

## La crisis de la justicia: crisis, discurso de la crisis y discurso crítico

Eduardo MAIA COSTA

1. Antes de la reciente crisis institucional ya hacía mucho que la “crisis de la justicia” y la necesidad de su “reforma” se habían vuelto tema recurrente de nuestra vida política y arma de arrojada preferente de la arena político partidista.

La “mediatización” de la justicia ha venido a dar una nueva dimensión a ese “debate”. Ciertamente no faltan síntomas ni incluso manifestaciones reales de la “crisis”. Y si en algún momento escasean, no es difícil escenificar determinados casos menores y lanzarlos a los focos de la televisión. El lenguaje del desorden, del caos, de la apocalipsis, es el que domina el discurso mediático sobre la justicia. El efecto es teatral y eficaz comercialmente: la “crisis de la justicia” multiplica exponencialmente la venta de papel y las audiencias.

Los efectos son también devastadores desde otra perspectiva: los sondeos registran una mayoría (más o menos amplia, según las coyunturas) de escépticos ante la justicia portuguesa, lo que normalmente constituye motivo de satisfacción para algunos articulistas e (ir)responsables políticos. Parece que la opinión pública, esta nuestra opinión pública “ha asimilado” ese mensaje, con evidente déficit de cultura cívica y democrática. A falta de base cultural, la opinión pública se deja seducir por el espectáculo, por la intriga, acción y emoción con que el “film de la justicia”, de episodio en episodio, va prendiendo en el espectador (“no se levante usted de su asiento, una nueva crisis viene dentro de unos momentos”).

Y mientras tanto, es extremadamente grave, eso es claro, que el “pueblo”, en cuyo nombre, además, se administra la justicia, no confíe en ella. Porque cuando falla el pilar judicial es el propio sentido de la comunidad organizada con base en el derecho el que se desmorona. No es por azar por lo que las dictaduras mismas crean un remedo de poder judicial, que el Nuevo Estado siempre se esforzara por salvaguardar un reducto judicial mínimamente creíble. Esa es una condición esencial de legitimación y estabilidad de cualquier régimen político.

Por eso es preocupante, más, verdaderamente inquietante, que con tanta ligereza e incluso imprudencia se proclame la completa “degradación” o la “quiebra” de la justicia. ¿A quién puede interesar la deslegitimación del poder judicial? No ciertamente a todos aquellos que quieren vivir en democracia.

Sabido es que la izquierda y las fuerzas progresistas en general muestran tradicionalmente alguna desconfianza hacia los tribunales y hacia el poder judicial, muchas veces presentado como “poder no

legitimado democráticamente”. Se trata de un vestigio de la concepción jacobina que considera la representación parlamentaria como *identificación* entre el propio pueblo y los gobernantes, siendo consecuentemente ésa la *única* forma de legitimación democrática del poder, de la que los magistrados no se benefician, y de ahí su sustancial *ilegitimidad*. Sin embargo, esa visión jacobina de la legitimidad política es obviamente desechable, porque la legitimación por el voto popular no constituye la única fuente de legitimidad política. Si en el sufragio se asienta necesariamente la legitimidad de los poderes representativos, no sucede lo mismo con el poder judicial, que la basa en la fidelidad al derecho, según los procedimientos y con sumisión a los controles previstos en la ley.

Queda añadir que el referido escepticismo popular en la justicia termina por producir efectos limitados, pues la justicia en todas sus vertientes sigue teniendo una enorme “demanda”, y eso es, además, uno de los factores de la crisis. Pero no pueden subestimarse las consecuencias negativas para la vida democrática de tamaña desautorización de uno de los poderes del Estado, de uno de sus pilares.

Paralelamente al discurso de la crisis se desenvuelve el de la “reforma”, la necesaria e imperiosa reforma de la justicia. Aunque complementario del otro, este discurso se construye básicamente sobre la ignorancia (o sobre el escamoteamiento) de todas las (innumerables) reformas que se han producido en el campo de la justicia. En efecto, ciertamente no hay país en Europa o incluso en el mundo que en veinticinco años haya registrado tantas y tan profundas modificaciones en el ámbito judicial.

La distancia que nos separa de la justicia heredada del Nuevo Estado se mide en escala astronómica. Por citar sólo los aspectos más relevantes, hay que recordar que con la democracia se crearon una verdadera jurisdicción administrativa y una auténtica jurisdicción laboral, se procedió a una profunda reforma del derecho civil desterrándose todas las discriminaciones en función del sexo o de la condición social, se reformaron completamente el derecho penal y el procesal penal y se produjo una revolución en el estatuto de las magistraturas separando la carrera judicial y el Ministerio Público, dotando a éste de autonomía respecto del ejecutivo, instaurando el principio de gobierno autónomo de las magistraturas. Eso es apenas una pequeña parte. ¿Cómo es posible decir, con unas reformas tan profundas, que nada significativo se ha produci-

do en el sector de la justicia desde el 25 de abril? Solo la ignorancia o la mala fe, o las dos cosas juntas, puede motivar tales afirmaciones.

Precisamente la crítica que se podrá hacer (y ha sido hecha ahora por el equipo de Boaventura de Sousa Santos) es la del frenesí legiferante, la reforma permanente como política judicial. El discurso frívolo de la necesidad de la "reforma de la justicia" ha de ser sustituido por el de la reflexión sobre la justicia y es ése el que se intentará hacer a continuación.

2. Hablemos, pues, de la crisis de la justicia. Más allá de la gritería mediática, la crisis es un hecho. Existe y resiste; de hecho, es una crisis resistente: a personas, a gobiernos, a leyes. Es una crisis con raíces muy profundas y causas complejas que no tiene soluciones fáciles ni claras. Nadie tiene una solución en el bolsillo para combatirla. Se manifiesta sobre todo por la *ineficacia* de la justicia, *ineficacia* en la que asume papel preponderante la conocida *morosidad procesal*. Este fenómeno (y la serie de irracionalidades que lo integran o acompañan —aplazamientos sucesivos, desplazamientos inútiles a la sede del tribunal, etc.) facilita la aceptación, por parte del "pueblo" del discurso mediático deslegitimador.

