

El Ministerio público en Italia. Disciplina constitucional

GIANCARLO ROLLA*

SUMARIO

1. LA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DE LA MAGISTRATURA COMO PARADIGMA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO
2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE ORDENAMIENTO JUDICIAL Y SU EXTENSIÓN AL MINISTERIO PÚBLICO
3. LA EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO
 - 3.1. El ministerio público según la normativa anterior a la Constitución
 - 3.2. El ministerio público según las disposiciones constitucionales
4. LAS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. LA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DE LA MAGISTRATURA COMO PARADIGMA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Esta exposición se propone individualizar los principios constitucionales que, en el ordenamiento italiano, caracterizan la posición del ministerio público, así como indicar el lugar que este ocupa en el orden judicial y en sus relaciones con los otros poderes del Estado. Las funciones y la naturaleza de este órgano serán aquí tratadas con profundidad desde un punto de vista institucional, más que desde una perspectiva procesual, la cual hace referencia al papel del fiscal en el proceso penal.

* Catedrático de Instituciones de derecho público y Director del Centro de Investigación y Formación sobre Derecho Constitucional Comparado de la Universidad de Siena.

El punto de vista de este informe se justifica tanto por las competencias que ejerzo —soy profesor de derecho constitucional y no de derecho procesal penal—, como por qué el tema reviste gran interés para la definición de las características del régimen constitucional y del grado de ejecución de los principios típicos del Estado democrático de derecho. No debemos olvidar que discutir de la posición constitucional del ministerio público, de su grado de autonomía y de independencia (interna y externa) equivale a afrontar indirectamente el tema de los mecanismos institucionales que, en los diversos sistemas constitucionales, están previstos para afirmar los principios de legalidad y de separación de poderes. Esto es, los dos fundamentos del constitucionalismo liberal y democrático contemporáneo.

En realidad, principio de legalidad y separación de poderes representan las dos bases del constitucionalismo democrático moderno, cuya existencia conjunta es necesaria para definir un determinado ordenamiento como «Estado de Derecho» tal y como señalan muchas constituciones contemporáneas.

Se trata de principios y valores que no son fines en sí mismo, sino que son instrumentos para asegurar la tutela de la persona, el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales que se refieren a la protección y a la promoción del ser humano.

Dicha exposición se justifica tanto en el plano teórico como en el histórico. Por lo que respecta al primero, es oportuno fijarnos en los objetivos y los valores que han animado al constitucionalismo (que nace y se consolida para tutelar la libertad del individuo en sus relaciones frente al poder público del Estado moderno): su razón de ser viene a ser la afirmación de la noción de «poder limitado». De hecho, los principales institutos jurídicos que remarcaban la evolución del Estado liberal de Derecho —desde la separación de los poderes a la reserva de ley, desde la rigidez constitucional al principio de legalidad— terminan por garantizar y favorecer el disfrute de los derechos humanos.

A pesar de las diferencias, también relevantes, que distinguen los diversos «modelos» históricos —esquemáticamente nos referimos a las dos grandes revoluciones liberales (la francesa y la americana)— el constitucionalismo se ve nutrido de una raíz unitaria que se puede sintetizar en la intención de vincular el poder político con el respeto al principio de legalidad, así como de garantizar a los ciudadanos la tutela cuando sus derechos se ven conculcados por comportamientos arbitrarios o por abusos de los poderes públicos.

La relación entre constitucionalismo y garantías de los derechos se confirma también bajo la perspectiva histórica. Como manifiesta la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 —después de haber afirmado el mantenimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, establece el primer deber de toda organización política— «toda sociedad en la que no estén garantizados los derechos y no exista la separación de poderes no tiene una Constitución». De este modo, se introduce un nexo inquebrantable entre Estado Constitucional, garantía de los derechos fundamentales y separación de poderes.

Como es bien sabido, la doctrina ha subdividido las garantías constitucionales de los derechos en dos tipologías generales, distinguiendo entre garantías jurisdiccionales y garantías institucionales: estas últimas —sustancialmente— pueden ser reconducidas a algunos de los principios del Estado Democrático de Derecho (reserva de ley, principio de legalidad, separación de poderes, independencia del poder judicial e imparcialidad de la administración pública).

Las garantías institucionales, reconocidas en la organización constitucional, se proponen proteger al ciudadano respecto a posibles abusos y respecto al uso ilegítimo del poder por parte de la autoridad pública; intentan fijar los parámetros idóneos para diferenciar la discrecionalidad —innata en cada decisión jurídicamente relevante— de la arbitrariedad, es decir, distinguir entre el ejercicio legítimo de una función del abuso de la misma.

El principio de legalidad puede ser considerado como uno de los fundamentos de los ordenamientos constitucionales contemporáneos que se inspiran o tienen su origen en el Estado liberal: aunque nació referido a las relaciones entre la ley y la actividad ejecutiva de la administración pública, este principio ha acabado por asumir una validez general, y se ha convertido en un principio aplicable incluso respecto a la actividad jurisdiccional o la actividad legislativa.

Sobre la base del principio de legalidad cada acto y cada comportamiento de los órganos del Estado ha de encontrar su fundamento positivo y sus límites en una norma previa. La conformidad de un acto o de una decisión a una norma supone el parámetro, cierto y relevante, que permite distinguir entre actos legítimos y actos arbitrarios, entre comportamientos regulares y acciones abusivas.

En una acepción amplia, el principio de legalidad dispone de tres significados. En primer lugar, impone que la actividad de los órganos

estatales no contradiga el derecho vigente. En segundo lugar, exige disponer de controles dirigidos a verificar si los actos han sido adoptados conforme a las normas jurídicas; finalmente, en estrecha conexión con la definición que se acaba de dar, debe permitir que todas las personas, físicas o jurídicas, que se consideren lesionadas por un acto ilegítimo, puedan impugnarlo ante un juez solicitando la nulidad, la inaplicación, la modificación o la revocación del mismo.

