

Ángela Aparisi Miralles

Universidad de Navarra

I. Introducción

El objetivo de este artículo es mostrar que un buen jurista y, en consecuencia, también un buen fiscal, debe tener presente en su praxis diaria la aspiración a la justicia material y real¹. En realidad, parto de la idea de que el vínculo común a todas las profesiones jurídicas es el servicio a la justicia -de igual modo que, por ejemplo, el común denominador de todas las especialidades médicas es el cuidado de la vida y la salud de las personas-. Entiendo así que el jurista está llamado a cumplir una función que le es inherente, y que ninguna otra profesión puede desempeñar: colaborar en la construcción de un orden social justo y pacífico. Por ello, el jurista que trabaja por la justicia, también lo hace en favor de esa paz que toda sociedad necesita para su armónico desarrollo².

Cuando en la actualidad se hace referencia a la justicia, con frecuencia se presupone una noción de la misma entendida como un valor superior, o como un ideal social³. Pero muy distinta es la noción de justicia a la que, hace ya muchos siglos, se refería Ulpiano, cuando definió la jurisprudencia como la ciencia de lo justo y de lo injusto (*iusti atque iniusti scientia*) (*Digesto*, 1,1,10); y cuando entendió la justicia como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho (*Iustitia est constans et perpetuas voluntas ius suum cuique tribuendi*).

Es evidente que, en este texto, Ulpiano apelaba a la justicia, no como un valor ideal, sino en referencia a la vida del foro y al oficio de jurista. Por ello, el jurista romano quiso poner de manifiesto la existencia de una estrecha relación entre la *praxis* jurídica

¹ Vid. KRONMAN, A.; “Vivir en el derecho”, en BÖHMER, Martin F. (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 217 y ss.

² MARTÍ MINGARRO, L.; *El Abogado en la historia. Un defensor de la razón y de la civilización*, Madrid, Cívitas, 2001, p. 10.

³ Como es sabido, a partir de Kant se produjo una profunda transformación del concepto de justicia. Ésta pasó a entenderse, bien como una forma *a priori* del derecho, bien como idea de derecho (llegando a identificar algunos autores derecho y justicia) o bien como un ideal al que debe tender el derecho. A esta visión se une, en la actualidad, el uso y abuso del término por parte de la filosofía y la *praxis* política. Ello ha dado como resultado un concepto ambiguo y difuso (vid. HERVADA, J.; *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2000 (3ª edición), p. 77).

y la justicia. En este contexto, se entiende que el jurista debe conocer el derecho⁴, pero en relación a una finalidad muy específica: discernir, postular y declarar lo justo en el caso concreto⁵ –*aequuum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes* (Digesto 1,1,1)–. Y aquí entra en juego la función del fiscal, a la que me voy a referir seguidamente.

2. Sentido y función del Ministerio Fiscal en España

Parto de la idea de que el papel más esencial de la Institución del Ministerio fiscal en España es la defensa de la legalidad. En este sentido debe entenderse la exigencia constitucional del artículo 124.1, cuando establece que: “El Ministerio Fiscal tiene por *misión* promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”. Por su parte, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), en su artículo 1 reitera lo señalado en el 124.1 de la Constitución; y en su artículo 3 detalla las concretas funciones atribuidas a la Institución: básicamente, se define al Ministerio Fiscal como el portador del interés público tutelado por la ley, del interés social, de la realización de los derechos de los ciudadanos y de las libertades públicas, así como de la defensa de la independencia de los tribunales⁶. Por su parte, el artículo 6 del EOMF se refiere al principio de legalidad: “Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan”.

Estamos, en definitiva, ante una profesión en la que solo cabe actuar en supuestos legalmente previstos, y en la que el sentido o dirección que deben seguir todas las decisiones y actuaciones está también determinada desde el plano legal⁷. No obstante, ello no nos puede hacer caer en una mentalidad, tan apegada al positivismo formalista, que rechace la existencia de problemas o dilemas de conciencia acerca de la justicia de un caso o de una decisión específica del fiscal⁸. Además, es importante llevar a cabo un

⁴ HERVADA, J.; MUÑOZ, J.A.; *Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1984, pp. 23 y ss.

⁵ VILLEY, M.; *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*, trad. Diorki, Pamplona, Eunsa, 1979, pp. 65 y ss.

⁶ BENEYTEZ MERINO, L.; “Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, Volumen II, Murcia, UCAM-AEDOS, 2003, p. 873.

⁷ *Ibidem*, p. 874.

⁸ *Ibidem*.

adecuado esfuerzo hermenéutico de la expresión “defensa de la legalidad”, dada su trascendencia y su carácter definitorio de la profesión. A ello me referiré seguidamente.

Parto de la idea de que el mismo concepto de “legalidad” no puede ser entendido como un sistema estático y cerrado en sí mismo, sino que está abierto al mundo de los valores⁹. Como señala Lacruz Berdejo, “la ley es algo más que palabras y frases; es un proyecto de justicia al servicio del bien común”¹⁰. Designa la totalidad del ordenamiento jurídico y, en definitiva, el mismo concepto de Estado de Derecho, cuya realización se encomienda institucionalmente al Ministerio fiscal¹¹.