No obstante, la morosidad es un fenómeno muy complejo con múltiples causas, con variados responsables, y es groseramente reductor atribuir únicamente las "culpas" a quien trabaja en los tribunales. La diversidad de factores inductores de la morosidad impone adoptar medidas diversificadoras, y no se puede decir que no se haya hecho nada, tanto en el aspecto legislativo (con las muy importantes medidas procesales de simplificación y aceleración, y las sustantivas de descriminalización a nivel penal y desjudicialización en el civil) como a nivel de organización judicial (creación de nuevos tribunales, desdoblamiento de comarcas, especialización de tribunales) y en el ámbito de los medios materiales (refuerzo de la planta judicial y del equipamiento de los tribunales, aunque todavía muy por debajo de las necesidades).

Y sin embargo, esas medidas han sido insuficientes, creo que por un triple orden de razones: el crecimiento continuo y a veces exponencial de la "demanda" de justicia en todos los órdenes jurisdiccionales que provoca una permanente presión sobre la "oferta"; el desfase temporal de las disposiciones legislativas; la resistencia al cambio por parte de los actores en presencia.

Analicémoslas rápidamente. Cuando hablo de "demanda" de justicia tengo a la vista tanto la efectiva solicitud voluntaria de tutela judicial, cuanto su imposición por parte del Estado. Así, se comprueba que a lo largo de los años, a la par de una política de desjudicialización y de despenalización tendente a liberar a los tribunales de procesos civiles sin litigio o de bagatelas penales, se asiste a un movimiento opuesto de ampliación de la tutela judicial a nuevos intereses jurídicos. Es el caso de los derechos de los consumidores, de la protección del ambiente, y en general, de los derechos difusos y universales.

Sucede también a veces que el Estado defiere a los tribunales decisiones que podrían ser tomadas en sede administrativa, como sucedió con los objetores de conciencia al servicio militar, que hace años inundaron los tribunales. Es el caso también, en el ámbito penal, de la permanente tendencia a la criminalización, al margen del Código Penal, de conductas de más que dudosa incidencia ética (en una postura opuesta a la del "derecho penal mínimo" que consagra el Código).

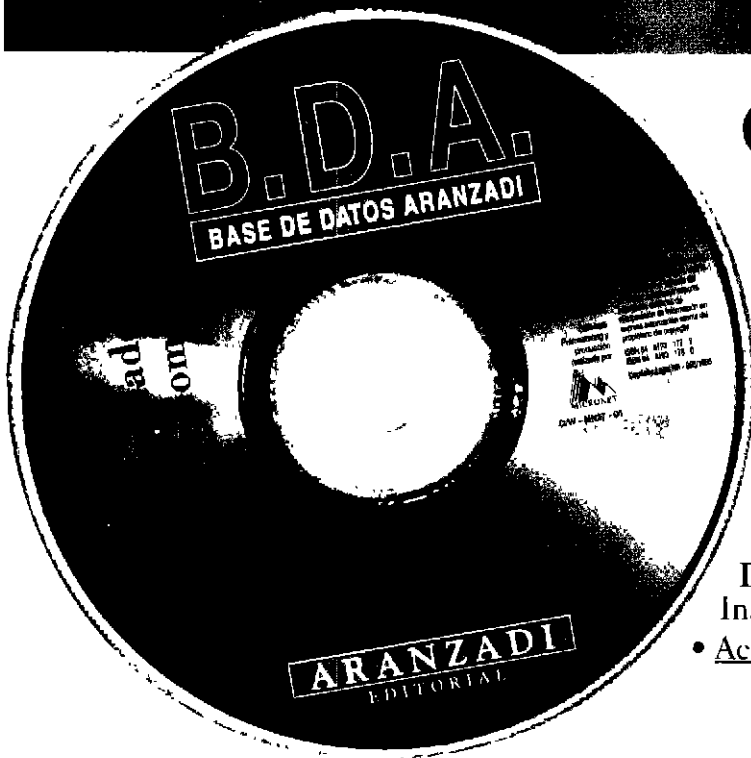
Pero la gran demanda de intervención judicial, bien en la vía civil, bien en la penal, laboral o administrativa, es sin duda consecuencia de la *crisis social* que continúa extendiéndose, pese a algunos índices económicos y financieros que evolucionan favorablemente (por ejemplo, el número de teléfonos móviles, indicador preciso y precioso de la felicidad humana). Es una crisis que se manifiesta en el cierre de empresas (y en el cortejo de desgracias que normalmente le están asociadas), en el sobreendeudamiento y consecuentemente en el brutal aumento de procesos de cobro de deudas; es la misma crisis que ha exagerado desmesuradamente el fenómeno de los cheques sin fondos, e incluso la misma que, en otra vertiente, se manifiesta en la criminalidad ligada directa o indirectamente al fenómeno de la droga. Es indispensable resaltar que la "crisis de la justicia", como es evidente, es inseparable de la crisis de la sociedad, de los fenómenos de desempleo, pobreza (la vieja y la nueva pobreza), marginación de las minorías étnicas, etc. Por eso no hay soluciones mágicas para la crisis de la justicia.

He hablado también del obstáculo en la lucha contra la morosidad que ha constituido el desfase entre las disposiciones legislativas y otras medidas: es un hecho incontestable. Como es sabido, la coherencia del sistema es indispensable para que pueda funcionar con eficacia, pero se comprueba como generalmente se produce un claro desfase de las disposiciones tomadas, o incluso un carácter incompleto de las reformas. Tomemos como ejemplo el derecho penal: el Código penal vigente, sin duda un texto innovador y progresista a pesar de haber resultado mutilado con relación al proyecto inicial, entró en vigor en 1983; ese texto, fundado en una política criminal despenalizadora y orientada hacia las penas alternativas a la de prisión, imponía una serie de medidas complementarias urgentes para la viabilidad de las penas alternativas; no sucedió tal y por eso fallo rotundamente la política criminal definida por el Código. Otro ejemplo es el del Código del Proceso Penal de 1987, que confió la instrucción criminal al Ministerio Público, quedando la policía judicial bajo su dependencia funcional. Se imponía la inmediata reformulación del estatuto del Ministerio Público a fin de dotarlo de las estructuras orgánicas precisas para asumir aquella función. Sin embargo, sólo en el año pasado se procedió a esa tarea, y la reforma no está todavía implantada en el terreno. Podrían multiplicarse los ejemplos: no interesa; basta decir que los desfases y las insuficiencias son responsables en gran parte de los fracasos registrados.

