

# LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ\*

SUMARIO: I. *El papel de la jurisdicción en la garantía de los derechos fundamentales.* II. *La tutela judicial y las garantías procesales como derechos fundamentales.* III. *“Organizar” la presunción de inocencia.* IV. *Ante la deriva neoinquisitiva del proceso penal. Algunas conclusiones.*

## I. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN EN LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El sintagma “derechos fundamentales” denota la forma jurídica que en nuestro momento de cultura reciben los intereses y expectativas que —se entiende— constituyen al hombre como persona. Por eso tienen la consideración de universales, en el sentido de reconocidos a todos por igual, lo que hace que no puedan ser objeto de disposición.

De ese carácter esencial y básico de los derechos fundamentales así concebidos, se deriva su naturaleza de normas en sentido propio, que operan como “límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”, al decir de Ferrajoli.<sup>1</sup>

Tal *status* normativo de los derechos fundamentales y el consiguiente carácter de límites y vínculos para cualquier clase de poder es lo que, en el Estado constitucional, hace de ellos en su conjunto un momento previo al de la política y también al de la legalidad ordinaria, para los que aquéllos representan el deber ser jurídico. Es por lo que, según el mismo autor, integran una “dimensión sustancial” o “esfera de lo indecidi-

\* Magistrado del Tribunal Supremo español.

<sup>1</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de P. Andrés Ibáñez, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 39.

ble”, que se superpone no sólo al derecho, sino incluso a la democracia.<sup>2</sup>

En esta concepción, los derechos fundamentales han dejado de ser un referente externo del sistema, puesto que no podría haber democracia sin derechos, es decir, sin sujetos plenamente reconocidos como portadores de éstos a todos los efectos. Así, con palabras de Häberle, los derechos son el “fundamento funcional” de aquélla, pues sólo “a través del ejercicio individual de los derechos fundamentales, se realiza un proceso de libertad que constituye un elemento esencial de la democracia”.<sup>3</sup>

Tal modo de entender los derechos fundamentales, la democracia y el orden jurídico comporta un perfeccionamiento del Estado legislativo de derecho, una superación de su limitación más importante. El Estado legislativo de derecho, expresión de la preocupación ilustrada por sujetar el poder a la ley, sin embargo, la concibió exclusivamente *sub specie* de ley ordinaria, es decir, como expresión de la voluntad incondicionada de cada actual mayoría.

La práctica de este diseño de Estado es bien conocida en sus efectos. El ejercicio de la soberanía está sometido a algunas exigencias procedimentales —sobre el *quién* y el *cómo*— en lo relativo a la forma de expresión de la voluntad política, único momento en que la proyección del derecho alcanza alguna eficacia. Pero, por lo demás, los derechos de los ciudadanos se quedan en la mera proclamación *pro forma*, ya que sus presupuestos materiales están librados a las vicisitudes de la política y del mercado.

El resultado a que conduce el modelo, suficientemente acreditado por la historia, incluso la más reciente, es el de la plena autonomía de la política, la virtual inmunidad de los poderes privados frente al derecho, y, en suma, el fracaso esencial de la garantía jurídica.

Se trata de una experiencia que da pleno sentido a la doble afirmación del artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”.

Y así ha sido, porque la ausencia de una esfera de derecho supraordenada a todas las demás en función de garantía de los derechos como fundamentales, y la consiguiente falta de un dispositivo institucional capaz de dotarlos de amparo jurídico, hicieron de ellos un puro objeto de la voluntad política en acto con proyección indiferenciada en todos los pla-

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 23 y 24.

<sup>3</sup> Häberle, Meter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. del italiano de C. Ramos y A. Luya, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 71.

nos de la institucionalidad estatal: en el ámbito de la elaboración de la ley y en el de su aplicación. En el caso de la judicial, por el cauce de una magistratura articulada conforme al modelo bonapartista, que, según su fundador, hacía de ella *le plus grand moyen d'un gouvernement*.<sup>4</sup>

A la luz de tales antecedentes y de lo sucedido en las dramáticas experiencias de involución autoritaria del Estado liberal de derecho de que fue tan rico el siglo XX, se entiende que en los momentos de crecimiento democrático que siguieron a la superación de esos procesos, las nuevas mayorías constituyentes, por lo regular, volvieron los ojos hacia el derecho, correctamente entendido como contrapunto necesario frente a eventuales desviaciones en el ejercicio de la política democrática.

El resultado, lo sabemos bien, fue la constitucionalización *normativa* de los derechos humanos, ahora *derechos fundamentales* y el fortalecimiento de la independencia judicial. Y en el punto de intersección de ambos vectores, la articulación de una exigente disciplina constitucional del proceso, en particular, del proceso penal.

El reforzamiento del papel constitucional del Poder Judicial está directamente conectado con la nueva naturaleza de los derechos. Pues éstos, en tanto que esfera previa y *al margen* de la política, sobre la que deben tener una proyección normativa, precisan de una institución de garantía dotada de un estatuto que le asegure asimismo la independencia necesaria en relación con aquélla para darles actuación.

En este modelo estatal, el juez no es ni representante ni delegado de la mayoría, sino órgano del orden jurídico-constitucional, del que recibe directamente su legitimidad, que debe confirmar, *acto por acto*, mediante la constitucionalidad de sus prácticas.

Condición de posibilidad de la prestación de este importante cometido es la colocación institucional de la organización judicial y del juez en una posición de independencia respecto de las demás instancias estatales. A ello se orientan, en un primer momento, las llamadas garantías orgánicas, que tienen que ver tanto con el estatuto de la magistratura en el contexto general del Estado, como con el del juez individual en su propio marco organizativo, al impartir jurisdicción.

En este segundo momento adquieren una relevancia particular las garantías procesales, que son garantías *frente al juez*, que, como sujeto de poder, también está expuesto al abuso. Su independencia asegura que no operará en el proceso como *parte política*. La imparcialidad será el resultado de esa independencia y, además, del reconocimiento de un cuadro de derechos a las partes; pues sólo si éstas ocupan en plenitud

<sup>4</sup> Napoleón Bonaparte citado por Royer, J. P., *Histoire de la justice en France*, París, Presses Universitaires de France, 1995, p. 407.

su propio espacio el juez estará realmente en el suyo, es decir, en su papel de tercero con capacidad de decidir sólo conforme a la verdad de hechos y a las prescripciones legales.

Lo que se predica del juez tendría que predicarse también del fiscal, por su condición de agente de la legalidad y porque su función es en la práctica muy condicionante de la propiamente jurisdiccional, en particular cuando se trata de la persecución de conductas delictivas producidas en medios del poder político o vinculados a éste.<sup>5</sup>

Instituida fuera del radio de acción del sufragio, la jurisdicción no padece por ello ningún déficit de legitimidad; sino que tiene la precisa y, además, de la calidad necesaria para ejercer su papel constitucional. Éste puede hacerle entrar en ocasional conflicto con los órganos de expresión de la mayoría política, cuando, como tantas veces ocurre, deba prestar tutela a sujetos de derechos en posiciones minoritarias o marginales. Es por lo que su vinculación a la soberanía popular se produce por el cauce de la Constitución y de la ley, según se ha dicho.

## II. LA TUTELA JUDICIAL Y LAS GARANTÍAS PROCESALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde alguna posición doctrinal se sostiene que la garantía jurisdiccional forma parte integrante del contenido esencial de los derechos fundamentales. La propuesta es sugestiva porque parece aportar un *plus* de relevancia al momento jurisdiccional, pero, como ha puesto de relieve

<sup>5</sup> Al respecto, resulta la mar de elocuente lo sucedido en la experiencia europea de los últimos años, en la que la calidad de la respuesta judicial a los gravísimos fenómenos de corrupción que se han conocido se encuentra directamente relacionada con la calidad de independencia del fiscal. Así, es interesante comprobar que mientras en Italia la reacción penal frente a la corrupción ha sido protagonizada por el Ministerio Público (independiente), en España, en general, se ha debido a la iniciativa privada, mediante el uso de la acción popular. Que, por cierto, en medios políticos, y con notable consenso, se querría ahora *redimensionar* en sus posibilidades legales de ejercicio. Es de lo más instructivo poner en relación el estatuto del ministerio público (de mayor o menor independencia) y la calidad de su implicación en la persecución de las ilegalidades del poder y de los poderosos, en general. Cfr. sobre el particular, Andrés Ibáñez, Perfecto, "Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal", en Prego, A. (ed.), *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*, Madrid, CGPJ, 1995; Nicod, J. C., "El Ministerio Público en Francia", trad. de J. R. Prada, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 18, 1993; Muhm, R., "Dependencia del ministerio fiscal del ejecutivo en la República Federal Alemana. Crisis del modelo y perspectivas de reforma", en la misma revista, núm. 11, 1994; y Costa, E. Maia, "El Ministerio Fiscal en Portugal", trad. de C. López Keller, en la misma revista, núm. 21, 1994.

Ferrajoli, no resulta aceptable. La garantía judicial es necesaria para asegurar la efectividad de los derechos, pero no se integra estructuralmente en éstos, sino que constituye respecto de ellos un dispositivo *externo*, que el legislador está obligado a prever, una vez que los mismos existen como tales. Pues, en el ordenamiento constitucional, los derechos fundamentales, en su calidad de normas del máximo rango, prescriben al legislativo la articulación del régimen de garantías requerido para evitar que su proclamación pueda resultar frustrada en la práctica. Es por lo que, con sobrada razón, el propio Ferrajoli ha escrito que allí donde falta la garantía lo que concurre no es una suerte de *no-derecho*, o de *derecho de papel*, como a veces se ha dicho, sino un incumplimiento por parte del legislador, una laguna, que debe ser denunciada como tal.<sup>6</sup> Este punto de vista es el que mejor se ajusta a la naturaleza de los derechos fundamentales, e incluso del Poder Constituyente, cuyas determinaciones tienen ya en sí mismas un verdadero estatuto normativo y, en consecuencia, aptitud para preservar un núcleo no disponible por el legislador ordinario.

