Ni fiscal instructor, ni Habermas 'procesalista' (a pesar de Vives Antón)

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

«¡Llaneza, muchacho, no te encumbres; que toda afectacion es mala!»
Miguel de CERVANTES
(*El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, Parte II, cap.XXVI)

LA BUENA NUEVA

Corría el año 1987, cuando, en el mes de abril y en el Centro de Estudios Judiciales, tuvieron lugar unas «Jornadas sobre la justicia penal en España»[1], organizadas por el Consejo General del Poder Judicial. Allí, varios ponentes, se mostraron partidarios de incorporar a nuestro sistema procesal-penal ciertas novedades. Entre éstas: alguna manifestación del principio de oportunidad en la persecución de determinados delitos, la instrucción a cargo del fiscal, y un nuevo concepto de verdad procesal.

Las propuestas causaron sorpresa, porque, aunque las había que tenían ya algún precedente foráneo, constituían entre nosotros —sobre todo, dado el contexto doctrinal y bibliográfico— una evidente novedad. Aunque sorprendió todavía más saber que las ideas expuestas podían estar alentando ya alguna reforma legal, cuando el Ministro de Justicia, en la clausura, hizo notar su satisfacción por la coincidencia de aquéllas con las directrices impartidas por el Ministerio a la comisión de expertos encargada de elaborar las bases para la reforma del proceso penal. Coincidencia natural y que no daba para sorpresas, puesto que esa comisión había estado francamente bien representada en el seminario que concluía.

Uno de los ponentes, no sé si tambien experto ministerial, fue Tomás S. Vives Antón, cuya aportación lleva por título: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal»[2].

Vives Antón desarrolló algunas ideas por las que yo manifesté tiempo después[3] cierto interés polémico, en términos que, al parecer, él no comparte, como ha tenido ocasión de expresar recientemente[4].

La lectura del buen número de páginas que Vives Antón dedica a —o arroja contra— mi trabajo, confirma la intuición de estar tocando temas candentes, que tuve al escribirlo. Aunque, entonces, no me cupo pensar que podían llegar a ser incluso inflamables; como puedo juzgar hoy, a tenor de la mala calidad del *humo* que despide mi interlocutor y de la *temperatura* y el pésimo talante de su intervención, a los que tendré ocasión de referirme en detalle.

Pues bien, siendo así, se me comprenderá si digo que es sólo el objetivo interés de las cuestiones a debate, lo que me estimula a retomarlas en la forma que lo hago, es decir, como réplica a (y no obstante) Vives Antón; y para tratar de aclarar la confusión que él introduce cuando me interpreta, y tambien al abordar algunas cuestiones.

¿MINISTERIO PUBLICO 'VERSUS' JUEZ DE INSTRUCCION?

La doctrina y la experiencia procesal comparadas ofrecen diversos ejemplos de una polémica, que sólo tardíamente ha llegado a tener presencia en nuestro país, y que cuenta con las instituciones del fiscal y el juez de instrucción como polos de referencia.

El caso italiano es el más reciente y seguramente el más singular, porque en él las figuras del *pretore* y del instructor concitaban sentimientos contradictorios: el reconocimiento de que ese modelo de juez había hecho posible el ingreso de la Constitución en la experiencia jurisdiccional; pero, tambien, en momentos reciente, procesos de viejo sabor inquisitivo. Ello, mientras la idea del fiscal como alternativa no levantaba particulares suspicacias por su estatuto de independencia respecto del ejecutivo.

Pero el caso italiano —invocado aquí con frecuencia como argumento— tuvo tambien alguna otra peculiaridad: la propuesta de un proceso de estructura acusatoria arranca con el «proyecto Carnelutti»[5], que data de 1962-1963, para concluir, finalmente, a primeros de 1988; de modo que, aunque el *iter* no estuvo ajeno a los fragores del debate político, con-

[1] Ahora publicadas en *Poder Judicial*, numero especial II
[2] En *Poder Judicial* n cit., pag. 93 y ss. En lo sucesivo citaré este trabajo como *DC*.
[3] *Cfr.* P. Andrés Ibáñez, «El Ministerio Fiscal entre "viejo" y "nuevo" proceso», en la obra colectiva: *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pag. 81 y ss. En lo sucesivo citare este trabajo como *MF*
[4] T. S. Vives Antón, *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. II La reforma del proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, en particular pág 109 y ss. y 250 y ss. En lo que sigue la referencia sera a este trabajo siempre que, en el texto, haga sólo mención de pagina y también cuando cite como *RP*.
[5] Ministerio di Grazia e Giustizia, Commissione per la Riforma del Codice di Procedura Penale, *Bozza di uno schema del Codice di Procedura Penale*, Tipografia delle Mantellate, Roma s f.

tó tambien, como soporte, con una dilatada y consistente elaboración doctrinal[6].

Cada país tiene su propia historia y, aunque los modelos pueden, en alguna medida, importarse, las experiencias como tales es claro que no. Por eso la circunstancia de que en España la polémica sobre el proceso penal comenzase a despegar después de 1978, es lo más *natural*.

Podría incluso reconocerse estatuto de *naturalidad,* tambien, a las condiciones en que lo hizo. Pero lo que no cabe en modo alguno es ignorar las particularidades de las mismas y su peso.

Al hablar de tales condiciones, quiero hacer referencia a las circunstancias políticas configuradoras del contexto en el que —a partir de 1982— comenzó a tomar cuerpo el discurso sobre la reforma procesal, como antes lo había hecho el relativo a la reforma judicial.

En ambos casos se trató de un discurso poderosamente condicionado por motivos de coyuntura y, diríase, que inspirado más que en alguna *ciencia de la legislación* por el interés de la nueva mayoría en dotarse, sobre la marcha, de ciertas herramientas para trabajo de bricolaje institucional a corto plazo y con escasa reflexión como sustento.

Así, se puso a punto la Ley Orgánica del Poder Judicial y comenzó a buscarse el solar para un ministerio fiscal de *nueva* planta, al que se quería sensiblemente reforzado en su dependencia y en sus atribuciones.

De la precipitación y la falta de proyecto con que se abordaron algunas iniciativas en la materia puede dar idea el dato de que en no pocos casos se hizo tabla rasa de lo escrito y pensado justamente hasta la víspera[7]. Lo que indica un «borrón y cuenta nueva», no con respecto a la situación precedente, sino incluso con las propias ideas.

Tambien es sintomático que la ley que pretendía dar un salto hacia el futuro comparable al que posibilitó Montero Ríos en su época, tuvo que lucir, enseguida, en su *curriculum,* una dura advertencia del Tribunal Constitucional en lo relativo al Consejo General del Poder Judicial, e, indirectamente, una tacha de inconstitucionalidad en uno de los elementos estructurales sobre los que había montado la justicia penal[8]. Esto, por no hablar del sinfín de problemas prácticos irresueltos y de los muchos creados por el nuevo texto.

Y no era todo, porque, precisamente, de la autorizada pluma de Vives Antón, saldría tambien para la LOPJ otro varapalo en materia de constitucionalidad: «La investigación, como tal, no es ejercicio de la jurisdicción» y, por eso, «pugna con la Constitución la idea de una investigación judicial» (*DC,* págs. 99-100). (¡Pena no haberlo sabido en 1985!).

De la constatación, inobjetable en el plano filológico, de que instruir no *es* «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», se derivarían toda una serie de consecuencias que Vives Antón desgrana, dice que en respuesta a lo que yo he escrito sobre lo que él, a su vez, había escrito en el artículo citado (págs. 188 y ss.).

En fin, lo cierto es que, como ha reconocido Eligio Hernández, a estas alturas *todavía* «es necesario ponerse a meditar seriamente hacia dónde va o hacia dónde debe ir el proceso penal»[9]. Ya porque aquellos a quienes correspondía la responsabilidad política de hacerlo *no lo han hecho,* o bien no lo han hecho *seriamente*.

LO QUE YO DIJE SOBRE EL JUEZ Y EL FISCAL

No fue simplemente el «alegato en favor del juez de instrucción» que se me atribuye (pág. 114); sino algo bastante más matizado. Si hubo defensa no fue *del modelo* de juez de instrucción en abstracto, sino de *este* juez de instrucción frente a *este* fiscal y *en las circunstancias concretas,* es decir, aquí y ahora. Diría que mi propuesta era hacer «de la necesidad virtud», en vista de lo que cabía esperar de una reforma del proceso penal, presidida una vez más por la improvisación[10], y orientada, como toda la política legislativa última en la materia, decía yo entonces, a la obtención de una rechazable «eficacia sin principios» (*MF* págs. 110-112 y 120).

A mi entender, discurría, los inconvenientes que los críticos[11] de ahora atribuyen al modo de operar tradicional del juez de instrucción: favorecimiento de la conversión de los actos de investigación en actos de prueba; exagerada propensión a *escribirlo* todo; perfeccionismo judicialista que se traduce en el interés objetivo en la futura condena del inculpado y en que la audiencia no revoque el sumario, entre otros, no serían explicables sin una decidida contribución del fiscal, verdadero *garante* de ese género de instrucción. Al extremo, recordaba, de no tener memoria —en la que ya empieza a ser una larga experiencia profesional— de un solo supuesto de utilización por el ministerio público del expediente previsto en el art. 622,2 de la Ley de E. Criminal, para agilizar la conclusión de la actividad instructora[12].

[6] Que no ha sido obstáculo, lamentablemente, para que en menos de tres años, «golpeado por las sentencias de la Corte Constitucional y los decretos leyes, el modelo acusatorio del nuevo código se haya hecho añicos. O mejor, se haya convertido en algo que ya no se sabe —o no se sabe todavía— cómo llamar: una especie degradada de sistema "mixto", donde la instrucción formal ha sido sustituida por una investigación unilateral desarrollada por el acusador o la policía judicial» (P. Ferrua, *Studi sul proceso penale. II Anamorfosi del proceso accusatorio,* Giapichelli, Turín, 1992, pág. 9).

[7] Así sucedió, en el caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el conocido como «Texto alternativo socialista» al «Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial» publicado en el *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados* de 16 de abril de 1980.

[8] Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio, que declaró nulo el artículo 2 de la Ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre

[9] Eligio Hernández, Fiscal General del Estado, en su discurso de apertura de tribunales, en *Memoria elevada del Gobierno de S.M.*, Madrid, 1992, pág 17.

[10] ¿Quién no sentirá todavía un escalofrío al pensar en el primer amago —felizmente abortado— de la «reforma Múgica»?

[11] Cfr. V. Gimeno Sendra, en la obra colectiva, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, sobre todo pág. 98-110

[12] Si, en cambio, de muchas revocaciones del auto de conclusión del sumario a instancia del fiscal, para tratar de suplir, tardíamente, con nuevas diligencias extemporáneas, las consecuencias de una presencia burocrática y distante en la investigación.

