

EL FISCAL EN LA ACTUAL REGRESIÓN INQUISITIVA DEL PROCESO PENAL

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado

Sumario: 1. El Ministerio Fiscal: institución en tensión. 2. Lógicas de poder y lógica de la jurisdicción. 3. Estricta legalidad. 4. Un juez en/para la instrucción. 5. Eficacia, garantías y usos del derecho penal. Nota bibliográfica.

1. EL MINISTERIO FISCAL: INSTITUCIÓN EN TENSIÓN

Hay un modo bastante habitual de no ocuparse realmente del tema que, sin embargo y en apariencia, se aborda. Consiste en hacer abstracción de ciertos datos centrales del marco de referencias, justificando el *escamotage* con el argumento de la calidad sólo *teórica* del enfoque elegido. Una táctica de este género aplicada al asunto del fiscal llevaría a la comparación de algunos tipos ideales en cierto marco intemporal del proceso, habitado por modelos de éste susceptibles de una pacífica comparación conceptual.

Nada más lejos de mi propósito que descalificar esta clase de aproximaciones que, en ocasiones, tienen su razón de ser y su pertinencia. Lo que ocurre es que existe un modo tradicional de evasión en perspectivas de esa clase, muy frecuentado por cierta cultura jurídica, fundado en el desentendimiento nada inocente, de aspectos de la realidad empírica, generalmente comprometedores, sin cuya integración en el discurso difícilmente podría entenderse lo que sucede en el plano de las prácticas institucionales.

En el caso del fiscal *la cosa* ha ido durante mucho tiempo *de naturalezas jurídicas*, mientras lo cierto es que, desde antiguo, la institución ha tenido (y tiene) algo de *campo de batalla*, en el que se jugaban precisas opciones políticas dotadas de aspectos nada ideales, sobre las que los polemistas corrían el socorrido velo.

Por eso, puede decirse, el fiscal como institución, lo referente a su papel, no ha estado nunca *en paz*. Y esto es hoy, si cabe, más cierto que nunca. Pues, en efecto, nuestros países conocen un preocupante momento del proceso penal, de franca involución en materia de garantías, con patentes indicios de regresión neoinquisitiva, apenas cubiertos por tecnocráticas propuestas de relectura de la actual disciplina constitucional de aquél. Todo en nombre de las nuevas acuciantes necesidades de represión, a las que el sistema penal tendría que dar respuesta con eficacia. Sin demasiados *remilgos*, por tanto. (Para muestra, un botón, baste aludir al reciente acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, reescribiendo la Ley de Enjuiciamiento Criminal para atribuir valor probatorio al atestado policial, como medio de sortear el derecho al *nemo tenetur* del imputado, en casos de terrorismo, sobre todo).

Pues bien, no es infrecuente que estrategias como la aludida tengan su punta de lanza en el uso, en ciertos usos, del fiscal, notablemente favorecidos por su colocación institucional. Y tal es lo que ahora sucede en países como el nuestro, donde lo que está en curso no es una simple *reforma procesal*, en el tópico sentido de los términos, sino una profunda reconsideración a la baja del paradigma liberal-democrático en materia de proceso penal, de la que forma parte un perturbador sobredimensionamiento del papel del ministerio público.

Pues bien, lo cierto es que éste conforma un espacio institucional siempre en tensión, por un motivo que es inherente, podría decirse, a su propia *esencia*, en la práctica generalidad de las versiones existentes. En efecto, postulado como agente de la legalidad, suele representar, dependiendo de las peculiaridades del marco, un modo de presencia gubernamental más o menos explícita en la administración de justicia o, incluso, un cauce de inserción formal, o informal, a veces, de la política *tout court* en ese contexto. No en vano se trata de una institución del *ancien regime* rescatada por el Estado liberal, con ruptura de la lógica teórico-política de la separación de poderes; también rota, en el modelo de justicia continental del Estado liberal de derecho, con la integración de la magistratura en el ámbito del ejecutivo.

A lo apuntado se deben la actual, regular y universal, contradicción entre los fines constitucionalmente atribuidos al fiscal y el diseño orgánico y, como consecuencia, las conocidas dificultades de caracterización del instituto. Es también la razón de que hoy se le asigne el papel a que acaba de aludirse y de que ocupe el centro de una polémica en curso en realidad no nueva, en la que se hacen presentes los históricos ingredientes de antagonismo apuntados.

Así, en Francia, en años recientes el *ministere public* ha sido fuertemente cuestionado por su dependencia ministerial, a raíz de casos como el de Juppé y tantos otros. Precisamente, el estado de opinión desatado por tales asuntos fue una de las causas de que se crease la presidencial *Comisión Truche*, con, entre varios, un encargo: repensar el estatuto de dependencia

política del *parquet* con vistas a su relegitimación ante la ciudadanía. Al fin, un tema que parece definitivamente excluido del calendario de las urgencias políticas.

También en Alemania la cuestión del fiscal y, en particular, su dependencia ha conocido fundados cuestionamientos. Igualmente asociados a vicisitudes de trascendencia política con ribetes de escándalo, como la que dio lugar a la investigación parlamentaria de sospechosas decisiones de archivo de causas con tal clase de implicaciones en el *land* Baden-Württemberg. Y, más recientemente, el caso Kohl, que aportaría una significativa evidencia de corrupción y no persecución real de los posibles delitos.

Peculiar es la situación del fiscal italiano, dotado de un alto grado de independencia, pues —en el diseño de la Constitución de 1948— sus integrantes gozan del estatuto de magistrados, y forman parte de una organización, en sí misma, horizontal, sin perjuicio de algunos momentos de articulación jerárquico-funcional (en el interior de las fiscalías y en la estructura de la Dirección Nacional Antimafia). Ahora bien, la peculiaridad italiana está afectada ahora por una singularidad de signo contrario a las de los otros dos países aludidos, debida a la bien comprensible obsesión del imputado Berlusconi con/contra la justicia. Éste ha dejado una herencia de contrarreformas, que incluye la separación de carreras (discutida, pero en otro contexto menos sospechoso ciertamente defendible) y el retorno a la jerarquización, en claro perjuicio de independencia.

Interesante es también el caso de Portugal, donde la fiscalía es autónoma en relación con las restantes instancias de poder y está gestionada por un Consejo Superior, de composición mixta. Jerarquizada internamente, cada fiscal goza de la posibilidad de recusar las órdenes que estime ilegales, de objetar por grave violación de su conciencia jurídica, de reclamar por escrito la instrucción relativa a una causa concreta de la que discrepe.

El estatuto del fiscal español es bien conocido. De él habría que subrayar el mismo alto

coeficiente de contradictoriedad implícito en su posición institucional de dependencia (debida a la férrea articulación jerárquica y a la designación gubernamental del vértice) y en su cometido constitucional de garante de la independencia de los tribunales. Y, en íntima relación con este problema estructural, no puede dejar de apuntarse que, precisamente, el del ministerio público es uno de los escenarios institucionales más caracterizados del conflicto político durante la transición y aún ahora. Y uno de los en que más se echa de menos esa imprescindible cultura constitucional de la jurisdicción, cuyo desarrollo en nuestro país ha sido obstaculizado con lamentable ceguera, por las ya crónicas instrumentalizaciones, de gobierno y oposición.