La garantía —o derecho a la tutela— jurisdiccional es un derecho fundamental *por derivación*, en tanto que resulta necesaria para dar efectividad a los derechos fundamentales en sentido propio, cuando fracasa la garantía primaria de éstos (la obligación jurídica de respeto al imperativo que encarnan). Y, a su vez, las garantías procesales, o garantías frente al —poder del— juez en el proceso, gozan de idéntico estatuto, debido a que constituyen otros tantos límites destinados a circunscribir el alcance de las intervenciones de aquél, por su particular incidencia en los bienes más sensibles.

Para lo primero está previsto el acceso a la jurisdicción como tal, es decir, la posibilidad de acudir al juez en demanda de tutela frente a otros sujetos, públicos o privados. La segunda dimensión de la garantía entra en juego durante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y, en particular, cuando se trata de la justicia penal, precisamente para evitar que pueda experimentar desviaciones en su ejercicio.

El derecho a la jurisdicción, en esta perspectiva, integra el derecho a la existencia de una determinada forma de organización y a que la actuación de ésta se desarrolle conforme a ciertos procedimientos legalmente preestablecidos.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Ferrajoli, L., *op. cit.*, nota 1, p. 63.

<sup>7</sup> Sobre el derecho a la tutela judicial como “derecho a organización y procedimiento”, puede verse Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdéz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 454 y ss. También Aparicio Pérez, M. A., “El derecho a la organización de la tutela judicial efectiva”, *Anuario de Derecho Públi-*

### III. "ORGANIZAR" LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Una aproximación intelectualmente honesta a la realidad de la investigación criminal, y del proceso penal en general, debe partir de una clásica constatación de Carnelutti: en ellos "no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes".<sup>8</sup>

Se trata de una aporía que ha acompañado a la experiencia procesal penal a lo largo de toda su historia y que ha tenido y tiene dos efectos. Uno es que vierte sobre ella una inevitable carga de ilegitimidad, por razón de la injusticia implícita en ese dato. El otro es que, precisamente por eso, el proceso penal ha ejercido siempre una suerte de *atracción fatal* sobre el poder, una persuasiva *invitación* a usos instrumentales del mismo con fines de penalización inmediata. Éstos siempre presentes en mayor o menor medida.

La valencia —al menos potencialmente— contradictoria del proceso criminal ha sido expresada con notable plasticidad por Ferrajoli, al decir que en él conviven las dos dimensiones de "saber" y de "poder", de "conocimiento" y de "decisión".<sup>9</sup> Con la particularidad de que, generalmente, ha prevalecido la segunda en perjuicio de la primera; siendo éste un planteamiento que debería invertirse en un proceso de inspiración constitucional y garantista.

Este punto de vista tiene una clara anticipación en Beccaria, con su denuncia del proceso penal del antiguo régimen como "un proceso ofensivo", porque en él —decía— "el juez se hace enemigo del reo". Lo que le llevó a reclamar un proceso "informativo", eficazmente orientado a "la indagación indiferente del hecho".<sup>10</sup> Y tiene también una clara expresión en el modo de denotar al imputado, como reo (*reus*, en latín) término que indudablemente remite a *res* (cosa en la misma lengua). Tratamiento semántico adecuado para un modelo procesal en el que, según Cordero, aquél era "el depositario de una verdad a expresar",<sup>11</sup> en el contexto de lo que se conducía como una más de las vicisitudes de una lucha, en el fondo religiosa, contra el mal.

*co y Estudios Políticos*, núm. 1, monográfico sobre *El Poder Judicial*, Universidad de Granada, 1988, pp. 75 y ss.

<sup>8</sup> Carnelutti, F., *Las miserias del proceso penal*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1959, p. 75.

<sup>9</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 45.

<sup>10</sup> Beccaria, C. de, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Madrid, Alianza Editorial, 1968, p. 59.

<sup>11</sup> Cordero, F., *Procedura penale*, 6a. ed., Milán, Giuffrè, 1982, p. 19.

Sin atender a la presencia de esa tensión entre los dos vectores indicados no se entendería nada de lo sucedido con el proceso penal en la historia, y muy en particular con su fase de investigación y con la relación entre ésta y la del juicio propiamente dicho.

En esa tensión entre las dimensiones de saber/poder está presente de forma clara una cuestión de ética: relativa al tratamiento del imputado. Si bien no es la única dimensión implícita en el proceso penal a la que es preciso hacer referencia, puesto que en el mismo conviven también, además de la propiamente jurídica, connotaciones de carácter político y epistemológico, todas en estrecha relación de implicación.

La vertiente política ha gozado siempre de notable visibilidad, pues los usos del proceso con fines de represión de las diversas formas de disidencia han atravesado la historia de la humanidad, y no la abandonan. Una muestra extrema, tan elocuente como odiosa, la ofrece en la actualidad la situación de los enjaulados de Guantánamo.

Frente a ese modo de operar, también de antiguo se ha registrado un permanente esfuerzo por someter a reglas de derecho esa área de la intervención estatal. Se da, incluso, la paradoja de que hasta la tortura, aceptada como un medio procesal de investigación, estuvo reglada para evitar eventuales abusos. Al punto de que, al precio evidente de una cierta perversión del lenguaje, en la historia del proceso europeo cabe hablar de formas de tortura con mayores y menores *garantías* para el imputado, en el tránsito del medioevo al absolutismo.<sup>12</sup> Lo cierto es que al ser la procesal-penal una actividad tan incisiva y de tantas consecuencias para los afectados, ha interpelado fuertemente a la filosofía moral, alentando una fundada preocupación por los usos instrumentales del ser humano concreto que, con tanta frecuencia, han tenido y tienen a aquél por escenario.

También desde antiguo, en la medida en que el fin institucional confesado —y legitimador— del proceso es obtener conocimiento válido sobre hechos punibles, se ha suscitado en torno a él un interés de método, dirigido a establecer las reglas precisas para dotarle de la mayor idoneidad en esa perspectiva. Aquí se inscribe todo lo relacionado con las garantías estatutarias del juez, dirigidas, en último término, a asegurar su imparcialidad, como presupuesto de la tendencial objetividad del juicio,<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Amato, G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milán, Giuffrè, 1976, pp. 67 y ss. y 91 y ss.

<sup>13</sup> Reveladoras observaciones al respecto, además de las bien conocidas de Beccaria, ya aludidas, se encuentran también en Muratori, L. A., *Defectos de la jurisprudencia*, trad. de V. M. de Tercilla, Viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1794, pp. 17 y 119 y ss.

a la que miran más en concreto las garantías procesales propiamente dichas.

Suele decirse que en el proceso ha predominado históricamente la tendencia a hacer prevalecer el fin de averiguación de la verdad, por encima de cualquier consideración. Pero esto no es del todo cierto en términos objetivos, porque es algo comprobado que el proceso penal inquisitivo, con la tortura como instrumento regular de investigación y, prácticamente, sin limitaciones en el desarrollo de ésta, no producía una verdad procesal de calidad, sino todo lo contrario. El reo bajo tortura se confesaba autor no sólo delitos no cometidos, sino incluso de acciones de imposible realización, como puso muy bien de relieve Manzoni, en *Historia de la columna infame*.<sup>14</sup>

Es por lo que resulta necesario despejar un error —desde luego, nada inocente— profundamente inscrito en el sentido común de la gente: las garantías en la intervención policial y en el proceso no sólo aseguran un trato humano a las personas afectadas, sino también mayor probabilidad de acierto en la investigación. Así, pues, no se dan sólo en beneficio del justiciable, como con frecuencia se afirma.

Las tres dimensiones aludidas están claramente presentes en el curso de las vicisitudes que llevan hasta la actual disciplina constitucional del proceso penal, con la incorporación de la presunción de inocencia como eje central de la misma. Porque la presunción de inocencia es regla de tratamiento del imputado y regla de juicio. Y, en esa calidad, principio general necesariamente informador de un proceso de inspiración liberal-democrática.

Éste sitúa a la presunción de inocencia en el punto inicial de su desarrollo por dos razones de valor bien acreditado: que el proceso penal trata no sólo con culpables, y que únicamente partiendo de una posición de neutralidad, es decir, de ausencia de *pre-juicios*, es posible juzgar de manera imparcial.

Por tanto, como regla de tratamiento del imputado, el principio de presunción de inocencia proscribiera cualquier forma de anticipación de la pena; y obliga a plantearse la cuestión de la legitimidad de la prisión provisional. Como regla de juicio, impone la asunción de las pautas operativas propias de la adquisición racional de conocimiento y de la argumentación racional, por parte del investigador policial y procesal y del juez. Y, asimismo, precisas exigencias en materia de estatuto profesional de todos estos operadores.

<sup>14</sup> Manzoni, A., *Historia de la columna infame*, notas de L. Sciacia, trad. de E. Gallego, Madrid, Alianza Editorial, 1987.

En definitiva, lo expuesto hace ver cómo el principio de presunción de inocencia tiene para el proceso penal de inspiración constitucional una significación realmente nuclear, de tal manera que muy bien podría decirse que el adecuado tratamiento de este último reclama un correcto desarrollo y articulación institucional de todas las implicaciones del primero. Por eso, un buen diseño del proceso penal pasa por una adecuada *organización* de la presunción de inocencia.