Por último, las resistencias a las innovaciones.

# Toda la información de todas las comunidades en un solo disco

**B.D.A.**  
BASE DE DATOS ARANZADI



## Comunidades Autónomas

La más completa publicación del mercado donde encontrará toda la normativa disponible.

- A texto completo: Desde 1978: Leyes autonómicas, Reales Decretos de transferencia, Decretos legislativos, Sentencias, Autos y Providencias del Tribunal Constitucional que resuelven conflictos de competencia y Leyes Orgánicas que aprueban, modifican o reforman su Estatuto de Autonomía.
- Desde 1992: Decretos, Ordenes, Resoluciones, Actas, Instrucciones, Circulares, Convenios...
- Actualización bimestral y diaria Online.

**DISPONIBLE EN EL SOPORTE MÁS MODERNO EXISTENTE EN LA ACTUALIDAD**

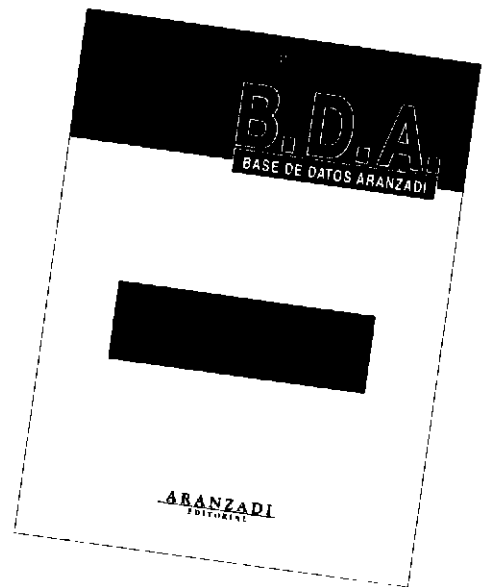
**DVD  
ROM**

Que le permite;

- Mayor rapidez en el acceso a los datos
- Disfrutar en un único disco de todas las Bases de Datos Aranzadi
- Disfrutar de nuestro exclusivo sistema de licencias
- Pagar sólo aquella información que necesite

**ARANZADI**  
EDITORIAL

La Tecnología al Servicio de la Experiencia



**Solicite información ahora**

Tel.: 948 297 297 Fax: 948 297 200 - 948 330 845

**Sí**, deseo recibir más información sobre la Base de Datos Comunidades Autónomas en soporte DVD-Rom.

**Sí**, deseo recibir más información sobre la Base de Datos de la Comunidad o Comunidades Autónomas que indico a continuación:

Apellidos: ..... Nombre: .....  
 Profesión: ..... Especialidad: .....  
 Empresa: ..... Actividad: .....  
 Domicilio: ..... Tfno.: .....  
 Fax: ..... C.P.: ..... Población: .....  
 Provincia: ..... N.I.F. / C.I.F.: .....

Según creo es un dato de la sociología. Pero ha sido particularmente aplicado por los protagonistas judiciales. Ejemplos: la resistencia pasiva de los magistrados de las dos magistraturas a la política criminal del Código Penal de 1982; la resistencia expresa y reiterada por los responsables de la policía judicial a la dependencia funcional del Ministerio Público.

Otro aspecto de la ineficacia, menos citado pero no menos dramático que la morosidad, es la clara desigualdad de los ciudadanos en el acceso a la justicia. En verdad, el patrocinio judicial gratuito y la defensa de oficio son manifiestamente insuficientes cuando no únicamente un mero formalismo o incluso una farsa. Esta realidad es por demás conocida por lo que no vale la pena enfatizar sobre ella. Sólo importa resaltar que no podemos continuar cruzados de brazos y que es urgente el debate de las posibles soluciones. La reciente propuesta formulada por el Partido Comunista de Portugal de creación de la carrera de defensor público merece atención y puede servir de pretexto para la promoción del debate.

3. No deja de causar perplejidad el hecho de que venga siendo apuntada como una de las principales causas de la crisis de la justicia la ahora llamada "autorregulación" de las magistraturas.

Es realmente una paradoja que el meollo de la reforma democrática de la justicia después del 25 de abril, aquello que constituye la línea decisiva de fractura en el plano judicial respecto a la dictadura, sea ahora presentado como un privilegio antidemocrático y un obstáculo para la realización de la justicia.

Veamos concretamente en qué se traduce la tal "autorregulación". Antes de nada, la propia expresión merece ser analizada y valorarse su adecuación al caso de las magistraturas. En verdad, "autorregulación" designa la concesión por el Estado a una clase profesional de competencia para organizarse autónomamente (en "colegios"<sup>1</sup>) atendiendo esencialmente a la representación y la defensa de la profesión, al ejercicio del poder disciplinario, y eventualmente al control de las condiciones para el ejercicio de la profesión. La "autorregulación", una vez reconocida, implica la no intervención estatal en esos dominios.

Ahora bien, nada de esto pasa con las magistraturas. Los Consejos Superiores de las dos no solo tienen una composición *mixta* (magistrados y legos, procedentes de los otros órganos de soberanía) sino que asumen competencias diferentes, coincidiendo con los "colegios" sólo en cuanto a la competencia disciplinaria. No se puede hablar de "autorregulación", tanto porque no está solo en juego la deontología, sino toda la gestión de la magistratura con excepción del control del acceso a la función, como porque existe un componente *externo* a la magistratura: no es "auto", ni sólo "regulación".