NOVEDADES

ALIANZA EDITORIAL

Nueva Dirección:
Telémaco, 43
28027 Madrid
Tel. 741 66 00
Fax 741 43 43

LITERATURA

NARRATIVA COMPLETA
5. LA NOVELA DE CUATRO CUARTOS
Bertolt Brecht
El libro de Bolsillo

CARTAS DE ABELARDO Y ELOISA
Edición de Pedro R. Santidrián y Manuela Astruga
El libro de Bolsillo

NOSOTROS
Yevgeni Zamyatin
El libro de Bolsillo

VIDA DE DANTE
Giovanni Boccaccio
El libro de Bolsillo

UN NOVIO PARA MAMA Y OTROS RELATOS
Gerald Durrell
Alianza Tres

NARRATIVA COMPLETA
Francisco Ayala
Alianza Tres Serie Especial

CIENCIAS SOCIALES

TEORIA POLITICA
EN EL ESTADO DEL BIENESTAR
Niklas Luhmann
Alianza Universidad

EL ESTADO
LA LOGICA DEL PODER POLITICO
Anthony de Jasay
Alianza Universidad

HONOR Y GRACIA
Julian Pitt-Rivers y J.G. Peristany
Alianza Universidad

LA UNION EUROPEA
Y LAS MUTACIONES DEL ESTADO
Santiago Muñoz Machado
Alianza Universidad

LA DEMOCRACIA DESPUES DEL COMUNISMO
Giovanni Sartori
Libros Singulares

CIENCIA

CALOR LETAL
Michael Oppenheimer y Robert M. Boyle
El libro de Bolsillo

LA MAGIA DE LOS NUMEROS
Y EL MOVIMIENTO
LA CARRERA CIENTIFICA DE DESCARTES
William R. Shea
Alianza Universidad

HISTORIA

LA INDEPENDENCIA AMERICANA Y
SUS CONSECUENCIAS ECONOMICAS
Leandro Prados de la Escosura y Samuel Amaral
Alianza Universidad

ECONOMIA

LA PALANCA DE LA RIQUEZA
Joel Mokyr
Alianza Universidad

PSICOLOGIA

LA POLITICA DE LOS CHIMPANCES
Frans de Waal
El Libro de Bolsillo

ARTE

EL LEGADO OCULTO DE VITRUVIO
José Luis González Moreno-Navarro
Alianza Forma

EL RENACIMIENTO ITALIANO
CULTURA Y SOCIEDAD EN ITALIA
Peter Burke
Alianza Forma

FRANZ LISTZ Y SU TIEMPO
Wolfgang Dömling
Alianza Música

GASTRONOMIA

EL LIBRO DEL PAN
Inmaculada Tejera
El Libro de Bolsillo

LA COCINA VARONIL
René de Costa
El Libro de Bolsillo

Comercializa:
Grupo Distribuidor Editorial
Tel. 361 08 09

Del fiscal señalaba la objetiva relevancia condicionante de su función para la propiamente jurisdiccional. La marcada contradicción entre su configuración orgánica —jerarquizada y dependiente— y el cometido institucional asignado, de operar conforme a criterios de legalidad estricta y como tutor de la independencia judicial. Y destacaba la esencial homogeneidad existente, desde el punto de vista epistemológico, entre la naturaleza de una y otra función, en cuanto preordenadas ambas a la averiguación de la verdad conforme a determinadas reglas, sin responder a otros intereses que los sancionados legalmente.

Esto último me llevaba a rechazar en línea de principio la vinculación del fiscal al ejecutivo[13] —y más al ejecutivo del actual Estado hiperintervencionista— de cuyos inconvenientes prácticos experiencias entonces recientes, menos llamativas por cierto que las que ahora podrían invocarse, daban cuenta sobrada. Y me hacía también desconfiar de la significación práctica del recurso al control parlamentario y a los mecanismos de exacción de eventuales responsabilidades políticas, que habían demostrado ser francamente inoperantes. Podría decirse que la responsabilidad política no es, precisamente, uno de los *topoi* de nuestra vida pública.

En todo caso, dejaba constancia de que la vigente disciplina constitucional del instituto del fiscal representaba un obstáculo insalvable para cualquier propuesta de extraerlo del ámbito del ejecutivo; aunque sí cabrían opciones *blandas* sobre la forma de estar en él.

EL FISCAL, EL JUEZ DE INSTRUCCION Y YO MISMO, SEGUN VIVES ANTON

Lo primero que advierte el profesor en mi texto y que le parece «pintoresco» es que confundo «la *política criminal que ha de dirigir el Gobierno por imperativo de la Constitución, con el fenómeno global de la política criminal*, que es objeto de la disciplina auxiliar del derecho penal que lleva ese nombre» (pág. 118). Y me hace una observación, que ahora traslado al lector para que también pueda beneficarse de ella: de haber leído, en este punto, el manual que Vives Antón ha escrito en colaboración con su maestro Cobo del Rosal[14], podría haberme enterado —mejor que por Hassemer— de cuál es hoy el estado de la cuestión al respecto.

Después observa que mi posición se nutre de «una *desconfianza profunda* hacia el Gobierno y una *confianza excesiva* en los jueces». Esto que, en el fondo —dice— no es sino minimizar la virtualidad legitimadora de la elección popular, con menosprecio de los mecanismos de control político de la democracia, y la pretensión de erigir la investigación judicial del crimen en mecanismo usual del control político, me situaría, apostilla, en la perspectiva de «un Gran Inquisidor» (págs. 123-124).

Señala también la paradoja inmanente a la idea de un «juez investigador», que sería «una contradicción viviente: tendría el nombre de juez sin serlo, se hallaría —sin necesidad— amparado en el estatuto judicial y encuadrado dentro de un poder al que no perteneceria porque la investigación criminal es administración, no justicia, *actuación primaria* y no *actividad sustitutiva* (Chiovenda, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1940, págs. 8 y ss.)». Y es que, mientras «cuando del ejercicio de la jurisdicción se trata, la independencia es una garantía inexcusable de objetividad, no sucede lo mismo con la investigación», donde lo que interesa es que el investigador «sirva con objetividad los intereses generales». Porque «la actividad investigadora es una parte de la política criminal del Estado» (pág. 117).

Por lo demás, entiende que la «dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno... no puede consistir en nada parecido a una obediencia ciega». Y no vería inconveniente en «atribuir la investigación a un juez allí donde se ventilasen intereses cuya incidencia sobre la objetividad del Ministerio Público pudiera situarle en una posición sospechosa... Pues, en tales casos —habría una diferencia *cualitativa*—, en virtud de la cual sí que cabría decir que la figura del juez puede garantizar derechos» (págs. 120-121).

CUANDO 'INSTRUIR' NO ES 'JUZGAR'; PERO LA INSTRUCCION SI 'ES' JURISDICCION

No hace falta ser un lince para descubrir contradicciones en materia de jurisdicción: un conjunto de aparatos y de prácticas institucionales que, en el Estado de derecho, se singularizan precisamente por ser instrumento de poder y garantía de espacios de *contrapoder*, al mismo tiempo. Pero no parece que, de las contradicciones posibles, las de carácter terminológico sean las más importantes; que es lo que, seguramente, aunque no sólo, explica lo tardío del *descubrimiento*. La tardía reconversión de Vives Antón a la filología política de urgencia.

En todo caso, el coeficiente de autocontradictoriedad supuestamente registrable en la vieja figura del juez instructor no parece que tenga demasiado que ver con la *naturaleza* de su actividad, que, en efecto, nunca podría ser «sustitutiva»[15]. Pero no, como sugiere Vives Antón (que no Chiovenda), porque lo impida la especificidad de la tarea investigadora; sino porque lo excluye el carácter *penal* de la misma; por la elemental razón, puesta de relieve por Pizzorusso, de que «no está permitido someterse voluntariamente a las sanciones penales»[16]. Ade-

[13] Que en la propuesta de Vives Anton se concretaba en la consideración del fiscal como agente de la politica criminal del Gobierno (en *DC*, pág. 100).

[14] M. Cobo del Rosal-T. S Vives Antón, *Derecho Penal Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

[15] Califiación ésta que, a juicio de Grispigni, se ha formulado en consideración casi exclusivamente al proceso civil, con referencia a la fase de ejecucion, y que no es de aplicacion al proceso penal (*Diritto processuale penale*, Edizioni Italiane, Roma s f., pág 68) Satta, por su lado ha aludido a la misma, en general, como una obviedad [voz «Giurisdizione (nozioni generali)», en *Enciclopedia del ditritto*, Giuffrè, Milán 1970, XIX, págs 218 y 220]

[16] A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia penale in Italia*, Einaudi, Turin, 1990, pág 8: «La aplicación judicial (penal) de la norma no sustituye a la ausente o inadecuada aplicación es-

más, se da la circunstancia de que, para Chiovenda, «la instrucción (...) es propia y verdaderamente actividad jurisdiccional»[17], incluso cuando se encuentre encomendada a órganos de la policía judicial, que sin duda, *juzgan* todavía menos que el juez instructor.

De ahí que no fuera lo más correcto incorporar a Chiovenda a un discurso en favor de la consideración de la investigación criminal como «administración, no justicia» (pág. 117).

Más allá de lo filológico, y como escribió Calamandrei, cualificado discípulo de Chiovenda, es en la «garantía» donde radica «el carácter distintivo de la actividad jurisdiccional»[18], concebida con la amplitud que se ha visto.

Pero no es sólo en posiciones doctrinales como las aludidas donde se refleja la conciencia de una peculiaridad, sin duda la más significativa de las que distinguen a la jurisdicción penal: su penetrante incidencia en las libertades. Esta conciencia informó también el clima y la cultura jurídico-política de que se nutre nuestro vigente texto constitucional, y en paticular, para lo que aquí interesa, la redacción de algunos preceptos, como el 117.3 y 4 y el 17.3, por ejemplo.

En efecto, sería difícil objetar que, el constituyente de 1978 entendió el «juzgar» del artículo 117.3 CE en un sentido lo bastante amplio como para comprender, junto a la actividad de enjuiciamiento en sentido propio, la de *instruir*, considerada como función *judicial*. Y no sólo porque así se infiere de las circunstancias precedentes, coetáneas y posteriores (incluida la LOPJ de 1985), sino también porque resulta asimismo del artículo 17.3 CE, que, por su forma de referirse a la asistencia al detenido, acredita que no se concebían otras actuaciones procesales comprometedoras para la libertad, que las «diligencias policiales y judiciales»[19].

De este modo, un razonable afán de precisión conceptual, que no rompa con el contexto constitucional y legislativo vigente, permitirá distinguir una actividad jurisdiccional en sentido amplio, de una actividad jurisdiccional en sentido estricto, o actividad de enjuiciamiento. Pero siendo, ambas, actividades *jurisdiccionales por razón de garantía*, en el sentido de Calamandrei, ya citado. Esto es lo que hace imposible cualquier alteración en la naturaleza de la primera sin que la segunda resulte, por su parte, desnaturalizada.

¿Contradicción terminológica? Puede, si es que se quiere dar a los términos de referencia un sentido, inusual e inédito, de extremado rigor literal; pero extraordinaria coherencia material. Por eso, creo que nunca podría sostenerse como lo hizo Vives Antón, que «pugna con la Constitución la idea de una investigación judicial» (*DC*, pág. 100), más si, como ahora sucede, gracias, por cierto, a una intervención del Tribunal Constitucional[20], aquélla está ya completamente separada del enjuiciamiento.

Todo parece indicar que este género de objeciones, sobrevenidas, a la figura del juez de instrucción —que tienen bien poco que ver en calidad y grado de elaboración con las que se han formulado desde hace tiempo por alguna buena doctrina comparada— no son precisamente el fruto de un decantado proceso de reflexión, que, de haberse dado, carece entre nosotros de algún estimable reflejo bibliográfico que vaya más allá de lo que pueden representar afirmaciones del tenor de las que se comentan. En efecto, parece más bien que tales intervenciones —siempre cabría alguna excepción— hicieron su aparición, de modo casi súbito, al hilo y como una suerte de apoyo de trabajos preparatorios de reformas procesales producidos en el entorno del Ministerio de Justicia, y a cargo de los propios implicados en ellos.

De otra parte, la objeción de inconstitucionalidad, a pesar de su aparente contundencia, tampoco tendría que ser motivo de alarma. Si el Tribunal Constitucional fue capaz en su día de encontrar una posibilidad de lectura constitucional del artículo 112 de la LOPJ, a pesar de las perplejidades que le suscitó el nuevo sistema de elección de vocales del Consejo General del Poder Judicial, nada permite pensar que no pudiera hacer algo semejante con los preceptos de la misma ley que confieren al juez la función instructora, de plantearse alguna vez la cuestión correspondiente. Sin contar con que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la pérdida por la instrucción sumarial de buena parte del carácter inquisitivo que la distinguía en la redacción original de la Ley de E. Criminal[21].

UN FISCAL PARA UNA JURISDICCION INDEPENDIENTE

Como decía en mi trabajo inicialmente citado y he vuelto a señalar, *no se trataba entonces, y no se trata ahora, de reivindicar en abstracto la figura del juez de instrucción del sistema mixto;* sino tan sólo de afirmar la necesidad de mantener el carácter judicial —o jurisdiccional en sentido amplio, si se quiere— de la actividad investigadora en el proceso penal. Y a partir de aquí, de postular también la necesidad de un operador cuyo estatuto profesional y configuración orgánica sea acorde con el carácter de esa función, que, no se olvide, siempre predeterminará de manera sensible el contenido y el sentido efectivo de la estrictamente jurisdiccional.

