

El fiscal: entre su potenciación y su instrumentalización

José María MENA ALVAREZ

El mundo de la justicia parece estar en convulsión. Hemos oído decir que la justicia «es un cachondeo» y que es, sencillamente, un desastre. Los medios de comunicación se ocupan del fenómeno con una frecuencia a juicio de algunos, desmesurada. Las actuaciones judiciales, en ocasiones, apasionan. Se critica la falta de actuación de los jueces y fiscales, así como, en otros casos, su excesivo celo o protagonismo; su lentitud, su distanciamiento respecto de la sensibilidad social, su compromiso social o político, etc.

Esto no es un fenómeno específicamente hispano. Esto ocurre en toda Europa. Los magistrados y fiscales europeos reflexionan sobre su función y sobre su imagen pública, sobre su pasado y sobre su futuro. Recientemente el Sindicato de los Magistrados del Ministerio Público de Portugal organizó un encuentro internacional en el que se planteó, específicamente, el análisis comparativo de las funciones del ministerio público desde perspectivas democráticas de progreso. Y no hace mucho tiempo, en Italia, se producía un encuentro de similares características.

En este contexto, el recientísimo Referendum italiano sobre la responsabilidad civil de los jueces, interesadamente presentado como un incremento de garantías al ciudadano, más parece, desde la perspectiva de Magistratura Democrática, un proyecto de intimidación orquestado frente al ejercicio democrático progresista de la independencia judicial.

El problema de fondo parece estar en que las estructuras decimonónicas, históricas, vigentes, no se adecúan a la sociedad actual, y a los problemas de ésta que demandan soluciones judiciales. Sin embargo esta misma dinámica social se viene dotando, a sí misma, de estructuras e instancias democráticas capaces de canalizar la solución de los problemas, naturalmente de conformidad con la dirección que propician los grupos sociales dominantes. De este modo los cauces de organización y solución inmediatamente políticos disponen de una proximidad a los problemas y de una agilidad de actuación, que faltan en aquellas estructuras decimonónicas que enmarcan el mundo judicial. Dentro de estas coordenadas no es ocioso recordar el criterio de Miguel Angel Aparicio expuesto en el prólogo a «La independencia del juez» de Dieter Simon: «La justicia, como justicia tradicional, presta un servicio suplementario y también de cierta consideración: presta el servicio de su propia ineficacia, de la necesidad estructural de que la justicia funcione, dentro de determinados límites de tolerancia, lo suficientemen-

te mal como para que no ocupe espacios políticos y sociales en que iría en contra de las íntimas necesidades del sistema».

Este efecto «relativa ineficacia tolerada» que muchos sospechaban, genera, razonablemente, la inmovilidad de las estructuras históricas del aparato judicial, mitificando sus rasgos ancestrales, y se asienta en la rigidez del sistema que de todo ello se deriva.

La incuestionable independencia judicial, y la propia división constitucional de poderes, aparecen salpicadas por el citado efecto. Y así, no es difícil comprender la traslación interesada de la consecuencia de «ineficacia tolerada» sea o no políticamente calculada, a la esencia de la función de juzgar. Las causas y los resultados de las críticas y los descontentos sirven, de este modo, objetivamente, y de acuerdo con el viejo análisis del «quid prodest», a la descompensación entre los poderes constitucionales, en beneficio, obviamente, del Poder Ejecutivo, y de los grupos sociales dominantes que encuentran sus vías de eficaz dirección social, y de gestión de sus intereses, en la agilidad de sus cauces políticos.

De todo ello se desprende una contradicción creciente entre las instituciones y funciones del Poder Judicial y las que corresponden al Poder Ejecutivo y se sirven de él, con independencia de que estas gocen de legitimación democrática. Los sistemas correctores de esta contradicción tienden a nivelar, o desnivelar, la balanza dotando de mayor peso a uno u otro de sus platillos. No es otra la interpretación que merecen algunas perspectivas de «desjudicializar» ciertos conflictos sociales, en vez de otros, o a criminalizar unas conductas antisociales en vez de otras, o las perspectivas que tienden a primar o justificar la supuesta eficacia, por encima de las garantías de los derechos de los ciudadanos, en un esquema general de hipertrofia del Poder Ejecutivo que crece por toda Europa.

