

## ASPECTOS GENERALES SOBRE EL PROCESO PENAL ESPAÑOL<sup>1</sup>

Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA

SUMARIO: I. *Justificación previa*. II. *Objeto y finalidad del proceso penal español: la garantía procesal y material en la aplicación del derecho penal*. III. *Principios del proceso penal español: jurídico-naturales y jurídico-técnicos*. IV. *Aspectos formales del proceso penal español. Forma inquisitiva, forma contradictoria y sistema mixto de enjuiciamiento criminal: evolución histórica*. V. *Referencia a algunas características concretas del proceso penal español: oralidad, publicidad, legitimación para el ejercicio de la acusación, régimen de recursos contra la sentencia y costes económicos del proceso penal*. VI. *Líneas generales de la organización de la justicia penal: tribunales que integran la jurisdicción penal y clases de procedimientos*.

### I. JUSTIFICACIÓN PREVIA

El objeto de las palabras que siguen no es otro sino trazar un esbozo panorámico de algunos aspectos relevantes del proceso penal en España. La empresa de acercar al lector mexicano las particularidades del ordenamiento jurídico español, en lo que se refiere al ejercicio del *ius puniendi* estatal, tiene la finalidad de poner el acento en lo que en él pueda haber

<sup>1</sup> Este texto ha sido elaborado en el seno del Proyecto de Investigación I+D, sobre el tema “La persecución procesal de la criminalidad organizada” (BJU 2000-0774), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología de España, y sirvió de base a la ponencia que, con idéntico título, presenté el 22 de septiembre de 2003 en mesa redonda (junto con el magistrado Miguel Ángel Aguilar López, el ministro Javier Rivera Rodríguez y la doctora Paloma García-Lubén Barthe, bajo la moderación del doctor Luis González Placencia), dentro de las II Jornadas de Otoño España-México de Derecho Procesal Penal celebradas en el Instituto de la Judicatura Federal, en el Auditorio de los Tribunales Colegiados en materia penal del primer circuito.

de distintivo y característico (a través de la exposición, en forma sintética, de sus principales señas de identidad) con respecto al modelo mexicano de justicia penal y, con ello, la aportación de elementos de juicio que ayuden a su mejor comprensión por quien no está familiarizado con sus instituciones más esenciales, para así permitir una adecuada ponderación, en términos globales, de las virtudes (o, en su caso, deficiencias o carencias) de uno u otro sistema. Desde este punto de vista, resulta evidente que este trabajo busca favorecer la comparación jurídica entre dos sistemas jurídicos con tantas raíces comunes, pero, a la vez, tan alejados entre sí; mas ello no significa que nos encontremos ante un estudio de derecho comparado. Este trabajo debe ser situado, más en concreto, en un estadio previo al de la aplicación del método comparatista como sistema de profundización en el conocimiento de los ordenamientos de ambos países, pues a su través (y lo mismo cabe decir de los trabajos de mis colegas españoles que se publican conjuntamente en este volumen) no se pretende comparar, sino colocar al jurista mexicano en la senda de la comparación, tarea para la cual es *conditio sine qua non* el conocimiento a priori, lo más perfectamente posible, de los factores cuya comparación se intenta; un conocimiento que se antoja mucho más accesible, en lo que se refiere al derecho de España, a través de los ojos del jurista español, que no *ex abrupto*, por medio del estudio directo de un ordenamiento extranjero, labor que puede devenir compleja y críptica, incluso inaccesible, sin el tamiz explicativo de quien (como experto o como directo destinatario de sus normas y mandatos) lo conoce de primera mano.

Para acometer este ejercicio de diálogo intelectual constituye un elemento de gran utilidad, desde luego, el hecho de nuestra lengua común. Sin embargo, debe reconocerse que la misión no está libre de algunas dificultades. En primer lugar, las diferencias existentes entre ambos sistemas jurídicos en materia procesal penal son a todas luces notables, una circunstancia que puede generar ciertas contrariedades al lector a la hora de manejar instituciones desconocidas por no pertenecer al ámbito propio de su quehacer diario, principios diferentes (o desigualmente concebidos o desarrollados) o conceptos y términos inéditos o manejados con diferente significado en la literatura jurídica mexicana, y ello exige un esfuerzo adicional de precisión por el expositor y de comprensión por parte del destinatario del texto. La disimilitud entre ambos sistemas de enjuiciamiento penal se sustenta, muy posiblemente, en el hecho de que

la vigente legislación española en la materia, que data de 1882, es posterior al proceso de independencia de México, lo que le impidió ejercer una influencia directa en la ordenación procesal penal de la joven nación mexicana. A ello hay que sumar el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (nuestro código procesal penal: en adelante, LECrim), superviviente a los más dispares avatares históricos acaecidos en España de entonces hasta nuestros días, es de clara inspiración liberal, y, por consiguiente, determinó una radical ruptura al tiempo de su promulgación con el sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal imperante durante nuestro tramo de historia compartida. Esa evolución y la consiguiente transición hacia un proceso basado en los postulados de contradicción y respeto a los derechos de acusación y defensa, construido sobre la base de los principios revolucionarios franceses, discurriría por derroteros diferentes en el derecho mexicano, si bien a lo largo del siglo XIX, y antes ya de la independencia, se apreció la incorporación a éste de algunas de las novedades de la Ordenanza criminal francesa de 1670 o del Edicto de 1788, que en cierta medida atenuaban la incidencia de las formas propias del proceso inquisitivo.

Tal vez por idénticos motivos históricos, la peripecia legislativa del proceso civil mexicano fue otra en su relación con el derecho español. En ese ámbito, las instituciones comunes entre los dos ordenamientos jurídicos han sido muchas y de gran calado hasta hace no demasiado tiempo, en concreto hasta la promulgación y entrada en vigor de la todavía reciente Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 2000. Hasta entonces, los sistemas procesales civiles de ambas naciones presentaban denominadores comunes, circunstancia no casual, sino debida, en gran medida, a que la codificación española del proceso civil (iniciada en 1855, consolidada en 1881 y mantenida de entonces hasta el inicio de este siglo) no pretendía otra cosa que la conservación de la tradición legal definida en el medieval código alfonsino de las Siete Partidas (que, a su vez, determinó, en la España de la reconquista, la restauración de la tradición jurídica romana, como seña de identidad nacional frente a los modelos implantados tras la ocupación musulmana), una tradición cuya luz se irradió en toda la América poscolombina. Esto implicó que, a pesar de la separación política, los procesos civiles de las emergentes naciones americanas y de España mantuvieran, en grado no desdeñable, una significativa afinidad y que el jurista español estuviera en condiciones de reconocer

en los procesos civiles de muchos países iberoamericanos instituciones genuinamente españolas. Por su parte, donde mayor y mejor influencia ha tenido la LECrim ha sido justamente en los territorios de Cuba y Puerto Rico, tal vez también por la razón histórica de que su separación del tronco español fue posterior (dieciséis años después) a su promulgación. En el resto de naciones de la América española (y, de entre ellas, paradigmáticamente en México), cuyos procesos de independencia fueron anteriores a dicha fecha, la LECrim no llegó a tiempo de influir en sus ordenaciones procesales penales, alcanzándose en ocasiones disparidades sustanciales que afectan a aspectos no accesorios sino nucleares de la estructura del proceso y de la organización de la justicia criminal.

No es la expuesta, como decimos, la única dificultad con que nos encontramos a la hora de acercar al lector mexicano las particularidades del proceso penal español. De no menor relevancia son las consecuencias que, en la materia, se derivan de la diferente organización político-territorial de ambos Estados. A pesar del elevado grado de descentralización operado en España en virtud de la Constitución de 1978, que supuso la creación del denominado Estado de las Autonomías, y en el cual algunos territorios regionales adquieren un mayor grado competencial que muchos Estados federales dentro y fuera de la Unión Europea, la legislación procesal pertenece al elenco de competencias que corresponden en exclusiva al Estado central (artículo 149.1, 6a. de la Constitución española),<sup>2</sup> lo que conduce al mantenimiento en España de un único sistema procesal penal válido para todo el territorio nacional, con las virtudes que ello supone desde el punto de vista de la seguridad jurídica, consagrada en la norma fundamental española (artículo 9.3) como uno de los principios jurídicos constitucionales. Por su lado, las características propias del Estado federal mexicano determinan también la descentralización, no sólo de la producción normativa, asumiendo los Estados federales la legislación en materia procesal penal, sino también la descentrali-

<sup>2</sup> Abre una puerta a una legislación autonómica en materia procesal, diferenciada de la legislación procesal común, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional español (núm. 47/2000, del 29 de marzo), que declara parcialmente constitucional la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia sobre el recurso de casación autonómico en materia de derecho foral civil gallego (Ley 11/1993, del 15 de julio), en aquellos aspectos en que las especialidades vienen exigidas por particularidades de derecho foral de la comunidad gallega, de conformidad con el propio artículo 149.1, 6a., inciso final, de la Constitución de 1978.

zación misma del Poder Judicial, en España único, en virtud de lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución española, pero no así en México, en donde, junto al Poder Judicial de la Federación (definido en los términos de los artículos 94 y siguientes de la Constitución de 1917), existen poderes judiciales en los estados federales, y, además del Código Federal de Procedimientos Penales (de 1934), podemos contar hasta treinta y un códigos de procedimientos estatales, amén del Código de Justicia Militar; una multiplicidad jurídica y política que, aun en cuestión en el momento actual, está vigente y marca diferencias sustanciales con el sistema procesal penal español.

Las anteriores no son, en términos generales, las únicas dificultades, pero sí posiblemente suficientemente indiciarias de las numerosas cuestiones que nos separan en lo que a la ordenación del proceso penal se refiere, a pesar de los sólidos vínculos de variada índole que nos unen. Ello, más que desaconsejar el estudio comparado, lo estimula, en el bien entendido de que sólo a través de él, a través del espejo que nos brindan las experiencias jurídicas de otras naciones, es posible estar en condiciones de hallar el camino para acometer las reformas que nos conduzcan a una tutela jurisdiccional del derecho penal realmente eficaz. Una senda cuyo recorrido no está inacabado ni en México ni en España, en donde la sombra de la reforma se cierne desde hace tiempo, ya sea para la unificación legislativa en materia procesal penal (en el caso mexicano), ya sea (en el español) para el *aggiornamento* del ordenamiento procesal penal, adecuando su articulación a las exigencias constitucionales (pues, recuérdese, la LECrim es anterior en casi un siglo a la Constitución española de 1978), y modernizando su contenido para dotar a los jueces y magistrados de instrumentos ágiles y eficaces para la persecución del delito; un objetivo manifestado ya en el punto 17 del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito en 2001 por los principales grupos parlamentarios españoles, aún pendiente de desarrollo.<sup>3</sup> Pasemos, pues, una vez concluido este preámbulo, a desarrollar el contenido de este estudio.

<sup>3</sup> Que dice: “17. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se elaborará una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que recoja la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que culmine el proceso de modernización de nuestras grandes leyes procesales. La nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal abordará:

a) La agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas.

## II. OBJETO Y FINALIDAD DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL: LA GARANTÍA PROCESAL Y MATERIAL EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL

La descripción del proceso penal español no puede ser deslindada del análisis, siquiera somero, de la finalidad que a través de él se persigue. En este sentido, sería injusto ignorar que el proceso penal, como rama derivada del tronco común, que es el proceso, participa de las notas esenciales que en términos generales definen a éste, presentes por demás en cada uno de los que se aplican en los diferentes órdenes jurisdiccionales, que en España son, junto con el penal, el civil, el contencioso administrativo y el social o laboral<sup>4</sup> (artículos 21 a 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ).

Sin salir de esta caracterización general, ante todo se debe reconocer en el proceso penal su condición instrumental de la jurisdicción penal, cualidad inmanente a todo proceso, del mismo modo que los procesos civil, contencioso administrativo y social lo son, respectivamente, de la función de los tribunales civiles, contencioso-administrativos o sociales. Pero este carácter no se predica sólo del proceso en relación con la jurisdicción, sino también, a través de la jurisdicción, del proceso con respecto a la parcela del derecho objetivo tutelado por cada juez o tribunal. El

b) La modificación de la regulación del ejercicio de la acción popular y la acusación particular.

c) Fortalecer la protección y defensa de las víctimas de delitos violentos en todos los procesos penales, incluido en el ámbito de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.

d) La reforma de la prisión provisional, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

e) La extensión de la doble instancia, de manera que en todos los procesos penales se asegure la revisibilidad de las condenas por un Tribunal Superior.

f) La delimitación precisa de los sujetos durante el proceso: imputado, acusado y condenado.

g) El establecimiento de los métodos de investigación y procedimentales apropiados para el enjuiciamiento de los delitos de nuevo cuño.

h) La adaptación de la regulación de los medios de prueba, en especial a los últimos avances tecnológicos.

i) La readaptación del sistema de jurado a la luz de la experiencia observada en su funcionamiento.

j) La delimitación precisa de los derechos del detenido, en línea con la Resolución 43/173, de 1 de diciembre de 1988, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas.

<sup>4</sup> A los que se debe añadir, como jurisdicción especial separada de la ordinaria, la jurisdicción militar, que se regula por la Ley Orgánica 4/1987, del 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar.

reconocimiento de la doble instrumentalidad del proceso facilita muy significativamente el esclarecimiento de los perfiles del proceso penal español, pues, en la medida en que es a través de él como se contribuye a definir o a hacer real y efectiva una parte del ordenamiento jurídico, una norma concreta o un grupo determinado de normas, su mayor eficacia se condiciona a su mejor adecuación a los perfiles, objetivos y fines de ese conjunto de normas y principios que conforman el derecho penal sustantivo. Y ello porque el proceso no interviene en el mundo jurídico como una realidad impermeable a las características propias del derecho tutelado, sino que, precisamente para el pleno cumplimiento de sus fines en el caso concreto, es construido en la ley con arreglo a los fines esenciales de justicia, pero, a la vez, con observancia de esas peculiaridades definitorias de la rama del derecho a cuya realización se aplica.

