



---

## **INFORME JURÍDICO**

---

### **INFORME SOBRE EL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DEL MINISTERIO FISCAL**

#### **I. ANTECEDENTES.**

1.- Con fecha 25 de febrero de 2019, procedente de la Secretaría de Estado del Ministerio de Justicia, ha tenido entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de la evacuación del correspondiente informe de conformidad con lo dispuesto en el artículo 561.1.6ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal (en adelante, el Proyecto).

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del día 7 de marzo de 2019, designó como Ponentes de este informe a los Vocales don Rafael Mozo Muelas y don Juan Manuel Fernández Martínez.

#### **II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ**

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por las Leyes Orgánicas 4/2013, de 28 de junio, 7/2015, de 21 de julio y 4/2018, de 28 de diciembre) tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*" (regla 6ª del art. 561.1 LOPJ).

4.- En aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Proyecto de Real Decreto remitido, debe advertirse que entre las materias sometidas por la LOPJ a informe preceptivo de este Consejo no se encuentra prevista lo relativo al estatuto orgánico del Ministerio Fiscal a diferencia de lo establecido en las reglas 4ª y 5ª del artículo 561.1 LOPJ respecto del estatuto orgánico de Jueces y Magistrados y de los Letrados de la Administración de Justicia y del resto del personal al



servicio de la Administración de Justicia, respectivamente. A pesar de ello, la relevante función encomendada al Ministerio Fiscal por nuestra Constitución y su Estatuto Orgánico en la acción de promoción de la justicia y la defensa de los derechos de los ciudadanos ante los Juzgados y Tribunales permite considerar que los proyectos normativos que afecten a su régimen estatutario inciden sobre la materia prevista en el artículo 561.1.6ª LOPJ.

5.- En efecto, el artículo 124 CE atribuye al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como la de velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social. Esta misión constitucional la ejercerá el Ministerio Público por medio de órganos propios respetando los principios de legalidad, imparcialidad, dependencia jerárquica y, en particular, el principio de unidad de actuación, que constituye una garantía del principio de seguridad jurídica y coadyuva a la efectiva protección del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, al favorecer la uniformidad aplicativa en todo el territorio. De acuerdo con la reserva de ley establecida por el artículo 124.3 CE, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguló el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF), cuyo artículo 2.1, tras la reforma introducida por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, configura al Ministerio Fiscal como «un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial».

6.- En el marco del presente informe debe subrayarse la importante función que tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuyen al Ministerio Fiscal como "*defensor iudex*". Así, la misión constitucional de velar por la independencia de los Tribunales se recoge, precisándola, en el artículo 14.2 LOPJ al establecer que «[e]l Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial». No se agota, sin embargo, la actuación del Ministerio Fiscal como defensor de la independencia judicial en el ámbito del ejercicio de las correspondientes acciones procesales. La LOPJ prevé en distintos puntos de la regulación del régimen estatutario de Jueces y Magistrados la participación del Ministerio Fiscal en los expedientes gubernativos que tengan por objeto determinadas situaciones o circunstancias con incidencia en la relación estatutaria. En particular, el legislador orgánico contempla la intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de pérdida de la condición de Juez o Magistrado (art. 379.2 LOPJ), de suspensión (art. 384.1 LOPJ), jubilación por incapacidad



permanente (art. 387 LOPJ), en los procedimientos de separación, traslado y rehabilitación (art. 388 LOPJ) o en los expedientes de cese de quienes ejercen temporalmente funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial (art. 433 LOPJ). Asimismo, se prevé la intervención del Ministerio Fiscal en relación con la responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo (arts. 405 a 410 LOPJ).

7.- Por otro lado, la LOPJ incide en la regulación del régimen estatutario del Ministerio Fiscal bien por directo llamamiento de distintos preceptos del EOMF bien por su aplicación supletoria establecida en la disposición adicional primera EOMF.

8.- Las anteriores consideraciones ponen de relieve la conexión del Proyecto con el ámbito propio de la función consultiva de este Órgano constitucional. Debe recordarse, por lo demás, que un anterior proyecto de Reglamento de la Carrera Fiscal fue remitido a este Consejo para informe, en fecha 28 de septiembre de 2011, que se aprobó por el Pleno en su reunión de 24 de octubre de 2011. En ese informe se afirmaba que «las observaciones que a continuación se formulan tienen bien presente el máximo respeto al ámbito institucional que el EOMF reconoce al Ministerio Público, y sólo pretenden contribuir a la mejora del texto remitido, en el marco de una leal colaboración». El mismo principio de respeto y colaboración institucional sustenta el análisis del presente Proyecto, de modo que en lo sucesivo nuestro parecer constitutivo se proyectará sobre aquellos aspectos vinculados con la posición y misión constitucionales del Ministerio Fiscal y que recoge y desarrolla la LOPJ, así como sobre aquellas cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico que permitan contribuir a mejorar la corrección del texto proyectado.

### **III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL PROYECTO**

9.- El texto proyectado consta de un Título Preliminar y diez Títulos, además de una disposición adicional que regula la publicidad de las resoluciones del Fiscal General del Estado en determinadas materias; una disposición transitoria que somete los expedientes disciplinarios en tramitación al momento de la publicación del presente texto legal, a la normativa vigente al momento de su incoación; una disposición derogatoria que deja sin efecto el Reglamento del Ministerio Fiscal aprobado por Decreto 437/1969, de 27 de febrero; y tres disposiciones finales, habilitando la primera de ellas al titular del Ministerio de Justicia



para dictar, en el ámbito de sus competencias, las normas de ejecución y desarrollo del presente texto normativo; declarando, la segunda de ellas, la supletoriedad de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto no resulte incompatible con los principios que rigen la organización y el funcionamiento del Ministerio Fiscal, y en su caso la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y, finalmente, la tercera determina la entrada en vigor del Reglamento en el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

10.- El Título Preliminar (artículos 1 al 3) contiene las disposiciones generales sobre el objeto de la norma reglamentaria, el ámbito subjetivo de aplicación y las categorías de la Carrera Fiscal.

11.- El Título I, que lleva la rúbrica «De la organización de las Fiscalías», consta de ocho capítulos (artículos 4 a 26, ambos incluidos), siendo de advertir que la norma proyectada contiene un error en la enumeración de los referidos capítulos, pues da el mismo número (el V) a dos capítulos diferentes, por lo que el segundo capítulo V debe ser el VI y así correlativamente hasta llegar al VIII, que para la norma proyectada es el VII. El capítulo I del referido Título versa sobre el régimen interno, el segundo sobre los procedimientos de la Fiscalía, el capítulo III aborda lo relativo a las Juntas de Fiscalía, el IV se refiere al régimen de impartición de órdenes en la Fiscalía, el capítulo V versa sobre el reparto del trabajo y de la avocación, el capítulo VI (segundo capítulo V en el texto proyectado) regula lo relativo a las Memorias de las Fiscalías, el que debiera ser capítulo VII (VI en el texto proyectado) dedica su contenido a la instalación de la Fiscalía y finalmente, el capítulo que debiera ser el VIII (capítulo VII en el texto proyectado) regula las recompensas.

12.- El Título II intitulado «Adquisición y pérdida de la condición de Fiscal» consta de tres capítulos (artículos 27 a 43), dedicándose el primero de ellos al ingreso en la carrera fiscal, el capítulo II aborda lo relativo a la pérdida de la condición de Fiscal y el tercer capítulo regula el procedimiento de rehabilitación.

13.- El Título III lleva por título «Provisión de destinos» y consta de un total de siete capítulos (artículos 44 a 81). El capítulo I contiene una serie de disposiciones generales, el capítulo II regula la provisión de plazas de designación directa del Fiscal General del estado, el capítulo III versa sobre la provisión de plazas de nombramiento discrecional, el



capítulo IV se refiere al procedimiento de concurso reglado, el capítulo V aborda el desempeño temporal de destinos y desplazamientos de los Fiscales, el capítulo VI ofrece cobertura legal a los traslados y el capítulo VII versa sobre la cobertura de destinos mediante sustitución.

14.- El Título IV se intitula «De las situaciones administrativas» y consta de un total de tres capítulos (artículos 82 a 95), dedicándose el primero de ellos a la regulación de las clases de situaciones administrativas, servicio activo, servicios especiales y excedencia voluntaria; el capítulo II versa sobre la suspensión de funciones; y el capítulo III regula el reingreso.

15.- El Título V lleva la rúbrica «De los permisos y licencias» y consta de dos capítulos (artículos 96 a 119), siendo que el primero de ambos regula los permisos y licencias y destinándose el capítulo II para las disposiciones generales.

16.- El Título VI del texto proyectado se titula «De los derechos y deberes» y consta de dos capítulos (artículos 120 a 124), regulando el primero de ellos los derechos y el capítulo II los deberes.

17.- El Título VII lleva por título «De las incompatibilidades y prohibiciones» y consta de tres capítulos (artículos 125 a 143), dedicado el primero de ellos a regular las incompatibilidades absolutas, el capítulo II las incompatibilidades relativas, y el tercero las prohibiciones.

18.- El Título VIII se titula «De la jubilación» y está integrado por los artículos 140 a 143.

19.- El Título IX se intitula «Del régimen disciplinario» y consta de tres capítulos (artículos 144 a 184). El capítulo I se divide en tres secciones y aborda lo relativo a las formas de responsabilidad, la penal (sección 1ª), la patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia (sección 2ª) y la disciplinaria (sección 3ª). El capítulo II se refiere al régimen disciplinario y se divide en tres secciones, dedicándose la primera de ellas a establecer unas reglas generales, la segunda a regular las actuaciones previas y la tercera al expediente disciplinario. El capítulo III regula la figura del Fiscal Promotor de la Acción Disciplinaria.

20.- El Título X no tiene título, consta de un único capítulo dedicado al Escalafón del Ministerio Fiscal y comprende un único artículo, el 185.



#### **IV. CONSIDERACIONES GENERALES**

21.- El artículo 124.3 CE dispone que «[l]a ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal». Se trata, de un lado, de una reserva específica que exige la aprobación de una norma con rango de ley con este preciso contenido, el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. Por otro lado, el constituyente ha configurado la reserva con carácter absoluto, y no relativo, de modo que debe ser el legislador quien establezca las necesarias determinaciones normativas del completo régimen jurídico del Ministerio Fiscal. La reserva de ley no significa, sin embargo, como ha puesto de relieve la doctrina constitucional, que «las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa» (STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3). Cabe, pues, el desarrollo reglamentario en el ámbito constitucionalmente reservado a la ley del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal siempre que la intervención del reglamento resulte justificada como complemento indispensable de la ley, necesaria por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de lo legalmente previsto.