Por tanto, el principio de legalidad tiene su corolario en la justicia-bilidad, en virtud de este principio el ordenamiento debe disponer de los instrumentos de defensa adecuados para que los particulares puedan actuar de forma individual contra los actos ilegítimos, bloqueando sus efectos, de forma temporal o definitiva.

Por otro lado, el principio de separación de poderes encuentra su génesis en la crítica del Estado absoluto, en el cual todos los poderes estaban centralizados y los funcionarios ejercían las diferentes funciones en nombre del soberano. Es obligatorio, en este punto, aludir a la obra de Montesquieu, el cual, en el capítulo VII del libro XI del «espíritu de las leyes», después de haber individualizado el carácter propio de las diversas formas de gobierno, considera ideal la forma de gobierno en la que las principales funciones del Estado se asignan a órganos distintos, órganos independientes que se encuentran en posición de paridad, en grado de contraponerse dialécticamente y de vigilarse recíprocamente.

Los teóricos del principio de la separación de poderes partían de la convicción de que el despotismo era el reino de la arbitrariedad. En concreto, justificaban la necesidad de la separación de poderes al considerar que: «todo hombre que dispone de poder tiene inclinación a abusar del mismo [...] para que no se abuse del poder es necesario que el poder limite al poder». Añadía, además, Montesquieu que «todo estaría perdido si el mismo cuerpo de los notables y de los nobles o del pueblo ejercitase los tres poderes, hacer la ley, ejecutarla y juzgar los delitos y las controversias entre los privados».

Esta doctrina implica un profundo pesimismo acerca de la naturaleza humana y del uso del poder, considera que la concentración de la autoridad en las manos de un único poder genera absolutismo, lo que constituye un peligro para la libertad de los ciudadanos. Por consiguiente, esta teoría se propone eliminar el poder arbitrario, distribuyendo las funciones entre distintos poderes y organizando estos de forma que se introduzcan mecanismos capaces de equilibrar la tendencia de cada poder a prevalecer sobre los otros.

Institucionalmente, la tesis de Montesquieu establece reglas que favorecen el equilibrio entre los poderes contrapuestos e introduce mecanismos de recíproca garantía; además, da vida a una nueva técnica de organización de los procesos de toma de decisiones y de formación de la voluntad del Estado. Se introducen reglas a fin de que cada poder sea independiente y pueda controlar a los demás.

La magistratura —dada la experiencia histórica y la delicadez de la función jurisdiccional, ya que a la autoridad judicial le compete garantizar, al mismo tiempo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y el respeto de la voluntad democráticamente expresada por el Estado— representa el poder del Estado donde la ejecución de ambos principios es más delicada y problemática. El examen de la posición que el orden judicial ocupa en el interior de la organización constitucional del Estado constituye una decisiva prueba que permite evaluar la efectividad del principio de legalidad y del principio de separación de poderes.

La Constitución italiana ha dedicado especial atención a la disciplina constitucional del orden judicial; y el debate en la asamblea constituyente sobre la naturaleza y las características del ministerio público giró —como se verá en los párrafos siguientes— sobre todo en torno a la solución institucional que mejor pudiera asegurar el respeto del principio de legalidad y la independencia del órgano respecto a los otros poderes del Estado.

Además, el texto de la Constitución contiene diversas normas que sirven para garantizar estos principios. Respecto a la relación entre el principio de legalidad y la magistratura se puede citar el artículo 101 de la constitución el cual afirma que «los jueces solo estarán sometidos a la ley», en referencia al principio de la separación de poderes suele ser habitual la referencia al artículo 104 constitucional, que —coronando un proceso evolutivo dirigido a separar la magistratura del poder ejecutivo— define la magistratura como «un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder».

Y cuando trata de ordenamiento judicial, la Constitución italiana se refiere tanto a los jueces, como a los fiscales, a los que extiende el mismo *status* y las mismas garantías propias de los jueces; ya que la Constitución italiana ha codificado un principio según el cual la naturaleza y la función de la jurisdicción son unitarias.

La lectura sistemática de las disposiciones constitucionales permite comprender el estrecho ligamen que los constituyentes quisieron es-

tablecer entre las funciones (jurisdiccionales) y el poder (judicial). Poder judicial y función jurisdiccional representan conceptos conexos, el segundo individualiza a los órganos que han sido dispuestos para el ejercicio de la función, mientras que el primero indica las actividades realizadas, destinadas a asegurar el respeto de la legalidad. Por consiguiente, el fiscal es considerado parte de la magistratura y su función investigadora es definida como una parte (aunque con características propias) de la función jurisdiccional.

De este modo, se puede entender por qué la Constitución italiana acuerda que el ejercicio de las funciones propias del ministerio público debe de ser confiado a órganos dotados de una posición constitucional de independencia. Como dejó escrito Montesquieu, en los sistemas donde el poder judicial no estaba separado del legislativo y del ejecutivo, no se respetaba la libertad.

2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE ORDENAMIENTO JUDICIAL Y SU EXTENSIÓN AL MINISTERIO PÚBLICO

En Italia, la organización constitucional del ordenamiento judicial se basa esencialmente en cuatro principios: a) la unidad de la jurisdicción, b) la independencia de los magistrados, c) su autonomía decisional, d) la magistratura como un cuerpo profesional.

El conjunto de estos principios se orienta tanto hacia la magistratura sentenciadora, como a la investigadora, constituida por la oficina del ministerio público. De hecho, el ministerio público representa, en el sistema italiano, un órgano imparcial que tiene atribuida la función de defender a la sociedad a través de la aplicación de la ley.

Las disposiciones constitucionales no las regulan, pero en ellas se establece que las tareas y funciones que corresponde al fiscal serán determinadas por la ley. Según la legislación referida al ordenamiento judicial, se encuentran entre las atribuciones generales del ministerio público:

a) Velar por la observación de la ley y la regular administración de justicia.

b) Promover la represión de los delitos y la aplicación de medidas de seguridad.

c) Hacer ejecutar las sentencias y cualquier otra decisión judicial en los casos establecidos en la ley.

d) Tutelar los derechos del Estado, de las personas jurídicas y de los incapaces, solicitando en los casos de urgencia las medidas cautelares que considere necesarias.