Son evidentes, desde esa perspectiva, las limitaciones que comporta la opción constitucional en materia de Ministerio Fiscal, que excluye la idea de un

pontánea (...) sino que está confiada al juez como función exclusiva.»

[17] J. Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de J. Casas y Santaló, con notas de A. Salvador, Reus, Madrid, 1977, I, pág. 583.

[18] P. Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de S. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1973, I, pág. 178. Por eso, refiriéndose a la intervención del autor en la Asamblea Constituyente, ha escrito Rigano, «Calamandrei sostenía la necesidad de reconocer el carácter jurisdiccional de la actividad del ministerio público.» (En *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, Padua, 1982, pág. 133).

[19] Cfr. al respecto el excelente trabajo de V. Moreno Catena, *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982.

[20] Que tuvo que corregir al legislador de 1980 y también al de 1985, mediante la sentencia 145/1988, de 12 de julio.

[21] Sentencia de 21 de mayo de 1986.

ministerio público no vinculado al ejecutivo (art. 124,4 CE), pero insistiré en que los recusables efectos de la contradicción organización/función que el Ministerio Fiscal expresa en nuestra realidad institucional, podrían ser evitados en buena parte mediante la apuesta que el propio texto constitucional demanda por los principios de *vinculación más fuerte* de entre los que configuran su estatuto: el de legalidad y el de garantía de la independencia de los tribunales, tan estrechamente ligados entre sí. Es obvio que éstos no encuentran en el modo actual de organización del ministerio público una articulación adecuada a sus exigencias básicas.

Del mismo modo, también la actual configuración del papel del juez instructor podría/debería ser replanteada en aspectos relevantes, precisamente en función de indicaciones que emanan de la propia disciplina constitucional vigente sobre el proceso. Bastaría, al efecto, con propiciar en la práctica la aproximación cronológica del juicio oral a la conclusión de la actividad investigadora; circunscribir ésta rigurosamente por ley a la realización de determinados actos: los precisos para decidir sobre la apertura del juicio y aquellos de imposible desplazamiento temporal; y limitar a la acusación y a la defensa el acceso al resultado de la actividad de investigación, salvo en el caso de las pruebas preconstituidas[22]. Podrían también neutralizarse de manera eficaz el obstáculo, justamente señalado por Gimeno Sendra[23], que, para la objetividad de la actividad investigadora, supone la eventual adopción por el instructor de medidas de privación provisional de libertad de los investigados; para ello podría acudirse a fórmulas como las que ofrece alguna doctrina y experiencia extranjeras[24].

Es de común aceptación que las garantías procesales son garantías de libertad. Pero, si lo son, es precisamente porque, y en la medida en que, como ha escrito expresivamente Ferrajoli, son al mismo tiempo garantías *de verdad*[25]; queriendo con ello significar que, en rigor, no cabría hablar de jurisdicción allí donde las estructuras orgánicas y los instrumentos procesales vigentes no se encuentren eficazmente preordenados a dar efectiviad a ambos valores, en las prácticas que propician.

Es precisamente ese carácter esencialmente cognoscitivo de la función jurisdiccional —la penal, en particular— el que exige que su ejercicio se produzca al margen de cualquier otro interés que la búsqueda de la verdad; y el que ha llevado a dotarla de un principio de legitimación específico en relación a los otros poderes.

«Por eso —señala también Ferrajoli— la imposición de penas no puede ser nunca materia de administración o de gobierno; ni puede informarse en los criterios de discrecionalidad o de oportunidad que presiden la actividad administrativa y la política. A diferencia de estas actividades, la función jurisdiccional no interviene sobre casos generales en función de intereses generales, sino sobre casos particulares y más precisamente individuales. El interés penal general está ya satisfecho con carácter previo por la función legislativa, a la que se encuentra confiada la definición en abstracto de las figuras de delito»[26].

Dentro de este contexto, la separación de roles que el modelo demanda es —sólo— de carácter funcional, y responde a la necesidad de instaurar la dinámica propia de una relación controversial y dialógica que es el juicio contradictorio.

Así pues, y porque el momento de vinculación a los intereses generales se produce ya en el marco del principio de legalidad, no existe ninguna razón que demande para el órgano de investigación (y/o de la acusación) un estatuto diferente del que corresponde al juez. Antes bien, la coherencia interna del sistema exige, en línea de principio, para aquél las mismas garantías de independencia y sujeción únicamente a la ley, tomadas éstas como lo que efectivamente son: garantías *de libertad*, en tanto que garantías *de verdad*.

De ahí mi afirmación de que la tarea del fiscal, considerada «desde el punto de vista *epistemológico*, guarda una relación de esencial homogeneidad con la del juez» (*MF*, pág. 114); afirmación de la que discrepa Vives Antón, que, además, encuentra una petición de principio en mi conclusión de que, a tal grado de homología en la calidad esencialmente cognoscitiva de las funciones de ambos, tendría que corresponder, lógicamente, un modelo de organización equivalente. Tal implicación únicamente sería aceptable, dice, «si la búsqueda desinteresada de la verdad no fuera posible más que para quienes se hallan inscritos en el modelo de organización judicial» (pág. 122).

Pues bien, puede que Vives Antón tenga razón en una cosa: yo debería haber hecho explícita una premisa subyacente a mi razonamiento. Porque, como él mismo afirma, aunque refiriéndose exclusivamente al ejercicio de la jurisdicción en sentido estricto, «la independencia es una garantía inexcusable de objetividad» (pág. 117).

Se trata de una premisa de naturaleza *política*, pero expresa y sirve instrumentalmente a una exigencia elemental de la jurisdicción, del proceso penal *como proceso de adquisición de conocimiento*. Visto desde esta perspectiva, ¿cómo podría sostenerse la funcionalidad de una investigación criminal —*sin garantías de objetividad*— a un ejercicio de la jurisdicción que ha de tender inexorablemente a ella?

¿Como mediar la posición de un juez al que se reconoce una función cuyo núcleo es esencialmente cognoscitivo («objetividad») y la de un fiscal investigador confinado en el plano de las opciones políticas (aunque lo sean de «*política* criminal»)? No, desde luego, con la simple invocación de un precepto

[22] Cfr. M. Valiante, *Il nuevo processo penale*, Giuffrè, Milán, 1975, pág. 231.

[23] En *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, de varios autores, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 99.

[24] Cfr. E. Amodio, «Nuovi valori "costituzionali" nella giustizia penale del continente europeo», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3/1984, pág. 935 y ss.

[25] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2.ª ed. 1990, pág. 19. (Ed castellana en preparación por Editorial Trotta, Madrid.)

[26] En *op. cit.*, pág. 555.

constitucional: «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales» (art. 103), como postula Vives Antón (pág. 117). Porque, el modo específico como el orden y la función jurisdiccional en su conjunto sirven a los intereses generales es, por imperativo constitucional, la aplicación de la legalidad en condiciones de independencia, en la que el juez y el fiscal tienen atribuidos papeles, diversos, pero de equiparable relevancia.

Es sólo en ese marco, el del principio de legalidad, donde el fiscal, lo mismo que el juez, puede ser *agente* de política criminal. Es decir, en la aplicación del ordenamiento penal y en la medida en que éste representa, al decir de Roxin, «la forma en que las finalidades político-criminale se transforman en módulos de vigencia jurídica»[27].

UNA 'BARRERA' QUE NO LO ES

Nunca pensé que, a estas alturas, cuando —además, siguiendo a Vives Antón[28], al propio terreno en el que planteaba el problema— opté expresamente por el concepto de «política criminal» como «un aspecto de la política social», en expresión de Bricola[29], sería preciso renegar expresamente de la rancia caracterización de aquélla como «disciplina auxiliar» del derecho penal, propia de la vieja manualística y ya fuera de uso. Por eso no hubo *confusión*, sino *elección* de campo para la reflexión: el de la «*política* criminal». Es decir, un modo de intervención que no se agota en la acción punitiva del Estado, o sea, en la «política penal», según la conocida distinción conceptual de Baratta[30].

Aclarando esto, tendría que decir que advierto cierta incoherencia en la posición de mi contradictor, cuando, tras afirmar su adscripción al grupo de los «que siguen creyendo que el derecho es un "límite infranqueable" de la política criminal, como lo es *de cualquier política*» (pág. 118), reduce, sin embargo, la eficacia protectora de esa barrera al plano jurídico-abstracto, puesto que *la levanta* ostensiblemente en la práctica, hasta hacerla permeable a la infiltración de un fiscal que «pueda y deba atenerse a las preferencias asignadas por el Gobierno» (págs. 118-119).

Cierto que Vives Antón matiza que la dependencia del fiscal respecto de la disciplina gubernativa «no puede consistir en nada parecido a una obediencia ciega» (pág. 120). Pero, aparte de que *poder*, lo que se dice *poder* en términos empíricos, vaya si *puede* —y ahí está el *paradigma Hernández* para demostrarlo, en versión macroscópica—; ya es sintomático que el propio autor tenga que admitir que aceptaría atribuir «la investigación a un juez allí donde se ventilasen intereses cuya incidencia sobre la objetividad del Ministerio Público pudiera situarle en posición sospechosa. Pues, en tales casos —habría una diferencia *cualitativa*—, en virtud de la cual si que cabría decir que la figura del juez puede garantizar derechos» (pág. 121).

No resulta fácil imaginar algún tipo de investigación criminal a cargo de un sujeto público que no se traduzca en actividad inevitablemente *agresiva* en cierto grado para derechos (fundamentales) de los concernidos. Esa inevitable ofensividad del proceso penal es lo que ha llevado a hacer de él un marco formal de garantías, en el que tiene tanta relevancia la idea de límite. De ahí, como se ha dicho, la precisión de un investigador en condiciones estatutarias adecuadas para el desarrollo de esa función con *igual* eficacia *erga omnes*.

Pero si de este nivel de generalidad nos trasladamos al de la realidad cotidiana de un ejecutivo, de unas administraciones, hiperintervencionistas y omnipresentes, no resultará nada difícil imaginar cuántos habrían de ser —cuántos son— los procesos en los que se ventilan intereses de esos a los que Vives Antón reconoce evidente aptitud para colocar al fiscal en una situación comprometida desde el punto de vista de la objetividad de su actuación.

¿JUDICIALISMO ULTRAMONTANO O 'JACOBINISMO' DE CONVENIENCIA?

Trata, en fin, Vives Antón, de *reforzar* sus argumentos en este punto atribuyéndome una suerte de judicialismo ultramontano, desconfianza en las instituciones democráticas y veleidades inquisitoriales.

La falta de consistencia y el carácter puramente *ad hominem* de los pretendidos argumentos sería más que suficiente para no tomarlos en consideración. Pero hay que hacerlo, aunque sea brevemente, porque representan algo más que anécdota en el discurso de Vives Antón, trufado en toda su extensión de actitudes como ésta.

Me parece, sinceramente, un despropósito que mi defensa de la independencia del fiscal[31] como precondición de principio de la independencia del juez, trate de presentarse cual aspiración encubierta a la implantación de una suerte de *gobierno político* desde la jurisdicción. ¡Precisamente en este país y en estos años, cuando están tan cerca —y Vives Antón lo recordará seguramente— algunas demandas de supresión del Ministerio de Justicia en favor del Consejo General del Poder Judicial, por imperativo constitucional, formuladas desde posiciones socialistas; entonces de oposición, claro!

Es cierto que ahora, y no sólo en nuestro país, se ha producido un sobredimensionamiento del papel del juez penal[32]. Pero no sería difícil, con un poco

[27] C. Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. e introd. de F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona 1972, pág. 77.

[28] En *DC*, pág. 100: «La política criminal no es sino una parte de la política interior.»

[29] F. Bricola, «Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 núm. 152)», en *La Questione Criminale*, 2/1975, pág. 222.