Las instituciones que componen el Poder Judicial precisan, para recobrar o no perder el peso de su platillo en la balanza, una recomposición o adecuación de sus instrumentos, en tanto que «recursos escasos» frente a una demanda social creciente, que es expresión de la necesidad popular de que el Poder Judicial cumpla su función constitucional como poder.

Esta demanda social resulta insatisfecha más allá de los intereses de los grupos hegemónicos socialmente.

Ante la frustración de las expectativas de solución de los conflictos, la sociedad acaba dotándose de

otras vías para resolverlos. Y así surgen en el entramado social, con frecuencia, cauces de dinámica social alternativos a los institucionales, o simplemente a los que tradicionalmente han desempeñado una determinada función, ahora generadora de frustración en las expectativas sociales. Este relevo en los resortes de solución de conflictos se produce en la base del tejido social, y de conformidad con su propia dialéctica. En este sentido, por tanto, el fenómeno puede calificarse, globalmente, y en líneas generales, como positivo, dinámico, de progreso.

Sin embargo este fenómeno no afecta, al menos inmediatamente, a la relación entre los tres Poderes del Estado. Estos no constituyen, según Poulantzas, más que «componentes de una unidad centralizada organizada partiendo del predominio de uno de esos Poderes sobre los otros». Parece claro que las relaciones dialécticas de la sociedad no se corresponden mecánicamente con las relaciones entre los Poderes del Estado, por más que, antes o después, determinen, en tanto que motores del conjunto social, las formas de relación entre los tres Poderes.

Por esta razón, así como en la base social los fenómenos de sustitución de resortes y de relevos de instancias sociales, tienen un origen «natural», que parte directamente del propio fenómeno social, entre los Poderes del Estado la dinámica de recíproca irrupción en los espacios de los otros tiene un origen «político», parte de mediaciones de específica voluntad política, que en cuanto circulan por vías de hecho, al margen de específicas previsiones constitucionales, comportan desestabilización entre los Poderes, deterioro democrático.

A partir de este criterio, las experiencias de «suplencia judicial» que se detectan no sólo entre nosotros, sino en toda Europa, parece que deben catalogarse como fenómenos propios de la base del tejido social. Al margen de la crítica de que todo sustituisimo puede expresar un idealismo que bloqueará la dinámica natural de cada conflicto, lo cierto es que en las experiencias concretas de «suplencia judicial» los jueces operan a la vez, y contradictoriamente, como juez y como ciudadano, desde la sensación cívica de la necesidad social no resuelta por sus propios cauces, y desde la posibilidad institucional de resolverlos a través del juzgado.

Siguiendo este razonamiento podemos considerar como, en los casos en que el Poder Ejecutivo irrumpe en el ámbito del Poder Judicial, tal irrupción tiene unas características políticas que difícilmente cabría caracterizar como positivas, de progreso, por más que se justifique por razón de eficacia o de conveniencia, de proximidad política a los problemas, de agilidad de los instrumentos políticos de intervención e incluso de inmediata legitimación democrática.

Un sistema sutil, por más que histórico, de irrupción del Poder Ejecutivo en el ámbito del Poder Judicial, es el de la instrumentalización del ministerio

fiscal. Aparente y formalmente su irrupción en el área del juez podría justificarse como un modo de suplencia, como un efecto positivo, de progreso, de la dinámica interna del aparato judicial «lato sensu». Razones de eficaz división del trabajo abonarían esta posición.

La inaplazable actuación del aparato interno del ministerio público para conseguir, escuetamente, cumplir su cometido constitucional, superando la deplorable burocratización de algunas de sus funciones, abre perspectivas de potenciación de la institución, que no deben aplazarse, ni abandonarse por los riesgos que comporta, los riesgos, en todos los casos, se evitan con sistemas institucionales de controles, y no con la condena de los instrumentos sociales.

Pero no deben olvidarse los orígenes del ministerio público, su función inicial de «puente» entre el Poder Ejecutivo y el Judicial. Su peculiar alojamiento constitucional, y su cotidiano cometido, le han ido alejando progresivamente de su original ambigüedad. La discrecionalidad política original, que residía fuera de la institución, hoy, entre nosotros, está sustituida por la sujeción al principio de legalidad. La imperatividad política original, que residía en el Soberano, está sustituida por la condición procesal de parte, ante el árbitro judicial, independiente, que personifica al Poder Judicial.