Según la normativa vigente, el ministerio público se caracteriza desde el punto de vista funcional sobre todo como expresión del Estado comunidad: su tarea es ejercer de forma imparcial la acción penal, asegurar la legalidad en el proceso de persecución de los delitos y garantizar la igualdad de los ciudadanos ante las leyes penales.

a) La unidad de la jurisdicción

Según el artículo 102 de la constitución la función jurisdiccional es desempeñada por los magistrados ordinarios instituidos y regulados por las normas relativas al ordenamiento judicial: estos constituyen —según las palabras de Santi Romano— un «conjunto de órganos coordinados y circunscritos a una unidad dado que ejercitan una misma función».

Esta previsión no es absoluta, ya que no elimina la posibilidad de excepciones específicas y circunscritas. Es el caso, de un lado, de los jueces especiales y, del otro, de la magistratura investigadora. Los primeros tienen competencias en sectores concretos determinados por la Constitución o por la ley, como la administración pública, la militar o la contabilidad pública. Los segundos, a causa de lo específico de su función, consistente no en juzgar, sino en el ejercicio de la acción penal, tienen una organización especial que los distingue de los magistrados encargados del ejercicio de funciones sentenciadoras.

La posición del fiscal se encuadra en el principio de unidad de la jurisdicción; este órgano forma parte, de hecho, del orden judicial. Esta afirmación parece que ya está arraigada, aunque en la doctrina no faltan autores que han mantenido que el ministerio público tiene naturaleza de órgano administrativo.

Tomando como base el carácter judicial de la actividad investigadora del ministerio público se puede afirmar con convicción que este órgano actúa fuera de la administración pública, pero al servicio de la legalidad. El fiscal persigue el interés general de la observación de la ley y toma las medidas oportunas en la persecución de los delitos. Es muy reductivo equiparar el fiscal al «acusador», pues también puede —en el interés de la justicia y de la legalidad— concluir sus investi-

gaciones archivando el caso o con la solicitud de absolución del imputado. El objetivo de la acción penal que ejerce el ministerio público no es conseguir una condena, sino descubrir la verdad, aspira a alcanzar la justicia.

El fiscal puede ser considerado un órgano de la justicia, un órgano de naturaleza judicial, en el caso de que se permita la noción de jurisdicción —sostenida en Italia por Santi Romano— como poder del Estado destinado al mantenimiento y a la ejecución del ordenamiento jurídico, pero que persigue esta finalidad no desde una posición de parcialidad, que es la propia de los órganos de naturaleza administrativa. Se considera, en coherencia con esta definición, que el ministerio público no hace valer intereses particulares, sino el interés general, buscando la observación de la ley.

Por otro lado, la naturaleza jurisdiccional del ministerio público también ha sido confirmada por la Corte Constitucional italiana, según el cual el fiscal es «un magistrado perteneciente al orden judicial, y como tal se sitúa en una posición institucional de independencia de cualquier otro poder» (sentencia n.º 190 de 1970). Aunque el juez constitucional ha precisado que «en el concepto de jurisdicción debe entenderse comprendida no solo la actividad decisoria que es propia del juez, sino también la actividad de ejercicio de la acción penal, que se coordina con la primera en una relación de compenetración orgánica que tiene como finalidad la justicia» (sentencia n.º 96 de 1975).

De la regulación del proceso constitucional también se puede deducir un reconocimiento indirecto de la pertenencia del ministerio público al poder judicial. Al establecer que el ministerio público:

a) Puede activar un conflicto de atribución entre los poderes del Estado;

b) Puede ser considerado juez *a quo*, legitimado para elevar ante la Corte constitucional un juicio de legitimidad constitucional en vía incidental.

b) La independencia de los magistrados

Según el artículo 104 de la constitución la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder. La independencia representa una calidad de la magistratura en su relación con los otros poderes del Estado, que evita que se establezcan condicionantes o interferencias. La independencia del orden judicial se manifiesta

particularmente en la regulación de las relaciones que este mantiene, de un lado, con el Parlamento y, de otro, con el gobierno.

Respecto a la tutela de la independencia del orden judicial se considera que, históricamente, la cuestión más delicada se refiere a las relaciones entre la magistratura y el ejecutivo, como se evidenció claramente durante los trabajos de la Asamblea constituyente de Ruini, en opinión del cual «que la magistratura se libere de la dependencia y de la influencia del gobierno es una exigencia y una conquista de la democracia».

La independencia de la magistratura de los otros poderes se asegura, por un lado, reduciendo las competencias del Ministro de justicia y, por otro lado, a través de la presencia de un órgano específico de administración y garantía —el Consejo superior de la magistratura—, el cual ha absorbido buena parte de las atribuciones que anteriormente correspondían al Ministro de justicia. En esta materia el Gobierno tiene una competencia administrativa residual, que se limita —sustancialmente— a las siguientes funciones:

- a) Promover la acción disciplinaria;
- b) Adquirir información sobre el funcionamiento de la justicia, y;
- c) Organizar el funcionamiento de los servicios relativos a la justicia.

Sin embargo, todavía corresponden al Ministro las atribuciones de naturaleza puramente política: desde la disposición del balance hasta la gestión de los gastos de la justicia, pasando por la preparación de los proyectos de ley y de otros actos normativos correspondientes a la materia judicial.

En cambio, los constituyentes se apresuraron en evitar que la necesaria independencia del orden judicial transformase la magistratura en una corporación, en un cuerpo separado del circuito democrático. Diversas disposiciones de la Constitución se proponen mantener dicha conexión, conciliando el ejercicio de la función jurisdiccional y el principio de la soberanía popular: es el caso, por ejemplo, del artículo 101 de la Constitución (la justicia se administrará en nombre del pueblo) o del artículo 102 de la Constitución (la ley regulará los casos y la forma de la participación directa del pueblo en la administración de justicia). En la misma perspectiva se sitúa el artículo 104 de la constitución que prevé que los componentes de Consejo superior de la magistratura no provengan enteramente de la magistratura, sino que sean elegidos por un tercio del Parlamento en sesión conjunta.

