

**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Revista del Poder Judicial nº 48. Cuarto trimestre 1997**

**Federico, Giuseppe di**

Fiscal y Profesor asociado de Derecho penal (1)

**LA INDEPENDENCIA DEL MINISTERIO FISCAL Y EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO DE LA RESPONSABILIDAD EN ITALIA: ANÁLISIS DE UN CASO ANÓMALO DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA (2)**

Estudios

Serie: *Constitucional*

**VOCES:** MINISTERIO FISCAL. FISCALES. INDEPENDENCIA JUDICIAL. RESPONSABILIDAD. LIBERTADES PUBLICAS. PODER JUDICIAL. ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

**ÍNDICE**

I. Introducción

II. Independencia y responsabilidad: un difícil equilibrio

III. El caso italiano: el principio dominante de la independencia y sus negativas implicaciones

IV. Conclusiones

**TEXTO**

**I. INTRODUCCIÓN**

El rol y las funciones del Ministerio Fiscal han sido a menudo objeto de debate y de recomendaciones en el seno de varios Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente. Dicho interés se debe, al menos, a dos razones:

a) El papel crucial desempeñado por el Ministerio Público en la represión de la criminalidad. Los fiscales son los «guardianes de las puertas» de la justicia penal. Sin su participación e iniciativa no puede intervenir eficazmente el juez de forma represiva, pues por definición este último es un órgano pasivo. Su rol, además, ha ido creciendo en importancia, y cada día más, debido al aumento de la complejidad, peligrosidad y difusión que los fenómenos criminales han asumido en todos los países en los últimos decenios;

b) las devastadoras consecuencias que un uso indebido, impropio o partidista de la acción penal puede

acarrear sobre la protección de los derechos civiles, sobre la salvaguardia del *status* social, económico, familiar y político de los ciudadanos y sobre su igualdad ante la ley penal (como es sabido la apertura de diligencias penales genera, a menudo, unos efectos sancionadores que no son compensados con una sentencia absolutoria dictada tras los varios meses o años que dura el procedimiento).

Por ello no debe sorprender que los Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen se hayan ocupado a menudo del papel de Ministerio Público y hayan adoptado numerosas resoluciones al respecto. Entre otras recomendaciones, las citadas resoluciones prescriben que deben asegurarse elevados *standards* de profesionalidad, que «la selección y la carrera profesional (allí donde estén previstas) deben basarse sobre el mérito y de acuerdo con procedimientos objetivos e imparciales», que deben establecerse normas o códigos deontológicos, que «las funciones del Ministerio Fiscal deben estar rigurosamente separadas de las funciones judiciales», que deben adoptarse líneas maestras para reglamentar su poder discrecional, que «debe asegurarse la cooperación efectiva con la policía» (3), y así sucesivamente.

Las líneas maestras del debate del IX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen (punto 3, temas 76, 77, 78) señalan, por una parte, que los fiscales deben ser independientes y, por otra, que su discrecionalidad debe estar compensada con el «principio democrático de responsabilidad». Desafortunadamente estos principios, aunque importantes, no pueden ser reconciliados a nivel operativo. El tema de esta exposición se centra así sobre las difíciles relaciones entre la independencia y la responsabilidad.

De forma sintética, intentaré en este trabajo:

a) subrayar los motivos que hacen de la independencia y de la responsabilidad importantes ingredientes para un correcto ejercicio de la función pública de la acusación;

b) señalar algunos ejemplos, entre los más destacados, de mecanismos institucionales mediante los cuales distintos países democráticos intentan conseguir un equilibrio operativo entre los dos citados principios;

c) describir las características peculiares de la configuración del Ministerio Fiscal en Italia. Traigo el argumento a colación, no para satisfacer una inclinación personal hacia el provincialismo, sino por que considero que el caso italiano es especialmente útil para poner de relieve algunos de los más frecuentes errores en que se suele caer cuando se debate el rol del Ministerio Público en los países democráticos. En concreto, el difuso convencimiento -no sólo existente en Europa continental, sino también en otros países- de que, cuanto mayor es la independencia del Ministerio Fiscal y menor el principio democrático de la responsabilidad, mejor se asegura su correcto y eficaz funcionamiento en un régimen democrático, especialmente por lo que respecta a la represión de la corrupción política y administrativa. El ejemplo italiano es el que mejor permite -a través del examen de un «caso anómalo»- ilustrar las múltiples consecuencias negativas que se derivan de no tener en cuenta el valor democrático de la responsabilidad, privilegiando únicamente el valor de la independencia;

d) introducir algunas conclusiones sobre las razones por las cuales este análisis aporta ulteriores argumentos en apoyo de algunas de las recomendaciones que los Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen han formulado en relación con el Ministerio Fiscal.

## II. INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD: UN DIFÍCIL EQUILIBRIO

Aunque el rol del Ministerio Público no haya recibido hasta el momento la misma atención que los estu-

diosos han dedicado a la judicatura, las investigaciones sobre la materia demuestran claramente que los fiscales disponen de importantes poderes discrecionales para llevar a cabo su cometido institucional y que participan activamente en la definición de las políticas públicas en el ámbito penal. Es verdad que su poder discrecional puede variar de un país a otro y, en consecuencia, también varía la relevancia política de su función. Por ejemplo, es más relevante su papel en aquellos países donde dirigen a la policía judicial en el curso de las investigaciones (como sucede, en distintos grados, en varios países de Europa continental), mientras que es notablemente menor en aquellos en los que están totalmente excluidos de la instrucción (como en Inglaterra y Gales). O que sus poderes discrecionales estén circunscritos únicamente a la iniciativa penal o que sus decisiones afecten a la instrucción implica la existencia de relevantes poderes. Se trata de un fenómeno cada vez más evidente a consecuencia del incremento dramático, por cantidad y complejidad, de las infracciones penales y las amenazas cada vez más sangrantes y peligrosas que suponen para las comunidades nacionales y locales.

Sobre la base de lo que acabamos de señalar, no debe sorprenderles que el rol del Ministerio Público haya sido objeto constante de debate y/o de reformas en los países democráticos (como Estados Unidos, Inglaterra, Francia, España e Italia). En realidad, cuando se afronta o se examina la posición institucional del Ministerio Fiscal, los países democráticos deben intentar compensar en el nivel operativo dos valores opuestos y de igual relieve. Por un lado, la certeza de que la participación del Ministerio Fiscal en la formulación y desarrollo de la política criminal implica la necesidad de adoptar mecanismos tendentes a asegurar que el rol desempeñado en este crucial ámbito esté de alguna forma disciplinado y controlado en el ámbito del proceso democrático. Por otro, la exigencia de garantizar que la acción penal sea llevada a cabo con rigor, uniformidad y objetividad implica la necesidad de evitar una relación muy intensa con el poder político, pues podría ser usado por las mayorías coyunturales para influir en conductas (activas u omisivas) parciales o interesadas del Ministerio Público; de forma más general esa necesidad es también consecuencia de la finalidad de garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal.