Alternativamente se usa con frecuencia la expresión "autogobierno", pero ésta no es menos inadecuada, porque dice *más* de lo que es la realidad,

pues la presencia de los "legos" en los Consejos la desautoriza. Pero a más de inadecuada es peligrosa porque puede inducir la convicción de que los magistrados deben estar, al menos, en *mayoría*. No es así, sin embargo, por las razones que indicaré. Por ahora sólo diré que la idea que mejor expresa la realidad de los Consejos Superiores de las dos magistraturas es la de "gobierno autónomo", que traduce precisamente la idea de que existe un órgano *propio* de gobierno, un órgano autónomo de los de soberanía y con una representación *significativa* de magistrados, pues de otra forma se vaciaría la noción de "autonomía".

¿Pero cuál es la justificación de esa autonomía de gobierno? No será difícil encontrarla. La autonomía es el *instrumento central* de la salvaguarda de la independencia de los tribunales, que es inherente, como se sabe, al ejercicio de la función jurisdiccional. explicitando mejor: la independencia del juez (después hablaré del Ministerio Público) se funda en cierto número de garantías objetivas (inamovilidad, irresponsabilidad, incompatibilidades) pero esas garantías son insuficientes si no está salvaguardado que los nombramientos, traslados, promociones y el ejercicio del poder disciplinario estén entregados a un órgano independiente de los otros poderes del Estado.

Si esa es la justificación del "gobierno autónomo", la verdad es que la concreción del principio admite diversas fórmulas. El modelo original es el del Consejo Superior de la Magistratura italiano, previsto en la Constitución de 1947, pero creado sólo en 1958. Está compuesto de treinta y tres miembros, siendo veinte magistrados elegidos por sus pares según listas presentadas a escrutinio por el método proporcional; diez miembros son abogados y profesores elegidos por el Parlamento, el presidente es el propio Presidente de la República, y son también miembros natos el Presidente del Tribunal Supremo y el Fiscal General ante ese Tribunal. Esta composición heterogénea (heterogénea por el origen de los miembros, pero también por la participación de diversas corrientes organizadas dentro de la magistratura, lo que quita a la participación "togada" el carácter monolítico) hace al órgano ampliamente representativo y dinámico, constituyendo la presencia del Jefe del Estado un notorio "valor incrementado" de la representación política.

Portugal siguió el modelo italiano, pero han sido muchas las vicisitudes por las que ha atravesado la composición del Consejo Superior de la Magistratura, traduciendo indecisiones, además no asumidas frontalmente, sobre la fórmula ideal de equilibrio. Así se pasó de un inicial Consejo formado exclusivamente por jueces, natos y elegidos (1976) a otro de composición mixta, de jueces elegidos y natos, y miembros extraños: Presidente de la República, Proveedor de Justicia<sup>2</sup>, y cuatro miembros designados por la Asamblea de la República (1977); con la revisión constitucional de 1982 la composición del Consejo se llevó a la Constitución, que la alteró de nuevo: eliminó la presencia del Presidente de la

<sup>1</sup> La denominación puede cambiar según los distintos países; se trata, en definitiva, de colectivos profesionales organizados (n. del t.)

<sup>2</sup> Proveedor de Justicia: figura paralela a la del Defensor del Pueblo. (n. del t.)

República y del Proveedor de Justicia, amplió a siete los miembros designados por la Asamblea, tantos como magistrados elegidos por sus iguales; al Presidente de la República le quedó el derecho de designar dos miembros, siendo necesariamente juez uno de ellos; la presidencia pasó a corresponder al Presidente del Supremo Tribunal de Justicia que es elegido por el conjunto de los magistrados de éste. De esta forma, el Consejo Superior de la Magistratura pasó a tener una mayoría de jueces conseguida a costa de la obligación impuesta al Presidente de la República de nombrar un juez y de que la presidencia del órgano cupiera igualmente a un magistrado judicial. Sin embargo, y este hecho no puede ser ocultado (por mucho que le cueste a ciertos responsables públicos) vino a ser una práctica del Parlamento la de cubrir parcialmente la cuota parlamentaria con jueces, en activo o jubilados (todavía hoy se hace así) de forma que la mayoría de miembros "togados" del Consejo es normalmente *por vía parlamentaria* sustancialmente mayor que la que impone la Constitución.

La revisión constitucional de 1997 ha alterado de nuevo la composición del Consejo Superior de la Magistratura, dejando de imponer al Presidente de la República la designación de un juez. Esta pequeña alteración, al poder poner en cuestión la mayoría de miembros "togados" generó un poderoso movimiento de protesta por parte de los jueces y de su asociación sindical, que argumentaban que la dejación en minoría de los magistrados en el Consejo cuestionaba la propia independencia de los jueces.

Estoy seguro de que no es así. La independencia de los jueces se tambalearía si su participación en el Consejo fuera meramente simbólica; pero no es el caso. "Gobierno autónomo" de las magistraturas no significa "autogobierno", o sea, gobierno de los mismos y por los mismos magistrados; significa, sí, la existencia de un órgano propio de gobierno de las magistraturas con participación en número significativo de magistrados, en su mayoría elegidos por sus iguales. Esa es la condición necesaria y suficiente de garantía de independencia de los jueces. Una mayoría de magistrados no sólo no viene impuesta por el referido principio de "gobierno autónomo", sino que es efectivamente potenciadora de desvíos corporativos. La realidad lo demuestra: basta recordar la práctica seguida por el Consejo Superior de la Magistratura en el acceso al Tribunal Supremo.

Más aún: creo que seguramente una mayoría de "legos" no sólo no lesiona la independencia de los jueces, sino que constituye un instrumento de legitimación del Consejo y acrecienta la confianza del pueblo. Principalmente la presencia del Presidente de la República, necesariamente como presidente del órgano, me parece esencial, tanto por la legitimidad democrática del cargo, como por la posición de equilibrio y moderación que la Constitución le reconoce, siendo su presencia en el Consejo la representación, no de los intereses y preocupaciones del ejecutivo, y sí los de la propia colectividad, que al Presidente de la República corresponde inter-

pretar y defender. La próxima revisión constitucional no puede ignorar esta cuestión por muy polémica que sea.

