

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 70/1 enero-junio 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7012022>

ESTADO DE DERECHO, INDEPENDENCIA JUDICIAL Y AUTONOMÍA DEL MINISTERIO FISCAL. HACIA UN MODELO EUROPEO DE FISCAL

*Rule of Law, judicial independence and autonomy of the
Public Prosecutor's Office. Towards a European model of
prosecution*

Annaïck Fernández Le Gal
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Córdoba

<https://doi.org/10.18543/ed.2497>

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 70/1, enero-junio 2022, págs. 111-140
<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

ESTADO DE DERECHO, INDEPENDENCIA JUDICIAL Y AUTONOMÍA DEL MINISTERIO FISCAL. HACIA UN MODELO EUROPEO DE FISCAL

*Rule of Law, judicial independence and autonomy of the
Public Prosecutor's Office. Towards a European model of
prosecution*

Annaïck Fernández Le Gal
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Córdoba

<https://doi.org/10.18543/ed.2497>

Recibido: 25.05.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

Resumen

En la Unión Europea la Fiscalía es una institución común, pero de configuración dispar. La importancia de su función y su protagonismo en el espacio jurídico europeo ha suscitado la preocupación por el riesgo de que su actuación esté más atenta a intereses gubernamentales que a la promoción de la justicia en defensa de la legalidad. Estamos inmersos en un proceso de convergencia de los distintos modelos de fiscalía en refuerzo de su autonomía y objetividad y asistimos a importantes reformas nacionales. La meta es el aumento de la confianza mutua en el funcionamiento de los respectivos sistemas de justicia penal nacionales y el robustecimiento del compromiso con los valores del Estado de Derecho, pilares de los ordenamientos nacionales y de la propia Unión Europea.

Palabras clave

autoridad judicial, ministerio público, fiscal, fiscal europeo, independencia, autonomía, cooperación judicial, Estado de Derecho, espacio jurídico europeo.

Abstract

In the European Union, the Public Prosecutor's Office is a common institution, but of disparate configuration. The importance of its role and its prominence in the European legal area has raised concerns about the risk that its action is more attentive to governmental interests than to the promotion of justice in defense of legality. We are immersed in a process of convergence of the different models of prosecutor's office in order to strengthen their autonomy and objectivity and we are witnessing important national reforms. The goal is to increase mutual trust in the functioning of the most respected national criminal justice systems and to strengthen our commitment to the values of the rule of law, pillars of national systems and of the European Union itself.

Keywords

judicial authority, public prosecutor's office, public prosecutor, European public prosecutor, independence, autonomy, criminal judicial cooperation, Rule of Law, European legal area.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL FISCAL COMO “AUTORIDAD JUDICIAL” EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA. 1. Planteamiento. 2. El fiscal como autoridad judicial garante de la libertad personal y otros derechos fundamentales y su condición de parte acusadora. 3. El fiscal como autoridad judicial en los instrumentos de cooperación judicial penal. 3.1. *Los fiscales como autoridades judiciales en las órdenes de detención y entrega (ODE)*. 3.2. *El fiscal en las órdenes europeas de investigación (OEI)*. III. INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA FISCALÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL: EL CASO RUMANO. IV. REFLEXIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En julio de 2021 comenzó a funcionar la fiscalía europea¹, configurada como fiscalía independiente (Considerando 16 y art. 6.1 Reglamento 2017/1939), a la que corresponderá instruir y acusar en el ámbito de delitos contra los intereses financieros de la Unión. La primera Fiscal General europea es Laura Kövesi, que fue fiscal anticorrupción en Rumanía, destituida por el Gobierno rumano tras sus críticas públicas a las reformas legislativas en materia judicial acometidas en su país. Es significativo que la primera titular de la nueva Fiscalía Europea haya sido una fiscal destituida en el marco de su actuación contra la corrupción en un país en el que precisamente la lucha contra la corrupción y el fortalecimiento del sistema judicial fueron decisivos en el mecanismo de adhesión del que se dotó a Rumania, y cuyo trabajo fue aplaudido de modo unánime por la comunidad internacional. A partir de ahora comprobaremos su bondad en la práctica y, en particular el encaje de los fiscales delegados con las fiscalías nacionales, algunas de las cuales, como la nuestra, aún no han asumido la instrucción², y, en cualquier

¹ Según el art. 541 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), «(l)a Fiscalía Europea será responsable de investigar y ejercer la acción penal ante el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia y vía de recurso contra los autores y demás partícipes en los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea en los que, con arreglo al Reglamento (UE) 2017/1939 (...) ejerza de forma efectiva su competencia».

² En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939, del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea se hace referencia precisamente a la particular necesidad de esta ley en nuestro país, dado que aún la instrucción de los delitos en nuestro sistema procesal penal -salvo en menores- descansa en el juez instructor. La exposición de motivos, por su parte, del todavía anteproyecto de LECR enfatiza cómo esta nueva ley obliga, más si cabe que antes, a nuestro país a dar el

caso, cuentan con normas organizativas y estatutarias diferentes a fuer de cometidos procesales distintos. Pero no me ocuparé de la Fiscalía europea, sino de las fiscalías nacionales, eso sí, con una mirada en clave europea, atenta a la jurisprudencia europea y al *soft law* en la materia. Las fiscalías nacionales cuentan con organizaciones heterogéneas, fruto de tradiciones históricas y opciones constitucionales dispares en la organización de sus sistemas de justicia penal.

El Ministerio Fiscal³ desempeña un papel irremplazable en el Estado de Derecho, promoviendo ante la justicia –destacadamente la penal– la defensa del interés público, es decir, instando la aplicación de la ley penal en el marco de un proceso con todas las garantías. El Ministerio Público da respuesta así a dos fines esenciales del Estado constitucional, en el ejercicio de su *ius puniendi*, que constituyen su razón de ser y su justificación institucional. Uno es la defensa del interés público en la persecución de los delitos, los cuales son tipificados y castigados en la ley penal, lo que debe hacer respetando la igualdad de todos ante la ley penal, y el otro, la garantía de un proceso debido, pues autoridades distintas, fiscal y juez, concurren desde posiciones separadas (ejercer la acción penal o acusar⁴ y ejercer la función jurisdiccional) para llegar a la sentencia condenatoria o absolutoria, que recoge la verdad del proceso, garantía del justiciable, como derecho fundamental. Este es el núcleo de su cometido, pero al fiscal se atribuyen muchísimos otros quehaceres, en la vía penal e incluso en la defensa del interés público o de colectivos merecedores de especial protección en procesos no penales. Aquí me limitaré al papel del fiscal en asuntos relativos al sistema procesal penal.

paso de encomendar la instrucción al fiscal, como es habitual en el panorama europeo, reformando la anciana ley de enjuiciamiento criminal que data de 1882, con múltiples reformas naturalmente.

³ Utilizo específicamente la expresión “Ministerio Fiscal”, por ser, muy probablemente, la más utilizada entre nosotros. En lo sustancial, es sinónima, y, por ende, resulta intercambiable, con las de “Ministerio Público”, “fiscalías” o “fiscales”, y sus correspondientes homónimos extranjeros. Podemos hablar también de “ministerio público”, con minúscula, para aludir de modo destacado a la misión, al fin institucional del Ministerio Fiscal, más de allá del grado de su institucionalización, que suele ser mayor en los supuestos de existencia de una Fiscalía General con cometidos sobre el conjunto de las fiscalías. En este sentido, puede resultar interesante contraponer aquellos ordenamientos que, no sin importantes diferencias, cuentan con esta figura (tales como Portugal, Lituania, España, Polonia, Hungría) a otros en que el fiscal general de la casación no es parangonable a nuestro Fiscal General, y hemos de considerar la posición de los fiscales jefes de las fiscalías y, en su caso, su sujeción a los Ministerios de Justicia. Prescindimos en este momento de la separación (España o Alemania) o la unidad de las carreras judicial y fiscal (esto último en el caso del fiscal francés, con particularidades respecto a sus colegas jueces, o del fiscal italiano, partícipes del mismo estatuto).

⁴ DíEZ-PICAZO, 2000.

El principal texto en la materia es la Recomendación (2000) 19, *sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal*⁵, que, partiendo de la variedad de sistemas, tradiciones y organizaciones de la fiscalía, “*entiende por Ministerio Fiscal la autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, por una parte, los derechos individuales y por otra, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal*”. En estos términos –conciliadores de la eficacia y la garantía de los derechos en la defensa de ley penal– define al fiscal, y a partir de ahí analiza los distintos problemas en torno al ministerio público, y, preocupado especialmente por los sistemas en los que el fiscal depende del gobierno, recomienda la adopción de salvaguardias que garanticen su autonomía y su resguardo ante mediatizaciones políticas. Esta Recomendación no solo sirve como mecanismo de diagnóstico de los sistemas judiciales domésticos en clave comparada, sino que permite bosquejar un modelo incipiente de “*fiscal europeo*”⁶. En este sentido, no es difícil apreciar una especial preocupación por la garantía de su particular independencia o autonomía, que es la dirección en la que, consiguientemente, alentará, cuando haya lugar, reformas de las normativas nacionales. En la construcción de este mínimo común denominador, la Recomendación 2000 (19) es la *norma de cabecera* de un *soft law*⁷ nutrido sobre el fiscal. El papel del Consejo Consultivo de Fiscales, al que se encomendó velar por la implementación de esta recomendación, ha dado como frutos importantes informes en la materia. De todo ello ha bebido la Comisión de Venecia⁸, que contempla estas exigencias, en lo que constituye un material fundamental a la hora de analizar los requerimientos europeos al fiscal, al igual que lo están haciendo las instituciones europeas en defensa del Estado de Derecho (*Mecanismo del Estado de Derecho*).

