstancia indiciaria de que la destitución sorpresiva, cuyos motivos reales no constan, podría estar cronológicamente asociada a una decisión jurídicamente correcta pero *políticamente incómoda* de la fiscal afectada. La consistente en decidir y persistir en la persecución penal por prevaricato de una actuación administrativa como la que ella describe en las actuaciones, con seguro perjuicio económico para los responsables de una actividad empresarial contaminante del medio ambiente, en cuyo contexto se habría producido, incluso, el asesinato de una persona que lideraba la oposición de las comunidades afrodescendientes a semejante iniciativa. Son datos del contexto que el Estado colombiano no niega, limitándose a decir que no están acreditados en las actuaciones, y que, realmente, en sus medios, tendrían el carácter de notorios. Pero, lo cierto es que puede perfectamente prescindirse de ellos en el plano argumental, sin que el discurso de impugnación del acto que se cuestiona pierda un ápice de su potente carga de razón. Por la total falta de justificación expresa; por hallarse en relación de simultaneidad y de contradicción con otro acto de signo opuesto de otro órgano de la Fiscalía; y por la ausencia de causa legítima identificable o incluso hipotizable para proceder como se hizo, al no existir ningún otro motivo dotado de la mínima plausibilidad.

Por todo, la hipótesis de la peticionaria, acogida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consistente en presentar la extravagante manera de actuar de la Fiscalía como una iniciativa disciplinaria encubierta, no solo no tiene nada de gratuita, sino que responde a un riguroso ejercicio de racionalidad, a tenor de la información disponible sobre el caso. En efecto, pues los datos aludidos, que figuran en las actuaciones, prestan base racional para esa inferencia. Más, cuando aquel órgano, que no pudo en su momento dotar de transparencia a los motivos que le impulsaron a proceder de forma tan errática y anómala, tampoco luego ha podido explicarlos. Y cuando el Estado colombiano, por todo *argumento*, se limita a reaccionar oponiendo el mero formalismo de la supuesta extemporaneidad de aquella alegación de la Comisión, olvidando que ya aparece recogida en el primer escrito de la peticionaria, y que él mismo ha dispuesto de todas las posibilidades de contradecir al respecto. Sin menoscabo, por tanto, de su derecho de defensa.

La conclusión de que –en ausencia de otra razón debidamente acreditada– la decisión de la Fiscalía de rescindir la relación de empleo de la ahora peticionaria fue una forma de represalia, goza, pues, del mejor fundamento y, como tal, debe acogerse. Además, brinda una explicación, la más verosímil y razonable, de la necesidad de la Fiscalía General de la Nación de dotar de total oscuridad a su modo de proceder. Ya se ha dicho que es algo universalmente aceptado en la comunidad jurídica de los países de nuestro ámbito de cultura, que las decisiones que afecten el estatuto de jueces y fiscales (a su independencia, inamovilidad e imparcialidad), deben estar rodeadas de las garantías del debido proceso. Exigencia que se impone todavía con mayor fuerza en el caso de que las se produzcan en aplicación del derecho administrativo sancionador. Y esto por varias poderosas razones, atinentes unas de modo directo al estatus del afectado; y otra a la función objeto de desempeño.

De aquellas, una primera, de carácter sustantivo, es que, la eventual sanción, puede fácilmente llevar aparejada la afectación o privación de derechos fundamentales, de mayor relevancia negativa para su titular que la resultante de la imposición de algunas penas. Otra, que toda iniciativa

disciplinaria comporta la imputación de una conducta infractora cuya realidad no puede presumirse, sino que, en su caso, tendría que acreditarse probatoriamente, en un marco regido por el principio de contradicción, del que ha de formar parte el pleno uso del derecho de defensa en sus distintas proyecciones. Otra aún, es que el tratamiento no arbitrario de una hipótesis acusatoria, cualquiera que sea su carácter, exige la expresa consideración pormenorizada de todos los datos en presencia por parte del órgano decisor, obligado a argumentar su resolución tanto en lo relativo a la *quaestio facti* como en lo que se refiere a la *quaestio iuris*. Y otra, en fin, es que el afectado por una decisión sancionatoria deberá tener asegurado el derecho a impugnarla en otra instancia, algo solo posible si la *ratio decidendi* que la sustenta, cuenta con expresión textual suficiente que permita su conocimiento.