Pero incluso sin revisión constitucional, me parece decisivo un aspecto relevante para incrementar la legitimidad del Consejo: una mayor transparencia de su actividad. Creo que el secretismo que ha rodeado su actuación, y lo mismo sucede con el Consejo Superior del Ministerio Público, principalmente en materia del ejercicio del poder disciplinario, ha sido factor preponderante de desconfianza en la autonomía de gobierno de las magistraturas, y consecuentemente, de deslegitimación por culpa propia. Las magistraturas van solo a salir ganando con la apertura de las sesiones de los Consejos. La publicidad es la regla en la democracia.

Una palabra especial para el ejercicio del poder disciplinario: ha sido un aspecto que suscita ante la opinión pública las mayores sospechas, no exentas de fundamento.

La actual reglamentación normativa del proceso disciplinario, idéntica para las dos magistraturas, se presta de hecho a profundas reservas teóricas que la práctica no ha ayudado a difuminar. Ante todo, la *confusión* en el mismo órgano (CSM o CSMP, según se trate de magistrados judiciales o del Ministerio Público) del poder de iniciativa y del de decisión; por otro lado, el órgano de acusación no es absolutamente distinto del decisorio, toda vez que los instructores son normalmente los inspectores, que constituyen un cuerpo de magistrados dependientes del CSM (o del CSMP).

Se añade que no existe audiencia pública alguna, incluso cuando se proponen las sanciones más graves, y el proceso se reviste de carácter confidencial hasta la decisión final, que además no se publica, pudiendo decirse que las sanciones aplicadas quedan en el secreto de los dioses. Es un proceso totalmente administrativizado, lo que por un lado encierra objetivamente una disminución de las garantías de defensa, y por otro fomenta sospechas (quizá no totalmente carentes de fundamento) de proteccionismos indebidos.

Este régimen procesal es manifiestamente inadecuado. Se impone una reglamentación que asegure el principio acusatorio, o sea, que la acusación (y el poder de iniciativa) corresponda a entidad diferente del propio Consejo que va a decidir el final.

Es también necesario poner término al carácter confidencial del proceso. Las reglas deben ser las mismas que las del proceso penal: la confidencialidad debe cesar en el momento en que se eleva a definitiva la acusación. Por otro lado, la realización de una audiencia pública aparece indispensable por lo menos en el caso de propuesta de las sanciones más graves.

La responsabilidad disciplinaria es el campo nuclear de la *responsabilización* de los magistrados. La introducción de transparencia en el ejercicio del poder disciplinario es fuente de refuerzo de la credibilidad y de legitimación del poder judicial. Por eso, los magistrados deberán ser los primeros en proponer ese camino.

4. Una referencia, siquiera rápida, ha de hacerse

a la opción tomada por el legislador portugués en 1978 de separar totalmente las carreras de jueces y Ministerio Público. Esta solución no venía impuesta por la Constitución, y es inusual a nivel europeo. La separación de las carreras judiciales sólo existe con tal rigor y nitidez en España, donde los fiscales no son siquiera considerados magistrados. Las razones que llevaron al legislador portugués a tomar esa opción no son claras, pero quizá radicaran en la convicción de que una carrera específica del Ministerio Público se imponía o armonizaba mejor, por una parte, con el principio de la autonomía frente al ejecutivo, y por otro, que así se prevenía mejor el peligro de corporativismo y de connivencia procesal entre magistraturas encargadas de funciones diversas dentro del proceso.

Veinte años de experiencia, sin embargo, han venido a demostrar lo contrario. Por un lado, no es seguro que no tengan lugar las "connivencias" procesales, y el bajo porcentaje de recursos interpuestos por el Ministerio Público es posiblemente un indicio significativo. Pero por otro lado, es hoy manifiesto (y la más reciente "crisis" lo atestigua de modo ejemplar) que la separación no combate el corporativismo, antes bien, lo acentúa y fomenta continuamente, bien sea en torno al acceso al Supremo Tribunal de Justicia, bien en cuanto a la distribución de las dependencias y de los ordenadores en los tribunales, etc.

Las virtudes de la separación, si las hubiera habido, ya dejaron de hacerse sentir. Este debate todavía no está ni siquiera iniciado, tantas son las resistencias de ambas magistraturas, pero es un debate inevitable a medio plazo.

5. Importa ahora analizar con algún detenimiento la magistratura del Ministerio Público. Comienzo por afirmar con toda claridad y firmeza: la autonomía del Ministerio Público frente a los demás órganos del poder central, regional y local (así se expresa su estatuto) es una de las piedras angulares de la reforma democrática de la justicia y condición indispensable de la independencia de los tribunales, ya que los jueces no tienen poder de iniciativa y se mueven dentro de los parámetros definidos por el Ministerio Público. La autonomía es también condición indispensable para la realización del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y para la persecución de los crímenes cometidos por los "poderosos". Nadie alberga dudas de que la independencia del Ministerio Público italiano ha sido condición esencial para la investigación de la corrupción en aquel país.

La importancia del Ministerio Público ha venido aumentando en las sociedades contemporáneas precisamente por vía de la necesidad de la responsabilización de los poderosos, por un lado, y de la garantía de calidad de la justicia y de su condición de exenta de todo compromiso, por otro. Sirvan de ejemplo la creación de un todavía incipiente Ministerio Público en Inglaterra (el *Crown Prosecution Service*) en 1985, después de los escandalosos "errores judiciales" en la lucha contra el IRA, por una parte; por otra, la apertura a la independencia del Ministerio Público expresada por el gobierno

francés y por el propio Presidente de la República (Jacques Chirac) lo que es significativo, pues Francia es la patria del modelo napoleónico de sumisión del Ministerio Público al ejecutivo; por último, el reciente reconocimiento por parte de la dimitida Comisión Europea de la necesidad de alterar el modelo seguido en la investigación de fraudes (hasta ahora confiado a la UCLAF, un organismo dependiente de la propia Comisión) precisamente por la falta de independencia del órgano; y el *Corpus juris* propuesto por la comisión de profesores de derecho penal nombrada por el Parlamento Europeo en el sentido de la creación de un Ministerio Público Europeo (con competencia para la investigación de las infracciones contra los intereses financieros de la Unión Europea) con un modelo muy próximo al del Ministerio Público portugués, y por él influenciado, como reconoció la propia Mireille Delmas-Marty (que formó parte de dicha comisión) hace un año en un debate llevado a cabo en la Asamblea de la República promovido por la Comisión de Derechos, Libertades y Garantías.