⁵ Esta Recomendación fue elaborada en el seno del Consejo de Europa por el Comité de Expertos sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia Penal bajo el auspicio del Comité Europeo para los Problemas Criminales, y adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su sesión celebrada el día 6 de octubre de 2000, durante la 724ª reunión de Delegados de los Ministros. Por su parte, la *Recommandation 1896 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (adoptée le 27 janvier 2010)* encomienda el encargo de ser el guardián de la buena aplicación de esta recomendación, sobre todo atenta al espíritu de independencia de los fiscales –“*en ayant notamment à l'esprit l'indépendance des procureurs et au vu des réformes ayant eu lieu dans les Etats membres depuis l'adoption de la recommandation*”–, al Consejo Consultivo de Fiscales, que vio la luz a la sazón. (v. VERCHER NOGUERA, 2018)

⁶ DELMAS-MARTY, 1994; 1997; PERRODET, 2001.

⁷ BUSTOS GISBERT, 2001.

⁸ La llamada *Comisión de Venecia* o *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho*, es un órgano consultivo que forma parte del Consejo de Europa y cuyo ámbito de actuación abarca cuestiones constitucionales.

La organización del ministerio público difiere en los distintos sistemas. En algunos países la carrera judicial incluye a jueces y fiscales como magistrados independientes, en otros son magistrados sujetos a la autoridad del Ministerio de Justicia, en otros son funcionarios no judiciales, dependientes del Gobierno o no, en otros se vinculan al Parlamento, y en Polonia el Ministro de Justicia funge de Fiscal General. Al margen de lo anterior, en líneas generales las fiscalías actúan en el marco de estructuras unitarias y jerarquizadas, en contraste con la personalización de funciones propia del juez. En algunos casos los fiscales actúan conforme al principio de obligatoriedad, mientras que en otros lo hacen conforme a un principio de oportunidad reglada o de legalidad diferenciada. La posibilidad de intervención de los particulares también difiere significativamente. A este respecto, destaca la singularidad de nuestro país, que garantiza constitucionalmente la acusación popular, frente al sistema general de monopolio oficial de la acusación pública, o los sistemas en que la participación de la acusación privada opera de manera residual y como contrapeso de la acción o de la inacción del Ministerio Fiscal.

Pero, sin duda, la principal preocupación se cierne sobre el riesgo de instrumentalización política del Ministerio Fiscal que pueda desviarlo de la defensa del interés público. Se trata del importante asunto de su independencia con respecto al Gobierno, que es el ámbito en el que mayores prevenciones aparecen. Especialmente preocupante para el Estado de Derecho es la situación que se da cuando ese condicionamiento supone trabas a la lucha contra la corrupción o contra la criminalidad de los propios gobernantes. Ciertamente, habida cuenta de la posición intersticial del fiscal, lo anterior puede poner en peligro igualmente la independencia de la justicia y menoscabar la separación de poderes, que constituye elemento definitorio del Estado de Derecho, y ello en un terreno tan sumamente delicado como es la aplicación de la ley penal.

Con ese fin, en primer lugar, daré cuenta breve de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH sobre el fiscal como “autoridad judicial” (sic), en el contexto de la cooperación judicial penal, tanto en su condición de autoridad emisora o ejecutora de órdenes de detención y entrega, o de investigación, en su caso, como en el plano de las garantías frente a limitaciones de la libertad personal u otros derechos fundamentales de los sospechosos de la comisión de un delito. Después prestaré atención al pronunciamiento del TJUE sobre las reformas de las leyes de justicia en Rumanía, y el peligro que la instrumentalización de la fiscalía puede suponer *de facto* para la efectiva independencia del poder judicial, en cuanto elemento medular del Estado de Derecho. Además, efectuaré una reseña de la tutela que el TEDH brindó a la actual Fiscal Europea frente a su destitución por parte del Gobierno rumano, que se considera vulneró su libertad de expresión, además de su derecho de acceso a la jurisdicción para controlar tal decisión gubernamental.

II. EL FISCAL COMO “AUTORIDAD JUDICIAL” EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

1. *Planteamiento*

La función genuina del fiscal es la de ejercer la acusación pública en nombre del Estado, lo que en la mayoría de los sistemas sucede, además, en régimen de monopolio. Es el *gatekeeper*, el *guardián* de las puertas del proceso. No es cuestión baladí. En su propia existencia descansa la garantía de separación entre la función jurisdiccional y la acusatoria, elemento definitorio del proceso debido. Por otra parte, el fiscal decide sobre el inicio o continuación de las investigaciones, dirige o supervisa la investigación, puede tener cometidos en la fase de ejecución de la condena y plantea recursos contra las decisiones judiciales. La distribución de los poderes y facultades entre los distintos actores en el proceso –juez, fiscalía, policía, víctimas y sospechoso de la comisión del delito– dibuja un panorama heterogéneo, con un peso importante de las tradiciones históricas nacionales, pero que tienden a converger como consecuencia de un modelo de proceso debido y contradictorio (art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [en adelante, CEDH] y arts. 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en adelante, CDFUE]). Es necesario subrayar la complejidad de la naturaleza jurídica de esta institución, muy condicionada por su recorrido histórico en cada país, sobre la que pivota la responsabilidad de la persecución del delito, y la obligación de hacerlo de manera objetiva y respetuosa de los derechos fundamentales.

En la fase previa al juicio oral, la llamada fase de “instrucción”, operan diferentes actores, principalmente la policía, los fiscales y los jueces. Es preciso recabar todas las pruebas necesarias que permitan acusar a una persona de haber cometido un delito. Esa actividad puede exigir la limitación de derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, la detención del sujeto y su puesta a disposición judicial. En ocasiones, estas medidas deberán ser adoptadas respecto a sospechosos que se encuentran fuera del Estado en el que el sujeto se persigue para ser condenado. Entre nosotros, el juez de instrucción sigue protagonizando ese *avant process*, en terminología francesa, frente al desplazamiento generalizado del juez instructor por el fiscal en el ámbito europeo⁹. En efecto, en este el fiscal es el protagonista en esta fase, y asume la dirección y control de la policía judicial, bien que situando a un juez de garantías, llamado a supervisar las medidas limitativas de derechos fundamentales, y que será quien las adopte precisamente a requerimiento del fiscal investigador. Esto supone proyectar también en esa fase previa la garantía

⁹ PERRODET, 2001.

judicial propia del juicio contradictorio. No se plantean problemas cuando un juez de libertades es quien limita los derechos fundamentales y el fiscal insta a tal limitación. Pero las cosas son distintas si consideramos al fiscal que dirige la actuación de la policía judicial o adopta tales decisiones en la instrucción, o incluso en una fase previa con la detención de un sujeto sospechoso de la comisión de un delito o la policía lo pone a su disposición.

2. *El Fiscal como Autoridad Judicial garante de la libertad personal y otros derechos fundamentales y su condición de parte acusadora*

Los tribunales europeos han sido llamados a pronunciarse sobre si el fiscal puede considerarse “autoridad judicial”, entendida como magistrado habilitado por la ley para ejercer poderes judiciales (así, limitación de la libertad personal), o si es posible atribuirle el control previo de la injerencia en determinados derechos fundamentales (así, privacidad), y también sobre si, pese a su condición de parte acusadora, está legitimado para plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

Que las fiscalías de los Estados miembros puedan considerarse “autoridades judiciales” a estos efectos se conecta con la independencia que se pueda predicar de la fiscalía, a la hora de tomar las decisiones de que se trate. Sin embargo, el fiscal no es juez, por lo que esa independencia no puede definirse en los mismos términos.

Por esa razón, con carácter preliminar, es necesario insistir en que la función genuina del ministerio fiscal es la de ejercer la acción penal. Puede, y de hecho es así, que tenga otros cometidos, pero en todo caso la existencia del Ministerio Fiscal tal como lo conocemos obedece a la necesidad de que el Estado ejerza la acusación pública. Y, sin embargo, a pesar de su condición de parte, el fiscal es—debe ser—*parte imparcial*, y, por eso, habrá de valorar de manera objetiva todos los elementos, tanto a favor como en contra del presunto responsable. Naturalmente, esa imparcialidad es predicable también respecto de la actuación del fiscal en la fase de investigación. Sin embargo, esa imparcialidad no puede asimilarse a la “*terzieta*” del juez. La razón es clara. El fiscal no es independiente de las partes, ya que él mismo es, en todo caso, parte acusadora, pero, a la vez, puede y debe operar como garante de la libertad, supervisando la legalidad de la actuación policial, en beneficio, a la postre, del derecho a la libertad personal del detenido.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular, en este caso en el contexto del art. 5 CEDH, que garantiza el derecho a la libertad personal y a la seguridad. Se trata de supuestos en que una persona es detenida por la policía y puesta a disposición no de un juez, sino de un fiscal que acumula la función instructora y la función acusatoria. Conforme al párr. 1º, letra c), de ese

precepto, la persona detenida debe ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de *otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales*, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento.

El TEDH tiene declarado¹⁰ (sobre todo, asuntos *Medvedyev c. France*: STEDH de 29 de marzo de 2010 y *Moulin c. France*: STEDH de 23 de noviembre de 2010) que, junto a las expresiones más precisas de juez y tribunal, el CEDH utiliza también (art. 5) las de autoridad judicial competente y magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales. Esto significa que las funciones judiciales del magistrado no son necesariamente jurisdiccionales. El magistrado –que podría ser un fiscal¹¹.– no se confunde con el juez, pero debe reunir igualmente ciertas condiciones, que son garantías para el detenido. Su posición no se concibe sin una habilitación por la ley –no sería el caso, por tanto, si sus poderes derivan de una práctica reversible–, y debe tratarse de una autoridad decisoria, de modo que no incluye a la autoridad que realiza una simple función consultiva. Estas condiciones se unen a las de imparcialidad e independencia, como garantías que eviten su arbitrariedad.