Son varias las soluciones adoptadas en los distintos países -sobre todo en las últimas décadas- para equilibrar esas exigencias contrapuestas:

a) disposiciones tendentes a evitar la inactividad del Ministerio Público, como por ejemplo la iniciativa popular en Inglaterra y España, o la posibilidad de recurrir al juez para obligar a iniciar la acción penal, como en Alemania;

b) disposiciones que imponen dictar al Ministro de Justicia las directrices a los fiscales por escrito, como en Francia;

c) la elaboración de normas escritas donde se fijan las prioridades a las que los fiscales deben ajustarse, tanto por lo que respecta a la tipología de los delitos a perseguir como a la forma en que deba llevarse a cabo la instrucción, como sucede en Inglaterra o en Holanda;

d) disposiciones tendentes a tutelar al Ministerio Público mediante instrumentos de presión política indirecta, como la participación de sus representantes en los procedimientos de negociación de salarios, ascensos, traslados y medidas disciplinarias; soluciones de este tipo se han adoptado, aunque con diferentes modalidades, en Francia, Italia, Portugal, España y Alemania;

e) la designación de «fiscales independientes» nombrados *ad hoc* para instruir las causas contra los más altos grados del poder ejecutivo y los más altos funcionarios, como en Estados Unidos.

Si se tienen en cuenta las modificaciones introducidas en la configuración institucional del Ministerio Público en los distintos países y el permanente debate sobre su rol, se puede afirmar que los intentos de equilibrar los valores independencia y responsabilidad han conducido a un «equilibrio inestable» más que a soluciones definitivas y plenamente aceptables. Limitando nuestras observaciones a Europa, el caso de

Francia representa un claro ejemplo de dicho fenómeno (aunque independencia y responsabilidad de los fiscales hayan sido objeto de constante debate también en otros países europeos como España o Bélgica).

La mayor parte de las reformas sobre el Ministerio Fiscal que se han producido en Francia fueron adoptadas en 1993 y 1994. Éstas tuvieron como objetivo limitar los poderes discrecionales del Ministro de Justicia, sea respecto a su potestad jerárquica, sea respecto a sus decisiones sobre el *status* de los fiscales (ascensos, medidas disciplinarias, etc.).

La primera reforma aprobada por el Parlamento francés en enero de 1993 dispone que el Ministro de Justicia sólo puede impartir directivas a los fiscales de forma escrita (4), una medida que se había introducido con la finalidad de hacer más transparente el ejercicio de los poderes jerárquicos del Ministro y, así mismo, de dar respuesta a las muchas críticas que entendían que el Ministro de Justicia había, de vez en cuando, usado sus poderes discrecionales para incidir de forma impropia, por razones partidarias, en la actividad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal.

La segunda y más compleja reforma se adoptó en 1994 y requirió la aprobación, tanto de una Ley Constitucional como de una «Ley Orgánica» (5). La reforma prescribía que el Ministro de Justicia no pudiese adoptar ninguna decisión sobre el *status* de los fiscales sin un dictamen *ad hoc* emitido por una recién creada Sección del Consejo Superior de la Magistratura (dictamen que el Ministro no puede fácilmente ignorar debido a la competencia y a la autoridad de los que son llamados a pronunciarlo).

Aparentemente dichas reformas no satisficieron las expectativas que habían alimentado. Hasta el punto que en menos de tres años, en enero de 1997, el Presidente de la República francesa, M. CHIRAC, nombró una *Commission de reflection sur la justice*, con la tarea, entre otras, de reconsiderar una vez más el papel del fiscal y su independencia respecto del Ministro de Justicia. Como el mismo Presidente CHIRAC ha comentado: «... Son muchas las voces que se elevan para que se estudie la posibilidad de una separación radical entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio Fiscal. Esta posición merece ser examinada con la mayor atención y sin prejuicios. Les ruego estudien las modalidades y consecuencias de una situación nueva, en la que el Ministerio Fiscal no estaría ya subordinado al Ministro de Justicia ni, incluso, jerarquizado» (6).

En concreto se puede observar cómo en varios países democráticos existe la recurrente tendencia a modificar ese equilibrio mediante medidas que persiguen independizar al Ministerio Fiscal de las mayorías que apoyan al Gobierno. Se trata, sin embargo, de una tendencia que nunca ha llegado al punto de ignorar de forma absoluta el «valor democrático de la responsabilidad». Merece la pena destacar que la misma *Commission de reflection sur la justice* nombrada por el Presidente CHIRAC ha claramente tomado partido por esa posición, afirmando que: «La Comisión ha considerado en primer lugar que la política judicial de la Nación debe de ser responsabilidad del Gobierno en la persona del Ministro de Justicia y que por esta razón se ha pronunciado de forma negativa sobre la autonomía total del fiscal...» (7). En ese cuadro general el caso italiano se presenta como un supuesto anómalo. En Italia se le da prioridad absoluta al valor independencia. Ninguna importancia se le atribuye al valor democrático de la responsabilidad a pesar de las decisiones que los fiscales tienen obligatoriamente que adoptar en el crucial ámbito del derecho penal. El examen de la configuración institucional del Ministerio Fiscal en Italia se convierte así en un estudio cuyas consecuencias van más allá de las fronteras italianas, pues permite analizar las posibles consecuencias que se derivan de una configuración institucional de características similares, consecuencias que influyen, tanto en el funcionamiento del sistema penal, como en las relaciones entre el subsistema judicial y los otros elementos del sistema político (naturalmente aquí se ilustrarán de forma sintética únicamente las principales consecuencias).

### III. EL CASO ITALIANO: EL PRINCIPIO DOMINANTE DE LA INDEPENDENCIA

## Y SUS NEGATIVAS IMPLICACIONES

Para un observador no muy atento, desde un punto de vista formal, la «solución» italiana parece, no sólo la más perfecta, sino también la más deseable. El constituyente italiano de 1948 puso especial énfasis en la regulación del Ministerio Fiscal. Para evitar que el poder del Ministerio Público pudiese ser utilizado políticamente de forma incorrecta, como había sucedido durante el régimen fascista anterior, consideró necesario cortar con el vínculo jerárquico tradicional que hasta el momento existía entre la fiscalía y el Ministro de Justicia. Sin embargo, el constituyente no consideró necesario separar en dos cuerpos distintos a jueces y a fiscales. Ambos ingresan a través de la misma oposición. En consecuencia cuando un juez inicia su carrera -generalmente a la edad de 26 años y sin práctica profesional previa- puede ser asignado indistintamente a uno de los dos, pudiendo pasar durante la carrera, cuantas veces quiera, de uno a otro.