[30] Cfr. al respecto A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bolonia 1982, pág. 203. (Hay traducción al castellano, en Siglo XXI, México 1986.)

[31] «No se puede pretender afirmar, por una parte, el principio de legalidad, y, por otra, considerar al Ministerio Público dependiente del Ministro» (De la intervención de P. Calamandrei, el día 10 de enero de 1947, en la Asamblea Constituyente italiana, en *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Roma 1971, VIII, pág. 1993).

[32] Sobredimensionamiento que es un fenómeno *negativo* en la medida en que se presenta como síntoma de profunda crisis de funcionamiento del Estado de derecho, las más de las veces,

de perspicacia y de buena voluntad, descubrir las raíces del fenómeno en instancias y en momentos ajenos a la propia jurisdicción.

Los jueces —y también los fiscales— tienen que ser independientes para hacer frente, con el género de garantías que se ha dicho, a sus tareas de *ordinaria justicia*. Pero, esa independencia adquiere además nuevo sentido en situaciones de crisis como la actual. No porque ésta pueda resolverse o *gobernarse* desde el proceso penal, sino porque este instrumento, al incidir en la realidad sociopolítica de la forma políticamente desinteresada, ocasional, no sistemática, que le es propia, contribuye a descubrir y a remover pautas de ilegalidad, que ahora, como se sabe, están también profundamente arraigadas en las instituciones y son objetivamente inaccesibles, o casi, a juzgar por la experiencia, a la incidencia de otro tipo de controles.

¿Exceso de confianza en la instancia judicial? Simplemente convicción de lo imprescindible de su contribución a la tarea de mantener y desarrollar la democracia. Y convencimiento, ahora reforzado, por instructivas experiencias, propias y ajenas, que avalen la necesidad de potenciar la proyección operativa del principio de legalidad, que se ha demostrado tan vulnerable; tan fácilmente franqueable *como barrera* para prácticas odiosas de políticos desaprensivos, que constituyen, como ha escrito lúcidamente Flores D'Arcais[33], por desgracia, algo más que un caso atípico, puesto que parecen perfectamente instaladas en la realidad institucional, hasta el extremo de haber llegado a convertirse en un elemento *estructural* del propio modo efectivo de entender la *gobernabilidad* del sistema.

Por eso, encuentro rechazables las insidiosas imputaciones de Vives Antón. Por la legitimidad de la desconfianza —«la gran idea del Estado de derecho, que se desconfía a sí mismo», al decir de E. Schmidt[34]—y porque la mía no tiene como objeto las instituciones democráticas (entre las que se encuentra el poder judicial) como tales, sino el bien perceptible deterioro de algunos de sus mecanismos esenciales. Entre éstos, de manera harto significativa, los «de control político» a que se refiere Vives Antón (pág. 128). Y de ellos a título de ejemplo, el que correspondería ejercer a las Cámaras sobre el Gobierno[35]; o el representado por la exigencia de mayorías cualificadas (más que formales), como freno a las devastadoras consecuencias de la difusión de la «lógica del Estado de partidos» en el interior de ciertas instituciones constitucionales, por poner sólo algunos ejemplos. ¿Será demasiado decir que son precisamente los propios responsables de que ese control resulte efectivo quienes han dado y dan, con harta frecuencia, buenos motivos para un plus de indeseable desconfianza por parte de la ciudadanía? ¿O exagerado afirmar que, de haber funcionado adecuadamente tales mecanismos, en las sedes en las que tendrían que hacerlo preventivamente y a su tiempo, no estarían los tribunales llamados a *suplir*, demasiadas veces —inevitablemente mal y tarde—, lo que habría sido razonable esperar como simples actuaciones de buen gobierno?

Vives Antón no es justo en su reproche. Y ni siquiera es original; incurre en la expresión de un *jacobinismo*[36] miope, reiterado hasta el aburrimiento desde 1982, consistente en oponer, a la cómoda y angélica imagen del legislativo y el ejecutivo tomados *sub especie* de *modelos ideales*, las limitaciones y disfunciones más crudamente *reales* de la instancia judicial. O lo que es lo mismo: pasar de roussoniano *naif* a mefistofélico perverso, según la oportunidad y la instancia de que se trate.

La constatación de estas y otras actitudes similares en la materia obliga a recordar lo que Ledesma Bartret escribió, con notable clarividencia política, en 1981: «La independencia del Poder Judicial (es) tanto más necesaria —como se dice en una resolución del Consejo constitucional francés— cuando el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se confunden por coincidir la mayoría parlamentaria y la gubernamental»[37].

Por consiguiente, y para tranquilidad de Vives Antón, y de quienes pudieran haberse contagiado de su desasosiego, no *gobierno de los jueces*, y ni siquiera poder *de los* jueces: fórmulas puramente demagógicas y por lo mismo rechazables. Se trata sólo de independencia del poder judicial, que es la de cada juez o tribunal —individualmente considerado— en el caso concreto, y para cuyo ejercicio hay también límites formalmente previstos.

Pero insisto: el fiscal, el *realmente existente*, es inevitablemente contradictorio en su estatuto, y su *vinculación* al ejecutivo, cuando menos, tendría que ceder en intensidad frente a la que la Constitución le impone al principio de legalidad y a la garantía de la independencia judicial.

Y fiscal, como *modelo ideal*, aquél capaz de desarrollar una actividad efectivamente funcional a la

por la degradación corporativa y los brotes de ilegalidad que afloran en las prácticas de los agentes de otras instancias. Pero protagonismo del poder judicial que, en sí mismo, expresa un valor *positivo*, puesto que constituye un recurso del propio Estado de derecho, que muestra contar con capacidad de reacción frente al distanciamiento de ciertas actitudes políticas y de gobierno respecto del modelo constitucional. Aunque es obvio que se trata de problemas que no tienen *una solución judicial*.

[33] P. Flores D'Arcais, «La democracia tomada en serio», *Claves de razón práctica*, 2/mayo 1990, pág. 2 y ss

[34] E. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, trad. de J. M. Núñez, Editonal Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 24.

[35] «Control del Gobierno en un Congreso vacío», rotulaba *El País* (18 de marzo de 1993) la demoledora imagen de un hemiciclo desierto durante una sesión de «control» al Gobierno en el Congreso de los Diputados. Sabido es que fotografías de esta índole podrían obtenerse con extraordinaria frecuencia.

[36] Podría hablarse de un cierto *nuevorrquismo político* de mayoría absoluta, que lleva a predicar la bondad, naturalmente también *absoluta*, de todo lo que se haga o decida por el trámite o en sede parlamentaria; y, correlativamente, a deslegitimar todo lo que signifique o se traduzca en la demanda o el ejercicio de algún tipo de control de ese género de decisiones. En tales casos suele operarse, explícita o implícitamente, con el criterio de que «a más parlamento más democracia», perdiendo de vista que a la esencia del estado constitucional de derecho corresponde, junto a la exigencia de una legitimidad originaria —no electiva en el caso de la jurisdicción— la idea de equilibrio y de límite en el ejercicio del poder, cualquiera que fuere. Idea ésta que, lamentablemente, sólo se profesa en situaciones de oposición.

[37] F. Ledesma Bartret, «Relaciones entre el Consejo General del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo», en *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Editora Nacional, Madrid, 1983, pág. 498.

de la jurisdicción como instancia independiente. Un ejercicio de la acción penal con la legalidad[38] como único lugar de anclaje, y de carácter *difuso* como lo es la proyección y la incidencia del propio poder judicial.

Que esta opción tiene pocos adeptos en el mundo de los operadores políticos, es hoy tan cierto como que ha demostrado ser la única garantía de legalidad y eficacia en la persecución de los delitos cometidos en ese ámbito. Italia, donde ahora, por cierto, no hay político procesado que no clame públicamente por un fiscal dependiente del Gobierno, enseña[39]. Pero también Francia —desde el polo opuesto, de la más estrecha sumisión del fiscal al ejecutivo —donde «en realidad, en lugar de una "política criminal" lo que se da en la práctica es sólo el ejercicio de un poder jerárquico por parte del Ministro, poder que ejerce principalmente en los casos "delicados", es decir, los susceptibles de tocar el ejercicio del poder o que interesan a la opinión pública»[40].

Por lo demás y, naturalmente sólo a título de hipótesis, ¿de verdad que un fiscal con estatuto de independencia y personalización de funciones[41], sería él mismo y/o contribuiría a hacer del judicial un pequeño Moloch incontrolable? ¿Incluso cuando el legislativo cumpliera con eficacia —además de la de control del ejecutivo— su función ordenadora, evitando cómodas delegaciones implícitas o explícitas[42], vacíos normativos, elusión del tratamiento de los verdaderos nudos problemáticos en muchas cuestiones comprometedoras[43]; y el ejecutivo ejerciera de la misma manera la preventiva de autocontrol de irregularidades que le corresponde en su propio ámbito? Pienso que no, y más si se cuenta con la existencia de resortes de control interno por parte del órgano de gobierno de la magistratura (aquí en la hipótesis incluiría al fiscal), que también podrían funcionar ¿por qué no? adecuadamente, sin perjuicio del respeto necesario al principio de independencia.

APROXIMACION A UN EXCURSO CON 'NERVIO'

El lector de Vives Antón, quizá sorprendido por lo recio del *pathos* de algunas de las expresiones que me dirige en el texto que se ha venido comentando, debería reservarse el juicio hasta concluir la lectura del que será objeto de consideración en lo que sigue (págs. 245 y ss.).

Digo esto porque Vives Antón hace un verdadero ejercicio de *templanza* e incluso de *magnanimidad* cuando se limita a dedicar una simple réplica airada a quien, como yo, usa con él «un tono, no ya crítico, sino descalificador» (pág. 249); rompe las reglas del juego, hasta «distorsionar»; practica la «descontextualización»; oficia una «ceremonia de la confusión»; desnaturaliza sus afirmaciones (pág. 251); le compromete «con las teorías consensuales de la verdad», y arroja sobre sus espaldas un «sambenito» (pág. 254); no cita autores, sino que más bien los inventa y les hace decir lo contrario de lo que realmente dicen, o bien, al no haber entendido los conceptos que usa, extrae de ellos las consecuencias que le vienen en gana (pág. 255); también usa arbitrariamente los conceptos que maneja y desfigura a su capricho las opiniones de los autores que cita (pág. 256); cuando no invierte la tendencia del autor de cuyas opiniones se sirve (pág. 263). (¿Habrá quién dé más?)

La *moderación* de Vives Antón es aún mayor si se repara en que no es el único *damnificado,* sino que, entre *mis víctimas,* se encuentran autores del fuste de Hassemer, Habermas, Apel y otros.

Pues bien, ahora como antes, todo empezó con la interpretación de un texto: aquel en el que Vives Antón dice que el objetivo último del proceso penal «no es alcanzar una verdad entendida como *adequatio intelectus et rei,* sino solventar "razonablemente" los conflictos entre partes». Texto que me permití poner en relación con el que le sigue en la

[38] Entiendo que el principio de legalidad a que debe ser funcional la actuación del fiscal, por imperativo de la norma contenida en el artículo 124.2 CE, demanda su sujeción solamente a la ley e igualdad en la aplicación de la misma, es decir, en el ejercicio de la acción penal, como única forma de hacer posible el juego efectivo de tales principios en la función jurisdiccional. También en este punto Vives Antón tiene otro criterio (cfr. pág. 295).

[39] Conviene tener en cuenta que ya, por ejemplo, Craxi, en 1981 durante el proceso a los implicados en la logia *Propaganda 2,* acusaba a los jueces instructores de actuar con «violencia intimidatoria», como recuerda Nando dalla Chiesa en un libro revelador y de recomendable lectura: *Il giudice ragazzino (Storia di Rosario Livatino assassinato dalla mafia sotto il regime della corruzione),* Einaudi, Turín, 1992, en especial págs. 15-18. Un libro que se abre con esta declaración del autor: «No amo particularmente a los jueces. Los he conocido en los tribunales como perjudicado y como imputado. Y en ambos casos he tenido ocasión de pensar de ellos bien y mal, unas veces todo el bien, otras todo el mal. Sin embargo, siempre he rechazado poner mi justificada desconfianza al servicio de un poder que durante todo un decenio ha buscado tenazmente y sin pudor, atacando a la magistratura, neutralizar cualquier forma de control de la legalidad para afirmar su propia impunidad» (pág. IX).