En el caso *Moulin*, con apoyo en la doctrina ya sentada en el asunto *Medvedyev* (aps. 123 y ss.), examinó aquel *les caractéristiques et pouvoirs du magistrat* (aps. 46 y ss.) y concluyó que, para dar satisfacción a las exigencias del CEDH, por un lado, debe poder ordenar el archivo tras haber escuchado a la persona y haber comprobado la legalidad y la justificación de la detención, pero, además, debe tratarse de una autoridad independiente del poder ejecutivo y de las partes, lo que excluye precisamente que pueda actuar como ministerio público, es decir, que pueda ejercer acciones penales contra el detenido. Nótese que precisamente el ministerio fiscal es la parte pública que ejerce la función acusatoria, por más que se predique la imparcialidad en su actuación. El TEDH, tras analizar en relación con Francia ambas condiciones, concluyó que no se cumplían ni en cuanto a independencia (ap. 57), ni en cuanto a imparcialidad (ap. 58), por lo que el fiscal no reunía las garantías de la exigible independencia respecto a las partes. Por tal razón, falló que se había producido una violación del art. 5 CEDH, lo que suponía que un fiscal con las características del francés no podía considerarse autoridad judicial a los efectos del art. 5.3 CEDH.

Este fallo generó una importante controversia en Francia que, junto a otros factores, da cuenta de la realización de reformas, en relación con la detención provisional, y en particular, por lo que ahora interesa, con el reforzamiento de la imparcialidad del fiscal y la supresión de órdenes jerárquicas

¹⁰ Se trata de una jurisprudencia que arranca del asunto *Schiesser c. Suisse* (STEDH de 4 de diciembre de 1979).

¹¹ V. TULKENS, 1998.

del ministro de justicia en asuntos particulares. El Consejo constitucional ha interpretado que el art. 66 de la Constitución, que consagra la independencia judicial, incluyendo a los fiscales, no significa la total asimilación del estatuto de estos al de los jueces, de forma que la independencia de unos y otros no puede construirse en los mismos términos¹².

A la postre, se trata de configurar los adecuados equilibrios que garanticen, por una parte, el control de la policía judicial por parte del fiscal, y, por otra, la garantía del juez en aquellas medidas que suponen la limitación de derechos fundamentales, particularmente la libertad personal del sospechoso. Es precisa, pues, una distribución de los roles de los partícipes en la fase del *avant process* que garantice los derechos fundamentales de los sospechosos, al tiempo que se despliega la investigación de un delito para su ulterior enjuiciamiento y, en su caso, la condena del culpable. Fiscal y juez, cada uno desde su particular posición, contribuyen así a la administración de la justicia penal.

Destaca también, ahora en el ámbito del TJUE, la Sentencia *Prokura-tuur*¹³, aunque no relacionada directamente con una orden europea de investigación (en adelante, OEI), sino con una medida de investigación nacional, en cuya virtud, el Ministerio Fiscal de un Estado miembro había acordado recabar los datos de tráfico y de localización correspondientes a ciertas comunicaciones electrónicas. Se discutía si, a efectos de la Directiva 2002/58/CE¹⁴ en relación con los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1 CDFUE, el fiscal podía llevar a cabo el control previo previsto en la Directiva y, por tanto, podía ser considerado la *autoridad administrativa independiente* a que se refiere esta. Y estimó el TJUE que las normas indicadas debían interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional que “*atribuye competencia al Ministerio Fiscal –cuya función es dirigir el procedimiento de instrucción penal y ejercer, en su caso, la acusación pública en un procedimiento posterior– para autorizar el acceso de una autoridad pública a los datos de tráfico y de localización a efectos de la instrucción penal*”.

A juicio del Tribunal (ap. 52), de esas normas se infiere que el órgano jurisdiccional o la autoridad independiente encargada de llevar a cabo ese

¹² Décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet].

¹³ Se trata de la STJUE (Gran Sala) de 21 de marzo de 2021 (ECLI:EU:C:2021:152); resulta asimismo de interés el escrito de Conclusiones del Abogado general (Sr. PITRUZZELLA), de 21 de enero de 2020.

¹⁴ Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO 2002, L 201, p. 37), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 11).

control previo debe contar con todas las atribuciones y garantías “*necesarias para conciliar los diferentes intereses y derechos*” afectados, lo que, en el caso de una investigación penal, se traduce en que “*ese órgano jurisdiccional o esa entidad esté en condiciones de ponderar adecuadamente, por una parte, los intereses relacionados con las necesidades de la investigación en el marco de la lucha contra la delincuencia y, por otra parte, los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales de aquellos a cuyos datos afecte el acceso*”.

La *quaestio iuris* se planteaba en el caso de que ese control fuese encomendado a una “*entidad administrativa independiente*”, no jurisdiccional, respecto de la que se estimó (ap. 53) necesaria la atribución “*de un estatuto que le permita actuar en el ejercicio de sus funciones con objetividad e imparcialidad*”, lo que exige que se encuentre “*a resguardo de toda influencia externa*”. Dicha independencia supone que esa autoridad (ap. 54) ostente “*la condición de tercero respecto de la que solicita el acceso a los datos, de modo que la primera pueda ejercer ese control con objetividad e imparcialidad, y a resguardo de toda influencia externa*”, lo cual se traduce en dos requisitos: “*que la autoridad que ejerce ese control previo, por una parte, no esté implicada en la realización de la investigación penal de que se trate y, por otra parte, que tenga una posición neutral frente a las partes del procedimiento penal*”. El corolario de la argumentación es claro (ap. 55): no puede considerarse que lo sea el fiscal. A él corresponde dirigir la investigación y, si ha lugar, ejercer la acusación pública, es decir, es *parte* y, por ende, no se puede considerar *independiente* ni *imparcial* (“*la función del Ministerio Fiscal no es resolver con total independencia un litigio, sino someterlo (al juez) como parte en el proceso que ejerce la acusación penal*”).

En otro plano, pero precisamente por mor de su condición de parte acusadora, el TJUE ya había negado la legitimación del Ministerio Fiscal a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales. Así sucedió en la STJCE (Sala 5^a) de 12 de diciembre de 1996 (asuntos C-74/95 y C-129/95, EU:C:1996:491). Se trataba de una cuestión prejudicial planteada por un fiscal italiano a propósito de un procedimiento penal sustanciado ante él, pero cuya función no era resolver con total independencia un litigio, sino llevar a cabo determinadas actuaciones procesales a fin de someterlo, en su caso, al conocimiento del juez competente. Como advirtió en aquel momento el Abogado General en su escrito de Conclusiones, el fiscal no era órgano jurisdiccional, sino que era parte del proceso, en el que ejercitaba la acción penal¹⁵, por lo que la cuestión debía ser inadmitida.

¹⁵ El Abogado General hizo constar la circunstancia, que me parece relevante, de que los hechos se produjeron (en abril de 1995, concretamente) no en relación con el *fiscal instructor*, incorporado a la legislación italiana con posterioridad, sino al *fiscal en ejerci-*

3. *El fiscal como autoridad judicial en los instrumentos de cooperación judicial penal*

El TJUE se ha visto abocado a interpretar el concepto de “autoridad judicial”, emisora o de ejecución, en el contexto de la cooperación judicial penal a través de órdenes europeas de detención y entrega (en adelante, ODE) y de OEI. En este ámbito contamos ya con un nutrido *corpus* jurisprudencial. Es posible constatar que el concepto de “autoridad judicial” se muestra como un concepto autónomo de Derecho europeo, que puede ser modulado en función del tenor, contexto y objetivos de la normativa correspondiente.

En la Unión Europea los mecanismos de cooperación judicial han alcanzado gran desarrollo en los últimos años en el ámbito penal. No es necesario insistir en ello. El principio de reconocimiento mutuo y la armonización de las legislaciones son las piezas clave en este proceso. El reconocimiento mutuo entre Estados miembros de las resoluciones judiciales encuentra su presupuesto en la confianza recíproca en los respectivos sistemas nacionales, pues es razonable presumir que todos ellos son respetuosos con las exigencias del Estado de Derecho¹⁶.

En este contexto, valores como la independencia judicial y la garantía de respeto los derechos fundamentales, junto con la observancia de las normas aplicables, revisten una importancia crucial. Por esa razón, la puesta en práctica de esos mecanismos de cooperación judicial ha hecho necesario interpretar los requisitos que deben reunir las autoridades judiciales para poder considerarse tales. No son escasas las Sentencias del TJUE –y escritos de *Conclusiones*– recaídas a este respecto, a propósito de resoluciones dictadas por autoridades judiciales europeas en el marco de esos mecanismos de cooperación judicial.

Vaya por delante que esas resoluciones son “judiciales” en tanto se adoptan por autoridades que ostentan ese carácter, conforme al marco regulador del procedimiento de cooperación judicial. Por otra parte, a estos efectos, el término «procedimiento» ha de entenderse en sentido amplio, de modo que puede abarcar tanto el procedimiento penal en su conjunto (fase de instrucción, fase de enjuiciamiento propiamente dicha y fase de ejecución de la resolución definitiva dictada por un tribunal de lo penal contra una persona declarada culpable de un delito), como alguna de sus partes singularmente

cio de la acción penal, por lo que no había lugar, *ratione temporis*, al debate sobre su legitimación para plantear cuestiones previas *en cuanto fiscal instructor y no en cuanto fiscal parte*.

¹⁶ V. Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal que figura en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere y adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 (DOCE C12, de 15 de enero de 2001).

considerada. Es claro que los fiscales, con un papel importante en esta fase del procedimiento, entran dentro del ámbito de aplicación de esta norma.

En este contexto, los primeros pronunciamientos tuvieron lugar con motivo de los problemas suscitados por las ODE, inicialmente, y por las OEI, después. En todos los casos, la cuestión que se plantea al TJUE es la de si la consideración de *autoridad judicial* ha de estimarse limitada a *jueces y órganos jurisdiccionales*, o si, por el contrario, incluye a otras autoridades, y, en particular, a los fiscales.