22.- El EOMF contiene varias remisiones específicas al desarrollo reglamentario a lo largo de su articulado. En particular, la ley llama a la colaboración normativa del reglamento en la regulación de las siguientes materias: la elaboración de la Memoria de la Fiscalía General del Estado (art. 9.1), el ejercicio de la inspección (art. 14.1), la elección del Consejo Fiscal (art. 14.1), las funciones del Teniente Fiscal del Tribunal Supremo (art. 17), la determinación de ciertos aspectos de organización de las Fiscalías de Comunidad Autónoma y Fiscalías Provinciales (art. 18.2), la acreditación de especialización para la designación de Fiscales Delegados de Fiscalías Especiales (art. 19.5), la acreditación del conocimiento del idioma y del derecho propios de la Comunidad Autónoma como mérito determinante y preferente, respectivamente (art. 36.5), el desarrollo de las situaciones administrativas (art.47), los honores anejos a los cargos del Ministerio Fiscal (art. 51), el régimen de permisos, licencias y recompensas (art. 52), la determinación del funcionamiento y características técnicas de la red integrada de comunicación electrónicas



del Ministerio Fiscal (disposición adicional segunda.4) y, finalmente, el régimen de sustituciones y el régimen jurídico de los fiscales sustitutos (disposición adicional cuarta).

23.- Junto a las anteriores remisiones específicas al reglamento, el EOMF contiene una cláusula general de habilitación de desarrollo reglamentario formulada en los siguientes términos, en la disposición final primera:

«Se faculta al Gobierno:

A. Para que, en el plazo de un año y a propuesta del Ministro de Justicia, dicte el Reglamento que desarrolle la presente Ley.

B. Para redistribuir las plantillas entre las distintas Fiscalías, tanto del personal fiscal que las sirve, como del auxiliar adscrito a las mismas, siempre que no implique incremento en las plantillas presupuestarias respectivas.»

24.- En relación con la habilitación general contenida en la letra A de la citada disposición final, debe recordarse que fue objeto de modificación por el Real Decreto-Ley 26/1982, de 22 de diciembre, cuyo artículo único estableció que «el plazo establecido en la disposición primera A del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, para que el Gobierno dicte el Reglamento que le desarrolle, queda suspendido y comenzará a contarse de nuevo el día que tenga lugar la publicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el «Boletín Oficial del Estado». Tal suspensión se justificó en que, al contener el EOMF varias remisiones a la futura LOPJ, el hecho de que ésta no se hubiera aprobado determinaba la imposibilidad de cumplir en plazo el mandato legal de desarrollo reglamentario.

25.- A pesar de ello, tras la publicación de la LOPJ en el Boletín Oficial del Estado del día 2 de julio de 1985, es notorio que no se ha procedido a aprobar el reglamento de desarrollo del EOMF en todo lo referido al régimen estatutario del Ministerio Fiscal, si bien a través del Real Decreto 545/1983, de 9 de febrero, por el que se desarrollan determinadas normas del EOMF, se regularon ciertos contenidos mínimos, entre ellos, los concursos de provisión de destinos. A lo largo de estos años se han dictado distintas normas reglamentarias en desarrollo de algunas específicas previsiones del EOMF como el Real Decreto 437/1983, de 9 de febrero, sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal o el Real Decreto 634/2014, de 25 de julio, por el que se regula el régimen de sustituciones en la carrera fiscal.



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Gabinete Técnico

Estudios e informes

26.- El vacío normativo derivado de la ausencia de una norma reglamentaria de desarrollo del régimen estatutario de los miembros del Ministerio Fiscal ha sido colmado mediante la aplicación del Decreto 437/1969, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, norma preconstitucional cuya vigencia ha sido derogada en todo aquello contrario y desajustado con la Constitución y el EOMF.

27.- En el informe del Consejo Fiscal de 14 de octubre de 2011 sobre el proyecto de Reglamento de la Carrera Fiscal se describía la situación normativa existente del siguiente modo:

«Las escasas y obsoletas normas del Reglamento de 1969, y las imprecisas remisiones a la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo desarrollo reglamentario para la Carrera Judicial carece de valor supletorio directo a estos efectos, han generado en muchos supuestos una situación de incertidumbre normativa, superada en la práctica a veces por la vía del simple mimetismo con las soluciones aplicadas en el ámbito de los Jueces, y en otras ocasiones con discutibles extensiones de la normativa que rige la Administración General del Estado, no siempre concordes con algunas especialidades propias de la Carrera y del Ministerio Fiscal.»

28.- El Proyecto objeto de informe pretende poner fin a tal situación y adecuar, como afirma la exposición de motivos, el modelo reglamentario de la carrera y del Ministerio Fiscal al perfil orgánico, institucional y funcional que diseña la Constitución de 1978 y el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 con sus sucesivas reformas de 2003 y 2007.

29.- De acuerdo con lo expuesto, la iniciativa normativa merece globalmente un juicio favorable. Sin embargo, a modo de consideraciones generales, cabe señalar algunos aspectos que deberían ser objeto de reconsideración.

30.- Desde el punto de vista de técnica normativa, nos encontramos ante el proyecto de un Real Decreto aprobatorio de un reglamento, de modo que su estructura y contenido debería acomodarse a las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, en particular a las directrices 91 a 94. El proyecto debería contener un artículo único, titulado «Aprobación del Reglamento», en el que se apruebe el Reglamento cuyo texto se incluye





a continuación, seguido de las disposiciones adicionales, transitorias y finales, correspondientes.

31.- De acuerdo con la observación efectuada, las remisiones internas contenidas en el Proyecto que hacen referencia a «el presente Real Decreto» (entre otros, arts. 1, 35, 39, 41, 53, 65, 68, 79, 87, 96, 104, 108, 115, 120, 124, 127, 142, 163, 166, 175 y 181) deben sustituirse por «el presente Reglamento».

32.- La disposición adicional única que tiene por objeto la regulación de la publicidad de las resoluciones del Fiscal General del Estado debería ubicarse sistemáticamente en el articulado del propio Reglamento, siendo un lugar apropiado seguidamente a la regulación de la Memoria (art. 22).

33.- El título del Reglamento proyectado es coherente con el objeto regulado. En efecto, si bien la mayor parte del articulado contiene la regulación del estatuto jurídico de los miembros del Ministerio Fiscal (lo cual justificaría, desde un punto de vista descriptivo, que la denominación fuera la de Reglamento de la Carrera Fiscal), es lo cierto que también se regula, en su Título I, la organización de las Fiscalías en aspectos como su régimen interno, procedimientos, juntas de fiscalías, órdenes, entre otros, materia que claramente extravasa el estricto ámbito del régimen estatutario de los integrantes de la carrera fiscal.

34.- El Proyecto deroga el Reglamento de 1969. Tal efecto derogatorio resulta connatural al carácter completo del nuevo estatuto jurídico que se introduce en desarrollo del EOMF. Ahora bien, debe advertirse que la derogación de los artículos 157 a 169 del Reglamento de 1969 privaría a la Inspección fiscal de la determinación reglamentaria de los instrumentos a través de los que desarrollar su labor inspectora (comunicaciones, visitas). En este sentido, el artículo 13.2 EOMF reclama expresamente la colaboración reglamentaria en los siguientes términos:

«La Inspección Fiscal de la Fiscalía General del Estado será dirigida por un Fiscal Jefe Inspector y estará integrada por un Teniente Fiscal Inspector y los inspectores fiscales que se determine en plantilla. Ejercerá con carácter permanente sus funciones por delegación del Fiscal General del Estado en la forma que el reglamento establezca, sin perjuicio de las funciones Inspectoras que al Fiscal Jefe de cada Fiscalía corresponden respecto a los funcionarios que de él dependan.»



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Gabinete Técnico

Estudios e informes

35.- De acuerdo con lo anterior, se plantea la conveniencia de introducir la determinación reglamentaria de las formas de ejercicio de la función inspectora, cuya ubicación sistemática apropiada podría ser el Título I.

36.- El Proyecto contiene dos previsiones normativas sobre determinación de normas supletorias que no están coordinadas.

37.- Por un lado, el artículo 1.3 dispone: «En lo no previsto en el presente Real Decreto será de aplicación la normativa reguladora del estatuto jurídico de los miembros de la Carrera Judicial». Por otro lado, la disposición final segunda establece: «En defecto de lo dispuesto en el presente Real Decreto será de aplicación supletoria la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto no resulte incompatible con los principios que rigen la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal, y en su caso la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.»

38.- Como se ha señalado más arriba, la cláusula de supletoriedad contenida en el EOMF (disposición adicional primera, derogada inadvertidamente por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y reincorporada al EOMF por la disposición adicional 4 de la Ley 4/2010, de 10 de marzo) remite exclusivamente a lo dispuesto por la LOPJ respecto de Jueces y Magistrados en relación con un ámbito material acotado: adquisición y pérdida de la condición de miembro de la Carrera Fiscal, incapacidades, situaciones administrativas, deberes y derechos, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades de los mismos.

39.- No resulta objetable que la norma reglamentaria opte, en relación con su propia regulación, por una cláusula general de supletoriedad, sin limitaciones materiales, pero debe aclararse si ese llamamiento se efectúa a la LOPJ, estrictamente, o a la normativa reguladora del estatuto jurídico de los miembros de la Carrera Judicial. En principio, desde el punto de vista de la completud del conjunto normativo a los efectos de aplicación supletoria, resulta más acertado incluir, junto a la LOPJ, los Reglamentos de desarrollo dictados por el Consejo General del Poder Judicial, en ejercicio de la potestad reglamentaria por el artículo 560.1.16ª LOPJ, que tienen por objeto el régimen jurídico de Jueces y Magistrados.

40.- Debe advertirse, en todo caso, que la determinación de la LOPJ como norma supletoria, con carácter general, del Reglamento del



Ministerio Fiscal no puede oscurecer el insoslayable dato normativo de que, por voluntad del EOMF, la LOPJ es la fuente normativa primaria, a partir del reenvío efectuado por el Estatuto Orgánico, que regula las causas de abstención de los miembros del Ministerio Fiscal (art. 28 EOMF), el ingreso en la Carrera Fiscal (art. 42 EOMF), los casos y condiciones de la jubilación (art. 46.2 EOMF), las situaciones administrativas (art. 47 EOMF), los permisos y licencias (art. 52 EOMF) y la rehabilitación de los fiscales suspendidos (art. 70 EOMF). Por lo demás, la supletoriedad de la LOPJ en los términos establecidos por la disposición adicional primera EOMF es una supletoriedad de primer grado, que lógicamente se impone y limita al poder reglamentario.