Los fenómenos de corrupción han sido en estos años el verdadero banco de pruebas de la independencia política de la administración de justicia. Surgidos de manera profusa en la experiencia del Estado del *Welfare*, por su atribución al ejecutivo de relevantes funciones económicas en régimen de desregulación, han sido determinantes de la degradación criminal de una parte significativa de la actividad política (de la ya degradada política partidocrática). E indirectamente determinantes también de una inédita forma de presencia judicial en las realidades de muchos de los países afectados. Presencia que ha contado con diferentes grados de extensión y de incisividad, precisamente, en función de la capacidad de independencia de la judicatura, muy relacionada a su vez con la tasa de independencia de la intervención del fiscal, en razón de las peculiaridades estatutarias. Aunque lo cierto es que, al respecto, puede hablarse con buen fundamento de una cierta constante de pasividad; en casos realmente emblemáticos, cabalmente calificada de verdadera complicidad objetiva con prácticas de franca ilegalidad de sujetos públicos. Así, en expresivos textos de Raoul Mhum relativos a la experiencia de su propio país, Alemania.

Es lo que permite afirmar que, no sólo el índice de real independencia del juez incide en el carácter de la intervención jurisdiccional en relación con las ilegalidades de los sujetos de

poder, en general; sino que la posición institucional del fiscal es, a su vez, un factor fuertemente condicionante (en sentido negativo y positivo) de la calidad de la primera.

Un simple vistazo a la *geografía de la corrupción* y de la respuesta penal en los países europeos más significativos, resulta sumamente ilustrativo. Ejemplar es el caso de Italia donde, incluso los más críticos con los desarrollos procesales de *Mani pulite*, no podrán negar que las acciones que infectaron tan masivamente a la política eran penalmente típicas y de obligada persecución. Ejemplares en sentido negativo los de Francia y Alemania, en los que es bien advertible el peso de la dependencia política, con sus secuelas de inhibición del fiscal, cuando no de auténtico obstruccionismo a la persecución.

Y, sumamente sugestivo el caso de nuestro país, de tradicional indiferencia del ministerio público frente a esa clase de asuntos, en los que el protagonismo en la iniciativa correspondió siempre a las acusaciones particulares. Y dentro de este marco, el caso, ciertamente singular, de la conocida como Fiscalía Anticorrupción. Creada por una mayoría socialista ya en serias dificultades para mantenerse, como medio para tratar de acreditar, *in extremis*, la sedicente voluntad de afrontar los gravísimos casos de corrupción que la concernían de manera directa, recibió un inesperado —y seguramente no deseado— *oxígeno* cuando un fiscal incombustible, de acreditada adicción a la legalidad, Carlos Jiménez Villarejo, solicitó su jefatura. Por cierto, ocasionando *un problema* con su petición que, por fortuna, no pudo *resolverse políticamente* (en razón de los previsibles costes de imagen que ello habría acarreado al naciente organismo y a sus promotores). Es lo que abrió el camino a una experiencia inédita de compromiso esencial del ministerio público con la ley *erga omnes*, cancelada de manera abrupta, ya en otro marco político de mayoría PP. Después de que la institución tuviera que sufrir una oposición tan beligerante como indefendible a muchas de sus iniciativas, de parte de un Fiscal General del Estado, Cardenal, que rompió *olímpicamente* todos los *records* de

sumisión y dependencia. Eso sí, con singular desventaja.

El repaso de las vicisitudes sumariamente evocadas permite reiterar un doble aserto ya enunciado al principio. En el estatuto del ministerio público se juega una relevante cuestión de poder, con directa incidencia en la proyección y desarrollos de la acción y el proceso penal. Sobre todo, cuando éste tiene por objeto formas de ilegalidad criminal producidas en el ejercicio de funciones públicas.

2. LÓGICAS DE PODER Y LÓGICA DE LA JURISDICCIÓN

Por tanto, cualquier reflexión sobre ese instituto que no quiera pecar de mistificado-rá habrá de integrar por necesidad una doble perspectiva: la que mira a la lógica del poder político, y la que tiene que ver con las exigencias propias de la jurisdicción. Ciertamente, en una perspectiva ideal, de deber ser del modelo de Estado constitucional de derecho, una y otra no tendrían por qué verse enfrentadas, como, sin embargo, lo están en la realidad.

El ministerio público es el órgano universalmente encargado del ejercicio de la acción penal y puede hacerlo, según los países, en régimen de monopolio o compartiéndolo con los particulares, cuya presencia en el proceso conoce diversas posibilidades y grados de implicación.

En esa perspectiva procesal cabe identificar dos opciones que encarnan una alternativa radical: la del fiscal como operador preferentemente político, dotado de total discrecionalidad, que tiene su mejor exponente en Estados Unidos; y la del fiscal como agente de la legalidad, en régimen de obligatoriedad de ejercicio de la acción penal, que es la italiana aún vigente.

Tomando ambos casos como expresión, bastante fiel, de otros tantos tipos ideales (en el sentido weberiano del término), hay que se-

ñalar que en apoyo de la opción que representa cada uno se manejan distintos argumentos.

Así, tratándose del primero, suele señalarse que el ejercicio de la acción penal no agota sus implicaciones en la mera aplicación de la ley al caso, aisladamente considerada. Que esta función institucional tiene trascendencia política general, debido a que en ella se expresa objetivamente la política criminal del gobierno. Se indica, además, que no todos los delitos son realmente perseguibles, lo que introduce, en cualquier supuesto, un ineliminable factor de discrecionalidad en las correspondientes iniciativas. Y que esta discrecionalidad reclama una legitimación, que ha de ser política, como también debe serlo la eventual exigencia de responsabilidad por posibles malos usos.

A favor de la segunda opción se razona que la acción penal es función del principio de legalidad, que lo es, a su vez, del de igualdad ante la ley. Que el contenido esencial de la legalidad —su auténtico deber ser— está representado por los derechos fundamentales, la «dimensión sustancial de la democracia» (Ferrajoli). Que éstos demandan necesariamente una institución independiente de garantía frente a todos en última instancia, que es la jurisdiccional, cuya legitimación no debe ser consensual ni representativa, sino constitucional-legal. Y, en fin, que la independencia en el ejercicio de la acción penal es un presupuesto necesario de la independencia judicial misma.

La acción penal es, no cabe duda, materia de fuerte densidad constitucional, por su condición de instrumento relevante entre los dispositivos de garantía de los derechos fundamentales. Y, en relación con ella, deben señalarse algunas evidencias. Así, que en su ejercicio concurre, en efecto, un coeficiente de discrecionalidad inevitable. Que en el uso de ésta hay también inevitable ejercicio de poder, político en algún grado. Pero que, no obstante, en las experiencias conocidas de organización del fiscal bajo la dependencia gubernamental, no se registra una eficaz contrapartida de responsabilidad política; y sí, en cambio, la proliferación de usos instrumentales de la institución con objeto de *garantizar* la impunidad

de los agentes públicos responsables de graves actos de ilegalidad penal.

Hablando de discrecionalidad, por cierto, resulta conveniente anticipar, incidentalmente, un matiz: no es lo mismo discrecionalidad política (en sentido fuerte) que discrecionalidad técnica (ejercida en el contexto de la interpretación/aplicación de un precepto legal).

También se hace preciso matizar la afirmación, en sí misma inobjetable, de la práctica imposibilidad de tratar procesalmente todas las acciones delictivas que se cometen, con el consiguiente *decalage* entre la cifra de éstas y la de las que son objeto de persecución real. Al respecto, hay que señalar que esto tiene que ver no tanto con el *ius puniendi* en sí mismo considerado, como con el modo de uso que, con la mayor frecuencia, contradice los rasgos estructurales que a ese instrumento normativo de intervención confiere el modelo constitucional. Así, la sobrecarga del proceso penal, que tanto compromete la vigencia del principio de legalidad, depende de factores que, en rigor, son ajenos a éste. Es el caso de la impropia y masiva utilización del derecho punitivo como instrumento *de gestión* de (las consecuencias de) graves problemas sociales no afrontados en sus sedes específicas; que hace de él *única* y no última *ratio* en tales contextos.