### 1. *La necesaria imparcialidad del juez y del Ministerio Público*

El principio de presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio busca situar a quienes tienen la responsabilidad de establecer una verdad de hecho en materia penal en una posición inicial de neutralidad, que es la idónea tanto para quien debe conducir una investigación de manera objetiva como para el encargado de valorar, en un momento posterior, la calidad explicativa de las hipótesis que puedan resultar de la misma.

Al respecto, es de común aceptación que para la averiguación de verdades de hecho el método más acreditado es el dialéctico, controversial o dialógico, cuyo paradigma rector tiene una consagración en la popular afirmación de que “de la discusión sale la luz”.

Este principio de experiencia se cristaliza en la feliz expresión de Pagano: “la verdad es como la luz, que brota de la colisión de dos cuerpos, al ser golpeados uno contra el otro”.<sup>15</sup>

Pues bien, en una y otra formulación aparecen condensados el fundamento y el modo de articulación del proceso contradictorio, que, para ser tal, precisa partir de una afirmación inicial, un primer intento de explicación (la imputación, en este caso), que el afectado tendrá derecho a discutir, desde el inicio, ante un sujeto imparcial.

Lo que dicho en términos más procesales supone que quien afirma (en este caso, algo contra alguien) debe probarlo; que el concernido por esa afirmación comprometedora tiene derecho a defenderse; y que la decisión correspondiente debe pronunciarse desde la imparcialidad.

La efectividad de estas exigencias reclama la concurrencia de otras complementarias que pueden, a su vez, concretarse en el requerimiento de que el correspondiente debate se haga en posiciones parciales de igualdad y en un marco dotado de visibilidad o transparencia, que deberá proyectarse y brillar asimismo en la decisión.

<sup>15</sup> En *Logica de'probabili applicata a'giudizj criminali*, Milán, Agnello Nobili, 1806, p. 29.

La independencia judicial como valor ha sido, por lo general, objeto de una consideración casi exclusivamente política o político-constitucional. Es decir, tratada bajo el prisma de la relación de la magistratura o del juez con las otras instancias estatales de poder. Pero lo cierto es que puede decirse que, desde antiguo, nunca ha faltado conciencia de que el principio está cargado de implicaciones epistémicas. Algo que se expresa muy bien en la toma de posición de Beccaria, antes citada; y asimismo en la bien expresiva de Muratori, al referirse también a la “indiferencia” como un atributo *necesario* del juez ante el caso sometido a su consideración.<sup>16</sup>

Por tanto, en esta aproximación, el fundamental principio organizativo de independencia es además un presupuesto de los requisitos de método, que, desde el ámbito externo al proceso, y dirigido a todos los sujetos institucionales responsables de su gestión, vierte en él bajo la forma de imperativo de imparcialidad o desinterés por todo lo que no sea la determinación de lo efectivamente sucedido en la realidad objeto de examen, a fin de verificar —después— si responde o no al supuesto de hecho de un precepto del Código Penal.

En el asunto concurre, pues, junto a la dimensión formal-estatutaria la propiamente procesal y, diría, que también otra de naturaleza cultural.

La dimensión procesal remite a los derechos de las partes, cuyo reconocimiento efectivo es lo que hace posible una correcta distribución del espacio escénico entre los actores del proceso, cada uno de los cuales debe hallarse en condiciones reales de ocupar en plenitud su propio campo como *garantía* de que los otros no desborden el que, también a su vez, les corresponde como propio.

Al respecto, hay que decir que la posibilidad de contradecir es una exigencia que, aunque en general ha estado sólo asociada al momento del juicio verdadero y propio, es también necesaria —como garantía de calidad— en la fase de investigación, en el que la imparcialidad (capacidad de neutralidad) del juez o del órgano encargado de la misma es igualmente imprescindible. Claro es que, según está comunmente aceptado, la vigencia del principio de contradicción en esta fase puede admitir derogaciones ocasionales (en particular, cuando se trata de ciertas clases de delincuencia de singular gravedad); pero que han de ser tratadas siempre como tales, con el carácter limitado que corresponde a todo lo que entraña una excepción a la regla general.

Cuando la investigación se encuentre atribuida al fiscal, la necesidad de que éste goce de una posición asimilable idealmente a la del juez es

<sup>16</sup> Muratori, L. A., *op. cit.*, nota 13, p. 119.

bien obvia, puesto que la finalidad institucional de su actuación es la misma. Se ha especulado con la conveniencia de que el Ministerio Público actúe bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, como forma de garantizar la unidad de su actuación y de dar organicidad a la política criminal que se manifiesta a través de ésta. El asunto lleva un poco lejos del preciso objeto de esta intervención, a cuyos efectos hay que decir que, en la perspectiva del caso y de los derechos fundamentales que en él están siempre en juego, es de rechazar cualquier dependencia que pueda representar un diafragma entre el órgano de la investigación y la ley y, por tanto, incidir negativamente en ese principio de neutralidad en el punto de partida a que se ha hecho mención.

A las fuertes razones de principio y de método que vienen siendo aludidas, cabe añadir otra bien abonada por la experiencia y es que la dependencia política del fiscal ha servido de manera preferente o exclusiva para desactivar su capacidad de iniciativa o neutralizar los resultados de la misma, en procesos seguidos por posibles ilegalidades de sujetos públicos.

Por tanto, si se trata de hacer efectivo el principio de contradicción como fundamento del proceso penal de inspiración constitucional, es preciso dotarlo de un órgano investigador con la aptitud necesaria para responder de forma lineal a sus exigencias inderogables. En este punto no existe alternativa. El legislador tiene ante sí un abanico de opciones, pero no está a su alcance conferir estatuto de jurisdiccionalidad a aquellas formas de persecución de la delincuencia que no respondan a las exigencias constitucionales y de principio a que se ha venido haciendo mención.

Me he referido también a una dimensión cultural presente en la materia a examen. Con ello quiero aludir a que la eficacia real del modelo reclama de sus actores un fuerte compromiso con los principios que se trata de aplicar y una conciencia clara de todas sus implicaciones. Pues resulta evidente que existen rutinas heredadas, opuestas a ellos y profundamente arraigadas en el tejido institucional y en la lógica de los aparatos, a las que sólo es posible sustraerse haciendo uso de una despierta conciencia crítica, debidamente informada por la necesaria sensibilidad a la naturaleza de los bienes y valores en juego.

### *2. La imputación y el estatuto del imputado*

Imputar, en sentido técnico, es la acción de un sujeto institucional consistente en señalar a alguien como posible autor de una acción delictiva, poniendo, en principio, ésta a su cargo. Se trata de un tipo de inter-

vención que, obviamente, no puede ser arbitraria, ni responder a meras *sensaciones* o golpes de intuición, sino que ha de contar necesariamente con un soporte de datos o indicios, dotados de la objetividad precisa para que resulten comunicables a terceros y susceptibles de comprobación en un proceso penal. Pues toda imputación está preordenada a la apertura de un trámite de esta clase.

En el sentido indicado, son sujetos habilitados para imputar el policía, el fiscal y el juez instructor. Los únicos que, en principio, gozan de capacidad legal para constituir un cierto *status*, que conlleva una variación relevante en la situación precedente del concernido.

La imputación policial y la del Ministerio Público colocan al afectado por ella en la situación de investigado, que impone determinados gravámenes y, eventualmente puede conllevar la privación cautelar de libertad, bajo la forma de detención a disposición judicial. Normalmente, la sujeción a proceso *stricto sensu* requiere una decisión judicial, que puede no ser autónoma y precisar del previo ejercicio de la acción penal por otro sujeto, cuando el juez no está facultado para proceder de oficio.

De este modo, la imputación, en sentido estricto, implica una afirmación de hecho (ha pasado algo penalmente relevante); un juicio (provisional) de correspondencia de cierta acción con un tipo de delito; la atribución (asimismo en principio) de su autoría a un sujeto; y la decisión de iniciar contra éste una actividad de persecución de la cual y dentro de la cual tiene derecho a defenderse. La imputación judicial, por razón de su mayor transcendencia y porque, dados los presupuestos, deberá estar dotada de mayor grado de elaboración, comporta también un mayor componente decisonal.

Que la imputación no puede ser arbitraria quiere decir, como explica Cordero, que ha de suscitar reflexivamente un tema de decisión sobre el que alguien tendrá que pronunciarse.<sup>17</sup> Éste versará sobre un hecho que debe ser descrito, ya desde el inicio, con un mínimo de plasticidad y precisión.

La imputación tiene que ser verosímil, es decir, lo que en ella se afirma debe conformar “una hipótesis plausible según el orden “normal” de las cosas” (Taruffo).<sup>18</sup> Hipótesis que ha de aparecer *prima facie* como susceptible de comprobación. Con ese fin, el que imputa está obligado a fundar ya su afirmación en datos. Así, no sirve como base para la imputación una sospecha imprecisa —por ejemplo, por razón de *olfato*— que

<sup>17</sup> Cordero, F., *op. cit.*, nota 11, p. 77.

<sup>18</sup> Sobre el concepto de verosimilitud, *cfr.* Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002, pp. 183 y ss.

no cuente con apoyo en una información verbalizable e intersubjetivamente valorable.

Esta exigencia es la traducción procesal del principio del hecho o de materialidad de la acción, propio del derecho penal sustantivo, que condiciona la legitimidad de toda iniciativa dirigida al ejercicio del *ius puniendi* a la individualización de una conducta, a primera vista típica, es decir, descrita en un precepto del Código Penal.