41.- Finalmente, en relación con el Preámbulo, se advierte que la referencia, contenida en el tercer párrafo del apartado I, a «Felipe II de Borbón» debe corregirse por «Felipe V de Borbón». La mención efectuada en el cuarto párrafo del apartado II a que «[d]espués de más de 35 años de no atender el mandato del Estatuto Orgánico» puede resultar equívoca a la vista de que el plazo originalmente previsto fue suspendido por el Real Decreto-ley 26/1982 hasta el 2 de julio de 1985. Por último, el primer párrafo del apartado XIV parece más propio de la MAIN que del preámbulo de la disposición reglamentaria.

## **V. CONSIDERACIONES PARTICULARES**

### **a) Título Preliminar. Objeto y ámbito de aplicación.**

42.- El artículo 1 determina el objeto de la norma reglamentaria que no se limita al desarrollo del régimen estatutario de los miembros del Ministerio Fiscal, sino que se extiende a aspectos orgánicos al regular también la organización y funcionamiento de las Fiscalías. Dada la amplitud del objeto de la norma resulta adecuado, como se ha expuesto, el título del Proyecto, a pesar de que el Proyecto no constituye el desarrollo reglamentario del conjunto del EOMF y habrá de convivir con otras disposiciones generales relativas a aspectos específicos (composición y funcionamiento del Consejo Fiscal, régimen de sustituciones, por ejemplo).

43.- Desde el punto de vista de técnica normativa, y a la vista de la cláusula general de habilitación de la disposición final primera, letra A, del Estatuto Orgánico cabría haber optado por un texto más ambicioso en el que, junto con la regulación proyectada, se refundieran las distintas



disposiciones reglamentarias de modo que el Reglamento del Ministerio Fiscal tuviera vocación exhaustividad y completud, lo que redundaría en beneficio de la seguridad jurídica y la accesibilidad de la norma reglamentaria.

44.- Tal y como se ha señalado, la previsión sobre la supletoriedad, contenida en el artículo 1.3 del Proyecto, debe precisarse a la vista de su descoordinación con lo dispuesto en la disposición final segunda. Desde el punto de vista sustantivo, parece preferible contener en un solo precepto la cláusula de supletoriedad de modo que se remita a lo previsto respecto de Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial y su normativa de desarrollo, y, en su caso, a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Desde el punto de vista sistemático, la cláusula de supletoriedad debería contenerse en el articulado del Reglamento, en el artículo 1.3, y no en una disposición final que debería formar parte, propiamente, del contenido dispositivo del Real Decreto aprobatorio.

45.- El artículo 2 establece el ámbito subjetivo de aplicación incorporando a los Fiscales sustitutos. A lo largo del Reglamento proyectado tan sólo se establecen especificidades para este colectivo en el artículo 14.4 que prevé la posibilidad de que asistan a las Juntas de Fiscalía con voz pero sin voto y en el artículo 120.2 que establece la aplicabilidad del régimen de derechos a los Fiscales sustitutos «en la medida en que la naturaleza del derecho lo permita». Es claro que el carácter no permanente del ejercicio de las funciones del Ministerio Fiscal determina que la aplicación del régimen previsto con carácter general en el Reglamento deberá acomodarse a la peculiar naturaleza de los Fiscales sustitutos. Por ello, se sugiere la conveniencia de introducir en el artículo 2.b como inciso final «en todo aquello que les resulte aplicable y sin perjuicio de su normativa específica».

46.- El artículo recoge las categorías de Fiscales establecida en el artículo 3 EOMF.

## **b) Título Primero. De la organización de las Fiscalías.**

47.- Los artículos 4 a 11, integrados en el capítulo I de este Título, regulan el régimen interno de las Fiscalías y son, en términos generales, trasunto oportunamente actualizado de lo previsto en los artículos 107 a 119 del Reglamento de 1969.



Cabe significar que el deber establecido en el artículo 109 del Reglamento de 1969 de despachar y asistir a los juicios de aquellas causas de especial trascendencia se ha rebajado en intensidad en el artículo 8 del Proyecto, de modo que ahora los Fiscales Jefes «valorarán despechar las causas y asistir a los juicios de mayor importancia».

48.- El artículo 10, que viene a incorporar en sustancia lo previsto en el artículo 116 del Reglamento de 1969, contiene en su apartado 3 una referencia a «cuando se trate de sumarios» que parece sobrerera.

49.- Merece un juicio positivo, desde el punto de vista del correcto desarrollo de las actuaciones judiciales, el mantenimiento por el artículo 11.3 del Proyecto del deber previsto en el artículo 119, tercer párrafo, del Reglamento de 1969, de modo que los fiscales que hayan de asistir a vista deberán ir con la anticipación debida a sus despachos en el que esperarán que se les avise por el Tribunal o Juzgado para dirigirse a la Sala.

50.- El capítulo II regula, como novedad, los procedimientos a través de los que la Fiscalía ejerce sus funciones. El artículo 12 clasifica las resoluciones que pueden adoptar los Fiscales en el desempeño de sus competencias en Decretos, Acuerdos, Diligencias de Ordenación y de Constancia. Se entiende que tales resoluciones se dictarán en procedimientos integrados en el ámbito funcional propio del Ministerio Fiscal y extramuros del ámbito estrictamente jurisdiccional en el que les corresponda actuar.

51.- De acuerdo con el artículo 13 estos procedimientos se dividen en diligencias preprocesales, diligencias de investigación penal y expedientes gubernativos.

52.- Las diligencias de investigación penal se regirán, cabalmente, por lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el EOMF.

53.- Las diligencias preprocesales «tendrán por objeto recabar antecedentes para la valoración y preparación del ejercicio de sus funciones». Aunque el adjetivo «preprocesal» parece identificar la naturaleza de las funciones que se ejercen en este tipo de procedimiento, puede resultar oportuno, para evitar confusiones, añadir como inciso final que se trata de sus funciones «en el ámbito jurisdiccional».



54.- Se regula la transparencia de este tipo de procedimiento de modo equilibrado con los intereses en juego. De este modo, «se notificará al interesado la resolución del Ministerio Fiscal que le ponga término, salvo que de la misma resulte la decisión de emprender acciones judiciales y la notificación de dicha resolución pudiera perjudicar las pretensiones que se hayan de formalizar ante los órganos judiciales».

55.- Dispone el artículo 13.1 del Proyecto que frente a la resolución recaída en las diligencias preprocesales «no cabrá interponer contra la misma recurso alguno, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar el interesado ante la jurisdicción o Administración competente». La previsión reglamentaria es conforme con el principio de legalidad que debe regir toda la actuación de los poderes públicos y con la interdicción constitucional, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, de ámbitos de inmunidad jurisdiccional como exigencia del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 3; 58/2016, de 17 de marzo, FJ 7).

56.- El capítulo III integrado por los artículos 14 a 15 regula las Juntas de Fiscalía y el capítulo IV, artículo 17 a 19, el régimen de impartición de órdenes de la Fiscalía. Merece especial mención el sistema de resolución de discrepancias previsto en el artículo 19, que se adecúa a lo contemplado en el artículo 27 EOMF, pero se introduce una relevante novedad en relación con el criterio del superior jerárquico a la hora de resolver sobre la discrepancia planteada por un Fiscal frente a un orden cuando el criterio del Fiscal Jefe y el de la Junta de Fiscalía no coinciden. En este caso, dispone el artículo 19.2, segundo párrafo, del Proyecto que el superior jerárquico «resolverá la cuestión conforme al dictamen de su Junta de Fiscalía». Parece configurarse el criterio de la Junta de Fiscalía como vinculante para el Fiscal Jefe correspondiente, con lo que se incorpora una relevante modulación del principio de jerarquía en favor del establecimiento de criterios deliberados en Junta de Fiscalía, que permiten una mayor garantía de acierto en la resolución del conflicto entre el principio de legalidad y el de jerarquía ínsito en toda discrepancia respecto de una orden que se considere ilegal o improcedente.

57.- El capítulo V regula el reparto de trabajo y la avocación (arts. 20 y 21) y en él se incorpora el criterio consolidado en este ámbito (Acuerdos del Consejo Fiscal de 20 de marzo de 2014 y 16 de abril de 2015) conforme al cual las ordenes de reparto de trabajo no constituyen instrucciones u órdenes en el sentido establecido en el artículo 6 de la



Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que con arreglo a la jurisprudencia no son, en principio, recurribles, sino decisiones organizativas internas que afectan a la prestación profesional de los Fiscales y que son impugnables en la vía interna y susceptible de control jurisdiccional. Así, el artículo 21.2 del Proyecto dispone que «cualquier fiscal podrá recurrir el reparto de trabajo ante el Consejo Fiscal cuando se base en la ilegalidad o falta de equidad del mismo. La decisión del Consejo Fiscal agota la vía administrativa».

58.- El artículo 22 que forma parte del capítulo V relativo a la Memoria prevé la lectura de la misma por el Fiscal General del Estado en el solemne acto de apertura de Tribunales, en términos conformes con lo previsto en el artículo 181.3 LOPJ.

59.- Finalmente, los capítulos VI y VII del Título I regulan los despachos de trabajos y locales anexos en los edificios de las Fiscalías y las clases de recompensas y el procedimiento para su obtención.

**c) Título Segundo. Adquisición y pérdida de la condición de Fiscal.**

60.- El Proyecto recoge bajo el Título II y distribuidos en un total de tres capítulos, los aspectos relativos a la adquisición y pérdida de la condición de Fiscal, el ingreso en la carrera y la rehabilitación.

61.- El artículo 27 regula la forma de ingreso y en términos generales su contenido está en línea con lo previsto en los artículos 301 y siguientes LOPJ que tiene por objeto la convocatoria conjunta para el ingreso en la Carrera Judicial y la Carrera Fiscal, y en particular con lo establecido en los artículos 306 y 310 LOPJ que regulan, respectivamente, la convocatoria y la integración en las pruebas de ingreso del estudio del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Por lo demás, el apartado 6 del artículo 27 del Proyecto se remite a la normativa reguladora del acceso a la Carrera Judicial respecto del régimen de acceso a la Carrera Fiscal de las personas con discapacidad (arts. 8 a 15 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial).