Para garantizar la efectiva independencia de los jueces y de los fiscales la Asamblea constituyente optó, incluso, por una forma muy amplia de «autogobierno», disponiendo que todas las resoluciones referentes al *status* de la magistratura (jueces y fiscales), desde el ingreso hasta la jubilación, se concentrasen en el Consejo Superior de la Magistratura, y que dos terceras partes del mismo estuviesen constituidas por magistrados elegidos directamente por sus colegas (dicho órgano se puso en marcha a finales de los cincuenta). La Asamblea constituyente estableció también que el Ministerio Fiscal dispone del monopolio de la iniciativa de la acción penal, así como de la potestad de dirigir a la policía judicial durante la instrucción del proceso. Y, además, estableció que ese monopolio fuese ejercido con total independencia, es decir, al margen de cualquier responsabilidad política, directa o indirecta, existente en otras democracias constitucionales.

A fin de evitar un uso discrecional o arbitrario, y por lo tanto políticamente relevante, de la acción penal, el constituyente consideró, no sin cierta ingenuidad, que era suficiente establecer la obligatoriedad de la acción penal para todos los delitos. Por cuanto sabemos, ninguno de los padres constituyentes dudaba sobre la aplicación de dicha cláusula; ninguno parecía dudar de que todos los delitos podían ser perseguidos de forma efectiva e igual. También estaban firmemente convencidos de que la independencia y la obligatoriedad de la acción penal -concebidas como dos caras de la misma moneda- serían la mejor salvaguardia de la norma constitucional que establece la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Para entender la prevalencia absoluta del valor independencia sobre el de responsabilidad es necesario también tener en cuenta las reformas llevadas a cabo por el Parlamento entre los años 60 y 80 y que se justificaban, formalmente, en la necesidad de desarrollar plenamente los preceptos constitucionales del Ministerio Público (y de la judicatura). Se trata de reformas que han reforzado la independencia del Ministerio Fiscal y el sistema de autogobierno de la magistratura. Tales innovaciones han supuesto un salto cualitativo importante de los fiscales italianos en relación con el *status* de sus colegas de otros países democráticos y, en concreto, con aquéllos que, como en Italia, reclutan a los jueces entre jóvenes recién licenciados sin experiencia profesional previa. Aquí nos limitaremos a señalar las consecuencias más significativas de dichas innovaciones:

a) Desde hace ya treinta años los fiscales (y los jueces) hacen su carrera profesional de forma automática en base a la antigüedad en el cuerpo. Todos los magistrados, excepto si incurrían en faltas disciplinarias graves, llegan a lo más alto de su carrera, y a los correspondientes derechos económicos, tras 28 años de servicio. Las reformas introducidas entre finales de los 60 y principios de los 70, relativas a la promoción en la carrera, a pesar de introducir criterios de mérito, han sido interpretadas en la práctica por el órgano de autogobierno de la magistratura en el sentido de no tener en cuenta ninguna forma de valoración profesional (8). De esta forma han sido ascendidos «por méritos judiciales» hasta fiscales (y jueces) que durante muchísimo tiempo no estuvieron en activo ya que ostentaban cargos directivos en la Administración o eran

miembros del Parlamento (9). Las consecuencias destacables de estas resoluciones -adoptadas formalmente para amparar mejor la independencia de jueces y fiscales- han sido dos. La primera, que la única garantía de cualificación profesional de nuestros magistrados durante 40-45 años de servicio activo es el examen de la oposición de ingreso aprobado a la edad de 22-24 años y que consiste en una valoración de los conocimientos teóricos de distintas ramas del derecho (se trata de pruebas que, además, están caracterizadas por un nivel bajísimo de fiabilidad en la selección) (10). La segunda, que no estando los méritos profesionales asociados al ascenso, los fiscales (y los jueces) tienden a buscar gratificaciones extrajudiciales que les son ofrecidas desde fuera (11). Un fenómeno, este último, que ha producido, entre otras consecuencias, una confusión entre la magistratura y la clase política. Al respecto basta señalar que en las últimas elecciones nacionales se han presentado, entre fiscales y jueces, 50 como candidatos, de los que han sido elegidos 27 y que están en servicios especiales, pero sin que ello les suponga un impedimento para, contemporáneamente, progresar en el escalafón. Además, uno de ellos ha sido nombrado ministro y otros dos subsecretarios (los motivos por los cuales éstos y otros ambicionados cargos políticos son ofrecidos a fiscales se aclarará a continuación, cuando hablemos de los poderes excepcionales de que disponen).

b) Gracias a una compleja combinación de iniciativas judiciales, de sentencias a ellos favorables y de fuertes presiones sobre el Parlamento, fiscales y jueces han obtenido repetidamente (en 1979 y en 1984) un notable aumento en sus salarios, pensión e indemnizaciones por jubilación. Han conseguido, además, que los salarios, pensiones e indemnizaciones por jubilación se basen sobre criterios automáticos de revalorización periódica, lo que implica que cada año aumenta a su favor la diferencia de trato económico entre ellos y los otros empleados de los distintos sectores de la función pública (12). Estas reformas se han conseguido y justificado como instrumentos para reforzar aun más el principio de independencia de los fiscales (y de los jueces) frente a posibles interferencias, también indirectas, del poder legislativo o del ejecutivo.

c) Durante los 40-45 años de servicio, los fiscales y los jueces no pueden ser trasladados, excepto si lo solicitan. El principio constitucional de la «inamovilidad», ideado para tutelar la independencia del órgano judicial, no sólo se aplica al Ministerio Público, sino que también ha sido interpretado en el sentido de cubrir todo el período de servicio. En otras palabras, aunque los fiscales son reclutados para satisfacer las exigencias funcionales de toda la estructura jurisdiccional, pueden permanecer en el puesto que les plazca -independientemente de las razones que motivan esa preferencia- hasta que lo deseen (con el único límite, obvio, de la edad de jubilación fijada en 72 años).

d) Los fiscales han pedido, y progresivamente han obtenido, el total control de la policía judicial durante la fase de instrucción (13). La Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada en 1988 ha atribuido a los fiscales la exclusiva responsabilidad de cualquier decisión a adoptar durante la fase de la instrucción, como mecanismo a través del cual asegurar que la independencia incondicionada de los fiscales al aplicar el principio constitucional de la obligatoriedad de la acción penal no estuviese comprometido por decisiones o iniciativas tomadas autónomamente por la policía. Los fiscales -cada uno de ellos, como veremos- tienen poder para decidir, en cada caso concreto y según sus inclinaciones, si utilizar y en qué medida a la policía judicial, en qué medida utilizar los mecanismos de investigación disponibles y qué amplitud dar a las investigaciones (y, por lo tanto, en buena medida, los resultados de la causa).

