

---

## DEFENSA DE LA LEGALIDAD Y JUICIO DE CONCIENCIA EN EL FISCAL<sup>1</sup>

---

---

ÁNGELA APARISI MIRALLES

---

SUMARIO I. *Conciencia y praxis del fiscal.* II. *El juicio de conciencia.* II.a. *La conciencia profesional: concepto.* II.b. *Tipos de conciencia.* II.c. *El juicio de conciencia en el fiscal.* III. *El problema de la "cooperación al mal".* III.a. *Noción y tipos de cooperación al mal.* III.b. *Criterios de aplicación.* IV. *Actos de doble efecto.* V. *Conclusión.*

*Resumen:* El fiscal puede encontrarse con dilemas de conciencia en su praxis profesional. Y ello puede surgir, tanto en el proceso de adquirir la certeza sobre los hechos acaecidos (valoración de la prueba), como en la fase del discernimiento del sentido de la norma (función hermenéutica).

---

<sup>1</sup>Quiero agradecer al Ilmo. Sr. Manuel Martínez de Aguirre, Fiscal del Tribunal Supremo, sus comentarios y sugerencias para la elaboración de este artículo.

El profesional que se enfrenta a esta situación se encuentra ante dos planos diferentes de reflexión: a) *ad intra* o, lo que es lo mismo, en el fuero interno de la propia conciencia; b) *ad extra*, o en el ámbito del reconocimiento legal. En esta segunda fase se plantea el problema relativo a si en el ordenamiento jurídico español existen mecanismos legales que permitan al fiscal actuar respetando su propia conciencia.

*Palabras clave:* Fiscal, conciencia, praxis jurídica, labor hermenéutica, derecho.

*Abstract: The Prosecutor may encounter dilemmas of conscience in his professional praxis. And this can occur both in the process of acquiring certainty about the events that have happened (assessment of the test), and in the phase of discernment of the meaning of the norm (hermeneutic function).*

*The professional who faces this situation is faced with two different levels of reflection: a) ad intra or, what is the same, in the internal jurisdiction of one's own conscience; b) ad extra, or in the field of legal recognition. In this second phase, the problem that arises is whether there are legal formulas in the Spanish legal system that allows the Prosecutor to act respecting his own conscience.*

*Keywords: Prosecutor, conscience, legal praxis, hermeneutic work, law.*

## I. CONCIENCIA Y PRAXIS DEL FISCAL

Podríamos afirmar que la función más esencial de la Institución del Ministerio fiscal es la defensa de la legalidad. En este sentido, debe entenderse la exigencia constitucional del artículo 124.1 de la Constitución española, cuando establece que: “El Ministerio Fiscal tiene por *misión* promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”. Por su parte, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, promulgado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre (en adelante EOMF), en el artículo 1 reitera lo señalado en el 124.1 de la Constitución; y en su artículo 3 detalla las concretas funciones atribuidas a la Institución: básicamente se define al Ministerio Fiscal como el portador del interés público tutelado por la ley, del interés social, de la realización de los derechos de los ciudadanos y de las libertades públicas, así como de la defensa de la independencia de los tribunales. También el artículo 6 del EOMF se refiere al principio de legalidad: “Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan”.

Estamos, en definitiva, ante una profesión en la que solo cabe actuar en supuestos legalmente previstos, y en la que el sentido o dirección que deben seguir todas las decisiones y actuaciones está también determinada desde el plano legal. No obstante, ello no puede hacer caer en una mentalidad tan apegada al positivismo que rechace la existencia de problemas o dilemas de conciencia<sup>2</sup>. Además, es importante llevar a cabo un

---

<sup>2</sup>Vid. García Pascual, C.; “El tiempo de la deontología”, en *El buen jurista. Deontología del derecho*, García Pascual, C. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 14 y ss.

adecuado esfuerzo hermenéutico de la expresión “defensa de la legalidad”, dada su trascendencia y su carácter definitorio de la profesión. De ello nos ocuparemos seguidamente.

Partimos de la idea de que el mismo concepto de “legalidad” no puede ser entendido como un sistema estático y cerrado en sí mismo, sino que está abierto al mundo de los valores. Como señala Lacruz Berdejo, “la ley es algo más que palabras y frases; es un proyecto de justicia al servicio del bien común”<sup>3</sup>. Designa la totalidad del ordenamiento jurídico y, en definitiva, el mismo concepto de Estado de Derecho, cuya realización se encomienda institucionalmente al Ministerio Fiscal.

Por otro lado, para interpretar la legalidad de modo adecuado, es imprescindible tener en cuenta, entre otras cosas, que el artículo 1 de la Constitución define a la nación española como un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político<sup>4</sup>.

Asimismo, y aunque el fiscal está sujeto al principio de legalidad, el sentido o dirección de las distintas medidas, en las que institucionalmente está interesado, y que él mismo debe adoptar bajo su responsabilidad, queda abierto e indeterminado<sup>5</sup>. Así, por ejemplo, la intervención del Ministerio fiscal en el proceso penal, cuando se trata de delitos públicos, es necesaria, pero el sentido de sus decisiones vendrá exigido por la justicia del caso concreto. Un supuesto específico que se presenta al fis-

---

<sup>3</sup>Lacruz Berdejo, J.L.; *Manual de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 80.

<sup>4</sup>Para Peces-Barba “los valores superiores tienen un contenido conceptual que no se agota en su perspectiva normativa, sino que exceden de la misma y hunden sus raíces en el campo de la moralidad” (Peces-Barba, G.; *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 36). En el mismo sentido, para Beneytez los “valores superiores” no son reductibles al contenido de las normas positivas, “como si no tuvieran más consistencia que la escuetamente inducible o deducible de esas normas, sino que presentan una mayor fecundidad, al permitir ir más allá de la perspectiva de las normas vigentes, penetrando en el campo de la moralidad” (vid. Beneytez Merino, L.; “Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal”, en AAVV, *Ética de las profesiones jurídicas*. Estudios de Deontología, Volumen II, Murcia, UCAM-AEDOS, 2003, p. 877).

<sup>5</sup>Beneytez Merino, L.; “Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal”, en AAVV, *Ética de las profesiones jurídicas*. Estudios de Deontología, op. cit., 873.

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

En las páginas que siguen recordaremos, en primer lugar, algunas nociones generales sobre el juicio de conciencia profesional para, seguidamente, concretar dichos aspectos en relación al Ministerio fiscal.