Por otro lado, para interpretar la legalidad de modo adecuado, es imprescindible tener en cuenta, entre otras cosas, que el artículo 1 de la Constitución define a la nación española como un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político¹².

Asimismo, y aunque el fiscal está sujeto al principio de legalidad, el sentido o dirección de las distintas medidas, en las que institucionalmente está interesado, y que él mismo debe adoptar bajo su responsabilidad, queda abierto e indeterminado. Por otro lado, como es bien sabido, los informes del fiscal, por su objetividad y desinterés, pesan mucho en un proceso. De ahí su responsabilidad, y la necesidad de valorar, especialmente, los problemas que se plantean al realizar un dictamen en los asuntos en los que trabaja, ya que cualquier decisión repercutirá, decisivamente, en terceros.

Así, por ejemplo, la intervención del Ministerio fiscal en el proceso penal, cuando se trata de delitos públicos, es necesaria, pero el sentido de sus decisiones vendrá exigido por la justicia del caso concreto. Un supuesto específico que se presenta al fiscal con mucha frecuencia en su práctica diaria es la resolución en orden a que se decrete la prisión provisional de una persona sometida a un proceso penal.

El tener que adoptar esta decisión puede producir una situación de conflicto de conciencia en el profesional: por una parte, el fiscal tiene encomendada la defensa de

⁹ Ibidem, p. 877.

¹⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Manual de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 80.

¹¹ BENEYTEZ MERINO, L.; “Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología, op. cit.*, p. 876.

¹² Como reiteradamente han puesto de relieve muchos autores, los “valores superiores” no son reductibles al contenido de las normas positivas, “como si no tuvieran más consistencia que la escuetamente inducible o deducible de esas normas, sino que presentan una mayor fecundidad, al permitir ir más allá de la perspectiva de las normas vigentes, penetrando en el campo de la moralidad” (vid. BENEYTEZ MERINO, L.; “Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología, op. cit.*, p. 877). También para Peces-Barba “los valores superiores tienen un contenido conceptual que no se agota en su perspectiva normativa, sino que exceden de la misma y hunden sus raíces en el campo de la moralidad” (PECES-BARBA, G.; *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 36).

los derechos de los ciudadanos, entre los que se encuentra la libertad personal. Al mismo tiempo, tiene atribuida la defensa del interés público, que en este caso concreto exige que se realice la persecución del delito de manera eficaz. Ello determina la necesidad de adoptar las medidas cautelares que sean precisas para que la acción de la justicia sea efectiva¹³. Ciertamente, cuando se postula la prisión provisional de un imputado, se debe valorar, en conciencia, la concurrencia cierta de todas y cada una de las condiciones que son necesarias para fundar su pretensión. Quizás no le supondrá especial dificultad la comprobación de aquellas que tienen un carácter más objetivo, como sería la constancia de haberse llevado a cabo un hecho que la ley castiga como delito, y encontrar el fundamento suficiente para atribuirlo a una persona. No obstante, puede revestir más complejidad el constatar la concurrencia de condiciones que tengan un carácter más valorativo: por ejemplo, la creencia fundada de que el imputado intentará sustraerse a la acción de la justicia, la posibilidad de destrucción u ocultamiento de pruebas, o la consideración social de la alarma que produzca el delito¹⁴. También habría que ponderar, de manera muy delicada y atenta, los intereses encontrados, los posibles beneficios y perjuicios de la medida, las consecuencias que su decisión puede tener para esa persona concreta (para su honor e imagen pública, su trabajo, sus circunstancias económicas...), y para sus familiares (por ejemplo, tener en cuenta si tiene hijos pequeños con algún tipo de problema, que consecuencias tendría separarles de su madre o de su padre...), etc. Ello implica, necesariamente, un razonamiento práctico y, en definitiva, una valoración de la justicia de su decisión por parte del fiscal.

El fiscal que se enfrenta a este tipo de decisiones, se sitúa ante dos planos diferentes de reflexión:

-*Ad intra* o, lo que es lo mismo, en el fuero interior de la conciencia. El fiscal deberá ponderar, mediante un razonamiento práctico, hasta qué punto su decisión responde a criterios de justicia material.

-*Ad extra*, o en el ámbito del reconocimiento legal. Una vez decidido que existe un verdadero dilema de justicia, se plantea el problema relativo a si existen mecanismos legales que permitan actuar conforme le dicta la conciencia.

3. El juicio de conciencia *ad intra* en el fiscal

En lo que se refiere al fuero interior, el fiscal deberá, en primer lugar, llevar a cabo un razonamiento práctico, valorando la previsible secuencia de sus actos, ponderando los bienes y males que se pueden derivar de sus decisiones (ya sean directos o indirectos,

¹³ BENEYTEZ MERINO, L.; “Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., p. 879.