Si la autonomía es indiscutible, el modelo de gestión y de competencias es susceptible de discusión. Sólo voy a tratar de los siguientes aspectos: gobierno del Ministerio Público y competencia en el área penal, lo que se relaciona con el modelo de proceso penal.

El Ministerio Público está regido por el Consejo Superior del Ministerio Público, con competencias idénticas a las del Consejo Superior de la Magistratura, pero con una composición bastante diferente. Hay un principio común: el de la participación de magistrados elegidos por sus pares (además en igual número) al lado de miembros "laicos", pero la procedencia de éstos es, en parte, distinta: coincide la representación parlamentaria, pero los miembros designados por el Presidente de la República para el Consejo Superior de la Magistratura son "sustituidos" por igual número de miembros nombrados por el Gobierno. Donde claramente divergen es en la presencia de "miembros natos", los Procuradores Generales de los Distritos, en número de cuatro (nótese que en el Consejo Superior de la Magistratura también tuvieron asiento los presidentes de los Tribunales de Apelación) lo que, además de ampliar desmesuradamente el número de miembros del Consejo Superior del Ministerio Público (diecinueve frente a quince del de la Magistratura) le confiere un carácter más corporativo y de alguna forma refuerza la posición del Procurador General de la República, hacia quien los Procuradores Generales de los Distritos, por su posición jerárquica, muestran tendencia natural a aproximarse.

Este es sin duda un aspecto que merece reparos. El hecho de que el Ministerio Público sea una magistratura jerarquizada no justifica la presencia de los Procuradores Generales de los Distritos, bastando perfectamente con la del Procurador General de la República como "jefe máximo" de todos los magistrados del Ministerio Público.

Hablemos entonces del Procurador General y de la organización del Ministerio Público portugués. Este está organizado jerárquicamente en pirámide, en-

contrándose en el vértice el Procurador General, con autoridad sobre todos los miembros del Ministerio Público, debiendo los inferiores obediencia a sus superiores jerárquicos. Existen, no obstante, límites importantes a este poder jerárquico, como son el deber de negativa a órdenes ilegales y el derecho de negarse al cumplimiento de las que se basen en una violación grave de la conciencia jurídica.

Este modelo jerárquico, a pesar de ser tradicional en Portugal, no es común en la generalidad de los países europeos, donde está en vigor, o el modelo francés de sumisión directa al Ministro de Justicia por parte de los Fiscales Generales junto con los de los tribunales de segunda instancia, o bien el modelo italiano, donde el Ministerio Público es independiente del ejecutivo, estando la jerarquía limitada al interior de cada fiscalía, e incluso allí con límites trazados por el Consejo Superior de la Magistratura.

En Portugal, mientras tanto, la figura del Procurador General de la República como jefe de todo el Ministerio Público está profundamente enraizada en nuestra cultura judicial, como lo demuestra el hecho de que en las sucesivas reformas no se ha cuestionado su esfera de competencias (sino sólo la consagración de un mandato limitado en el tiempo).

Pero son evidentes los riesgos que envuelve la organización piramidal: el centralismo, que fomenta la rutina y pasividad de los inferiores, por un lado; el peligro del excesivo protagonismo que proporciona el cargo, riesgo agravado por la mediatización a que está sometido permanentemente. Esta centralización de poderes termina, no obstante, por hacer del Procurador General una figura frágil, pues se convierte en blanco preferente, con razón o sin ella, de los ejercicios de artillería político-partidista. Y esa fragilidad arrastra al Ministerio Público en su conjunto, que a los ojos del poder político y de la opinión pública se confunde con el Procurador General.

Es preciso afirmar con toda claridad: el Procurador General de la República no es el Ministerio Público, sino solo su jefe máximo; el Ministerio Público está constituido por cerca de novecientos magistrados que tienen competencia *propia* atribuida directamente por la ley y no delegada por aquél, que sólo puede dar órdenes, directivas e instrucciones *dentro de la legalidad* teniendo incluso el deber de, cuando emite directivas interpretadoras de la ley, hacerlas publicar en el Diario de la República, para su publicidad.

Los poderes del Procurador General terminan por ser "virtualmente" reforzados con una continua atribución, bien por los medios de comunicación social, bien por la propia clase política, de poderes que de hecho no le corresponden; es preciso que quede claro para toda la gente que el Procurador General no es quien tiene competencias para archivar quejas, ni siquiera para recibirlas (si las recibe tiene que remitirlas al magistrado competente territorialmente); no es el Procurador General quien resuelve los procesos. Es preciso que cese esa continua presión del Gobierno, partidos políticos y otras entidades sobre el Procurador General, presentándole quejas o pidiéndole cuentas, loándolo o acusándolo

según sean las decisiones tomadas. Es absolutamente esencial *enfriar la temperatura* en torno a la figura del Procurador General.

Pero también el Consejo Superior del Ministerio Público tiene aquí una palabra que decir. No siendo el Procurador General responsable ante él, evidentemente el Consejo constituye el punto de encuentro entre magistrados y representantes de los poderes políticos, es un foro donde deben ser tratadas y discutidas todas las cuestiones relativas al Ministerio Público. El Consejo debe funcionar como órgano de reflexión, de debate, de estabilidad y de responsabilidad pública de la magistratura; para eso es fundamental la publicidad de su actividad.