62.- Debe advertirse, sin embargo, sobre la oportunidad de contemplar en la norma reglamentaria que disciplina el régimen propio del Ministerio Fiscal previsiones sobre el ingreso en la Carrera Fiscal que, por imperativo de la LOPJ, se convocará conjuntamente con la Carrera Judicial y que afectan, por tanto, al ingreso en ambas carreras. Tal es el



caso de lo previsto en el tercer párrafo del apartado 4 del artículo 27 del Proyecto conforme al cual «[s]i el número final de personas aprobadas fuese inferior al de plazas convocadas, la Comisión de Selección ofrecerá un número de plazas igual al de las personas aprobadas, manteniendo la misma proporción que guardaban las plazas convocadas para cada una de las Carreras». Esta regla sólo puede tener como destinatario a la Comisión de Selección, que es un órgano de composición mixta dotado por la Ley de autonomía funcional, en la medida en que sus actos agotan la vía administrativa (art. 305 LOPJ), y no resulta apropiado, más allá de lo razonable del contenido de la regla, que desde la norma reglamentaria que regula una de las carreras se impongan criterios que afectan a la otra y que son más propios de las bases de la convocatoria que deberá acordar la Comisión de Selección. De mantenerse la regulación de la forma de ingreso en el artículo 27 del Proyecto debería limitarse a un contenido somero, directamente vinculado a la Carrera Fiscal, parangonable a lo previsto en esta materia en el Reglamento 1/2011, de la Carrera Judicial (arts. 1 y 2).

63.- El texto proyectado dedica los artículos 28 y 29 a la realización por parte de los aspirantes que hubieren superado los ejercicios de oposición, del curso teórico-práctico y el artículo 30 se refiere al nombramiento y adjudicación de destino. El artículo 31 regula el nombramiento y adjudicación de destino de las personas con discapacidad, incorporando las adaptaciones y ajustes razonables, de conformidad con lo previsto en el artículo 301.8 LOPJ.

64.- Prevé el artículo 32 del Proyecto que con carácter previo a la toma de posesión de su primer destino, los Abogados Fiscales nombrados tras haber superado el proceso selectivo deberán prestar juramento o promesa ante la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia a cuyo territorio hayan sido destinados. Esta previsión reglamentaria, en línea con lo que preveía el artículo 25.1 del Reglamento de 1969, afecta a la competencia de un órgano de gobierno interno del Poder Judicial y encuentra amparo en lo previsto en artículo 321.1 LOPJ, aplicable supletoriamente al ingreso en la Carrera Fiscal, de acuerdo con la disposición adicional primera EOMF.

65.- Por último, el capítulo I del Título II regula en su artículo 33 la situación de los Abogados Fiscales en expectativa de destino.

66.- El artículo 34 del Proyecto, integrado en el capítulo II, relativo a la pérdida de la condición de Fiscal, regula las causas de pérdida de esa





condición que se desarrollan en los artículos 35 a 38. Los preceptos del texto proyectado tienen como marco legal de referencia los artículos 44 y 46 del EOMF. En particular, el artículo 34.2 establece que la jubilación por edad, forzosa o voluntaria, se acordará en los casos y condiciones previstos en la LOPJ para los Jueces y Magistrados, previsión conforme con el reenvío que efectúa en esta materia el artículo 46.2 EOMF.

67.- Los artículos 39 a 43 del Proyecto regulan el procedimiento de rehabilitación de aquellos representantes del Ministerio Fiscal que hubieren perdido tal condición. El capítulo merece una consideración favorable por cuanto recoge todos los supuestos en los que puede proceder la rehabilitación, de conformidad con lo previsto en el EOMF, siendo destacable las similitudes que presenta con el procedimiento que prevé el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial. Debe destacarse que el artículo 43 remite expresamente, respecto de la rehabilitación de los Fiscales separados disciplinariamente, a lo previsto en la LOPJ para Jueces y Magistrados, de conformidad con el reenvío establecido en el artículo 70 EOMF.

#### **d) Título Tercero. Provisión de destinos.**

68.- El título III, relativo a la provisión de destinos, regula los supuestos de promoción profesional y ascenso de los Fiscales dentro de la carrera fiscal. El precepto cabecera del Título (art. 44) establece que el ascenso y promoción estará basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como en la idoneidad y especialización para el ejercicio de las funciones del Ministerio Fiscal correspondientes a los diferentes cargos. Se recogen, así, los principios constitucionales que deben regir la promoción en la carrera funcional de conformidad con el artículo 23.2 CE.

69.- Debe ponerse de manifiesto que en la regulación del artículo 45 del Proyecto, relativa al procedimiento de provisión, no se identifica la autoridad competente para aprobar la convocatoria y las bases de los procedimientos de provisión, elemento procedimental que dotaría de mayor seguridad jurídica a la regulación. En el ordinal cuarto del artículo 45 debe acomodarse el tiempo verbal y sustituirse «deberá» por «deberán».

70.- El artículo 47 del Proyecto, incorporando lo previsto en el artículo 173.3 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial, distingue, a los efectos de duración del plazo posesorio, entre aquellos que obtienen plaza en distinta ciudad, que tendrán veinte días naturales, y quienes la obtienen en la misma localidad, que contarán con un plazo de ocho días naturales. La



incorporación de tal distinción es razonable y aunque el artículo 45.4 EOMF no la prevé, tampoco la excluye, pues establece una regla general de plazo posesorio de veinte días que el reglamento, en su labor de colaboración normativa, tiene margen para acomodar a situaciones distintas.

71.- El artículo 48 prevé que los Fiscales de Sala, al acceder a la primera categoría de la Carrera Fiscal, prestarán juramento o promesa ante la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, junto a cuyo Presidente se situará el Fiscal General del Estado. La previsión reglamentaria encuentra amparo en lo previsto en artículo 320.2 LOPJ, aplicable supletoriamente al ingreso en la Carrera Fiscal, de acuerdo con la disposición adicional primera EOMF.

72.- El capítulo II del Título III (artículos 49 a 51) regula la provisión de plazas de designación directa del Fiscal General del Estado y el capítulo III la provisión de plazas de nombramiento discrecional (art. 52 a 64). La regulación contenida en ellos se acomoda, en términos generales, a la legalidad vigente. No obstante, cabe formular las siguientes observaciones en esta materia.

73.- En primer lugar, en relación con la provisión de plazas de designación directa y de nombramiento discrecional, el Proyecto establece que se atenderá al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos para este tipo de cargos (art. 49.4 y 52.1, segundo párrafo).

74.- El precepto reglamentario incorpora respecto de la promoción de los miembros de la carrera fiscal en este tipo de cargos el principio de acción positiva de la igualdad de género, en el marco de lo previsto en los artículos 16, 52, 54 y disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a través de la fórmula legal «atenderá» que, como puso de manifiesto el Dictamen 803/2006 del Consejo de Estado, de 23 de junio de 2006, sobre el anteproyecto de Ley Orgánica, no comporta una expresión imperativa cerrada, sino que permite acomodar la promoción de la igualdad en la promoción en el empleo público con el debido respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad, al tratarse de una fórmula que deja abierta la posibilidad de apartarse del objetivo promocional de igualdad por imperativo de los referidos principios constitucionales.

75.- En este punto cabe recordar que el Tribunal Constitucional, en relación con el control de constitucionalidad de un precepto legal autonómico que establecía la composición equilibrada de los tribunales y órganos de



selección «salvo que se justifique debidamente su no pertinencia», ha considerado que «la medida adoptada, cifrada en la representación equilibrada de ambos sexos y, en consecuencia, dispensando a hombres y mujeres el mismo tratamiento y operando siempre desde el presupuesto de la capacidad y el mérito suficientes de unos y otras, resulta conforme con el mandato constitucional de promoción de la igualdad efectiva contenido en el art. 9.2 CE» (STC 13/2009, de 19 de enero, FJ 5). Recientemente, el Alto Tribunal ha resumido su doctrina sobre esta materia del siguiente modo: «A modo de recapitulación, se extrae de la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la constitucionalidad de acciones positivas en favor de la mujer, las siguientes notas definitorias: (i) su fundamento constitucional es el artículo 9.2 CE, y su límite el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE; (ii) para su exigibilidad es preciso una concreción normativa previa; (iii) la medida en todo caso debe resultar proporcionada; (iv) su vigencia se presupone temporal hasta que desaparezca la situación de desigualdad material que la propició; y (v) en el ámbito de procedimientos selectivos en la función pública, no puede suponer la conculcación de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE)» (ATC 119/2018, de 13 de noviembre, FJ 6).

76.- Una segunda observación se proyecta sobre el artículo 55.2 del Proyecto, en relación con el nombramiento de los Fiscales Superiores de Comunidades Autónomas. Este precepto dispone que el Fiscal General del Estado «con carácter previo a la propuesta de nombramiento, oirá necesariamente al Consejo de Justicia de la Comunidad Autónoma cuando los Estatutos de Autonomía prevean su existencia, y convocará al Consejo Fiscal a los efectos de párrafo anterior». Desde el punto de vista de técnica normativa, la remisión interna debe hacerse «a los efectos del apartado siguiente», pues el párrafo anterior al artículo 55.2 no se refiere a la intervención del Consejo Fiscal. Desde el punto de vista sustantiva, la referencia al trámite de audiencia del Consejo de Justicia de la Comunidad Autónoma, ciertamente recoge lo previsto en el artículo 36.1 in fine EOMF, en la redacción dada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre. Ahora bien, no cabe desconocer la relevante doctrina constitucional sobre la validez de la previsión estatutaria de los denominados Consejos de Justicia.

77.- En efecto, la STC 31/2010, de 28 de junio, en su Fundamento Jurídico 47, ha establecido la siguiente doctrina:

«Atendida la configuración constitucional del Poder Judicial a la que nos hemos referido en los Fundamentos precedentes, es notorio que el Estatuto catalán incurre en un evidente exceso al crear en el art. 97 un Consejo de



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Gabinete Técnico

Estudios e informes

Justicia de Cataluña al que se califica como "órgano de gobierno del poder judicial en Cataluña" y cuyos actos lo serían de un "órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial", siendo así que el Poder Judicial (cuya organización y funcionamiento están basados en el principio de unidad ex art. 117.5 CE) no puede tener más órgano de gobierno que el Consejo General del Poder Judicial, cuyo estatuto y funciones quedan expresamente reservados al legislador orgánico (art. 122.2 CE). En esas condiciones, es obvia la infracción de los arts. 122.2 CE y 149.1.5 CE, según es doctrina reiterada (por todas, STC 253/2005, de 11 de octubre, FJ 5), pues ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Estado, ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo dando cabida, en lo que ahora interesa, y en su caso, a eventuales fórmulas de desconcentración que, no siendo constitucionalmente imprescindibles, han de quedar, en su existencia y configuración, a la libertad de decisión del legislador orgánico con los límites constitucionales antes expresados.