A estas debe añadirse el dato que cualquier actuación arbitraria que afecte al investido de una función pública, repercutirá, además, si no antes, en el ejercicio de esta, dándose, por tanto, objetivamente, en perjuicio del estado como estado constitucional de derecho. El acervo de cultura jurídica al que acaba de hacerse referencia, tiene eco regular en autorizada jurisprudencia de la generalidad de las instancias, nacionales e internacionales. Véanse, a título de ejemplo, algunas resoluciones.

La propia Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-155/2002, de 5 de marzo, declaró que “el ejercicio del poder del Estado para sancionar las faltas disciplinarias que cometan sus servidores, como mecanismo para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal consagradas constitucional y legalmente”.

El Tribunal Constitucional español, a partir de sentencias como la de nº 77/1983, de 3 de octubre, ha entendido de manera regular que “el derecho disciplinario es una especie del derecho punitivo [lo que] implica que las garantías sustantivas y procesales del Derecho Penal sean aplicables al régimen disciplinario”. Este planteamiento de base cuenta con un eco inequívoco

en sentencias como la de nº 135/2018, de 13 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Idéntico criterio luce en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con expresión, entre otras, en la paradigmática sentencia de 9 de enero de 2013, dictada en el caso Volkov contra Ucrania, que consagra como principios rectores del derecho administrativo sancionador los siguientes: conocimiento del caso por una instancia independiente e imparcial, establecida por la ley; aplicación de una legislación previsible que contenga las indicaciones adecuadas sobre las circunstancias en las que las autoridades pueden recurrir a medidas de ese carácter; observancia de las garantías procesales, entre ellas, el derecho del afectado a ser oído; y derecho a que la resolución eventualmente condenatoria sea revisada por un órgano independiente e imparcial.

XI. Conclusiones

A) En cuanto a los hechos

A partir de los antecedentes probatorios que obran en el expediente, hay que afirmar que existe un sólido cuadro de indicios acreditativo de que la declaración de insubsistencia del empleo de la señora Martínez Esquivia, como fiscal en situación de provisionalidad, fue una represalia encubierta:

1. Porque el acto administrativo del Fiscal General de la Nación que la decidió carece por completo de justificación expresa, es decir, de justificación, y, por tanto, de la mínima dignidad como acto jurídico, a pesar de que, afectando como afectaba gravemente al derecho de la señora Martínez Esquivia, e incidiendo en el desempeño de una función propia de la administración de justicia, tendría que haber contado con motivación suficiente desde el punto de vista fáctico y jurídico.

2. Porque ese acto se dio en simultaneidad temporal y en abierta e incomprensible contradicción con otro de la fiscal inmediatamente superior

a la señora Martínez Esquivia disponiendo su traslado. De donde se sigue que no debía existir un claro motivo legal para el despido que, de haber concurrido, tendría que ser conocido por aquella, que, por coherencia, no habría actuado como lo hizo.

3. Porque no consta que la señora Martínez Esquivia hubiese realizado alguna actuación censurable, por ilegal o antirreglamentaria, en el desempeño de su cargo, que le hiciera merecedora de una decisión como la emitida.

4. Porque no se siguió contra ella la formal apertura de un expediente sancionador o de despido, en el que, de existir, tendría que haber sido oída.

5. Porque la señora Martínez Esquivia atribuyó a su despido –con razonable fundamento en el contexto, en ausencia de cualquiera otra causa– el carácter de sanción implícita, de represalia encubierta por una actuación que pudo haber sido *políticamente incómoda*, cuya existencia tiene el carácter de hecho notorio en el ámbito de la Fiscalía, y cuya realidad en ningún caso ha sido eficazmente cuestionada.