En definitiva, el proceso penal no deja de ser un espejo en el que se proyecta, en toda su dimensión, el derecho material penal y, de forma mediata, el instrumento que garantiza la efectividad de la política de seguridad de un Estado, que asume, entre sus funciones esenciales y en régimen de exclusividad, el monopolio del uso de la violencia para la persecución del delito. Ésa es la razón por la cual la exposición sobre el objeto y finalidad del proceso penal español no puede deslindarse fácilmente de la mención del objeto y fines propios del derecho penal en un Estado moderno como el español; fines que esencialmente se concretan en el ejercicio del *ius puniendi*, esto es, del derecho del Estado a perseguir y, en su caso, castigar con una pena aquellas conductas que, por su especial reproche social, merecen ser tipificadas en la ley como delitos o faltas, así como a sus autores y partícipes.<sup>5</sup>

La relación entre el proceso penal y el derecho penal sustantivo presenta características que lo singularizan con respecto a la que existe entre otros tipos procesales y el derecho que en ellos se tutela. Esta singularidad se define por lo que podríamos denominar *principio de necesidad* de la jurisdicción y del proceso penal, en virtud del papel protagonista que corresponde a los órganos jurisdiccionales penales en la efectiva aplicación del derecho penal. En efecto, a diferencia de lo que acontece en

<sup>5</sup> Véase, sobre el particular, Gómez Orbaneja y Herce Quemada, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1987, pp. 11-14. También, Quintero Olivares, *La represión penal y Estado de derecho*, Barcelona, 1976, y Armenta Deu, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.



otras parcelas del ordenamiento jurídico, la aplicación del derecho penal sólo es concebible por medio y a través de los órganos jurisdiccionales, y toda vez que la decisión judicial, en cualquier orden, requiere necesariamente de un proceso (pues, como recordaba Miguel Fenech, el único que puede juzgar sin proceder es Dios), la aplicación del derecho penal está sujeta necesariamente a la observancia de una doble garantía (jurisdiccional y procesal) (*nullum crimen, nula poena sine iudicio*), que se suma a la denominada garantía material del derecho penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).<sup>6</sup>

Ese carácter necesario del proceso no se advierte, salvo caso excepcional, en la actividad de tutela jurisdiccional de otras ramas del ordenamiento. En lo que se refiere al derecho privado, la intervención de los órganos jurisdiccionales se contempla, en virtud de la primacía de la espontaneidad y de la libertad del individuo en la creación de las relaciones jurídicas, como un *alterius*: el juez entra en juego en caso de que la voluntad de los hombres haya sido insuficiente para obtener el efecto jurídico deseado, cuando las partes no se ponen privadamente de acuerdo sobre la existencia o inexistencia, extensión, contenido, límites de los derechos, o cuando no cumplen con las obligaciones que se derivan de la ley o de su voluntad libremente manifestada:<sup>7</sup> en estos supuestos, el papel de la jurisdicción se contempla como un remedio último para la paz jurídica, ante la incapacidad de obtenerla a través de la espontánea actuación del derecho por los individuos afectados. Por lo que se refiere a otras parcelas del derecho público diferentes del derecho penal (por ejemplo, el derecho administrativo: expropiación forzosa, régimen sancionador tributario, etcétera), la ley atribuye al propio Estado, normalmente, la facultad de llevar a cabo sus propias pretensiones, sin necesidad de la intervención del juez, cuya entrada en acción sólo se produce, usualmente, por vía de control de la actuación administrativa, en caso de

<sup>6</sup> Quien mejor expone las relaciones entre derecho penal y derecho procesal y las exigencias en el proceso penal español de los principios de necesidad y legalidad es Gómez Orbaneja, en su obra inacabada *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, Barcelona, 1947, pp. 26 y ss.

<sup>7</sup> Sólo en casos particulares la intervención del juez civil se requiere de forma necesaria para la creación, modificación de un estado jurídico, imposible de obtener a través de la sola voluntad privada de las partes: es el caso de determinados hechos que, de producirse, dan lugar al nacimiento de un derecho a acudir al juez para obtener ese efecto jurídico: en el derecho español, por ejemplo, el divorcio, la declaración de incapacidad o de la filiación.



que los afectados discutan la legalidad de la concreta conducta de la administración o la disposición general en que se basa dicha conducta. Las propias características del derecho penal y su singular gravedad para el individuo sobre el que se proyecta su actuación, así como sus consecuencias, llevaron al legislador a extraer al derecho penal del régimen general de aplicación del derecho público, de suerte que no fuera suficiente con la convicción del funcionario encargado de perseguir el delito de que los hechos punibles eran ciertos e imputables a una determinada persona, sino que la decisión última sobre la procedencia de aplicar el *ius puniendi* se reservara a la jurisdicción, garantía que hace necesario, además, al proceso, como cauce para poner a la jurisdicción penal en la posición adecuada para conocer los hechos, calificarlos jurídicamente y determinar la identidad y grado de participación en los mismos del sospechoso. En resumidas cuentas, el derecho penal, a salvo de las excepciones expuestas del derecho civil, es la única rama del derecho sustantivo para cuya actuación es preceptiva la intervención de la jurisdicción en proceso contencioso, sin que ni los particulares ni la administración dispongan de capacidad para su aplicación eficaz autónomamente de los juzgados y tribunales penales. Sin jurisdicción (ni proceso) penal no sería posible, en los Estados modernos, la persecución de los hechos con apariencia delictiva con garantía de las más elementales exigencias de justicia.<sup>8</sup>

La necesidad de la jurisdicción y del proceso penal se enuncia, dentro del ordenamiento español, en el artículo 1 de la LECrim: “No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”. Con esta norma, que hace al proceso penal irrenunciable y que entronca directamente con el principio de legalidad, al que más adelante nos referimos, se pretende principalmente establecer garantías contra la aplicación de la autotutela, tanto en su versión privada como en la administrativa, en la comprensión de que sólo por medio de la jurisdicción se garantiza formalmente la aplicación justa y equitativa del derecho penal, con respeto de los adecuados equilibrios entre los

<sup>8</sup> Con más extensión, véase Prieto-Castro Ferrándiz y Gutiérrez de Cabiedes, *Derecho procesal penal*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1989, p. 82; también, Montero Aroca, *Principios del proceso penal (una explicación basada en la razón)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 15-27.

intereses que confluyen en él, desde el público a castigar al delincuente hasta los derechos del delincuente a ejercer su defensa en condiciones de plenitud e igualdad, como exigen los más elementales postulados del Estado de derecho. En efecto, la justicia privada proporciona una reacción más rápida contra el hecho punible, pero el hecho de reconocer a la víctima o a los miembros de su grupo el poder de actuar contra el presunto autor de los hechos convierte esta fórmula en esencialmente contraria a las más elementales exigencias de imparcialidad, algo que en el ordenamiento español está proscrito y sancionado penalmente (delito de realización arbitraria del propio derecho, tipificado en el artículo 455 del Código penal español), y que conduce a la negación efectiva de la propia jurisdicción. Por cuanto a la autotutela administrativa respecta, la privación a la administración del derecho a sancionar en el orden penal<sup>9</sup> (lo que teóricamente es posible, al integrarse la persecución del delito dentro de los fines propios del Estado), algo que sí puede hacer en la esfera disciplinaria administrativa, se explica por la necesidad de evitar el riesgo en su extralimitación, en un ámbito que habitualmente afecta a los derechos fundamentales del sujeto pasivo del proceso y, de forma singular, a su libertad: he ahí expuesta, sintéticamente, la razón de ser de la exclusividad de la jurisdicción penal en el ejercicio del *ius puniendi*, que en el caso del derecho español se extiende a la averiguación del hecho presuntamente delictivo, así como, en su caso, a la identificación del delincuente y determinación de su grado de participación en el hecho y, por último, a la imposición de la pena prevista en la ley, tratando de conciliar el doble interés público presente: el de que todo delincuente sea castigado y del de que las personas que no hayan cometido el hecho o no se haya acreditado su participación no sufran ninguna pena. Postulados elementales de todo Estado civilizado que, en caso español, están garantizados, y cuya articulación se produce en los términos expuestos en las páginas que siguen.

Ahora bien, el cumplimiento, a través del proceso, de los fines de persecución de la delincuencia que se insertan en la esfera competencial del Estado no se puede obtener a cualquier precio, cuando de un Estado de derecho se trata. La aplicación del derecho penal se encuentra siempre en

<sup>9</sup> Algo que adquiere rango de derecho fundamental en el artículo 25.3 de nuestra carta magna: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

una situación de difícil equilibrio entre las necesidades de eficacia de la política criminal y, a la par, de respeto a las garantías formales de justicia que merece, principal pero no exclusivamente, el sujeto pasivo del proceso: ese tenue filo que marca el camino a continuar por el proceso penal es ciertamente angosto, y somete a quien lo sigue a tensiones no fáciles de salvar, como en el caso español acreditan los vaivenes de la historia, a lo largo de la cual se han sucedido momentos de *hipergarantismo* con otros en donde sobre todo ha primado (normalmente en virtud de la presión social) un interés de eficacia en la actuación del Estado. Aceptando esa dificultad, el proceso penal debe reconocerse siempre como un sistema de garantías que proyecte, en el seno de la persecución del delito, los avances que para nuestra civilización ha supuesto el Estado de derecho. Algo que, para el caso español, sostiene la Exposición de Motivos de la LECrim, una de las piezas de la literatura jurídica española más celebradas: “Lo que hay que examinar”, dicen las palabras de Manuel Alonso Martínez, ministro de Gracia y Justicia responsable de la Ley y redactor de su Exposición de Motivos,

es si el adjunto proyecto de Código remedia, si no todos, al menos los más capitales defectos de que adolece la vigente organización de la justicia criminal. Es preciso, en primer término, sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cuál más importante: uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro, que la pena siga de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad.

Aquí están, quintaesenciados y desde la voz del propio legislador (en un derecho esencialmente legal como es el procesal), los fines del proceso penal en España. Unos fines que, por otra parte, suelen ser reflejo del modelo de Estado, toda vez que en la política criminal se traslucen, con especial intensidad, los rasgos esenciales del sistema de poder imperante, y a través de ella se da cuenta, con singular virtualidad, de hasta qué punto son ciertos postulados solemnemente proclamados en las Constituciones. La LECrim hizo real en el derecho español, con mayor intensidad que otros productos legislativos, muchos de los fundamentos esen-

ciales del Estado de derecho, a partir de la aceptación de que el ejercicio de la función pública de perseguir el delito no se puede realizar sin condiciones en una nación civilizada. Coherentemente con este argumento, puede decirse que, con el sistema de derechos y garantías que la LECrim articula en España (posteriormente actualizado e interpretado a la luz de los preceptos de la Constitución de 1978) se dio el más firme paso hacia el establecimiento real de un Estado de derecho. Sin ese sistema de garantías, es difícil concebir, en España o en cualquier otro Estado, la existencia del Estado de derecho mismo.

### III. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL: JURÍDICO-NATURALES Y JURÍDICO-TÉCNICOS

#### 1. *Introducción*

Como creación artificial que es, el proceso jurisdiccional no es una realidad espontánea, sino el fruto de la reflexión del hombre puesta al servicio del cumplimiento de unos determinados fines, y, precisamente por ello, como cualquier otra obra humana, responde, en la medida en que quiera alcanzar sus objetivos, a un proyecto previo. Ahora bien, los fines propios del proceso sólo son alcanzables en la medida en que ese proyecto se elabore sobre la base del respeto una serie de criterios fundamentales y radicales sin atención a los cuales no sería posible obtenerlos. A esos criterios elementales de derecho que presiden toda la articulación legal del proceso, como instrumento esencial de la función jurisdiccional, los denominamos principios del proceso.

Siguiendo la ordenación tradicional<sup>10</sup> en materia procesal, podemos distinguir dos clases de principios: aquellos a cuyo través se pretende garantizar radicalmente la justicia del fallo, a los que denominamos principios *naturales*, que pertenecen a la esfera de los principios generales del derecho, y aquellos que buscan la más perfecta adecuación del proceso a las características del derecho tutelado en cada caso (principios *jurídico-técnicos*). Por su propia naturaleza, los primeros están presentes en todo tipo de proceso, mientras que la concurrencia de los segundos, au-

<sup>10</sup> De la Oliva (con Fernández López), *Derecho procesal civil*, Madrid, Ceura, 1995, I, p. 135.

ténticos criterios que condicionan al proceso en virtud del interés jurídico que en él se tutela, depende de la naturaleza del derecho sustantivo sobre el que ha de versar la decisión jurisdiccional. Los principios jurídico-naturales son el principio de *audiencia* y el principio de *igualdad*, mientras que los principios jurídico-técnicos son los principios *dispositivo* (y de *aportación de parte*) y de *oficialidad*.

En materia de principios, en el proceso penal español rigen los de audiencia, igualdad y, en virtud del interés público existente en la persecución del delito, el principio jurídico-técnico de oficialidad. Los dos primeros son criterios elementales de justicia material, en cuya virtud, según la fórmula clásica, nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, por un lado, y, por otro, las partes deben disponer de medios y oportunidades de defensa en condiciones de igualdad. En la esfera procesal penal presentan algunos perfiles particulares: la consideración a la propia finalidad del derecho penal y de las graves consecuencias que puede deparar para el sujeto pasivo del proceso ha llevado al legislador a reforzar su garantía o a matizarla en distintas actuaciones del proceso, marcando una clara diferencia con su incidencia en otros tipos procesales, como el civil o el contencioso administrativo.