¹⁴ *Ibidem*.

seguros, probables o posibles). Como ya se ha indicado, también habrá que tener en cuenta los intereses de las personas concernidas por la decisión.

En general, ante estas situaciones, puede ser útil tener en cuenta los denominados “criterios tradicionales del juicio de moralidad”. Estos son: el objeto de la actuación, el fin o intención del sujeto y las circunstancias concurrentes en el caso concreto¹⁵.

El objeto remite al contenido concreto de la actuación. Por ejemplo, la decisión en orden a que se decrete la prisión provisional de una persona sometida a un proceso penal. Por su parte, la intención¹⁶ se refiere a los motivos últimos que llevan al sujeto a obrar de un determinado modo. Ese fin o intención última, en virtud del cual el fiscal decide llevar a cabo, o no, una concreta acción, tiene un significado trascendental en el juicio de conciencia ya que, en definitiva, remite al motor último de su actuación: al por qué ha tomado esa decisión y no otra¹⁷. Por último, se requiere la ponderación atenta de todas las circunstancias del caso¹⁸, es decir, de todos aquellos factores que pueden graduar, de una forma más o menos intensa, el objeto de la decisión.

Tradicionalmente se ha entendido que una acción injusta, desde el punto de vista de su objeto, nunca dejará de serlo, por muy buenas intenciones que tenga el sujeto. La intención, si es recta, disminuirá la gravedad del acto incorrecto, pero éste no dejará de serlo. Por ello, se puede mantener que “la buena intención no autoriza a hacer ninguna obra injusta” o, dicho de otra manera, “el fin no justifica los medios”¹⁹.

Lo mismo ocurre con las circunstancias del caso concreto. Estas no pueden transformar un acto intrínsecamente incorrecto por su objeto, en un acto justificable. No obstante, sí que pueden graduar su gravedad.

Una vez se han tenido en cuenta los citados elementos de juicio, también se pueden tener en cuenta otros factores que pueden, asimismo, influir en el acierto de la decisión. Por ejemplo:

- a) La preferencia del mal menor sobre el mayor.
- b) Que es mayor el bien que beneficia a más personas, y es mayor el mal que a más personas perjudica;

¹⁵ PARDO, A.; *Análisis del acto moral, una propuesta*.

<http://www.unav.es/cdb/dhbapactomoral2c2.html>

¹⁶ RODRÍGUEZ LUÑO, A.; *Ética General, op. cit.*, p. 189.

¹⁷ En este sentido, para Finnis, “un acto humano es un *lo-que-es-decيدido* (o-elegido) y su descripción primaria adecuada es como *qué-es-elegido*. Una acción humana, para ser considerada humana, ha de ser caracterizada de la manera como fue caracterizada en la conclusión de la respectiva secuencia de razonamiento práctico del hombre que eligió realizarla” (FINNIS, J.; *Ley natural y derechos naturales*, trad. C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 151).

¹⁸ Vid. GÓMEZ PÉREZ, R.; *Ética empresarial*, Madrid, Rialp, 1999, p. 33.

¹⁹ RODRÍGUEZ LUÑO, A.; *Ética*, Pamplona, Eunsa, 1986, pp. 190-192.

b) Que el bien es mejor cuanto más profundamente beneficie a la persona, y el mal peor cuanto más profundamente le afecte, etc.

c) Que es preferible asumir el mal solo posible (el eventual) sobre el seguro, aunque el eventual sea más grave que el presente, valorando la existencia de otras posibilidades de evitarlo...

Un ejemplo que puede ilustrar la aplicación de los referidos criterios podría presentarse en los procedimientos sobre esterilización de personas que no tienen capacidad para prestar consentimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 156 párrafo segundo CP, en relación con la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2015 (que establece el procedimiento para la autorización judicial de esterilización). En estos casos sabemos que fiscal debe ser oído y su dictamen deberá tener siempre como criterio rector el mayor interés del incapaz.

Sabemos que el Ministerio fiscal ejerce, en el caso de los incapacitados y desvalidos, una de sus funciones más insustituibles. Por ello, en estos supuestos debe mostrar una especial sensibilidad y cautela y llevar a cabo una ponderación muy cuidadosa. Como es bien conocido, la esterilización es una medida que, a lo largo de la historia, ha estado vinculada a razones eugenésicas y a políticas demográficas. Por ejemplo, no debemos olvidar que la primera Ley promulgada en el campo de la Sanidad por Hitler fue, precisamente, para autorizar la esterilización de los disminuidos psíquicos, entre otros supuestos.

Si aplicamos a estos casos los referidos criterios de valoración, podemos considerar que, en cuanto al objeto, éste sería la decisión, favorable o no, del fiscal, acerca de la intervención en la integridad física del incapaz, para llevar a cabo efectivamente la esterilización.