Los trabajos de campo que hemos realizado en Italia sobre el funcionamiento efectivo de las oficinas del Ministerio Público y las investigaciones paralelas llevadas a cabo en otros países democráticos nos han llevado repetidamente a evidenciar las múltiples implicaciones y consecuencias negativas que supone la prevalencia del principio de independencia sobre el de responsabilidad, como si la independencia fuese un fin a sí mismo y de la misma naturaleza para los fiscales que para los jueces. Y estas implicaciones y consecuencias negativas tienen, inevitablemente, su reflejo sobre el funcionamiento eficaz y eficiente de la

función fiscal, sobre la efectiva tutela de los derechos civiles en el proceso penal y sobre el funcionamiento correcto de los fundamentales pesos y contrapesos -característicos de los sistemas democráticos- en relación con todas las decisiones del sector judicial.

Pasamos ahora a considerar de forma rápida algunos de los resultados obtenidos en nuestras investigaciones, concentrándonos principalmente en aquéllos que más directamente se conectan con la total ausencia de atención al «principio democrático de la responsabilidad» en la configuración de la estructura del Ministerio Público en Italia.

3.1. La primera consecuencia clara que surge de nuestras investigaciones es que, a pesar de que la Constitución impone perseguir todos los delitos, la acción penal se ejerce de hecho de forma muy discrecional (14), al igual que en otros países si no más. Y se ejerce de forma discrecional por el triste hecho que ni siquiera un precepto constitucional puede modificar la realidad: en Italia, como en cualquier otro país, las dimensiones del fenómeno criminal han alcanzado tales cotas que se hace imposible perseguir todos los crímenes con igual intensidad y eficacia. Por lo tanto, en Italia, la discrecionalidad también envuelve todas las decisiones que deben de asumir los fiscales en el curso de su trabajo (definición de la prioridad de los casos a perseguir, entidad y naturaleza de los recursos de investigación a dedicar a cada caso, medidas restrictivas de la libertad personal, fianzas y así sucesivamente). Paradójicamente es la interrelación entre los dos preceptos constitucionales de la obligatoriedad de la acción penal y de la independencia del Ministerio Público la que impide conseguir el valor último que el constituyente perseguía a través, precisamente, del establecimiento de esos dos principios: la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal. En la realidad dichas normas han producido formas de discrecionalidad más amplias y menos vinculantes que las presentes en otros países democráticos donde los poderes discrecionales del Ministerio Público son más transparentes y precisos debido a regulaciones específicas -adoptadas en el ámbito del proceso democrático- de las prioridades a seguir y, por ello, los fiscales pueden ser llamados a responder de una eventual vulneración. Sin embargo, en Italia, cuando las decisiones de la fiscalía son criticadas públicamente -como sucede a menudo- por ser parciales o discriminatorias, ninguna actividad de verificación al respecto puede llevarse a cabo. En ausencia de una regulación sobre la discrecionalidad las decisiones pueden y son defendidas formal y eficazmente como el fruto de la mera, debida, necesaria e inevitable aplicación del principio constitucional de la obligatoriedad de la acción penal. Por el contrario, quienes manifiestan dudas sobre la conducta del Ministerio Público, son tachados de atentar contra el principio constitucional de independencia del Ministerio Fiscal por razones personales, interesadas o políticas. Y, sin embargo, no sería posible valorar plenamente las implicaciones y las consecuencias negativas derivadas de la absoluta prevalencia del principio de independencia de los fiscales sobre el de responsabilidad sin tener en cuenta otra consecuencia derivada de la configuración estructural del Ministerio Fiscal en Italia.

3.2. Otro dato relevante surgido al hilo de nuestras investigaciones es el de que en los últimos 25 años la iniciativa penal se ha ido paulatinamente convirtiendo en una potestad de cada fiscal y no de la oficina a la que pertenece, soslayando el hecho de que se trata de una oficina donde los poderes están jerarquizados. Han sido varios los factores que han contribuido a ello. Entre éstos la tendencia del Consejo Superior de la Magistratura a limitar muy estrictamente los poderes jerárquicos de los fiscales jefes a fin de intentar conseguir la plena efectividad de la obligatoriedad de la acción penal. Esta política, que ha sido denominada como «personalización de la función instructora», evidencia una de las paradójicas consecuencias que emanan de una iniciativa penal que en la práctica goza de un amplio margen de discrecionalidad y que no puede ser regulada según políticas de prioridades transparentes y controlables, por que formalmente es obligatoria según mandato constitucional. En ese marco, cada decisión adoptada por el fiscal jefe sobre la asignación de los distintos casos a los fiscales, la revocación de los asignados, las directivas u órdenes estableciendo las prioridades a seguir, las formas en que deben de ser tratados los casos, los medios de

investigación a emplear, las medidas restrictivas de la libertad de los encausados pueden ser, fácilmente, consideradas como una maliciosa interferencia en la aplicación del deber constitucional impuesto a todos los miembros del Ministerio Público de perseguir todos los delitos sin distinción. Y ésta es la base sobre la que se han apoyado distintos fiscales para recurrir, y con éxito, ante el Consejo Superior de la Magistratura los poderes jerárquicos de los fiscales jefes. La consecuencia es que éstos han ido paulatinamente usando menos sus poderes jerárquicos, renunciando así a ejercer las labores de coordinación en aquellas diligencias en las que era funcionalmente necesaria la colaboración de más de un fiscal. El resultado es que cada fiscal puede gestionar con plena autonomía los casos que le son asignados en base a criterios automáticos y que tienen su origen en denuncias provenientes de actores externos (policía, autoridades públicas, ciudadanos, etc.), pero también pueden ellos mismos, por iniciativa propia, ponerse a buscar crímenes y culpables. En otras palabras, es plenamente legítimo que cada fiscal inicie y dirija, con absoluta independencia, investigaciones de cualquier tipo sobre cualquier ciudadano, utilizando para ello los distintos cuerpos de seguridad para esclarecer delitos que ellos mismos (con más o menos fundamento) consideran que han sido cometidos. Y no pueden ser, en modo alguno, considerados responsables de esas decisiones, ni siquiera cuando las acusaciones -como ha sucedido durante la investigación- se demuestran, con el paso de los años, infundadas, es decir, cuando las variadas sanciones sociales y/o políticas y/o económicas y/o familiares que a menudo acarrearán esas diligencias penales con sus brutales efectos ya se han producido. Una ulterior relevante consecuencia es que en ningún modo la coherencia de las iniciativas y decisiones asumidas por los fiscales a título individual puede ser sometida al límite de un control público y transparente.