## 2. Principio de audiencia

El principio de audiencia, que no es otra cosa que una manifestación del derecho de defensa (constitucionalmente consagrado en el seno del artículo 24.1 de la Constitución de 1978),<sup>11</sup> se garantiza formalmente en la ley con la mera puesta a disposición del acusado de momentos para la plena alegación y prueba, oral o escrita, de los hechos que interesen a su posición procesal, de los cuales puede potestativamente hacer uso efectivo o no. El acusado (que tiene derecho a guardar silencio, a no declararse culpable —ex artículo 24.2 de la Constitución— e incluso, si lo estima beneficioso para su defensa, a conformarse con la acusación más grave formulada contra él) no tiene, pues, el deber de defenderse, pero ello no

<sup>11</sup> “Todos tienen derecho a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”. Sobre la cuestión, véase Serrano Hoyo, *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Granada, 1999. También, Almagro Nosete, “La prohibición constitucional de indefensión”, *Poder Judicial*, núm. VI, 1989, especial, pp. 231-243. En general, sobre los derechos de la parte pasiva en el proceso penal, véase Muñoz Rojas, *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, 1978.

es contrario al principio, que cuenta con ciertas manifestaciones singulares en el proceso penal que refuerzan su grado de exigencia con respecto a otros tipos de tutela jurisdiccional. Posiblemente la principal de ellas es la necesidad de su presencia física en el acto del juicio oral: el acusado ha de asistir, como regla, al acto del juicio, lo que de no producirse provoca su suspensión (artículo 841 de la LECrim), a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el que el enjuiciamiento del demandado es posible con independencia de su presencia o no en acto del juicio oral, y también de que se haya constituido o no formalmente como parte del proceso, sin que el enjuiciamiento *en rebeldía* (que es como técnicamente se denomina en el derecho español a este último supuesto) predetermine la estimación o desestimación de la demanda, pues tan sólo implica la disminución de las expectativas de vencimiento del demandado rebelde en el proceso. En otras palabras, si en el proceso civil la personación del demandado es una carga, de la que libremente usa su titular (soportando con idéntica libertad las consecuencias desfavorables derivadas de su autonomía de la voluntad), la presencia del acusado en el juicio penal, como garantía reforzada de su derecho de defensa (dada la gravedad que implica una eventual condena para los derechos del reo) es un deber que, amén de condición para la prosecución del juicio, justifica la adopción de medidas coactivas por parte de la autoridad para su puesta a disposición judicial.<sup>12</sup>

Esta regla de necesidad de presencia del acusado en el acto del juicio cuenta, en el ordenamiento procesal penal español, con excepciones que la flexibilizan: así, en el procedimiento abreviado (como se dirá, uno de los procesos penales ordinarios en el sistema español), cuando el acusado haya sido notificado personalmente de su celebración, considere el juez, a solicitud de cualquiera de las partes acusadoras y previa audiencia de la defensa, que hay elementos suficientes para el enjuiciamiento, y siempre que la pena solicitada no sea superior a dos años de privación de libertad o a seis años para cualquier pena de otra naturaleza (artículo 786.1, pár. 2, LECrim), el juicio oral podrá celebrarse y concluir la instancia con sentencia condenatoria o absolutoria. Esta medida excepcional no niega cierta claudicación del Estado ante la seria dificultad de poner a disposición judicial a todos y cada unos de los presuntos delincuentes por delitos menores, con el consiguiente efecto paralizador que

<sup>12</sup> Véase Gómez Orbaneja y Herce, *Derecho procesal penal*, cit., p. 392.

ello supondría, en esos casos, para la justicia penal, y afecta, por la cantidad de pena a la que en abstracto se refiere, al enjuiciamiento de la mayoría de los delitos menos graves y a las faltas.<sup>13</sup>

Lo que es irrenunciable en el proceso penal español, desde el punto de vista del principio de audiencia, es la presencia en el acto del juicio de un abogado defensor, incluso en los supuestos en que se permite el enjuiciamiento en ausencia del acusado. La parte pasiva tiene el deber de designar un abogado que se haga cargo de su defensa, y, en caso de que no lo haga, el tribunal ordenará la designación de un letrado del turno de oficio que se haga cargo de ella, a costa del acusado (artículos 652, párr. 2, y 791 de la LECrim), incluso en caso de ausencia de este.<sup>14</sup> Vinculada al principio de audiencia la necesidad de correlación entre acusación y sentencia en el proceso penal: en el proceso civil, el deber de congruencia de la sentencia es expresión del principio dispositivo, toda vez que al pertenecer los derechos ejercitados a las partes, éstas tienen plena soberanía para delimitar los confines de la decisión del juez, límites que éste no puede rebasar; en el proceso penal, por el contrario, y al margen de que esa limitación a la función del juez se inserte también en la esfera del sistema acusatorio (*nemo iudex, nemo iudicio sine actore*), el deber de correlación no se deriva de una inexistente titularidad del *ius puniendi* por parte de los acusadores (derecho que, por su naturaleza, trasciende la

<sup>13</sup> Las consecuencias que una condena en ausencia por delito deparan para el condenado se compensan en la LECrim con el establecimiento de un cauce para obtener la anulación de la sentencia a instancias del condenado, una vez que aparezca y se le notifique la sentencia (y siempre que la pena no haya prescrito): notificada la sentencia, dispone el condenado de diez días para interponer recurso de anulación, que se tramitará por los cauces del recurso de apelación y se resolverá por la Audiencia que corresponda (artículo 793, LECrim). Sobre el particular, véase Garberí Llobregat, *La ausencia del acusado en el proceso penal. Especial referencia al proceso penal abreviado* (L. O. 7/1988, del 28 de diciembre), Madrid, 1992; Ortells Ramos, “La ausencia del imputado en el proceso penal. Consideración especial de la incomparecencia”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, núms. 2-3, 1978, pp. 423-492; o Lorca Navarrete, *El proceso penal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (una propuesta para preterir el modelo inquisitivo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*, Madrid, 1997, p. 173. En el caso español, la ausencia del imputado ha sido justificante para que el Tribunal Constitucional declarase inconstitucional la extradición de determinados sujetos a Italia, por haber sido allí condenados en ausencia. Sobre el particular, véase Torres Muro, “Enseñar al que ya sabe. Las extradiciones ante el Tribunal Constitucional (comentario a la S.T.C. 91/2000)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 10, 2000, pp. 15-40.

<sup>14</sup> Véase Gómez Colomer, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, 1988.



esfera individual de personalidad del sujeto), sino de la necesidad de evitar que la sentencia condene sobre la base de hechos o imputaciones frente a las que el condenado no pudo, en el proceso, defenderse.<sup>15</sup>

Las expuestas son dos meras muestras de la singular incidencia del principio de audiencia en el proceso penal, pero no las únicas. Lo es también, por ejemplo, entre otras muchas manifestaciones, el derecho a la autodefensa del acusado, que reconoce el artículo 739, pár. 1, de la LECrim: por tal se entiende su potestad para, una vez terminadas la acusación y la defensa y antes de declarar concluso el juicio, tomar la palabra con el fin de decir aquello que, sin ofender a la moral ni faltar al respeto del tribunal, le convenga a su derecho.

### 3. Principio de igualdad

El principio de igualdad, por su parte, tiene también una estrecha vinculación con el principio de audiencia, toda vez que la infracción de este último constituye el más grave quebrantamiento de la igualdad de armas en el proceso. Al mismo tiempo, presenta una innegable cercanía con la forma contradictoria, pues la mayor garantía de equilibrio procesal de unas partes que disponen de igualdad de oportunidades de acusación y defensa, y equidistantes a todos los efectos, del tribunal sentenciador es, precisamente, asegurar su igualdad formal en el proceso. Sea cual sea el orden jurisdiccional de que se trate, el principio de igualdad se traduce en la necesidad de otorgar a cada parte la oportunidad de formular alegaciones o de oponerse a cualquier posibilidad de actuación equivalente de la contraria, con carácter previo a una decisión jurisdiccional.

Su articulación en el proceso penal español presenta, sin embargo, algunas notas singulares que atenúan sus perfiles, en aras de evitar que su

<sup>15</sup> Véase, sobre el particular, Gutiérrez de Cabiedes, “La correlación entre acusación y sentencia”, *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, pp. 509-538; Ortells Ramos, “Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales”, *Justicia*, 1991, III, pp. 529-550, y “Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia”, *Justicia*, 1991, IV, pp. 775-798; Serra Domínguez, “Incongruencia civil y penal”, *Revista de Derecho Procesal*, 1965, 1, pp. 97-156; Tapia Fernández, “La incongruencia penal por *ultra petita*: un estudio jurisprudencial”, *Revista General de Derecho*, 1991, núm. 558, pp. 1095-1127, y Viada López-Puigcerver, “La correlación entre acusación y sentencia”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, núm. 2, 1959, pp. 421-444.

estricta observancia en determinados momentos del *iter* procedimental pueda frustrar la finalidad misma del proceso. Esa atenuación se produce en la fase preparatoria del juicio oral, que en España es, como más adelante se señala, plenamente jurisdiccional<sup>16</sup> (a diferencia de lo que acontece en el sistema mexicano), y que recibe, según los casos, diferentes denominaciones: fase de diligencias previas (en el procedimiento abreviado), de sumario (en el procedimiento ordinario por delitos graves) o, genéricamente, fase de instrucción. Ese teórico desequilibrio formal entre las partes acusadoras y el imputado durante la instrucción tiene como fin compensar la probable posición de ventaja que adquiere el delincuente frente a la sociedad a la hora de cometer el hecho; ése es el motivo por el cual algunas diligencias de investigación pueden acordarse sin audiencia previa del sospechoso (evitándose así que, por conducta fraudulenta, éste pueda frustrar el buen fin de la investigación; por ejemplo, eliminando el cuerpo o los elementos del delito), lo mismo que ciertas medidas cautelares (particularmente la detención y, en ciertas condiciones, la prisión provisional). En aras del interés de la investigación criminal es posible también decretar el secreto de determinadas diligencias sumariales, que operará para todos los sujetos del proceso, con excepción del juez y del acusador público (el Ministerio Fiscal, equivalente al mexicano Ministerio Público), en la forma prevista en el artículo 302, pár. 2, de la LECrim.

Esta ocasional desventaja que puede sufrir el sospechoso durante determinadas actuaciones en la fase de instrucción no vulnera, en una apreciación global del proceso penal, las exigencias del principio de igualdad, habida cuenta que, en realidad, la instrucción no es la fase decisoria del proceso, sino que lo es la denominada fase de juicio oral o *de plenario*. Para comprender perfectamente el sistema procesal penal español es preciso considerar que en él la decisión del tribunal penal sentenciador se obtiene sólo sobre los elementos alegatorios y probatorios incorporados y en virtud de las peticiones formuladas en el acto del juicio, en donde, ya con plenitud de actividad alegatoria y probatoria y pleno respeto al principio de igualdad, se juzgará al presunto autor del hecho punible; coherentemente con este esquema, lo actuado durante la instrucción tiene un fin preparatorio del *plenario*, a través del acopio de materiales que

<sup>16</sup> En este mismo sentido, Gómez Colomer (con Montero, Montón y Barona), *Derecho jurisdiccional III, proceso penal*, 11a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 119.

permiten, primero, averiguar y calificar el hecho, después, asegurar la concurrencia de indicios de criminalidad que eviten someter al sospechoso a la denominada “pena de banquillo” (esto es, a la carga de someterse directamente a un tribunal penal en juicio aun careciendo de fundamento para sostener con expectativas de éxito la acusación formulada contra él) y, en último término, garantizar la presencia del reo ante el órgano sentenciador. Ése es el motivo por el cual los materiales obtenidos durante la instrucción sólo excepcionalmente pueden ser empleados como prueba de cargo en la fase decisoria del proceso,<sup>17</sup> y en esos contados casos se requiere, como condición *sine qua non*, que durante su obtención se hubieran observado las debidas garantías de contradicción procesal (por ejemplo, las declaraciones de testigos que no pueden reproducir su testimonio en el juicio) o que la contradicción se produzca, *ex post facto*, en el acto del juicio (por ejemplo, de los análisis periciales sobre sustancias obtenidas del cuerpo del delito).

Pese a la singularidad expuesta, no se debe ignorar que en las últimas décadas, sobre todo desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, han sido grandes los avances en la búsqueda de un mayor equilibrio de las partes durante el desarrollo de la fase de instrucción. Entre ellas son de destacar, entre otros muchos, el reconocimiento del derecho del sospechoso a disfrutar de asistencia letrada desde el momento mismo en que se desprenda una imputación contra él del hecho punible (artículo 118 de la LECrim, según redacción dada por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre),<sup>18</sup> aunque no esté sometido aún a medida cautelar alguna: este derecho hasta entonces sólo se le reconocía una vez pronunciado el denominado *auto de procesamiento* (artículo 384, LECrim), resolución que se dicta en el procedimiento ordinario por delitos graves cuando, en opinión del juez, las sospechas se elevan, según el resultado de las investigaciones y diligencias sumariales, a la condición de indicios racionales de criminalidad, y de *sospechoso* el presunto autor pasa a condición de *procesado*, en virtud de un juicio razonado que eleva de posible a proba-

<sup>17</sup> Véase, sobre este particular, Asencio Mellado, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989.