Ahora bien, la impropiedad constitucional de un órgano autonómico cualificado en los términos del art. 97 EAC no significa fatalmente la inconstitucionalidad misma del órgano en cuestión, pues sólo si todas y cada una de sus concretas atribuciones se correspondieran, además, con esa cualificación impropia, sería inevitable la inconstitucionalidad y nulidad de un órgano cuya existencia únicamente tendría razón de ser para el ejercicio de unos cometidos constitucionalmente inaceptables. El art. 97 EAC es, por tanto, inconstitucional en la medida en que califica al Consejo de Justicia de Cataluña como "órgano de gobierno del poder judicial" que "[a]ctúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial". La pervivencia del Consejo de Justicia de Cataluña, una vez excluida su inconstitucional concepción, dependerá del juicio que merezcan las atribuciones que se le confieren en el art. 98 EAC.

En todo caso, la inconstitucionalidad de principio advertida ya en el art. 97 EAC ha de implicar, por conexión o consecuencia, la de los arts. 98.3 y 100.1 EAC, no impugnados, en cuanto el primero parte de la posibilidad de que el Consejo de Justicia dicte resoluciones en materia de nombramientos, autorizaciones, licencias y permisos de Jueces y Magistrados y toda vez que la recurribilidad en alzada de determinados actos del Consejo de Justicia de Cataluña ante el Consejo General del Poder Judicial resulta lógicamente de la definición de aquél como órgano desconcentrado de este último.



Por tanto, el art. 97 EAC, así como el apartado 3 del art. 98 EAC y el apartado 1 del art. 100 EAC, son inconstitucionales y nulos.»

78.- A la vista de lo anterior, debería modularse la reproducción por el poder reglamentario de una previsión del EOMF, incorporada en 2007, que tiene por base una realidad normativa (la previsión estatutaria de Consejos de Justicia como órganos de gobierno del poder judicial en una Comunidad Autónoma) que ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. La redacción del artículo 55.2 del Proyecto no debería desconocer la doctrina constitucional en esta materia.

79.- Finalmente, merece alguna consideración la regulación de la adscripción provisional contenida en el artículo 62 del Proyecto. En términos generales, la adscripción provisional que prevé el precepto para los supuestos de expiración del mandato por cese de los cargos de nombramiento discrecional se acomoda a lo previsto en el artículo 36 EOMF. Sin embargo, este precepto legal no contempla, dentro de los supuestos de adscripción provisional tras la expiración del mandato por cese, el caso del Fiscal General del Estado cuando este pertenezca a la Carrera Fiscal. Este supuesto está específicamente previsto en el artículo 62.1.a del Proyecto en los siguientes términos:

«El Fiscal General del Estado que, siendo miembro de la Carrera Fiscal, cese en sus funciones por alguna de las causas previstas en el artículo 31 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, quedará adscrito, a su elección, a la Fiscalía del Tribunal Supremo o a cualquiera de las Fiscalías cuyo Jefe pertenezca a la categoría primera, adquiriendo de forma automática los derechos, honores y tratamientos de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo hasta su provisión por el Gobierno de conformidad con los artículos 13 y 36 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal»

80.- Debe advertirse que el Fiscal General del Estado, cuando es miembro de la Carrera Fiscal, y el resto de cargos enumerados en el artículo 62 del Proyecto se encuentran en situaciones administrativas distintas. Mientras estos últimos al ocupar cargos de nombramiento discrecional dentro de la Carrera Fiscal están en situación de servicio activo, el Fiscal General del Estado se encuentra en situación de servicios especiales (art. 351.a LOPJ en relación con art. 46 EOMF).

81.- El reingreso al servicio activo tras el cese del cargo determinante de la situación de servicios especiales se regula en el artículo 355 LOPJ y comporta el acceso a la plaza reservada que ocupase al pasar a esa



situación o la que pudiera obtener durante su permanencia en la misma (art. 354.2 in fine LOPJ). La LOPJ sólo contempla la adscripción provisional como consecuencia del cese de la situación de servicios especiales para aquellos casos en que la declaración de tal situación administrativa no conlleva el derecho de reserva de plaza, al pasarse a tal situación desde la situación de excedencia voluntaria. Tal es el supuesto previsto en el apartado 7 de la disposición transitoria octava de la LOPJ en relación con lo previsto en el apartado 6 de esa misma disposición.

82.- A la vista de lo anterior, la regulación del artículo 62.1.a del Proyecto no parece encontrar un encaje preciso en el EOMF y la LOPJ. Tampoco el preámbulo del Proyecto expone las razones que justificarían tal previsión.

#### **e) Título Cuarto. Situaciones administrativas.**

83.- Los artículos 82 a 95 del Proyecto regulan las situaciones administrativas. Como se ha dicho, la regulación legal de estas situaciones, en virtud del reenvío establecido en el artículo 46 EOMF, es la establecida en la LOPJ. El Proyecto acomete en este punto el desarrollo reglamentario de las previsiones orgánicas a fin de acomodarlas a las especificidades de la Carrera Fiscal, labor que merece, en líneas generales, un juicio favorable, sin perjuicio de las siguientes observaciones.

84.- El artículo 84 del Proyecto reproduce literalmente los supuestos que dan lugar a la declaración de servicios especiales contemplados en el artículo 351 LOPJ, en la redacción anterior a la vigente introducida por la Ley Orgánica 4/2018. Con carácter general, desde el punto de vista técnica normativa, la mera reproducción de preceptos legales en las disposiciones reglamentarias, limitándose a reiterar lo expresado en la Ley, no es correcta pues resulta innecesaria y puede dar lugar a confusión. En el presente caso, parece preferible optar por una formulación remisiva, como hacen otros preceptos del Proyecto respecto de distintas materias, de modo que los miembros de la Carrera Fiscal serán declarados en la situación de servicios especiales en los supuestos contemplados por la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados.

85.- El artículo 92.5 del Proyecto dispone que para el reingreso al servicio activo desde la situación de suspensión definitiva se exigirá, entre otros requisitos, «la previa declaración motivada de aptitud por el Fiscal General del Estado, tramitada conforme a la Ley. Para resolver



sobre dicha declaración, se recabarán los informes y practicarán las actuaciones que resulten necesarias». A la previa obtención de la declaración de aptitud por el Fiscal suspendido también hace referencia el artículo 66.2.b del Proyecto.

86.- En este punto debe advertirse que el STC 135/2018, de 13 de diciembre, ha declarado inconstitucionales y nulos el apartado primero del artículo 367 LOPJ y los incisos «tras la declaración de aptitud» y «quedando sin efecto la declaración de aptitud» contenidos en su apartado segundo, por vulnerar el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 CE, en relación con los principios de reserva de ley (arts. 117.2 y 122.1 CE). En la medida en que el artículo 46 EOMF reenvía a la regulación en la LOPJ de las situaciones administrativas de Jueces y Magistrados, los artículos 92.5, segundo párrafo, y artículo 66.2.b, en el inciso «y obtenido la correspondiente declaración de aptitud, tramitada conforme a la Ley», carecen de cobertura legal en la LOPJ.

#### **f) Título Quinto. Permisos y licencias.**

87.- Los artículos 96 a 119 del Proyecto regulan los permisos y licencias de los miembros de la Carrera Fiscal. La regulación proyectada se acomoda, en líneas generales, al artículo 52 EOMP que dispone que «[l]os miembros del Ministerio Fiscal gozarán de los permisos y licencias, y del régimen de recompensas, que reglamentariamente se establezcan, inspirados en unos y otros en lo dispuesto para Jueces y Magistrados por la Ley Orgánica del Poder Judicial». En esta materia el EOMF llama a la LOPJ como fuente de inspiración y límite para el poder reglamentario, pero dejándole a éste un margen de maniobra más amplio.

88.- Sobre la regulación proyectada cabe hacer las siguientes observaciones.

89.- El párrafo segundo del artículo 96 del Proyecto incorpora *mutatis mutandi* el tenor del artículo 373.7 LOPJ, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre.

90.- Ahora bien, el precepto proyectado dispone que «[l]os Fiscales dispondrán, al menos, de todos los derechos establecidos para los miembros de la Administración General del Estado y que supongan una mejora en materia de conciliación, permisos, licencias y cualquier otro derecho reconocido en dicho ámbito, sin perjuicio del respeto a las



particularidades propias del régimen de funcionamiento interno de la Carrera Fiscal».

91.- Por su parte, el artículo 373.7 LOPJ establece que «[l]os jueces y magistrados dispondrán, al menos, de todos los derechos establecidos para los miembros de la Administración General del Estado y que supongan una mejora en materia de conciliación, permisos, licencias y cualquier otro derecho reconocido en dicho ámbito. El Consejo General del Poder Judicial tendrá la obligación de adaptar de manera inmediata, mediante acuerdo del Pleno, cualquier modificación que, cumpliendo esos requisitos, se produzca en dicho régimen. Todo ello, sin perjuicio e independientemente de las particularidades propias del estatuto profesional de jueces y magistrados, así como de la promoción de mejoras propias por los cauces correspondientes»

92.- Del contraste de ambos textos se desprende que el Proyecto ha omitido establecer la obligación, en este caso del Fiscal General del Estado, de adaptar de manera inmediata a la Carrera Fiscal, mediante acuerdo, cualquier modificación que se produzca en el régimen de derechos de los miembros de la Administración General del Estado que supongan una mejora en materia de conciliación, permisos, licencias y cualquier otro derecho reconocido en dicho ámbito. Un acuerdo de este tipo permitirá dotar de la necesaria seguridad jurídica a la extensión a la Carrera Fiscal de los derechos reconocidos para la función pública de la Administración General del Estado, en los términos contemplados por el artículo 373.7 LOPJ.

93.- El artículo 98 del Proyecto parece contener una contradicción, pues, de una parte, se permite el disfrute de los permisos de tres días, de forma conjunta o separada entre ellos, y en el siguiente inciso se requiere que el disfrute de dichos permisos sea continuado, resultando que, al ser más favorable la primera opción, parece preferible a la segunda.

94.- El artículo 104 del Proyecto establece una licencia de paternidad, por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, de cinco semanas. En el ámbito de la Carrera Fiscal, en virtud del reenvío del artículo 52 EOMF a la LOPJ, y el reenvío del artículo 373.7 LOPJ a la normativa de función pública aplicable en el ámbito de la Administración General del Poder Judicial, el permiso de paternidad es el regulado en el artículo 49.c del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en la





redacción por el artículo Tres.3 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. De acuerdo con la disposición transitoria novena del EBEP introducida por el citado Real Decreto-Ley:

«En 2019, la duración del permiso será de ocho semanas; las dos primeras semanas serán ininterrumpidas e inmediatamente posteriores a la fecha del nacimiento, de la decisión judicial de guarda con fines de adopción o acogimiento o decisión judicial por la que se constituya la adopción. Las seis semanas restantes podrán ser de disfrute interrumpido; ya sea con posterioridad a las seis semanas inmediatas posteriores al periodo de descanso obligatorio para la madre, o bien con posterioridad a la finalización de los permisos contenidos en los apartados a) y b) del artículo 49 o de la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento»

95.- A la vista de lo anterior, resulta preferible una redacción del artículo 104 del Proyecto que establezca que los Fiscales tendrán derecho a una licencia de paternidad, por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, cuya duración y condiciones se regularán por la legislación general en esta materia.