Se pone en valor que esta normativa viene a sustituir el anterior procedimiento de extradición, en el que la responsabilidad correspondía a la autoridad gubernativa o política¹⁷. Es precisamente en la vocación y propósito de articular una cooperación de naturaleza judicial, no política, donde reside la garantía para los posibles afectados por las medidas a que me voy a referir, y es, a la vez, la razón que da cuenta de los rigurosos requisitos que se exigen al fiscal para poderlo considerar, a estos efectos, autoridad judicial. No puedo ocultar que predomina en este ámbito una casuística que no siempre se comprende bien. Hay requisitos que, a la vista de la naturaleza e incidencia de una u otra medida, pueden llegar a ser muy diferentes. El TJUE ha tenido ocasión y necesidad de pronunciarse sobre ellos, tratando de dotar de una interpretación uniforme al concepto de *autoridad judicial*, a raíz de los reenvíos planteados por jueces nacionales. No podía extrañar que llegaran estos reenvíos al alto tribunal, en forma de peticiones de decisión prejudicial¹⁸, si

¹⁷ V.STJUE (Gran Sala) de 27 de mayo de 2019 (asuntos acumulados C-508/18 - OG [Parquet de Lübeck] y C-82/19 PPU - PI [Parquet de Zwickau]; ECLI:EU:C:2019:456)y, sobre todo, su ap. 43, que ha terminado por convertirse en una verdadera cláusula de estilo.

¹⁸ En todos los casos que traemos a consideración en este apartado, las cuestiones prejudiciales han sido planteadas por jueces nacionales. No ha sido así en un caso, en que lo fue por un fiscal. El juez europeo debe pronunciarse, así, sobre la admisibilidad del planteamiento de una cuestión por un fiscal, lo que abre el debate acerca de si éste puede ser considerado autoridad judicial a los efectos del art. 263 TFUE. Se trata de la STJUE (Sala 4ª) de 2 de septiembre de 2021 (asunto C-66/20 - XK; ECLI:EU:C:2021:670); aunque, en otro contexto, el asunto ya se había planteado en la STCE (Sala 5ª) de 12 de diciembre de 1996 (citada *supra*). El TJUE no seguirá, en el caso de aquella, el parecer del Abogado general, partidario de la consideración del fiscal como autoridad judicial a estos efectos. No es extraño que el problema procediera de nuevo de una fiscalía italiana (modelo de fiscal independiente, partícipe del mismo estatuto que los jueces). Su peculiaridad radicaba en que se planteaba, en el marco de la ejecución de una OEI, el problema (que el Abogado general consideró "*inédito*" en su escrito de *conclusiones*) de si el fiscal era *autoridad judicial* a los efectos del planteamiento de una cuestión prejudicial. Pese al parecer del Abogado general favorable a su admisibilidad, el TJUE inadmitió la cuestión. Este fallo se fundó en que la decisión de ejecución de una OEI, que corresponde a la autoridad de ejecución, en el caso un fiscal, no supone precisamente ejercicio de función jurisdiccional, no estamos en definitiva ante una resolución jurisdiccional que resolviera

partimos de la heterogeneidad conocida de los sistemas penales de los Estados miembros, y de los distintos modelos de fiscalía existentes. Ya el mero hecho de que se planteen dudas acerca de lo que el fiscal puede o no hacer es exponente claro de su singular naturaleza jurídica.

3.1. Los fiscales como autoridades judiciales en las ODE

La Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE L, 190, de 18 de julio de 2002 en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (DO 2009, L 81, p. 24; en adelante, Decisión-Marco ODE) se refiere (art. 6) a las autoridades judiciales, bien emisoras, bien ejecutoras de una orden. Las ODE se definen como una resolución judicial dirigida por un Estado miembro a otro Estado miembro para que éste busque, detenga y entregue a una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad (art. 1). Particular relevancia tiene el hecho de que esta Decisión, en su última versión, a diferencia de la Directiva OEI, no hace expresa referencia a los fiscales, junto a los jueces, como autoridades judiciales de emisión o de ejecución directamente, o bien validadoras de las órdenes emitidas por otras autoridades con competencias investigadoras, estas sí, no judiciales.

Algunos Estados han encomendado ese cometido a los fiscales¹⁹. Cuando ese es el caso, es frecuente que el juez conecedor de la causa plantee al TJUE la cuestión de si, a la vista de su estatus, puede estimarse que la autoridad emisora satisface las exigencias de la Decisión marco ODE, en particular en cuanto a su condición de autoridad “independiente”. Conforme a su art. 6.1, la autoridad judicial emisora será la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una ODE con arreglo al Derecho de ese Estado. Las primeras decisiones del TJUE se refirieron a autoridades emisoras, pero pronto llegaría *el turno* de las de ejecución. Se enfrentaba, pues, el TJUE al desafío de proporcionar miembros fiables a fin de apreciar si en esos casos los fiscales pueden ser considerados autoridades judiciales.

En principio, la respuesta a ese dilema se va a cifrar en la independencia, en cuanto cualidad definitoria de la función jurisdiccional, si bien no cabe

un litigio, por lo que no concurren los presupuestos que permiten plantear una cuestión prejudicial, y, por tanto, el fiscal no estaba legitimado para su planteamiento.

¹⁹ V. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, Bruselas, 2.7.2020, COM (2020) 270 final, ap. 3.1.

olvidar que estamos ante poderes judiciales que no suponen ejercicio de función jurisdiccional, sino, cuando se trata del supuesto normal de una ODE con vistas al ejercicio de acciones penales, de una actuación limitadora de la libertad personal del sospechoso, enmarcada en la fase de instrucción. Cuando en lugar de ante jueces, estamos ante fiscales, surge, inevitablemente, la cuestión del contenido y significado que debe atribuirse, a estos efectos, a esa *independencia*.

El concepto de *autoridad judicial* es más amplio que el de juez, de forma que comprende a los fiscales, en tanto estamos ante autoridades que *participan* en la administración de justicia penal. Quedan excluidos de tal consideración los servicios de policía, integrados en el ejecutivo o el ministerio de justicia²⁰, que no lo son en ningún caso. Los fiscales, en cambio, sí pueden serlo. No quiero decir que los ordenamientos nacionales los definan como autoridad judicial, o que formen parte, desde un punto de vista subjetivo, del Poder judicial en condición de magistrados. Estamos ante un concepto autónomo del Derecho europeo, que lo define a partir de las exigencias que deben imponerse a quien realiza determinados cometidos, en este caso emitir o ejecutar ODE.

Lo determinante es que la autoridad judicial emisora se halle en condiciones de garantizar a la autoridad judicial de ejecución que, a la vista de las salvaguardias previstas en el Derecho de aquella, actúa con independencia al emitir una ODE. Esta independencia exige que existan normas estatutarias u organizativas adecuadas para garantizar que la autoridad judicial emisora no se vea expuesta, en cuanto a la decisión de emitir tal ODE, a riesgo alguno de recibir instrucciones individuales del poder ejecutivo (STJUE [Sala 1ª] de 12 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-566/19 PPU y C-626/19 PPU; ECLI:EU:C:2019:1077, ap. 52).

En la actual situación del Derecho de la Unión, en efecto, los Estados miembros gozan de autonomía para atribuir ese cometido a jueces o a fiscales, pero, si son los segundos, han de estar revestidos de determinados atributos, es decir, deben concurrir las necesarias garantías que aseguren su independencia en el cumplimiento de esa función. Esto significa que no todos los fiscales de los Estados miembros, al margen de que cumplan cometidos similares, pueden ser considerados *autoridades judiciales* a estos efectos. En lo sustancial, esos requisitos persiguen el fin de conjurar el riesgo de que la actuación del fiscal venga condicionada o mediatizada, directa o indirectamente, por indicaciones o instrucciones del poder ejecutivo (por ejemplo, el ministro de Justicia) en un caso específico en lo relativo a la adopción de una

²⁰ V. SSTJUE (Sala 4ª) de 10 de noviembre de 2016 (Asunto C-452/16 PPU, *Poltorak*; EU:C:2016:858, apartados 33 y 35, y asunto C-477/16 PPU, *Kovalkovas*; ECLI:EU:C:2016:861, apartados 34 y 36).

decisión de emitir una ODE. La autoridad emisora debe poder actuar con objetividad e imparcialidad, a la vista de las pruebas de cargo y descargo concurrentes, y preservada del riesgo de que su decisión pueda quedar distorsionada por órdenes o instrucciones externas, provenientes, sobre todo, del poder ejecutivo. Debe asegurarse, en suma, que la decisión de emitir la ODE corresponde a la autoridad judicial emisora y no al Gobierno.

En algunos casos, el poder ejecutivo puede dictar instrucciones dirigidas a la fiscalía. En ese caso, la independencia de esta queda comprometida cuando se prevé la posibilidad de que revistan carácter particular, pero no cuando sean generales²¹. Cabe, pues, una relación de dirección a través de instrucciones generales que definan la política penal y criminal, pero nunca por medio de órdenes particulares referidas a un asunto concreto²².

No existen, sin embargo, prevenciones respecto a la dependencia interna. No es en modo alguno extraño. La organización jerárquica de la fiscalía constituye la opción generalizada, y se considera, incluso, idónea para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley. Es más, probablemente no sea imaginable otra situación, a la vista de la función del ministerio público²³.

No fue el expuesto, sin embargo, el parecer del Abogado general²⁴, quien sostuvo que la independencia exigible a la autoridad judicial no puede limitarse a la no sujeción a órdenes particulares del ejecutivo, sino que supone la inexistencia de cualquier otra fórmula de subordinación, tanto la dependencia interna, como la sujeción a instrucciones generales de política criminal del Ministerio de Justicia, y que pueden venir referidas a este tipo de órdenes²⁵. De estas Conclusiones cabe inferir que, a su juicio, solo un fiscal *independiente*, asimilado al juez—así, el italiano—, podría estar cualificado para emitir una ODE²⁶.

²¹ V. Informe de la Comisión... *cit.*, ap. 3.1.

²² STJUE (Sala 1^a) de 12 de diciembre de 2019 (asuntos acumulados C-566/19 PPU Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg y de Tours) y C-626/19 PPU, Openbaar Ministerie [Fiscales de Lyon y de Tours] ECLI:EU:C:2019:1077), aps. 55 a 58.