<sup>18</sup> Sobre el asunto, véase Gimeno Sendra, “Algunas sugerencias de reforma de la reforma para una nueva ordenación de la defensa en la instrucción”, *Revista General de Derecho*, núm. 426, 1982, pp. 186-203; Asencio Mellado, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1991; Vergé Grau, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994.

ble su participación en el hecho; el auto de procesamiento se dicta usualmente en un momento de la instrucción cercano ya a su conclusión, lo cual motivaba que durante largas fases de la investigación previa aquel sospechoso que no contaba con la consideración formal de procesado no mereciera, por tanto, el *status* procesal de parte, ni dispusiera de asistencia letrada, ya fuera para que le auxiliase en sus declaraciones, ya fuera para impugnar las resoluciones judiciales que le perjudicasen o para solicitar la práctica de cualesquiera diligencias de investigación. A favor del respeto a las exigencias del principio de igualdad se dirige también el deber de audiencia de las partes, en condiciones de igualdad, previa a la adopción de la prisión provisional (artículos 505 y 798, LECrim), que se introdujo para todos los procesos penales en la LECrim en la Ley 5/1995, del Tribunal del Jurado. En otras ocasiones ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha exigido que se dé audiencia al imputado en determinados momentos de la instrucción, aun no estando expresamente previsto en la ley (véase, por ejemplo, la sentencia 66/1989, con referencia a la ausencia de trámite de audiencia para el imputado antes del auto de conclusión del sumario).

#### 4. Principio de oficialidad

El principio jurídico-técnico que inspira el proceso penal es, como se ha puesto de manifiesto, el principio de oficialidad. Bajo ese nombre se engloban una serie de criterios de utilidad destinados a ordenar el proceso penal lo más perfectamente posible a las características propias del derecho penal sustantivo y del interés público en él predominante (como venimos diciendo, el *ius puniendi* del Estado). Ese interés público es lo que justifica, por ejemplo, que en el proceso penal, como regla,<sup>19</sup> sea preceptiva la presencia de una parte pública, que además de garantizar la contradicción formal y la imparcialidad del juez asuma, en su función de defensor de la legalidad pública, tareas inspectoras de la instrucción penal

<sup>19</sup> La excepción se produce en los denominados delitos privados, residuales en el ordenamiento español (delitos de injurias y calumnias: artículos 205 a 216 del Código Penal), y en las faltas perseguibles a instancia de parte. Sobre estos procesos véase Martínez Pereda, *El proceso por delito privado*, Barcelona, 1978; Ibáñez López-Pozas, *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*, Madrid, 1993, y Muerza Esparza, “Algunas consideraciones procesales sobre los delitos de injuria y calumnia en el Código penal”, *Tribunales de Justicia*, núm. 1, 1998, pp. 21-30.

(artículo 306, LECrim), así como el deber de acusar, en caso de que existan razones para ello, como el de apreciar las circunstancias favorables al reo, en su caso (en conformidad con el artículo 2 de la LECrim): me refiero al Ministerio Fiscal, cuya intervención no es factible en los procesos que se rigen por el principio dispositivo, en los que sólo está en juego el interés privado de los litigantes.

En virtud de ese mismo interés público, el proceso penal se inicia de oficio, por resolución del juez, previa apreciación de los hechos denunciados, con independencia de que la *notitia criminis* se obtuviera a través de atestado policial, del Ministerio fiscal o por medio de denuncia o querrela de particular.<sup>20</sup> Esto marca también diferencias con el proceso civil, en donde es la demanda la que, salvo caso excepcional, desencadena el comienzo del proceso, siempre que se respeten determinados requisitos formales y sin necesidad de que el juez, en la mayoría de los casos, deba efectuar un juicio de probabilidad previo sobre el grado de certeza de la pretensión ejercitada, que opere como filtro de admisibilidad de la demanda. Tampoco ostentan las partes materiales del hecho punible (presunto autor y víctima, como imputado o acusador, respectivamente), en virtud del principio de oficialidad, la exclusiva responsabilidad en la aportación de hechos, como ocurre en los procesos que se inspiran en el principio dispositivo o de aportación de parte: la policía judicial (artículo 282, LECrim) o el Ministerio Fiscal (artículo 287, LECrim) no sólo pueden realizar u ordenar actuaciones de oficio dirigidas a la averiguación de los hechos, sino que son quienes soportan el grueso de la investigación de los hechos, en donde no es preceptiva la intervención activa de la víctima del delito. El juez también puede acordar, de oficio, la práctica de diligencias de averiguación sumariales e, incluso, en la fase de juicio, de medios de prueba que no han sido solicitados por las partes, en los casos y condiciones que establece la ley (artículo 729, LECrim).<sup>21</sup>

Estas particularidades referentes a la averiguación de los hechos se derivan del imperio en el proceso penal de la denominada verdad *material*, por contraposición a la verdad *formal*, de los hechos: la verdad material es la verdad de los hechos tal y como ocurrieron, con independencia de

<sup>20</sup> Nieva Fenoll, *La incoación de oficio de la instrucción penal*, Barcelona, 2001.

<sup>21</sup> Gallego Morell, "Reflexiones sobre la función del juez en el proceso penal", *Estudios en homenaje al prof. Prieto-Castro*, I, Madrid, 1979, pp. 409-434; Picó i Junoy, "El juez penal y su iniciativa probatoria: reconsideración de una errónea doctrina jurisprudencial", *La Ley*, núm. 4898, 1999.

lo relatado por las partes como cierto (verdad formal).<sup>22</sup> Nos encontramos aquí con una diferencia radical entre el proceso penal y, por ejemplo, el proceso civil español, que no se debe al capricho del legislador, sino a la incorporación a la ley de una máxima de la experiencia según la cual en la esfera jurídico-privada o patrimonial nadie reconoce como verdadero un hecho que le perjudica si no es efectivamente cierto, mientras que en el ámbito penal es factible el reconocimiento del hecho perjudicial, aun no ajustándose el mismo a la verdad, por diversas razones (encubrimiento de un tercero, evitación de una condena por delito más grave, notoriedad pública, etcétera); en el proceso civil, pues, la verdad contada normalmente coincide con la verdad real (principio de normalidad o *id quod plaerumque accidit*); en el proceso penal, puede no ser así, de ahí que el interés público de que el derecho penal se aplique al autor del hecho delictivo y sobre hechos realmente existentes, evitando, conforme a la fórmula clásica de Beccaria, la condena del inocente,<sup>23</sup> exija la averiguación de la realidad tal y como ocurrió, con independencia de lo narrado por los implicados en los hechos o por los testigos.

En último término, el principio de oficialidad afecta al poder de disposición de las partes sobre el proceso penal o su objeto. El derecho que se ejercita a través del proceso penal es de condición y titularidad pública, lo que impide reconocer a un sujeto, individualmente, un poder de disposición sobre aquello que no se tiene exclusiva soberanía,<sup>24</sup> de manera que ni la renuncia del acusador particular vincula al juez ni al Ministerio Fiscal a la hora de sostener la suya, ni tampoco opera el perdón del ofendido, salvo en los casos de los delitos privados (por ejemplo, injurias o calumnias: artículo 215.3 del Código Penal). No surte eficacia tampoco el desistimiento, ni el allanamiento, con perfiles simétricos a los del proceso civil, siempre que se trate de delitos públicos. Siendo cierto esto último, no se puede ocultar que en el proceso penal español se pueden alcanzar resultados parecidos a los de la renuncia y el allanamiento, aunque no a través de la renuncia ni del allanamiento ni como conse-

<sup>22</sup> Sobre la verdad en el proceso penal, véase Gössel, “La búsqueda de la verdad en el proceso penal: aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales”, *Cuadernos de Política Criminal*, 45, 1991, pp. 673-693.

<sup>23</sup> Recordamos: “Vale más la absolución de un culpable que la condena de un inocente”.

<sup>24</sup> De la Oliva Santos (con Aragonese, Hinojosa, Muerza y Tomé), *Derecho procesal penal*, 5a. ed., Madrid, 2002, pp. 2121 y ss.; Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1887, pp. 46-48.

cuencia del reconocimiento de un inexistente poder de disposición de las partes sobre la *materia decidendi* en el proceso penal. Es posible, así, que ninguna de las partes acusadoras formule una acusación contra el acusado, lo que puede deparar una sentencia absolutoria o resolución equivalente a su favor.

*Prima facie*, podría entenderse que la resolución resultante de la falta de acusación es fruto de una suerte de vinculación del juez por el ejercicio de facultades dispositivas de las partes acusadoras, pero en realidad no es tal, sino una consecuencia formal del sistema acusatorio, en virtud del cual no puede haber condena sin previa acusación. La falta de acusación en el proceso penal no puede ser consecuencia de un acto de disposición de las partes; cuando el Ministerio Fiscal no acusa, no es expresión de ningún poder que le permita derogar la aplicación del derecho penal al caso, sino del principio de legalidad, esto es, consecuencia de la imposibilidad de acusar al imputado, una vez apreciados y examinados los hechos (por inexistencia de los mismos, atipicidad o inexistencia de indicios racionales de criminalidad).

La ausencia de acusación por la víctima del delito (que en el proceso penal español puede, como regla, constituirse en parte acusadora) puede deberse a diferentes razones, principalmente al hecho de confiar el ejercicio de la acción penal al Ministerio Fiscal, pero no se puede atribuir a motivación dispositiva alguna con vinculación jurídica para el juez, incluso en el supuesto de que lo que mueva internamente al acusador particular sea su voluntad de perdonar al presunto autor del hecho; la falta de acusación solamente tiene como consecuencia, para el acusador particular, su renuncia sin más a constituirse en parte acusadora; pero ello, por sí solo, es insuficiente para detener la marcha del proceso, toda vez que el interés público presente en el proceso penal exige del Ministerio Fiscal la investigación del hecho y, según el resultado de la investigación, el ejercicio de la acción penal.<sup>25</sup> Efectos parecidos a los del allanamiento se obtienen a través de la conformidad del acusado con la pena más grave formulada contra él; como más adelante se indica (y como se expone en otra de las ponencias, específicamente dedicada a dicha cuestión), la conformidad no es más que una medida dirigida a agilizar el curso del proceso gracias a una renuncia del acusado a los medios de defensa, pero

<sup>25</sup> Sobre el fundamento del ejercicio de la acción penal por la víctima, véase Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cit.*, vol. II, pp. 244 y ss.



no produce un efecto vinculante al juez equivalente a la del allanamiento, que mantiene cierto margen de apreciación discrecional de los hechos antes de imponer la condena por la pena conformada.

5. *Apunte sobre los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal; matizaciones al principio de oficialidad en España*

En íntima conexión con el principio de oficialidad se encuentra el principio de legalidad. El principio de legalidad se concibe a priori como una garantía para el ciudadano, que consiste en la imposibilidad de ser objeto de persecución y condena penal si no es por hechos tipificados en la ley, así como en la prohibición de toda pena que no sea la expresamente atribuida por la ley al hecho delictivo, una vez declarada la culpabilidad del reo; a esta vertiente del principio de legalidad se refiere el artículo 25 de la Constitución española, en cuya virtud “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

Sin salir de la esfera penal, el principio de legalidad puede, no obstante, ser observado desde otros puntos de vista, tal y como hemos puesto ya de manifiesto; una de sus concreciones más importantes es el deber del Ministerio Fiscal, en virtud del interés público presente en la persecución y castigo de toda conducta delictiva, de incoar la acción penal siempre que aprecie la concurrencia de una conducta subsumible en cualquiera de los tipos de Código Penal y, en su caso, el deber del tribunal sentenciador de condenarlo. En este segundo sentido, el principio entronca directamente con el carácter necesario de la jurisdicción penal para la aplicación del *ius puniendi* (véase *supra*), así como con la exclusiva asunción por parte del Estado del monopolio de la política criminal y de la persecución del delito, en superación de la justicia privada.<sup>26</sup> En la medida en que el Estado se atribuye ese poder en exclusiva, sustrayéndolo al ciudadano, sólo a través de la persecución por los órganos públi-

<sup>26</sup> Nuestra opinión coincide en este punto con la de Prieto-Castro y Gutiérrez de Cebiedes, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 82-84. Véase sobre este asunto también Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., I, pp. 26 y ss.; y Sáinz Moreno, “El Ministerio Fiscal y el principio de legalidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 108, 1985, pp. 45-60.

cos competentes de todos y cada uno de los hechos presuntamente delictivos se puede garantizar una política criminal no frustrante para el individuo que, además, sea respetuosa con las exigencias del derecho de igualdad ante la ley, en el sentido de que todos los hechos con igual reproche social merecen igual respuesta por parte del Estado; algo difícilmente obtenible en un sistema en el que se facultase al órgano que asume la persecución del delito para decidir discrecionalmente dirigir la acción del Estado contra el delito y contra el delincuente. En este sentido, el principio de legalidad se contraponen al *principio de oportunidad*, que impera con eficacia limitada en determinados ordenamientos europeos, como el alemán,<sup>27</sup> y también en el sistema de enjuiciamiento penal angloamericano.

La evolución legislativa en España y, sobre todo, la práctica forense han puesto en cuestión algunas de las consecuencias del principio de oficialidad, en una tendencia que se dirige con claridad hacia una paulatina privatización del proceso penal, que contrasta con otra equivalente hacia la *publicitación* del proceso civil (esto es, al aumento de las facultades oficiales en la tutela de ciertos derechos de índole privada). En su mayoría, estas prácticas *contra legem* o, en ciertos casos, *secundum legem*, se presentan (a veces, con sólido soporte doctrinal de apoyo) como fruto de la necesidad de actualización del proceso penal, en atención a los nuevos fines de resocialización o reinserción de los delincuentes que reconocen las modernas tendencias del derecho penal<sup>28</sup> o, incluso, por extinción del

<sup>27</sup> Véase, sobre el principio de oportunidad, Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 181 y ss. También, Berzosa Francos, “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, en Picó Junio (coord.), *Problemas actuales del proceso penal*, Barcelona, 1998, Delgado Barrio, “El principio de oportunidad en el proceso penal (aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)”, *Actualidad Penal*, núm. 1, 1990, pp. 147-153, y García García, “El principio de oportunidad en nuestro derecho vigente”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, pp. 541-550.