## II. EL JUICIO DE CONCIENCIA

El primer principio de cualquier ética profesional establece la necesidad de actuar según ciencia y conciencia<sup>6</sup>. Se trata de un principio “marco” o universal<sup>7</sup>, en el sentido de que en él pueden confluir todas las valoraciones éticas que surjan en el ejercicio de la actividad profesional. Como señala Soto Nieto, el principio que exige “obrar según ciencia y conciencia”, empuja a “discernir el bien del mal, distinguir lo que puede y debe hacerse, de aquello que debe ser evitado”<sup>8</sup>. Se trata, como se puede advertir, de un principio que conlleva dos secuencias: discernir según ciencia, y valorar según conciencia. Presuponiendo la concurrencia en el fiscal de los conocimientos técnico-jurídicos requeridos<sup>9</sup>, vamos a centrarnos exclusivamente en la segunda de ellas, el juicio de conciencia. Pero antes se aportarán algunas ideas sobre el mismo concepto de conciencia.

### *a. La conciencia profesional: concepto*

Tomar decisiones en el incierto devenir de un proceso, ponderando, en cada caso, a la luz de los conocimientos técnico-jurídicos, y de los principios deontológicos esenciales, lo que debe hacerse, o lo que debe evitarse, es una labor difícil e incluso puede ser considerado un arte<sup>10</sup>. En el caso del fiscal, hay que valorar, especialmente, los problemas que se plantean al realizar un dictamen en los asuntos en los que se trabaja. Sabemos que las consecuencias, positivas o negativas, de las propias decisiones repercuten en terceros, afectando de manera incisiva en sus vidas.

<sup>6</sup>Vid. Aparisi, A., *Ética y deontología para juristas*, Eunsa, Pamplona, 2006, págs. 206 y ss.

<sup>7</sup>Vid. Gabaldón, J.; “Reflexiones sobre la ética judicial”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., p. 784.

<sup>8</sup>Soto Nieto, F.; “Ética profesional y su proyección en la prueba penal”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., p. 593.

<sup>9</sup>Del Moral Martín, A.; “El juez civil ante la moral, la ética y la deontología”, en op. cit., pp. 849-850.

<sup>10</sup>Recordemos que ya en el *Digesto* (1,1,1), Ulpiano definía, con palabras de Celso, el oficio de jurista como el *ars boni et aequi* (el arte de lo bueno y de lo justo).

Por ello, ordinariamente se requiere una gran dosis de prudencia, valorar muy detenidamente las circunstancias del caso concreto y sus consecuencias para cada una de las partes, pidiendo más datos si es necesario, asumiendo la responsabilidad por las propias decisiones y evitando cualquier tipo de superficialidad o frivolidad. Este razonamiento práctico lo lleva a cabo la propia conciencia. Por ello, la referencia a esta noción se encuentra en el núcleo de la Deontología profesional. No obstante, el mismo concepto de conciencia reviste una gran complejidad. En realidad, existe una gran confusión en torno a dicha noción. En consecuencia, es habitual que se le atribuyan rasgos y propiedades que no le pertenecen. En este sentido, en el lenguaje coloquial es muy frecuente apelar a la conciencia, entendiéndola como el principio último de toda moralidad. Esta quedaría, por ello, desvinculada de principios éticos previos u objetivos, convirtiéndose así en la única fuente de la propia moral individual.

Sin despreciar la trascendencia y relevancia del juicio personal de conciencia –juicio de la razón práctica–, se puede afirmar que este planteamiento, si no es bien entendido, puede conducir, entre otras consecuencias, a la negación o disolución de la misma ética profesional. La razón de ello es que, de hecho, nos encontraríamos ante la existencia de tantas “éticas” o “morales” profesionales como conciencias o sujetos individuales.

Esta visión plantea, además, algunos problemas teóricos. Entre ellos, se encuentra el de cómo explicar que una actuación profesional pueda ser, al mismo tiempo, autónoma e incorrecta. Si la conciencia es la fuente última, y exclusiva, de la Deontología profesional, ¿cómo se explica la existencia de un comportamiento profesional “en conciencia” y, al mismo tiempo, gravemente inmoral? Habría que presuponer que la propia conciencia está equivocada, lo cual sería contradictorio con la idea de que la única y exclusiva fuente de la ética es la propia conciencia<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup>González, A.M.; “La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica”, en Aparisi, A.; Ballesteros, J., *Biotecnología, dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, Eunsa, Pamplona, 2004, p. 30.

A pesar de estas dificultades, la visión que sitúa a la conciencia individual como única fuente de la ética profesional es, como ya se ha señalado, relativamente frecuente. Ello nos obliga a hacer una breve referencia a este concepto.

En general, se entiende por conciencia el juicio de la razón práctica que, a partir de los primeros principios de la ética profesional, dictamina acerca de la bondad, o maldad, de un acto concreto, que vamos a realizar, o que hemos realizado<sup>12</sup>.

Es importante distinguir la conciencia, en sentido estricto, del sistema moral o código ético de una persona. Estos no se identifican con la conciencia, sino que integran la moralidad personal. Dicha moralidad incluirá juicios y actitudes, integrantes del proyecto vital personal y profesional, amparados por la libertad de pensamiento, de conciencia, o por la libertad religiosa, según los casos.

A diferencia de ello, como ya se ha indicado, la conciencia es un *juicio* que –al igual que el que efectúa un juez–, aplica la ciencia previa, al acto concreto. La conciencia “interpreta” y “aplica” principios previos a una situación específica, a unas circunstancias y hechos particulares. A través de la conciencia, la razón reconoce la existencia de los primeros principios de la razón práctica –no los crea–, y, al mismo tiempo, los *personaliza*: es el punto de encuentro entre ciertos principios objetivos, –podríamos decir el *ethos* de una determinada profesión–, y la singularidad personal. En lo que se refiere al ámbito de las profesiones jurídicas, dichos principios previos remiten a las exigencias de integridad y honestidad, independencia, imparcialidad, fidelidad a la verdad, constante preparación y responsabilidad, lealtad, secreto profesional y discreción, diligencia, sentido social, rechazo de todo tipo de corrupción, etc. Tener en cuenta estos principios evitará caer en el relativismo, o en una ilegítima subjetividad en el juicio de conciencia.