²³ V. Recomendación (2000) 19.

²⁴ V. escrito de Conclusiones de 30 de abril de 2019, asuntos acumulados C-508/18 PPU y C-82/19 PPU.

²⁵ En el caso al que se refieren esas Conclusiones, eran fiscales alemanes los que habían emitido la ODE; en opinión del Abogado general (ap. 95), la simple posibilidad de recibir instrucciones del Gobierno bastaba para excluir la actuación independiente del fiscal.

²⁶ Por eso, ese Abogado general, ante la cuestión prejudicial planteada por la fiscalía de Trento, Italia, era partidario de admitir la legitimación del fiscal y, por tanto, la admisibilidad de la cuestión, criterio que no fue compartido por el TJUE: STJUE (Sala Cuarta) de 2 de septiembre de 2021 (asunto C 66/20; ECLI:EU:C:2021:670, citada *supra* nota (18).

En suma, la autoridad emisora debe poder ofrecer garantías a la de ejecución, en concreto, garantías organizativas y estatutarias²⁷. No basta con que la autoridad de emisión forme parte de la Administración de Justicia penal, esté sujeta solo al principio de legalidad, ni con que exista la posibilidad de recurso judicial contra su decisión (necesaria, en principio²⁸), como tampoco la inexistencia de instrucciones *de facto*, o el hecho de que se haya adoptado una convención en la práctica o una decisión política que así lo determine. Deben existir, digamos, garantías adicionales de que esta independencia está jurídicamente garantizada de una manera efectiva.

Estas garantías se entienden existentes, para el TJUE, por ejemplo, en Francia y en Lituania (STJUE [Gran Sala] de 27 de mayo de 2019; asunto C-509/18; PF Fiscal General de Lituania; ECLI:EU:C:2019:457; aps. 53 a 56). Reparemos en que se trata en sendos casos de organización de fiscalías bien diferentes. Mientras que el fiscal francés es magistrado integrado en la autoridad judicial (art 66 Constitución), el fiscal lituano forma parte de una estructura independiente del Poder Judicial.

No ocurre lo mismo con los fiscales alemanes²⁹, que se consideran funcionarios no judiciales dependientes jerárquicamente del ministro de Justicia Federal y de los *Länder*, y, por tanto, expuestos al riesgo de recibir órdenes particulares, relativas a un asunto concreto, que bien pudiera ser una ODE. Por eso, el TJUE los excluye del concepto autónomo de autoridad judicial emisora.

Es interesante comparar la posición del fiscal francés y alemán. En Francia, el fiscal está sujeto a la autoridad del Ministerio de Justicia, pero desde la reforma de 2013³⁰ este no puede cursar a los fiscales instrucciones individuales, aspecto en el que, como se ve, el TJUE sitúa la clave de la independencia del fiscal. En Alemania, tras los pronunciamientos del TJUE, se ha

²⁷ Para el caso de que la autoridad de ejecución albergue dudas, v. STJUE (Gran Sala) de 17 de diciembre de 2020 (asuntos acumulados C-354/20 PPU – Openbaar Ministerie y C-412/20 PPU – Openbaar Ministerie; ECLI:EU:C:2020:1033).

²⁸ En efecto, el fiscal no es juez y, por tanto, su decisión tiene que ser controlable judicialmente, como una exigencia del Estado de Derecho, sin que basten los controles derivados de la estructura jerárquica de la que forma parte; no obstante, la STJUE (Sala 1ª) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-627/19 PPU, Openbaar Ministerie [Fiscal de Bruselas], ECLI:EU:C:2019:1079) declaró (ap. 39) que dicha posibilidad de recurso judicial contra la resolución de la autoridad emisora no es necesaria cuando se trata de una ODE de ejecución de una pena.

²⁹ STJUE (Gran Sala) de 27 de mayo de 2019 (asuntos acumulados C-508/18 - OG [Parquet de Lübeck] y C-82/19 PPU - PI [Parquet de Zwickau]; ECLI:EU:C: 2019:456), aps. 76 a 90

³⁰ La ley nº 2013-669, de 25 de julio de 2013, suprimió esa posibilidad de dictar órdenes particulares.

encomendado a los jueces la emisión de ODE. Se ha planteado una posible reforma³¹ de la legislación actual, suprimiendo las órdenes del ministro. El tema está abierto, pero de momento la mayoría ha rechazado tal reforma. En cualquier caso, es irrelevante la práctica seguida de no cursar estas órdenes o de limitarlas a supuestos excepcionales. El solo riesgo de poder ser destinatario de una orden en tal sentido excluye la catalogación como autoridad judicial. Sin embargo, permítaseme considerar esta solución del TJUE críticamente, si pensamos comparativamente en las garantías estatutarias de los fiscales francés y alemán, yendo por delante que aquellos son magistrados partícipes de la autoridad judicial, garante de la libertad individual (art. 66 Constitución francesa). Los fiscales alemanes, en cambio, son funcionarios no judiciales. Sin embargo, mientras que la competencia disciplinaria de los fiscales franceses reside en el Ministerio de Justicia, aspecto en el que no se ha conseguido aún reformar la Constitución francesa para equipararlos con sus colegas jueces, en Alemania la potestad disciplinaria sobre los fiscales no corresponde al ejecutivo, sino a los tribunales disciplinarios, que son los mismos que garantizan la posición de los jueces³².

Con ello que quiero decir que colegir solamente de un aspecto (la posibilidad de sujeción a órdenes particulares del Ministerio de Justicia) el estatuto de independencia del fiscal me parece desacertado, lo que sorprende aún más cuando esta confianza se refiere a una institución consolidada, como es la fiscalía alemana³³. Si damos por supuesta la heterogeneidad en la organización de las fiscalías, el grado de independencia debe venir dado por un análisis de contexto, que tenga en cuenta en conjunto las cuestiones estatutarias, organizativas y procedimentales, a fuer de la práctica en las relaciones entre las fiscalías, los propios jueces, y el resto de poderes públicos, principalmente el ejecutivo en el nivel federal, o en los de los distintos Estados; además de una cuestión fundamental, como es la manera en que una y otra fiscalía está sujeta al principio de oportunidad reglada, o de legalidad diferenciada, en el caso alemán, mientras que el fiscal francés dispone de la acción pública conforme al principio de oportunidad, o el grado de descentralización que el Estado federal alemán imprime a la organización de la justicia y particular de la fiscalía.

De hecho, el Consejo Constitucional francés resolvió (Décision n° 2017-680 QPC du 8 Décembre 2017) en sentido negativo la cuestión sobre si el

³¹ Dan cuenta de ellos los informes del Estado de Derecho 2020 y 2021 de la Comisión Europea relativos a Alemania.

³² MATHIAS, 1999.

³³ Existe un elevado grado de confianza pública en la independencia judicial en Alemania, como atestiguan los Informes del Estado de Derecho, y resulta del Cuadro de indicadores de la justicia en la EU de 2020.

particular estatuto de los fiscales vulnera el principio de independencia de la autoridad judicial y la separación de poderes, además de las exigencias de la tutela judicial efectiva. En ella, reitera el modelo constitucional de ministerio fiscal partícipe de la autoridad judicial, pero vinculado al gobierno, responsable de la política penal, fruto de la exigencia de cohesión la independencia de lo judicial y el principio democrático. No otro es el motivo que los alemanes han puesto sobre la mesa para abstenerse de dar pasos de desvinculación del ministerio fiscal del ejecutivo.

Por eso, quizás me seduce más la consideración de la independencia fáctica en la que puso el foco la Corte Suprema británica, en el caso *Assange*, en el que tuvo que pronunciarse precisamente sobre esta cuestión, ya que la ODE había sido cursada por una fiscalía sueca, una vez que un juez de ese país decretó la orden de detención nacional. Teniendo en cuenta la práctica de varios países europeos, incluso anterior a la Decisión Marco ODE, los magistrados no entendieron que el concepto de autoridad judicial pudiera interpretarse de manera restrictiva, limitada solo a *los jueces*, a pesar de que la última versión omitiera la referencia expresa a los fiscales, por lo que desestimaron la apelación de *Assange*³⁴. Frente a un análisis, a mi juicio, demasiado formalista, da la impresión de que la Corte suprema británica se conforma con una “*independencia fáctica*”. *Assange* adujo la jurisprudencia europea contraria a la consideración del fiscal como autoridad judicial en el sentido del art 5 CEDH, pero, para el alto tribunal británico, esa jurisprudencia no impide la consideración del fiscal como autoridad judicial emisora en las ODE.

En la STJUE (Gran Sala) de 24 de noviembre de 2020 (asunto C-510/19, *Openbaar Ministerie*; ECLI:EU:C:2020:953) el problema se plantea en torno a la *autoridad de ejecución*³⁵, y, más en concreto, en si el fiscal puede desempeñar el rol de *autoridad judicial de ejecución de la orden de detención y entrega*³⁶. La peculiaridad del caso es que la cuestión prejudicial la plantea el Estado requirente ante las dudas sobre la autoridad judicial de ejecución, en un supuesto en el que se había cursado una orden complementaria que venía a excepcionar el principio de especialidad, conforme al cual el sujeto no puede ser enjuiciado por delitos no comprendidos en la orden. En este caso, la autoridad judicial de ejecución, un fiscal, había dado el consentimiento

³⁴ *Assange (Appellant) v The Swedish Prosecution Authority (Respondent)*, Judgment date 30 May 2012, Neutral citation number [2012] UKSC 22 <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2011-0264.html>.

³⁵ *V. Informe de la Comisión... cit.*, 3.1.2.

³⁶ En nuestro país, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea centraliza esta competencia, al designar como autoridad de ejecución a la Audiencia Nacional.

previsto con respecto a la orden complementaria, lo que permitía ejercer acciones penales distintas y por delitos más graves.