6. Porque tampoco hay constancia de que, siendo la suya una plaza desempeñada en situación de interinidad, hubiera tenido que disponerse de ella para la colocación de un funcionario de carrera de nuevo nombramiento, que hubiese solicitado y obtenido, precisamente, ese destino.

B) En materia de derecho

a) En general, sobre el estatuto de quienes integran el ministerio público:

1. El ministerio público es un órgano del ordenamiento jurídico, encargado de hacer valer la legalidad, en particular, en el proceso penal; de donde se sigue que solo deberá estar vinculado por esta.

2. A los integrantes del ministerio público corresponde, en presencia de conductas previstas legalmente como punibles, promover la acción penal frente a todos, incluidos los sujetos de poder. Están obligados a desistir,

fundadamente, de su ejercicio, solo cuando hubiere razón legal que lo justifique.

3. El ministerio público, como institución, por razón de su función constitucional, debe gozar de un estatuto idóneo para garantizar su independencia, en la relación con las demás del estado.

4. La independencia externa del ministerio público es presupuesto necesario de la (interna) de cada fiscal, en el ejercicio de su función en el caso concreto. Y ambas contribuyen a dotar de mayor efectividad a la independencia de los órganos judiciales.

5. La independencia, considerada en esas dos vertientes, es, a su vez, rigurosa condición de posibilidad de la imprescindible imparcialidad en el ejercicio de la función por parte de los integrantes del ministerio público.

6. El régimen estatutario de estos, debe ser idóneo para asegurar su exclusiva sujeción a la ley y, al mismo tiempo, inmunizarlos frente a cualquier influencia o sugestión que no guarde directa relación con ella.

7. La inamovilidad, que en el caso de los jueces es presupuesto de su independencia, debe serles garantizada también a los fiscales, que no podrán ser trasladados ni apartados del conocimiento de un caso, de no ser por causa legal y con justificación suficiente y expresa.

8. La asignación de las causas dentro del ministerio público deberá producirse conforme a criterios preestablecidos.

9. Los nombramientos en régimen de provisionalidad deberán ser excepcionales, de duración directa o indirectamente determinada, y obedecer, como el cese, siempre con expresión de causa, a efectivas necesidades del servicio. Ejemplo: la producción de una vacante sobrevenida, por el tiempo que pudiera tardar en cubrirse de modo regular por un fiscal de carrera.

10. La regulación del estatuto del ministerio público y sus integrantes estará siempre sujeta a reserva de ley.

11. El ministerio público, como encargado de hacer valer la legalidad, la penal en particular, ha de operar con unidad de criterio, un criterio que, para evitar interferencias políticas, deberá ser de formación colectiva dentro de la institución.

12. Los miembros del ministerio público quedarán vinculados por los acuerdos alcanzados de ese modo, si bien, en caso de discrepancia, expuesta de forma justificada, si dotada de fundamento legal-constitucional, tendrán derecho a ser sustituidos en la conducción del caso.

b) En particular: acerca del régimen disciplinario de los integrantes del ministerio público

1. Solo podrán sancionarse en vía disciplinaria las actuaciones profesionales ilícitas, descritas taxativamente en la ley como tales.

2. Su persecución exigirá denuncia previa suficientemente expresiva. De esta se dará traslado inmediato al afectado que, desde ese momento, podrá estar presente en las actuaciones, alegar, proponer y practicar prueba, y defenderse en ellas, bien de forma personal o asistido de letrado.

3. De prosperar la denuncia, habrá de formalizarse la imputación, que será examinada por un órgano imparcial, en juicio contradictorio oral y público.

4. La resolución que ponga fin al expediente deberá contener la descripción de los elementos, de cargo y de descargo, integrantes del cuadro probatorio; la valoración suficiente de unos y otros a los efectos de la decisión; y la expresión de las razones de derecho pertinentes al caso.

5. El sancionado disciplinariamente tendrá derecho a recurrir ante otra instancia administrativa imparcial, que conocerá de la resolución impugnada en sus aspectos de hecho y de derecho y decidirá de forma motivada. La vista del recurso será contradictoria y pública.