[40] J. C. Nicod, *«Il Ministerio púbblico in Francia»,* intervención en el congreso de la Asociazione Nazionale Magistrati, *Chi accusa, chi giudica, chi amministra,* Bari, 19-21 de febrero de 1993, pág. 3 de la versión mecanográfica.

[41] Integrado en el judicial y gobernado, conjuntamente con éste, por un Consejo de composición mixta, según el modelo italiano (permítaseme optar por él en su versión original y no la de la actual LOPJ).

De otra parte, la hipotética atomización de criterios a que esta situación pudiera dar lugar, siempre podría contrastarse eficazmente por la previsión orgánica de momentos de reflexión colectiva y de elaboración de criterios no vinculantes. Y, naturalmente, mediante una eficaz actividad unificadora en el ámbito de la casación.

[42] Piénsese, por ejemplo, en el nuevo delito de difamación, en proyecto, y lo que supone de exasperación del poder de criminalización de los jueces, en una materia tan delicada y abierta a la discrecionalidad incontrolable, como es la de los recusables delitos de opinión.

[43] Recuérdese el tratamiento dado al delito de aborto mediante la Ley orgánica 9/1985, de 5 de julio, que introdujo en el Código Penal el artículo 417 bis. Un precepto expresivo de la falta de decisión de la mayoría gobernante para afrontar con coherencia un gravísimo problema social, cuyo tratamiento, sin embargo, paradójicamente, *confiaba* así a una magistratura al mismo tiempo tachada de ultraconservadora, a la que reprochaba su falta de sintonía con el ambicioso programa de transformación social supuestamente en curso. Y de la que, curiosamente, parecía esperarse (y demandarse, incluso) un «uso alternativo» de la norma, en la línea de lo que el legislador no se había atrevido a poner explícitamente en ella.

misma página: «la verdad de las resoluciones judiciales no es, por consiguiente, una verdad objetiva ni absoluta, sino una *verdad consensual*» (*DC*, pág. 106).

Aunque el autor afirma que «se planteaba el problema de la verdad a propósito de la satisfacción del derecho a la tutela y de la invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas»; yo habría desplazado abusivamente su reflexión a «otro contexto, el de la negociación de la conformidad» (pág. 250).

Lo cierto es que, en este punto, no le falta razón, puesto que señalé la existencia de una relación *objetiva* de implicación entre esa concepción de la verdad procesal y las modalidades de justicia contratada *made in USA*. Además, algunas páginas más adelante, y en el mismo trabajo, Vives Antón expresaba, de forma matizada, una opinión favorable acerca de las mismas y sobre su posible incorporación a nuestra realidad procesal.

VERDAD PROCESAL: ¿'CORRESPONDENCIA' O 'CONSENSO'?

La adhesión a una concepción *consensual* de la verdad procesal y la consideración del proceso como un instrumento para *solventar «razonablemente» los conflictos entre partes*, unidas a alguna referencia bibliográfica del autor, me llevó a una opción de lectura que reiteraré brevemente.

Entendí que los modelos de la «situación ideal de habla»[44] (Habermas) y de la «comunidad ideal de comunicación» (Apel)[45], tenían poco que ver con el proceso penal, ni siquiera idealmente entendido, según el patrón constitucional vigente. Y suscribí la tesis expuesta por Tuori[46] de que el instrumento procesal penal tampoco se ajustaba a los presupuestos de lo que en Alexy es «un caso especial de discurso práctico general»[47]. Esto porque, como ha escrito gráficamente Gianformaggio, mediante la aproximación de «"proceso" a "discurso", no es sólo que el discurso pierde los requisitos fijados previamente por el autor, sino que el proceso asume connotaciones positivas que no contiene en su uso corriente»[48].

En efecto, el proceso penal se caracteriza, incluso formalmente, por la asimetría de las posiciones de sus protagonistas (juez y partes y, en alguna medida, hasta acusación pública y defensa); porque es constitutivamente coactivo para el imputado; porque no puede presuponerse que (todos) los interesados en obtener una decisión persigan la realización de los fines del ordenamiento, y no sus particulares intereses; porque, en fin, confluye sobre él una serie de condiciones restrictivas.

Por eso, con independencia, por ahora, de otro tipo de valoraciones, me parecía que nunca podría considerarse el proceso penal, ni siquiera tendencialmente, como el cauce para la obtención de alguna verdad por la vía de un consenso de tal modo incondicionado. Ni entenderse *sub specie* de discurso[49] práctico racional, general o especial[50]. Es lo que me llevaba a afirmar que la propuesta de Vives Antón (jurisdicción penal como razonable resolución de conflictos por vía de argumentación persuasiva, orientada al establecimiento de una verdad sobre los hechos, consensualmente fundada), estaba más en la línea de la perelmaniana *nueva retórica*, que de Habermas-Apel-Alexy; por cierto que unidos no por la decisión arbitraria que se me atribuye, sino en virtud de la referencia que a ellos hace mi interlocutor (*DC*, pág. 128)[51].

Hassemer, autor preocupado por el proceso penal como fenómeno de comunicación, no lo considera, sin embargo, un espacio idóneo para oficiar el «discurso libre de dominación», característico de la «situación ideal de habla»; porque, precisamente, dice, el *diálogo* procesal se produce «a costa de elementos comunicativos»[52].

Vives Antón me invita —*amablemente*, ya se sabe— a «seguir leyendo» (pág. 262). Como ya lo había hecho, releo. Y compruebo que el autor, reiterando la constatación del «profundo abismo exis-

[44] «Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no solamente no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones sólo si para todos los participantes en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla. De esta exigencia general de simetría pueden deducirse para las distintas clases de actos de habla exigencias especiales de equidistribución de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla. Las situaciones ideales de habla tienen que cumplir, primero, dos condiciones triviales: 1) Todos los participantes potenciales en un discurso tienen que tener la misma oportunidad de emplear actos de habla comunicativos, de suerte que en todo momento tengan la oportunidad tanto de abrir un discurso como de perpetuarlo mediante intervenciones y réplicas, preguntas y respuestas. 2) Todos los participantes en el discurso tienen que tener igual oportunidad de hacer interpretaciones, afirmaciones, recomendaciones, dar explicaciones y justificaciones y problematizar, razonar o refutar las pretensiones de validez de ellas, de suerte que a la larga ningún prejuicio quede sustraído a la tematización y a la crítica» (J. Habermas, «Teorías de la verdad», en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de M. Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid 1989, pág. 153).

[45] Cfr. Adela Cortina, *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria. Ética y política en K. O. Apel*, Sígueme, Salamanca, 2.ª ed. 1988, pág. 168 y ss. 207 y ss.

[46] K. Tuori, «Ética discursiva y legitimidad del derecho», trad. de J. Aguiló Regla, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 5, 1989.

[47] R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza Rodríguez e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, pág. 206 y ss.

[48] L. Gianformaggio, «El gioco della giustificazione. Ossevazioni in margine ad una teoria procedurale dell'argomentazione giuridica», en *Studi sulla giustificazione giuridica*, G. Giapicchelli, Turín, 1986, pág. 87.

[49] «En términos de Habermas, el discurso es esa forma "peculiarmente improbable" de comunicación en que todos los participantes se someten a sí mismos a la "coacción no coactiva del mejor argumento" con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre la validez o no validez de las pretensiones problemáticas» (T. McCarthy, *La teoría crítica de Jurgen Habermas*, trad. de M. Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 338.)

[50] Sobre el discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general, cfr. M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 193 y ss.

[51] Y más ahora, cuando, como me recuerda Vives Antón (*RP*, pp. 261-262), Habermas confiesa haber sido ganado por las tesis de Alexy. Aunque parece que, como se verá, la atracción fue sólo temporal.

[52] W. Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 165-167.

tente entre el discurso institucional y el discurso libre de dominación en el derecho penal»[53], entiende, no obstante, que de ese dato no pueden derivarse consecuencias deslegitimadoras para el proceso penal, que obtiene su justificación de la misma fuente que el propio contexto político-institucional del que forma parte.

Es decir, el proceso penal no es, ni tendría por qué ser, la encarnación de ese modelo irreal e irrealizable. Pero esto no excluye que se resuelva en una forma de diálogo y tienda idealmente a la objetivación de determinados principios bien conocidos. O lo que es lo mismo, es cierto que el proceso penal se orienta a una idealidad, pero ésta es una idealidad *practicable,* interna al propio ordenamiento constitucional, y su máxima plasmación empírica nunca tendría que suponer la disolución de la estructura triádica, que, sin embargo, vendría exigida por la plena realización de ese imposible paradigma de simetría perfecta en las posiciones de (*todos*) los sujetos implicados, que demanda la propuesta *consensual.*

A PROPOSITO DE LA 'CUESTION DE FONDO'

Hay un momento en que Vives Antón decide *rasgar el velo,* es decir, traer a primer plano el núcleo duro de las cuestiones tan maltratadas por mí. Y lo hace, renunciando ya a tomarme como punto de referencia, para evitar lo que sería, afirma, «una banalización inadmisible» (pág. 267).

Pues bien, si, a pesar de su propósito confesado, cabe dudar que haya logrado lo primero, en modo alguno consigue lo segundo, o sea, dejar de banalizar. Veámoslo.

Para empezar, tengo que decir que a veces dudo que sepa de qué está hablando. Según él «hay que distinguir entre algún tipo de correspondencia que toda teoría de la verdad postula y la teoría de la correspondencia que postula justamente, el tipo de correspondencia especular» a que él dice referirse (pág. 274); es decir, «la verdad como adecuación del intelecto a las cosas, esto es, con el mundo existente fuera del sujeto e independientemente de su conciencia» (pág. 252) que implicaría que «toda verdad objetiva es, por ser tal, absoluta, puesto que si el intelecto, aunque sea el de un hombre aislado, refleja adecuadamente la realidad, ese reflejo ha de ser absolutamente verdadero» (pág. 253). Según Vives Antón, esta doctrina constituye el «realismo» que se manifiesta como «mentalidad espontánea del jurista» y de la que yo resulto, como el personaje de Molière, sin saberlo, un claro exponente.

Sin embargo, Vives Antón no pone un sólo ejemplo, ni hace una sola cita que permita ilustrar esa caracterización. Y no es extraño, porque la generalidad de los filósofos suelen distinguir entre varios grados de conocimiento, pero no sé si alguno afirma que el intelecto humano sea capaz de reflejar la realidad adecuadamente, de un modo absolutamente verdadero, como un *espejo.* Así, es un ejemplo bien significativo, para Santo Tomás el conocer empieza con los sentidos y consiste en un proceso de abstracción llevado a cabo por el entendimiento agente y el entendimiento paciente, algo bastante alejado del *espejo* de marras, no sé si *mágico.*

Respecto a mi posición personal, nunca he afirmado nada parecido a lo que Vives designa como «realismo»: pensar, como pienso, que los enunciados de hechos probados, en cuanto afirman la realidad de un acontecimiento pasado, pueden ser considerados verdaderos o falsos, no implica ni mucho menos un planteamiento de tipo especular.

Quizá haya incurrido Vives Antón en el viejo truco del cura de aldea de inventase una herejía fácil para poder combatirla ante sus feligreses. Pero, cada uno tiene su estilo, y yo no quiero caer en escenificaciones perversas.

Tampoco parece muy logrado que se apele al «ámbito del saber social» contrapuesto al conocimiento de los acontecimientos naturales, afirmando que «puede sostenerse una teoría de la correspondencia en el ámbito del saber acerca de la naturaleza y otra muy distinta (v. gr. una teoría consensual) en el ámbito del saber acerca de la sociedad» (pág. 255). A mi entender, la diferencia no consiste en el tipo de teoría de la verdad aplicable sino en las dificultades metódicas que afectan a las ciencias sociales, que no parecen haber tomado en muchos casos «el seguro camino de la ciencia». Paradójicamente, sin embargo, Vives Antón acude a teóricos de las ciencias naturales para defender su interpretación de la «evolución unitaria» del pensamiento filosófico como un abandono inexorable de la teoría de la correspondencia, p. ej., Kuhn, Lakatos, etc.