#### **g) Título Sexto. Derechos y deberes.**

96.- Los artículos 120 a 124 del Proyecto regulan los derechos y deberes de los miembros de la Carrera Fiscal en términos conformes a la legalidad.

97.- Merece ser subrayado que el deber de residencia de los Fiscales en la población donde tengan su destino oficial, establecido en el artículo 49 EOMF, ha sido mitigado, en su rigor, por el artículo 124.1.c del Proyecto, lo cual merece un juicio favorable. En efecto, el texto proyectado abre la posibilidad de residir, previa comunicación al Fiscal Jefe, en una población compatible con la puntual atención de todas las tareas propias del cargo y destino. Con ello, el Proyecto facilita la conciliación de la vida profesional y personal y aproxima la situación jurídica de los Fiscales en este punto al régimen de Jueces y Magistrados para quienes no se establece tal deber de residencia, tras la supresión del artículo 370 LOPJ por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.



## **h) Título Séptimo. Incompatibilidades y prohibiciones.**

98.- Los artículos 126 a 139 del Proyecto regulan las incompatibilidades, distinguiendo entre absolutas y relativas, y las prohibiciones.

99.- Al respecto cabe señalar como aspecto novedoso la atribución al Consejo Fiscal de la competencia plena para resolver sobre la concesión de autorización para compatibilizar el cargo de Fiscal con una actividad pública o privada, con o sin retribución económica, con la consecuencia de que sus resoluciones agotan la vía administrativa (art. 131.1 y 133.1 del Proyecto).

100.- En relación con el supuesto de incompatibilidad relativa sobrevenida entre un Fiscal y un miembro de la Carrera Judicial, dispone el artículo 137.2 del Proyecto que «se procederá al traslado forzoso del miembro del Ministerio Fiscal, salvo en el caso de que la incompatibilidad lo sea con miembros de la Carrera Judicial de menor antigüedad en el cargo, en cuyo supuesto podrá proponer al Consejo General del Poder Judicial el traslado forzoso de este». La regla prevista se corresponde con lo establecido en el artículo 394.2 LOPJ.

## **i) Título Octavo. Jubilación.**

101.- La regulación de la jubilación contenida en los artículos 140 a 143 del Proyecto se corresponde con lo previsto en los artículos 385 a 387 LOPJ, que establecen los casos y condiciones en que procede la jubilación forzosa o voluntaria de los miembros del Ministerio Fiscal en virtud del reenvío del artículo 46.2 EOMF.

102.- Debe advertirse que la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha suprimido la figura de Magistrado emérito y que el período transitorio previsto en la disposición transitoria tercera de la referida Ley Orgánica ha expirado. Ello determina que la remisión contemplada en la disposición adicional tercera EOMF en relación con los Fiscales eméritos haya devenido vacía de contenido. En consecuencia, deberían revisarse las referencias que contiene el Proyecto a los fiscales eméritos.

## **j) Título Noveno. Régimen disciplinario.**



103.- Los artículos 144 a 184 del Proyecto regulan las distintas formas de responsabilidad de los miembros del Ministerio Fiscal, con especial incidencia en el régimen disciplinario.

104.- En relación con la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, el artículo 148 del Proyecto dispone:

«Los daños y perjuicios causados por los Fiscales en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas darán lugar, en su caso, a responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial»

105.- Debe advertirse, sin embargo, que esta previsión resulta supra-incluyente, en la medida en que parece incluir en el ámbito de aplicación de los artículos 292 y siguientes LOPJ la responsabilidad patrimonial que se derive del ejercicio de sus funciones en cualquier ámbito, aunque no esté vinculado o conectado con la Administración de Justicia. Existen supuestos en que la Ley contempla la intervención del Ministerio Fiscal desligada de cualquier ámbito jurisdiccional (así, por ejemplo, lo previsto en el artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

106.- En este punto debe subrayarse que, de acuerdo con la jurisprudencia, la desconexión de la actuación de la Fiscalía con un concreto procedimiento judicial determina que nos encontremos ante un supuesto ajeno a la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. En este sentido, cabe citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:AN:2009:5291) en la que se afirma:

«Tampoco puede encuadrarse en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, la actuación del Ministerio Fiscal en la tramitación de las diligencias preliminares nº 8/04, instruidas por la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, ya que, como hemos manifestado anteriormente, el funcionamiento "anormal" de la Administración de Justicia, sustrato de esta concreta modalidad de responsabilidad patrimonial, ha de darse en el desarrollo de un procedimiento judicial, y aunque el Ministerio Fiscal aparezca integrado en el Poder Judicial con autonomía funcional, las diligencias de investigación de la Fiscalía son independientes y aparecen sustraídas al concreto conocimiento y al control directo de la Autoridad Judicial, siendo previas al procedimiento



judicial, de manera que dichas diligencias no se judicializan por si mismas, si no concluyen con el efectivo ejercicio de la oportuna acción ante el órgano jurisdiccional.

En definitiva, por la misma razón que no puede llevarse al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia la investigación seguida por las fuerzas de orden público plasmada posteriormente en un atestado policial que integra el acto de iniciación de las diligencias judiciales, no puede llevarse al funcionamiento de la Administración de Justicia la investigación del Ministerio Fiscal previa a las actuaciones judiciales, sin perjuicio, obviamente, de que la referida actuación del Ministerio Fiscal pueda dar lugar a un supuesto de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.»

107.- La anterior hipótesis es distinta a aquella en la que la actuación del Ministerio Fiscal se inscribe en un procedimiento judicial y se le imputa la causación de un daño; hipótesis contemplada, por ejemplo, en el Dictamen del Consejo de Estado 936/2012, de 11 de octubre, en los siguientes términos:

«El Ministerio Fiscal está integrado en el Poder Judicial, según se desprende de su regulación en el Título VI de la Constitución y en el Libro VII de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), desarrollada por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que afirma expresamente dicha integración ("integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial"), precisando que "ejerce su misión por medio de órganos propios". En cuanto su intervención se desarrolla en el ámbito del funcionamiento de la Administración de Justicia, la responsabilidad del Estado que de ella pudiera derivar queda regida por los artículos 292 y siguientes de la LOPJ, y normas que los desarrollan y complementan. Tal y como establece la disposición adicional segunda del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es preceptivo el informe del Consejo General del Poder Judicial; previsión que encuentra fundamento en la mejor preservación de la independencia del Poder Judicial y de los órganos que lo integran. Dicho informe resulta de utilidad también en los casos en que la reclamación del interesado se centra en la actuación del Ministerio Fiscal, en la medida en que esta se produce en el marco de un proceso y se inserta en el funcionamiento de la Administración de Justicia, sobre el que puede pronunciarse con singular autoridad el Consejo General del Poder Judicial. En el presente caso, el órgano instructor ha recabado informe del citado órgano, con la conclusión que consta en el antecedente séptimo del presente dictamen. Así, el Consejo General del Poder Judicial ha considerado que, en



el supuesto examinado, el Ministerio Fiscal, en el desempeño de su función constitucional de ejercitar la acción de la justicia en defensa de la legalidad (artículo 124.1 CE), ha actuado en ejercicio de competencias propias y en uso del relativamente amplio margen de apreciación que el ordenamiento jurídico le permite en una materia de esta naturaleza, y siguiendo el procedimiento establecido, por lo que no es posible apreciar la existencia del funcionamiento anormal que las reclamantes denuncian, pues su discrepancia con el contenido de la decisión adoptada por el Ministerio Público no acredita por sí solo el irregular o defectuoso desempeño de su cometido. Si bien no ha emitido informe sobre su actuación el Ministerio Fiscal, basta en este caso fundar en la extemporaneidad de la acción y el parecer del Consejo General del Poder Judicial la conclusión de que las actuaciones de referencia no generan derecho a indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.»

108.- En coherencia con el planteamiento efectuado, sería conveniente modular la redacción del artículo 146 del Proyecto.

109.- Finalmente, el Proyecto regula ampliamente la responsabilidad disciplinaria y el procedimiento disciplinario de forma respetuosa con lo legalmente establecido.

110.- En este punto, como mejora técnica, se advierte la necesidad de completar la redacción del contenido normativo del artículo 180 del Proyecto relativo a la duración del expediente y plazos de caducidad. Una vez fijada la duración máxima del procedimiento en los términos expresados en el precepto debería anudarse el correspondiente efecto jurídico a la expiración del plazo en el sentido de que, vencido el plazo sin que se haya dictado y notificado la resolución que ponga fin a la instrucción, se producirá su caducidad y archivo. Tal y como ha establecido la STS Contencioso-Administrativo de 12 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:832), «la caducidad del procedimiento se constituye así como una forma de terminación del procedimiento que penaliza la falta de diligencia de la Administración en el cumplimiento de los plazos legalmente establecidos para tramitar y resolver, [siendo] la esencia de la caducidad de un procedimiento es que queda inhabilitado como cauce adecuado en el que poder dictar una resolución válida sobre el fondo». Por ello, resulta necesario completar la regla contenida en el artículo 180 del Proyecto.

111.- Cabe resaltar la creación de la figura del Fiscal Promotor de la Acción Disciplinaria, figura análoga a la del Promotor de la Acción Disciplinaria prevista en los artículos 605 a 608 LOPJ, ajuntándose dicha figura, en el texto proyectado, a las particularidades de la carrera fiscal.



**k) Título Décimo. Escalafón del Ministerio Fiscal.**

112.- El último de los preceptos del texto articulado del Proyecto regula lo atinente al escalafón del Ministerio Fiscal, en línea con lo previsto en los artículos 350 a 352 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial.

**VI. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Proyecto objeto de informe pretende colmar el vacío normativo derivado de la ausencia de una norma reglamentaria de desarrollo del régimen estatutario de los miembros del Ministerio Fiscal, colmado mediante la aplicación del Decreto 437/1969, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, norma preconstitucional cuya vigencia ha sido derogada en todo aquello contrario y desajustado con la Constitución y el EOMF. En este sentido, la iniciativa normativa merece globalmente un juicio favorable.