6. La resolución administrativa sancionadora dictada en segunda instancia, podrá ser impugnada en vía jurisdiccional.

XII. Respuesta a las preguntas formuladas por la posible víctima

1ª. *¿Cuál es el beneficio para el estado democrático de proveer garantías el trabajo de los y las fiscales encargados de la persecución del delito?*

Por estado democrático hoy se entiende, es obvio, el constitucional y de constitución normativa. Uno de sus principios estructurales es el de legalidad, cuya vigencia reclama instituciones idóneas para hacerlo valer. Pues bien, en este contexto, puede decirse, la existencia de un ministerio público encargado de la promoción del *ius puniendi*, integrado por fiscales dotados de un estatuto adecuado, en particular en materia de independencia e inamovilidad, es un requisito *sine quo non*. Por tanto, una exigencia de principio, irrenunciable.

2ª. *¿Cuál es el grado de protección que debería tener un fiscal penal en un estado democrático de derecho?*

El idóneo para garantizar su exclusiva sujeción a la ley, connotado esencialmente por las garantías de independencia e inamovilidad, no obstante la estructura unitaria del ministerio público.

3ª. *¿Cuál es el grado de protección que debería tener un o una fiscal con base en el debido proceso y al principio de legalidad?*

Sirve la respuesta a la pregunta anterior, pero la referencia al proceso impone la introducción de un matiz. Este es que la asignación de las causas a los distintos miembros del ministerio público debería llevarse a cabo según criterios preestablecidos; y, una vez investido un fiscal del conocimiento de un caso concreto, solo podría ser apartado del mismo por razones legalmente previstas y en virtud de una decisión suficientemente fundada y susceptible de impugnación.

4ª. *¿Cómo se compara o relaciona la protección de que debe gozar el poder judicial con la protección que deben gozar los y las fiscales penales?*

De alguna forma, la independencia del juez en el proceso comienza en la del ministerio público. En ambos casos, las correspondientes actuaciones deben estar rigurosamente presididas por el principio de legalidad, y, en este sentido, los estatutos de los correspondientes operadores deben ser semejantes en lo esencial.

6ª. *En relación con las garantías que deben tener los y las fiscales, ¿cómo debe ser su relación con los superiores jerárquicos?*

Es, precisamente, en este punto donde radica la principal diferencia estatutaria entre el juez y el fiscal. Ello debido a que solo este (y no el primero) está integrado en una estructura institucional con algún grado de jerarquía interna. En tal sentido, no es descartable la posibilidad de que el fiscal-jefe o de grado inmediatamente superior pueda dar alguna instrucción concreta al encargado de un caso, sobre la forma de llevarlo. Pero esta deberá ajustarse de manera estricta a la legalidad, responder a los criterios de persecución formados colectivamente en la fiscalía; y el afectado por ella tendrá que ser oído, podrá expresar su discrepancia y, si esta fuera grave, deberá poder solicitar ser apartado del caso.

7ª. *¿Pueden los superiores jerárquicos ordenar la realización de una conducta o la adopción de alguna medida?*

Sí, pero en los casos y las condiciones que acaba de indicarse.

8ª. *¿Cuál es el grado de independencia y/o protección que deben tener los fiscales con respecto a sus superiores jerárquicos?*

El fiscal, ideal-constitucionalmente, debe estar sujeto solo a la ley. Siendo así, las órdenes o instrucciones del superior estarán legitimadas cuando se orienten a dotar de la mayor efectividad a las actuaciones de que se trate. Por eso, la exigencia ya apuntada de que tales órdenes o instrucciones se ajusten a la

legalidad y, cuando consistan en pautas operativas, a los criterios previamente formado de un modo colectivo dentro del órgano correspondiente.

9ª. *¿Qué importancia tiene la inamovilidad del cargo de un o una fiscal para su trabajo?*

La inamovilidad es la primera y más antigua de las garantías formales del estatuto del juez. Históricamente ha sido, puede decirse una anticipación del (más elaborado) principio de independencia. La exclusiva sujeción a la legalidad, hoy propia del juez y del fiscal, se cifra en la inexistencia de mediaciones ajenas capaces de interferir en su relación con la ley. Pues bien, la importancia de la garantía de la inamovilidad se debe a que constituye un detente frente a la forma más grosera de actuar esa clase de interferencia.