Dadas esas condiciones, no debe sorprender que la independencia, entendida como un atributo de cada uno de los fiscales, haya desembocado en un amplísimo poder discrecional que se proyecta sobre cada caso en base a las preferencias o ambiciones personales. Un fenómeno de esas características -a menudo puesto de relieve por la prensa en estos últimos 20 años- emerge con toda claridad de las entrevistas que hemos realizado a destacados miembros del Ministerio Fiscal e, incluso, aunque de manera puntual, de las declaraciones de algunos de los más significados exponentes de la fiscalía. Entre ellos, Giovanni FALCONE, el más conocido, incluso a nivel internacional, señala como en ausencia de una política judicial vinculante «todo queda reservado a las decisiones, *absolutamente irresponsables*, de las distintas fiscalías y, a menudo, de los miembros de las mismas». Y añade, «comparto el análisis según el cual, a falta de controles institucionales sobre la actividad del Ministerio Fiscal, serán cada vez más graves los peligros que influencias informales y relaciones secretas con centros no visibles de poder puedan ocasionar sobre el ejercicio de la actividad. Me parece que ha llegado el momento de racionalizar y coordinar la actividad del Ministerio Fiscal, hasta ahora prácticamente irresponsable debido a una visión fetichista del principio de la obligatoriedad de la acción penal y por la falta de controles eficaces sobre su labor» (15). Todo ello acarrea «una visión de la justicia que, junto a intervenciones intempestivas sobre hechos de escasa relevancia social y, en algunos casos, tardía en sucesos de gran peligrosidad, aparece a los ojos de la opinión pública como una variable enloquecida del sistema» (16).

Una «fragmentación» de la independencia del Ministerio Fiscal de ese calibre -es decir, la total ausencia de obligación de dar cuenta del ejercicio personalizado de un poder discrecional, en muchos casos de notable amplitud- ha multiplicado además las ocasiones de un trato desigual de los ciudadanos ante la ley penal, que se deriva en todo caso de la falta de regulación de la discrecionalidad. Ello ha creado las condiciones favorables para un uso distorsionado de lo que el juez JACKSON ha definido como «el poder más peligroso del Ministerio Público», que consiste en «elegir a las personas a perseguir más que los casos a investigar...» (17), acusación que de hecho ha sido repetidamente formulada a los fiscales más activos. Los datos obtenidos en nuestra investigación revelan otras dos consecuencias conexas a la «personalización de las funciones instructoras» que aquí nos limitaremos, únicamente, a señalar. Por una parte, ha repre-



sentado un grave obstáculo a las diligencias que requieren una coordinación operativa de distintas fiscalías. Por otra, ha creado en manos de los fiscales un «poder de contratación» que ha permitido a éstos llevar a cabo numerosos y bien remunerados trabajos extrajudiciales, ofrecidos por terceros durante los últimos 25 años (fenómeno que casa mal con los argumentos en defensa de su independencia).

La importancia y la difusión del fenómeno de la «fragmentación» de los poderes de los fiscales y sus numerosas consecuencias negativas se demuestran, además, por las respuestas dadas por una muestra de 1.000 abogados penalistas a un formulario sobre su diaria experiencia profesional: aproximadamente un 70 por 100 ha declarado que existen diferencias sustanciales en la forma en que cada fiscal define las prioridades en el ejercicio de sus funciones; aproximadamente un 55 por 100 de los abogados ha declarado que existen diferencias sustanciales en la forma en que cada fiscal utiliza, «en casos muy similares», la intensidad y los medios de investigación a su disposición durante la fase de las diligencias previas (18). A este propósito vale la pena recordar que los fiscales durante la instrucción disponen de hecho -como ya se ha dicho y se insistirá más tarde- de una amplia gama de medidas preventivas para restringir las libertades personales, la intimidad y el uso del patrimonio de las personas bajo sospecha. Pero para ilustrar mejor cómo la independencia del Ministerio Público incide en la delicada materia de la tutela de los derechos civiles debemos hacer referencia, una vez más, a otro de los datos obtenidos en nuestra investigación y que también es negativo para el sistema judicial italiano: la relación orgánica que existe entre jueces y fiscales que los convierte en un cuerpo único.

3.3. Como se ha dicho, jueces y fiscales ingresan en la carrera a través de la misma oposición apenas terminada la universidad. Inicialmente pueden ser destinados a funciones juzgadoras o instructoras y, posteriormente, pasar de forma reiterada de una a otra. Hacen la misma carrera, tienen el mismo tratamiento económico, pertenecen a la misma asociación profesional (muy activa y eficaz en tutelar y promover sus intereses comunes), eligen conjuntamente a sus representantes en el órgano de autogobierno de la magistratura. En suma, gracias a un prolongado proceso de socialización, desarrollan un fuerte sentido de pertenencia a un destino común. También hay que señalar la circunstancia de que jueces y fiscales trabajan en los mismos palacios de justicia y tienen ocasión, por lo tanto, de mantener frecuentes contactos informales. En otras palabras, relaciones así de estrechas crean las condiciones más favorables para que aquéllos que juzgan sean especialmente sensibles a las pretensiones de sus colegas que instruyen, sobre todo durante la fase de la instrucción en la que los jueces deben de acordar medidas sobre pretensiones de los fiscales que afectan, entre otras, a la restricción de la *privacy*, la libertad personal y patrimonial de los sospechosos. Nuestros trabajos de campo demuestran la existencia de comunicaciones informales *ex parte* entre jueces y fiscales en relación a las resoluciones que los primeros deben de adoptar sobre las medidas cautelares en el curso del procedimiento. Hemos reunido pruebas documentales, no sólo sobre la propensión de los jueces a estimar las pretensiones de sus «colegas» los fiscales durante la instrucción, sino también sobre el hecho de que esa situación no se considera una violación de la ética profesional, como sin embargo sucede en otros países (19).

Obviamente, dado el carácter informal de este fenómeno, no estamos en disposición de precisar su frecuencia y su difusión sobre la base de la observación directa y de los documentos oficiales. Dos elementos entre ellos conexos indican, sin embargo, que estos fenómenos son frecuentes y están muy difundidos:

a) la altísima frecuencia de la coincidencia entre lo pedido por el fiscal y lo acordado por el juez, tanto durante la instrucción (incluyendo aquí medidas cautelares de privación de libertad) como durante su calificación de archivo o apertura de procedimiento oral;

b) la mayor parte de los 1.000 abogados penalistas entrevistados por nosotros señaló que las comunicaciones informales *ex parte* -sin saberlo la defensa- entre jueces y fiscales sobre los casos que llevan son

cotidianas y, además, que las decisiones adoptadas por los jueces durante la instrucción y su fase final son -salvo raras excepciones- una aceptación pasiva y casi supina de las pretensiones formuladas por sus colegas-fiscales (20).