Se trata de una cuestión muy compleja, en la que habrá que tener en cuenta, en primer lugar, que el derecho a la integridad corporal es un derecho fundamental, recogido en el artículo 15 de la Constitución; asimismo, el hecho de que la autorización para intervenir supone una sustitución total de la voluntad de la persona, con el consiguiente riesgo de convertirla, de hecho, en un objeto²⁰. También habrá que considerar que el grado de deficiencia psíquica del incapaz sea grave y, consecuentemente, genere una imposibilidad de comprender, el hecho de que esta sea permanente, como va a afectar la intervención a su salud, considerando los posibles riesgos para la misma, etc.²¹

²⁰ En Sentencia del TC 215/1994, de 14 de julio, en su voto particular, Chimeno Cano sostuvo que la sexualidad no es un simple ejercicio físico, sino que requiere una preparación física y psicológica tratándose de un bien al que debe accederse de modo responsable y con determinadas condiciones de capacidad física y comprensión anímica e intelectual, a fin de que no se convierta, más que en una ayuda al desarrollo, en un factor de desequilibrio al incapacitado.

²¹ Entre las consecuencias futuras, si se trata de una mujer, se podría tener en cuenta que si quedara embarazada se podría recurrir al aborto. No obstante, se trataría de un mal incierto.

En cuanto a la intención, el fiscal debe buscar directamente el bien del incapaz²². Es claro que en una sociedad, en muchas ocasiones, el bien de uno puede suponer un relativo perjuicio para otros. Pero, en este caso, como ya se ha señalado, hay que dar prioridad al bien del incapaz. Por ello, habría que valorar, por ejemplo, si la verdadera finalidad de la pretensión es la evitación de un embarazo, o la comodidad de no tener que prestar una vigilancia y cuidado especial al, o especialmente, a la incapaz; en particular, si no tiene apetito sexual. Habría también que ponderar si la medida podría generar entornos de poca atención; por ejemplo, que el resultado pueda ser un menor cuidado de la seguridad sexual de la incapaz, exponiéndola a peligros y situaciones no deseadas (incluso a riesgo de abusos o de violación por algún otro incapaz en la institución en que se la quiera internar y que, por ejemplo, exija la esterilización...).

En definitiva, se trata de considerar si estamos ante una medida tendente a evitar a cualquier costa las consecuencias de la sexualidad del incapaz, en beneficio de las personas que se encargan de su guarda, lo que parece que no justificaría la quiebra de la integridad física de una persona.

En cuanto a las circunstancias, el fiscal en su informe deberá tener en cuenta, no solo el contenido del preceptivo dictamen de los especialistas, a los que no se halla vinculado, sino también otros datos o circunstancias extraídas del examen del expediente y de las condiciones familiares y sociales del incapaz. Así, por ejemplo, habría que ponderar si la esterilización se requiere de manera preceptiva para su ingreso en una institución pública, si los peticionarios son los padres, si el incapaz ha mostrado deseo sexual, etc.

Otro ejemplo de razonamiento práctico podría plantearse en el supuesto de que el fiscal considerara que, informando de acuerdo con la legalidad vigente, se va a producir, necesariamente, un resultado injusto. Por ejemplo, tratándose de un sistema punitivo que admitiera la pena de muerte, podría plantearse el caso de que el fiscal se viera en la necesidad de solicitarla, teniendo personalmente claro que se trata de una pena contraria a la dignidad humana. Otro ejemplo podríamos encontrarlo en aquellos casos en los que el contenido de las disposiciones legales vulneran los derechos fundamentales: sería el caso de que se aplicaran penas de prisión por el hecho de ser disidente político, sanciones por ejercer el derecho a la libertad religiosa, ideológica o de conciencia, etc. En la actualidad, los países con regímenes totalitarios, o los sometidos al fundamentalismo islámico, nos muestran variados ejemplos de estas situaciones.

En estos casos, y una vez que el fiscal ha llegado a la conclusión de que existe un verdadero conflicto, deberá considerar si es posible actuar sin lesionar exigencias básicas de justicia respetando, al mismo tiempo, la legalidad vigente. Ciertamente, por un lado, el texto legal siempre lleva consigo un significado querido por la autoridad que lo formuló. Este no se puede obviar y, en consecuencia, la interpretación debe estar

²² Vid. http://www.agamfec.com/wp/wp-content/uploads/2015/07/09B_Colabo_N11_5.pdf

siempre apoyada en el sentido de la ley²³. Por ello, el profesional nunca puede entender el texto como un dato irrelevante o un pretexto para una interpretación totalmente libre del mismo.

No obstante, tampoco puede aceptarse un “literalismo jurídico” según el cual la norma posee un significado unívoco, cerrado, definitivo y correcto. Al contrario, se trata, en palabras de Cotta, de un “plexo dual” constituido por dos elementos inseparables: un enunciado lingüístico –que es obra del legislador– y la necesaria interpretación de tal enunciado –labor de la doctrina y, en definitiva, del operador jurídico–. Por ello, la norma jurídica podría representarse con la siguiente fórmula: norma=enunciado deóntico + interpretación jurídica²⁴. En consecuencia, una adecuada decisión es la que parte de “investigar si los principios de justicia permiten interpretar o integrar la norma para evitar sus consecuencias injustas”²⁵. Ello inclina al fiscal, en su toma de decisiones, a una más atenta consideración del sistema legal en su conjunto, a un razonamiento más detenido, a un estudio más detallado de las circunstancias del caso, etc.