10ª. *En relación con la inamovilidad, ¿cuál es el efecto de no garantizarla para los y las fiscales penales?*

Dado el papel, ya explicitado, de esta garantía, su ausencia será determinante de la imposibilidad de que el fiscal acomode sus actuaciones de manera exclusiva a la legalidad. Desde un punto de vista constitucional exigente, un fiscal no inamovible sería una especie de no-fiscal. Un burócrata manejable y a disposición de la incontrolada discrecionalidad del superior.

11ª. *¿Cómo se afecta a las personas investigadas personalmente cuando no existen garantías para el trabajo de los y las fiscales?*

Tratándose de garantías que tienen como fin institucional asegurar la sujeción de las actuaciones del fiscal a la legalidad estricta y evitar cualquier clase de interferencias interesadas, en particular, políticas, su ausencia dará lugar a que estas puedan filtrarse de forma incontrolada en el ejercicio de la acción penal, dotando a este de un carácter extralegal y, por tanto, arbitrario.

12ª. *¿Cómo se afecta a las víctimas del delito cuando no existen garantías para el trabajo de los y las fiscales?*

La ausencia de esta clase de garantías supone, en general, la conversión del ejercicio de la acción penal en un acto directamente político, con la

degradación consiguiente de la calidad del ejercicio de la jurisdicción. En supuestos como el que se evoca, el mayor perjuicio se daría para las víctimas del ejercicio abusivo del poder público, que, además, dispondría en beneficio propio de la actuación del fiscal. Muy en particular en aquellos sistemas en los que este monopolice el ejercicio de la acción penal.

13ª. *¿Cómo se afecta a la sociedad democrática cuando no existen garantías para el trabajo de los y las fiscales?*

De tenerse en cuenta, como creo obligado, que no existe otra democracia digna de este nombre que la propia de un sistema de ciudadanos con derechos, la falta de esas garantías conllevará un serio déficit de protección de estos y, por tanto, una inevitable degradación de la misma como tal.

15ª. *Si un o una fiscal necesita ser removido, ¿qué requisitos o condiciones deberían observarse?*

Si por remoción se entendiera apartamiento de un caso, la cuestión ya está respondida. Si la referencia es a lo que en el lenguaje de la Fiscalía colombiana se llama “insubsistencia del cargo” deberían darse determinadas condiciones de mínimos. Primero, una absoluta reserva legal en la previsión de los supuestos. Segundo, una reserva, asimismo absoluta, de competencia de un órgano dotado estatutariamente de condiciones que hagan posible su sujeción solo a la ley. Tercero, un procedimiento ajustado a las exigencias del debido proceso. Cuarto, el carácter motivado de la decisión correspondiente, tanto en materia de hechos como de derecho. Quinto, la posibilidad de un recurso en vía jurisdiccional contra la decisión eventualmente desfavorable.

18ª. *¿Cómo se debería regular el establecimiento de cargos provisorios para respetar las garantías de los y las fiscales?*

Los nombramientos de fiscales en régimen de provisionalidad deberían tener un carácter rigurosamente excepcional y responder a emergencias concretas, legalmente previstas, como, por ejemplo, la cobertura de un puesto por cese reglamentario del titular en tanto se produzca la toma de posesión del nuevo. Por tanto, las provisionalidades *crónicas* o *endémicas* constituyen una

aberrante contradicción en los términos, que se potencia hasta el extremo cuando el estatuto de quienes ejercen en tales condiciones se encuentra por debajo del estándar legal-constitucional. En consecuencia, las únicas provisionalidades admisibles serían las de carácter coyuntural, producidas dentro del funcionamiento normal de la institución, por causas legales, de duración determinada o previsible, nunca arbitrariamente administrable, y ejercidas por fiscales interinos dotados de un estatuto asimilable al de los titulares.

En Toro (Zamora, España), a 17 de agosto de 2020.