Por ello dos cuestiones concretas preocupan de forma especial cuando se analizan las tendencias europeas hacia la «potenciación-instrumentalización» del ministerio público: su función instructora en materia penal, y su ejercicio del principio de oportunidad con criterios extrajurídicos canalizados a través de su vinculación con el Poder Ejecutivo. Ambas cuestiones afectan gravemente al ejercicio de la función constitucional del juez, en la medida en que una condiciona, y otra puede restringir su capacidad soberana de conocer y resolver todos los conflictos.

En toda Europa el ministerio público depende, en mayor o menor grado, del Poder Ejecutivo, salvo en Italia (de ahí los aires de reforma) en Grecia, países en que goza de «independencia externa». En estas condiciones le corresponde, en general, la función instructora. El principio de oportunidad rige en Bélgica, Francia, Holanda, Alemania. El modelo español, sin duda, se aleja bastante, afortunadamente, del de los países que generalmente tenemos por modélicos.

Pero es necesario que no comience a aproximarse a ellos en la dirección no deseable. Es la línea a la que se refería Giovanni Palombarini cuando señalaba que «sólo en el momento en que la independencia de la magistratura ha llegado, por el empeño de alguno de sus sectores, a realizar verdaderamente en determinados momentos uno de los contenidos esenciales de la jurisdicción, cual es el control en todas las direcciones de la legalidad de los modos del ejercicio del poder, se ha comenzado a re-

pensar sobre el problema de la colocación y de los poderes del ministerio público. Y, sigue argumentando el mismo autor, dejando a parte debates teóricos, existen síntomas de los riesgos de un ministerio público excesivamente accesible para el Poder Ejecutivo. Y recuerda que «los intentos de formación del gobierno Spadolini plantearon la cuestión del ministerio público porque correspondía a la polémica del Banco Ambrosiano y de la P2, y a la del escándalo del petróleo».

Afortunadamente en España no existen ejemplos similares, y no cabe insinuar, en absoluto, que sea esa la perspectiva. Pero, trazada una estructura orgánica, existe siempre el riesgo objetivo de servir en bandeja el instrumento a detentadores del poder no deseables, sea por su origen, sea por sus maneras de ejercerlo.

Por estas razones es justo que cunda la alarma. La instrumentalización del ministerio público significaría un riesgo grave de empobrecimiento democrático. Pero de ello no debe extraerse la conclusión de que sea negativa la potenciación del ministerio fiscal. Esta es necesaria para el real cumplimiento de los fines constitucionales de la institución en profundidad, desbordando burocratismos y corporativismos. Pero, además, la instrumentalización constituye el principal obstáculo para la potenciación.

En efecto: suele presentarse el modelo de la institución, con mayor pujanza, en cuanto detente la funciones y la presencia social resultante de su propia instrumentalización, de tal modo que se provoca la dependencia de aquella respecto de esta.

Sin embargo parece que lo deseable es un ministerio fiscal ceñido a sus funciones constitucionales, defensor de la legalidad y del interés social, capaz de proveerse de pruebas con qué ejercer la acción penal ante jueces independientes, capaz de aproximarse a las demandas sociales que precisan su intervención extrapenal eficaz, ágil, imparcial. Para esto es necesario un aparato institucional que hoy no es suficiente. Alcanzar esta suficiencia es la línea correcta de potenciación del ministerio fiscal.

Por el contrario, por la vía de la instrumentalización se hace imposible conseguir los dichos objetivos, al ampliar el ámbito de actuación hacia áreas constitucionales próximas al Poder Judicial. El crecimiento de la institución con ese propósito, lo sería tan sólo en esa dirección. Y constituiría un modo de sustitución o suplencia. Pero no una suplencia nacida de las bases de la demanda social, del fondo del tejido social de su dinámica, de sus contradicciones, sino una suplencia nacida de la tensión entre los Poderes del Estado. Y debe pensarse que los fenómenos de esta índole tienen una dinámica en cascada. La suplencia judicial, a la que antes hemos hecho referencia, no sería la última, si apareciera la suplencia del fiscal. Pero esta tampoco será la última porque, tras ella, por los engorros derivados del ejercicio de la imparcialidad, o por las insuficiencias derivadas de su escasa potenciación, la lógica de la cascada de suplencias nos llevaría a la que, necesariamente sería la última: la de las instituciones que nunca deberían superar su condición de órganos auxiliares del Poder Judicial.