Siguiendo a Finance<sup>13</sup>, sería inmoral sustraerse al juicio

---

<sup>12</sup>Rodríguez Luño, A.; *Ética*, Pamplona, Eunsa, 1986, p. 99; Rodríguez Luño, A.; *Ética General*, Pamplona, Eunsa, 2004 (5ª edición), p. 285.

<sup>13</sup>De Finance, J.; *Ensayo sobre el obrar humano*, trad. A. Loma, Madrid, Gredos,

de la conciencia y, en consecuencia, a la moralidad, no solo en la vida personal, sino también en la profesional. Y ello, porque el ser humano se sitúa, constantemente, de acuerdo con su naturaleza racional, ante la alternativa del bien y del mal propiamente humanos. O lo que es lo mismo, según Aristóteles, se encuentra ante el *bien* de una cierta clase de ser cuya característica esencial es el *poseer* razón y, consiguientemente, estar abierto a contrarios. Por este motivo, su bien propio no aparece por necesidad natural - como en el caso de los animales -, sino mediante el ejercicio de la libertad. En palabras de Aristóteles:

“el vivir, en efecto, parece también común a las plantas, y aquí buscamos lo propio. Debemos, pues, dejar de lado la vida de nutrición y crecimiento. Seguiría después la sensitiva, pero parece que también ésta es común al caballo, al buey y a todos los animales. Resta, pues, cierta actividad propia del ente que tiene razón. Pero aquel, por una parte, obedece a la razón, y, por otra, la posee y piensa... Si, entonces, la función propia del hombre es una actividad del alma según la razón o que implica la razón...”<sup>14</sup>.

Por ello, siguiendo a este filósofo, el ser humano es un ser *elector*, constantemente abierto a distintas opciones vitales. En esta línea, en su “Ética a Nicómaco”, sostenía que “la elección es o inteligencia deseosa o deseo inteligente, y esta clase de principio es el hombre”<sup>15</sup>.

Sin embargo, como señala González<sup>16</sup>, definir al ser humano en estos términos “es algo distinto a concederle una autonomía absoluta, como si fuera competencia del hombre decidir qué es lo bueno y qué es lo malo”. Por el contrario, se puede afirmar que el hombre es capaz de descubrir, en lo más profun-

---

1966, p. 314.

<sup>14</sup>Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, I, 7, 1098 a 1-20. op. cit., pp. 141-142.

<sup>15</sup>Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, VI, 2, 1139 b, 5-10, op. cit., pp. 270.

<sup>16</sup>Gonzalez, A.M., “El estatuto de “lo moral”. Reflexión histórico-crítica”, *Anuario Filosófico*, 1997, 30, p. 707.

do de su interior, la existencia de exigencias que él no se dicta a sí mismo, pero a las cual se ve inclinado a obedecer. Según este planteamiento, la conciencia no es la fuente única de la moralidad, ni tampoco lo es el sistema de valores imperante en una determinada comunidad o sociedad. La conciencia “interpreta” y “aplica” principios subsistentes a una situación específica, a unas circunstancias particulares. A través de la misma, la razón reconoce la existencia de los primeros principios de la razón práctica -no los crea-, y al mismo tiempo los *personaliza*.

Por otro lado, como ya se ha adelantado, la conciencia posee un carácter normativo en atención a una actuación singular y concreta. El dictado de la conciencia se acepta como una obligación que reviste una cierta necesidad. El profesional sabe que puede contrariar el principio ético, mientras que, al mismo tiempo, reconoce que éste es incondicionado, ya que su plena realización como persona, y como jurista cabal, exige que su conducta sea íntegra<sup>17</sup> y acorde con dicho principio. En esta línea, para Finnis, una exigencia clave de la razón práctica es, precisamente, la que establece la obligación de actuar siempre de acuerdo con la propia conciencia<sup>18</sup>.

Siguiendo a Lega, la “llamada a la conciencia” comporta ciertos márgenes de elasticidad en relación al tiempo, las circunstancias del caso, o la misma personalidad del profesional, aunque no son tolerables excesivas oscilaciones<sup>19</sup>. Por otro lado, la conciencia profesional podrá exigir, incluso, comportamientos con un grado de exigencia que no concurriría en otros supuestos generales<sup>20</sup>. Así, por ejemplo, con respecto al fiscal, quizás la exigencia más estricta se refiere al nivel de prudencia requerido para tomar decisiones que pueden afectar a los de-

<sup>17</sup>Vid. Messner, J.; *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, trad. J.L. Barrios, J.E. Díez, J.M. Rodríguez Paniagua, Madrid, Rialp, 1967, pp. 30 y ss.

<sup>18</sup>Finnis, J.; *Ley natural y derechos naturales*, trad. C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 154.

<sup>19</sup>Lega, C.; *Deontología de la profesión de Abogado*, Cívitas, Madrid, 1983 (2ª), p. 70.

<sup>20</sup>Spinsanti, S.; “Implicazioni etiche dell’obiezione di coscienza nella professione medica”, *Medicina e Morale*, 1977, p. 151.

rechos fundamentales de las personas, como, por ejemplo, su libertad.

*b. Tipos de conciencia.*

Atendiendo a los siguientes criterios, es posible referirnos a distintos tipos de conciencia<sup>21</sup>:

- a) La relación de la conciencia con la decisión o actuación.
- b) La conformidad de la conciencia con los principios que rigen en una profesión. Hemos mencionado los de integridad, y honestidad, independencia, imparcialidad, fidelidad a la verdad, constante preparación y responsabilidad, lealtad, secreto profesional y discreción, diligencia, sentido social y rechazo de todo tipo de corrupción.
- c) El tipo de asentimiento o seguridad en el juicio.
- d) En atención a su relación con la actuación concreta, el juicio de conciencia puede ser antecedente o subsiguiente. En esta distinción, se parte de la constatación de que la conciencia, no sólo se hace presente de modo previo a la realización de la actuación. También efectúa un juicio “a posteriori”, reprochando haber llevado a cabo, u omitido, un determinado comportamiento. Así, la conciencia antecedente decide en el origen mismo de la actuación. Por su parte, la conciencia subsiguiente “reprocha o acusa después del acto, como la sanción por la violación de una regla inobservada”<sup>22</sup>. Sería el caso, por ejemplo, de un fiscal que considerara, a posteriori, que ha tomado una decisión equivocada en un determinado Informe. En estos supuestos, si se ha producido un perjuicio a terceros, el profesional debería considerar el modo de subsanar el daño que ha causado.
- e) En razón de su conformidad con los principios de la ética profesional, el juicio de conciencia puede ser verdadero o falso. El juicio verdadero, presuponiendo tales principios, es el que

---

<sup>21</sup>Rodríguez Luño, A.; *Ética*, op. cit., pp. 101-102.