La Constitución asegura a los magistrados también la independencia interna. Esta característica se relaciona con la especial estructura del orden judicial, que representa un poder no jerárquico —de tipo piramidal— sino «difuso». El ordenamiento ha establecido numerosos instrumentos y remedios a la garantía de la independencia interna de los jueces; estos instrumentos se encuentran, sobre todo, en las normas que regulan el *status* y la carrera judicial, cabe hacer especial referencia a la garantía de inamovilidad de la sede y al principio del juez natural establecido por la ley (recogido en el artículo 25 de la Constitución).

Además, también se han de tener en cuenta todas aquellas disposiciones que excluyen cualquier subordinación jerárquica de un juez respecto a otro, que se pueden reconducir al dictado del artículo 107.3 de la Constitución, según el cual los magistrados se distinguen entre sí solo por la diversidad de funciones (y no por su grado).

También el ministerio público es un órgano independiente. La suya es una posición de independencia tanto institucional, como funcional: ambas son consideradas necesarias para poder desarrollar —respetando el principio de legalidad y el principio de igualdad— la acción penal, que según el artículo 112 de la constitución es obligatoria.

Si la independencia externa —en relación con los otros poderes del Estado— del ministerio público es plena; sin embargo, experimenta una atenuación la llamada independencia interna— relativa a las relaciones entre los diversos magistrados que forman parte de la oficina del ministerio público. Por una razón de naturaleza funcional, estrechamente conectada con el ejercicio de las funciones atribuidas por la ley, la oficina del ministerio público tiene una estructura jerárquica, en el sentido que el Fiscal Jefe tiene una posición de supremacía respecto a los otros magistrados que pertenecen a la misma oficina.

Formalmente, quien dirige la oficina del fiscal tiene la responsabilidad y la competencia sobre todos los asuntos que corresponden a la oficina, así, puede ejercer directamente las competencias o delegarlas a los diversos magistrados; puede revocar los encargos delegados y dicta directivas sobre el modo de cumplir las funciones.

El poder de supremacía del dirigente de la oficina encuentra su fundamento normativo en las nociones de unidad y de indivisibilidad, que son los criterios que informan la oficina del fiscal. Pues, no existe la posibilidad de una personalización de los magistrados de forma individual y todos los pertenecientes a la oficina forman parte de un órgano unitario, personificado en el dirigente.

Según la concepción que emerge del sistema legislativo italiano, la oficina del fiscal —aunque compuesta de una multiplicidad de magistrados— representa una «unidad indivisible». Y tal indivisibilidad evidencia dos características organizativas de la oficina del fiscal, que se pueden sintetizar en:

a) Impersonalidad, desde el momento que en el interior de la oficina cada magistrado de forma individual tiene igual competencia para intervenir y las cuestiones se confían a cada uno de los jefes de la oficina: en este sentido, el principio sancionado en el artículo 25 de la Constitución (nadie podrá ser sustraído al juez natural establecido por la ley) sirve para la oficina al completo, no solo para los magistrados considerados de forma individual.

b) Jerarquía, en cuanto la acción de cada magistrado se desarrolla en el respeto del poder de supremacía reconocido por la ley al jefe de la oficina.

Esta excepción al principio de independencia no ha sido considerada constitucionalmente ilegítima por el juez constitucional, argumentando que el ministerio público es un magistrado «especial», ya que «no es titular del poder de juzgar», pero concurre a la averiguación de la verdad judicial.

c) La autonomía

Mientras la independencia hace referencia a la posición institucional del magistrado en el interior del poder judicial y también en las relaciones con los otros poderes, la autonomía se refiere concretamente a la posición del magistrado individual en el ejercicio de su función, la relación que este debe establecer con el derecho, con el sistema normativo que debe interpretar y aplicar. Si la independencia se relaciona con el principio de separación de los poderes, la autonomía se relaciona con el principio de legalidad, de la supremacía de la ley.

La disposición constitucional que reconoce la autonomía de los jueces es la misma que establece la sujeción del juez (según el artículo 101 de la constitución los jueces estarán sujetos solo a la ley). Este principio, en realidad no subordina un poder a otro —en concreto la magistratura al legislador—, sino que introduce una garantía y un límite: la primera consiste en el reconocimiento de que cada magistrado interpreta autónomamente las normas y las aplica libremente a los casos concretos, sin sufrir condicionantes ni externos, ni internos del orden judicial, el segundo se encuentra en el hecho de que la actividad

jurisdiccional del magistrado debe estar vinculada a las normas vigentes y, por ello, no puede ser arbitraria. En definitiva, se puede afirmar que los límites a la actividad del juez provienen solo del derecho positivo y no de otros elementos.

Es tarea del magistrado —igual que del resto de intérpretes del derecho— individualizar la norma aplicable al caso concreto: esto no significa, sin embargo, que sea un mero ejecutor de la voluntad del legislador. Se considera que la interpretación es una actividad creativa vinculada al hecho de que las disposiciones no siempre tienen un significado unívoco, ya que en cada una de ellas pueden ser individualizadas diversas normas, todas compatibles con el texto normativo. Y en el cumplimiento de esa actividad hermenéutica el magistrado debe estar libre de condicionantes.

Parece evidente que, según la anterior concepción del principio de autonomía, el ministerio público no puede no gozar de una posición de autonomía: sobre todo si se tiene en cuenta que su tarea no es sostener la acusación, sino decidir —a la luz de las normas y de la valoración de los hechos— si inicia las investigaciones, si promueve la acusación contra la persona investigada, si archiva o bien opta por la petición de absolución del imputado. Todas las valoraciones el fiscal las debe realizar con absoluta libertad de elección y de pensamiento.