Por eso, es necesario afirmar que el argumento *económico* de la objeción estadística tiene trampa. Pues prescinde de los presupuestos extrajurídicos y extraprocesales, socio-políticos, del exponencial crecimiento de los *inputs* del proceso penal; para centrarse en la consideración de lo que sólo es el síntoma-resultado de un cierto modo de ser de la política penal, que podía (y debería) ser otro. Y se fija en los costes presupuestarios de la opción, dando la misma por buena y descuidando abiertamente los que, en términos de daño para los derechos y de calidad de vida civil, conllevan tales aplicaciones eficientistas, en realidad manipuladoras, del derecho penal y, antes aún, las opciones políticas que en ellas se expresan.

En fin, habrá que manifestar que el argumento de la responsabilidad política por la

gestión de la acción penal es francamente retórico. Al menos por una poderosa razón de experiencia que se concreta en la pregunta por los casos de efectiva exacción de la misma que se conocen. Esto es, los de crisis de gobierno o ministeriales debidas al (a veces verdadero) vacío de persecución pública de delitos en medios oficiales, constatable en la generalidad de nuestros países, de que se tiene noticia.

Como correctivo para este último inconveniente suele sugerirse la institución de fiscales independientes *ad hoc* para perseguir los delitos producidos en el ejercicio de funciones públicas atribuibles a sujetos de este carácter. Y para el representado por las desviaciones en el uso de la discrecionalidad, la fijación parlamentaria de opciones preferenciales de persecución de los delitos (en la línea de lo establecido por la portuguesa *Lei da política criminal*, recientemente aprobada, dirigida a «balizar la acción del ministerio público»).

Pero lo cierto es que, tratándose del actual Estado intervencionista y omnipresente, con sus múltiples ramificaciones, diversificadas y penetrantes formas de actuación, incluso en el mercado: ¿dónde situar el umbral de la necesidad *real* de ese operador de independencia reforzada? Y, de otra parte, en contextos como los de las políticas en curso en nuestros países, ¿es siquiera pensable un debate racional y, además, eficaz en la coyuntura, acerca de lo que en materia de delitos se debe perseguir, o perseguir más, y, sobre todo, perseguir menos o no perseguir?

Una aproximación rigurosa al ministerio fiscal como objeto de análisis hace imprescindible traer a primer plano las exigencias constitucionales de la jurisdicción penal. Ésta, en tal perspectiva, como medio de tratamiento jurídico-represivo de las más graves formas de desviación, con garantías de trato humano a los justiciables y de respeto a la verdad empírica, deberá ajustarse al principio de estricta legalidad de los supuestos determinantes de su puesta en funcionamiento; activarse en un uso tendencialmente igual (legal) de la acción penal; y regirse por las reglas del proceso acusatorio, fundado en el principio de presunción

de inocencia y en el paradigma indiciario, que es su implicación necesaria.

3. ESTRICTA LEGALIDAD

En derecho penal, el principio de legalidad es de «estricta legalidad» (Ferrajoli), en el sentido de que no sólo impone que la persecución de las conductas incriminables acontezca en un marco legal; sino también, y muy especialmente, que el mismo se articule sólo en previsiones típicas formuladas mediante proposiciones lingüísticas dotadas de significado unívoco y preciso.

En este contexto, la única discrecionalidad admisible es la «discrecionalidad» subordinada de carácter supletorio o complementario, esencialmente diferente de la discrecionalidad soberana del legislador o de la plena discrecionalidad del funcionario administrativo», de que habló Betti. Es decir, la que puede considerarse normal en una función heterointegradora de enunciados normativos de la clase aludida. O sea, de concurrencia inevitable en el ejercicio intelectual consistente en decidir motivadamente si una cierta acción es la denotada por un precepto legal. Algo bien distinto del acto representado por la decisión sobre si *conviene, es oportuno* o no, perseguir una conducta descrita en la ley como delito.

Así, el principio de legalidad se manifiesta incompatible con la discrecionalidad política en el uso del *ius puniendi*. Y ésta y no otra es la que está presente en el uso facultativo de la acción penal, con una escenificación privilegiada en la experiencia procesal de los Estados Unidos, donde —si se exceptúa el de no discriminación por razón de raza o religión, por ejemplo— ningún principio constitucional regula la iniciativa, libérrima, por tanto, del *prosecutor* (Fanchiotti).

En el Estado constitucional de derecho la jurisdicción penal tiene por cometido la aplicación tendencialmente igual de la ley de ese carácter. Donde ley quiere decir regla cierta y conocida.

Para que pueda predicarse con verdad del ministerio público el carácter de agente de la legalidad, es preciso que su actuación se ajuste a la lógica de este principio; lo que sólo será realmente posible si cuenta con un estatuto y una articulación orgánica funcionales a tal fin.

Situados en esa perspectiva, es decir, la del principio de legalidad como de «legalidad estricta», es advertible la existencia de una estrecha interimplicación y una esencial similitud estructural de los roles procesales del juez y del fiscal. En efecto, los dos están obligados a ajustar sus actuaciones al principio de presunción de inocencia (en la doble vertiente, epistemológica y de buen trato al justiciable); a operar conforme al paradigma indiciario en materia de hechos, tratando con rigor inductivo, esto es, con neutralidad, los datos así obtenidos; a calificarlos con precisión técnico-jurídica, en una interpretación restrictiva de la ley penal.

Como resultado de esa básica proximidad estructural de ambos roles, se siguen también similares exigencias para el juez y el fiscal: en materia de actitudes profesionales; en el modo de operar en la relación con la ley y los hechos; en el plano organizativo, es decir, el de las condiciones orgánicas de la independencia, como presupuesto de la sujeción *sólo a* la ley.

Cierto que en el juicio el fiscal, a diferencia del juez, al fin, es parte. Pero lo es en nombre de un interés público, el consagrado en la ley. Además, en cualquier caso, esa toma de posición parcial, contribución del fiscal a la dinámica del enjuiciamiento, deberá haber sido precedida (sin nada de paradoja) de una imparcial valoración de la calidad informativa de la *notitia criminis* y de la aptitud de su sustrato empírico para fundar una hipótesis acusatoria dotada de contrastada y suficiente aptitud explicativa.

Por tanto, en una inteligencia constitucional exigente del principio de legalidad, la propia del Estado constitucional de derecho, que impone la sujeción a la ley de todos los poderes, la obligatoriedad de la acción penal no es una alternativa opcional ofrecida al legislador, sino una *implicación necesaria* de aquél.

Donde tanto la decisión de proceder como la de no proceder en relación con una acción posiblemente delictiva sólo puede estar —taxativamente— fundada en derecho. Sin otro margen de actuación que el propio de la actividad interpretativa, es decir, de la atribución de significado a las palabras de la ley, dotada de rigor en el plano del léxico y respetuosa con el uso habitual de las mismas en el medio social y en la comunidad jurídica.

El principio de legalidad penal así entendido, se opone de manera frontal a la disponibilidad de las situaciones penales; y reclama los aludidos presupuestos de carácter orgánico y sustantivo.

El paradigma de la legalidad en esa doble perspectiva no es un fetiche de culto, tampoco se autorrealiza mecánicamente; y como principio constitucional ha de ser examinado en una doble dimensión. La ideal de categoría-límite de naturaleza fuertemente prescriptiva, pero, en cuanto tal, de imposible plena realización práctica, con lo que hay que contar. Y la propia del plano empírico, en el que puede alcanzar un muy estimable grado de efectividad, si bien a condición de que se le dote suficientemente con la técnica legislativa adecuada y en el orden de los medios materiales y personales.