Mas en general, los abogados mantienen que los amplios márgenes de discrecionalidad manejados por los fiscales con plena independencia perjudican gravemente su actuación profesional, pues la protección de los derechos de sus clientes -durante la larga fase de la instrucción- depende más de la benevolencia de los fiscales que de la capacidad de los abogados para hacer valer las normas procesales. Los abogados señalan así mismo que el principio de independencia de los fiscales se utiliza también como un escudo para amparar decisiones que esconden móviles personales o políticos o, incluso, persiguen obtener fama y prestigio para poder recibir posibles gratificaciones (21). Otro dato muy significativo es que la gran mayoría de los abogados considera que los fiscales utilizan la prisión preventiva como instrumento muy eficaz para obtener confesiones acordes con los fines perseguidos o para confirmar la hipótesis acusatorias mantenidas (el 91,5% de los encuestados afirma que la prisión provisional se utiliza de manera distorsionada, es decir, de manera diferente a la prevista en la ley) (22). Es útil señalar que dichas quejas son profusamente compartidas y que han sido objeto de acalorado debate en los *media* y en el ámbito político. También han tenido eco en el *Bureau de la Federation Internationale des Droits de l'Homme* (23). Los abogados han organizado, sin éxito, manifestaciones e, incluso, largas huelgas para reivindicar la paulatina erosión de su papel.

Sin lugar a dudas, en los últimos 30 años, el nivel de discrecionalidad que caracteriza las iniciativas penales de los fiscales y las medidas coactivas utilizadas durante la fase de la instrucción han llevado a los fiscales a adquirir de hecho el control y la definición de una muy significativa parte de las políticas públicas del sector penal, al mismo tiempo que han asumido un papel, cada día más visible, de eficaces solucionadores de los más relevantes problemas sociales, económicos y políticos del momento: desde la seguridad en el trabajo hasta la contaminación ambiental, desde la evasión fiscal hasta los fraudes bancarios y otros delitos económicos similares, desde el terrorismo hasta el crimen organizado pasando por la corrupción político-administrativa. Sus iniciativas en esos campos han determinado incluso cambios muy significativos en los liderazgos de los partidos y en sus estructuras. Gracias a ello han ocupado durante los últimos cuatro años las primeras páginas de los periódicos y las portadas de los telediarios. Dichas iniciativas han tenido eco, incluso, entre los observadores extranjeros, y alimentado la idea de que el modelo italiano, basado sobre la independencia de los fiscales y con excepcionales medidas para garantizarla, puede ser una respuesta eficaz a la plaga de la corrupción político-administrativa. Es indudable que los fiscales, en los últimos 4 años, especialmente en algunas áreas geográficas, han descubierto un sistema muy extendido de corrupción político-administrativa. Una corrupción que, como se ha demostrado, se había desarrollado sin molestias durante varias décadas y se había enquistado de tal forma que consiguió alterar, si no suprimir, los mecanismos básicos de funcionamiento de la economía de mercado en el sector de las obras públicas nacionales y locales. A pesar de ello, sería de simples y equivocado deducir del ejemplo italiano la conclusión que cuanto mayor sea la independencia del Ministerio Público y menor su responsabilidad en el proceso democrático, tanto más contundente será su acción en contra de la corrupción político-administrativa. Para advertir sobre la cautela de este tipo de conclusiones y subrayar la falacia de esas simples argumentaciones basta señalar que durante las décadas en las que la corrupción política y administrativa se ha desarrollado y enquistado en el sistema, nuestros fiscales gozaban de las mismas garantías de independencia de las que ahora gozan. Y que, además, ninguno de ellos puede ser considerado responsable institucionalmente por ese período de inercia en la lucha contra unas violaciones de la ley tan difundidas, penetrantes y peligrosas. Es obvio, por lo tanto, que el problema de la corrupción no puede ser abordado haciendo más independiente al Ministerio Público y olvidando el «requisito democrático de la

responsabilidad» respecto de una función -la del Ministerio Fiscal- que está llamada a desarrollar tareas de gran y creciente relevancia política.

Al describir las principales disfuncionalidades derivadas de las excepcionales y singulares medidas adoptadas en Italia para garantizar la independencia interna y externa del Ministerio Fiscal, me he limitado a subrayar aquéllas que más se ajustan al tema de esta exposición y que han quedado reflejadas al principio de este artículo, es decir, aquéllas que, por un lado, perjudican la eficacia de las actividades de instrucción y, por otro, inciden negativamente sobre la tutela de las libertades civiles en el proceso penal. Sin embargo, los datos obtenidos en el curso de una investigación que dura ya treinta años demuestran también otras implicaciones negativas. Una de ellas debe ser mencionada antes de pasar al apartado de las conclusiones. El «poder de contratación» adquirido por los fiscales en nuestro sistema político, el hecho de que sus iniciativas y sus investigaciones penales, muy difundidas a través de los *media*, han truncado definitivamente la carrera política de un número considerable de parlamentarios y líderes políticos nacionales y locales (incluso de aquéllos que tras mucho tiempo, al terminar sus correspondientes procesos, han sido declarados inocentes), han alterado el funcionamiento de los mecanismos institucionales de equilibrio entre los poderes: la magistratura en su conjunto -gracias a las permanentes iniciativas de una asociación profesional muy activa- ha ido progresivamente adquiriendo un notable «poder de contratación» en relación con la clase política y, por lo tanto, también una influencia preponderante en el proceso legislativo en materia de justicia. Su influencia se constata no sólo en el hecho de que los fiscales gozan de unas ventajas que los de otros países no tienen (como por ejemplo el ya mencionado automatismo en la carrera o también los incrementos periódicos y automáticos en salarios y pensiones), sino también en su poder de veto sobre cualquier propuesta relativa a la magistratura y a sus poderes que no sea de su agrado (24).

#### IV. CONCLUSIONES

La descripción del «caso italiano» confirma, sin lugar a dudas, la importancia de uno de los temas abordados en este IX Congreso de las Naciones Unidas, es decir, que el Ministerio Público debe de ser independiente, pero que también su discrecionalidad debe estar sometida al «requisito democrático de la responsabilidad». En concreto el caso italiano demuestra que el absoluto desconocimiento de ese principio democrático lleva consigo una serie de graves consecuencias que afectan, tanto a las libertades civiles, como al eficaz desarrollo de las funciones de los fiscales. También demuestra que las prescripciones legislativas, también las de rango constitucional, no tienen el poder de modificar la realidad: esto último no sorprende al ciudadano común pero sí que es de difícil comprensión para muchos juristas. Una prueba de ello es el convencimiento de que todos los crímenes pueden ser perseguidos -a pesar de las pruebas empíricas irrefutables que demuestran lo contrario- simplemente por que así lo dice la ley. Es cierto que la idea según la cual la obligación de la acción penal tendría que representar una de las principales consecuencias del denominado «principio de legalidad» está cultivada y extendida, no sólo entre juristas y magistrados italianos, sino también entre muchos de sus colegas en otros países del *civil law*. Cuando esa idea tiende a prevalecer, las consecuencias pueden ser, sin embargo, bastante peligrosas -como hemos visto- para la protección de valores de importancia fundamental en una democracia y puede, incluso, entrar en colisión directa con las intenciones de aquéllos que mantienen estas orientaciones doctrinales y dogmáticas. El caso italiano demuestra este fenómeno. Al justificar la plena independencia de los fiscales sobre la infundada base empírica de que la iniciativa penal pueda ser obligatoria, se ha atribuido de hecho y de forma exclusiva a un cuerpo burocrático una vasta gama de decisiones de naturaleza discrecional y de gran relieve político. Faltando cualquier regulación formal de un poder de esas características -puesto que cualquier regulación iría en contra del precepto constitucional de la obligatoriedad de la acción penal- se ha