Esta resolución vino a extrapolar a la autoridad judicial *de ejecución* lo afirmado respecto a la *de emisión*. En concreto, resolvió el TJUE que el concepto de aquella incluye a las *“autoridades de un Estado miembro que, sin ser necesariamente jueces o tribunales, participan en la administración de la justicia penal de ese Estado miembro, actúan de manera independiente en el ejercicio de las funciones inherentes a la ejecución de una orden de detención europea y ejercen sus funciones en el marco de un procedimiento que respeta las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva”*. Así pues, la decisión del fiscal (de ejecución) debe poder ser controlable judicialmente. Por tanto, un fiscal que pudiera recibir en el marco del ejercicio de su potestad decisoria una instrucción individual del poder ejecutivo, no se consideraría «autoridad judicial de ejecución» en el sentido de esas disposiciones.

3.2. El fiscal en las órdenes europeas de investigación (OEI)

Existen importantes diferencias entre el régimen de las ODE y el de las OEI, que necesariamente repercuten en la caracterización de las autoridades que intervienen en unas y otras. Para entender bien las diferencias, hemos de reparar en la definición de ambos instrumentos y en su función. Las exigencias que el legislador europeo impone no son las mismas, lo que se explica, por el –mayor o menor– grado de afectación a la libertad personal derivada de cada una de estas medidas.

Las OEI tienen como objeto la obtención de pruebas en un Estado, el ejecutor, al que el emisor cursa la orden. No se trata, pues, de detener a una persona y ponerla a disposición judicial, para ejercer acciones penales contra ella, o para ejecutar una condena. Estamos en un momento anterior, en el que se trata de buscar pruebas que le incriminen en la investigación de unos hechos, que deban ejecutarse en el Estado ejecutor o que estén ya en su mano.

El TJUE estima que las exigencias derivadas de la naturaleza de este instrumento (la OEI) son distintas de las propias de las ODE. Este punto de partida no sorprende. El régimen jurídico de ambas figuras es distinto, partiendo del tenor, contexto y objetivos diferentes de una y otra.

La Directiva OEI³⁷, a diferencia de la Decisión marco ODE, considera expresamente al fiscal como autoridad judicial. Otras autoridades administrativas requerirán la validación de la autoridad judicial y puede ser tal autoridad judicial tanto el juez como el fiscal. Esto quiere decir que el fiscal puede

³⁷ Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DO 2014, L 130, p. 1).

desempeñar ese cometido, al margen, en principio, de su organización (tanto en supuestos en que se configure como autoridad dependiente como en los que se considere independiente). Lo que sí es necesario siempre es que su decisión pueda ser objeto de control judicial.

En ese sentido, la STJUE (Gran Sala) de 8 de diciembre de 2020 (asunto C-584/19 – Staatsanwaltschaft Wien [Ordres de virement falsifiés]; ECLI:EU:C:2020:1002) realiza una importante afirmación. Frente a la solución dada a las ODE en relación con la organización de la fiscalía, se despeja cualquier duda sobre la cualificación del Ministerio Fiscal para emitir una OEI, aun cuando no goce de un *status* de plena independencia respecto del poder ejecutivo (al menos en el sentido exigido en el caso de las ODE). En efecto (ap. 75 y dispositivo), «(l)os artículos 1, apartado 1, y 2, letra c), de la Directiva 2014/41 deben interpretarse en el sentido de que los conceptos de “autoridad judicial” y de “autoridad de emisión” comprenden, a efectos de estas disposiciones, al fiscal de un Estado miembro o, de manera más general, a la fiscalía de un Estado miembro, con independencia de la relación de subordinación jurídica que pueda existir entre ese fiscal o esa fiscalía y el poder ejecutivo de ese Estado miembro, y de la exposición de dicho fiscal o de dicha fiscalía al riesgo de estar sujetos, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales de ese poder en el marco de la adopción de una OEI». En este caso, la fiscalía alemana, que había emitido una orden que tenía como objeto el de recabar datos bancarios, debía tener en cuenta el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales de la persona afectada, en particular aquellos consagrados en la CDFUE, y la resolución por ella adoptada debía poder ser objeto de vías de recurso efectivas, al menos equivalentes a las que se ofrecen en el marco de un procedimiento interno similar.

En un asunto aún no concluido en el momento de escribir estas líneas, la cuestión planteada es la de si cabe que un Estado atribuya al fiscal un cometido que en el nivel nacional se atribuye al juez. La resolución del asunto debe buscarse *prima facie* en el principio de equivalencia, a cuyo tenor, el nivel de protección europeo no puede desmerecer del nacional³⁸. Como se ve, en el caso de las OEI prima una solución práctica, que prescinde del dato de la (diferente) organización de la fiscalía en los Estados miembros, y da por suficiente con que se trate de una institución, el fiscal, que participa en la administración de justicia penal. De ahí que en el caso de las autoridades a

³⁸ Sí contamos, en cambio, con el escrito de conclusiones del Abogado General (Sr. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), fechado el 20 de mayo de 2021 (CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA presentadas el 20 de mayo de 2021 en el Asunto C-724/19 Spetsializirana prokuratura contra HP ECLI:EU:C:2021:414).

que se refiere el segundo apartado del art. 2.c de la Directiva 2014/41/CE, que no son autoridades judiciales en el sentido de participar en la administración de justicia, se impone el control judicial (ya sea del juez o del propio fiscal), lo que se explica por que, no siendo autoridades judiciales, requieren validación judicial, a cargo de un juez o de un fiscal.

III. INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA FISCALÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL: EL CASO RUMANO

Dada su particular posición, el estatuto del fiscal puede poner en cuestión la separación de poderes y, por tanto, el Estado de Derecho, ya que puede poner en jaque la independencia del juez y, en último término, la independencia del sistema judicial en su conjunto.

La cuestión de la autonomía (y el control) del Ministerio Fiscal forma parte, así, de la *checklist* de la Comisión de Venecia. Y sus informes, al igual que los del *Conseil Consultatif des Procureurs Européens* (CCPE), o los de GRECO³⁹, tienen un peso fundamental en el diagnóstico de las debilidades que muestra el Estado de Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea. Y no son precisamente anecdóticas las llamadas de atención sobre problemas que atañen a las fiscalías, en particular su preocupación por su autonomía y las garantías frente a injerencias y mediatizaciones políticas.

Es sabido que la lucha contra la corrupción y, sobre todo, contra la criminalidad de los gobernantes, que se ha convertido en preocupación fundamental, en el ámbito del Estado de Derecho y, en particular, de la igualdad de todos ante la ley penal, puede aumentar las suspicacias, de forma que las

³⁹ El Grupo de Estados contra la Corrupción, tradicionalmente conocido como GRECO, fue creado a través de una Decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1998 para la lucha de los Estados miembros contra la corrupción a nivel nacional e internacional. La evaluación del cumplimiento se lleva a cabo a través de un proceso dinámico de evaluación mutua, cuyo objetivo es la identificación de las lagunas existentes en las políticas nacionales anticorrupción y las propuestas de reformas legislativas e institucionales. El GRECO usa como parámetro de control los veinte principios rectores en la Lucha contra la Corrupción adoptados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en noviembre del año 1997. Hay en esta obra estudios que específicamente se ocupan de GRECO. En el segundo informe de cumplimiento por España, aprobado por el GRECO en su 87ª reunión plenaria en Estrasburgo, los días 22 a 25 de marzo de 2021 y hecho público el pasado 30 de septiembre en relación con las recomendaciones realizadas en nuestro país en el marco del examen en materia de prevención de la corrupción de miembros del parlamento, jueces y fiscales en 2013 (cuarta ronda de evaluación), respecto a las recomendaciones relativas a los fiscales se consideran cumplidas parcialmente: especial consideración se realiza de la aprobación de un código ético, los avances en el nuevo reglamento del Ministerio Fiscal y se llama la atención sobre la necesidad de revisar el régimen disciplinario de los fiscales.

apariencias de imparcialidad de la justicia sufran ante la confianza pública. La Resolución 97(24), sobre los veinte principios directores para la lucha contra la corrupción (*adoptados por el Comité de Ministros el 6 de noviembre de 1997 en la sesión 101 del Comité de Ministros*)⁴⁰, incluye, en tercer lugar, el de asegurar que las personas encargadas de la prevención, la investigación, la persecución y la sanción de las infracciones de corrupción cumplan con la autonomía y la independencia necesarias para el ejercicio de sus funciones, que sean libres de toda influencia incompatible con su estatus y que dispongan de los medios adecuados para la obtención de pruebas; y también asegurar la protección de las personas que ayudan a las autoridades a luchar contra la corrupción y salvaguardar el secreto de la instrucción. La importancia del fiscal en esta tarea no hace falta resaltarla⁴¹.

Pues bien, en este contexto merece especial referencia el caso rumano, donde encontramos la judicialización⁴² de dos importantes asuntos en torno a la fiscalía, que han encontrado respuesta, de un lado, en el TEDH, que ha dictado la sentencia sobre la fiscal anticorrupción rumana, LAURA KÖVESI, y de otro lado, en el TJUE, con relación a la creación de una estructura especializada de la fiscalía en relación con los delitos cometidos por jueces y fiscales. En las dos sentencias vamos a encontrar, desde diferentes prismas, una especial

⁴⁰ El texto enlazado es traducción propia de Julia Garrido López.