<sup>28</sup> Y que reconoce también la Constitución española de 1978, en su artículo 25.2: “2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

interés social en el castigo del delincuente cuando se considere que ya ha soportado una pena natural;<sup>29</sup> pero las más de las veces encubren el fracaso del Estado en su política criminal, ante la carencia de medios personales y materiales para perseguir todos los hechos delictivos, lo que obliga a seleccionar, por parte del Ministerio Fiscal, principalmente, los hechos que se persiguen y los que no, esto es, la introducción encubierta del principio de oportunidad.

Se ha querido entender como manifestación, negro sobre blanco en la ley, del principio de oportunidad en la relativamente reciente Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, *sobre responsabilidad penal de los menores*, en donde, dentro de su específico ámbito de aplicación, se otorgan facultades a la autoridad para acordar la terminación del proceso penal con el fin de evitar al menor autor de un hecho punible los efectos aflictivos de la imposición de una pena.<sup>30</sup> El artículo 18 de esta ley autoriza al Ministerio Fiscal a desistir de la incoación del expediente cuando los hechos sean constitutivos de delitos menos graves sin violencia ni intimidación de las personas o faltas, sin perjuicio de la responsabilidad civil que le corresponda y sin perjuicio, también, de que se le aplique la medida reeducadora pertinente por la entidad pública de protección de menores correspondiente, y el artículo 19 permite el sobreseimiento de la causa por conciliación entre el menor y la víctima. La singularidad del enjuiciamiento penal de los menores está motivada por la presencia, junto con el *ius puniendi* estatal, de un interés a la protección del menor delincuente de idéntica entidad, que prevalece en aquellos hechos que presentan un menor disvalor desde el punto de vista del derecho penal, hasta el punto de que la exposición de motivos reconoce (II, 6) en este proceso un carácter formalmente penal, pero, en el fondo, educativo-sancionador. Nos encontramos, pues, ante un caso excepcional, que no debe negar la regla general de imperio del principio de legalidad en el proceso penal.

<sup>29</sup> Piénsese, por ejemplo, en los padres que por imprudencia punible ocasionan la muerte de sus hijos.

<sup>30</sup> A propósito de la Ley de Menores, véase Dolz Lago, *Nueva responsabilidad penal del menor (comentarios a la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, 2000, y Ormosa Fernández, *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Barcelona, 2001. Sobre la incidencia del principio de oportunidad en este tipo de procesos, véase González Cano, “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley orgánica sobre responsabilidad penal de los menores”, *Tribunales de Justicia*, núm. 7, 2000, p. 827.

Que el ordenamiento de un tratamiento diferenciado al menor delincuente, en las condiciones expuestas, es simplemente indicativo de que la aparición de un interés público diferente al *ius puniendi* determina también, en este caso, una diferente configuración del cauce para la actuación del derecho penal. Pero de ningún modo puede justificar, en términos generales, la ausencia de reacción del Estado contra el delito una vez averiguado, ya sea para imponer una pena privativa de libertad, ya sea acordar la medida alternativa a la pena que se estime oportuna. En otras palabras, que en determinadas condiciones se establezcan soluciones alternativas a la imposición de penas para determinadas conductas punibles (sea en el caso de los menores o en otros previstos en el ordenamiento) es una mera cuestión de derecho sustantivo, pero en ningún caso implica reconocer a la autoridad un poder de abstención ante el delito, aunque la reacción prevista en la ley consista en la adopción de tales soluciones, pero siempre sobre la condición necesaria de investigación y averiguación del hecho.<sup>31</sup>

La dicotomía entre principio de legalidad y principio de oportunidad está presente en el debate doctrinal español en los últimos veinte años.<sup>32</sup> En ocasiones, dicho debate se ha tratado de llevar al plano constitucional, dado que el artículo 124.2 de la carta magna española exige que el Ministerio Fiscal actúe conforme los principios de legalidad e imparcialidad. Siendo ello cierto, el problema está en determinar si el sentido de “legalidad” en la norma constitucional es el mismo expuesto con anterioridad en el plano procesal penal; en este orden de cosas, hay quien en-

<sup>31</sup> Con todo, en nuestra opinión el legislador ha ido demasiado lejos en los artículos 18 y 19 de la Ley sobre Responsabilidad Penal de los Menores, toda vez que la adopción de las medidas de evitación del juicio, que en ellos se prevén, debería contar siempre con la autorización del juez; en apoyo de nuestra opinión puede traerse la experiencia aplicativa de la Ley 5/2000 en España, que ha acreditado la no infrecuente insatisfacción de las víctimas ante la percepción de indefensión por parte de un Estado que no reacciona contra hechos que, aun cometidos por menores, merecen el reproche del derecho penal.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, II, 1961; también, Gimeno Sendra (con Almagro, Moreno y Cortés), *Derecho procesal*, tomo II (vol. I), Valencia, Tirant lo Blanch, 1987, pp. 61-64; Pedraz Peñalva, “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, pp. 313-376; Ruiz Vadillo, “Principios generales. Legalidad, proporcionalidad, etc.”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, pp. 9-58; De la Oliva Santos (con Aragoneses, Hinojosa, Muerza y Tomé), *Derecho procesal penal*, Madrid, 5a. ed., 2002, pp. 41-46, entre otros. Véase, también, Rodríguez Mourullo, “Legalidad (principio de)”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIV.

tiende que no, habida cuenta que el sentido de legalidad aplicable al Ministerio Fiscal sería, conforme a lo dispuesto en su Estatuto Orgánico (artículo 6), el deber de actuar de acuerdo con la Constitución y las leyes, sin más. De ser cierta esta posición (discutible aun no infundada), el Ministerio Fiscal no obviaría las exigencias del principio de legalidad, si en la ley se regulase un ejercicio de sus funciones, en determinados casos, conforme a criterios de oportunidad. Por otra parte, se sostiene (para negar que la Constitución opte por un principio de legalidad en los términos expuestos) que el artículo 25 de la Constitución, que se refiere, precisamente, a dicho principio, nada concreta a propósito del papel del Ministerio Fiscal en el proceso penal. Siendo en efecto así, no cabe desconocer que el sentido del principio de legalidad en la actuación del Ministerio Fiscal no puede soslayar la exclusividad de la jurisdicción (artículo 117 del texto constitucional), la igualdad ante la ley (artículo 14 de la Constitución) ni la interdicción de la justicia privada. Esos parámetros deben ilustrar el recto entendimiento del artículo 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal, cuyas funciones (y, entre ellas, el ejercicio de la acción penal) se conciben como un deber, no como una facultad susceptible de disposición: la mera ausencia de una norma habilitante al Ministerio Fiscal para abstenerse de perseguir un hecho presuntamente delictivo debe ser suficiente para reconocer la vigencia del principio de legalidad, en los términos indicados; negarlo sería tanto como negar los fundamentos sobre los que se sustenta nuestro Estado de derecho, de un Estado que asume en exclusiva la persecución del delito y que en virtud del derecho de igualdad ante la ley otorga un tratamiento homogéneo a situaciones jurídicas análogas. La aceptación de esta conocida, por otra parte regla angular de nuestro sistema de convivencia habría de ser suficiente para evitar interpretaciones estrictamente gramaticales del artículo 25 constitucional dirigidas a negarla o a subvertirla.

En otras ocasiones, es la jurisprudencia la que restringe las facultades de oficio dentro del proceso penal, como ocurre con la interpretación que se hace de la correlación entre acusación y sentencia penal. En el procedimiento ordinario por delitos, el artículo 733 de la LECrim autoriza al juez, en caso de no estar conforme con las calificaciones definitivas de acusación y defensa, y antes de dictar sentencia, a plantear la “tesis” a las partes (esto es, una calificación de los hechos diferente a la hecha por la acusación), como garantía de la debida contradicción y en ejercicio del

*iura novit curia*; en ese caso, según la interpretación tradicional, una vez sometida la tesis a las partes, el juez podía condenar conforme a la nueva calificación, aunque fuera por delito más grave, y aunque ninguna de las acusadoras la asumiera; la jurisprudencia ha reducido considerablemente el campo de eficacia de esta disposición, basada esencialmente en la necesidad de que sólo se imponga la pena en virtud de la calificación que realmente merece el hecho punible, en el sentido de que sólo es asumible la tesis si alguna de las partes acusadoras la hiciera propia (sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo del 28 de septiembre y 11 de diciembre de 1989, y la del 5 del febrero de 1991, entre otras muchas); el resultado puede ser, como se ha puesto de manifiesto, indeseable, toda vez que, si el tribunal está convencido de que el hecho merece una calificación más grave o por delito no homogéneo, pero ningún acusador asume su tesis, sólo le quedan dos opciones: o condenar por un delito que entiende no cometido o absolver al seguro delincuente.<sup>33</sup> En cuanto al procedimiento abreviado, en él no sólo desaparece la institución de la tesis (sustituida por un debate previo a la conclusión de la vista, a instancias del tribunal, sobre la necesidad de esclarecimiento de hechos concretos y de la calificación jurídica de los mismos), sino que se limitan aún más las facultades del tribunal, esta vez al imponer la pena; si en el procedimiento ordinario el tribunal sentenciador puede imponer una pena más grave de la solicitada por la acusación, siempre que se respete la calificación del delito y que la pena impuesta corresponda a dicha calificación del hecho (artículo 733 en relación con el 851,3o. de la LECrim), en el procedimiento abreviado el juez no puede imponer pena más grave que la solicitada, lo cual supone, en interpretación de la Fiscalía General del Estado (Consulta 3/1990, del 15 de octubre) y del Tribunal Supremo (sentencia de la Sala penal del 7 de junio de 1993) que el sentenciador está vinculado por el *quantum* de pena solicitado, sin margen de variación por su parte en la sentencia, y convirtiéndole a esos efectos, de facto, en un autómatas aplicador de la voluntad del Ministerio Fiscal, sin margen valorativo de la pena.

<sup>33</sup> Así lo considera De la Oliva Santos (con Aragonese, Hinojosa, Muerza y Tomé), *Derecho procesal penal*, Madrid, Ceura, 1995, p. 520. Sobre el planteamiento de la tesis del artículo 733, LECrim, véase Fairén Guillén, "Sobre el pasado, presente y posible futuro del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984, pp. 203-330, y Soto Nieto, *Correlación entre acusación y sentencia. La tesis del art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1979, y las citadas en la nota 14.

Existen otros indicios de atenuación de la incidencia del principio de oficialidad en el proceso penal español que se producen por vía de los hechos, aprovechando instituciones vigentes, como la de la conformidad. La conformidad es, como hemos señalado, un instituto procesal dirigido a incrementar la eficacia del proceso en aquellos casos en que el acusado se declare de acuerdo con la acusación más grave dirigida contra él, siempre que se trate de un delito que no merezca una pena superior a seis años.<sup>34</sup> En cierta medida, la conformidad significa otorgar fuerza vinculante a la voluntad de una de las partes sobre la calificación que merece o sobre la certeza de los hechos, con efectos directos para el juez, quien normalmente debe dictar la sentencia e imponer la pena que corresponda a la conformada (artículos 655, y 694 y 700 de la LECrim, para el procedimiento ordinario; 779.1, 5a., 784.3, 787, para el procedimiento abreviado; artículo 50 de la Ley orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, para el procedimiento especial ante el jurado, entre otros), aunque como se ha dicho *supra* sus efectos no son comparables a los del allanamiento en el proceso civil (que determina necesariamente una sentencia de condena para el allanado), pues el tribunal tiene cierto margen de discrecionalidad para apreciar la concurrencia de circunstancias atenuantes o eximentes no contenidas en el escrito de la acusación o, incluso, para absolver al acusado, pese a su conformidad con la pena más grave, si aprecia que el hecho no existe, o no es delictivo. A través de esta figura la práctica forense había derivado a la introducción de la negociación entre acusación y acusado como vía de evitación del juicio, pero sin garantías suficientes desde el punto de vista de las exigencias del orden público. Se ha hecho así patente la aplicación de facto del principio de oportunidad en muchos procesos penales, sobre todo tras la entrada en vigor del procedimiento abreviado (en 1988), que fomentaba, a través de la conformidad, la negociación entre acusación y defensa, en actitud que, aun contando con el apoyo doctrinal de la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, entra en franca contradicción con los principios que

<sup>34</sup> Sobre la conformidad, véase Aguilera Morales, *El principio de consenso. La justicia negociada en el proceso penal español*, Barcelona, 1998; Barona Vilar, *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994; Rodríguez García, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Salamanca, 1997, y Cabezudo Rodríguez, *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Granada, 1996, entre otras numerosas obras.



rigen el proceso penal. La conformidad, empero, no es una institución destinada a otro fin que no sea, como se ha dicho, la agilización del proceso, y que no reconoce a las partes un poder sobrehumano de reinención de la realidad, de suerte que, sobre la base de un inexistente servicio a la agilidad de la justicia, se encubra una errónea aplicación del derecho sobre unos hechos falsos o falsamente calificados por las partes. Que el acusado pueda conformarse con la pena más grave no faculta al Ministerio Fiscal, en virtud del principio de legalidad, a calificar el hecho de forma diferente a la que le corresponde en derecho y, normalmente, más beneficiosa para el reo, en búsqueda de un acuerdo procesal no permitido por la ley. Para evitarlo, la reciente reforma del artículo 787.3 de la LECrim permite al juez, poner de manifiesto a las partes que presentan el acuerdo de conformidad en el procedimiento abreviado que la calificación es incorrecta o que procede una pena más grave, y sólo en caso de que, modificada la calificación, el acusado se conforme, procede dictar la sentencia inmediata de conformidad.