Y no duda en *echar mano* de Popper, como preclaro exponente de lo que llama «abandono de la teoría de la correspondencia» (pág. 274). Aunque, seguramente no será el Popper que escribe que «la teoría de Tarski nos permite *definir la verdad* como correspondencia con los hechos, pero también podemos utilizarla para definir la realidad como aquello a lo que corresponde un enunciado verdadero»[54]. Ni tampoco el que señala que, «gracias a la obra de Tarski, la idea de verdad objetiva o absoluta —esto es, de verdad como correspondencia con los hechos— parece ser aceptada con confianza en la actualidad por todos los que la comprenden»[55], entre los que, naturalmente, se incluye; ignorando, con toda seguridad, que se trata de una teoría que, al decir de Vives Antón, sólo puede ser concebida en «un contexto estrictamente escolástico» (pág. 280). De modo que Popper, no sólo hace suya la concepción de Tarski, sino que la lleva mucho más lejos de lo que cabría en las previsiones de su formulador, desbordando el horizonte puramente semántico, para atribuirle implicaciones ontológicas[56].

[53] En *op. cit.*, pág 168, página de la que se toman las referencias que siguen.

[54] K. Popper, «Comentarios filosóficos en torno a la teoría de la verdad en Tarski», en *Conocimiento objetivo*, trad. de Carlos Solís Santos, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 296.

[55] K. Popper, «La verdad, la racionalidad y el desarrollo del conocimiento científico», en *Conjeturas y refutaciones,* trad. de N. Miguez, Paidos, Barcelona, 3.ª reimpresión 1991, pág. 275.

[56] Por eso la conocida cita que Vives Antón toma de un trabajo autobiográfico del autor (R. R. Popper, *Búsqueda sin térmi-*

Y no sólo eso, además, el autor dejará constancia expresa de que el redactor de un artículo de la *Encyclopedia of Philosophy* —en la que Vives Antón dice haber hallado «un gran vacío» durante su, al parecer, tan desoladora como intensa búsqueda de «representantes de la *teoría de la correspondencia*» (pág. 275)— interpreta erróneamente su pensamiento al atribuirle la opinión de que «la propia verdad no es sino una ilusión»[57]. Sin duda, vacíos como ése pueden deberse a una pluralidad de razones, entre ellas ¿por qué no? —*crimine ab uno disce omnes*— la misma que condujo al colaborador de la *Encyclopedia* a una inadecuada lectura de Popper, para quien, en fin, «no cabe duda de que es la correspondencia el sentido ordinario de "verdad" tal como se emplea en el juzgado[58]».

Tampoco Quine me parece el mejor *fichaje* por parte de Vives Antón, puesto que se trata de un filósofo que ha valorado positivamente la concepción de Tarski[59].

Por cierto, ni el mismo Tarski sale muy bien parado de su encuentro con Vives Antón, que, después de dejarle hablar largo y tendido en una extensa cita, confunde ostensiblemente los planos de su planteamiento semántico de la verdad: lenguaje objeto y metalenguaje, al referir al primero el nombre de la oración, y, en cambio, al segundo, la oración misma (pág. 270).

En fin, si Vives Antón —como demanda lo ambicioso de sus pretensiones— se hubiera preocupado de distinguir entre lenguaje prescriptivo y descriptivo, tal vez habría visto en el consensualismo una teoría de la validez de enunciados normativos, y habría evitado tener que moverse continuamente entre planos metodológicos distintos. Y quizá no se habría armado tanto lío entre los hechos y las normas en la aplicación judicial del derecho, ni hubiera pensado que el juez al fallar trata de *conocer* «lo justo» (pág. 249).

Dejando aparte la vaguedad de la terminología y la ambigüedad en la caracterización de la teoría de la correspondencia, la referencia de Vives Antón a las «dos modalidades más extendidas» de la teoría de la verdad como correspondencia: el realismo y el empirismo, son sumamente *originales*. Respecto al último, dice literalmente: «El empirismo, al operar meramente con las sensaciones, es decir, con datos internos, y no contener referencias a los objetos del mundo» (pág. 272); de donde resulta que uno de los exponentes de la teoría de la verdad como correspondencia sería la corriente filosóficas que opera con datos internos no referidos a los objetos del mundo: ¿con quién se entabla la correspondencia? Curioso *empirismo* éste.

La presentación del realismo tiene, al menos, la virtud de no contener ningún sinsentido. Al parecer, consiste en propugnar una correspondencia entre el juicio y las cosas, estados, acontecimientos de un mundo material, exterior al sujeto y realizada a partir de la intuición sensible. Lo malo es que a renglón seguido afirma que la crítica kantiana «destruyó la viabilidad de la teoría, al poner de manifiesto que el intelecto participa en la construcción del objeto, por lo que al no existir éste con independencia de los conceptos del entendimiento no puede ser percibido por la intuición sensible» (pág. 272).

Diría que ni siquiera a Kant le va bien en su encuentro con Vives Antón, si se tiene en cuenta que para aquél la distinción entre intuición y concepto, sensibilidad y entendimiento es absolutamente clave. Veamos un texto: «Los objetos nos vienen, pues, *dados* mediante la sensibilidad y ella es la única que nos suministra *intuiciones*. Por medio del entendimiento, los objetos son, en cambio, *pensados* y de él proceden los *conceptos*. Pero, en definitiva, todo pensar tiene que hacer referencia, directa o indirectamente (mediante ciertas características), a intuiciones y, por consiguiente (entre los humanos), a la sensibilidad, ya que ningún objeto se nos puede dar de otra forma[60]». De ahí que, como afirma en otro lugar: «Aun siendo posibles *a priori*, todos los conceptos, y con ellos todos los principios, se refieren a intuiciones empíricas, es decir, a datos de una experiencia posible. De no ser así, carecen de toda validez objetiva y se reducen a un juego de la imaginación o del entendimiento con sus respectivas representaciones[61]».

Un ejemplo sencillo tomado de Kant puede resultar ilustrativo al respecto: decir que hay habitantes en la luna es admisible en cuanto posibilidad, aunque nadie los haya percibido, porque cabría llegar a percibirlos; que el mundo es eterno es algo que no cabe afirmar ni negar, porque no tiene conexión con la experiencia posible.

El propio Kant se mueve dentro de la concepción clásica de verdad: «La verdad y el error y, consiguientemente, también la ilusión en cuanto conducente al error, sólo pueden hallarse en el juicio, es decir, en la relación del objeto con nuestro entendimiento[62]».

Nada tiene que ver esto con que la razón, en cuanto reguladora de la conducta moral, sólo pueda basarse en sí misma, lo que es una manifestación de la autonomía moral que no guarda relación con el conocimiento empírico. Del mismo modo que la cita de Kant relativa a que el dictado de la razón «nunca es sino el consenso de ciudadanos libres...» (pág. 279), aunque venga muy bien aquí por lo del «consenso», no versa sobre el problema de la verdad, sino sobre las consecuencias que desde el punto de vista práctico (habla explícitamente del «bien público») pueden derivarse de su teoría del conocimiento.

No sin razón dijo Heidegger: «Se pasa por alto algo sobre lo que ya Brentano llamara la atención,

no. Una autobiografía intelectual, trad de C. Garcia Trevijano, Tecnos, Madrid, 1977, pág. 198), referida a la cuestión de la justificación de la inducción, ampliamente desarrollada en otras partes de su extensa obra, es bien poco significativa en este lugar

[57] K. R. Popper, *Conocimiento objetivo*, cit., pag 290.

[58] K. R. Popper, *Conocimiento objetivo*, cit., pág. 286, en la que también se lee: «No hay duda de que lo que ordinariamente llamamos "verdad" es la correspondencia con los hechos.»

[59] W. V. Quine, *La busqueda de la verdad*, trad. de Javier Rodríguez Alcázar, Crítica, Barcelona, 1992, entre otras, pág. 122 y ss. y 141 y ss.

[60] E. Kant, *Crítica de la razón pura*, trad. de P Ribas, Alfaguara, Madrid, 1978, pág. 65.

[61] *Ibídem*, pág. 261.

[62] *Ibídem*, pág 297.

a saber que el mismo Kant se adecua a este concepto de la verdad, y hasta tal punto que ni siquiera lo discute (...). La caracterización de la verdad como concordancia (...) es, sin duda, muy general y vacua, pero algo justo tendrá cuando se mantiene sin perjuicio de las más heterogéneas exégesis del conocimiento[63]».

VOLVIENDO AL PROCESO

Del confuso discurso de Vives Antón, creo que pueden inferirse algunas conclusiones sobre la jurisdiccion penal.

En síntesis, para mi contradictor, la idea de *verdad como correspondencia* remite —inexorablemente— a la de *verdad sustancial* (la verdad «material» de raigambre inquisitiva). La búsqueda de ésta reclama y legitima implícitamente el recurso a una lógica del género *el fin justifica (todos) los medios*, que es por lo que, en un modelo procesal de esa inspiración, *no hay espacio para las garantías*, que expresan una idea de límite. Así, de concurrir éstas, lo serían con un *fundamento externo*. Es decir, no existe relación de implicación en el plano epistemológico entre esa categoría de verdad y el modelo procesal constitucional garantista.

Otra cosa sucede, en cambio, con la *teoría consensual*, que contiene «requerimientos respecto de los derechos» (pág. 280). Aquí, «la *verdad jurídica* se halla unida indisolublemente a la *validez*, y no puede obtenerse a cualquier precio» (pág. 281). Aquí no, es decir, allí sí.

Aunque Vives Antón establece los anteriores asertos con la rotundidad de quien formula un teorema, lo cierto es que se queda en la pura afirmación, y creo que no tiene razón.

En primer lugar, históricamente, no resulta aceptable la disociación sugerida entre verdad y garantías al margen del modelo consensual.

Y no es preciso llegar a los juristas de la Ilustración, porque ya en la época medieval se pueden encontrar manifestaciones fehacientes de la existencia de una cultura del proceso penal rica en implicaciones éticas como límite a la búsqueda de la verdad, concebida como verdad probable: «no todas las probabilidades están en el mismo plano (...) algunas son preferidas por razones de carácter ético, y la preferencia está en relación a un sistema de valores[64]».

También, a su vez, la reintroducción formal de la tortura en el proceso, en los siglos XII-XIII, lo que Fiorelli llama «el nuevo orden»[65], que sustituirá al de las ordalías, tiene una clara dimensión epistemológica y *ética*, por más que la valoración tenga que ser negativa, desde ambos puntos de vista. En efecto, como durante su uso en la antigüedad clásica[66], asimismo en el momento de su recuperación posterior, ese instrumento acredita evidentes implicaciones epistemológicas: la pretensión de superar las limitaciones de la verdad probable, con el fin de posibilitar el acceso a una verdad material o sustancial[67]. Donde la represión del delito, no es sino un episodio de la lucha contra el mal, que es lo que hace del proceso «una diablomaquia», al decir de Cordero[68].

Ahora bien, es con el moderno garantismo procesal penal, hijo de la Ilustración, cuando el entrelazamiento de proceso, ética y epistemología aparece de forma mucho más explícita. Beccaria expresa con meridiana claridad el cambio de paradigma, que implica la renuncia al concepto de verdad propio del sistema procesal contestado. En efecto, reconociendo que «el examen de un reo se hace para conocer la verdad», denuncia la inadecuación a ese fin de un proceso con la tortura como instrumento de investigación; algo, tan claro en la experiencia de su tiempo, que estima innecesario referir «los innumerables ejemplos de inocentes que se confesaron reos por los dolores» de aquélla[69]. De ahí la propuesta de un proceso «*informativo*, esto es, la indagación indiferente del hecho, según manda la razón», como alternativa al «*proceso ofensivo*», que, como hemos visto, a su juicio, no garantiza la obtención de la verdad y, además, en él «el juez se hace enemigo del reo[70]».