Por estas razones la doctrina italiana no ha dudado acerca de la oportunidad de interpretar en un sentido no literal la formulación del artículo 101 de la Constitución (los jueces están sujetos solo a la ley) que habla no de magistrados (como los otros artículos constitucionales), sino de jueces. De otro lado, el examen del debate en la asamblea constituyente evidencia sin sombra de duda que el texto final del artículo 101 de la constitución fue el resultado, no de una votación de la asamblea constituyente, sino de una modificación introducida en una revisión técnica del texto por el comité de redacción. Se trata, entonces, de una modificación considerada inoportuna por los comentaristas, pero ello no debe inducir a pensar que los magistrados que forman parte de la oficina del fiscal no sean autónomos en la interpretación de las normas a aplicar y en la calificación de los hechos investigados.

d) La magistratura como un cuerpo profesional

La asamblea constituyente finalmente optó con claridad a favor del magistrado profesional. Según el artículo 106 de la Constitución, la mejor selección de los magistrados es la que se realiza por oposición.

No se siguió el ejemplo que ofrece la experiencia inglesa que, en las jurisdicciones superiores, concentra la presencia de un número reducido de magistrados altamente profesionalizados, pero para el resto prevé un elevado número de jueces no profesionales.

El requisito de la profesionalidad tiene relación con la previsión de que a la magistratura se accede solo por oposición pública, ya que este sistema de selección parece el único en grado de asegurar que los componentes del orden judicial fueran elegidos únicamente sobre la base de su preparación técnica.

Esta regla general viene dulcificada por la posibilidad que ofrece la Constitución de colocar junto a los magistrados profesionales otros jueces nombrados sin necesidad de oposición. Su presencia se propone acoplar mejor el orden judicial tanto a la realidad social, como al resto de profesiones jurídicas. En el primer sentido aparece el nombramiento de los magistrados honorarios, que se limita, según el artículo 106 de la Constitución, solo a las funciones jurisdiccionales que son competencia de los jueces individuales; responde a la segunda exigencia la posibilidad de nombrar los magistrados por méritos especiales (previa designación por el Consejo superior de la magistratura pueden ser llamados al cargo de vocal del Tribunal Supremo por méritos especiales, catedráticos y titulares de universidad en disciplinas jurídicas y abogados que tengan 15 años de ejercicio y estén inscritos en los registros especiales correspondientes a las jurisdicciones superiores, artículo 106 de la Constitución).

Además, la Constitución, en la tentativa de dar concreción a la fórmula del artículo 101 de la constitución (la justicia se administrará en nombre del pueblo) consiente la participación en el ejercicio de la función jurisdiccional también a quien no forma parte de la magistratura ordinaria. Esto ocurre:

a) En las secciones especializadas, a través de la presencia de expertos (tribunales para menores, secciones agrarias, secciones de control);

b) En las audiencias de lo criminal cuyo colegio esté compuesto de dos magistrados y de seis jueces populares extraídos por sorteo.

El principio de la magistratura como cuerpo profesional se refiere, obviamente, también al ministerio público, considerando que se accede a la magistratura a través de una única oposición. Solo posteriormente, en el momento de la asignación por parte del Consejo superior de la magistratura, los que hayan aprobado son destinados a las dife-

rentes funciones: algunos a las juzgadoras, y otros a las investigadoras. Pero, en la evolución de sus carreras, se admite el traspaso de una función a la otra: el magistrado investigador puede convertirse en juez y viceversa.

3. LA EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

3.1. El ministerio público según la normativa anterior a la Constitución

La colocación de la figura del ministerio público en el interior del ordenamiento judicial ha sufrido una evolución con el tiempo. Su disciplina actual ha sido el resultado de un largo proceso histórico que se puede dividir en tres fases:

- a) La afirmación de la dependencia del fiscal del gobierno.
- b) La atenuación de los vínculos de dependencia entre el ministerio público y el ejecutivo.
- c) La declaración del ministerio público como magistrado independiente y autónomo.

En su disciplina originaria el fiscal experimentó una fuerte influencia del modelo francés, el cual —bajo Napoleón— se extendió a gran parte de Europa. En aquella época, el ministerio público fue calificado como el representante del Rey en el ámbito de la autoridad judicial.

Tal posición fue remarcada en Italia por el artículo 129 del real decreto n.º 2626 de 1865, el cual establecía que «el ministerio público es el representante del poder ejecutivo frente a la autoridad judicial y está bajo la dirección del ministro de justicia». Entonces, el poder ejecutivo, a través del ministro competente, podía dirigir y orientar la actividad del fiscal en su función de «promover la represión de los delitos» y «velar por la observación de la ley».

La dependencia, tanto funcional como institucional, del ministerio público respecto al poder ejecutivo representó, en la historia política y constitucional de Italia, un valioso instrumento que el gobierno tenía a su disposición para controlar y dominar la magistratura. Este órgano ha desarrollado un papel esencial a la hora de asegurar la influencia del poder político en el ordenamiento judicial.

La carrera del ministerio público era distinta de la del resto de magistrados; los fiscales eran los destinatarios de circulares del Ministerio a las cuales se debían atener en el ejercicio de sus funciones; pero, sobre todo, el fiscal ejercía un fuerte poder (en primer lugar, median-

te el ejercicio de la acción disciplinar) sobre la magistratura judicial. Además, la posición de dependencia respecto al ejecutivo se traducía en la ausencia de efectivas garantías de inamovilidad, pues era competencia del ministro los nombramientos, la progresión en la carrera y los traslados.

Por todo ello, en síntesis, se puede afirmar que a la luz de su regulación originaria el ministerio público no solo no era autónomo en el ejercicio de sus funciones, sino que representaba el instrumento que el gobierno tenía a su disposición para controlar a los otros magistrados: por tanto, era un elemento para hacer ineficaz la autonomía y la independencia que se predicaba de todo el ordenamiento judicial.

En la fase transitoria, el ligamen orgánico entre el poder ejecutivo y el ministerio público sufrió algunos cambios: que si bien fueron limitado, tuvieron un efecto significativo respecto a la atenuación de la relación de dependencia con el ministro de justicia. En este sentido, se puede señalar que el decreto real n.º 12 de 1941 sustituyó la expresión según la cual el ministerio público era el representante del poder ejecutivo ante la autoridad judicial, por un reconocimiento más moderado, según el cual «el fiscal ejercita, bajo la dirección del ministro de gracia y justicia, las funciones que la ley le atribuye».