#### IV. ASPECTOS FORMALES DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL. FORMA INQUISITIVA, FORMA CONTRADICTORIA Y SISTEMA MIXTO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Analizados los principios del proceso penal español, nos corresponde ahora ocuparnos esquemáticamente de las características formales que el mismo presenta desde un punto de vista general. Hemos señalado ya que el proceso no es otra cosa que el instrumento jurídico a través del cual se pretende hacer real el cumplimiento de unos fines de tutela y realización del derecho objetivo, con respeto a unos postulados elementales de justicia y con acomodo a la naturaleza de ese mismo derecho objeto de tutela. Sin embargo, como creación humana y artificial (*artificium*: lo hecho con arte, primor, ingenio o habilidad humana), el modo de articular en la ley legal esos fines y principios no es único. Cada sociedad y en cada momento histórico ha ideado el medio de conformación legal del proceso, de acuerdo con las circunstancias sociales, jurídicas y políticas imperantes, pero siempre con voluntad de respeto a los fines y principios que lo definen esencialmente.

El proceso penal español, por recepción en la LECrim de los criterios liberales de la Revolución francesa, responde a los parámetros formales del denominado *sistema mixto* de enjuiciamiento criminal, síntesis que pretende conjugar las virtudes del sistema contradictorio puro, proveniente del modelo inglés de justicia penal, por una parte, y de ciertos elementos propios del sistema inquisitivo imperante durante el antiguo régimen, por otro. A continuación se exponen las líneas generales del sistema *mixto* español, pero, para su mejor comprensión, se muestran en forma sintética sus precedentes históricos.

### 1. *Antecedentes del sistema mixto: la forma contradictoria y la forma inquisitiva*

El sistema mixto de enjuiciamiento criminal es la síntesis de dos modelos que, en su estado puro, presentan caracteres antagónicos y antitéticos: la forma contradictoria y la forma inquisitiva. Contrariamente a lo que se suele pensar, el orden cronológico de aparición de uno y otro sistema es precisamente ése y no a la inversa; las primeras manifestaciones históricas de la aplicación del derecho penal pertenecen al modelo contradictorio, muy enraizado en las comunidades antiguas y con sistemas jurídicos poco sofisticados; a medida que las sociedades se hacen más complejas y que el derecho se perfecciona, surge en la Europa continental la necesidad de dotar a la justicia penal de nuevas formas que remedien las deficiencias o insuficiencias de la justicia contradictoria pura. La forma inquisitiva nace en la Europa continental como elaboración del derecho canónico, coexistiendo en el tiempo, desde la Edad Media hasta la caída del Antiguo Régimen, con la forma contradictoria, que se mantendría en Inglaterra y, desde ésta, se difundiría por todas las naciones de tradición jurídica del *common law*. Los cursos de estos dos sistemas acabarían por confluir en la Europa continental tras la Revolución francesa, determinante de un nuevo sistema de proceso penal, construido sobre una base contradictoria y acusatoria, pero respetando algunas de las notas esenciales del proceso inquisitivo.<sup>35</sup>

El proceso *contradictorio*, en su estado puro, se caracteriza por el protagonismo que en él se da a las partes del litigio (en el caso del derecho

<sup>35</sup> En la exposición de los aspectos históricos se sigue el magisterio de Gómez Orbeña y Herce, *Derecho procesal penal, cit.*, pp. 115 y ss.

penal, a la víctima o a los miembros de su grupo y al presunto autor del hecho delictivo), que se colocan en posiciones enfrentadas, en un plano de igualdad, y en una posición procesal activa respecto de la cual se sitúa un juez que se encuentra en posición de expectante y pasiva contemplación de la pugna entre las partes. El inicio del proceso y el ejercicio de la acusación los encarna siempre un particular, sin que existan funcionarios públicos a quienes encomendar tales tareas. En un primer estadio, sólo la víctima o un familiar (en caso de homicidio) podía ser acusador, en un proceso en el que no existía clara diferenciación entre el litigio civil y la causa penal; más adelante se admite la acción popular, a través del otorgamiento a cualquier ciudadano, en representación de la comunidad, del poder de incoar el proceso y sostener la acusación.<sup>36</sup> En lo concerniente a las características de los actos, el proceso contradictorio se caracterizaba por actuaciones orales y públicas, realizadas ante un tribunal *ad hoc* e integrado por legos en derecho, que juzgaba sobre la base de unos hechos cuya certeza se obtenía a través de un sistema de libre valoración de la prueba, y que resolvía en instancia única, pues la decisión, por ser expresión de la voluntad de la colectividad, se entendía infalible.<sup>37</sup>

El proceso *inquisitivo* aparece durante la Edad Media con el fin de poner remedio a los déficit detectados en el modelo contradictorio puro, principalmente por entenderse éste más beneficioso para el acusado e ineficaz para la represión del delito. Se caracteriza por la desaparición de la dualidad de partes, a favor de un proceso en el que se identifica a un juez, en posición activa, de quien depende el comienzo del proceso, que asume la acusación, la investigación y, finalmente, la decisión de la cau-

<sup>36</sup> El primero es el sistema de la persecución de los delitos privados en Roma o del sistema de justicia germánico; el segundo, de la persecución de los delitos públicos en Roma, ante las *quaestiones perpetuae*, y más adelante ante los funcionarios imperiales (*cognitio extraordinaria*).

<sup>37</sup> En sus manifestaciones más primitivas, eran propias de los procesos contradictorios la pruebas irracionales, que son aquellas que no permiten de forma racional acreditar la certeza del hecho, sino sólo por medio de convenciones socialmente aceptadas, pero intelectualmente inconducentes a un fin probatorio: el juramento purgatorio, que prestaba el acusado más un número de personas (los *cojuradores*) que variaba en función de la gravedad del hecho o de la condición del sospechoso; las ordalías o juicios de Dios, en algunas de las cuales intervenía exclusivamente el acusado (hierro candente, agua hirviendo) o ambas partes (ordalía de los brazos en cruz, duelo judicial). En Roma se introdujo el tormento, primero sólo para enjuiciamiento de esclavos, pero más adelante para todos los sujetos con *status civitatis*, con excusión de ciertas autoridades militares o políticas.

sa, y que actúa frente a la única parte (la parte pasiva), que soporta las actuaciones del proceso. El proceso inquisitivo se caracteriza por la escritura y el secreto de las actuaciones; la escritura favorece la constancia documental de lo actuado, en un proceso de conformación más burocratizada, así como la revisión de la sentencia por una instancia superior; el secreto, por su parte, se concibe como medio para recuperar la ventaja adquirida por el presunto autor con respecto a la sociedad, al tiempo de cometer el delito, y también como medida de protección contra el demérito social que una investigación penal conlleva para el ciudadano. En cuanto al órgano jurisdiccional, el proceso inquisitivo va unido a la idea de juez profesional, funcionario, perito en derecho y dotado de permanencia en su cargo. Como reacción a las pruebas irracionales, es propia del proceso inquisitivo la prueba legal o de valoración tasada, hecho que determina también un cierto control contra los grandes poderes del juez inquisidor.<sup>38</sup>

## 2. *Sistema mixto penal*

Es a todas luces evidente que ni el sistema contradictorio puro ni el inquisitivo eran plenamente satisfactorios para garantizar una tutela jurisdiccional respetuosa con las más elementales garantías de justicia y con la dignidad del reo. De manera indiscutible, el proceso inquisitivo no asegura la imparcialidad del juez (que es lo mismo que decir que no justifica la justicia del fallo), ni tampoco el ejercicio del derecho de defensa del acusado, lo que sería contrario a los principios de audiencia y de igualdad. El contradictorio, por su parte, al confiar el ejercicio de la acción penal al ofendido o perjudicado por el hecho, suponía para éste una pesada carga en una materia en la que está presente un inequívoco interés público. Ésa es la razón por la cual se hizo necesario a lo largo del siglo XVIII la superación del proceso inquisitivo puro por un proceso que, sobre una base contradictoria, como garantía de los principios jurídico-naturales del proceso (en especial, de la igualdad de armas de las

<sup>38</sup> En el proceso inquisitivo se distinguían: a) pruebas plenas o manifiestas, que son las que permiten la imposición de la pena capital (escrito no contestado o documento auténtico, testigos directos concordantes, presunciones basadas en indicios concluyentes o confesión); b) pruebas semiplenas, que no podían fundar la pena capital, pero sí la de penas inferiores, así como la práctica del tormento, y c) prueba imperfecta, hábil para acordar medidas cautelares.

partes), incorporase las notas positivas propias de la forma inquisitiva (incoación de oficio, secreto en determinadas fases del proceso en aras del resultado de la investigación, posibilidad de revisión en un grado jurisdiccional superior la sentencia de instancia, entre otras). Es así como nace el sistema mixto de enjuiciamiento penal, que desde la Revolución francesa se irradiaría a muchos de los ordenamientos jurídicos de tradición romana-continental.<sup>39</sup>

#### *A. Recepción del sistema mixto en España: las dos fases del proceso penal*

El sistema mixto, en su formulación original, se caracteriza como decimos por la presencia de elementos provenientes tanto de la forma contradictoria como de la forma inquisitiva, que se engarzan en un proceso caracterizado por dos fases sucesivas y claramente diferenciadas. En primer lugar, la instrucción, que era, en su formulación original, secreta y escrita, no contradictoria y sin posibilidad de defensa (con inspiración en la Ordenanza criminal francesa de 1670). En segundo y último lugar, un juicio oral y público, en el que se formulaban la acusación y la defensa en pie de igualdad y con plenitud de posibilidades de defensa, con libre valoración de la prueba y decisión por un tribunal popular, como influencia del derecho angloamericano. La instrucción, dirigida a investigar el hecho y a preparar la acusación, se inspiraba en la forma inquisitiva; la fase de juicio, en el proceso contradictorio.

La formulación revolucionaria francesa tardaría casi un siglo en ser implantada definitivamente en el ordenamiento jurídico español, en un proceso de reforma que comenzaría con la Constitución gaditana de 1812

<sup>39</sup> En el proceso que conduce hasta el sistema mixto tuvo decisiva influencia la creciente contestación al derecho penal y al proceso inquisitivo formulada en tiempos de la Ilustración. A la crítica contribuyó, en Francia, la producción de diferentes errores judiciales de gran notoriedad, como el caso Calas y el caso la Barre; en Italia, fue decisiva la publicación del libro de Beccaria *Tratado de los delitos y las penas*, obra que puede considerarse como el punto de partida del derecho penal moderno. Este estado de cosas dio lugar a la abolición en Francia, en 1780 y 1788, de la tortura, así como de la creación del deber de motivación de las sentencias. Este proceso de reformas culminó con la Revolución francesa, fruto de cuyo espíritu fue el Código de 1808, y que sentó las bases del sistema mixto.

y que tras diversos avatares históricos, no culminaría hasta la LECrim de 1882:<sup>40</sup>

La Constitución de Cádiz de 1812 reforzó las garantías del reo, sin abandonar el esquema de enjuiciamiento inquisitivo, introduciendo el deber de información sobre el hecho antes de la detención (que requería mandamiento escrito del juez), así como de las pruebas en que se basaba la acusación, suprimiendo el tormento e introduciendo la publicidad en el proceso después de la confesión del inculpado. En 1821 se aprobó un Proyecto de Código procesal criminal que confía la instrucción y el enjuiciamiento a jueces diferentes (juez de instrucción y juez de calificación). En el período que va desde 1868 hasta 1882 se produjo el auténtico impulso para el establecimiento en España del sistema mixto. La primera fecha es la de la Revolución liberal que daría lugar a la Constitución de 1869; de 1870 es la primera Ley orgánica del Poder Judicial española, de 1872 la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal (que introdujo el jurado, el juicio oral, la instancia única y el recurso de casación), y encomendaba instrucción y enjuiciamiento a tribunales diferentes. En 1879 se elaboró la Compilación general del Enjuiciamiento Criminal que, con la excusa de restaurar la seguridad sobre el Derecho vigente en materia procesal penal implicaba cierto retroceso, al desaparecer el juicio oral y público, así como la división entre instructor y sentenciador.

El modelo de la vigente Ley procesal penal española responde al sistema mixto y, de acuerdo con el mismo, en el procedimiento se distinguen dos fases, como ya se ha expuesto en páginas anteriores: una primera, de instrucción, con cierto reflejo de la forma inquisitiva (iniciación de oficio del proceso, secreto de las actuaciones en virtud de los artículos 301 y siguientes), pero con clara voluntad de hacer predominante la forma contradictoria en esta fase inicial. A este respecto, dice la Exposición de Motivos de la LECrim: “El Ministro que suscribe... no ha vacilado en aconsejar a V. M. que dé un paso más en el camino del progreso, llevando en cierta medida el sistema ‘acusatorio’ al sumario mismo, que es, después de todo, la piedra angular del juicio y la sentencia”. Así, se dispuso que el instructor comunicase de oficio al procesado los autos en el momento en que la publicidad y la contradicción no fuesen un peligro para la sociedad y el castigo del culpable. También se restringió la inci-

<sup>40</sup> Véase Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes, *Derecho procesal penal*, cit., p. 94.

dencia del secreto del sumario, y se dio prevalencia a la prueba practicada en el juicio en detrimento de la prueba sumarial, como elemento determinante de la condena. La segunda y última fase del proceso penal es la de juicio o decisoria, oral y pública (artículo 680, LECrim), inspirada en la forma contradictoria, que se abre sólo si hay acusación, y con contradicción (artículo 841, LECrim), concentración e intermediación (artículo 744, LECrim).