dejado a los propios fiscales la tarea de decidir cómo utilizarlos en cada caso concreto. De ello deriva que este poder termina siendo utilizado de manera distinta en las diversas fiscalías e, incluso, por cada uno de los fiscales de las mismas. Paradójicamente, por lo tanto, esta versión extrema de la independencia de los fiscales lleva -a nivel operativo- a la derrota del objetivo último que a través de ella se pretende conseguir, es decir, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal. Las numerosas consecuencias negativas que, como hemos visto, se deducen de la adopción de una visión extrema de la independencia del Ministerio Público subrayan la necesidad -recomendada por este Congreso de las Naciones Unidas- que esa independencia tiene que estar equilibrada con medidas que tiendan a hacer efectivo «el principio democrático de la responsabilidad».

Esta descripción del caso italiano, aunque sumaria y sin los matices que habitualmente caracterizan los estudios universitarios, sugiere la necesidad de cautela al definir el sentido y las implicaciones del concepto de independencia. ¿De verdad ese concepto tiene exactamente el mismo significado y las mismas implicaciones para jueces y fiscales como se considera en Italia? ¿Los objetivos perseguidos son idénticos? Como prueba de lo contrario y como simple ejemplo de una cuestión compleja, me limitaré a recordar que sin lugar a dudas sería una violación de la independencia de la función judicial si un presidente de audiencia intentase coordinar sobre el plano sustancial, es decir, en el mérito, las decisiones de los jueces que integran ese tribunal. ¿Esa implicación del concepto de independencia es válida también para las fiscalías? ¿O al contrario -como el caso italiano demuestra claramente- la falta de cualquier forma de coordinación jerárquica de los fiscales no es sumamente disfuncional para el correcto y eficiente ejercicio de sus funciones, sobre todo en aquellos países donde los fiscales asumen la dirección de las investigaciones policiales? Se me permita añadir que no habría formulado dicha pregunta en esta sede si no hubiese constatado en las resoluciones de los Congresos de las Naciones Unidas que el término «independencia» se usa de vez en cuando en referencia tanto a fiscales como a jueces. Es verdad que dichas resoluciones no indican nunca que el significado de la palabra «independencia» tenga que ser el mismo para sendas funciones. A pesar de ello hasta el momento no se ha hecho ningún intento para precisar las diferencias. Considero que sería útil considerar este tema en uno de los sucesivos Congresos.

Al inicio de este trabajo afirmé que la descripción del caso italiano suministraría argumentos adicionales para apoyar también otras recomendaciones sobre el Ministerio Público aprobadas en los anteriores Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen. Permítaseme brevemente explicar porqué:

a) nuestra descripción confirma sin lugar a dudas la importancia de aquellas recomendaciones que proponen adoptar directivas para regular los poderes discrecionales de los poderes públicos, como uno de los instrumentos más relevantes para intentar un equilibrio aceptable entre las exigencias de independencia y de responsabilidad. Sin lugar a dudas para la consecución de ese objetivo pueden concurrir también otras recomendaciones como la de fijar normas de ética profesional para los fiscales así como instrumentos eficaces para asegurar su respeto;

b) nuestra descripción, aunque concisa e incompleta, de las graves limitaciones a la función y a los derechos de la defensa que derivan de una configuración en la que jueces y fiscales pertenecen al mismo cuerpo (25) confirma y convalida sin lugar a dudas la precedente recomendación en la que se pide que «la fiscalía debe estar rígidamente separada de las funciones judiciales».

Por último, un breve comentario sobre otras dos recomendaciones aprobadas en otros Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y que no han sido atendidas en Italia durante los últimos treinta años, es decir que «la selección y la carrera (allá donde estén previstas) deben de basarse sobre el mérito» y que «deberían de asegurarse elevados niveles de profesionalidad». Durante los 40-45 años de

servicio activo de los fiscales (y jueces) italianos no se practican ni controles efectivos ni valoraciones de su profesionalidad. Ello se debe, como hemos visto, a que el Consejo Superior de la Magistratura, también debido a su composición, decide de hecho las promociones únicamente en base al criterio cronológico. Esta evolución de nuestro sistema hacia una carrera totalmente automática ha sido justificada como elemento necesario para evitar que las valoraciones sobre el mérito pudieran limitar, aunque sólo fuese indirectamente, la independencia de los fiscales (y de los jueces). Esa orientación, también a causa de las ventajas corporativas que ofrece, es compartida por muchos fiscales y jueces de otros países que tienen un sistema de carrera similar al italiano. Ello sin embargo conduce a otro dilema que tiene que ver de nuevo con el concepto de independencia ¿Hasta qué punto la protección de la independencia debe ser perseguida en detrimento de concretas y sustanciales garantías de cualificación profesional?

## Notas

(1) Catedrático de la Universidad de Bolonia; Director del Centro de Estudios e Investigación sobre el Ordenamiento Judicial de la Universidad de Bolonia; Director del Instituto de Investigación sobre Sistemas Judiciales del Consejo Nacional de Investigación (CNR).

(2) El presente artículo se corresponde con la ponencia presentada en nombre de la *International Society of Social Defence* en el IX Congreso de la ONU sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente (El Cairo, mayo de 1995). El texto en inglés ha sido publicado, junto con otras ponencias sobre el mismo tema en el volumen colectivo coordinado por J. DE FIGUEIREDO DIAS, G. DI FEDERICO, R. OTTENHOF, J.F. RENUCCI, L.C. HENRY, M. SHIKITA, *The role of the Public Prosecutor in Criminal Justice according to the Different Constitutional Systems*, Working Papers IRSIG-CNR, Special Issue, Bologna, Editrice Lo Scarabeo, 1986. Al texto original se le han añadido algunas modificaciones puntuales.

La traducción del italiano al castellano ha sido efectuada por el Dr. Jorge LOZANO MIRALLES, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén.

(3) Sobre éstas y otras recomendaciones en relación con la materia cfr. *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Milán, 26 de agosto-6 de septiembre de 1985, U.N. Publications, págs. 73-74; *Eight United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of offenders*, La Habana, 27 de agosto-7 de septiembre de 1990, págs. 191-194.