No obstante, también puede suceder que el conflicto aparezca como inevitable. Aquí ya nos situamos ante la consideración de las posibles vías de actuación desde el plano de la legalidad vigente, -lo que hemos denominado juicio de conciencia *ad extra*-.

Cuando un fiscal se encuentra ante la situación anteriormente descrita, en una Fiscalía que funciona adecuadamente no habría problemas, en principio, para intercambiar asuntos con otro Fiscal, informando al superior y alegando la razón (se entiende que el conflicto se basa en razones de conciencia, porque si concurre causa legal de abstención, debe haber cambio de fiscal necesariamente). Por ello, lo ordinario es que no haya dificultades en que lo despache otro fiscal. No obstante, pueden plantearse situaciones más complejas, en las que la solución pase por recurrir al artículo 27.1 del EOMF. Para explicar mejor este tema, podemos referirnos a dos situaciones que pueden plantearse al fiscal: la “cooperación al mal” y los “actos con doble efecto”.

4. El problema de “la cooperación al mal”

Una de las cuestiones que puede surgir en el razonamiento práctico es la posibilidad de que con las propias decisiones o actuaciones, se coopere a una injusticia. Se parte de la idea de que cualquier actividad profesional y, de modo muy especial, las de carácter jurídico, generan una interrelación entre una multiplicidad de personas. La justicia de

²³ Vid. DE DIEGO-LORA, C.; “Independencia y dependencia judiciales en el nuevo Código”, en *Ius Canonicum*, XXVIII, n. 55, enero-junio, 1988, pp. 353 y ss.

²⁴ COTTA, S.; *Justificación y obligatoriedad de las normas*, trad. A. Fernández Galiano, Ceura, Madrid, 1987, p. 7.

²⁵ GABALDÓN, J.; “Reflexiones sobre la ética judicial”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., p. 810.

cada una de las actuaciones, la honestidad profesional con la que se llevan a cabo, colabora, decisivamente, al adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia o, por el contrario, lo obstaculiza. Entiendo así que el “grado” de justicia de una sociedad no surge por “generación espontánea”. Al contrario, es el resultado de la suma de actuaciones profesionales íntegras²⁶.

Por otro lado, se presupone que cada jurista es responsable, no solo de sus propios actos, sino también, hasta cierto punto, de la influencia que éstos puedan tener en los demás. Por ello, como ya he señalado, puede surgir un conflicto cuando, aun queriendo actuar íntegramente, se advierte que, involuntariamente, se está cooperando en una injusticia. Incluso, podrían darse situaciones en las que parece que es inevitable actuar injustamente. Estamos ante un tema muy complejo, que demanda ser resuelto caso por caso, teniendo especialmente en cuenta las específicas circunstancias de cada supuesto.

4.1. Noción y tipos de cooperación al mal

En general, puede entenderse por cooperación al mal cualquier ayuda que se presta a la acción o decisión ilícita de otra persona²⁷. En un sentido amplio, se puede cooperar al mal de muchas formas: ya sea como inductor, mandante, cómplice, encubridor, intermediario, aplicador de una norma injusta... Por otro lado, podemos distinguir los siguientes tipos de cooperación al mal:

-Cooperación formal: concurre este tipo cuando se coopera al mal llevado a cabo o impuesto por otra persona, o por una norma, de manera voluntaria y, por lo tanto, consintiendo con él. Se puede cooperar mediante una actuación positiva (realizando una acción) o de forma negativa (a través de una omisión). Por ejemplo, puede cooperar formalmente al mal el fiscal que, habiendo recibido de su superior una orden que considera ilegal, y de la que se siguen claras consecuencias negativas, la sigue de forma voluntaria para evitarse complicaciones profesionales.

-Cooperación material: se produce cuando se coopera con el mal llevado a cabo por otra persona, o impuesto por una norma, pero de manera involuntaria, sin aceptar voluntariamente el resultado. El profesional lleva a cabo la acción física, pero en su interior la rechaza, y no está de acuerdo con sus consecuencias negativas. También en este caso se puede cooperar mediante una actuación positiva o negativa. Podríamos mencionar el mismo ejemplo anterior, pero llevando a cabo la acción involuntariamente y con rechazo interior.

²⁶ Vid. GÓMEZ PÉREZ, R.; *Deontología Jurídica*, Pamplona, Eunsa, 1999 (4ª edición), pp. 63 y ss.

²⁷ *Ibidem*.

-Cooperación directa o inmediata: tiene lugar cuando se colabora con la acción misma del que produce el ilícito.