Una diferencia esencial del sistema mixto español con respecto al revolucionario francés consiste en la atribución del conocimiento de la fase decisoria a un tribunal colegiado integrado por magistrados profesionales (característica claramente emparentada con la forma inquisitiva), en lugar de a un tribunal formado por jueces legos. Se buscaba con esta medida evitar una implantación excesivamente brusca del sistema acusatorio, que pudiera provocar su fracaso a causa del rechazo social, pero, de hecho, este modelo ha permanecido hasta nuestros días, y sólo limitadamente se ha introducido, para determinados delitos, el Tribunal del Jurado (por la Ley Orgánica 5/1995, del 22 de mayo), integrado por un magistrado-presidente sin poder decisorio y un colegio de nueve legos, encargados de emitir el veredicto, en desarrollo del artículo 125 de la Constitución.

En el sistema penal español, las dos fases del proceso son plenamente jurisdiccionales. Ésta es, precisamente, una de las principales singularidades del derecho español con el mexicano, en el que la investigación preliminar se encomienda al Ministerio Público, que orgánicamente se coloca extramuros del Poder Judicial. Por el contrario, la instrucción corresponde en España a órganos jurisdiccionales, y no al Ministerio Fiscal ni a la policía judicial. La opción del derecho español es, desde luego, la que ofrece mayores garantías, correspondientemente a la importancia de las actuaciones del sumario, por mucho que éstas tengan una finalidad meramente preparatoria del juicio. En el seno de la instrucción sumarial se adoptan decisiones de gran trascendencia, ya sea por afectar a los derechos fundamentales del sospechoso (medidas cautelares personales), ya sea por implicar un reproche social (auto de procesamiento, inculpación formal, etcétera), que han llevado al legislador español a optar por un modelo en el que el director de las actuaciones del sumario sea un órgano estatal pero independiente y autónomo del Poder Ejecutivo. En los últimos años se ha abierto, no obstante, el debate sobre si este estado de cosas es adecuado o no sería preferible encomendar la instrucción penal



al Ministerio Fiscal, al igual que ocurre en muchos ordenamientos, en aras principalmente de una mayor eficacia de la acción pública contra la delincuencia (de hecho, recientes manifestaciones del ministro de Justicia, cuando estas líneas se redactan, apuntan hacia una futura reforma del proceso penal español que encomiende la instrucción del proceso penal al Ministerio Fiscal, en detrimento del juez de instrucción, quien permanecería como mero juez de garantías, equidistante entre acusación y defensa). Frente a esta solución, la doctrina mayoritaria española se manifiesta a favor del mantenimiento de la instrucción en manos del juez;<sup>41</sup> en primer lugar, porque el Ministerio Fiscal, en su configuración actual, no es un órgano independiente, sino vinculado al Poder Ejecutivo, lo cual, a pesar de la competencia y perfil técnico de sus integrantes, haría peligrosa la exclusiva atribución de la instrucción a un órgano sin la nota de independencia que define esencialmente a la jurisdicción; en segundo lugar, porque la trascendencia de las resoluciones que se dictan durante la investigación previa al juicio — algunas atinentes a derechos fundamentales — hacen inviable, desde el punto de vista constitucional, la implantación de una instrucción en la que no intervenga un juez; en tercer y último lugar, porque confiar la dirección de la instrucción al Ministerio Público podría convertirla en una fase destinada a acopiar sólo los materiales favorables a la acusación, obviando los propicios al interés procesal del sospechoso, algo perfectamente posible por mucho que el Ministerio Fiscal, como órgano imparcial, tenga el deber de apreciar tanto los hechos desfavorables como favorables para la parte pasiva, en aras del interés público presente en el proceso.<sup>42</sup> El hecho de que en el derecho español se encomiende a la jurisdicción la instrucción penal no significa, en otro orden de cosas, que en ella no intervengan el Ministerio Fiscal y los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, eficacísimos colaboradores del juez instructor, sin cuya actuación no sería posible la aplicación del derecho penal.

<sup>41</sup> Sobre la cuestión, véase Gómez Colomer, “El fiscal instructor”, *Justicia*, núm. 2, 1996, pp. 259-286, y “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, *La reforma del proceso penal (estudios en homenaje del prof. Klaus Tiedemann)*, Castellón de la Plana, 1997, pp. 459-496. También, las muy interesantes reflexiones de De la Oliva Santos en *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988.

<sup>42</sup> Sobre esta cuestión y con mayor extensión, véase Montero Aroca, *Principios del proceso penal*, cit., pp. 63-66.

### B. *Sistema mixto y derecho al juez no prevenido*

En aras de la imparcialidad del órgano sentenciador, cada una de las fases del proceso penal se atribuye en España a dos tribunales diferentes: la primera, al denominado juez de instrucción (cuyo cometido es averiguar el hecho, determinar la concurrencia o no de indicios racionales de criminalidad y poner al sospechoso a disposición judicial para la fase de plenario); el juicio oral y público, contradictorio y con plenitud de garantías para las partes, a un órgano colegiado (la audiencia provincial), que dicta la sentencia preponderantemente en función de lo alegado y probado por las partes en el propio acto del juicio, y cuyo comienzo dependía de la existencia de un acto de acusación formal contra el imputado, formulada por el Ministerio Fiscal o cualquier persona con legitimación para actuar como acusador particular o popular, en una clara demostración de que el interés público presente en el proceso penal es compatible con un sistema de enjuiciamiento esencialmente contradictorio.

La atribución de cada una de las fases del proceso penal a órganos jurisdiccionales diferentes es expresión del denominado *derecho al juez no prevenido*, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha insertado en el contenido esencial del derecho fundamental al proceso con todas las garantías (véase, a este respecto, la sentencia 145/1988). A través de este derecho se pretende evitar, en aras de la imparcialidad del juzgador, la formación en el tribunal sentenciador de cualquier prejuicio que pudiera adquirir internamente de haber participado en la instrucción, a favor o en contra del inculcado.<sup>43</sup> El derecho al juez no prevenido, en el ámbito penal, ha sido incluido en el contenido del artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>44</sup> y ha motivado la trascendental reforma legislativa que creó los juzgados de lo penal y de los juzgados

<sup>43</sup> Véase Montero Aroca (con Gómez Colomer, Montón y Barona), *Derecho jurisdiccional*, cit., p. 22. Véase, de este mismo autor, “El juez que instruye no juzga (la incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)”, *La Ley*, núm. 4735, 1999; también, De la Oliva, *Jueces imparciales...*, cit.; Fairén Guillén, “La imparcialidad o parcialidad del juez de instrucción penal”, *Tapia*, núm. 61, 1988, pp. 5-10, y Aprile, *Giudice unico e processo penale*, Milán, 1990.

<sup>44</sup> En su apartado 1: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. Véase Gimeno Sendra, *Derecho procesal*, cit., pp. 65 y 66.

centrales de lo penal (Ley orgánica 7/1988, del 28 de diciembre), órganos no previstos en el diseño original del mapa jurisdiccional español, trazado en la LOPJ, y cuyo cometido es, exclusivamente, juzgar aquellas causas por delito que, antes de su creación, correspondía instruir y juzgar al juez de instrucción, en virtud de los denominados *procedimientos penales de urgencia*, declarados en este punto inconstitucionales por la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, antes citada. La vinculación del derecho al juez no prevenido con el deber de imparcialidad del juez, reconocido incluso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,<sup>45</sup> tiene otras manifestaciones en la ley; así, por ejemplo, en aquellos supuestos en que la ley establece una norma de competencia objetiva *ratione personae*, aforando la instrucción y enjuiciamiento del hecho a un determinado tribunal,<sup>46</sup> el derecho al juez no prevenido se garantiza mediante la atribución de la instrucción a uno de los magistrados que lo integran, que no podrá formar parte de la Sala enjuiciadora.

Sin embargo, las exigencias del derecho al juez no prevenido no se cumplen con idéntica intensidad en todos los procesos regulados en la LECrim. Paradigmáticamente, en el *juicio de faltas* las actuaciones pueden tener lugar ante un único juez, si bien no cabe hablar en él formalmente de una fase de instrucción, pues la simple denuncia del ofendido o el atestado policial dan lugar de forma directa, como regla, al señala-

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, las sentencias del TEDH en los asuntos *Piersack* (1 de octubre de 1982) y *De Cubber* (26 de octubre de 1984). En el caso español, en la importante sentencia *Castillo Algar*, del 28 de octubre de 1998, en la cual el Tribunal Europeo, en contra del criterio del Tribunal Constitucional español, estimó la demanda de un militar condenado por un delito contra la Hacienda pública a pena de prisión, por haber estado integrado el tribunal juzgador por dos magistrados que intervinieron en la instrucción, en concreto resolviendo el recurso de apelación que el condenado interpuso durante la instrucción contra el auto de procesamiento. Entendió el Tribunal Europeo que la afirmación en un auto de la existencia de indicios suficientes para concluir la comisión de un delito militar determina que, contrariamente a lo sostenido por el gobierno español, ambos jueces quedaran contaminados, de tal forma que la imparcialidad del tribunal juzgador puede suscitar serias dudas y los temores del demandante pueden estar objetivamente justificados. Sobre este asunto, en general, véase Calvo Sánchez, “El derecho a juez imparcial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes”, *La Ley*, 1989, 4, pp. 995-1006.

<sup>46</sup> Ocurre así, por ejemplo, con la Sala segunda del Tribunal Supremo, objetivamente competente para el enjuiciamiento penal de las autoridades a que se refiere el artículo 57.1, 2o. de la LOPJ, entre ellas al presidente y miembros del gobierno, magistrados del Tribunal Constitucional o los miembros de las cámaras legislativas del Estado.

miento para el juicio sin otra investigación previa que la efectuada por la policía antes de elaborar el atestado, y previa calificación del hecho como falta (artículo 964, LECrim); de las faltas puede conocer el mismo juez de guardia que recibe la *notitia criminis* (artículo 962, LECrim), para su enjuiciamiento inmediato, o el juez que corresponda, cuando conforme a las normas de competencia y reparto no deba el juez que cumple las funciones de guardia hacerse cargo del conocimiento del asunto (artículo 965, LECrim).<sup>47</sup>

### C. Del sistema mixto al sistema acusatorio

El sistema mixto español, descrito sólo esquemáticamente, se ha ido haciendo más complejo y perfeccionado a lo largo de los años de vigencia de la LECrim, en los cuales se ha producido un incremento del número de tipos procedimentales penales, así como del de tribunales integrados en este orden jurisdiccional (cuestiones que más adelante se exponen someramente). Ya se ha indicado con anterioridad que los residuos de la forma inquisitiva en el sumario han ido perdiendo gran parte de su fuerza, hasta el punto de que, tras la reforma del artículo 118 de la LECrim en 1978, se reconoce al sospechoso el derecho a la asistencia letrada y a la defensa desde el momento mismo en que resulte imputación contra él, aunque no haya acto expreso de imputación formal (procesamiento); el secreto de las actuaciones para el inculpado no opera *ipso iure* durante la instrucción, sino que debe ser expresamente declarado por el instructor en resolución motivada, y tiene una duración máxima de un mes (artículo 302, LECrim).

En el perfeccionamiento del sistema mixto ha influido de forma decisiva, sin lugar a dudas, la promulgación de la Constitución española de 1978, en cuyo elenco de derechos fundamentales se incluye un número significativo de derechos de naturaleza estrictamente procesal y muy clara incidencia en la esfera procesal penal. Es el caso de los derechos que reconoce el artículo 24.2 constitucional, que son: el derecho al proceso

<sup>47</sup> Sobre las faltas, véase Calderón Cuadrado y Bellido Penadés, *Juicio de faltas, postulación procesal y asistencia jurídica gratuita*, Valencia, 1998; Jaén Vallejo, “El principio acusatorio: su rango constitucional y su extensión al juicio de faltas”, *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1988, I, pp. 15-24, y Delgado Martín, *El juicio de faltas*, Barcelona, 2000.

público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación, a usar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. A estos derechos específicos se deben sumar el genérico a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales y a la no indefensión, para cuya concreción en el ámbito procesal penal ha sido decisiva la doctrina del Tribunal Constitucional desde su creación, y también determinadas garantías específicas, también con carácter de derecho fundamental, referentes a la necesidad de intervención judicial para limitar determinados derechos fundamentales (entrada en domicilio privado sin autorización del titular, intervención de comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, decisión sobre la situación del detenido en un plazo máximo de 72 horas, en los artículos 17 y 18 de la Constitución). También en la Constitución se introducen disposiciones sobre la articulación formal del proceso penal de relevancia: la oralidad, el derecho a la motivación de la sentencia (artículo 120), la acción popular y el tribunal del jurado (artículo 125), la policía judicial (artículo 126), la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes (artículo 15), entre otros.<sup>48</sup> Ha contribuido también a este perfeccionamiento de nuestro sistema procesal la incorporación al ordenamiento jurídico español de numerosos convenios internacionales, que constituyen fuente del derecho procesal penal en España. Los más importantes son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (del 16 de diciembre de 1966, y ratificado por España en 1977) y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (del 14 de noviembre de 1950, ratificado por España en 1979).

Este estado de cosas ha llevado en ocasiones a la jurisprudencia a hablar, en el proceso penal español, de un *sistema acusatorio*, aparentemente superador del modelo mixto originalmente diseñado en la LECrim.

<sup>48</sup> Sobre su incidencia y alcance, con más extensión, véase Cordón Moreno, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Pamplona, 1999, y Del Olmo, *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, Madrid, 1999, y González-Cuéllar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990. Con referencia a todo tipo de procesos (no sólo los penales), Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997, entre una muy amplia bibliografía.