(4) Art. 3 de la Ley 93-2, de 4 de enero de 1993.

(5) Ley Constitucional n. 93-953, de 27 de julio de 1993 y Ley Orgánica 94-100, de 5 de febrero de 1994.

(6) «... Cependant des voix s'elevent pour envisage une coupure radicale entre le ministre de la justice e le parquet. Una telle position merite d'etre examinee avec la plus grande attention et sans prejudice. Je vous demande d'etudier les modalites et les consequences d'une situation nouvelle dans laquelle le parquet ne serait plus subordonne au garde des sceaux et, eventuellement meme, ne serait plus hierarchise».

(7) «Elle a consideré en premier lieu que la politique judiciaire de la Nation devait en democratie relever de la responsabilité du Gouvernement en la personne du garde de sceaux, e s'est en consequence, prononcé contre une autonomie totale du ministere public».

(8) G. DI FEDERICO, *The Italian judicial profession and its bureaucratic setting*, «The Judicial Review. The Law Journal of Scottish Universities», 1996, Part I, págs. 40-55; G. DI FEDERICO, *Le qualificazioni professionali del carpo giudiziario*, en G. DI FEDERICO (coord.), *Preparazione professionale degli avvocati e dei magistrati*, Cedam, Padua, 1987, págs. 3-47.

(9) G. DI FEDERICO, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati*, en F. Zannotti, *Le attività extragiudiziarie*

*dei magistrati ordinari*, Cédam, Padua, 1981, págs. XIII-LXXVI.

(10) G. DI FEDERICO,

*Le qualificazioni professionali...*, *op. cit.*, págs. 10-14.

(11) G. DI FEDERICO, *Gli incarichi extragiudiziari ...*, *op. cit.*

(12) G. DI FEDERICO, *Costi e implicazioni istituzionali dei recenti provvedimenti in materia di retribuzioni e pensioni deimagistrati*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», nº 2, 1985, págs. 331-373; F. ZANNOTTI, *The judicialization of judicial salaries in Italy and in the United States*, New York University Press, New York, 1995, págs. 181-204; F. ZANNOTTI, *La magistratura, un gruppo di pressione istituzionale: l'autodeterminazione dalle retribuzioni*, Cedam, Padua, 1989.

(13) G. DI FEDERICO, *The crisis of the justice system and the referendum of the judiciary*, in P. CORBETTA y R. LEONARDI (coord.), *Italian Politics: a review*, Pinter, Londres, 1989, págs. 25-49.

(14) G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento dalle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità* en A. GAITO (coord.), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Jovene, Nápoles, págs. 170-208.

(15) G. FALCONE, *Interventi e proposte (1982-92)*, Sansoni, Milán, 1994, págs. 173-174.

(16) *Ibidem*, págs. 180-181.

(17) R. JACKSON, *The federal prosecutor*, Introducción a la segunda conferencia anual de los Attorneys de los Estados Unidos, 1 de abril de 1940. En aquel entonces JACKSON ocupaba el cargo de Attorney General en USA. Merece la pena transcribir el párrafo de donde ha sido obtenida la cita por la claridad con la que JACKSON encuadra el problema: «La aplicación del derecho no es automática. No es ciega. Uno de los mayores problemas del Ministerio Público es que él es quien elige los casos, porque ningún fiscal podrá investigar todos los casos que le llegan... Si el Ministerio Público está obligado a elegir los casos es evidente que también puede elegir a los imputados. Aquí está el mayor de los peligros del Ministerio Fiscal: el de elegir a las personas a perseguir más que los casos a investigar. Con los códigos llenos de delitos, el Ministerio Público tiene muchas posibilidades de imputar una violación, al menos, de una ley a cualquier persona. No se trata tanto de descubrir un crimen que se ha cometido o la persona que lo ha ejecutado, como de buscar a una persona y después indagar en los códigos, o poner a los investigadores a trabajar, para descubrir algo en su cargo...».

(18) G. DI FEDERICO, *I diritti della difesa: la drammatica testimonianza degli avvocati penalisti e le difficili prospettive di riforma*, en G. DI FEDERICO, D. GIORI *et alli*, *Codice di procedura penale e diritti della difesa*, «Working papers Irsig-Cnr», nº 7, 1996.

(19) G. DI FEDERICO, *Il pubblico ministero, indipendenza, responsabilità e carriera separata*, L'indice penale», XXIX, nº 2, 1995, págs. 399-437, y en particular págs. 421-422 y nota 30.

Sobre la prohibición de comunicación *ex parte* tenemos el ejemplo del art. 7, sec. B, nº 7 del *Model Code of Judicial Ethics de la American Bar Association*, adoptado en la mayor parte de los Estados norteamericanos, que dispone: «El juez no debe asumir la iniciativa, permitir o, en todo caso, tener en cuenta comunicaciones *ex parte*, o sopesar comunicaciones a él dirigidas en ausencia de las partes interesadas y relativas a un proceso pendiente...». Sobre los motivos de tal prohibición los más autorizados comentadores del Código afirman: «Las comunicaciones *ex parte* privan a la parte ausente del derecho a responder y a ser escuchados. Sugieren, además, prejuicio o parcialidad en el juez. Las conversaciones o la correspondencia *ex parte* pueden despistar; las informaciones suministradas al juez pueden ser incompletas o poco precisas, el problema puede ser expuesto de manera incorrecta. En definitiva, las comunicaciones *ex parte* exponen al juez a argumentaciones interesadas, que conllevan el peligro de un juicio de hecho o de derecho erróneo. En el peor de los casos los supuestos de comunicación *ex parte* son una invitación a una influencia impropia, cuando no a la corrupción». Cfr. J. SHAMAN, S. LUBET y JJ. ALFINI, *Judicial Conduct and Ethics*, Michie Law Publishers, Charlottesville, 1995, págs. 149-150.

(20) G. D. FEDERICO, D. GIORI *et alli*, *I diritti della difesa,...*, *op. cit.*

(21) *Ibidem.*

(22) *Ibidem.*

(23) La Missione della F.I.D.H., *Le Nuove Libertà*, noviembre-diciembre 1992, números 11-12, págs. 3-6.

(24) G. DI FEDERICO, *I diritti della difesa: la drammatica testimonianza degli avvocati penalisti e le difficili prospettive di riforma*, en G. DI FEDERICO, D. GIORI, *et alli*, *Codice di procedura penale e diritti della difesa...*, *op. cit.*, págs. 188-211.

(25) Para una descripción minuciosa del tema cfr. G. DI FEDERICO, *Il pubblico ministero: indipendenza...*, *op. cit.*, en particular págs. 417-437. Ver también G. DI FEDERICO, *Italy: a Peculiar Case*, en C. N. TATE y T. VALLINDER (coord.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University, New York, 1995, págs. 233-243.