También fue importante la ulterior modificación introducida por el real decreto legislativo n.º 511 de 1946, que sustituyó el poder de dirección del ministro con una competencia más débil que solo le permitía vigilar cómo el ministerio público ejercía las funciones que la ley le atribuía. Al mismo tiempo, se extendió la garantía de la inamovilidad a la figura del fiscal, en la línea de establecer para el ministerio público las mismas garantías aplicables a los magistrados.

Estas modificaciones en el perfil institucional del ministerio público fueron introducidas por el legislador, que consideraba que poner en práctica de forma literal el modelo francés en la específica realidad del Estado italiano produciría efectos no satisfactorios: en particular, podía ocasionar algunas consecuencias incoherentes con los dos principios típicos del Estado de derecho, es decir, con el principio de legalidad y el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

De esta forma, se sentaron los presupuestos para superar la concepción precedente, alejándose del modelo francés, y afirmando una concepción «italiana» de la figura del fiscal, como órgano del poder judicial, alejado de la influencia del poder ejecutivo y protegido por las garantías propias de los jueces.

3.1. El ministerio público según las disposiciones constitucionales

El verdadero cambio no se llevó a cabo hasta la aprobación de la Constitución italiana de 1947, la cual, por un lado (a diferencia de la anterior Constitución) contenía disposiciones explícitamente dirigidas al ministerio público —el artículo 107, *in fine*. (el ministerio público gozará de las garantías establecidas para él por las normas del ordenamiento judicial), el artículo 108, u.c. (la ley asegurará la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales y de ministerio fiscal destinado ante ellas), el artículo 112 de la Constitución (el ministerio público tendrá la misión de ejercitar la acción penal)—, por otro lado, introduce normas de garantía para todos los pertenecientes al orden judicial, independientemente de las funciones que realice.

Durante los trabajos preparatorios se contrapusieron dos orientaciones distintas, que se diferenciaban no tanto por sus principios inspiradores, como por las soluciones institucionales a adoptar. Aunque era compartida la convicción de que debía ser respetado el principio de legalidad.

Una postura doctrinal, sostenida por Calamandrei, mantenía que para afirmar el principio de legalidad y de igualdad en el ejercicio de la acción penal era necesario prever un ministerio público independiente e inamovible; en otras palabras, la afirmación del artículo 112 de la constitución según la cual el ministerio público tiene la obligación de ejercer la acción penal obligaba a configurar al fiscal como un órgano independiente del poder ejecutivo.

La otra postura, representada por Leone, sostenía que no obstaba al principio de legalidad, la configuración del ministerio público como órgano del poder ejecutivo, con tal que su posición fuera protegida por garantías efectivas.

Por tanto, el debate en la asamblea constituyente se desarrolló siguiendo un camino que preveía, por un lado, una configuración determinada (la obligatoriedad de la acción penal) y por el otro una opción alternativa (que fuera el ministerio público un órgano interno o externo al poder).

3.1.1. *La obligatoriedad de la acción penal por parte del ministerio público*

El principio de obligatoriedad de la acción penal fue aprobado sin particulares discusiones ni divisiones; pero este principio no debe ser

interpretado en el sentido que la Constitución ha introducido el monopolio del ministerio público en el ejercicio de la acción penal. Para confirmar esta afirmación se pueden traer a colación los propios trabajos preparatorios, el debate en asamblea constituyente.

En efecto, la propuesta inicial (la acción penal es pública) fue modificada por la formulación vigente del artículo 112 de la constitución al considerar que no era oportuno impedir al legislador la posibilidad de establecer que la acción penal pudiera ser subsidiariamente promovida también por los privados. La voluntad de los constituyentes confluó de forma unánime en la actual formulación (el ministerio público tendrá la misión de ejercitar la acción penal), que contiene dos principios:

a) la prohibición para el ministerio público de suspender o retardar la acción penal,

b) la posibilidad de que la acción penal pueda ser subsidiariamente ejercida también por los privados o por otros órganos públicos.

Por consiguiente, la expresión «el ministerio público tendrá la misión de ejercitar la acción penal» no debe ser interpretada como exclusividad de la acción penal. La misma Corte constitucional ha precisado que la titularidad del poder de promover la acción penal puede ser confiada por la ley a otros sujetos, diferentes del ministerio público (sentencia n.º 474 de 1993): por ejemplo, órganos administrativos o formaciones sociales que tutelan intereses colectivos o difusos.

En otras palabras, la ley puede prever acciones penales concurrentes o subsidiarias respecto a aquellas ejercitadas obligatoriamente por el fiscal.

No constituye una excepción al principio de la obligatoriedad de la acción penal el hecho de que la disciplina concreta del proceso penal prevea en algunos casos limitaciones al ejercicio la acción penal. Estos límites pueden ser de naturaleza subjetiva, o de naturaleza procedimental. Entre los primeros se puede recordar el caso específico en el que la posibilidad de ejercer la acción penal está subordinada a la presentación de una querrela por parte de la persona lesionada.

Entre los segundos (límites de naturaleza procedimental al iniciar la acción penal) se pueden enumerar las situaciones en las que el ejercicio de la acción penal está condicionado por la voluntad de los órganos externos a la magistratura: como en los casos en los que el fiscal puede iniciar la acción penal solo después de haber obtenido la autorización para actuar por parte del Gobierno o del Parlamento. En este

supuesto, el ejercicio de la acción penal se condiciona a valoraciones de oportunidad o a razones de conveniencia, que pueden ser incluso de carácter político.

No constituye, sin embargo, una excepción al principio general de la obligatoriedad de la acción penal el hecho de que el fiscal pueda considerar oportuno no iniciar una acción penal basándose en valoraciones técnicas o en consideraciones de tipo jurídico. Esta eventualidad representa, de hecho, una especificación de la autonomía constitucional de la cual el ministerio público goza, en su calidad de magistrado. El ministerio público dispone de la libertad para formarse un convencimiento propio sobre si debe calificar un determinado hecho como delito, sobre la interpretación de una concreta disposición legal, o sobre la atribución de un valor particular a disposiciones metajurídicas que implican una valoración de costumbres (como la interpretación de lo obsceno, del honor, del decoro, de la seguridad pública, etcétera.).