<sup>22</sup>Doral, J.A.; “La cláusula de conciencia”, *Libro de conferencias y ponencias del I Simposium Internacional de Ética en Enfermería*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1990, p. 300.

conduce a conclusiones acertadas<sup>23</sup>. Para llevar a cabo un juicio verdadero se requiere que la intención sea recta y el propio razonamiento correcto (sin caer en falacias o errores de lógica)<sup>24</sup>.

En el caso del fiscal, todo enjuiciamiento recto requiere, además, tener siempre en el horizonte profesional el principio ético y jurídico de la presunción de inocencia. El fiscal sabe que su misión no debe consistir, solamente, en afirmar como acusador la pretensión punitiva del Estado. Ejerce también su función propia cuando, obrando según ciencia y conciencia, pide el sobreseimiento de una causa o, una vez iniciado el juicio, la absolución de las partes, cuando interpone o apoya recursos a favor del reo, etc. Por ello, por ejemplo, si mediante la presentación por un particular de una querrela se imputa la comisión de un delito a un ciudadano, y el Ministerio fiscal, mediante una adecuada ponderación en conciencia, llega a la conclusión de que no hay tal delito, tiene la obligación deontológica y jurídica de actuar en el proceso defendiendo al ciudadano que considera inocente.

Por su parte, la conciencia errónea o falsa juzga equivocadamente, estimando como correcta una decisión que en realidad no lo es, o viceversa. La conciencia errónea puede ser invencible o vencible.

Concurre una conciencia invenciblemente errónea, cuando el profesional cree equivocadamente, y sin poder salir de su error, que una determinada actuación es conforme con la deon-

---

<sup>23</sup>Lega, C.; *Deontología de la profesión de Abogado*, op. cit., p. 70.

<sup>24</sup>En esta línea, ya Aristóteles señaló que la conciencia es cierta cuando coincide con la verdad, admitiendo, al mismo tiempo, la importancia de acomodar constantemente (de integrar) el deseo personal a lo que la razón presenta como bueno y verdadero. En sus palabras: “puesto que la virtud moral es una disposición relativa a la elección y la elección es un deseo deliberado, *el razonamiento tiene que ser verdadero y el deseo recto* para que la elección sea buena, y tiene que ser lo mismo lo que la razón diga y lo que el deseo persiga. Esta clase de entendimiento y de verdad es práctica. Del entendimiento teórico y no práctico ni creador, el bien y el mal son, respectivamente, la verdad y la falsedad (pues en esto consiste la operación de todo intelectual), mientras que el bien de la parte intelectual pero práctica es la verdad que está de acuerdo con el deseo recto” (Aristóteles; *Ética a Nicómaco*, Libro VI, 2, 1139a 20-30, op. cit., p. 269).

tología profesional. En este caso, con independencia de su responsabilidad legal, tal persona no contrae responsabilidad moral, ya que su disposición interna es la correcta y no puede, en modo alguno, salvar el error. En esta línea, ya afirmó Tomás de Aquino -quizás el primer autor que abordó el tema con el rigor requerido-, que:

“El juicio de la razón errónea, aunque no proceda de Dios, la razón errónea lo propone como verdadero y, por consiguiente, como derivado de Dios, de quien procede toda verdad...Y de igual modo, si un hombre conociera que la razón humana dictaba algo contra un precepto de Dios, no estaría obligado a seguir a la razón, pues entonces la razón no sería totalmente errónea. Pero cuando la razón errónea propone algo como un precepto de Dios, entonces es lo mismo despreciar el dictamen de la razón que el precepto de Dios”<sup>25</sup>.

Como se puede comprobar, Tomás de Aquino también alude a la razón no totalmente errónea (“si un hombre conociera que la razón humana dictaba algo contra un precepto de Dios, no estaría obligado a seguir a la razón, pues entonces la *razón no sería totalmente errónea*”). Se trata de casos de error vencible. La causa del error de juicio de la conciencia es, en el fondo, algún tipo de ignorancia. La conciencia errónea vencible se presenta, en general, en tres tipos de situaciones:

-La primera, cuando el profesional elige –o acepta–, mantenerse en la misma ignorancia: por ejemplo, cuando prefiere, interiormente, desconocer el criterio correcto de actuación, para no sentirse moralmente obligado a actuar de un modo distinto a como desea hacerlo. A este tipo de ignorancia Tomás de Aquino la denominaba *afectada*. Por ejemplo, sería el caso del fiscal que, habiendo recibido de su superior una orden que, a primera vista, considera ilegal, no indaga más para evitarse complicaciones.

---

<sup>25</sup>Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, Cuestión 19, artículo 6, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993, pág. 197.

-En segundo lugar, estaría la ignorancia que determina, propiamente, una conciencia venciblemente errónea. En estos casos, existe una cierta negligencia, ya que, en palabras de Tomás de Aquino, “uno no tiene en cuenta lo que puede y debe tener en cuenta”<sup>26</sup>. Este autor denomina a esta ignorancia de *mala elección*, y afirma que puede deberse a un oscurecimiento de la razón, debido a una situación de interés, obcecación, u otro estado pasional. Ello puede concurrir cuando opera una intención que, en definitiva, llegue a desplazar la adecuada motivación profesional: por ejemplo, la amistad o enemistad, la familiaridad, el interés personal, o la militancia política pueden ser fuentes de perturbación de la objetividad requerida para llevar a cabo, sin error, un juicio de conciencia. Cuando dichas circunstancias concurren, el fiscal tiene el deber, tanto ético como jurídico, de abstenerse de actuar, de acuerdo con el artículo 28 del EOMF.

-Por último, el error en el juicio de conciencia también puede deberse a un mal hábito –repetición habitual de actuaciones ilícitas–. Por ejemplo, el fiscal que ha hecho de la negligencia, la improvisación o el descuido su modo habitual de trabajar.

Lógicamente, y de la misma manera que en el ámbito legal la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento –artículo 6 del CC español<sup>27</sup>–, en los supuestos de conciencia errónea vencible existe, también, una responsabilidad ética y legal por los propios actos. En estos supuestos, la calificación de la actuación no será la misma que en los casos de ignorancia invencible, ya que es evidente que concurre una cierta voluntariedad (imprudencia o negligencia).