El imputado, por su *status* de sujeto afectado por el ejercicio de un poder que se presta al abuso, debe gozar de un régimen de garantías. Será informado de inmediato de los términos de la imputación y de los derechos que le asisten, en concreto de que no está obligado a declarar. No puede ser detenido más que de conformidad con la ley, que ha de ser interpretada restrictivamente, y durante el tiempo estrictamente necesario. Y, si lo fuera, deberá poder comunicar su situación a quien él decida y gozar de efectiva asistencia letrada y de asistencia médica. Cuando, como ocurre con la mayor frecuencia, la primera intervención no sea judicial, el afectado por ella tendrá que ser puesto tan pronto como sea posible, y, desde luego, dentro del plazo legal, a disposición judicial. En este punto es necesario salir al paso de un tópico muy extendido. Me refiero a la tendencia, frecuente en medios policiales, y no sólo, a actuar como si existiera una suerte de derecho a *disponer* discrecionalmente de todo un plazo legal de detención; cuando lo cierto es que lo único que legitima el mantenimiento de la medida es la permanencia de la necesidad de realizar actuaciones que constitucional y legalmente la justifiquen en el supuesto concreto.

Producido el traslado al juez de la denuncia o de la imputación policial y, con ello, la apertura de un proceso verdadero y propio, el estatuto del imputado se articula en torno a garantías que constituyen otros tantos derechos:

- A una inicial valoración racional y conforme a la ley por parte del juez, de los datos de que disponga.
- A la comunicación inmediata del resultado de ésta.
- A ser ilustrado de forma suficiente sobre el contenido de la imputación.
- A ser oído sobre la misma, sin obligación de declarar.
- A no decir la verdad.
- A defenderse en todas las fases del proceso.
- A intervenir activamente en éste y a comunicar con el juez.
- A que no se alteren los términos de la imputación sin que se proceda en todo caso con las garantías propias de ésta.

- Al sobreseimiento de la causa cuando no existan méritos para mantenerla abierta.
- A no ser acusado sin que exista imputación previa.
- A que no se produzca la apertura del juicio si la acusación carece *prima facie* de viabilidad.
- A contestar la acusación.
- A proponer prueba.
- A la práctica de ésta conforme a la ley.
- A pronunciarse sobre el resultado de la misma.
- A la última palabra.
- A recurrir las resoluciones que le afecten.

En el contexto de los que acaban de enumerarse, tiene particular relevancia el derecho a guardar silencio, con su implicación del derecho a mentir. Y esto porque en ambos se expresa un cambio de paradigma en el modo de concebir el proceso penal. En efecto, en el proceso penal acusatorio, el imputado deja de ser mero *objeto* de investigación o de enjuiciamiento, para convertirse en sujeto con derechos en el marco de la causa. En este contexto, es esencial el de no declarar contra sí mismo, que convierte el interrogatorio de aquél en un medio de defensa, que él puede administrar, y no en un medio de prueba y, menos aún, en el de prueba por excelencia.

Con ello se da satisfacción a una elemental exigencia de humanidad, derivada de la calidad de instrumento de adquisición de conocimiento de carácter *contra natura*, que caracteriza a las declaraciones autoinculpatorias, cargadas además de connotaciones religiosas de neto sabor inquisitorial. Y es, a la vez, un modo de evitar toda forma de presión ilegítima (de tortura, al fin), dirigida a *hacer hablar* al imputado.<sup>19</sup>

Se ha hablado de derechos, ¿cabría hacerlo también de *obligaciones del imputado*? La respuesta es no. Y la razón, que éste tiene la condición de tal porque se halla sometido al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Así, su *status* es el resultado de una decisión/imposición ajena, por tanto, de sujeción, y no efecto de una opción que pudiera o no ha-

<sup>19</sup> Al respecto, *cf.* Grevi, V., *Nemo tenetur se detegere*, Milán, Giuffrè, 1972, pp. 5 y ss. Sobre este principio, puede verse asimismo Maier, J. B. J., *Derecho procesal penal. I Fundamentos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1996, pp. 664 y ss. La garantía representada por el *nemo tenetur* está experimentando un progresivo vaciamiento de su contenido por obra de las modernas técnicas de investigación, que permiten ingresar en el ámbito privado del imputado sin que él lo sepa. Es el caso de las intervenciones telefónicas y otras, reservadas inicialmente para los delitos más graves y hoy en trance de generalización indiscriminada. Sobre este preocupante aspecto del asunto, *cf.* Maier, J. B. J., *Derecho procesal II. Parte general. Sujetos procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 132.

cerse en el uso de la propia autonomía. Obviamente, tampoco es de su ámbito de responsabilidad el dar impulso a la causa, ni siquiera en propio beneficio; puesto que el órgano público encargado de la persecución, en ausencia de datos que la justifiquen, tendría que poner fin a ésta por falta de presupuestos legales para mantenerla en vigor.

No obstante, como *obligaciones* se han señalado: la de responder a la pregunta sobre “las generales de la ley”, en cualquier caso, obligación no susceptible de ejecución forzada, y carente de consecuencias. Y también la de no hacer declaraciones injuriosas ni calumniosas, que no parece que fuera una obligación específica del imputado. Sí puede decirse que sobre el imputado pesa el deber de no alterar el orden en la sala del juicio, que está conminado con la expulsión del aula.

Sí cabría hablar, en cambio, de *cargas procesales*, en la medida en que el imputado puede hallarse en situaciones que le exijan la adopción de una determinada iniciativa conforme a la ley, si quiere obtener un cierto resultado dentro del proceso. Por ejemplo, si en un cierto momento quisiera ser oído nuevamente, tendría que solicitarlo; o estar en el proceso si tiene interés en defenderse en él; y de formalizar un recurso si quisiera beneficiarse del derecho a la doble instancia.

### 3. Instruir (conocer) para juzgar: la dimensión gnoseológica

Pertenece a la propia naturaleza y cometido institucional del proceso la distinción, dentro de él, de las dos fases tradicionales, impuesta por la necesidad determinar, con carácter previo, si se dan las condiciones precisas para abrir el juicio verdadero y propio.

La experiencia procesal-penal en sentido amplio, es decir, comprendida la investigación policial cuando se da, comienza a partir de un hecho que rompe gravemente la normalidad, al punto de interesar al derecho penal. En el origen de cualquier actuación de esa clase, para que no sea arbitraria, tiene que existir lo que aparece, *prima facie*, como resultado de una acción humana que pudiera ser criminalmente relevante. Es, pues, el criterio de la relevancia jurídica lo que, a partir de un cierto dato fáctico, desencadena el proceder institucional.

Éste debe arrancar de ese resultado para remontarse racionalmente a su causa, siguiendo un procedimiento que aquí está legalmente pautado, pero que, en esquema, es el propio de cualquier indagación sobre hechos. Se trata de “razonar hacia atrás”, en la terminología de Sherlock Holmes.

En efecto, el policía, ya en el escenario del delito, aparte de tomar eventuales medidas cautelares para limitar sus consecuencias dañosas, formulará una hipótesis, es decir, un primer intento de explicación de lo

sucedido, que le servirá como guía para orientar su actuación ulterior. Será, pues, una hipótesis de trabajo, probablemente elemental si los datos no dan para más, pero sin la cual la realidad observada sería muda para él.

La particularidad es que, tratándose del proceso penal, la hipótesis, si sugiere la intervención de un sujeto en el hecho, es ya una imputación de delito, lo que hace que junto a las implicaciones epistémicas (de obtención de conocimiento) plantee otras de naturaleza jurídico-constitucional y procesal; puesto que el *objeto* de la investigación es un sujeto con derechos, cuya inocencia se presume. Estas últimas se presentan como un límite o regla de uso de las primeras.

El indicado es también el modo de operar del investigador judicial (juez de instrucción o fiscal), que normalmente se hará cargo de la hipótesis formulada en sede policial, con objeto de evaluar su calidad y, en su caso, desarrollarla en y mediante la instrucción. Así, si la misma es suficientemente explicativa y puede ser apoyada con medios de prueba susceptibles de utilización, aquél solicitará la apertura del juicio. En otro caso, deberá optar por el sobreseimiento.

En el juicio, la hipótesis se presenta *sub specie* de acusación, en la que, con apoyo en el resultado que se espera obtener de los medios de prueba ofrecidos, se pone la acción delictiva a cargo de algún sujeto, aquí ya acusado, en sentido formal. Éste puede disponer, a su vez, de una hipótesis alternativa, con la que tratar de explicar lo sucedido; o bien, limitarse a negar. En cualquier caso, el juicio es *un foro de debate* sobre una o varias hipótesis acerca de un hecho. Debate, idealmente regido por las reglas del discurso racional.

El expuesto, bajo un prisma epistémico es, en realidad, el modelo procesal conocido como proceso acusatorio, sujeto al principio de contradicción, que se resume en la formulación (ya en régimen contradictorio) de una hipótesis, en el debate sobre ella, y en la decisión motivada a cargo de un sujeto imparcial.

Para que tal debate sea efectivo y de calidad, es preciso que concurren dos grupos de garantías. Las del primero podrían llamarse estructurales y son: imparcialidad del juez, carga de la prueba sobre el acusador; plenitud de derecho de defensa. Las del segundo, de carácter instrumental y funcionales a la efectividad de las primeras son: conocimiento (no secreto) por la defensa de todas las *cartas* de la acusación; posibilidad efectiva de contradecir y de alegar; legalidad de las actuaciones; motivación de las decisiones.