Este caso, no supone tanto una excepción a la prescripción constitucional del artículo 112 de la constitución, como una puesta en práctica del artículo 101 de la constitución, en el que se constitucionaliza la sujeción del juez a la ley. Pero, ¿bajo qué parámetro las excepciones al principio de obligatoriedad de la acción penal introducidas por ley pueden considerarse conformes a la Constitución?

En nuestra opinión, es necesario referirse al criterio de racionalidad y de proporcionalidad, así como al principio de reserva de ley. Es preciso que las excepciones encuentren una justificación racional en la ley, se fundamenten en situaciones predeterminadas legalmente, en categorías generales; también en este caso debe ser respetado el principio de legalidad en sentido sustancial.

Algunas excepciones —como las indicadas anteriormente (la obligación de la querrela, o la autorización a proceder)— han de ser consideradas estructurales, propias del sistema, coherentes con los caracteres del proceso penal. Respecto a esto, el juez constitucional ha recordado que «la afirmación del principio de obligatoriedad de la acción penal no excluye que el ordenamiento establezca determinadas condiciones para promover o para la prosecución de la acción penal» (sentencia n.º 94 de 1963).

Diferente es el caso en el que las excepciones a la obligatoriedad de la acción penal deriven de situaciones patológicas. Por ejemplo, cuando la falta de ejercicio de la acción penal deriva de comportamientos omisivos del propio fiscal, de inercias culposas o dolosas; o bien de

interferencias arbitrarias por parte de otros poderes (sean estatales o sociales). Aunque el sistema jurídico conoce válidos «anticuerpos» y ha previstos mecanismos funcionales para convertir en excepcionales las patologías arriba recordadas.

Para defender al ministerio público de arbitrarias interferencias externas se puede recurrir a las garantías previstas legalmente para tutelar la independencia y autonomía del orden judicial. Para la salvaguarda de las inacciones del propio magistrado, el sistema ha previsto otras acciones subsidiarias (activadas a iniciativa de los privados o de otros sujetos públicos) o bien poderes de intervención o de sustitución por parte del magistrado juzgador o sentenciador.

3.1.2. *La independencia del ministerio público*

Respecto a la segunda cuestión fundamental sobre la cual se concentró el debate en la asamblea constituyente —la posición institucional del ministerio público— la mayoría de los constituyentes se pronunciaron en varias ocasiones a favor de que fuera un órgano independiente. No obstante, la formulación final del artículo 107.4 de la Constitución (el ministerio público gozará de las garantías establecidas para él por las normas del ordenamiento judicial) resultó menos clara.

Y no fue tanto porque se quisiera establecer un imposible compromiso entre la posición —minoritaria— del ponente Leone (que proponía que el ministerio público fuese un órgano del poder ejecutivo) y la posición mayoritaria, que entendía que el fiscal era también un magistrado y, por tanto, le debían ser reconocidas «todas las garantías de los magistrados». Si no más bien por que los componentes de la asamblea constituyente tenían de frente una legislación ordinaria que, como se ha recordado precedentemente (decreto n.º 12 de 1941 y n.º 511 de 1946), había ya aprobado el alejamiento del fiscal del poder ejecutivo.

Por consiguiente, la falta de constitucionalización explícita del principio de independencia no se debe interpretar como la intención de proporcionar al ministerio público una tutela solo legislativa, pero no constitucional; si no que toda interpretación debe tener en cuenta el hecho de que la ley ya garantizaba la independencia.

Prevalció en la doctrina la consideración de que el artículo 107 de la Constitución (el ministerio público gozará de las garantías establecidas para él por las normas del ordenamiento judicial) no debe ser entendido como un genérico reenvío a la ley, sino como la atribución al legislador del poder de establecer el *status* del fiscal, para equilibrar la

necesaria condición de independencia con la especificidad organizativa de su oficina.

Por otra parte, no se debe olvidar que en el texto de la Constitución también se encuentran otros preceptos referidos a la magistratura investigadora, donde se postula un ministerio público institucionalmente independiente, tanto hacia el exterior (respecto a los otros poderes del Estado), como en el interior del orden judicial. Por consiguiente, el artículo 107 de la Constitución tiene que ser interpretado de forma sistemática, junto con el resto de disposiciones, de las cuales emerge —según la posición dominante en la doctrina— una implícita constitucionalización del principio de independencia del ministerio público.

En efecto, es preciso tener en cuenta que:

a) La obligatoriedad de la acción penal (regulada en el artículo 112 de la constitución) exige que el proceso penal sea instruido respetando los principios constitucionales de igualdad, sin realizar valoraciones discrecionales y, sobre todo, sin recibir indicaciones ni sufrir controles realizados por los poderes externos a la oficina del ministerio público;

b) La afirmación de que la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder (artículo 104.1 de la constitución) es aplicable a todos los miembros del orden judicial: tanto a la magistratura sentenciadora, como a la investigadora:

c) El Consejo superior de la magistratura constituye el órgano de garantía y de autoadministración de todos los magistrados. De él forma parte, como miembro nato, el Fiscal General del Tribunal Supremo, mientras que el resto, los 20 componentes electivos, se escogen por «la totalidad de los magistrados ordinarios, entre los pertenecientes a las diversas categorías»;

d) Según el artículo 104.3 de la constitución los magistrados se distinguen entre ellos solo por las diferentes funciones que realizan.

e) El artículo 108.2 de la constitución recoge expresamente la garantía de la independencia del fiscal de las jurisdicciones especiales, por lo que sería paradójal y contradictorio que los fiscales de las jurisdicciones especiales fueran independientes y esta garantía no se aplicase también a los fiscales de la magistratura ordinaria;

f) El artículo 110 de la constitución limita taxativamente las atribuciones del ministerio de justicia a la organización y al funcionamiento de los servicios relativos a la justicia: por lo que implicaría vulnerar esta disposición otorgar al Ministro funciones de dirección y de control del ministerio público.

g) Finalmente, el artículo 105 de la constitución atribuye al Consejo superior de la magistratura la competencia respecto a todos los procedimientos que hacen referencia al estado jurídico de los magistrados y, por consiguiente, también sobre los que afecten al fiscal.