Finalmente, hay que señalar que si el profesional lleva a cabo una actuación errónea de manera consciente, aunque de ella no se deriven consecuencias negativas, estará obrando contrariamente a lo que le exige su conciencia, ya que su disposición

---

<sup>26</sup>Tomas de Aquino, *Suma de Teología*, I-II, Cuestión 6, artículo 8, op. cit., pág. 111.

<sup>27</sup>1. La ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las Leyes determinen”.

subjetiva es reprochable. Por ejemplo, un fiscal negligente, que voluntariamente descuida su deber de estudiar más a fondo un asunto que se le ha encomendado, actúa incorrectamente, con independencia de que dicha falta de preparación no redunde en perjuicio del justiciable, debido, por ejemplo, a una actuación judicial muy competente.

f. Según el tipo de asentimiento, la conciencia podrá ser cierta, probable o dudosa. Será cierta, si juzga con firmeza, y seguridad, que un acto es correcto o incorrecto. Nos encontramos ante una conciencia probable, cuando ésta dictamina sobre la eticidad de un acto sólo con probabilidad, admitiendo la posibilidad opuesta. Por último, será dudosa si se suspende el juicio de conciencia, al no poder decidirse por la corrección, o incorrección, del acto.

Por su parte, Peces-Barba<sup>28</sup> ofrece otra clasificación basada en el posible enfrentamiento entre la conciencia y el derecho. Atendiendo a este criterio, este autor destaca tres tipos de conciencia:

- a. Conciencia crítica integrada: la persona acepta básicamente los fundamentos del derecho vigente en una sociedad democrática. Sin embargo, detecta desviaciones y patologías frente a las que quiere protestar y corregir.
- b. Conciencia crítica aislada: prescinde del modelo democrático. Sus motivaciones se apartan de las razones generales de la ética racional (podría citarse, como ejemplo, la actitud fundamentalista que se niega, por sistema, a aportar razones de las propias posiciones).
- c. Conciencia egoísta interesada: es aquella que sólo razona en función de sus intereses individuales.

---

<sup>28</sup>Peces-Barba, G. y otros; *Ley y conciencia*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1993, pp 16-17.

Mientras que los dos primeros tipos de conciencia podrían llegar a justificar total o parcialmente una objeción de conciencia o desobediencia al derecho, no ocurre lo mismo con lo que se ha denominado “conciencia egoísta”, ya que presupone un individualismo radical, ajeno a cualquier interés social o colectivo y a la búsqueda del bien común.

El profesional que actúa conforme a su conciencia lo hace de acuerdo con su dignidad profesional. Pero, como señala Spisanti, “la conciencia no existe como un elemento inmutable, similar a lo adquirido por herencia genética”. Por el contrario, implica “una perspectiva dinámica y evolutiva”<sup>29</sup>. De ahí se deduce la importancia que tiene la formación de la conciencia y la concurrencia de las condiciones necesarias para su correcto desarrollo.

*c. El juicio de conciencia en el fiscal*

Como ya se ha indicado, el Informe del fiscal pesa mucho por su objetividad y desinterés, por lo que su opinión es fundamental en un proceso. De ahí su responsabilidad y la necesidad de valorar, especialmente, los problemas que se plantean al realizar un dictamen en los asuntos en los que se trabaja, ya que cualquier decisión repercutirá, decisivamente, en terceros.

El fiscal que se enfrenta a una cuestión de conciencia, se sitúa ante dos planos diferentes de reflexión:

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

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

En lo que se refiere al fuero interior de la conciencia, el

---

<sup>29</sup>Spisanti, S.; “Implicazioni etiche dell’obiezione di coscienza nella professione medica”, *Medicina e Morale*, 1977, pp. 152-153.

fiscal deberá, en primer lugar, llevar a cabo un razonamiento práctico, valorando la previsible secuencia de sus actos, ponderando los bienes y males que se pueden derivar de sus decisiones (ya sean directos o indirectos, seguros, probables o posibles). Como ya se ha indicado, también habrá que tener en cuenta los intereses de las personas concernidas por la decisión.

En general, ante la existencia de un dilema de conciencia, puede ser útil tener en cuenta los denominados “criterios tradicionales del juicio de moralidad”. Estos son: el objeto de la actuación, el fin o intención del sujeto y las circunstancias concurrentes en el caso concreto<sup>30</sup>.

El objeto remite al contenido concreto de la actuación. Por ejemplo, la decisión en orden a que se decrete la prisión provisional de una persona sometida a un proceso penal. Por su parte, la intención<sup>31</sup> se refiere a los motivos últimos que llevan al sujeto a obrar de un determinado modo. Ese fin o intención última, en virtud del cual el fiscal decide llevar a cabo, o no, una concreta acción, tiene un significado trascendental en el juicio de conciencia ya que, en definitiva, remite al motor último de su actuación: al por qué ha tomado esa decisión y no otra<sup>32</sup>. Por último, se requiere la ponderación atenta de todas las circunstancias del caso<sup>33</sup>, es decir, de todos aquellos factores que pueden graduar, de una forma más o menos intensa, el objeto de la decisión.

Tradicionalmente se ha entendido que una acción incorrecta, desde el punto de vista de su objeto, nunca dejará de serlo, por muy buenas intenciones que tenga el sujeto. La intención, si es recta, disminuirá la gravedad del acto incorrecto, pero

---

<sup>30</sup>Pardo, A.; *Análisis del acto moral, una propuesta*. <http://www.unav.es/cdb/dhbabactomoral2c2.html>

<sup>31</sup>Rodríguez Luño, A.; *Ética General*, op. cit., p. 189.

<sup>32</sup>En este sentido, para Finnis, “un acto humano es un *lo-que-es-decidido* (o-elegido) y su descripción primaria adecuada es como *qué-es-elegido*. Una acción humana, para ser considerada humana, ha de ser caracterizada de la manera como fue caracterizada en la conclusión de la respectiva secuencia de razonamiento práctico del hombre que eligió realizarla” (Finnis, J.; *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 151).

<sup>33</sup>Vid. Gómez Pérez, R.; *Ética empresarial*, Madrid, Rialp, 1999, p. 33.

éste no dejará de serlo. Por ello, se puede mantener que “la buena intención no autoriza a hacer ninguna obra mala” o, dicho de otra manera, “el fin no justifica los medios”<sup>34</sup>.