Será difícil hallar un texto en el que la relación de coimplicación entre verdad procesal y garantías se haga más explícita, y de manera más plástica.

Este punto de vista lo expresa muy bien Pagano con su rechazo de la tortura como medio de prueba: «Una confesión hecha así (bajó tormento) es la expresión del dolor, no del indicio. ¿Qué relación tiene el dolor con la verdad?[71]».

Y encuentra una formulación extraordinariamente gráfica en Carmignani, que describe las pruebas criminales como «actos *legítimos* mediante los cuales algunas circunstancias sirven para descubrir un delito o para demostrar la inocencia[72]».

[63] M. Heidegger, *Ser y tiempo*, trad. de J. Gaos, Fondo de Cultura Económica, México, 1962, pag. 235-236.

[64] Cfr. A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milán, 1971, pág. 116.

[65] P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, 1953, I, pág. 67.

[66] Cfr. P. Fiorelli, *op cit*, II, pág. 297 y ss.

[67] Cfr. A Giuliani, *op. cit.*, pág. 185.

[68] En «*Stilus curiae* (analisi della sentenza penale)», en *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile* (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nueva sede della Facultà, Ferrara 10-12 ottobre, 1985), Cedam, Padua, 1988, pág. 297.

[69] C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pág. 55. Cfr. asimismo P. Verri, *Observaciones sobre la tortura*, trad. prólogo y notas de M. de Rivacoba y Rivacoba, Depalmma, Buenos Aires, 1977, pág. 81 y ss. Un interesantisimo análisis de un proceso del género de los tenidos en cuenta por Beccaria y Verri en sus alegatos críticos, puede verse en. A. Manzoni, *La columna infame*, con Nota de L. Sciascia, trad. de E Gallego, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

De Verri es un acertijo sobre la tortura en el que dice de ella «soy considerada necesaria para conocer la verdad, y nadie cree en los que se dice por obra mía» (cfr. R. Mondolfo, *Cesare Beccaria y su obra*, trad. de O. Caletti, Depalma, Buenos Aires, 1946, pág. 24).

[70] *Ibidem*, pág. 59.

[71] F. M. Pagano, *Principi del codice penale. Opera postuma*, (sin indicación de edición ni fecha), pág. 100. Cfr. también, en el mismo sentido, M de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas*, facsímil de la 1.ª ed. (Madrid, 1782), Ed. Porrua, México, 982, pág. 244.

[72] G Carmignani, *Elementos de derecho criminal*, trad. A. Forero Otero, revisada por J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1979,

Por contraste con las que se producían en aquellos «juicios (que) han sido mirados no tanto como criterios de verdad sino como combates[73]».

Así pues, legitimidad de los actos —no todo vale— como condición de la relevancia probatoria de los conocimientos que pudieran adquirirse en el proceso. Y si no vale todo, es porque, a diferencia de lo que sucede en la física, donde la «ignorancia» puede producir (sólo) «inconvenientes», en el proceso produce, además «iniquidad[74]».

El ulterior desarrollo de este planteamiento inicial desembocará en lo que ha terminado por ser, en expresión de Ferrajoli, «un sistema coherente y unitario», en el que los diversos principios garantistas «se configuran, antes que nada, como un esquema *epistemológico* de identificación de la desviación penal dirigido a asegurar, respecto a otros modelos de derecho penal concebidos históricamente, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio, y por consiguiente, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona frente al arbitrio[75]».

Elementos estructurales de este modelo, según el autor, son, en primer lugar, el «*principio de estricta legalidad* en la determinación en abstracto de lo que es punible», principio, que, a su vez, requiere dos condiciones: «el carácter *formal* o *legal* del criterio de definición de la desviación y el carácter *empírico* o *fáctico* de las hipótesis de desviación legalmente definidas. Y, en segundo término, el «*principio de estricta jurisdiccionalidad,* que a su vez exige dos condiciones: la *verificabilidad* o *falsabilidad* de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo, y su *prueba empírica,* en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación[76]».

El tipo de verdad que persigue —y que hace posible— un modelo formalista como el diseñado, es de carácter igualmente *formal.* En efecto, no vale cualquier verdad, sino tan sólo la que se obtiene en el respeto de las reglas del enjuiciamiento: el principio de presunción de inocencia y de la carga de la prueba para la acusación, el principio acusatorio, el principio de contradicción.

Es por lo que, como ya anticipé, también en palabras de Ferrajoli, «las garantías penales y procesales, además de *garantías de libertad,* son también *garantías de verdad*»[77].

Con esta afirmación se sale al paso de un *topos* sumamente asentado en el subconsciente de muchos profesionales de la jurisdicción, que propenden a ver en el imperativo de respeto de las garantías la *renuncia* implícita —*sólo* por razones políticas, es decir, extraepistemológicas— a un mayor grado o riqueza de información. De ahí, también, la frecuente propensión a *recuperar,* por vías indirectas, con fines probatorios, datos de cargo de dudosa obtención, en virtud de una convicción *íntima* —no procesalmente motivable— de su (supuesta) pertinencia (objetiva) a los hechos. Cuando lo cierto es que, si en un hipotético supuesto concreto, la *renuncia* a la utilización de datos de ese carácter podría favorecer —en perjuicio de *la verdad*— los intereses del imputado, además del general y objetivo representado por la presunción de inocencia; el correcto funcionamiento del modelo acusatorio en su conjunto produce un resultado global de indudable superior calidad en el plano gnoseológico. Una vez suficientemente acreditado que el sistema en cuestión, además de recusable por muchas otras razones bien conocidas, producía *verdades* que sirvieron, incluso, para condenar por «un delito física y moralmente imposible», como recordaba Manzoni[78].

Parece, por lo expuesto, cuando menos un poco *fuerte* la afirmación de que el proceso penal ha permanecido huérfano de sustancia epistemológico-garantista hasta el despuntar de la llamada teoría de la verdad consensual. De ese consenso *contrafáctico,* que, al decir de Hassemer, no se da «nunca y en ninguna parte[79]».

Tal pretensión es en sí misma inaceptable, como se verá; pero, además, implica un sofisma: que no existen alternativas entre verdad como correspondencia entendida *sub specie* de realismo ingenuo («*verdad objetiva absoluta*») y verdad consensual (pág. 254). De este modo, al menos en materia de proceso penal, de no adscribirse al segundo paradigma, se estaría necesariamente en el de la «verdad material o sustancial», que es la que corresponde al sistema inquisitivo.

Al *razonar* de este modo, se prescinde de una etapa fundamental del desarrollo histórico y teórico del proceso penal[80], sin la que no podría entenderse nada de lo que se expresa en disciplinas constitucionales del proceso como la vigente entre nosotros; y se opera una simplificación inadmisible, al dar por inexistente una concepción de la verdad procesal, no sólo distinta de la «material» o «sustancial», sino antagónica.

Esta es, como se ha dicho, la de la verdad procesal como verdad *siempre formal.* Una verdad que es inevitablemente limitada y que se caracteriza por ser el producto de un proceso de conocimiento que —reflexivamente— adopta como punto de partida el principio de presunción de inocencia. Esto es, como ha escrito Copi, el *argumentum ad ignorantiam,* que equivale a sostener que «una proposición es verdadera simplemente sobre la base de que no se ha demostrado su falsedad[81]». Argumento que en cualquier otro tipo de discurso sería una falacia, pero que

pág. 205. Dirá también, más adelante, que «ninguna prueba de un delito puede llamarse plena y legítima si no se deriva de las circunstancias establecidas por la misma ley con base en la certeza moral» (pág. 206). En idéntico sentido, cfr. F. Carrara, *Programa de derecho criminal. Parte general,* trad. de J. J. Orega y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, II, Pág. 381 y 391.

[73] *Ibidem,* pág. 225.

[74] A. Manzoni, *op. cit.,* pág. 11

[75] L. Ferrajoli, *op. cit.,* pág. 6.

[76] *Ibidem,* pág. 6 y 8.

[77] *Ibidem,* pág. 19.

[78] A. Manzoni, *op. cit.,* pág 10

[79] W. Hassemer, *op. cit.,* pág. 165.

[80] «La historia del proceso penal puede leerse como la historia del conflicto entre "dos opuestas epistemologías del juicio: *dictum* de un solo sujeto, o contienda entre varios sujetos, relación vertical inquisidor-inquirido, o relación triangular entre dos partes y un tercero super partes; operación unilateral del juez, o bien *actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*» (L. Ferrajoli, *op. cit.,* pág. 620).

[81] I. M. Copi, *Introduccion a la lógica,* trad de N. Míguez, Eudeba, Buenos Aires, 10.ª ed. 1971, pág 65

en los tribunales de justicia cumple una doble función de garantía: en el plano epistemológico, la representada por la consideración de la acusación como simple hipótesis, que debe ser objeto de prueba por parte de quien la sostiene; en el ético-político, la dirigida a evitar la anticipación de los efectos de una eventual sentencia condenatoria.

En este contexto —y diría que sólo en este contexto— creo que puede hablarse de los «hechos probados» como conjunto de proposiciones que afirman la existencia histórica de un hecho «como real»; afirmación que, sin embargo, escandaliza a Vives Antón (pág. 253); que, por lo mismo, está en la obligación de escandalizarse ante la referencia, por ejemplo, el 18 de julio de 1936, como la fecha en que *realmente* se produjo un levantamiento militar en este país.

Taruffo ha hecho notar recientemente la relevancia de «la hipótesis teórica de la verdad absoluta como correspondencia de la comprobación judicial a los hechos del mundo real, puesto que la misma sirve para fundar conceptualmente una perspectiva en la que ese problema se sitúa racionalmente en términos de modalidades y técnicas para realizar la mejor verdad relativa, o sea, la mejor aproximación de la comprobación a la realidad[82]».

Cuando lo que hay que acreditar es «si Fulano dio muerte a Mengano», parece que de lo que objetivamente se trata es de determinar si a esa proposición *corresponde* o no un hecho *realmente* acontecido en el pasado. Es decir, si en virtud de los datos fácticos obtenidos a través de un curso procesal, esa proposición ha de predicarse verdadera o falsa.

De ahí el interés de la incorporación del concepto de verdad como correspondencia formulado por Tarski[83] a la teoría de la jurisdicción, que ha defendido especialmente Ferrajoli[84]. Aquélla, valorada recientemente por Quine como «una obra maestra impresionante y que, además, funciona[85]», aporta el rigor que debe regir la utilización del término «verdadero»: qué significado tiene decir que una proposición es verdadera, en las prácticas de una institución que impone penas a partir de la constatación de que un determinado acto tuvo efectivamente lugar en un momento precedente.

Por eso, la correspondencia no es un criterio de verificación (es decir, un patrón conforme al cual juzgamos como verdadera o argumentamos la verdad de una tesis), sino *el significado* del término verdadero, compatible con cualquier teoría epistémica de la verdad[86].

El rigor en la utilización del término verdadero tiene especial relevancia teórica para el derecho, el penal en particular. Ello se debe a que el derecho es un lenguaje hecho por los hombres, y a que, de cómo se le construya, depende el grado de certeza, es decir, de verificabilidad y posibilidad de control de las proposiciones judiciales[87].

CONSENSO Y 'NEGOCIO'

De las afirmaciones contenidas en mi artículo tantas veces citado, quizá la que más irritó a Vives Antón es la que asocia su idea de la verdad consensual a la de la negociación de la conformidad (págs. 250-252), a las fórmulas de justicia *contratada*, de ascendencia americana, que yo le atribuía haber tratado en clave apologética[88].

Pues bien, es un hecho que los partidarios del *plea bargaining* y, en general, de los métodos procesales fundados en el principio dispositivo, es decir, en la disponibilidad de las pruebas, suelen invocar la concepción consensualista de la verdad. Así, el nexo entre adhesión a las teorías consensualistas y legitimación del *plea bargaining* es, por tanto, objetivo e independiente de las opiniones de Vives Antón.