En consecuencia, cabe hablar de dos posibles clases de quiebra del principio, que deben deslindarse netamente. Una *fisiológica* (que, ciertamente, no es tal), asociada a la primera recién aludida dimensión, de concurrencia ineludible en cualquier caso, con traducción en cierta inevitable «selección informal» de los supuestos, implícita, pues, en todo ejercicio de la acción penal conforme a la ley, pero sin duda controlable. Otra, expresiva de un desajuste que habrá que considerar *patológico* en una comprensión del principio de legalidad como la aquí postulada; normalmente asociado a los habituales usos abusivos del *ius puniendi* y/o a deficiencias de dotación de éste en distintos órdenes.

Es obvio que la presencia de esa primera forma de (relativa) crisis del paradigma de legalidad en el ejercicio público de la acción penal, connatural al mismo como principio, no

autoriza a poner en cuestión sus posibilidades reales de vigencia. Y menos aún la segunda, en la que el principio como tal no tiene ninguna responsabilidad y nada que ver.

La adecuada efectividad del principio de legalidad penal no implica la pretensión incondicionada de que toda forma de desviación realmente producida obtenga una respuesta institucional de corte represivo. Sino el requerimiento (de estricta jurisdiccionalidad) de que —dado el exigible uso correcto del *ius puniendi* como «última ratio»— cada *notitia criminis* digna de este nombre según la ley tenga un tratamiento regular conforme a las reglas universalmente consagradas del justo o debido proceso. Es algo que no está reñido con la previsión legal de cursos procedimentales diferenciados ni con la diversificación en las modalidades de respuesta en función de la calidad de las infracciones. Y tan respuesta es la representada por la tópica pena de prisión, como la que se traduzca en una decisión de no punibilidad por falta o irrelevancia de la lesión típica; e incluso la exclusión razonada de la persecución en supuestos legalmente definidos. El límite está representado por la exigencia de que la intervención punitiva se ajuste a las exigencias teóricas, hoy, en general, también constitucionales, de la jurisdicción.

Esencialmente incompatible con el principio de legalidad jurisdiccionalmente administrable con el mínimo de dignidad constitucional, es la actual inflacionaria y tendencialmente creciente tipificación de conductas, de imposible persecución real. Paradójico presupuesto ideal, en cambio, para fundar el recurso a usos discrecionales y ejercicios facultativos de la acción penal. Como también para *justificar* la privación del enjuiciamiento a enteras categorías de imputados —induciendo su consenso al respecto mediante las conocidas técnicas *procesales* coactivo-disuasorias— con el insidioso recurso al argumento «económico».

Pues bien, la opción de un ministerio público políticamente vinculado, facultado para disponer potestativamente de las situaciones penales en régimen de discrecionalidad no es técnico-instrumental, sino de modelo. En su

modalidad extrema, la del fiscal estadounidense, expresa una verdadera *alternativa no jurisdiccional al proceso penal*. Y en todos los supuestos (aunque la cuestión del grado no sea indiferente) comporta el desplazamiento de poder judicial a un órgano no jurisdicente, con la consiguiente ruptura del paradigma jurisdiccional.

La opción cuestionada implica, en el orden procesal estricto, una verdadera regresión inquisitiva. Pues, en efecto, eliminar el juicio como momento nuclear del proceso lleva a que la decisión se apoye, en exclusiva, en datos de la investigación, unilateralmente obtenidos. Instauro la lógica puramente negocial del «toma y daca», en términos en los que la contratación sobre la culpabilidad y/o sobre la pena es meramente *adhesiva*. Confiere singular eficacia inmediata a datos propios de la subcultura del tipo de autor y a factores pragmáticos, todos de aleatoria incidencia, a *discreción* del *contratante* fuerte, y mediante la reducción a la pasividad de la parte débil de la, así, peculiar relación procesal.

Pero no hace falta *viajar* a los Estados Unidos para registrar esta clase de consecuencias. Schünemann, hablando hace años muy críticamente de las perversas consecuencias de la difusión en Alemania del llamado principio de oportunidad y de su articulación, el fiscal *made in USA*, señalaba como efectos indeseables de la progresiva implantación de esa corriente: la reducción del imputado a mero objeto de procedimiento; la apoteosis de la instrucción; la degradación global del marco jurisdiccional. Todo, con un demoledor efecto en la cultura de los agentes del orden judicial en general, atraídos a esa destructiva lógica por motivos pragmáticos de comodidad y productividad estadística, con la consiguiente crisis de profesionalidad.

4. UN JUEZ EN/PARA LA INSTRUCCIÓN

Del contexto en que se inscriben las precedentes consideraciones forma parte, con una

incidencia cultural no desdeñable, la cuestión del juez de instrucción del sistema acusatorio formal de progeñie francesa, figura tradicional y aún presente entre nosotros.

Se trata de una institución bien merecedora de un balance crítico. Pero que, entre nosotros, curiosamente, no lo ha tenido por sus propios méritos y deméritos, sino sólo en el marco de una estrategia dirigida, más que a reconsiderar con la objetividad exigible los perfiles negativos de tan compleja figura y su rol en el proceso, a *publicitar* la del fiscal-instructor, en el marco de una operación con mucho de las *de imagen*. Montada, por cierto, sobre la denuncia sesgada de los incuestionables defectos —y sólo defectos— del primero; y sobre el apologético sobredimensionamiento de las virtudes —y sólo virtudes— del segundo. Incluida la nada ingenua recuperación en esta clave de la dependencia política, ahora supuesto factor positivo en tanto que proclamado cauce de legitimación democrática.

En la dilatada ejecutoria del juez de instrucción pesarían dos inconvenientes. La calidad, sólo formal, nominal, de la connotación jurisdiccional, en realidad una suerte de coartada para atribuir tal calidad a sus aportaciones e introducirlas, como de contrabando, en el juicio. Y la función de unilateral administrador de la prisión provisional, ejercida con la objetiva inevitable parcialidad del implicado en la investigación. De este modo el uso de la terrible medida arrojaría un plus de ineptitud para la equidistancia, pues fundado siempre en una hipótesis (también necesariamente provisional) de autoría del hecho punible, la gravedad de la decisión de privar de libertad al imputado, difícilmente podría dejar de generar un potente estímulo, subliminal incluso, a la confirmación de aquélla, contribuyendo a dejar fuera del campo de la indagación datos de eventual relevancia en la perspectiva de la inocencia.

Dos inconvenientes reales, de una entidad objetiva que los hace, ya por esto sólo, bien dignos de preocupación. Pero que no creo que puedan ser denunciados con legitimidad bastante por quien, al mismo tiempo, esté

dispuesto a conceder patente de normalidad constitucional a la exclusión tendencialmente generalizada del juicio oral y a atribuir directo valor probatorio de cargo a los resultados de la investigación de un fiscal investido de poderes discrecionales y de funciones cripto-judiciales, en régimen de dependencia política. Además, en nombre del restablecimiento del principio acusatorio en la experiencia procesal (!).

Porque, en rigor, sólo cabe hablar de proceso acusatorio allí donde concurra una neta separación de los roles de acusación y enjuiciamiento, de juez y fiscal (sin desplazamiento de funciones del primero al segundo), un dato que es precondition necesaria de la concurrencia de las que Ferrajoli llama «garantías primarias o epistemológicas» del proceso penal, a saber: la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el derecho de defensa del imputado. Cuyo valor central —con el complemento de las «secundarias» de publicidad, oralidad (inmediación y concentración), legalidad y motivación— radica en que hacen del proceso algo más que una sucesión regular de trámites legalmente previstos: un instrumento idóneo para la adquisición de conocimiento de calidad acerca de un hecho eventualmente punible.