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

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

- a) La preferencia del mal menor sobre el mayor.
- b) Que es mayor el bien que beneficia a más personas, y es mayor el mal que a más personas perjudica;
- c) Que el bien es mejor cuanto más profundamente beneficie a la persona, y el mal peor cuanto más profundamente le afecte, etc.
- d) Que es preferible asumir el mal solo posible (el eventual) sobre el seguro, aunque el eventual sea más grave que el presente, valorando la existencia de otras posibilidades de evitarlo...

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

Sabemos que el Ministerio fiscal ejerce, en el caso de los incapacitados y desvalidos, una de sus funciones más insustituibles. Por ello, en estos supuestos debe mostrar una especial sensibilidad y cautela y llevar a cabo una ponderación muy cui-

---

<sup>34</sup>Rodríguez Luño, A.; *Ética*, op. cit., pp. 190-192.

dadosa. Como es bien conocido, la esterilización es una medida que, a lo largo de la historia, ha estado vinculada a razones eugénicas y a políticas demográficas. Por ejemplo, no debemos olvidar que la primera Ley promulgada en el campo de la Sanidad por Hitler fue, precisamente, para autorizar la esterilización de los disminuidos psíquicos, entre otros supuestos.

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

Se trata de una cuestión muy compleja, en la que habrá que tener en cuenta, en primer lugar, que el derecho a la integridad corporal es un derecho fundamental, recogido en el artículo 15 de la Constitución; asimismo, el hecho de que la autorización para intervenir supone una sustitución total de la voluntad de la persona, con el consiguiente riesgo de convertirla, de hecho, en un objeto<sup>35</sup>. También habrá que considerar que el grado de deficiencia psíquica del incapaz sea grave y, consecuentemente, genere una imposibilidad de comprender, el hecho de que esta sea permanente, como va a afectar la intervención a su salud, considerando los posibles riesgos para la misma, etc.<sup>36</sup>

En cuanto a la intención, el fiscal debe buscar directamente el bien del incapaz<sup>37</sup>. Es claro que en una sociedad, en muchas ocasiones, el bien de uno puede suponer un relativo perjuicio para otros. Pero, en este caso, como ya se ha señalado, hay que dar prioridad al bien del incapaz. Por ello, habría que

---

<sup>35</sup>En la Sentencia del Tribunal Constitucional español 215/1994, de 14 de julio, en su voto particular, Chimeno Cano sostuvo que la sexualidad no es un simple ejercicio físico, sino que requiere una preparación física y psicológica tratándose de un bien al que debe accederse de modo responsable y con determinadas condiciones de capacidad física y comprensión anímica e intelectual, a fin de que no se convierta, más que en una ayuda al desarrollo, en un factor de desequilibrio al incapacitado.

<sup>36</sup>Entre las consecuencias futuras, si se trata de una mujer, se podría tener en cuenta que si quedara embarazada se podría recurrir al aborto. No obstante, se trataría de un mal incierto.

<sup>37</sup>Vid. [http://www.agamfec.com/wp/wp-content/uploads/2015/07/09B\\_Colabo\\_N11\\_5.pdf](http://www.agamfec.com/wp/wp-content/uploads/2015/07/09B_Colabo_N11_5.pdf)

valorar, por ejemplo, si la verdadera finalidad de la pretensión es la evitación de un embarazo, o la comodidad de no tener que prestar una vigilancia y cuidado especial al, o especialmente, a la incapaz; en particular, si no tiene apetito sexual. Habría también que ponderar si la medida podría generar entornos de poca atención; por ejemplo, que el resultado pueda ser un menor cuidado de la seguridad sexual de la incapaz, exponiéndola a peligros y situaciones no deseadas (incluso a riesgo de abusos o de violación por algún otro incapaz en la institución en que se la quiera internar y que, por ejemplo, exija la esterilización...).

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

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

Otro ejemplo de dilema de conciencia podría plantearse en el supuesto de que el fiscal considerara que, informando de acuerdo con la legalidad vigente, se va a producir, necesariamente, un resultado injusto. Por ejemplo, tratándose de un sistema punitivo que admitiera la pena de muerte, podría plantearse el caso de que el fiscal se viera en la necesidad de solicitarla, teniendo personalmente claro que se trata de una pena contraria a la dignidad humana; o de aquellos casos en los que el contenido de las disposiciones legales vulneran los derechos fundamentales: por ejemplo, si se aplican penas de prisión por el hecho de ser disidente político, sanciones por ejercer el derecho a la libertad religiosa, ideológica o de conciencia... Actualmente, los países con regímenes totalitarios, o los sometidos

al fundamentalismo islámico, nos muestran variados ejemplos de estas situaciones.

En estos casos, y una vez que el fiscal ha llegado a la conclusión de que existe un verdadero conflicto de conciencia, deberá considerar si es posible actuar sin lesionar exigencias básicas de justicia respetando, al mismo tiempo, la legalidad vigente. Ciertamente, por un lado, el texto legal siempre lleva consigo un significado querido por la autoridad que lo formuló. Este no se puede obviar y, en consecuencia, la interpretación debe estar siempre apoyada en el sentido de la ley<sup>38</sup>. Por ello, el profesional nunca puede entender el texto como un dato irrelevante o un pretexto para una interpretación totalmente libre del mismo.

No obstante, considero que tampoco puede aceptarse un “literalismo jurídico” según el cual la norma posee un significado unívoco, cerrado, definitivo y correcto. Al contrario, se trata, en palabras de Cotta, de un “plexo dual” constituido por dos elementos inseparables: un enunciado lingüístico –que es obra del legislador– y la necesaria interpretación de tal enunciado –labor de la doctrina y, en definitiva, del operador jurídico–. Por ello, la norma jurídica podría representarse con la siguiente fórmula: norma = enunciado deóntico + interpretación jurídica<sup>39</sup>. En consecuencia, una adecuada decisión es la que parte de “investigar si los principios de justicia permiten interpretar o integrar la norma para evitar sus consecuencias injustas”<sup>40</sup>. Ello inclina al fiscal, en su toma de decisiones, a una más atenta consideración del sistema legal en su conjunto, a un razonamiento más detenido, a un estudio más detallado de las circunstancias del caso, etc.

También puede suceder que el conflicto aparezca como inevitable. Aquí ya nos situamos ante la consideración de las posibles vías de actuación, lo que nos emplaza ante lo que he-

---

<sup>38</sup>Vid. De Diego-Lora, C.; “Independencia y dependencia judiciales en el nuevo Código”, en *Ius Canonicum*, XXVIII, n. 55, enero-junio, 1988, pp. 353 y ss.