-Cooperación indirecta o mediata: concurre este tipo cuando no se coopera directamente en la acción misma, pero se colabora con ella proporcionando, a quien la lleva a cabo, un medio que éste utilizará para su propósito.

4.2. Criterios de aplicación

Los principios que pueden ayudar a resolver adecuadamente estas situaciones son los siguientes:

1. La actuación de la persona que influye directamente sobre la voluntad del que realiza la cooperación al mal es siempre ilícita. Así, por ejemplo, el fiscal superior que impone a un fiscal subordinado una orden de dudosa legalidad, actúa incorrectamente.

2. La cooperación formal al mal, consintiendo y aceptando la actuación llevada a cabo es, asimismo, siempre ilícita.

3. La cooperación material al mal, sin buscar o consentir el resultado, es genéricamente ilícita. Ello es consecuencia de que el fiscal no solo debe contribuir a la justicia, sino también evitar la injusticia.

4. Existen situaciones muy concretas en las que las circunstancias particulares determinan que para una persona sea física, o moralmente, imposible actuar de otro modo. No se trata de excepciones al deber general de hacer el bien, sino de situaciones extraordinarias, de las que algunos se aprovechan de la difícil posición de otras personas para hacer el mal. En estos supuestos, y presuponiendo la ilicitud de quien influye en la persona que coopera, se podría llevar a cabo la actuación si:

a) No hay otro modo de obtener un bien importante y absolutamente necesario.

b) No hay otro modo de evitar un grave daño a sí mismo o a los demás. Se trata de lo que comúnmente podemos denominar “mal menor”.

Por último, a la hora de valorar estos casos extremos, y siguiendo a Gómez Pérez²⁸, podrían tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1. La causa o el motivo que justifique la cooperación material al mal debe ser tanto más relevante, cuanto más grave sea el mal ajeno que se lleva a cabo.

2. La causa o el motivo que autorice la cooperación material al mal tiene que ser tanto más grave, cuanto más probable resulte que sin esa cooperación el mal no se produciría.

3. No sería causa justificante la convicción de que, si uno no coopera, otro lo hará en su lugar.

²⁸ GÓMEZ PÉREZ, R.; *Deontología Jurídica, op. cit.*, pp. 65-66.

4. No es causa que legitime la cooperación material al mal el hecho de que se prevea que el mal se llevará a cabo de cualquier forma, con o sin la cooperación de la persona que actúa. Por ejemplo, el fiscal que entiende que si él no postula la norma injusta o la orden ilegal de su superior, otro lo hará

Una vez que se ha llegado a la conclusión de que existe verdaderamente cooperación a una injusticia y que, por ello, la orden del superior, o la norma concreta aplicable, no se debería acatar, nos situaríamos ante el plano que anteriormente hemos denominado *ad extra*, o en el ámbito del reconocimiento legal. Podemos volver al ejemplo anterior: el supuesto de un fiscal que recibe una orden de su superior en un sentido que él considera irregular. Pensemos en el caso de que se hubiera presentado una demanda civil por lesión al honor contra un alto cargo del gobierno, debido a sus manifestaciones públicas lesivas del honor de un tercero, y el fiscal superior comunicara a su subordinado que, en ese caso concreto, a pesar de que es evidente que se ha producido el ataque al honor, él debe postular que se desestime dicha demanda.

Llegados a esta situación, podría alegarse que en algunos países –entre ellos España–, el Ministerio fiscal se encuentra sometido a los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica. En este sentido, el artículo 2.1 del EOMF establece: “El Ministerio Fiscal, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

Por su parte, el artículo 124.2 de la Constitución española establece que: “El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

De acuerdo con ello, sabemos que el Ministerio fiscal tiene, en nuestro país, una estructura piramidal. Su vértice lo ocupa el Fiscal General del Estado, que ostenta la jefatura del Ministerio fiscal²⁹. Por eso, los miembros de este Ministerio actúan siempre bajo la dependencia de un superior jerárquico. Se plantea aquí el problema relativo a si existe un deber absoluto de obediencia jerárquica.

Como señala Beneytez³⁰, la sumisión a las órdenes e instrucciones del superior no tiene, ni puede tener, un carácter absoluto e incondicionado. Ciertamente, puede suceder que un superior dé una orden, basada en el principio de legalidad, y el subordinado tenga una opinión distinta acerca de lo que exige la legalidad en ese caso concreto. En este supuesto se concederá al subordinado la posibilidad de objetar la ilegalidad de la orden,

²⁹ La ordenación jerárquica continúa en la Fiscalía de cada uno de los órganos, en los que la dirección corresponde al Fiscal Jefe. A él quedan subordinados todos los miembros del Ministerio fiscal que pertenecen a ese órgano concreto.

³⁰ BENEYTEZ MERINO, L.; “Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., p. 887.

elaborando un informe razonado. En esta línea, señala el artículo 27.1 del EOMF: “El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que esta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala”.