Así las cosas —y consideraciones meramente nominalistas al margen— lo que, a tenor de estas prevenciones de orden teórico, debe seguirse de la evidencia de los rasgos negativos del modelo francés del juez instructor, es la decisión de excluirlos, pero con el preciso objeto de hacer de la instrucción un beccariano espacio apto para la «indagación indiferente del hecho», es decir, para la investigación imparcial, que tendrá que estar necesariamente a cargo de un sujeto que lo sea, por razón de estatuto y de su posición en ese espacio. Tal es lo único que puede situarle en las condiciones precisas para acopiar *toda* la información relevante, en la doble perspectiva de la (eventual futura) acusación y de la defensa. Ambas también necesariamente presentes, como partes bien diferenciadas, en esa fase del proceso.

Por consiguiente el «no» al juez de instrucción puede ser dirigido con toda legitimidad

a esa concreta figura en su contexto procesal específico, en especial el de origen. Pero dejando a salvo la necesidad incuestionable de un sujeto institucional idóneo para desempeñar de manera imparcial el protagonismo de la investigación, en posición de equidistancia de las posiciones parciales, ya en/desde ese mismo momento. Es lo que reclama la jurisdicción en su dimensión, primera tanto en el orden lógico como en el normativo, de actividad orientada al acopio de conocimiento, de función estatal dirigida a la obtención de un saber de calidad sobre hechos de eventual relevancia penal, condición de legitimidad del ejercicio de poder que lleva asociado.

A tenor de estas consideraciones, ¿cuál tendría que ser el papel del fiscal en el proceso penal? En el modelo de jurisdicción presupuesto, que es hoy el constitucional, le corresponde, desde luego (aunque no en exclusiva), la capacidad de iniciativa en la promoción de la investigación, como agente estatal encargado en primera persona en promover el ejercicio del *ius puniendi*. Esto hace de él una parte singular, sin duda, pero parte; si bien por su pertenencia institucional y especial vinculación con el principio de legalidad, concernida por un claro deber de imparcialidad. Y también sujeta al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, que le impone un riguroso respeto del paradigma indiciario: una reflexiva tensión al autocontrol de los posibles prejuicios (de eventuales sospechas incompatibles con los datos en presencia) ya desde el punto de partida.

En esta doble afirmación no hay nada de contradictorio, porque la única *parcialidad* tolerable en el fiscal es la *objetiva*. La propia del sujeto que por hallarse directamente comprometido en la postulación de una hipótesis —aun con todas las cautelas idóneas para asegurar la tendencial objetividad de la misma— perderá, por eso solo, la aptitud para evaluar con la neutralidad requerida su calidad explicativa. Es decir, para injerirse en el ámbito de la decisión.

Imparcialidad aquí significa, por tanto, ajenezidad a otro interés que el de la averiguación

de lo efectivamente sucedido, en la reconstrucción del caso. Es decir, en la identificación de la acción humana antecedente causal de un determinado resultado lesivo que, al menos en principio, podría ser relevante en el sentido de determinar la aplicación del *ius puniendi*. Actitud que deberá proyectarse asimismo sobre el momento de la subsunción de aquélla en un precepto penal. Para lo que es preciso que entre el fiscal-intérprete y la disposición de referencia no se interponga ninguna suerte de diafragma institucional, formal o informal, y ningún interés ajeno al propio campo de la interpretación, que pueda condicionar su sentido. Y tampoco consideración alguna que no pueda verbalizarse y tener expresión en el momento de justificar la correspondiente toma de postura.

En definitiva, si la instrucción ha de ser contradictoria, y, en efecto, tiene que serlo, el fiscal no puede ser el órgano encargado de la misma. Este papel deberá desempeñarlo un tercero en posición no-parcial: la única idónea para garantizar a cada una de las partes la posibilidad de ocupar todo el espacio que le corresponde en ese momento procesal, como presupuesto de una interlocución equilibrada. Es un sujeto que no tendría por qué no llamarse «juez de instrucción», ya que ejerce funciones de dirección de ésta, con imparcialidad. Si bien, funciones no jurisdiccionales *sensu stricto*, que son las propias del enjuiciamiento, para las que, precisamente por su implicación en la instrucción, estaría inhabilitado. Por lo demás, es obvio que si se trata, como se trata, de que las aportaciones de esa primera procedencia no prevalezcan sobre las del juicio, bastará articular del modo más funcional a esta exigencia la relación entre ambas fases del proceso penal. Es decir, hacerlo de una manera rigurosamente opuesta a la que ahora domina, en parte por razón de ley, pero, sobre todo, en virtud de cierta jurisprudencia de naturaleza no sólo infraconstitucional sino incluso abiertamente infralegal; como la reciente relativa al valor procesal del atestado antes aludida.

Lo cierto es que hace falta un juez *de y en* la instrucción, del mismo modo que en ella

las posiciones parciales tienen que ser activas y estar bien demarcadas y suficientemente garantizadas. Por tanto, un juez encargado del control de la investigación, en directa interlocución con las partes, y obligado a tratar con tendencial objetividad sus pretensiones y aportaciones. También a decidir motivadamente con audiencia de las mismas sobre todo lo que comporte afectación a derechos (generalmente los del imputado). Excepción hecha de la prisión provisional, que en la medida en que —no cabe engañarse— implica un juicio previo de condenabilidad y, en caso de producirse, también una condena (anticipada), debería estar a cargo de otro sujeto institucional: no prevenido y tampoco contaminable, por externo a la investigación. Aquí podría entrar en juego la función del llamado «juez de garantías», asimismo encargado de conocer de los incidentes probatorios y sobre el envío a juicio de la causa, una vez concluida la instrucción.

Hay, en fin, un aspecto de la fase de investigación o de instrucción de especial interés, que, además, refuerza la evidencia de la necesidad de que la dirección de la misma corresponda a un sujeto con estatuto de juez. Me refiero a su incuestionable relevancia para el eficaz tratamiento jurisdiccional de la generalidad de los casos, sobre todo los de mayor dificultad. En efecto, la idea, ciertamente atractiva, del proceso dotado de una liviana investigación, en el que el juicio, susceptible de inmediata convocatoria, ocupase prácticamente todo el espacio, es hoy, en muchísimos supuestos, casi naïf. Salvo excepciones, dada la presencia de indicios de delito, será preciso verificar con algún detenimiento la concurrencia (o no) de datos *prima facie* hábiles para formalizar una hipótesis acusatoria dotada de aptitud explicativa. Lo que puede llegar a extremos de complejidad, si concurre una pluralidad de sujetos, se trata de conductas dotadas de cierta (a veces gran) sofisticación, de desarrollos dilatados en el tiempo, con diversidad de escenarios, distantes entre sí y posiblemente sujetos a regímenes jurídicos diferenciados, realizadas mediante el uso de los habituales recursos informáticos y otros... Cuando se dan estas circunstancias (pero hay

que insistir: incluso sin llegar a tanto), es necesario que las aportaciones instructorias alcancen un apreciable grado de concreción y gocen de la objetividad tendencial sólo obtenible en régimen de contradicción y con garantía judicial. Y no pienso en los típicos casos de previsible *imposibilidad* objetiva de aportación al juicio, que obligaría a acudir al incidente probatorio verdadero y propio. Me refiero a esos otros, tantos, en los que, simplemente, no es pensable un debate en vista pública sin contar antes con un cierto caudal de datos fijados preliminarmente de manera fiable.