Por todo ello, se debe considerar que la constitucionalización de la independencia del ministerio público se encuentra implícita en el conjunto de los artículos que disciplinan el orden judicial y que, por ello, el legislador ordinario no tiene la facultad de excluir a los fiscales de las garantías aplicables al resto de magistrados, sino que únicamente puede armonizar estas garantías y adecuarlas a los específicos deberes y a las funciones propias del órgano investigador.

4. LAS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Como es bien sabido, en Italia en los últimos años se ha desarrollado un intenso debate —político y jurídico— sobre la oportunidad de reformar la segunda parte de la Constitución, la que hace referencia a la organización de los poderes. A lo largo de ese debate la problemática de la magistratura ha asumido una gran relevancia; y, en concreto, no han faltado propuestas dirigidas a la reformulación de las disposiciones constitucionales relativas al ministerio público. La razón de este gran interés no es, en mi opinión, atribuible a consideraciones de naturaleza técnica (ya que la actividad interpretativa de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional han sabido colmar de forma globalmente satisfactoria las dudas surgidas de la lectura del texto constitucional), como a factores de naturaleza puramente política, relacionados, en particular, con el papel asumido por la magistratura en los últimos diez años y con los efectos que ha provocado en el sistema político la acción del ministerio público, me estoy refiriendo al fenómeno conocido en Italia como *mani pulite* (o, si se prefiere, *manos limpias*).

En las propuestas de reforma elaboradas por la comisión a este efecto instituida por el Parlamento (la comisión bicameral para las reformas constitucionales) permanece invariable el principio según el cual el ministerio público tiene la obligación de ejercitar la acción penal. Aunque la claridad de la fórmula empleada por la Constitución de 1947 se ha diluido por la voluntad de introducir algunas precisiones acerca

de la modalidad de ejercicio de la acción penal; precisiones que la doctrina ha considerado inoportunas por encontrarse implícitas en el principio general. Sin embargo, otras propuestas orientadas a acentuar la discrecionalidad del fiscal en la persecución de los delitos o bien a ampliar las excepciones (subjetivas y procedimentales) han sido apoyadas por la mayoría de los componentes de la comisión parlamentaria.

Igualmente, permanece intacta la garantía de la independencia del ministerio público. Respecto a la independencia externa se propuso aprobar un nuevo artículo que estableciera concretamente que «los magistrados del ministerio público constituyen un orden autónomo», mientras que respecto a la independencia interna se propuso incluir directamente en la Constitución un listado con aquellas excepciones al principio de independencia interna que fueran exigidas dada las características concretas de su función. Por consiguiente, la comisión parlamentaria para las reformas institucionales pretendía establecer que «el ministerio público estará regulado por la ley atendiendo a los principios de unidad, de impersonalidad y de indivisibilidad, además del respecto a la jerarquía y a la colaboración».

En otras palabras, el debate desarrollado en los últimos años, aunque fue vivo y políticamente encendido, no pretendía poner en duda el hecho de que el fiscal debe desarrollar las investigaciones respetando el principio de igualdad y los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente en relación con la previsión constitucional de la presunción de inocencia (reconocida en el artículo 27 de la constitución).

Sin embargo, las propuestas de reforma más importantes tienen cuidado en diferenciar netamente las dos funciones (judicial e investigadora) y, por consiguiente, de introducir barreras al paso de la función sentenciadora a la investigadora, y viceversa. Se reforzó en el interior de la comisión para las reformas institucionales una orientación favorable a la separación de ambas carreras, en respeto de los principios de independencia y de autonomía.

La *ratio* inspiradora de esta posición era doble, según la intención de los proponentes: por un lado, se pretendía equilibrar, en el interior del proceso, los poderes de las diversas partes, caracterizando al ministerio público como una parte del proceso igual a la defensa. Por otro lado, se quería diferenciar incluso estructuralmente entre el juez sentenciador del magistrado investigador, manteniendo en común solo la vinculación a los principios constitucionales de independencia y de sujeción a la ley.

La intención de diferenciar la carrera del ministerio público de la carrera judicial también se manifestaba en otras dos propuestas de revisión constitucional:

a) La propuesta de instituir en el interior del Consejo superior de la magistratura dos secciones distintas —una para jueces, y la otra para fiscales— dotadas de las mismas competencia, pero con composiciones diferentes;

b) La introducción de barreras y gravámenes para el pasaje de la función sentenciadora a la investigadora. Por ejemplo, se consideraba oportuno prohibir que la tarea juzgadora penal y la del ministerio público puedan ser desarrolladas por un magistrado del mismo distrito judicial.

En el mismo sentido se sitúa también una reciente solicitud de referéndum abrogativo, destinada a abolir las normas del ordenamiento judicial que permitían el paso de una función a la otra. Aunque el referéndum —celebrado en la primavera de este año—, no ha tenido éxito, al no haberse alcanzado el *quorum* de participación que prevé el artículo 75 de la Constitución.

Estas propuestas no han podido traducirse en normas constitucionales vigentes: sin embargo, tenerlas en cuenta puede resultar interesante para entender no solo los principales temas del debate constitucional actual en Italia, sino también para constatar que las diferentes posiciones que, ya se habían expresado con claridad (y gran sabiduría jurídica) en la asamblea constituyente, han continuado contrapuestas hasta nuestros días.

Pero, sin que ello resquebrajara el asunto de fondo: la conquista de que el ministerio público participa en la función jurisdiccional, debe tener las mismas garantías que los otros magistrados y, en interés de la justicia, su organización y actividad se han de inspirar en los principios de independencia, autonomía y de profesionalidad.