El conflicto se plantea en el caso de que el superior no estime fundada la objeción y, después de oír a la Junta, reitere por escrito la orden al fiscal. Se trata de una situación difícil, cuya solución no puede ser establecida a priori. El fiscal deberá valorar y ponderar todos los factores en juego, –sin excluir las consecuencias para terceros de sus propios actos–, incluyendo, en casos de extrema gravedad, la posibilidad de solicitar ser relevado de su cargo. En cualquier caso, la solución más adecuada es que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27.2 del EOMF, el superior encomiende a otro fiscal el despacho del asunto³¹.

Por último, también podría objetarse una orden recibida basándose en razones distintas a la legalidad de la misma, de acuerdo con los términos previstos en el artículo 27.1 del EOMF. Entre las razones en las que cabría apoyar tal objeción estarían las de tipo ideológico, religioso, ético o deontológico. En tales supuestos, la solución más adecuada sería que, como en el supuesto anterior, el superior encomendara el despacho del asunto a otro fiscal. Como ya he señalado, esta es una alternativa que ofrece el referido artículo 27 del EOMF.

5. Actos de doble efecto

Otra situación conflictiva puede aparecer al surgir lo que suelen denominarse actos de doble efecto. Para entender adecuadamente esta problemática hay que partir de la necesidad de valorar, siempre, la posible secuencia causal de las propias actuaciones. Así, por ejemplo, el fiscal que decide llevar a cabo, o no, una determinada acción, debe considerar, al mismo tiempo, las posibles –o probables– consecuencias futuras de su decisión, tanto para él mismo, como para terceros, para su colectivo profesional y, en definitiva, para la sociedad³².

³¹ El artículo 27.2 del EOMF establece que: “Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento, o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto al que se refiera”.

³² Vid. FINNIS, J.; *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 151.

En este contexto, se denomina acto de doble efecto a aquel que posee dos consecuencias propias: la primera, que es buscada como fin objetivo de la actuación, y la segunda, que surge como un efecto secundario, simplemente permitido o, incluso, no previsto. El primer acto, que es voluntario, tiene, por ello, al menos, dos efectos:

1. El querido directamente.
2. El que se produce indirectamente.

Cuando los dos efectos son adecuados no existe, lógicamente, ningún problema. Las cuestiones conflictivas se plantean cuando, al realizar una acción, de ella se sigue, previsiblemente, un efecto justo y otro injusto. Por ejemplo, el fiscal que, creyendo erróneamente en la culpabilidad de un reo, sobredimensiona excesivamente una pena para conseguir una conformidad, y el acusado, siendo inocente, decide no ejercer su derecho al juicio, declarándose culpable para evitar dicha pena sobrevalorada.

Llevar a cabo actos de doble efecto no siempre es aceptable. Para valorar este tema, se pueden tener en cuenta los siguientes criterios:

a) La acción que se realiza en primer lugar debe ser correcta en sí misma o, al menos, indiferente. Por ello, la consecuencia injusta no debe ser el efecto *per se* de la acción: sólo debe ser un riesgo que se corre, con justa causa, y que no se está obligado a evitar.

Por ejemplo, en el referido caso de la conformidad, el fiscal deberá regirse por el criterio de la legalidad en la solicitud de las penas. Por ello, no sería aceptable elevarlas desmesuradamente para, de esa manera, presionar a favor de la conformidad. Tal elevación podría suponer, de hecho, una fuerte presión psicológica para el acusado, que se podría ver inclinado a no ejercer su derecho al juicio. Y ello puede producir auténticas injusticias: por ejemplo, acusados inocentes que se conforman ante el serio riesgo de sufrir una pena excesivamente elevada. También sería injusto mantener estas penas “sobredimensionadas” si no ha existido conformidad. Implicaría la responsabilidad de cargar con sanciones excesivas al acusado que ha exigido su derecho al juicio.

Si el primer requisito no se cumple, de tal modo que la primera acción ya es incorrecta por su objeto, aunque los previsibles resultados fueran deseables, la actuación sería rechazable³³.

³³ En general, para exponer este tema, se suele recurrir al ejemplo clásico del secuestrador que, para liberar a un número elevado de rehenes, exige la muerte de un hombre inocente. En este caso, es claro que la primera acción, matar a un hombre inocente, no es lícita en sí misma, aunque pudiera tener como consecuencia resultados muy positivos (liberación de un gran número de rehenes). En realidad, la persona que cumpliera la exigencia de matar a un inocente, no podría negar que estaba llevando a cabo un acto que, de suyo, por su propio objeto, es un homicidio. La ilicitud, y la no justificación de esta acción, se comprende con mayor claridad si se adopta la perspectiva de la víctima. El encargado de dar muerte a un hombre inocente, ¿habría considerado el acto como razonable si hubiera sido él la persona asesinada? En definitiva, una acción, por muchas consecuencias deseables y positivas que tenga, es irrazonable