6. Otra cuestión muy importante, puede decirse que *candente* en los últimos tiempos, es el modelo de proceso penal.

La jurisdicción penal ha venido a conocer en los últimos años, a nivel europeo, una dimensión siempre creciente, por dos razones fundamentales: una, la crisis del Estado-Providencia, con la reducción del gasto público, que ha acentuado las desigualdades sociales y en consecuencia, arrojado a la marginalidad y al crimen (sobre todo a través del fenómeno de la droga) a amplios estratos de la población; por otro lado, se ha agravado el fenómeno de la criminalidad organizada, generalmente transnacional, que abarca múltiples "ramos" de actividad: droga, armas, pedofilia, tráfico de órganos, etc.; por último, una nueva cara de la criminalidad ha surgido a la luz del día: la de la corrupción y en general, los delitos cometidos por los titulares de los cargos políticos.

Las estructuras existentes se han revelado desfasadas. El crecimiento de la criminalidad deriva de causas diversas y por eso ha de tener respuestas variadas, a nivel material y procesal; es aquí donde interviene el debate sobre el modelo de proceso penal adecuado al mundo de hoy.

En el espacio europeo dominan dos tipos de proceso: el proceso "mixto" en el que la investigación está presidida por un juez, el juez de instrucción, que ejerce simultáneamente funciones de investigación y de naturaleza jurisdiccional; y el proceso de base acusatoria, en el que la investigación se defiende al Ministerio Público, correspondiendo al juez de instrucción sólo funciones de control sobre la actividad de aquél en relación con la salvaguarda de las garantías fundamentales, el llamado "juez de las libertades".

El proceso inglés es diferente: "desaparece" el Ministerio Público, siendo la policía competente no sólo para investigar, sino también para ejercer la acción penal. Este sistema se basa en la concepción de una política criminal definida por el Gobierno, que responde directamente ante el pueblo y solo por él puede ser censurado o sancionado. Si falla esa política, el pueblo ejercerá su poder de censura en las urnas. No existe otro control de la actividad gubernamental. La policía, que ejecuta la política del Gobierno, se presenta naturalmente como la titular de la acción penal.

Con todo, este tipo de proceso adolece de obvias limitaciones y peligros. En verdad el proceso penal

anglosajón (incluyendo la versión americana) no persigue la verdad material, antes bien, la pacificación y la conformación social. De ahí la importancia que asume la negociación con el acusado; de ahí la inexistencia del principio de obligatoriedad de la acción penal. Por tanto, son evidentes los peligros de manipulación de la acción penal a gusto de las conveniencias del partido en el poder. ¿Cómo podrá la policía investigar los crímenes cometidos en el ejercicio del poder si depende precisamente de ese mismo poder? La ligazón al ejecutivo inviabiliza cualquier investigación seria relativa a hechos cometidos por responsables políticos o en general por personalidades con poder económico o financiero. La creación de la institución de los "fiscales independientes" en EE.UU. demuestra la necesidad de conferir la investigación de ese tipo de crímenes a una entidad independiente; pero las deficiencias del nombramiento de fiscales independientes "ad hoc" han quedado bien visibles en el reciente caso Clinton-Lewinsky.

El proceso inglés ha sufrido, mientras tanto, alteraciones en los últimos años, siendo notoria una evolución en el sentido de aproximarse al proceso acusatorio continental. En verdad, después de descubierta una serie de graves "errores judiciales" en la lucha contra el IRA, fue creado, como ya se dijo, el *Crown Prosecution Service* en 1985, sólo con funciones de control de las acusaciones formuladas por la policía; o sea, la policía continúa teniendo competencia para archivar procesos, y sólo cuando formula acusación interviene aquel servicio; pero la intervención en juicio en las *courts* continúa conferida a abogados contratados por el Estado. En suma, el proceso penal inglés está en evolución, lenta como es natural en un país extremadamente conservador en el aspecto institucional, y ante los intereses corporativos instituidos, pero irreversible en el sentido del refuerzo de la intervención de una entidad independiente en el ejercicio de la acción penal.

En Europa el modelo tradicional es el napoleónico, que defiere la investigación al juez de instrucción, asistido por la policía judicial, y también con funciones jurisdiccionales en esa fase procesal. Es el modelo que todavía está en vigor en Francia y otros países.

En Alemania, en Italia y desde 1987 en Portugal, el modelo adoptado es el de un proceso básicamente acusatorio (en España se registra igualmente una evolución en este sentido con la aprobación en 1995 de la Ley del Jurado). Esto significa que el Ministerio Público ha pasado a tener competencia para dirigir siempre la investigación criminal (anteriormente ya la tenía para los procesos por delitos castigados con pena no superior a tres años) dependiendo funcionalmente de él los órganos de la policía criminal, especialmente la policía judicial; el juez de instrucción sólo interviene en la investigación para la tutela de los derechos fundamentales (el referido "juez de las libertades") y dirige la "instrucción" que es una fase subsiguiente, eventual, del proceso, destinada a confirmar o no la acusación o abstención del Ministerio Público.

Este tipo de proceso tiene sobre el modelo de juez de instrucción la evidente ventaja inmediata de

clarificar el papel de los actores en presencia, y al mismo tiempo convierte al proceso en más funcional y eficaz. En verdad, la figura del juez de instrucción encierra una contradicción fundamental: siendo el juez, por definición, un tercero imparcial, alguien por encima de las partes, es contradictorio atribuirle una función de investigación en la que inevitablemente viste el traje de *parte*. En la fase de instrucción la figura del juez sólo se justifica para la tutela de derechos fundamentales: esa sí es función sustantivamente jurisdiccional y por tanto atribuible únicamente a un juez.

Por otro lado, el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal, o sea, le corresponde tomar la decisión de acusar o no acusar después de analizar las pruebas recogidas durante la investigación, destinándose ésta a permitirle tomar posición sobre si debe formular acusación o abstención: es natural que la fase de investigación (inquisición) se encuentre bajo su dirección funcional.

Una de las grandes confusiones que ha reinado versa sobre los "excesivos" poderes del Ministerio Público en la investigación: unos suspiran por el regreso a ella del juez de instrucción; otros (a veces los mismos) defienden un "reparto" de poderes entre el Ministerio Público y la policía judicial.