Las leyes procesales de inspiración liberal suelen responder, al menos tendencialmente, a este esquema ideal. En efecto, en materia de investi-

gación rige, por lo general, el paradigma indiciario: no se debe proceder en ausencia de indicios mínimamente objetivables. Y la investigación debe ajustarse a determinadas reglas: conservar y documentar adecuadamente los vestigios del delito; identificar con rigor a los implicados; indagar la autenticidad de la eventual confesión del imputado; evitar las preguntas contaminantes en los interrogatorios; dejar constancia de las fuentes de conocimiento de los datos relevantes.

#### 4. *En particular, el deber de motivar*

Existe una marcada tendencia a referir, de manera exclusiva, el tratamiento de la motivación al momento de elaboración de la sentencia. Y, en efecto, la importancia de esta clase de resoluciones confiere al deber de justificarlas un relieve singular. Pero no son las únicas que en el ámbito procesal —e incluso preprocesal— deberían contar con semejante apoyo.

En efecto, en el terreno que nos ocupa, la práctica generalidad de las decisiones —a veces, incluso, también las conocidas como de mero trámite— interesan a los derechos del afectado por ellas y esta evidencia reclama seriedad y rigor en la adopción de las mismas.

Por lo general, se piensa en la motivación como un deber que proyecta su eficacia garantista (sólo) hacia sujetos distintos del que resuelve, a los que éste se encuentra obligado a dar una explicación que justifique su modo de proceder. Pero el deber de motivar cumple también una función esencial que es previa en el orden lógico y en la economía del proceso decisonal. Es la consistente en obligar al sujeto decisor —en tanto que sujeto de poder— a verificar y controlar por sí mismo la racionalidad y el fundamento del propio discurso, haciéndolo explícito a través de la motivación. De este modo, el juez, pero también el fiscal y el policía, obligados a interrogarse seriamente acerca de los motivos, del porqué de decidir de un determinado modo, comprobarán la calidad de esas razones o su inexistencia. Así, habrá fundamento para resolver, por ejemplo, en el sentido de la imputación o de la denuncia, cuando quepa afirmar con una razón argumentable que, en principio, los rasgos del caso, suficientemente objetivados, guardan relación de correspondencia con los caracterizadores de un supuesto de hecho tipificado en el Código Penal, que cupiera atribuir a alguien en calidad de autor. En cambio, faltará aquél cuando eventuales impresiones o *datos* de olfato, procedentes de ese *sexto sentido* que los operadores del sector suelen desarrollar, no resulten verbalizables y susceptibles de someter a una valoración intersubjetiva.

Frente a consideraciones como ésta suele responderse que no es realista someter, sobre todo a los funcionarios policiales, a un deber tan constrictivo, que podría llevarles, se dice, incluso, a la parálisis en su actuación. Pero la objeción no es seria. Lo que se reclama es que quien tiene competencia para decidir de un modo que comporta para otros la limitación de sus derechos lo haga a partir de datos, *prima facie* ciertos, y legalmente habilitantes para operar de esa manera, que presten fundamento objetivo a la investigación. Es decir, que no opere gratuitamente, con arbitrariedad. No sería legítimo proceder en plan prospectivo, o sea, *para ver qué pasa*, sino tan sólo hacerlo porque en realidad se pueda decir que ha pasado o estaría a punto de pasar algo relevante. Y no se trata de imponer deberes desproporcionados para el bagaje cultural de los eventuales sujetos de la decisión. En materia de actuaciones policiales, por ejemplo, lo requerido no tendría por qué ser un elaborado discurso motivador sino una explicación sencilla, acorde con el nivel cultural del operador, pero racionalmente fundada y que se demuestre intelectualmente honesta. En definitiva, la misma que algún día el investigador policial habrá de dar a la defensa del acusado cuando le interroge en el juicio acerca del porqué de haber actuado contra aquél como lo hizo.

Por eso, aunque habitualmente la sede disciplinar de la motivación está en el ámbito del tratamiento de la sentencia, lo cierto es que en la misma cobra expresión un deber que cubre toda la secuencia de actuaciones procesales del indicado relieve, que tienen que responder necesariamente a motivos realmente existentes, identificables como tales y susceptibles de comunicación para su conocimiento y valoración por terceros.

Es cierto que se trata de un deber que compromete a todos los operadores con una línea de actuación exigente, pero es la que corresponde al rango de los bienes y valores en juego; y la única, en rigor, capaz de asegurar siempre el máximo valor —probatorio, incluido— a los resultados obtenidos en cada caso. Por otra parte, ofrece a todos aquéllos indudables compensaciones en el plano de la profesionalidad. Primero, porque una actuación de calidad en materias tan sensibles para los derechos es moral y deontológicamente la única que cabe. En segundo término, porque sólo el modo de proceder que se postula puede dotar a esas prácticas de la legitimación imprescindible ante los afectados y frente a la ciudadanía en general.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Por el contrario, es patente que las actuaciones policiales, del Ministerio Público, y judiciales de bajo perfil, y no se diga si gravemente desconocedoras de los derechos fundamentales, degradan moral y profesionalmente a quienes las realizan. No puede dejar de sorprender lo desatendida que esta perspectiva suele estar en los distintos medios aludi-

Por lo demás, es obvio que la actuación policial, y la de investigación en general, no es un fin en sí misma; y, sólo podría producirse porque exista motivo fundado para considerar que se está en presencia de una acción delictiva, ya acontecida o de la que cabe pensar con fundamento que podría tener lugar. En este sentido, toda iniciativa de esa índole deberá acometerse, necesariamente, con la conciencia de que, en algún momento, tendrá que ser justificada ante una autoridad judicial. Esto es, será preciso acreditar que cuando se produjo había razones argumentables para obrar como se hizo, a tenor de algún imperativo legal. El mismo esquema es referible a las actuaciones del fiscal y del juez de instrucción, que precisan siempre de cobertura normativa, por la concurrencia de elementos fácticos coincidentes con una previsión legal.

### *5. La instrucción y la necesaria autonomía del juicio*

El tratamiento tradicional del proceso penal como producto de la integración de dos fases (investigación y enjuiciamiento) se ha alimentado de una ficción: bastaría con que los principios de imparcialidad del juez, carga de la prueba para la acusación y derecho de defensa estuviesen suficientemente reconocidos en el segundo de ambos momentos, para que pudieran considerarse satisfechas las exigencias de método de obtención de una verdad de calidad.

El resultado, bien conocido, es que el juicio ha sido, en general, una pantomima, mera confirmación ritual de los resultados de la instrucción; del mismo modo que ésta, con frecuencia, se ha visto degradada a pura sanción burocrática de la previa actuación policial. Tal es el problema que plantea el proceso de inspiración napoleónica, conocido como acusatorio-formal. Es decir, que, en él, la sujeción del juicio a las reglas del contradictorio no permitía subsanar retroactivamente el déficit de garantías de la instrucción, o lo que es lo mismo, aportar equilibrio a las posiciones de las partes, previamente desequilibradas de manera esencial e irreversible en perjuicio del imputado.

Un problema similar se plantea en el proceso propio del mundo anglosajón, en el que el investigador oficial, en una posición de preeminencia, tiene el cometido exclusivo de preparar, unilateralmente, la acusación, de la que el afectado sólo tendrá conocimiento y posibilidad de defenderse una vez formulada.

dos, en los que, con frecuencia, en vez de denuncia de comportamientos intolerables, puede hallarse *comprensión* e incluso verdadera complicidad activa con ellos.

En los dos modelos se hace patente, en realidad, el exclusivo interés estatal en la función de acusar, como si en la de defender no estuviera presente un interés también público y constitucional. Planteamiento éste cuya injusticia ya fue denunciada por Bentham con toda razón, para reclamar la creación de un ministerio de defensa.<sup>21</sup>

En efecto, si las garantías del imputado tienen algún sentido, han de cubrir todo el curso de las actuaciones en las que sus derechos puedan verse comprometidos. Y con mayor motivo aquellos momentos de las mismas dotados de mayor intensidad constrictiva y que resultan menos transparentes.

En el terreno de estas consideraciones se inscribe la polémica en curso sobre el papel y el estatuto del instructor o investigador judicial, y el cuestionamiento de que se ha hecho objeto a la figura histórica del juez de instrucción de inspiración napoleónica.

Lo fundamental de los reproches dirigidos a éste se cifra, de un lado, en la acumulación de poder que implica protagonizar la indagación y estar dotado, al mismo tiempo, de competencia para decidir sobre la libertad del imputado, desde la posición inevitablemente parcial que atribuye la condición de investigador, máxime si realizada desde una posición de poder. En efecto, disponer la prisión provisional de la persona sobre la que se está indagando es —se quiera o no— formular un juicio *condenabilidad*. Y, así, emitido éste, el riesgo de orientar las sucesivas actuaciones a confirmar esa hipótesis, como única forma de legitimar aquélla decisión, es casi insalvable.

No en vano es hoy ya un tópico jurisprudencial que el dato de haber asumido con carácter previo la calidad de instructor inhabilita para juzgar con la necesaria *imparcialidad objetiva*. No, evidentemente, porque se presuma ningún propósito de perjudicar al afectado, sino porque la previa implicación en una actividad de investigación conducida de manera unilateral (es decir, sin contradicción) se habrá traducido, normalmente, en la anticipación de un criterio sobre la autoría y responsabilidad en los hechos.