Esta conclusión es, también, una consecuencia del principio de la razón práctica que establece que el fin no justifica los medios. O, dicho de otra manera, no es aceptable realizar un acto injusto, aunque sea para alcanzar un bien.

b) El efecto bueno de la acción debe ser el primero, o inmediato, de tal modo que no debe ser el resultado de una actuación incorrecta.

c) El fin o intención del profesional deben ser rectos e íntegros, en el sentido de que no se consienta, ni se persiga, el efecto negativo (así, por ejemplo, en el caso de la conformidad, no buscar directamente la condena de un inocente). Como ya se ha indicado, el efecto injusto debe ser secundario, de tal modo que, si es previsto, aparezca tan sólo como permitido o tolerado.

d) Que exista una causa, o necesidad proporcionada, a la gravedad de las consecuencias negativas que pueda tener la actuación. Siguiendo con el caso de la conformidad, habría que valorar hasta qué punto fomentarla, en cada supuesto concreto, es proporcionado al riesgo que se asume. Como afirma Del Moral³⁴, habría que ponderar en qué medida, y en ese momento procesal, la conformidad será realmente útil para conseguir la buscada agilización de la Administración de justicia.

6. Conclusión

La función del fiscal es postular lo que considere justo, de acuerdo con la legalidad vigente y con las circunstancias de un supuesto concreto. De este modo, en palabras de Beneytez, “la realización de la justicia debe ser el norte que oriente la intervención del Ministerio fiscal, con exclusión de cualquiera otra consideración, sea política, sea de complacencia a determinados grupos de poder”³⁵. Buscar la justicia del caso concreto es, en realidad, el ideal de toda praxis profesional³⁶. Además, obrar, o no, conforme a

si lesiona directamente un bien humano básico, como es la vida. Si pensáramos de manera diferente, estaríamos aceptando el principio (inmoral) de que el fin justifica los medios.

³⁴ Para Del Moral, las conformidades “lo único que evitan es el acto del juicio oral. Todo el coste social que supone el proceso ha tenido que llevarse a cabo: citación y comparecencia de testigos, dedicación de esfuerzos burocráticos... Sólo se ahorra el tiempo –unos minutos; unas horas, quizás– del acto del juicio oral y también la carga de conflictividad o tensión que, eventualmente, pueda presentar el mismo. Se elude también un posible recurso”. En este sentido, sería mucho más beneficioso, y realmente útil, la conformidad plasmada anteriormente en un escrito conjunto de la acusación y la defensa. De ese modo, no sólo se obtendría una mayor celeridad en la resolución de los asuntos, sino que también se ahorrarían muchas molestias a los ciudadanos, especialmente a los testigos y a la víctima. Sin embargo, estos “pactos” realizados en fases anteriores encuentran muchas resistencias en nuestra justicia penal (DEL MORAL GARCÍA, A.; “Verdad y justicia penal”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., pp. 543-544).

³⁵ BENEYTEZ MERINO, L.; “Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., p. 882.

³⁶ Ya decía Aristóteles que “no se estudia ética para saber qué es la virtud, sino para aprender a hacernos virtuosos y buenos. De otra manera, sería un estudio completamente inútil. Por ello,

este principio es lo que va a determinar que un profesional actúe, o no, de acuerdo a su dignidad personal y profesional.

Para lograrlo se requiere, ordinariamente, una gran dosis de prudencia, valorar muy detenidamente las circunstancias del caso concreto y sus consecuencias para cada una de las partes, pidiendo más datos si es necesario, asumiendo la responsabilidad por las propias decisiones y evitando cualquier tipo de superficialidad o frivolidad.

En definitiva, el fiscal está llamado a contribuir, con su actuación procesal, a que se haga realidad el orden social justo plasmado en las normas³⁷. Por ello, no considero exagerado afirmar que la profesión de fiscal exige estar en posesión de una conciencia profesional muy íntegra³⁸. Merece, en este punto, recordar las palabras que Ossorio y Gallardo, en su famosa obra *El alma de la Toga*: “La rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos; primero, es ser bueno; luego, ser firme; después, ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia, en el último. Por vasta y bien cimentada que resulte la preparación científica... tan sólo si ello va unido a una personalidad moral adecuada, puede pensarse en ciertas garantías de acierto”³⁹.

tenemos que considerar lo relativo a las acciones (*práxeis*) y al modo de realizarlas: son ellas las que determinan la calidad de los hábitos” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro II, 2, trad. Julio Pallí, Madrid, Gredos, 1985 (3ª reimpresión de 1995), p. 160).

³⁷ BENEYTEZ MERINO, L.; “Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., p. 876.

³⁸ Vid. LEGA, C.; *Deontología de la profesión de Abogado*, Cívitas, Madrid, 1983 (2ª), p. 71.

³⁹ OSSORIO Y GALLARDO, A.; *El Alma de la Toga*, Edit. Maxtor, 2007, cit. en GABALDÓN LÓPEZ, J.; “Reflexiones sobre la ética judicial”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., p. 782.