Así resulta que, salvo aquellas causas relativas a los históricos «delitos naturales», debidos a acciones elementales, cometidas en presencia de testigos; en los que instruir equivale a la fácil constatación provisional de elementos de singular plasticidad y a la identificación de algunas personas para su citación posterior, la instrucción estará llamada a tener inevitable relevancia objetiva. Ciertamente es que, de ningún modo, a desplazar al juicio; pero tan cierto como que su celebración en condiciones que hagan posible un debate entre partes de algún rigor, requiere que éstas dispongan de un caudal de información. Un *dossier* cuyo conocimiento —si se trata de preservar la *genuinidad* y autonomía de aquél— podría/debería hurtarse al tribunal. Salvo en lo que fuese fruto de auténtica prueba anticipada que éste tenga que valorar.

No se me oculta que de este cúmulo de circunstancias resulta un contexto con algo de aporético, pues se postula la centralidad del juicio, y, al mismo tiempo, una instrucción dotada de la calidad y entidad que resulta de las exigencias de que he dejado constancia, pero que de ninguna manera debe prevalecer sobre aquél. Mas la aporía es sólo aparente, porque, visto el asunto en el plano epistémico (del proceso como medio de adquisición de conocimiento), en la instrucción se tratará de comprobar si hay base empírica para elaborar con rigor una hipótesis acusatoria, a fin de llevarla a un ámbito de discusión, ante un sujeto imparcial por ajeno a la elaboración de la misma: el encargado de evaluar su calidad y la de

las demás de eventual concurrencia. Esto en el momento del enjuiciamiento y de la decisión, realmente esencial e insustituible, no sólo por imperativos de orden jurídico-normativo, sino porque las hipótesis no se validan o invalidan a sí mismas, ni evaluarlas es función de la que pudiera ocuparse el responsable de su formulación, sino necesariamente, por elementales razones de método, un sujeto ajeno a la misma.

Toda opción política, también las de política judicial, tiene un precio. Como lo tiene, ciertamente elevado y universal, la pérdida de calidad jurisdiccional del proceso penal.

5. EFICACIA, GARANTÍAS Y USOS DEL DERECHO PENAL

En la materia, hay un *topos* que recorre transversal, mejor incluso, onmidireccionalmente, el campo del proceso: es el que se expresa en la gastada contraposición de garantías y eficacia represiva. Es un tópico de consistente presencia en las prácticas jurisdiccionales de todas las instancias, en las que, como *por sistema*, suelen primar consideraciones pragmáticas. Que conducen, de un lado, a la banalización jurisprudencial de fundamentales exigencias de principio (y de legitimidad) como —es el ejemplo más claro— las que, entre nosotros, se expresan en el art. 11,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, auténtico momento de coherencia del modelo, hoy prácticamente abrogado; y, de otro, a confirmar y contribuir a la perpetuación de prácticas policiales, judiciales y del ministerio público de notable falta de profesionalidad, que al fin *valen* para condenar.

Ese mismo tópico late, de forma ya no sólo implícita, en un discurso político de amplia implantación en medios oficiales, que lleva a computar presupuestariamente el gasto necesario para dotar las garantías procesales entre los costes sociales improductivos, que es como decir inasumibles. Esto, mientras crece la estadística de entradas en el proceso penal, merced en la mayor medida al actual uso ampliado e

impropio del *ius puniendi*, en la señalada calidad de *única ratio*, único medio de *gestión* de ciertos problemas sociales emergentes, en clave de «ley y orden», más bien de «orden» a cualquier precio. Sobre todo si el precio es *sólo* procesal y para el imputado estándar.

Ésta puede parecer una digresión por la periferia del asunto. Pero no es así, el tema sigue siendo el fiscal, o quizá mejor el uso del fiscal para fines que, cada vez con más desenvoltura, suelen describirse como de *deflación* del proceso penal. Pues tal es el sentido de las propuestas de replanteamiento de su papel que, al menos objetivamente, contribuyen a hacer real la «marcha triunfal del proceso penal americano en el mundo» a la que (ciertamente entre interrogantes retóricos) se ha referido con lucidez el ya citado Schünemann.

En tal clase de propuestas, al argumento teórico de un (supuesto) restablecimiento del principio acusatorio —prácticamente imposible cuando, como se ha visto los *materiales de construcción* son de perfil neoinquisitivo— se une la presentación táctica y llamativamente parcial de las cifras del proceso penal, debidamente descontextualizadas. El procedimiento consiste en confrontar al interlocutor con el último renglón de la cuenta de resultados, el de la comparación de los *inputs* y los *ouputs* globales de aquél. De donde resulta, que, en efecto, la diferencia acusa un crecimiento exponencial del número de casos que acceden al proceso penal. Datos que, en su elocuente *objetividad*, informarían de una situación de *necesidad* del sistema que impone la reconsideración de éste en sus constantes y, en todo caso, y desde ahora mismo, justifican la adopción de medidas extraordinarias.

Pero el planteamiento que se ilustra debe ser cuestionado, por falaz. Pues los valores numéricos manejados, al ser objeto de una sesgada consideración incompleta, no son todos; y, así, aunque fueran *reales*, tampoco lo serían del todo.

Una estimación equilibrada y realista (de toda la realidad) de la concepción a examen, en la que trata de fundarse la propuesta de re-

planteamiento del papel del fiscal aquí cuestionada, obliga a anticipar el umbral de la atención y de los interrogantes. A proyectarlos sobre un antes del momento propiamente procesal, en el que habrá que preguntarse por la naturaleza del uso actual del derecho punitivo y del proceso penal mismo, éste como instrumento de penalización inmediata. Y, todavía antes, por las causas sociales de las desviaciones criminales en sus diversas modalidades; por lo que social e institucionalmente se hace en el plano de la prevención, para tratar de excluir con eficacia el fácil recurso al *ius puniendi*; y por cómo se opera en/con otros sectores del ordenamiento y de la propia institucionalidad estatal.

Si de esta excursión a la periferia del sistema penal *sensu stricto* resultase que es en la administración de justicia donde radica el principal, si no exclusivo, modo hacer frente a problemas de desviación que ésta, por definición, no puede afrontar con *radical* eficacia; y que tal opción parte de la renuncia anticipada al empleo de otros medios que sí serían eficaces por su capacidad de incidir en la verdadera raíz del fenómeno, concurrirán las mejores razones para pensar que la del proceso penal y la jurisdicción es, cuando menos, una responsabilidad limitada en la materia. Incluso muy limitada. Que no esta justificado atribuir a uno y otra la condición de factor causal del estado de cosas. Y menos aún con el socorrido *argumento* de la falta de *productividad*.

En las circunstancias dadas, el notorio desequilibrio de la respuesta represiva en relación con la demanda, que luce en las cifras de uso habitual en instancias ministerial-*manageriales*, es real, pero no nace en el campo de la jurisdicción. Ésta, no hay duda, tiene responsabilidades. Pero, paradójicamente, no porque falte la calidad de *eficacia* —de eficacia sin principios, para entendernos— que se le demanda, de la que hay, por desgracia, verdadero superavit. Sino, precisamente, por el aludido déficit de garantías, *es decir, de profesionalidad*, que evidencian muchas prácticas consolidadas y no cuestionadas. Traducción procesal de la arraigada disposición política a ampliar ilimitada-

mente la reacción punitiva a cualquier precio; que, por desgracia, tiene mecánico eco en el asentimiento acrítico de una gran mayoría de los profesionales de la justicia.

Desde luego, lo que no cabe en modo alguno es derivar de tal desenfocado *decalage* entre los *inputs* y los *ouputs* del sistema penal alguna supuesta razón para cuestionar la vigente disciplina constitucional en la materia. Ciertamente que ésta representa un verdadero *obstáculo* al masivo procesamiento de tanta desviación como produce el también vigente sistema social (global) con su brutal incremento de las desigualdades. Pero ¿habrá que recordar que esa disciplina es algo más que una veleidad de juristas ensimismados? ¿Que si el régimen del proceso penal tiene el rango normativo que tiene es por la voluntad secularmente reiterada de mayorías abrumadoras en momentos de crecimiento democrático, como medio para cancelar esas experiencias atroces a las que conocidamente lleva la ausencia de garantías procesales?