**SEGUNDA.-** Desde el punto de vista de técnica normativa, nos encontramos ante el proyecto de un Real Decreto aprobatorio de un reglamento, de modo que su estructura y contenido debería acomodarse a las Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, en particular a las directrices 91 a 94. El proyecto debería contener un artículo único, titulado «Aprobación del Reglamento», en el que se apruebe el Reglamento cuyo texto se incluye a continuación, seguido de las disposiciones adicionales, transitorias y finales, correspondientes. De acuerdo con la observación efectuada, las remisiones internas contenidas en el Proyecto que hacen referencia a «el presente Real Decreto» (entre otros, arts. 1, 35, 39, 41, 53, 65, 68, 79, 87, 96, 104, 108, 115, 120, 124, 127, 142, 163, 166, 175 y 181) deben sustituirse por «el presente Reglamento».

**TERCERA.-** La disposición adicional única que tiene por objeto la regulación de la publicidad de las resoluciones del Fiscal General del Estado debería ubicarse sistemáticamente en el articulado del propio Reglamento, siendo un lugar apropiado seguidamente a la regulación de la Memoria (art. 22).

**CUARTA.-** El título del Reglamento proyectado es coherente con el objeto regulado. En efecto, si bien la mayor parte del articulado contiene la regulación del estatuto jurídico de los miembros del Ministerio Fiscal (lo cual justificaría, desde un punto de vista descriptivo, que la denominación fuera la de Reglamento de la Carrera Fiscal), es lo cierto



que también se regula, en su Título I, la organización de las Fiscalías en aspectos como su régimen interno, procedimientos, juntas de fiscalías, órdenes, entre otros, materia que claramente extravasa el estricto ámbito del régimen estatutario de los integrantes de la carrera fiscal.

**QUINTA.-** El Proyecto deroga el Reglamento de 1969. Tal efecto derogatorio resulta connatural al carácter completo del nuevo estatuto jurídico que se introduce en desarrollo del EOMF. Ahora bien, debe advertirse que la derogación de los artículos 157 a 169 del Reglamento de 1969 privaría a la Inspección fiscal de la determinación reglamentaria de los instrumentos a través de los que desarrollar su labor inspectora (comunicaciones, visitas), exigida por el artículo 13.2 EOMF. De acuerdo con lo anterior, se plantea la conveniencia de introducir la determinación reglamentaria de las formas de ejercicio de la función inspectora, cuya ubicación sistemática apropiada podría ser el Título I.

**SEXTA.-** El Proyecto contiene dos previsiones normativas sobre determinación de normas supletorias, en el artículo 1.3 y en la disposición final segunda, que no están coordinadas. No resulta objetable que la norma reglamentaria opte, en relación con su propia regulación, por una cláusula general de supletoriedad, sin limitaciones materiales, pero debe aclararse si ese llamamiento se efectúa a la LOPJ, estrictamente, o a la normativa reguladora del estatuto jurídico de los miembros de la Carrera Judicial. En principio, desde el punto de vista de la completud del conjunto normativo a los efectos de aplicación supletoria, resulta más acertado incluir, junto a la LOPJ, los Reglamentos de desarrollo dictados por el Consejo General del Poder Judicial en ejercicio de la potestad reglamentaria por el artículo 560.1.16ª LOPJ.

**SÉPTIMA.-** Debe advertirse, en todo caso, que la determinación de la LOPJ como norma supletoria, con carácter general, del Reglamento del Ministerio Fiscal no puede oscurecer el insoslayable dato normativo de que, por voluntad del EOMF, la LOPJ es la fuente normativa primaria, a partir del reenvío efectuado por el Estatuto Orgánico, que regula las causas de abstención de los miembros del Ministerio Fiscal (art. 28 EOMF), el ingreso en la Carrera Fiscal (art. 42 EOMF), los casos y condiciones de la jubilación (art. 46.2 EOMF), las situaciones administrativas (art. 47 EOMF), los permisos y licencias (art. 52 EOMF) y la rehabilitación de los fiscales suspendidos (art. 70 EOMF). Por lo demás, la supletoriedad de la LOPJ en los términos establecidos por la disposición adicional primera EOMF es una supletoriedad de primer grado, que lógicamente se impone y limita al poder reglamentario.



**OCTAVA.-** En relación con el Preámbulo, se advierte que la referencia, contenida en el tercer párrafo del apartado I, a «Felipe II de Borbón» debe corregirse por «Felipe V de Borbón». La mención efectuada en el cuarto párrafo del apartado II a que «[d]espués de más de 35 años de no atender el mandato del Estatuto Orgánico» puede resultar equívoca a la vista de que el plazo originalmente previsto fue suspendido por el Real Decreto-ley 26/1982 hasta el 2 de julio de 1985. Por último, el primer párrafo del apartado XIV parece más propio de la MAIN que del preámbulo de la disposición reglamentaria.

**NOVENA.-** El artículo 1 determina el objeto de la norma reglamentaria que no se limita al desarrollo del régimen estatutario de los miembros del Ministerio Fiscal, sino que se extiende a aspectos orgánicos al regular también la organización y funcionamiento de las Fiscalías. A pesar del título del Reglamento proyectado, el Proyecto no constituye el desarrollo reglamentario del conjunto del EOMF y habrá de convivir con otras disposiciones generales relativas a aspectos específicos (composición y funcionamiento del Consejo Fiscal, régimen de sustituciones, por ejemplo). Desde el punto de vista de técnica normativa, y a la vista de la cláusula general de habilitación de la disposición final primera, letra A, del Estatuto Orgánico, cabría haber optado por un texto más ambicioso en el que, junto con la regulación proyectada, se refundieran las distintas disposiciones reglamentarias de modo que el Reglamento del Ministerio Fiscal tuviera vocación exhaustividad y completud, lo que redundaría en beneficio de la seguridad jurídica y la accesibilidad de la norma reglamentaria.

**DÉCIMA.-** La previsión sobre la supletoriedad, contenida en el artículo 1.3 del Proyecto, debe precisarse a la vista de su descoordinación con lo dispuesto en la disposición final segunda. Desde el punto de vista sustantivo, parece preferible contener en un solo precepto la cláusula de supletoriedad de modo que se remita a lo previsto respecto de Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial y su normativa de desarrollo, y, en su caso, a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Desde el punto de vista sistemático, la cláusula de supletoriedad debería contenerse en el articulado del Reglamento, en el artículo 1.3, y no en una disposición final que debería formar parte, propiamente, del contenido dispositivo del Real Decreto aprobatorio.





**UNDÉCIMA.-** El artículo 2 establece el ámbito subjetivo de aplicación incorporando a los Fiscales sustitutos. A lo largo del Reglamento proyectado tan sólo se establecen especificidades para este colectivo en el artículo 14.1 que prevé la posibilidad de que asistan a las Juntas de Fiscalía con voz pero sin voto y en el artículo 122.2 que establece la aplicabilidad del régimen de derechos a los Fiscales sustitutos «en la medida en que la naturaleza del derecho lo permita». Es claro que el carácter no permanente del ejercicio de las funciones del Ministerio Fiscal determina que la aplicación del régimen previsto con carácter general en el Reglamento deberá acomodarse a la peculiar naturaleza de los Fiscales sustitutos. Por ello, se sugiere la conveniencia de introducir en el artículo 2.b como inciso final «en todo aquello que les resulte aplicable y sin perjuicio de su normativa específica».

**DUODÉCIMA.-** En relación con el Título I cabe significar que el artículo 10, que viene a incorporar en sustancia lo previsto en el artículo 116 del Reglamento de 1969, contiene en su apartado 3 una referencia a «cuando se trate de sumarios» que parece sobrerera. Por otro lado, merece un juicio positivo, desde el punto de vista del correcto desarrollo de las actuaciones judiciales, el mantenimiento por el artículo 11.3 del Proyecto del deber previsto en el artículo 119, tercer párrafo, del Reglamento de 1969, de modo que los fiscales que hayan de asistir a vista deberán ir con la anticipación debida a sus despachos en el que esperarán que se les avise por el Tribunal o Juzgado para dirigirse a la Sala.

**DECIMOTERCERA.-** En relación con la regulación de las Juntas de Fiscalía, merece especial mención el sistema de resolución de discrepancias previsto en el artículo 19, que se adecúa a lo contemplado en el artículo 27 EOMF, introduciendo una relevante novedad en relación con el criterio del superior jerárquico a la hora de resolver sobre la discrepancia planteada por un Fiscal frente a un orden cuando el criterio del Fiscal Jefe y el de la Junta de Fiscalía no coinciden. En este caso, dispone el artículo 19.2, segundo párrafo, del Proyecto que el superior jerárquico «resolverá la cuestión conforme al dictamen de su Junta de Fiscalía». Parece configurarse el criterio de la Junta de Fiscalía como vinculante para el Fiscal Jefe correspondiente, con lo que se incorpora una relevante modulación del principio de jerarquía en favor del establecimiento de criterios deliberados en Junta de Fiscalía, que permiten una mayor garantía de acierto en la resolución del conflicto entre el principio de legalidad y el de jerarquía ínsito en toda discrepancia respecto de una orden que se considere ilegal o improcedente.



**DECIMOCUARTA.-** El artículo 22 que forma parte del capítulo V relativo a la Memoria prevé la lectura de la misma por el Fiscal General del Estado en el solemne acto de apertura de Tribunales, en términos conformes con lo previsto en el artículo 181.3 LOPJ.

**DECIMOQUINTA.-** El artículo 27 regula la forma de ingreso y en términos generales su contenido está en línea con lo previsto en los artículos 301 y siguientes LOPJ que tiene por objeto la convocatoria conjunta para el ingreso en la Carrera Judicial y la Carrera Fiscal, Debe advertirse, sin embargo, sobre la oportunidad de contemplar en la norma reglamentaria que disciplina el régimen propio del Ministerio Fiscal previsiones sobre el ingreso en la Carrera Fiscal que, por imperativo de la LOPJ, se convocará conjuntamente con la Carrera Judicial y que afectan, por tanto, al ingreso en ambas carreras. Tal es el caso de lo previsto en el tercer párrafo del apartado 4 del artículo 27 del Proyecto conforme al cual «[s]i el número final de personas aprobadas fuese inferior al de plazas convocadas, la Comisión de Selección ofrecerá un número de plazas igual al de las personas aprobadas, manteniendo la misma proporción que guardaban las plazas convocadas para cada una de las Carreras». No resulta apropiado, más allá de lo razonable del contenido de la regla, que desde la norma reglamentaria que regula una de las carreras se impongan criterios que afectan a la otra y que son más propios de las bases de la convocatoria que deberá acordar la Comisión de Selección. De mantenerse la regulación de la forma de ingreso en el artículo 27 del Proyecto debería limitarse a un contenido somero, directamente vinculado a la Carrera Fiscal, parangonable a lo previsto en esta materia en el Reglamento 1/2011, de la Carrera Judicial (arts. 1 y 2).