<sup>39</sup>Cotta, S.; *Justificación y obligatoriedad de las normas*, trad. A. Fernández Galiano, Ceura, Madrid, 1987, p. 7.

<sup>40</sup>Gabaldón, J.; “Reflexiones sobre la ética judicial”, en AAVV, *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., p. 810.

mos denominado juicio de conciencia *ad extra*. En una Fiscalía que funciona adecuadamente, en principio no habría problemas para cambiar asuntos con otro Fiscal, informando al Jefe y alegando la razón (se entiende que la abstención se basa en razones ideológicas o de conciencia, porque si concurre causa de abstención debe haber cambio necesariamente).

Ciertamente, cuando se trata de casos problemáticos, es el Jefe quien resuelve quién lo debe despachar. Y lo ordinario es que no haya dificultades en que lo despache otro fiscal. No obstante, puede haber situaciones más complejas, en las que la solución pase por recurrir al artículo 27.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). Sobre ello volveremos más adelante, al referirnos a dos temas clásicos de la deontología profesional: el de la “cooperación al mal” y el de los “actos con doble efecto”.

### III. EL PROBLEMA DE “LA COOPERACION AL MAL”

Una de las cuestiones que puede surgir en el juicio de conciencia es la posibilidad de que con las propias decisiones o actuaciones, se coopere al mal. Se parte de la idea de que cualquier actividad profesional y, de modo muy especial, las de carácter jurídico, generan una interrelación entre una multiplicidad de personas. La corrección deontológica de cada una de las actuaciones, la honestidad profesional con la que se llevan a cabo, colabora, decisivamente, al adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia o, por el contrario, lo obstaculiza. Entiendo que el “grado” de justicia de una sociedad no surge por “generación espontánea”. Al contrario, es el resultado de la suma de actuaciones profesionales íntegras.

Por otro lado, se presupone que cada jurista es responsable, no solo de sus propios actos, sino también, hasta cierto punto, de la influencia que éstos puedan tener en los demás. No basta con obrar bien individualmente: es necesario cooperar al bien común. Por ello, como ya hemos señalado, puede surgir un conflicto de conciencia cuando, aun queriendo actuar íntegramente, se advierte que, involuntariamente, se está cooperando

al mal. Incluso, podrían darse situaciones en las que parece que es inevitable cooperar negativamente. Estamos ante un tema muy complejo, que demanda ser resuelto caso por caso, teniendo especialmente en cuenta las específicas circunstancias de cada supuesto.

*a. Noción y tipos de cooperación al mal*

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

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

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

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

-Cooperación indirecta o mediata: concurre este tipo cuando no se coopera directamente en la acción misma, pero

se colabora con ella proporcionando, a quien la lleva a cabo, un medio que éste utilizará para su propósito.

*b. Criterios de aplicación*

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

1. La actuación de la persona que influye directamente sobre la voluntad del que realiza la cooperación al mal es siempre ilícita. Así, por ejemplo, el fiscal superior que impone a un fiscal subordinado una orden de dudosa legalidad, actúa incorrectamente.
2. La cooperación formal al mal, consintiendo y aceptando la actuación llevada a cabo es, asimismo, siempre ilícita.
3. La cooperación material al mal, sin buscar o consentir el resultado, es genéricamente ilícita. Ello es consecuencia de que, como ya se ha indicado, existe una obligación personal, no solo de contribuir a la justicia, sino también de evitar la injusticia.
4. Existen situaciones muy concretas en las que las circunstancias particulares determinan que para una persona sea física, o moralmente, imposible actuar de otro modo. No se trata de excepciones al deber general de hacer el bien, sino de situaciones extraordinarias, de las que algunos se aprovechan de la difícil posición de otras personas para hacer el mal. En estos supuestos, y presuponiendo la ilicitud de quien influye en la persona que coopera, se podría llevar a cabo la actuación si:
  - a) No hay otro modo de obtener un bien importante y absolutamente necesario.
  - b) No hay otro modo de evitar un grave daño a sí mismo o a los demás. Se trata de lo que comúnmente podemos denominar “mal menor”.

Por último, a la hora de valorar estos casos extremos, y siguiendo a Gómez Pérez<sup>41</sup>, podrían tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1. La causa o el motivo que justifique la cooperación material al mal debe ser tanto más relevante, cuanto más grave sea el mal ajeno que se lleva a cabo.
2. La causa o el motivo que autorice la cooperación material al mal tiene que ser tanto más grave, cuanto más probable resulte que sin esa cooperación el mal no se produciría.
3. No sería causa justificante la convicción de que, si uno no coopera, otro lo hará en su lugar.
4. No es causa que legitime la cooperación material al mal el hecho de que se prevea que el mal se llevará a cabo de cualquier forma, con o sin la cooperación de la persona que actúa. Por ejemplo, el fiscal que entiende que si él no postula la norma injusta o la orden ilegal de su superior, otro lo hará.

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

---

<sup>41</sup>Gómez Pérez, R.; *Deontología Jurídica*, Pamplona, Eunsa, 1999 (4ª edición), pp. 65-66.

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

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

De acuerdo con ello, sabemos que el Ministerio fiscal tiene, en nuestro país, una estructura piramidal. Su vértice lo ocupa el Fiscal General del Estado, que ostenta la jefatura del Ministerio fiscal<sup>42</sup>. Por eso, los miembros de este Ministerio actúan siempre bajo la dependencia de un superior jerárquico. Se plantea aquí el problema relativo a si existe un deber absoluto de obediencia jerárquica.

Como señala Beneytez<sup>43</sup>, la sumisión a las órdenes e instrucciones del superior no tiene, ni puede tener, un carácter absoluto e incondicionado. Ciertamente, puede suceder que un superior dé una orden, basada en el principio de legalidad, y el subordinado tenga una opinión distinta acerca de lo que exige la legalidad en ese caso concreto. En este supuesto se concederá al subordinado la posibilidad de objetar la ilegalidad de la orden, elaborando un informe razonado. En esta línea, señala el artículo 27.1 del EOMF: “El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier

---

<sup>42</sup>En España la ordenación jerárquica continúa en la Fiscalía de cada uno de los órganos, en los que la dirección corresponde al Fiscal Jefe. A él quedan subordinados todos los miembros del Ministerio fiscal que pertenecen a ese órgano concreto.