Si la investigación es, como se ha dicho, una actividad dirigida a la formulación de una hipótesis acusatoria dotada de suficiente calidad explicativa, parece obvio que no sea el formulador de la misma —demasiado implicado en ella *desde dentro*— el encargado de su evaluación. Es por lo que, como ocurre, por ejemplo, en la comunidad científica, también aquí la acusación debe ser sometida al juicio imparcial de quienes se encuentren en condiciones estatutarias de operar con distancia críti-

<sup>21</sup> Cfr. Bentham, J., *Tratado sobre la organización judicial y la codificación*, trad. de B. Anduaga Espinosa, Madrid, 1843, I, p. 88.

ca y sin otro interés que el (*desinteresado*) de obtener un conocimiento racional y fundado de lo efectivamente sucedido en el caso a examen.

El juicio aparece, así, configurado como momento nuclear del proceso, en el que mediante la valoración de los datos probatorios aportados por la acusación y la defensa, el juzgador llevará a cabo una evaluación de las respectivas hipótesis en contraste. Es, pues, el momento y lugar de *comprobación* de la calidad de las explicaciones del caso ofrecidas por las partes. Explicaciones forjadas con datos obtenidos inicialmente en la fase de investigación, pero que deben ser contrastadas en la vista pública por el tribunal de instancia que, idealmente y salvo algunas excepciones, sólo debería *conocer* en virtud de las actuaciones producidas a su presencia. Este planteamiento de fondo, cifrado en la autonomía y la centralidad del juicio, es el propio del vigente paradigma constitucional, que tiene muy en cuenta ciertas peculiaridades de la actividad investigadora, la policial en particular, que obligan a tratar sus resultados con cautela.

La primera es que, en general, como se ha dicho, la investigación implica intensamente a quien la realiza, reduciendo su capacidad de crear distancia crítica respecto de la propia actuación que, así, resulta inevitablemente teñida de parcialidad objetiva. La otra es que la investigación policial transcurre en un marco sin transparencia, muy constrictivo para quien es objeto de ella y presunto inocente, con frecuencia, privado de libertad. Ambas circunstancias generan una marcada asimetría en las posiciones de los interesados, con el consiguiente riesgo de unilateralidad en la formulación de los resultados. De ahí el tópico jurisprudencial ya aludido.

En las dos peculiaridades apuntadas se hace evidente que la neta separación/distinción de la actividad investigadora de la de enjuiciamiento tiene una fuerte razón de método, pues el proceso es un medio de adquisición de conocimiento; pero también, muy en especial, otro con una marcada dimensión de garantía de derechos, ya que el *objeto* de investigación es una persona, cuya dignidad debe ser respetada. Esta segunda exigencia cobra particular relieve en el ámbito de la investigación policial, que se desarrolla en *un marco en el que todavía no se han activado los mecanismos constitucionales de garantía previstos para las actuaciones judiciales*. Hecho de singular relevancia que no puede perderse de vista en ningún momento y que impone un claro tratamiento diferencial de las informaciones obtenidas en esa fase preprocesal.

A tenor de lo que acaba de exponerse, es patente la necesidad de que la sentencia se elabore a partir de datos probatorios obtenidos en régimen de contradicción y de manera autónoma por un sujeto institucio-

nal ajeno a la investigación, de la que el juicio no debe ser la mera transposición mecánica que fue durante mucho tiempo.

El carácter fuertemente condicionante de las ulteriores actuaciones que distingue a la instrucción criminal y la intensidad con que ésta afecta a los intereses personales más sensibles, hace imprescindible que en su desarrollo se garantice el máximo de imparcialidad y de respeto a estos últimos. De ahí la necesidad de que en esa fase procesal esté presente una figura dotada de estatuto judicial que desempeñe con eficacia funciones de garantía, porque durante la misma se ha de preparar no sólo la acusación, sino el juicio. Lo que requiere preservar para éste tanto lo que se orienta en el sentido de la imputación, como asimismo todo lo que pueda operar en favor de la defensa. Por lo ya dicho de que si el Estado está interesado en el ejercicio del *ius puniendi*, existe también un objetivo interés constitucional en la garantía de la presunción de inocencia.

En definitiva, en el momento de la instrucción debe darse satisfacción asimismo a las exigencias estructurales del proceso acusatorio, mediante el aseguramiento de un trato equilibrado de todos los intereses relevantes en presencia. O sea, tanto los personificados por la acusación como los que encarna la figura de la defensa.

Hay tendencia a ver en esta propuesta una actitud de fondo que sería favorecedora de la posición del imputado en el proceso en perjuicio objetivo del desarrollo de la función investigadora. Pero no es verdad.

Lo que sí es cierto es que ese paradigma, el de la presunción de inocencia, desplaza el centro del proceso hacia medios probatorios distintos del interrogatorio del imputado. Éste, en efecto, deja de ser la prueba reina, para convertirse esencialmente en un medio de defensa de aquél, que es libre de declarar o no y de mentir si decidiera hacerlo. Esto quiere decir, simplemente, que en el proceso de inspiración liberal-democrática se ha renunciado a la tortura como forma legítima de adquisición de conocimiento. A todas las modalidades de tortura, incluidas las *blandas*. Y que, por tanto, no cabe ejercer ningún tipo de constricción sobre el imputado para obligarle a aportar datos contra sí mismo. La consecuencia es que el núcleo de la actividad investigadora lo constituye ahora otra clase de actuaciones. Como el núcleo de la actividad jurisdiccional debe versar sobre otra clase de pruebas.

Tal opción, que nadie discute explícitamente, pero que en la práctica encuentra muchas formas de resistencia, obliga a orientar la obtención procesal y policial de conocimiento en otras direcciones, hacia otras fuentes, como las de carácter testifical, documental, etcétera. Y en el caso del investigador exige actitudes más depuradas desde el punto de vista, no sólo deontológico, sino técnico instrumental.

En el proceso inquisitivo, gozar de la falta de escrúpulos necesaria para *hacer hablar* al imputado mediante intimidación o violencia, podría ser bastante para cualificar como un investigador eficiente. En el proceso de inspiración constitucional, es obvio que ya no puede ser así. Y no sólo por razones de carácter ético, que ya serían suficientes, sino incluso de eficacia en la obtención de conocimiento de calidad. Dicho de forma simple, entre el investigador y el verdugo hay más diferencias que la —importante— de la textura moral. En este caso, las mismas que entre Sherlock Holmes y la *bestia parda* de comisaría de barrio de algunas películas americanas.

En definitiva, la necesidad de propiciar un trato adecuado a los valores y derechos fundamentales en juego en el ámbito de la instrucción, y la necesidad, también, de hacer de ésta un espacio institucional apto para obtener una verdad de calidad, obliga a adaptar ese espacio procesal a las reglas del juicio contradictorio. Esto requiere que tanto el investigador judicial como la defensa puedan desempeñar adecuadamente su papel, y por eso también la presencia de un sujeto institucional en condiciones de dar satisfacción adecuada a las exigencias de garantía de los derechos en riesgo, cuyo respeto debe ser actual y no quedar aplazado al momento formal del juicio.

He hablado de que la calidad de investigador acarrea un déficit de imparcialidad objetiva, en el sentido de que predispone a la anticipación del juicio definitivo. Es una consecuencia inevitable, que está asociada a la propia naturaleza del rol de que se trata y cuyos efectos negativos se neutralizan transfiriendo el enjuiciamiento a un momento institucional distinto y ulterior y atribuyendo esta función a un órgano diferente.

Pero hay otra dimensión de la imparcialidad, la subjetiva, que debe ser asimismo asegurada. Tratándose de la instrucción (policial o procesal) se atenta contra la misma cuando el encargado de realizarla hace propio algún interés que desvía su actuación del imperativo constitucional de persecución de un único fin: la búsqueda de la verdad. Obviamente, en el respeto de las reglas.

Una quiebra de esta dimensión de la imparcialidad se produciría cuando el instructor orientase su trabajo en el sentido de favorecer interesadamente al imputado. Pero también si la desviación de poder se produjera en sentido contrario.

En definitiva, cualquier apartamiento de las exigencias derivadas de una determinación de los hechos tendencialmente objetiva y de una recta aplicación del derecho, comportará infracción del deber de imparcialidad.

Es lo que hace necesario que tanto el instructor (juez o fiscal) como el policía gocen de un estatuto profesional que les constriña a actuar como órganos del derecho, ajenos, por tanto, a sugerencias interesadas, entre ellas, las que pudieran tener que ver con la oportunidad política.

Por eso, es imprescindible que exista una policía judicial digna de ese nombre, es decir, dotada de una ubicación institucional y de un estatuto que la haga apta para operar de manera real conforme a las reglas constitucionales y procesales del juego y bajo la efectiva dependencia funcional de la autoridad judicial; o sea, a salvo de cualquier posible instrumentalización en función de otros intereses que no sean los del proceso.

#### *6. El papel del juez en la adopción de medidas de investigación restrictivas de derechos*

Sin duda, el rasgo más relevante de la investigación de los delitos es que comporta actuaciones que pueden comprometer de manera esencial los derechos de los concernidos por ella. Dicho de manera más rotunda, hay actuaciones judicialmente autorizadas y legalmente justificadas que, en sus efectos inmediatos, se asemejan extraordinariamente a modos de operar que son constitutivos de delito. Por ejemplo, la casa allanada ilegalmente presentará un aspecto tan desolador como el que hubiera sido con el preceptivo mandamiento judicial.

Y es que hay modalidades de la investigación procesal, como las entradas en domicilios, las interceptaciones telefónicas, las intervenciones corporales, etcétera, que afectan de manera profunda a derechos fundamentales del máximo rango constitucional, como la dignidad de la persona, la integridad física y moral, la libertad, la intimidad personal y familiar, etcétera.