La función y la prestación jurisdiccional, constitucionalmente entendidas, plantean fuertes exigencias de principio con necesaria traducción en el plano instrumental. Por eso, sus posibilidades de actuación en esos términos son necesariamente limitadas. Pues, como ya se ha indicado, están subordinadas de manera intensa a la concurrencia de determinados presupuestos. En efecto, la jurisdicción sólo puede desempeñar su papel adecuadamente, esto es, sin negarse a sí misma como tal, operando en última instancia. Esto es, como la última instancia del sistema socio-político en su conjunto. Actuando, por tanto, como función de cierre y contando con el previo correcto funcionamiento de otros momentos de aquél, institucionales y, antes, extrainstitucionales.

Es una obviedad que casi cuesta trabajo escribir, de puro tópica, que el instrumento punitivo tiene poco que hacer en la reparación de los más graves desequilibrios sociales, los que nutren los índices de la delincuencia *de subsistencia* en alza permanente. Puede, al máximo, *contener*, y sólo hasta cierto punto y temporalmente, algunos de sus efectos. Pero cuando aquéllos son lacerantes y llegan hasta hacer im-

posible la vida dentro de *la normalidad* a masas de excluidos, como ahora sucede, el orden penal entra en grave riesgo de quiebra, haga lo que haga. Ya que, de mantenerse en sus constantes de garantía (de lo que realmente no hay demasiada experiencia), incurrirá en la manida *ineficacia*, con la consiguiente deslegitimación ante los titulares de los bienes e intereses en riesgo. Y de optarse (como suele ocurrir) por la drástica atenuación de aquel estándar, la crisis será constitucional y de identidad, que es lo que hay, y que no importa tanto. Así, en este punto, la única eficacia posible y esperable de la jurisdicción constitucionalmente entendida reclama, por tanto, cierto equilibrio socioeconómico en el punto de partida, como presupuesto ineludible.

Otras formas de delincuencia, las estrechamente relacionadas con el poder económico y con el político viven y se desarrollan en gran medida a expensas de las gravísimas incoherencias del sistema institucional en sus diversos planos. Por ejemplo, de la alarmante (a veces masiva) degradación de la política, con lo que implica de banalización de toda una serie de momentos de control (parlamentario, político-administrativos); de la falta de coherencia en el plano de la legislación que, también por ejemplo, sigue haciendo de la mercantil y la fiscal y de su proyección (a veces falta de proyección) institucional un medio sumamente apto para desdibujar conductas típicas y, en los casos en que esto no se consigue, para dificultar aún más la persecución penal. Pues lo cierto es que el sistema, tan riguroso en la prevención y persecución de los delitos generadores de la tópica *inseguridad*, se multiplica en la oferta escandalosa de mil y una formas de elusión de deberes *civiles* (nunca mejor dicho) cuya exigencia y cumplimiento haría del mundo de la política en su convergencia con el de los negocios algo distinto del caldo de cultivo de diversas modalidades de desviación criminal que hoy permite, cuando no estimula. De esos macrodelitos que, cada tanto —aunque siempre con cuentagotas— explotan en la mesa de un juez, y cuyo tratamiento jurisdiccional suele aportar poco en término de reparación de los derechos lesio-

nados; y bastante, en cambio, en términos de deslegitimación y frustración de expectativas sociales, en el caso de que todavía las hubiere. Mientras confirma la evidencia del fracaso esencial de toda una serie de dispositivos de prevención diversamente ubicados en la geografía del sistema político-institucional. Que, ciertamente, no cree ni confía en la justicia y arroja sobre ella las gravísimas consecuencias de sus múltiples inhibiciones y del precario estándar de legalidad de sus prácticas.

Lo que se sigue de estas sumarias observaciones es que la seriedad de una política de la justicia penal realmente orientada, en clave de transformación, a la realización de los valores que cuentan en la materia, tendría que empezar su recorrido mucho antes y muy lejos de los límites del *palacio de justicia*. Y que la primera y más vehemente demanda al respecto ha de partir de los propios *moradores* de éste. Que tienen las mejores razones de experiencia para saber que la calidad de la prestación jurisdiccional está rigurosísimamente condicionada a la satisfacción de la exigencia de que esta función institucional opere como verdadera «última *ratio*». Es decir, en un contexto en el que las distintas articulaciones del sistema cumplan con razonable eficacia su propio papel constitucional.

En ausencia de tales presupuestos, los correspondientes vacíos de actuación seguirán siendo otras tantas maneras eficaces de contribuir al crecimiento de las cifras de la desviación delictiva de toda índole (así como al de la «cifra oscura» de la más grave de ellas). Y, a la vez, a la degradación progresiva de una justicia criminal sin más horizonte que el de seguir mecánicamente a la estadística en su exponencial *in crescendo*, al precio de negarse a sí misma. En buena parte ya satisfecho, al cargarse de finalidades sustantivas, como dispositivo penalizador en sí mismo.

En el Estado constitucional de derecho «jurisdicción» no es todo lo que resulte del funcionamiento de algún aparato judicial. Sino sólo del que esté organizado en forma apta para que sus actuaciones discurran por los cauces constitucionales del debido proceso, y cuando

efectivamente lo hacen. Este modelo procesal requiere que cada uno de los agentes centrales del sistema, juez y fiscal (en su interrelación y en la relación con el imputado), cumpla el papel ya ilustrado, en la investigación y en el enjuiciamiento. Para que cada una de estas dos fases del proceso juegue en relación con la otra, también el papel que le corresponde en la elaboración y el tratamiento de las hipótesis de delito, sin suplantaciones ni desplazamientos.

La jurisdicción del Estado constitucional de derecho debe, pues, discurrir por cauces de estricta legalidad, en el orden penal-sustantivo; de jurisdiccionalidad estricta, en el procesal. Y reclama: ser prestada por sujetos institucionales con un estatuto acorde con la naturaleza (garantista) de las correspondientes funciones; de modo que se ajuste a la disciplina constitucional del proceso, a la que es inherente, como regla esencial, la centralidad e inderogabilidad del juicio. Por eso la prestación jurisdiccional, la satisfacción de un derecho a la jurisdicción (que es derecho a garantías orgánicas y procesales) es inevitablemente costosa; y, de darse conforme al régimen que le es propio, poco elástica en la oferta.

El legislador *puede* ajustarse o no, en más o en menos, a ese paradigma. *Puede* diseñar roles y procedimientos para la aplicación del derecho sancionador. *Puede*, a despecho de lo que luego resulte de sus rasgos caracterizadores, llamar «juez» y «fiscal» a quienes los encarnen y gestionen. Pero lo que no está a su alcance es hacer que si en éstos, es decir, en su estatuto y en su modo de operar, no concurren determinadas constantes, orgánicas y procesales, de garantía, el producto final *sea* verdadera jurisdicción, en el sentido constitucional y teórico de ésta. El legislador tiene el dominio del BOE, pero no es señor del Diccionario. Tampoco de la teoría jurídica, que como bien ha explicado Ferrajoli, para merecer en serio ese título, debe desempeñar un papel *normativo* y crítico en relación con el derecho, sus instituciones y las prácticas a que da lugar, llamando, para comenzar, a las cosas por su nombre.