En orden al papel del juez de instrucción, nada hay que agregar a lo que ya ha quedado dicho. En relación con la policía judicial, dígame que constituye un signo de la mayor confusión y tal vez incluso ignorancia, la defensa de un "equilibrio" de funciones entre el Ministerio Público y la policía. ¿Qué partición, qué equilibrio de poderes puede establecerse entre una magistratura que asienta su legitimidad en su estatuto de autonomía, que le dota de independencia, imparcialidad y objetividad, y con responsabilidad específica, y una policía dependiente orgánicamente del Gobierno? Pues una de dos: o los poderes de la policía le son conferidos por la legitimidad que detenta el Ministro de Justicia, integrante de un órgano de soberanía legitimado democráticamente, y entonces se hace de este miembro del Gobierno un co-titular de la investigación, lo que es absurdo; o si no, la policía judicial goza de autonomía frente al propio ministro de Justicia, lo que es mucho peor, porque quedaría sin ninguna tutela democrática, sin disponer de un estatuto paralelo al del Ministerio Público ni de los controles a que éste está sometido.

La policía judicial es un órgano *auxiliar* del Ministerio Público en la investigación. Con abstracción de su dependencia orgánica al Ministro de Justicia, que no se cuestiona, la dependencia *funcional* es inherente a esa naturaleza de órgano auxiliar. De la misma manera, no se discute que la función de investigación implica una cierta autonomía técnica y táctica, "sobre el terreno", como se dice; lo que es inadmisibles es la "autonomía estratégica", el poder de definir estrategias en la lucha contra la criminalidad (o de impugnar las definidas por el Ministerio Público) lo que implica opciones de fondo que solo puede tomar un órgano legitimado y controlado como éste. La inquisición no puede ser "repartida" entre el mismo y la policía judicial. El "equilibrio" de



poderes nunca puede establecerse, en un Estado de derecho democrático, a través del refuerzo de la policía, sino con el control jurisdiccional de la actividad del Ministerio Público. De haber necesidad de correcciones del equilibrio, es en este binomio Ministerio Público/juez en el que deben ser tratadas.

Es tiempo de clarificar las funciones de cada uno: la policía investiga bajo la dirección del Ministerio Público; éste dirige la investigación y ejercita la acción penal; el juez de instrucción provee a los actos jurisdiccionales durante la investigación; el juez del juicio juzga. Las tareas están distribuidas y es preciso que cada uno las asuma, para que cada uno pueda ser responsabilizado por lo que hace o no hace. Lo que no sucederá mientras subsista la contestación permanente a las reglas definidas. ¿Quién, de hecho, se responsabiliza actualmente?

El modelo de proceso penal vigente tiene virtualidades para funcionar y mejorar la calidad y la celeridad de la justicia penal. Es preciso que lo dejen funcionar. Es cierto que podrán introducirse algunas mejoras, sobre todo en lo que se relaciona con el control de la abstención del Ministerio Público en los delitos en los que el ofendido es el Estado, que es representado por aquél ante los tribunales. Ese control puede obtenerse, bien a través de la ampliación de la posibilidad de la constitución de cual-

quier persona como coadyuvante (la reciente reforma del Código de Proceso Penal va en ese sentido), bien a través de la intervención de oficio del juez de instrucción.

Lo que es esencial es que se deje actuar al modelo durante un plazo razonable para valorar su funcionalidad así como su conformidad con los derechos fundamentales. No se puede admitir que se practique la crítica permanente y anticipada, inviabilizándose de entrada cualesquiera resultados. Actuar de esa forma no sólo es estimular la interminable continuación de la crisis del proceso penal: también es contribuir a la completa dilución de responsabilidades.

7. Es tiempo de sustituir el discurso de la crisis por el *discurso crítico*. Aquél es estéril, se alimenta de sí mismo, se reproduce indefinidamente. Evidentemente tiene intereses subyacentes, algunos de cuyos partidarios tienen a veces dificultades para esconder. Es un discurso obscurantista. Es tiempo de hacer la crítica del discurso de la crisis, pasar al discurso crítico. Eso ha sido lo que modestamente se ha intentado provocar aquí, en una reflexión, para que tenga continuación.

(Trad. de Carlos LOPEZ KELLER).

## Libros con mucho Derecho



**Cedecs Editorial**

Polígono Industrial Cova Solera  
C. París, 1/7 - Nave 31  
08191 - RUBÍ (BARCELONA)  
Tel. 93 699 16 54 - Fax 93 699 40 36

### RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Juan Manuel López Ulla  
626 págs. / 9.135 Pts. / Ed. 1999

### EL IMPUTADO Y EL TESTIGO ANTE EL JUEZ Psicología del interrogatorio

Andrés Segura Oronich  
204 págs. / 3.365 Pts. / Ed. 1998

### DELITOS Y FALTAS RELACIONADOS CON LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995 Aspectos generales, la responsabilidad civil.

Ramón Macià Gómez  
223 págs. / 3.365 Pts. / Ed. 1996

### EL DELITO DE INJURIA

Ramón Macià Gómez  
195 págs. / 2.981 Pts. / Ed. 1997

### SISTEMAS DE PROCESO PENAL EN EUROPA

Ramón Macià Gómez (Director)  
383 págs. / 5.673 Pts. / Ed. 1998

### MANUAL DE GRAFOSCOPIA

#### Identificación de escritura y firmas

Miguel Ángel Robles Llorente / Antonio Vegas Ramos  
En preparación

### FALSEDADES DOCUMENTALES

Carolina Villacampa  
En preparación

### LA DESCENTRALIZACIÓN Y EL FEDERALISMO

#### Nuevos modelos de Autonomía Política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido)

Miguel Ángel Aparicio (Dir)  
1 vol. / 271 págs. / 1999 / 3.100 Pts.

### MARGINACION, ESTADO SOCIAL Y PRESTACIONES AUTONÓMICAS

Miguel Ángel García Herrera / Gonzalo Maestro Buelga  
En preparación