A propósito de estas últimas, no se ve en qué puede consistir —en el plano epistemológico— la diferencia que Vives Antón reivindica entre «consenso racionalmente fundado» y «acuerdo efectivo»; entre «acuerdo especialmente cualificado» y dotado de «valor cognitivo» y consenso ligado a un «acto de voluntad». Porque ¿cómo se «funda» el consenso cualificado de Vives Antón? ¿En qué consiste su «valor cognitivo»? Y ¿qué significa la palabra «ra-

[82] M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milan, 1992, pág. 157.
Este punto de vista guarda relación con el expresado por Popper: «*Un enunciado es verdadero si, y sólo si, corresponde a los hechos*. Como señala Tarski, esta noción de verdad es objetiva o absolutista, aunque no sea absolutista en el sentido de permitirnos hablar con absoluta certeza o seguridad, pues no nos suministra un criterio de verdad... Así, aunque la idea de verdad sea absolutista, no podemos pretender alcanzar una certeza absoluta: *somos buscadores de la verdad pero no sus poseedores*» (*Conocimiento objetivo*, *cit.*, pág. 53).

[83] Cfr. A. Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, trad. E. Colombo, Nueva Visión, Buenos Aires, 1972. También en M. Bunge (comp.), *Antología semántica*, Buenos Aires, 1969.

[84] En *op. cit.*, pág. 20-22. También puede verse: G. Ubertis, «La ricerca della verità giudiziale», en G. Ubertis (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milán, 1992, pág. 10-11. P. Ferrua, «Contraddittorio e verità nel processo penal», en *op. cit.*, pág. 59 y ss. M. Taruffo, *op. cit.*, pág. 145 y ss.

[85] W. V. Quine, *Quidditès Dictionnaire philosophique par intermitence*, trad. de Guy-Blanquet y T. Marchaisse, E. du Seuil, París, 1992, pág. 267.

[86] Ferrajoli ha desarrollado un modelo inductivo de búsqueda procesal de la verdad, a partir de la hipótesis acusatoria, en el vigente régimen constitucional de garantías; rigurosamente complementario de la acepción tarskiana de la verdad como correspondencia, que suministraría el criterio de uso del término «verdadero» en el conocimiento procesal. (Cfr., sobre todo, *op. cit.*, pág. 107 y ss.).

[87] A ello se debe que L. Ferrajoli considere el «*principio de estricta legalidad*» como una «*regla semátnica metalegal de formación de la lengua legal*» que impone al legislador penal un rigor exquisito en la formulación de los enunciados normativos. Esto es lo que hará posible la identificación, asimismo rigurosa, de las conductas desviadas conminadas con una pena, y que las tesis judiciales correspondientes sean, a su vez, verificables y refutables. (Cfr. *op. cit.*, pág. 98). Como el mismo autor ha escrito en otra parte (L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Ferrajoli*, G. Giappichelli, Turín, 1993, pág. 481) «De la semántica del lenguaje legal depende (...) que las decisiones de los jueces versen sobre la verdad de la aserción de un hecho y no sobre valores diversos de la verdad (de tipo ético, político, de oportunidad).»

[88] En *RP*, pág. 250, dice: «en *clara* apologética». Se trata de una errata, una de las innumerables que atormentan el texto, en el que, por ejemplo, un autor llega a ser Kriele, *Kiele*, *Kriele o Kriete*, en tres páginas sucesivas (págs. 125-127). Un texto lamentablemente maltratado, en este caso no por mí, sino por el editor.

zonablemente» o «razón práctica», usada repetidamente, con la que trata de exorcizar el problema? Si al menos aceptase la teoría de la coherencia, podría invocar el argumento cognitivo de la relevancia de las pruebas y contrapruebas como confirmaciones y refutaciones de las hipótesis acusatorias. Pero no, se contenta únicamente con el «consenso»; con «las reglas básicas de *procedimiento* a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático» (pág. 248) mediante las que aquél se expresa y con el «respeto de las reglas» a través de las cuales la verdad es obtenida (pág. 249). De este modo confunde *el método* legal de adquisición de las pruebas y de formación del juicio contradictorio, con *los criterios* (más que el significado) de verdad. Al obrar así, ¿qué queda del pretendido carácter «cognitivo» y «racional» de la verdad fundada de este modo?

Es el propio Vives Antón quien vacía de significado el término «cognitivo» usado para excluir el carácter de simple acuerdo de su verdad consensual. Sus tesis, tal como se encuentran expuestas (págs. 248-249) no son epistémicas, sino *procedimentalistas:* lo único que exigen es que la verdad obtenida «sea el resultado de un procedimiento legítimo, que no se incline a favor de ninguna de las partes y en el que ninguna de éstas tenga posibilidades exorbitantes, que coloquen a la otra en situación de desventaja» (pág. 249). Aquí no hay argumentación ni siquiera en el sentido de Alexy. Lo acredita el que Vives Antón, hablando de las «pruebas ilícitas», asimile las decisiones judiciales —«no verdaderas», sino «justas» (pág. 249)— al procedimiento legítimo con el que las misma se adoptan en «democracia»; correctas «si los ciudadanos han participado directa o indirectamente (en los procedimientos de decisión) y si esa participación ha sido el fruto de una opción libre y racional» (pág. 248).

De este modo, se hace patente que la legitimación de las decisiones basadas en semejante criterio de verdad no resulta cognitiva en ningún sentido, sino como he dicho, sólo *procedimental* y voluntarista, es decir, ligada (exclusivamente) al respeto de las reglas que permiten y disciplinan las posibilidades de expresarse las partes.

Esta parece ser, en fin, la aportación de Vives Antón: «El resultado del discurso, esto es, el consenso racional, que en principio sólo sería un método para alcanzar la verdad, se convierte también en criterio de verdad, con el que ha de decidirse lo que es verdadero y lo que es falso» (pág. 278). Para ello es preciso que se expongan sin limitación todos los argumentos posibles y se efectúe el acto de aceptación por todos los seres racionales concurrentes a la discusión; con lo que se extrapola el problema de un criterio de validez de normas al de juicios de hecho. Algo que en la práctica conduce al escepticismo, porque nunca se producirán las condiciones de discusión requeridas.

Por lo demás, que método y criterio se identifiquen, o que Vives Antón piense que ha encontrado una vía para superar las objeciones de Tugendhadt «acerca de cómo y por qué puede el consenso (un acto de voluntad) actuar de árbitro en un tema de conocimiento» (pág. 278), sólo puede suscitar asombro. Y, claro está, respeto por la capacidad de riesgo que comporta la realización de cualquier ejercicio de funambulismo, a cierta altura y sin red.

Al fin, el mismo Vives Antón admite implícitamente que la teoría de la verdad consensual no está en condiciones de ofrecer un fundamento teorético a las pruebas, aunque cubriéndose tras de la afirmación de no hallarse «comprometido en tal intento» (pág. 263). Su único propósito, dice, era el de excluir «la validez de las pruebas ilícitamente obtenidas» (pág. 263). Pues bien, ésta es una cuestión que tiene que ver con el método legal de adquisición de las pruebas y la garantía del principio de contradición, que es un medio y no un fin y que no se entiende —por lo ya expuesto— por qué no tendría que estar garantizado por una perspectiva epistemológica inspirada en la verdad como correspondencia, no del sentido absoluto *imaginado* por Vives Antón.

Parece bueno decirlo una vez mas: nunca me he referido a esa clase de *verdad;* que no es la que subyace a la concepción del proceso acusatorio, y tampoco la supuestamente *abandonada* por tanto filósofo ilustre.

De otro lado, nada más lejos de mi propósito, entonces y ahora, que tratar de discurrir sobre la validez de un *corpus* teórico como el desarrollado por Habermas y Apel. Y ni siquiera pretender la competencia en la materia que sería necesaria para hacerlo. Porque además, al contrario que Vives Antón, no me ha cabido el privilegio de asistir —y tampoco podría hacerlo desde el dominio de su lengua materna— a algún seminario impartido por el primero[89].

Mi pretensión fue y sigue siendo mucho más modesta, y se reducía a cuestionar que algunas de las concepciones de aquellos autores, a las que se ha venido haciendo referencia, elaboradas y debatidas en el marco de la filosofía moral y, por extensión, en el de la teoría política de la democracia representativa, fueran extrapolables al campo del proceso penal, como quiere Vives Antón.

Ahora parece —y lo digo con extrema prudencia— que algunas consideraciones explícitas de Habermas apuntan en esa dirección. Es decir, en el sentido de entender que no cabe «concebir el discurso jurídico como un caso especial del discurso (de aplicación) moral[90]». Y en particular cuando se trata de «la praxis de las decisiones judiciales, debido a que las exigencias ideales con respecto a los procedimientos de la argumentación, deben ser puestas en consonancia con las restricciones obligadas por las exigencias de las reglamentaciones fácticas[91]». Puesto que «los papeles de los participantes en el proceso son definidos de tal manera que la acepta-

[89] Vives Antón ofrece la información de haber asistido a clases de Habermas durante algunos meses (pág. 265). Dato de escaso valor argumental, pero seguramente útil para los biógrafos del conocido filósofo.

[90] J. Habermas, *Faktizität und Gellung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats,* Suhrkamp, Frankfurt, 1992, pág. 286. (Debo —y agradezco— las referencias a esta obra y la traducción de las citas a J. Antonio Gimbernat.)

[91] *Ibidem,* pág. 288

ción de las pruebas no está estructurada en el sentido de una búsqueda cooperativa de la verdad de permanente carácter discursivo[92]».

MAS AL FONDO, 'A LA DERECHA'

Vives Antón, de epistemólogo a inspector de conciencias, de Habermas-Apel-Alexy a Freud-Conan Doyle, hace, por último, un descubrimiento. Advierte que en lo que supone mi propósito de *disociarle* de Habermas *asociándole* a Perelman (pág. 286), había más que un error: Se agazapaba una proterva intención oculta, que no ha podido escapar a su sagacidad. Es que el asunto —asegura— no iba de ciencia sino de política.

Es decir, de derechas e izquierdas, para entendernos. Y yo habría manipulado su pensamiento —y, por lo que se ve, el de todo bicho pensante— única y exclusivamente para desplazarle, ¡a él!, *a la derecha*.

Esa parece ser la gran cuestión. Lo que le produjo la irritación que se ha mantenido viva durante años, hasta llevarle, al fin, a explotar[93] con tan malos modales. Lo que explica que diera la espalda a la *ética discursiva*, después de haberle dedicado tantos desvelos como dice. Desvelos inútiles, puesto que aquélla no ha llegado —al menos en este caso— a impregnar eficazmente su práctica.

¡Acabáramos!

Así se entiende que el implacable profesor, desde su altura, no contento con hacer patentes mis limitaciones filosóficas, jurídicas y hasta morales, haya sentido la necesidad de dejar también en cueros a mi subconsciente, al *diagnósticar* en él una profunda tendencia a la criptopolitización de cualquier cosa.

No ha advertido que, al hacerlo, termina remitiendo el caso, *pero —¡ojo!— no el mío sino el suyo propio,* al diván del psicoanalista; que es el destino natural de los mecanismos de *proyección.* Es decir, de una de esas modalidades de la conducta en las que el sedicente retratista es el único que de verdad *se retrata.*

Si en la réplica que he comentado, la ciencia hubiera ocupado el lugar de un ego desmelenado y el *fair play* desplazado al mal estilo, Vives Antón habría hecho de ella un noble ejercicio de discrepancia y, sólo por eso, una buena forma de magisterio. Lamentablemente no ha sido así. Ni una cosa ni otra, puesto que prevaleció al escribir la misma víscera oscura que antes había presidido la lectura del texto *criminalizado.* Una lástima.

[92] *Ibidem,* pág. 289.

[93] Hay que decir que Vives Antón ya dio un amplio *anticipo,* no menos encendido, de su ulterior explosión escrita, al hablar del *non bis in idem* a los asistentes a un curso de Plan Estatal de Formación del Consejo General del Poder Judicial, celebrado del 3 al 5 de marzo de 1992. Por cierto, que aquéllos todavía no han salido de su asombro y se preguntan por mi relación con el asunto. Con el asunto del *non bis in idem,* claro.