Alguien dirá que se trata de obviedades. Pero no deben serlo tanto cuando, ante nues-

tros ojos, hay una dinámica en curso en el escenario del proceso que gira en torno a tres ejes que son otras tantas cargas de profundidad en la base constitucional del mismo. A saber: la habitual atribución de relevancia probatoria a las actuaciones policiales; el desplazamiento al fiscal de competencias genuinamente jurisdiccionales; y la conversión del juicio contradictorio en una incidencia atípica y excepcional del proceso, en particular, del reservado al imputado estándar.

Enlazando con lo que se decía al principio, es de ver que, de nuevo, significativamente, la línea de ruptura de la regresión inquisitiva del proceso penal en curso pasa por la desnaturalización del papel ideal-constitucional del fis-

cal, para *rentabilizarlo* como *recurso*. Y por el mismo viejo motivo de que es —por razón de estatuto— el más disponible y más dúctil de los sujetos institucionales implicados.

Piero Calamandrei, en la advertencia a la segunda edición (1949) de la obra de Beccaria que él había cuidado, decía del «pequeño libro» que «no puede volver a su lugar de reposo en el polvoriento anaquel donde se olvidan las obras de los antiguos que cumplieron su misión», porque «no ha comenzado todavía a ser antiguo». Sigue teniendo razón, pues el modelo de proceso «informativo» que postuló el gran milanés parece contar cada día con más vigencia. Pero sólo como paradigma ideal pendiente de realización.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Sobre los antecedentes franceses del ministerio público en la experiencia europea continental, puede verse —con amplias referencias bibliográficas— M. Nobili, «Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale», en G. Conso (ed.), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 89 ss. Sobre el fiscal estadounidense y su papel en el proceso, cfr. V. Fanchiotti, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 55 ss., 68 ss. V. Vigoritti, «Pubblico ministero e discrezionalità della azione penale negli Stati Uniti d'America», en G. Conso (ed.), *Pubblico ministero*, cit., pp. 256 ss.; J. Brown, «Meriti e limiti del patteggiamento», en E. Amodio y M. Cherif Bassiouni (eds.), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 131 ss.; R. M. Daley, «Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattito», *ibid.*, pp. 151 ss. Para una crítica valoración global del sistema americano de justicia, cfr. W. T. Pizzi, *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, introducción y notas de C. Fidalgo Gallardo, Tecnos, Madrid, 1999; S. Thaman, «La protección de los derechos humanos en el proceso penal de los EE. UU.», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 38, 2000, pp. 81 ss. Sobre la incidencia de ese sistema procesal-penal en Alemania, véase B. Schünemann, «¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», trad. de S. Bacigalupo, «Jornadas del derecho penal en Alemania», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 8, 1991, pp. 52 ss.; C. Roxin, «Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público», trad. de J. B. J. Maier y F. J. Córdoba, en Varios Autores, *El ministerio público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 3 y ss. Acerca de la institución en el ordenamiento francés, cfr. F. Molinari, «Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento francese», en G. Conso (ed.), *Pubblico ministero*, cit., pp. 195 ss. También J. C. Nicod, «El ministerio público en Francia», trad. de J. R. de Prada Solaesa, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 18, 1979, pp. 83 ss. y A. Crenier, «Il pubblico ministero in Francia», en *Questione giustizia*, 4, 1991, pp. 979 ss. Sobre la institución en Alemania véase F. Molinari, «Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento della Repubblica federale di Germania», en G. Conso (ed.), *Pubblico ministero*, cit., pp. 217 ss. Una interesantísima aproximación crítica al respecto puede verse en R. Muhm, «Dependencia del ministerio fiscal del ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 22, 1994, pp. 94 ss.; Id., «Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial: el caso alemán», en P. Andrés Ibáñez (ed.), *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, CGPJ, Madrid, 1998, pp. 147 ss.; R. Muhm y M. Muhm, «Alemania en busca de la independencia de la magistratura», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 33, 1998, pp. 93 ss. Del ministerio público en Portugal tratan: A. Cluny, *Pensar o ministério público hoje*, Cosmos, Lisboa, 1997; E. Maia Costa, «El ministerio fiscal en Portugal», trad. de C. López Keller, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 21/1994, pp. 84. Para el ministerio fiscal en Italia remito a C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, Cedam, Padova, 1984; Varios autores, *Il ministero pubblico oggi*, (actas del congreso sobre el tema organizado por el Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale), Giuffrè, Milano, 1994 (de particular interés, en la perspectiva de este trabajo, las aportaciones de M. Chiavario, V. Zagrebelsky y G. Neppi Modona); R. Romboli, «Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale», en S. Panizza, A. Pizzorusso,

R. Romboli (eds.), *Testi e questioni di ordinamento giudiziario e forense*, Edizioni Plus-Università di Pisa, 2003, pp. 307 ss. Acerca de los problemas suscitados por la creación de la *Direzione Nazionale Antimafia*, cfr. L. Pepino, «Superprocura e dintorni... (appunti su presente e futuro del pubblico ministero)», en *Questione giustizia*, 2, 1992, pp. 257 ss.; A. Gaito, «Indipendenza del pm e 'superprocura'», en B. Caravita (ed.), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 149 ss.; V. Borraccetti, «Los fiscales antimafia», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 32, 1998, pp. 78 ss.. En relación con la reforma judicial de Berlusconi, en lo que aquí interesa, G. Santalucia, «La controriforma dell'ordinamento giudiziario alla prova dei decreti delegati: il pubblico ministero», en *Questione Giustizia*, 1, 2006, pp. 103 ss. Para el caso de España, cfr. F. Granados, *El ministerio fiscal (del presente al futuro)*, Tecnos, Madrid, 1989; M. Marchena Gómez, *El ministerio fiscal: su pasado y su futuro*, Marcial Pons, 1992; C. Conde Pumpido, *El ministerio fiscal*, Aranzadi, Pamplona, 1999; A. Del Moral García, «Ministerio fiscal y reforma de la justicia», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 43, 2002, pp. 19 ss. Acerca del instituto, en general, en la experiencia comparada, cfr. L. M. Díez Picazo, *El poder de acusar*, Ariel, Barcelona, 2000. El mejor tratamiento sistemático del modelo jurisdiccional en el Estado constitucional de derecho se encuentra, sin duda, en L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, con prólogo de N. Bobbio, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 8ª edición 2006, en particular, cap. 9, pp. 537-692. Para una crítica de la figura del fiscal instructor y sus implicaciones procesales, P. Ferrua, «Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali», ahora en Id., *Studi sul processo penale III*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 39 ss. En general, sobre el asunto de las fórmulas negociales en la justicia penal, existen hoy múltiples publicaciones. Por todas, cfr. T. Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, prólogo de C. Roxin, PPU, Barcelona, 1991. La cita de E. Betti está tomada de su *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de J. L. De los Mozos, E. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 147. La que se hace a P. Calamandrei, de «Advertencia a la segunda edición» que acompaña a C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, con prefacio y notas de P. Calamandrei, trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, EJEA, Buenos Aires, 1958, p. IX. A propósito de la actual involución del sistema penal, en nuestra literatura más reciente, pueden verse: J. L. Díez Ripollés, «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 49, 2004, pp. 25 ss.; E. Larrauri, «Populismo punitivo... y como resistirlo», *ibid.*, 55, 2005, pp. 15 ss.; F. J. Álvarez García, «El nuevo modelo de política criminal», *ibid.*, 57, 2006, pp. 18 ss.; M. Miranda Estrampes, «El populismo penal. (Análisis crítico del modelo penal securitario)», *ibid.*, 58, 2007, pp. 43 ss.; y R. Sáez Valcárcel, «Una crónica de tribunales. La justicia penal en la estrategia de la exclusión social», en *ibid.* 58, 2007, pp. 13 ss.

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 28 de mayo de 2007.