**DECIMOSEXTA.-** El artículo 32 del Proyecto prevé que con carácter previo a la toma de posesión de su primer destino, los Abogados Fiscales nombrados tras haber superado el proceso selectivo deberán prestar juramento o promesa ante la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia a cuyo territorio hayan sido destinados. Esta previsión reglamentaria, en línea con lo que preveía el artículo 25.1 del Reglamento de 1969, afecta a la competencia de un órgano de gobierno interno del Poder Judicial y encuentra amparo en lo previsto en artículo 321.1 LOPJ, aplicable supletoriamente al ingreso en la Carrera Fiscal, de acuerdo con la disposición adicional primera EOMF.



**DECIMOSÉPTIMA.-** El artículo 47 del Proyecto, incorporando lo previsto en el artículo 173.3 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial, distingue, a los efectos de duración del plazo posesorio, entre aquellos que obtienen plaza en distinta ciudad, que tendrán veinte días naturales, y quienes la obtienen en la misma localidad, que contarán con un plazo de ocho días naturales. La incorporación de tal distinción es razonable y aunque el artículo 45.4 EOMF no la prevé, tampoco la excluye, pues establece una regla general de plazo posesorio de veinte días que el reglamento, en su labor de colaboración normativa, tiene margen para acomodar a situaciones distintas.

**DECIMOCTAVA.-** El artículo 48 prevé que los Fiscales de Sala, al acceder a la primera categoría de la Carrera Fiscal, prestarán juramento o promesa ante la Sala de Gobierno de Gobierno del Tribunal Supremo, junto a cuyo Presidente se situará el Fiscal General del Estado. La previsión reglamentaria encuentra amparo en lo previsto en artículo 320.2 LOPJ, aplicable supletoriamente al ingreso en la Carrera Fiscal, de acuerdo con la disposición adicional primera EOMF.

**DECIMONOVENA.-** En relación con la provisión de plazas de designación directa y de nombramiento discrecional, el Proyecto establece que se atenderá al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos para este tipo de cargos (art. 49.4 y 52.1, segundo párrafo). Se incorpora una medida de acción positiva en el marco de lo previsto en los artículos 16, 52, 54 y disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a través de la fórmula legal «atenderá» que no comporta una expresión imperativa cerrada, sino que permite acomodar la promoción de la igualdad en la promoción en el empleo público con el debido respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad, al tratarse de una fórmula que deja abierta la posibilidad de apartarse del objetivo promocional de igualdad por imperativo de los principios constitucionales de mérito y capacidad.

**VIGÉSIMA.-** El artículo 55.2 del Proyecto, en relación con el nombramiento de los Fiscales Superiores de Comunidades Autónomas, dispone que el Fiscal General del Estado «con carácter previo a la propuesta de nombramiento, oirá necesariamente al Consejo de Justicia de la Comunidad Autónoma cuando los Estatutos de Autonomía prevean su existencia, y convocará al Consejo Fiscal a los efectos de párrafo anterior». Desde el punto de vista de técnica normativa, la remisión interna debe hacerse «a los efectos del apartado siguiente», pues el párrafo anterior al artículo 55.2



no se refiere a la intervención el Consejo Fiscal. Desde el punto de vista sustantivo, la referencia al trámite de audiencia del Consejo de Justicia de la Comunidad Autónoma, ciertamente recoge lo previsto en el artículo 36.1 in fine EOMF, en la redacción dada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre. Ahora bien, no cabe desconocer la doctrina de la STC 31/2010 sobre la invalidez de la previsión estatutaria de los denominados Consejos de Justicia. Por ello, debería modularse la reproducción por el poder reglamentario de una previsión del EOMF, incorporada en 2007, que tiene por base una realidad normativa (la previsión estatutaria de Consejos de Justicia como órganos de gobierno del poder judicial en una Comunidad Autónoma) que ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. La redacción del artículo 55.2 del Proyecto no debería desconocer la doctrina constitucional en esta materia.

**VIGESIMOPRIMERA.-** El artículo 62 del Proyecto regula la adscripción provisional para los supuestos de expiración del mandato por cese de los cargos de nombramiento discrecional, acomodándose a lo previsto en el artículo 36 EOMF. Sin embargo, este precepto legal no contempla, dentro de los supuestos de adscripción provisional tras la expiración del mandato por cese, el caso del Fiscal General del Estado cuando este pertenezca a la Carrera Fiscal. Debe advertirse que el Fiscal General del Estado, cuando es miembro de la Carrera Fiscal, se encuentra en situación de servicios especiales (art. 351.a LOPJ en relación con art. 46 EOMF). En este sentido, la regulación del artículo 62.1.a del Proyecto, en la medida en que prevé la adscripción provisional como consecuencia del cese de la situación de servicios especiales, no parece encontrar un encaje preciso en el EOMF y la LOPJ. Tampoco el preámbulo del Proyecto expone las razones que justificarían tal previsión.

**VIGESIMOSEGUNDA.-** El artículo 84 del Proyecto reproduce literalmente los supuestos que dan lugar a la declaración de servicios especiales contemplados en el artículo 351 LOPJ, en la redacción anterior a la vigente introducida por la Ley Orgánica 4/2018. Con carácter general, desde el punto de vista técnica normativa, la mera reproducción de preceptos legales en las disposiciones reglamentarias, limitándose a reiterar lo expresado en la Ley, no es correcta pues resulta innecesaria y puede dar lugar a confusión. En el presente caso, parece preferible optar por una formulación remisiva, como hacen otros preceptos del Proyecto respecto de distintas materias, de modo que los miembros de la Carrera Fiscal serán declarados en la situación de servicios especiales en los supuestos contemplados por la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados.



**VIGESIMOTERCERA.-** El artículo 92.5 del Proyecto dispone que para el reingreso al servicio activo desde la situación de suspensión definitiva se exigirá, entre otros requisitos, «la previa declaración motivada de aptitud por el Fiscal General del Estado, tramitada conforme a la Ley. Para resolver sobre dicha declaración, se recabarán los informes y practicarán las actuaciones que resulten necesarias». A la previa obtención de la declaración de aptitud por el Fiscal suspendido también hace referencia el artículo 66.2.b del Proyecto. Debe advertirse que la STC 135/2018, de 13 de diciembre, ha declarado inconstitucionales y nulos el apartado primero del artículo 367 LOPJ y los incisos «tras la declaración de aptitud» y «quedando sin efecto la declaración de aptitud» contenidos en su apartado segundo. En la medida en que el artículo 46 EOMF reenvía a la regulación en la LOPJ de las situaciones administrativas de Jueces y Magistrados, los artículos 92.5, segundo párrafo, y artículo 66.2.b, en el inciso «y obtenido la correspondiente declaración de aptitud, tramitada conforme a la Ley», carecen de cobertura legal en la LOPJ.

**VIGESIMOCUARTA.-** En materia de premisos y licencias, el párrafo segundo del artículo 96 del Proyecto incorpora *mutatis mutandi* el tenor del artículo 373.7 LOPJ, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre. El Proyecto ha omitido establecer la obligación, en este caso del Fiscal General del Estado, de adaptar de manera inmediata a la Carrera Fiscal, mediante acuerdo, cualquier modificación que se produzca en el régimen de derechos de los miembros de la Administración General del Estado que supongan una mejora en materia de conciliación, permisos, licencias y cualquier otro derecho reconocido en dicho ámbito. Un acuerdo de este tipo permitirá dotar de la necesaria seguridad jurídica a la extensión a la Carrera Fiscal de los derechos reconocidos para la función pública de la Administración General del Estado, en los términos contemplados por el artículo 373.7 LOPJ.

**VIGESIMOQUINTA.-** El artículo 98 del Proyecto parece contener una contradicción, pues, de una parte, se permite el disfrute de los permisos de tres días, de forma conjunta o separada entre ellos, y en el siguiente inciso se requiere que el disfrute de dichos permisos sea continuado, resultando que, al ser más favorable la primera opción, parece preferible a la segunda.

**VIGESIMOSEXTA.-** El artículo 104 del Proyecto establece una licencia de paternidad, por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, de cinco semanas. En el ámbito de la Carrera Fiscal, en virtud del reenvío



del artículo 52 EOMF a la LOPJ, y el reenvío del artículo 373.7 LOPJ a la normativa de función pública aplicable en el ámbito de la Administración General del Poder Judicial, el permiso de paternidad es el regulado en el artículo 49.c del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en la redacción por el artículo Tres.3 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Por ello, resulta preferible una redacción del artículo 104 del Proyecto que establezca que los Fiscales tendrán derecho a una licencia de paternidad, por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, cuya duración y condiciones se regularán por la legislación general en esta materia.

**VIGESIMOSÉPTIMA.-** En relación con el supuesto de incompatibilidad relativa sobrevenida entre un Fiscal y un miembro de la Carrera Judicial, dispone el artículo 137.2 del Proyecto que «se procederá al traslado forzoso del miembro del Ministerio Fiscal, salvo en el caso de que la incompatibilidad lo sea con miembros de la Carrera Judicial de menor antigüedad en el cargo, en cuyo supuesto podrá proponer al Consejo General del Poder Judicial el traslado forzoso de este». La regla prevista se corresponde con lo establecido en el artículo 394.2 LOPJ.

**VIGESIMOCTAVA.-** Debe advertirse que la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha suprimido la figura de Magistrado emérito y que el período transitorio previsto en la disposición transitoria tercera de la referida Ley Orgánica ha expirado. Ello determina que la remisión contemplada en la disposición adicional tercera EOMF en relación con los Fiscales eméritos haya devenido vacía de contenido. En consecuencia, deberían revisarse las referencias que contiene el Proyecto a los fiscales eméritos.

**VIGESIMONOVENA.-** El artículo 148 del Proyecto relativo a la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, resulta supra-incluyente, en la medida en que parece incluir en el ámbito de aplicación de los artículos 292 y siguientes LOPJ la responsabilidad patrimonial que se derive del ejercicio de sus funciones en cualquier ámbito, aunque no esté vinculado o conectado con la Administración de Justicia. En este punto, de acuerdo con la jurisprudencia, sería conveniente modular la redacción del artículo 146 del Proyecto.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Gabinete Técnico

Estudios e informes

**TRIGÉSIMA.-** Como mejora técnica, se advierte la necesidad de completar la redacción del contenido normativo del artículo 180 del Proyecto relativo a la duración del expediente y plazos de caducidad. Una vez fijada duración máxima del procedimiento en los términos expresados en el precepto debería anudarse el correspondiente efecto jurídico a la expiración del plazo en el sentido de que, vencido el plazo sin que se haya dictado y notificado la resolución que ponga fin a la instrucción, se producirá su caducidad y archivo.

Es cuanto ha de informar este Consejo General del Poder Judicial.