⁴¹ Ya en nuestro país en 1995 se introdujo una fiscalía especializada para la lucha contra la corrupción

⁴² Es de sobra conocido, y figuran dentro de esta misma obra estudios pormenorizados sobre el asunto, el papel del TJUE en la construcción de un poder judicial europeo en relación (no solo, pero sí de modo destacado, por serlo que ha generado mayor tensión) con Polonia. Los supuestos han tenido que ver principalmente con el estatuto de los jueces, jubilación, disciplina, órgano de gobierno, etc. pero no podemos olvidar que en el cuadro de reformas involucionistas de Polonia se encuentra la reforma de la fiscalía en 2016. El CCPE notó (Rapport sur l'indépendance et l'impartialité des ministères publics dans les États membres du Conseil de l'Europe [édition 2019]) que (ap. 81, pág. 21) «(l) a Commission de Venise a souligné notamment que « l'amalgame entre la fonction de responsable politique et la fonction de procureur général et l'extension importante des pouvoirs du procureur général en matière de gestion du ministère public s'accompagnent de « nouvelles compétences permettant au ministre de la Justice d'intervenir directement dans les affaires ». Cet amalgame pose toutefois un certain nombre de « problèmes insurmontables en matière de séparation du ministère public de la sphère politique et entraîne « un regroupement de pouvoirs trop nombreux dans les mains d'une seule personne. Cette situation a des conséquences négatives directes sur l'indépendance du ministère public vis-à-vis de la sphère politique, ainsi que sur l'indépendance du pouvoir judiciaire et, partant, la séparation des pouvoirs et l'État de droit en Pologne ». Cerrando este trabajo ha visto la luz la STJUE de 16 de noviembre de 2021 asuntos acumulados C-748/19 a C-754/19 sobre los poderes del Ministerio de Justicia, que funge de FGE, respecto al nombramiento de jueces en comisión de servicios y el riesgo que ello puede suponer para el Estado de Derecho en Polonia y en particular en lo que hace a la independencia judicial.

preocupación por la autonomía del ministerio fiscal y su relevancia para la independencia judicial y, por tanto, para el Estado de Derecho, en cuyo respeto se asientan los Estados miembros y la propia Unión europea (art. 2 TUE).

Laura Kövesi, actual Fiscal General Europea⁴³, ocupó la jefatura de la fiscalía rumana anticorrupción, cargo del que fue destituida por el Gobierno de su país en un contexto extraordinariamente sensible de lucha contra la corrupción en Rumanía⁴⁴, como se pone de manifiesto en la propia sentencia. Su remoción del cargo de Fiscal Jefe de la Dirección Nacional Anticorrupción vulneró, según el TEDH⁴⁵, sus derechos a un proceso debido y a la libertad de expresión. Lo que de singular hay en este asunto es que el problema de las garantías que han de revestir a los fiscales se plantea resolviendo la demanda de una fiscal removida de su puesto que ve por ello vulnerados sus derechos. En este pronunciamiento del TEDH destaca el protagonismo otorgado al citado *soft law* y a las recomendaciones relativas a Rumanía. En ella, son recogidos expresamente los informes relativos a Rumanía y los textos de *soft law* referentes a la independencia de los fiscales y a su libertad de expresión, como elementos a tener en cuenta en el marco normativo de referencia. Además, no solo operan como un importante elemento de diagnóstico para analizar el particular contexto del país, sino que se utilizan —en especial, la recomendación del 2000— en sus fundamentos jurídicos. Dos asuntos fundamentales se analizan, ambos desde la perspectiva de la autonomía que debe garantizarse al fiscal: uno, el relativo al nombramiento y remoción de fiscales, en especial los de que aquellos que ostentan la jefatura de servicios fiscales. El asunto concreto versaba sobre la remoción antes de que concluyera el mandato, pero el TEDH no se privó de hacer consideraciones sobre la cuestión del nombramiento de

⁴³ El Fiscal General Europeo es nombrado por el Parlamento Europeo y el Consejo, de común acuerdo (art. 14.1 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea) para un mandato de siete años, sin posibilidad de renovación. El nombramiento debe recaer en un juez o fiscal de un Estado miembro o fiscal europeo, cuya independencia esté fuera de toda duda y con experiencia en asuntos internacionales, cooperación judicial internacional en materia penal e investigación de delitos económicos. Su destitución corresponde al TJUE, a solicitud de la Comisión, el Consejo o el Parlamento europeo, por pérdida sobrevenida de la capacidad de cumplir sus obligaciones o por comportamiento reprochable de carácter grave.

⁴⁴ La adhesión de Rumanía y Bulgaria a la UE es la penúltima en la historia de la integración europea. Después vendría la de Croacia y la salida del Reino Unido (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2005:157:FULL&from=ES>). Dadas las debilidades del sistema judicial y el problema de la corrupción en Rumanía y Bulgaria, su adhesión a la UE se produce con sometimiento a un Mecanismo de Verificación y Control por parte de la Comisión Europea: Decisión 2006/928/CE de la Comisión por la que se establece un mecanismo de cooperación y verificación (MCV).

⁴⁵ STEDH de 5 de mayo de 2020, Kövesi contra Rumanía, 3594/19.

los fiscales. En este sentido merece, la pena destacar la referencia a la Comisión de Venecia sobre los nombramientos. Que la fiscal destituida no tuviera acceso a un recurso jurisdiccional efectivo contra esta medida supone, según el TEDH, una vulneración del art. 6 del convenio. Otro, que nos aboca a poner en relación esa destitución con las razones que condujeron a ella, que fue precisamente el ejercicio de libertad de expresión y, en concreto, de la crítica legítima respecto de reformas legislativas que no en vano podían ponerse en tela de juicio, a la vista de la misión institucional que correspondía a la fiscalía y, en particular, a la fiscalía anticorrupción.

Lo cierto es, sin embargo, que más allá del específico contexto rumano, la de la responsabilidad disciplinaria de los fiscales es una cuestión a debate con carácter general, y también en nuestro país, como atestiguan los informes sobre España. Y asimismo en Francia sigue siendo un problema de calado constitucional la retención de la responsabilidad disciplinaria en manos del Ministro de Justicia.

La segunda de las Sentencias mencionadas tiene que ver con la creación de una sección especializada de la Fiscalía para la investigación de delitos cometidos por jueces y fiscales. Se trata de la STJUE (Gran Sala) de 18 de mayo de 2021 (Asuntos acumulados C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19 - *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" v Inspecția Judiciară*; ECLI:EU:C:2021:393)⁴⁶. Es importante atender al contexto, que pesa de manera fundamental en el desenlace de estos asuntos en un país que se adhirió a la UE con importantes debilidades en el ámbito de su sistema judicial y la lucha contra la corrupción sometiéndose, al igual que en el caso de Bulgaria, a un marco del mecanismo de verificación y seguimiento de los avances en las reformas y logros.

Sin embargo, se entró en un marco retroceso entre 2017 y 2018, cuando fueron modificadas todas las Leyes sobre el poder judicial en diferentes sentidos, en medio de una gran contestación pública, mediante procedimientos acelerados y de urgencia, en una actitud propia de lo que se ha venido a llamar *gobiernos liberales*⁴⁷ en un contexto particularmente sensible como la lucha frente a la corrupción.

⁴⁶ Junto a este asunto, también se pronunció el TJUE sobre cuestiones relativas a la reforma del servicio de inspección judicial y sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de los jueces. El servicio especializado de la fiscalía se planteaba en las cuestiones acumuladas C-127/19, C-195/19, C-291/19 C-355/19.

⁴⁷ V. sobre el contexto e involución las *Conclusiones* citadas *supra* (nota anterior), ap. 293, *in fine*: “(e)sta «impresión de criminalidad» afecta a uno de los elementos esenciales para valorar el impacto de una determinada medida en la independencia judicial: la confianza que los órganos jurisdiccionales deben despertar en el público en una sociedad democrática”; por lo que sé, aún no se ha dado solución a la situación (da fe de ello el Informe de la Comisión Europea del Estado de Derecho en Rumanía), quizás en parte como

No perdamos de vista que no existe una única opción constitucional adecuada al Estado de Derecho, y que los diversos Estados pueden organizar su sistema judicial y, en especial, su sistema (acusatorio o judicial o penal) conforme a distintos modelos, pero en todo caso deberán respetar las exigencias que derivan del Estado de Derecho y, por tanto, no podrán menoscabar en ningún caso la independencia judicial. En esta sentencia claramente se admite que la organización de la fiscalía, como la organización de la justicia en su conjunto, es una competencia de los Estados miembros⁴⁸. Claramente existían interpretaciones muy diferentes de las reformas. Como suele suceder en estos casos, no puede extrañar que no faltasen quienes defendían que esto suponía una mejora en la protección de los jueces y fiscales (CSM), con criterio opuesto al de los que consideraban que, en el fondo, no era sino una forma de controlar políticamente a unos y otros. Ya el riesgo de que, dado el conjunto de factores en juego, pudiera derivar en un mecanismo de control de la justicia lleva al juez europeo a justificar de manera transparente y suficiente la incorporación de esta sección especializada de la fiscalía.

Hemos de tener presente que el TJUE, en este asunto, sitúa expresamente la organización de la fiscalía dentro de la de la justicia, entre los *leading cases* sobre esta última, de forma que sostiene que, si bien estamos ante una competencia de los Estados miembros, ello no significa que no pueda ser controlada por el TJUE, dada la jurisprudencia europea sobre el juego del art. 2 en relación con el art. 19 y los arts 47 y 48 CEDFUE (aps. 110, 111 y 211⁴⁹).

El propio Abogado General, en el ap. 294 de sus conclusiones, deja constancia de que no cabe cuestionar la autonomía de los Estados miembros para organizar fiscalías especializadas: "(e)n efecto, existen estructuras de fiscalía especializadas en los Estados miembros, basadas, bien en las especiales

consecuencia de las limitaciones que la pandemia ha impuesto en los avances legislativos, y, en cualquier caso, por los vaivenes políticos en ese país, donde difícilmente se alcanzan mayorías de gobierno estables.

⁴⁸ En este sentido, asimismo, se pronunció el Abogado General (Sr. BOBEK) en su escrito de Conclusiones (ap. 292: "(d)e manera similar a lo ya descrito, las exigencias de independencia e imparcialidad que impone el Derecho de la Unión en el artículo 47 de la Carta, párrafo segundo, y en el artículo 19 TUE, apartado 1, no obligan a los Estados miembros a adoptar una estructura o modelo concreto en cuanto al diseño institucional del ministerio fiscal. De hecho, la estructura de la fiscalía es extraordinariamente variada en los países europeos"); a este respecto, v., por ejemplo, el Informe de la Comisión de Venecia sobre las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial: Parte II — El Ministerio Público, adoptado en su 85.ª reunión plenaria (Venecia, 17-18 de diciembre de 2010) [CDL-AD (2010)040].