La relevancia de los derechos en juego, generalmente fundamentales, reclama para esa clase de actuaciones la existencia de una previa habilitación constitucional, y de los necesarios desarrollos que, en el plano de la legalidad ordinaria, circunscriban de manera suficiente las formas de intervención, que deberán ser judicialmente autorizadas y practicadas en un marco procesal, con las consiguientes garantías.

Esta última exigencia no se satisface, sin más, por la mera intervención del juez, sino que ésta deberá ajustarse a determinadas exigencias de jurisdiccionalidad, que se condensan en los deberes de motivación y de control y de vigencia efectiva del principio de contradicción, siempre que sea posible. Por la clase de valores en juego, como se ha dicho, pero también porque el resultado de tales diligencias puede

llegar a gozar de notable relieve probatorio y, una vez realizadas, se hace muy difícil para el afectado una defensa *ex post* frente a los elementos de cargo que de ellas pudieran haber emergido materialmente.

Tratándose como se trata de medidas caracterizadas por una fuerte carga de lesividad para derechos fundamentales como los aludidos, es necesario asegurar que sólo serán autorizadas cuando su uso aparezca suficientemente justificado: porque resulte proporcionado, a tenor de la gravedad de los hechos objeto de investigación y de la calidad de los derechos eventualmente lesionados; y porque no exista otro medio actual de operar que sea menos gravoso.

En este ámbito hay cierta tendencia a describir las correspondientes situaciones como caracterizadas por la contraposición de dos órdenes de valores: uno de carácter público, representado por el ejercicio del *ius puniendi*, y otro de naturaleza privada, el constituido por el interés del particular afectado. Pero en realidad, y como ya se ha dicho antes, la confrontación se da entre dos intereses de carácter público: el primero a que acaba de aludirse, y el de la preservación de los derechos fundamentales de alguna persona, en particular, la presunción de inocencia.

En ese contexto, es claro que la intervención judicial no puede ser meramente *adhesiva*, esto es, no puede constituir un puro trámite colateral de la actuación policial, como, por lo demás, ocurre con demasiada frecuencia.

Las medidas de referencia deben ser de carácter estrictamente judicial y aunque la solicitud de su empleo pueda provenir de la policía, la decisión sobre el particular ha de ser autónoma. Lo que significa que debe ir precedida de la apertura de un proceso y de la aportación al juez de todo el conocimiento relevante disponible en ese momento. O lo que es lo mismo, la policía debe dar traslado al juez de todos los antecedentes de la investigación. Pues la entrada y registro, la interceptación telefónica, no pueden ser un momento más de la investigación policial. La autorización del juez no puede degradarse a simple *validación* de actuaciones ajenas. Su estatuto es el propio de actos de investigación judicial, y, en tal sentido, procesales.

De esto se deriva para el juez una intensa exigencia de profesionalidad y de defensa de su propio ámbito, impuesta por la reserva de jurisdicción que opera en la materia. Su actitud tiene que ser la propia de un órgano de garantía y, por tanto, fuertemente crítica en relación con las actuaciones cuyo control le concierne.

Así, frente a una solicitud policial de autorización de entrada en un domicilio o de intervención de un teléfono no será suficiente la afirmación de que se tiene conocimiento de determinados datos. Las policías

de todo el mundo se dirigen a los jueces en términos particularmente enfáticos: los delitos investigados son siempre gravísimos y están, también siempre, a punto de ser cometidos. Las informaciones de que se dispone son siempre de la máxima fiabilidad y siempre confidenciales, lo que impone un estricto deber de reserva (pretendidamente, también frente al juez).

Pues bien, el juez no puede entrar en el juego impuesto por ese modo policial de operar. Tiene que obrar con conciencia clara del deber de control, racional, antes que jurídico, que le atribuye su calidad legal de garante de los derechos fundamentales en juego.

Esto significa que ha de discernir claramente entre lo que es información y lo que no es tal, porque son datos y no apreciaciones lo que él necesita para decidir de manera fundada. Por tanto, no la simple afirmación de que se va a cometer un delito, sí, en cambio, el traslado fiel de los indicios en que se funda tal estimación, y la acreditación de la forma en que los mismos han sido obtenidos.

La relevancia constitucional de los derechos afectados por las medidas a las que se ha venido haciendo referencia, ha introducido en la materia un nuevo instituto, el de la ilicitud probatoria, muy rico en implicaciones y en consecuencias. Suele concretarse en la prohibición de utilizar con ulteriores fines de prueba los datos adquiridos con vulneración de derechos fundamentales. Esto sin perjuicio de las consecuencias que el correspondiente modo ilegal de actuar pudiera tener en el plano de la responsabilidad disciplinaria o penal del operador (judicial o policial) implicado.

Esta figura jurídica de la prueba ilícita y la consiguiente declaración de nulidad e inutilizabilidad de las correspondientes adquisiciones probatorias, suscita reacciones encontradas en el ámbito de los tribunales y en el de la doctrina. Y existe una fuerte tendencia, inscrita de manera profunda en la cultura de los distintos agentes estatales, orientada en el sentido de salvar todo aquello que pueda redundar en la eficacia de la persecución de los delitos.

Me parece, no obstante, que este modo de razonar y de entender el proceso expresa una deficiente comprensión del sentido profundo que inserta en él la necesaria sumisión a los principios a que se ha venido haciendo referencia en lo que precede. Frente a las modalidades procesales de inspiración inquisitiva, que ignoran otro criterio de valor que el representado por el éxito de la investigación a cualquier coste, el proceso de inspiración liberal-democrática, considera únicamente valorable el resultado obtenido en el respeto de las reglas.

No es infrecuente que esta opción sea tachada de poco realista o de ingenua. Pero al hacerlo así se olvida que las decisiones de llevar a la parte dogmática de las Constituciones las normas en que se sustenta no fueron adoptadas por juristas de gabinete perdidos en algún “cielo de conceptos”, sino por mayorías abrumadoras de ciudadanos en momentos de fuerte crecimiento democrático. Por cierto, acontecidos, normalmente, cuando estaban todavía frescas en la memoria las atrocidades producidas en marcos de intervención estatal de los que estuvieron ausentes las garantías.<sup>22</sup>

### 7. La aporía de la prisión provisional

La privación de libertad dentro del proceso plantea problemas de compatibilidad con el derecho constitucional a la presunción de inocencia.<sup>23</sup> Carrara la consideró “una injusticia necesaria”.<sup>24</sup> Ferrajoli<sup>25</sup> entiende, con las mejores razones, que entre aquella y ésta existe un antagonismo esencial, porque la prisión provisional no puede dejar de ser una pena anticipada impuesta a quien no ha sido condenado. Es significativo al respecto lo sucedido en la Asamblea Constituyente que elaboró la vigente Constitución italiana. Allí se optó por la fórmula: “el imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva” para dejar cierto espacio al uso de la prisión provisional, que, se entendió, no cabría, en cambio, de consagrarse directamente la presunción de inocencia.<sup>26</sup>

Lo cierto es que el uso de la privación cautelar de libertad, con algunas limitaciones (en general, bastante elásticas), está universalmente consagrado por razones esencialmente pragmáticas. Podría decirse, incluso, que en la práctica constituye el eje central de la respuesta penal a las modalidades más comunes de delincuencia, en particular, la conoci-

22 Como escribe muy gráficamente Habermas, “en la mayoría de los artículos dedicados a derechos fundamentales [en las Constituciones] resuena el eco de una injusticia padecida que, por así decir, es negada palabra por palabra” (en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 470).

23 Para un tratamiento más detallado de este asunto, remito a “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en Andrés Ibáñez, P. (ed.), *Detención y prisión provisional*, Madrid, CGPJ, 1996, pp. 15 y ss.

24 Carrara, F., *Programa de derecho criminal*, trad. de Ortega Torres y Guerrero, Bogotá, Temis, 1957, II, núm. 897, p. 375.

25 Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., nota 9, pp. 549 y ss.

26 Sobre el particular puede verse Grevi, V., *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milán, Giuffrè, 1976, p. 39; y Falzone, V. et al. (eds.), *La Costituzione della Repubblica italiana con i lavori preparatori*, Mondadori, 1976, p. 98.

da como *de subsistencia*. Así, no importa tanto que el proceso se dilate, es más, se cuenta con ello y es una disfunción que resulta perfectamente admisible en la perspectiva estatal, una vez acreditado que la respuesta penal está ya funcionando, que un *culpable* está ya siendo castigado.

Ahora bien, en el vigente constitucionalismo, universalmente asumida la legitimidad de la prisión provisional, no obstante, el derecho a la libertad personal en el curso del proceso sólo admite derogaciones de carácter excepcional y que deberían responder de manera exclusiva a asegurar el regular desarrollo del proceso: conjurar el riesgo de fuga y evitar previsibles alteraciones del cuadro probatorio. Según esto, serían inaceptables como fundamento de la medida aquellos motivos que implican la asimilación de imputado a culpable, como el de prevención de otros posibles delitos y la alarma social. Pero lo cierto es que se trata de criterios que, en algunos casos están acogidos en la legislación sobre la materia, y, en general, tienen profundo arraigo en la cultura de los operadores judiciales y, más aún, policiales. Además, están muy presentes en una amplia demanda social —fácilmente manipulable— que reclama de unos y otros un uso generoso de la medida cautelar, precisamente con esos fines, que son los institucionales de la pena.

Situados en una perspectiva interna, a partir de la aceptación constitucional de la prisión provisional, el uso de la misma deberá rodearse de garantías, que implicarán para el imputado otros tantos derechos.