<sup>43</sup>Beneytez Merino, L.; “Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal”, en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., p. 887.

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

El conflicto se plantea en el caso de que el superior no estime fundada la objeción y, después de oír a la Junta, reitere por escrito la orden al fiscal. Se trata de una situación difícil, cuya solución no puede ser establecida a priori. El fiscal deberá valorar y ponderar todos los factores en juego, –sin excluir las consecuencias para terceros de sus propios actos–, incluyendo, en casos de extrema gravedad, la posibilidad de solicitar ser relevado de su cargo. En cualquier caso, la solución más adecuada es que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27.2 del EOMF, el superior encomiende a otro fiscal el despacho del asunto<sup>44</sup>.

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

---

<sup>44</sup>El artículo 27.2 del EOMF establece que: “Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento, o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto al que se refiera”.

#### IV. ACTOS DE DOBLE EFECTO

Otro tema clásico de la deontología profesional es el relativo a los denominados actos de doble efecto. Para entender adecuadamente esta problemática hay que partir de la necesidad de valorar, siempre, la posible secuencia causal de las propias actuaciones. Así, por ejemplo, el fiscal que decide llevar a cabo, o no, una determinada acción, debe considerar, al mismo tiempo, las posibles –o probables– consecuencias futuras de su decisión, tanto para él mismo, como para terceros, para su colectivo profesional y, en definitiva, para la sociedad<sup>45</sup>.

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

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

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

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

---

<sup>45</sup>Vid. Finnis, J.; *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 151.

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

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

Si el primer requisito no se cumple, de tal modo que la primera acción ya es incorrecta por su objeto, aunque los previsible resultados fueran deseables, la actuación sería rechazable<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup>En general, para exponer este tema, se suele recurrir al ejemplo clásico del secuestrador que, para liberar a un número elevado de rehenes, exige la muerte de un hombre inocente. En este caso, es claro que la primera acción, matar a un hombre inocente, no es lícita en sí misma, aunque pudiera tener como consecuencia resultados muy positivos (liberación de un gran número de rehenes). En realidad, la persona que cumpliera la exigencia de matar a un inocente, no podría negar que estaba llevando a cabo un acto que, de suyo, por su propio objeto, es un homicidio. La ilicitud, y la no justificación de esta acción, se comprende con mayor claridad si se adopta la perspectiva de la víctima. El encargo de dar muerte a un hombre inocente, ¿habría considerado el acto como razonable si hubiera sido él la persona asesinada? En definitiva, una acción, por muchas consecuencias deseables y positivas que tenga, es irrazonable si lesiona directamente un bien humano básico, como es la vida. Si pensáramos de manera diferente, estaríamos aceptando el principio (inmoral) de que el fin justifica los medios.

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

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

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

d) Que exista una causa, o necesidad proporcionada, a la gravedad de las consecuencias negativas que pueda tener la actuación. Siguiendo con el caso de la conformidad, habría que valorar hasta qué punto fomentarla, en cada supuesto concreto, es proporcionado al riesgo que se asume. Como afirma Del Moral<sup>47</sup>, habría que ponderar en qué medida, y en ese momento procesal, la conformidad será realmente útil para conseguir la búsqueda agilización de la administración de justicia.

---

<sup>47</sup>Para Del Moral, las conformidades “lo único que evitan es el acto del juicio oral. Todo el coste social que supone el proceso ha tenido que llevarse a cabo: citación y comparecencia de testigos, dedicación de esfuerzos burocráticos... Sólo se ahorra el tiempo –unos minutos; unas horas, quizás– del acto del juicio oral y también la carga de conflictividad o tensión que, eventualmente, pueda presentar el mismo. Se elude también un posible recurso”. En este sentido, sería mucho más beneficioso, y realmente útil, la conformidad plasmada anteriormente en un escrito conjunto de la acusación y la defensa. De ese modo, no sólo se obtendría una mayor celeridad en la resolución de los asuntos, sino que también se ahorrarían muchas molestias a los ciudadanos, especialmente a los testigos y a la víctima. Sin embargo, estos “pactos” realizados en fases anteriores encuentran muchas resistencias en nuestra justicia penal (Del Moral García, A.; “Verdad y justicia penal”, en AAVV, *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., pp. 543-544).

## V. CONCLUSIÓN

Actuar en conciencia, y a conciencia, es el ideal en un planteamiento de deontología profesional<sup>48</sup>. En realidad, obrar, o no, conforme a la recta conciencia es lo que va a determinar que un profesional actúe, o no, de acuerdo a su dignidad personal y profesional. Como ya señalaba Cicerón: "...de gran peso es el testimonio que la conciencia se forma del vicio y la virtud; si lo suprimís, nada permanece"<sup>49</sup>.

La exigencia del juicio de conciencia es especialmente necesaria para el ejercicio de las profesiones jurídicas. El fiscal está llamado a contribuir, con su actuación procesal, a que se haga realidad el orden social justo plasmado en las normas<sup>50</sup>. Por ello, no consideramos exagerado afirmar que la profesión de fiscal exige estar en posesión de una conciencia profesional muy íntegra<sup>51</sup>. Merece, en este punto, recordar las palabras que Ossorio y Gallardo, en su famosa obra *El alma de la Toga*: "La rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos; primero, es ser bueno; luego, ser firme; después, ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia, en el último. Por vasta y bien cimentada que resulte la preparación científica... tan sólo si ello va unido a una personalidad moral adecuada, puede pensarse en ciertas garantías de acierto"<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup>Ya decía Aristóteles que "no se estudia ética para saber qué es la virtud, sino para aprender a hacernos virtuosos y buenos. De otra manera, sería un estudio completamente inútil. Por ello, tenemos que considerar lo relativo a las acciones (*práxeis*) y al modo de realizarlas: son ellas las que determinan la calidad de los hábitos" (*Aristóteles, Ética a Nicómaco*, Libro II, 2, trad. Julio Pallí, Madrid, Gredos, 1985 (3ª reimpresión de 1995), p. 160).

<sup>49</sup>Cicerón, *De natura deorum*, III, 35.

<sup>50</sup>Beneytez Merino, L.; "Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal", en AAVV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., p. 876.

<sup>51</sup>Vid. Lega, C.; *Deontología de la profesión de Abogado*, op. cit., p. 71.

<sup>52</sup>Ossorio y Gallardo, A.; *El Alma de la Toga*, Edit. Maxtor, 2007.