⁴⁹ En el ap. 211 de lee: "(a) tale riguardo, si deve ricordare che, come risulta dalla costante giurisprudenza della Corte (...) l'organizzazione della giustizia, ivi compresa quella del pubblico ministero, negli Stati membri rientra nella competenza di questi ultimi, nel rispetto del diritto dell'Unione".

necesidades de protección de determinados colectivos (como los menores), bien en el estatuto especial de determinadas personas (como los servicios de fiscalía militares), o bien en la necesidad de conocimientos específicos y experiencia en algunas materias especialmente punteras (como los delitos económicos complejos, la ciberseguridad, etc.)” Baste pensar ahora, *mutatis mutandi*, en el papel de la fiscalía europea en el ámbito de los intereses financieros de la Unión Europea.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, falló el TJUE (ap. 5 del dispositivo) que “el artículo 2 y el art. 19.1 párr. 2º del Tratado de la Unión Europea, así como la Decisión 2006/928 deben ser interpretados en el sentido de que impiden una normativa nacional que prevé la creación de una sección especializada del Ministerio Fiscal con una competencia exclusiva para investigar delitos cometidos por jueces y fiscales, sin que la creación de la misma se justifique por exigencias objetivas y verificables relativa a la buena administración de la justicia, y venga acompañada de garantías específicas que permitan, por un lado, excluir cualquier riesgo de que esta fiscalía sea utilizada para controlar políticamente la actividad de jueces y fiscales de modo que pueda perjudicar su independencia, y, por otro, garantizar que tal competencia se ejerza en lo que respecta a estos últimos con pleno respeto de los derechos derivados de los art. 47 y 48 de la CDFUE” (traducción propia del fallo de la sentencia, que no cuenta con traducción a la lengua española).

IV. REFLEXIONES FINALES

En la Asamblea Constituyente italiana hubo una intensa y rica discusión por parte de juristas muy eminentes en torno a la posición constitucional del Ministerio Público. Los padres de la Constitución italiana sabían bien que el gobierno del poder judicial a través de un Consejo Superior de la Magistratura, y la posición del Ministerio Fiscal, eran variables cruciales a la hora de diseñar un Estado de Derecho, que, garantizando la autonomía del Poder Judicial, no convirtiera la magistratura en una casta separada, ajena al principio democrático. La Constitución garantizó al más alto nivel la independencia del fiscal, fruto de su sujeción constitucional al principio de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. No pensemos que en este país el tema no ha sido objeto de discusión. La singularidad italiana de un *fiscal-magistrado independiente* ha preocupado a un sector importante de la doctrina, partidario de una más clara separación de jueces y fiscales, como garantía del proceso debido, y un mayor control de los fiscales, junto con la rendición de cuentas, en cuanto exigencias ineludibles de responsabilidad democrática⁵⁰.

⁵⁰ DI FEDERICO, 1997.

En Francia, el fiscal es un magistrado dependiente del Ejecutivo, al que corresponde el nombramiento y disciplina de los fiscales jefes. Dirige su actuación a través de instrucciones generales de política penal, definida por el gobierno y que enmarca la actuación de los fiscales. Los *procuradores de la república* franceses son libres a la hora de decidir qué curso dan un asunto, conforme al principio de oportunidad, que rige el sistema de acusación francés, en ejecución de la política del gobierno.

En Portugal, la cuestión de la autonomía interna de los fiscales está en tela de juicio, tal y como la Comisión ha hecho constar en el informe sobre el Estado de Derecho relativo a ese país. El régimen de instrucciones jerárquicas a los fiscales está bajo revisión judicial, a raíz de las preocupaciones planteadas por los fiscales sobre la injerencia en su autonomía interna.

No falta el debate en Alemania, donde los niveles de confianza de la ciudadanía en la independencia de la justicia son mucho más elevados que en otros –no pocos– países de la Unión. En este país, los fiscales son funcionarios no judiciales, y los gobiernos tienen competencias en la gestión de su estatuto. La organización de la magistratura en Alemania no responde al modelo del Consejo de la Magistratura. La descentralización política en las administraciones de justicia de los *Länder* reduce, ciertamente, el riesgo de instrumentalización gubernamental, que será más acuciante y peligroso en sistemas centralizados.

En nuestro país, no han faltado las llamadas de atención de las instituciones europeas, especialmente en lo referente a las relaciones entre Fiscal General del Estado y el Gobierno, y a la necesidad de un encuadramiento legal de las relaciones entre uno y otro que incrementen su grado de transparencia. La reforma en ciernes de la vetusta ley de enjuiciamiento criminal mira a la realidad del sistema europeo de investigación de los delitos, protagonizado por los fiscales. La desaparición del juez instructor, singular tradición patria, tiene defensores y detractores. La exposición de motivos del último anteproyecto alude a la jurisprudencia europea y a la práctica en nuestro entorno, y, cómo no, a la reciente entrada en vigor en nuestro país de la ley de la fiscalía europea, necesaria especialmente en España, porque era preciso acomodar nuestro modelo procesal a las exigencias del fiscal investigador europeo. El *double hut*, con expresión en lengua inglesa, es decir, que los fiscales queden sujetos a reglas de actuación diferentes, según estemos ante la competencia de la Fiscalía Europea o de la Fiscalía nacional, no es, a mi juicio, de recibo, por lo que el legislador nacional tiene el balón en su tejado y debe reformar con tal alcance el anciano código procesal penal español. Ello, sin duda, y así se pone de manifiesto, entre otros, por el caso de la actual Fiscal General del Estado, exige un nuevo estatuto fiscal, atento a las directrices europeas dirigidas a conciliar las exigencias de autonomía del Ministerio Fiscal, el reforzamiento de los fiscales en el seno de una organización

jerarquizada y la necesaria responsabilidad en términos democráticos de la fiscalía, y, en particular, del Fiscal General del Estado, que se constituye, por mandato constitucional, en su representante máximo. Y precisamente en el terreno de los contrapesos no cabe despreciar el papel que la acusación popular puede y debe seguir manteniendo en nuestro país, también por voluntad constitucional, aun cuando sea con un encuadramiento nuevo.

En el momento presente la defensa del Estado de Derecho, y, en particular, la independencia judicial es un tema clave del devenir de Europa como comunidad de valores, respetuosa de los derechos fundamentales. En este contexto los legisladores nacionales no dejan de reflexionar sobre las reformas necesarias de una institución, la fiscalía, que en pleno siglo XXI no tiene un anclaje sereno en la arquitectura constitucional de los Estados miembros. El debate sobre la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal, de hecho, no es de ahora. Su naturaleza, *esquizoide*, de *parte* que debe ser *imparcial*, entrecada con su condición de *agente judicial dependiente* en sus orígenes, siempre en tensión con sus colegas jueces, ha sido permanentemente un interrogante, quizás irresoluble, por su condicionamiento histórico y por la propia misión que le corresponde. Pero, aunque no sea un debate tan reciente, sí parece que se ha situado en los últimos años en un importante foco de interés en las relaciones entre el sistema judicial y el político, y en definitiva en su lugar en el Estado de Derecho y su particular ubicación como órgano autónomo y responsable en el entramado de poderes.

En este sentido, el peso de las tradiciones no es despreciable. Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la posición del Ministerio Fiscal es un elemento fundamental de la identidad constitucional de los Estados miembros y, por tanto, de sus distintas opciones entre los equilibrios necesarios, en términos de legitimidad y responsabilidad democrática, y la exigencia de independencia del Poder Judicial. Y clave en la confianza de la ciudadanía en el Ministerio Fiscal, en la acusación pública en manos del Estado, es la igualdad en la aplicación de la ley.

La organización de la fiscalía, su posición relativa con respecto a los demás poderes, el estatuto de los fiscales, son cuestiones, todas ellas, que forman parte de las competencias propias de los Estados miembros de la Unión Europea, y a la vez, y por ello, se pueden considerar manifestación de la identidad nacional y constitucional en un aspecto nuclear del Estado de Derecho. Sin embargo, no es difícil comprender que la organización judicial, incluida ahora la de las fiscalías, no es ajena a los valores del Estado de Derecho, en los que descansa el espacio jurídico europeo construido sobre la confianza –recíproca– en los respectivos sistemas nacionales. Los asuntos que hemos traído aquí ponen claramente de manifiesto que la cuestión del régimen jurídico del Ministerio Público, acorde con su particular naturaleza, va a ser un importante tema de discusión en el futuro que no puede sino abordarse en una perspectiva europea.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS GISBERT, R. “La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE”, en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 47, 2021, pp. 161-198.
- DELMAS-MARTY, Mireille, “La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres?” *Rev.sc.crim*, 1994
- , “Evoluzione del pubblico Ministero e principio direttivi del processo penale nelle democrazie europee”, *Questione giustizia*, núm. 1, 1997.
- DÍEZ PICAZO, L. M., *El Poder de Acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.
- DI FEDERICO, G., “La independencia del Ministerio fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada”, *Poder Judicial*, núm. 48, 1997.
- MARTÍNEZ SANTOS, A. “El estatuto de independencia de la fiscalía europea y sus garantías” en VV. AA. (Coord. BACHMAIER WINTER, L.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018)
- MATHIAS, É., *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS, París, 1999.
- PERRODET, A., *Étude pour un Ministère Public européen*, L.G.D.J., París, 2001.
- TULKENS, F., “L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme”, en *Quel avenir pour le Ministère Public? Sous l'égide de la Cour de Cassation*, Dalloz, París, 1998, págs. 93 a 101.
- VERCHER NOGUERA, A., “El Consejo Consultivo de Fiscales Europeos del Consejo de Europa: su existencia y razón de ser”, en *Diario La Ley*, núm. 9283, Sección Doctrina, 22 de Octubre de 2018.