Así, aquél tiene derecho a que por parte del juez se lleve a cabo una valoración concreta y explícita, en resolución suficientemente motivada, por tanto, de los indicios delitos que pudieran existir contra él. Y también del fundamento jurídico y de la proporcionalidad de la medida, a tenor de la gravedad del hecho y de la expresividad y consistencia de aquéllos. Es la única forma que de hacer que el interesado pueda saber a *qué atenerse* y discutir eficazmente la legitimidad de la decisión.

Ese derecho se prolonga también en el derecho a que el juez reconsidere periódicamente, y, en su caso, justifique de la misma forma específica la necesidad y pertinencia del mantenimiento de la prisión cautelar, a tenor de la situación de la causa. Por ejemplo, si la razón de haberla acordado es evitar el riesgo de contaminación probatoria, una vez agotada la investigación, carecería de sentido prolongar la vigencia de la cautela.

El Tribunal Constitucional español ha declarado (así, en sentencia 128/1995) que “lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena”. El problema, es si, tomada la institución en sus perfiles reales, tiene el juez algu-

na posibilidad de decidir de modo que eso pueda ser evitado. Pues si en una consideración jurídico-formal la prisión provisional no *debe* ser una pena, en su dimensión empírica lo es necesariamente, en virtud de su naturaleza objetiva y de sus efectos prácticos.

Como bien señala Ferrajoli,<sup>27</sup> la prisión provisional injerta en nuestros ordenamientos un momento de insoluble contradictoriedad, al que el juez y el fiscal no pueden dejar de ser sensibles. Al respecto, he dicho alguna vez que, si, como pienso, en el empleo de la prisión preventiva hay un inevitable momento de ilegitimidad, el juez tendría que asumir este dato bajo la forma de *mala conciencia*, generadora en él de verdadero malestar moral que hiciera imposible un uso cómodo y rutinario de la misma. Creo que una actitud de este género jugaría como una suerte de atípica y útil garantía, de orden cultural, sobreañadida.

#### IV. ANTE LA DERIVA NEOINQUISITIVA DEL PROCESO PENAL. ALGUNAS CONCLUSIONES

Es una constante, y pertenece a la propia naturaleza de los principios, el dato de que, en el caso de los inspiradores del proceso penal, entre éstos y las prácticas institucionales que deberían informar exista alguna distancia. Cuando el *decalage* no es demasiado grande y, además, se percibe y valora como deficiencia del sistema cabría pensar en una razonable vigencia de aquéllos como paradigma normativo. Algo distinto ocurre si aquél es verdadero divorcio y más aún cuando se teoriza como una forma de normalidad del orden jurídico, legitimada por la necesidad de salir al paso de los desafíos que plantea a éste la realidad en curso.

Pues bien, creo que no es exagerado afirmar que esta última es la situación en la que se está, debido a que la disciplina constitucional del proceso soporta cada vez más un tratamiento reductivo de su alcance práctico, no meramente jurisprudencial, sino legal, en la generalidad de los países. Y, al mismo tiempo, esta tendencia tiene un reflexivo soporte teórico en los planteamientos de cierta cultura jurídica de estirpe funcionalista, que parte de la entronización acrítica de las necesidades del sistema por todo paradigma.

La deriva a que me refiero —como es bien sabido— suele expresarse, en el plano del derecho penal sustantivo, mediante la anticipación de la reacción penal a momentos que pueden ser pre-ejecutivos, la proliferación de los delitos de peligro abstracto y, con ésta y otras fórmulas, en

<sup>27</sup> *Idem.*

la práctica derogación de aspectos significativos de la teoría del delito, para alguna clase de infracciones. El caso de la legislación antiterrorista ayer como hoy, y de la dirigida a la *lucha* contra el narcotráfico en la actualidad, son bien expresivos al respecto. Y el catálogo está en curso de ampliación a las conductas desviadas (o tenidas como tales) que guardan relación con la inmigración en los países más ricos. Tales formas de respuesta han generado su propio régimen procesal de excepción, formal y *de facto*, que se traduce en último término en un franco deterioro de la calidad del ejercicio de la jurisdicción. Y no sólo en el caso de las causas concretas seguidas con arreglo a esas normas, sino en el de todas en general, por un peligroso efecto de contaminación cultural, o mejor subcultural.

El (ab)uso del proceso penal como instrumento de *gestión* de graves problemas sociales se ha convertido en una constante. El vacío de otra clase de actuaciones estatales con efectos de prevención primaria en relación con muchos de éstos, realmente graves, comporta el *inevitable* uso ampliado del instrumento punitivo. Y, una vez dado este paso, la difusión ilimitada de tal modo de operar con toda la clase de consecuencias negativas que se conocen. Y, en el plano estrictamente procesal, con la consiguiente caída del estándar de calidad que conlleva el trabajo seriado.

La justificación, mejor apología, del estado de cosas llega de la mano de autores como Jakobs, con una propuesta de *solución teórica* al problema. El proceso penal, como el derecho penal mismo, con sus dispositivos ordinarios de garantía, tendrían que reservarse para quien se haga acreedor del *status civitatis* a través del cumplimiento regular de los deberes que impone el orden jurídico. El que se sitúa voluntariamente al margen del ordenamiento, “si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo, es decir, en una no-persona”.<sup>28</sup> O lo que es lo mismo: un derecho penal y procesal para ciudadanos-persona y *otra cosa*, para quienes —*por propia decisión*— son radicalmente *otros* (un ministro del gobierno de Berlusconi, llevando esta idea a sus últimas consecuencias, ha propuesto recientemente responder a cañonazos a la agresión que constituye para Italia la llegada de barcos con inmigrantes clandestinos).

A mi juicio, en el momento actual, al tradicional problema representado por la endémica crisis de vigencia de las garantías procesales está a

<sup>28</sup> Jakobs, G., *¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*, trad. de M. Cancio Meliá. Versión mecanográfica de la conferencia impartida en la Fundación Ortega y Gasset, Madrid, junio de 2003.

punto de sumarse la asunción sin complejos por parte de ciertos sectores de operadores del derecho y de la cultura jurídica de esa terrible filosofía, que, de alguna forma, siempre ha estado presente, si bien de una manera implícita. Las garantías son bienes escasos, el coste que representan pertenece a la categoría de los gastos sociales improductivos, y, en consecuencia, deben ser administradas con sentido de la economía, sólo a quien las merezcan, y, en todo caso, con tiento.

Trasladadas estas consideraciones al terreno en el que se mueve esta intervención, no hay duda que la opción ideal es la representada por un proceso barato, es decir, aligerado de aquellos elementos que resultan encarecedores y que contribuyen asimismo a imprimir lentitud a su desarrollo. Por tanto, urge generalizar los procesos sin juicio (que es lo más costoso, en dinero y tiempo), difundir el paradigma americano, como primera línea de actuación.

Y, cuando esto no sea posible, será preciso, en todo caso, *agilizar*<sup>29</sup> los trámites procesales, evitar la *duplicidad* y la *reiteración inútil* de actuaciones, revalorizando a los fines del enjuiciamiento las policiales y las de la instrucción. Sobre todo, en presencia de los delitos más graves, teniendo por tales a los que generan mayor *alarma social*, es decir, ese sospechoso efecto, por lo general, mediática y políticamente inducido o manipulado.

Y no se olvide que, para este planteamiento, y como ha denunciado Zaffaroni,<sup>30</sup> tal es el terreno donde se libra la mayor batalla de un derecho penal orientado a asegurar la vigencia de la norma como único valor atendible, en clave de prevención general positiva, es decir, por la producción de consenso. Que es lo que importa, cuando sólo se trata de asegurar el mantenimiento del *statu quo*, previamente convertido en la única fuente legítima de irradiación normativa.

Frente a esta clase de discurso, de un eficientismo grosero, infraconstitucional y tecnocrático, que pretende clausurar al jurista y el juez en una concepción productivista del proceso, se impone la afirmación militante de la línea de principios sobre los que aquí se ha discurrecido. Pues, como se ha visto, de su aplicación depende no sólo el carácter

<sup>29</sup> La propuesta no tiene nada que ver con la eliminación de las dilaciones indebidas en la práctica procesal, como exigencia del debido proceso (en esta materia es fundamental la obra de Pastor, D. R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung-Ad-Hoc, 2002). La *agilización* a que aludo es la orientada a simplificar las actuaciones judiciales, suprimiendo momentos de garantía y desplazando al fiscal o incluso a la policía competencias que tendrían que ser estrictamente jurisdiccionales.

<sup>30</sup> Zaffaroni, E. R. *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, México, Porrúa, 2001, pp. 57-59.

digno del trato a los justiciables, sino también la calidad epistémica del enjuiciamiento.

El jurista y el juez con sensibilidad constitucional no pueden dejarse arrastrar a la aludida aproximación economicista a *los números* del proceso. Su reflexión no puede tener como único punto de partida la estadística ministerial, sino que debe remontarse críticamente a los antecedentes de la situación que ésta refleja; es decir, a la valoración de las políticas, no sólo penales, que constituyen su presupuesto.

No es misión del jurista ni del juez *deflacionar* el proceso, convirtiéndose en cómplice de los malos usos y abusos inconstitucionales de éste. Lo propio de uno y otro es aportar garantías y realizar juicios justos o contribuir eficazmente a que éstos tengan lugar. Y en esta materia no caben concesiones *a la baja* sin convertir la actividad jurisdiccional en algo distinto, en *otra cosa*, con el consiguiente envilecimiento profesional, cultural y humano de quienes de ese modo la ejercen o cooperan a ella.