Notas características de dicho sistema serían, por ejemplo, el derecho al juez no prevenido (ya referido), la necesidad de correlación entre acusación y sentencia, la imposibilidad de fundar la condena exclusivamente en las investigaciones del sumario, la limitación de las facultades del tribunal juzgador a la hora de calificar el hecho y de imponer la pena, la motivación de la sentencia, o el derecho a ser informado de la acusación en el momento de la detención, entre otras muchas características referidas en abundantísimas sentencias. Propiamente hablando y como se ha puesto atinadamente de manifiesto <sup>49</sup> no cabe hablar en el ordenamiento español de un sistema contradictorio diferenciado del sistema mixto diseñado ya en 1882 en la LECrim, por mucho que sus perfiles hayan sido puestos al día a la luz, sobre todo, de los preceptos constitucionales. La referencia al sistema contradictorio ha complicado la definición de unos términos claramente perceptibles y homogéneos del mismo, hasta el punto de haberse constituido en una suerte de *cajón de sastre* en el que cabe albergar cualquier garantía integrada en el sistema español de tutela jurisdiccional penal, tenga o no que ver con el carácter acusatorio del proceso penal.

Debe entenderse, pues, perfectamente vigente la referencia al sistema mixto de enjuiciamiento penal, con las modificaciones introducidas en él a lo largo de los más de cien años de vigencia de la LECrim, sin que ello implique negar la vigencia, dentro del propio proceso penal, de una exigencia propia de la forma contradictoria, y que se denomina principio acusatorio; esto es, la necesidad de que alguien diferente del órgano jurisdiccional asuma la acusación (*nemo iudex, nemo iudicio sine actore*) para que pueda iniciarse la fase de juicio y obtenerse una sentencia.<sup>50</sup> Con todo, es de rigor reconocer que muchos de los derechos fundamentales integrados en el sistema de garantías procesales de la Constitución española de 1978 no han sido incorporados al derecho español desde esa fecha, sino que formaban parte ya de nuestro ordenamiento jurídico

<sup>49</sup> De Oliva Santos (con Aragoneses, Hinojosa, Muerza y Tomé), *Derecho procesal penal*, 5a. ed., Madrid, Ceura, 2002, pp. 62 y 63.

<sup>50</sup> Véase a este respecto y con extensión Díaz Cabiale, *Principios de aportación de parte y acusatorio. La imparcialidad del juez*, Granada, 1996. También sobre el principio acusatorio, Gelsi Bidart, “Algunas observaciones sobre el principio acusatorio en el proceso penal”, *Revista de Derecho Procesal*, 1969, III, pp. 375-404; Martínez Arrieta, *La nueva consideración jurisprudencial del principio acusatorio*, Granada, 1994, y Montero Aroca, *El principio acusatorio (un intento de aclaración conceptual)*, *Justicia*, IV, 1992, pp. 375-388, entre otros.

eso sí, sin rango constitucional desde la promulgación de la LECrim en 1882; es el caso del derecho al proceso público, a la motivación de las sentencias, a no declararse culpable, al juez no prevenido, a la asistencia letrada o a practicar los medios de prueba pertinentes, entre otros de los mencionados.

## V. REFERENCIA A ALGUNAS CARACTERÍSTICAS CONCRETAS DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL: ORALIDAD, PUBLICIDAD, LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN Y RÉGIMEN DE RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA

A continuación damos cuenta de la articulación en el proceso penal de determinados aspectos formales, cuyo conocimiento contribuye a delinear más perfectamente sus genuinos perfiles diferenciadores.

### 1. *Oralidad y publicidad en el proceso penal español*

El artículo 120 de la Constitución de 1978 establece que las actuaciones judiciales serán siempre públicas, salvo en los casos expresamente previstos en las leyes, y que el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. Ambas notas forman parte de la nómina de características integrada en el seno de la forma contradictoria, como antes hemos visto. No obstante, su articulación legal presenta algunos rasgos peculiares que merecen consideración particular.

En cuanto a la oralidad, es preciso señalar que su observancia en el proceso penal español es máxima en la fase de juicio, mientras que en la fase de instrucción predomina la escritura, conforme a la naturaleza de las fases o secciones que la integran. Tanto lo uno como lo otro es plenamente razonable: la oralidad en la fase decisoria del proceso penal se inserta en la propia naturaleza del *juicio*, entendido como el acto procesal en el que las partes acuden ante el tribunal y someten a su consideración una causa, para que éste pueda dictar sentencia; carecería de lógica convocar a las partes ante el juez para formular lo que convenga a su derecho, si, de otro modo, sus alegaciones hubieran de presentarse por escrito. Por esa razón, la oralidad va ligada, casi de forma inmanente, a la intermediación, esto es, a la necesidad de que lo actuado por las partes en el



juicio contradictorio se realice a presencia del juez.<sup>51</sup> La función preparatoria de la instrucción y la heterogeneidad de las piezas que la integran justifica el predominio de las actuaciones escritas durante el sumario, si bien los actos orales que se celebran a lo largo de su curso son ciertamente relevantes; desde las declaraciones de las partes y de los testigos (salvo excepciones), los careos, hasta la vista previa a la prisión provisional. Evidentemente, la importancia de la escritura sigue siendo capital, incluso en los actos orales, aunque sólo sea como cauce de documentación de lo actuado a través de actas, diligencias y notas, de acuerdo con el artículo 229 en relación con el artículo 453.1, ambos de la LOPJ.<sup>52</sup> En la fase de juicio oral penal hay, además, importantes actuaciones de parte escritas, como son los escritos de calificación provisional y las conclusiones definitivas.

La publicidad, por su parte, está estrechamente vinculada con la oralidad, y se entiende como garantía de la transparencia de la decisión del tribunal. No quiere decirse con ello que todas las actuaciones del proceso deban ni tengan que ser públicas, puesto que el secreto puede cumplir, en determinados actos del proceso, fines legítimos, tanto desde el punto de vista de los derechos de las partes como desde el del interés de la investigación.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Algo que puede parecer obvio, pero que sin embargo no se respetaba tradicionalmente en el proceso civil español, en el que con excesiva frecuencia las escasas vistas previstas en la Ley se sustituían de facto por notas escritas sobre las cuales se conformaba un acta de juicio oral, o por actos orales (principalmente, declaraciones de testigos o de las partes) que no se realizaban ante el juez, sino ante cualesquier otros funcionarios del juzgado. Esta situación ha sido radicalmente modificada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, en la que se apuesta con claridad y rigor por una oralidad real y no meramente legal, con exigencia de presencia física del juez en las vistas y juicios del proceso, bajo pena de nulidad. Sobre la oralidad en el proceso, véase Devis Echandía, “Principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, núm. 3, 1961, pp. 547-560; Fairén Guillén, “Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, núms. 2-3, 1975, pp. 309-336, y Varela Castro, “Inmediación procesal: agonía de una fundamental garantía”, *Justicia*, 1987, I, pp. 95-101.

<sup>52</sup> Este segundo precepto, conforme a la redacción que le da la Ley Orgánica 19/2003, del 23 de diciembre, que derogó a su antecedente, el artículo 279.1 de la propia LOPJ. Es también posible en el proceso español una documentación no escrita, a través del uso de los medios técnicos de grabación de las vistas orales. Véase, a este respecto, lo establecido en el artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 2000 y el propio artículo 453, LOPJ, según su redacción vigente.

<sup>53</sup> Es muy numerosa la bibliografía sobre la publicidad y el secreto en el proceso penal español. Destacamos, dentro de ella, Del Moral García y Santos Vijande, *Publicidad*

El régimen general de la LECrim en materia de publicidad y secreto es considerar las actuaciones del sumario, como regla, secretas frente a terceros ajenos al proceso (artículo 301, LECrim), y las del juicio oral, públicas, bajo pena de nulidad, salvo que el tribunal decrete su celebración a puerta cerrada, siempre al amparo de causa legal que lo justifique; será así cuando lo exijan razones de “moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia” (artículo 680, párr. 2, LECrim);<sup>54</sup> el secreto se puede ordenar de oficio o a instancia de parte acusadora, previa deliberación reservada y por resolución motivada contra la que no cabe recurso alguno.

En la instrucción, junto con el secreto genérico de lo actuado frente a terceros ajenos al proceso, que opera *ipso iure*, es posible sobre todo en momentos iniciales de la investigación, en que todavía se está averiguando el hecho mismo un secreto cualificado de todo o parte del sumario, de oficio o a instancia de parte, mediante resolución motivada. Este secreto excepcional<sup>55</sup> lo será para todas las partes del proceso, con la salvedad del Ministerio Fiscal (quien podrá tener conocimiento de las mismas en virtud de su función inspectora dentro del sumario), y tendrá una duración legal máxima de un mes, debiendo alzarse necesariamente con diez días de antelación a la conclusión del sumario (artículo 302 de la LECrim). La infracción de este deber de secreto está tipificada como delito de deslealtad profesional en el artículo 466 del Código Penal con pena de multa e inhabilitación especial; si el autor es juez, magistrado, fiscal, secretario judicial o cualquier otro funcionario del juzgado, el hecho se tipifica como revelación de secretos en el artículo 417 del Cód-

y secreto en el proceso penal, Granada, 1996; “Publicidad y secreto en la Constitución”, Díez-Picazo Giménez (L. Ma.), “Acceso judicial a la obtención de datos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1998, pp. 43-62; Jimeno Bulnes, “El principio de publicidad en el sumario”, *Justicia*, 1993, IV, pp. 645-717; Pedraz Penalva, “Publicidad y derecho al proceso debido”, en Gutiérrez-Alviz, Conrado (coord.), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Sevilla, 1996, pp. 157-190, y “Notas sobre publicidad y proceso”, *Poder Judicial*, núm. especial, XI, 1986, pp. 115-130; Peces Morate, “Publicidad y secreto sumarial”, *ibidem*, pp. 131-150; Echarri Casi, “Protección penal del secreto de las actuaciones”, *Honor, intimidad y proceso penal*, Madrid, Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales, 2000, II, pp. 373-414, y Varela Castro, “Proceso penal y publicidad”, *Jueces para la Democracia*, 1990, 11, pp. 37-44.

<sup>54</sup> Véase el artículo 232 de la LOPJ.

<sup>55</sup> Almagro (con Gimeno, Moreno y Cortés), *op. cit.*, p. 232.

go Penal, con penas que varían según la gravedad del hecho desde la multa hasta la prisión, e inhabilitación especial.

## 2. *Legitimación para ejercer la acusación penal*

Otra de las notas singulares del proceso civil español se refiere a la legitimación activa para ejercer la acción penal. Aunque el proceso penal se construye, como se ha dicho, sobre una base contradictoria con dualidad de partes, es lo cierto que en la posición activa del proceso pueden coincidir diversos sujetos con diferentes representaciones, actuando todos ellos contra el inculpado.

Quien encarna por excelencia el ejercicio de la acusación es, como se ha indicado, el Ministerio Fiscal, órgano público dependiente del Ejecutivo a cuyo frente se sitúa el fiscal general del Estado, nombrado por el rey a propuesta del gobierno y previa audiencia del Consejo General del Poder Judicial. El Ministerio Fiscal está integrado por un cuerpo selecto de juristas constituidos en los diferentes órganos que lo integran (desde la Fiscalía General del Estado hasta las fiscalías de las audiencias provinciales), y que actúan, de acuerdo con el artículo 124 constitucional y, en su desarrollo, con el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 14/2003, del 14 de mayo, de acuerdo con los principios de unidad, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad. Hemos expuesto ya que el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal se concibe como un deber (artículo 105 de la LECrim) derivado del principio de legalidad, y no como una potestad discrecional.

La creación del Ministerio Fiscal se justifica en la necesidad de establecer garantías de la imparcialidad del juez de instrucción, frente al modelo del juez inquisitivo, y en aras del debido equilibrio procesal entre las partes; el Ministerio Fiscal asegura, en este orden de cosas, la contradicción formal dentro del proceso penal, pues al ejercer la acción penal mantiene al juez en su posición equidistante y trascendente con respecto a las partes; al mismo tiempo, la creación del Ministerio Fiscal es garantía para el cumplimiento del principio acusatorio.<sup>56</sup> Se suele decir que el Ministerio Fiscal es parte imparcial, toda vez que debe velar, tanto por acusar cuando hay fundamento para sostener la acusación como apreciar

<sup>56</sup> Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes, *op. cit.*, p. 106.

las circunstancias favorables para el reo<sup>57</sup> (artículo 2 de la LECrim), y esa condición de imparcialidad le exige abstenerse de intervenir en los pleitos y causas cuando concurra en él causa legal de abstención establecidas para los jueces y magistrados en la LOPJ, aunque no se lo puede recusar (artículo 28 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Además de constituirse en parte acusadora (y de poder proponer la práctica de diligencias, así como impugnar las resoluciones que le sean desfavorables), el Ministerio Fiscal ejerce funciones inspectoras de la labor del instructor durante el sumario (artículo 306 de la LECrim), con derecho a ser informado por el juez de la *notitia criminis*, así como a pedir información del estado del sumario; puede también recibir y archivar denuncias e impulsar el proceso en el procedimiento abreviado. Puede, también, ejercer la acción civil de daños derivados del hecho punible, en caso de que el ofendido no quiera hacerlo *per se* o simultáneamente con él.

En el sistema español, el Ministerio Fiscal no asume la acusación en exclusiva. La ley permite el ejercicio de la acción penal también al ofendido o perjudicado por el delito, a quien se denomina *acusador particular*.<sup>58</sup> El ejercicio de la acción penal por el ofendido puede articularse en forma de querrela o por simple personación en los autos, una vez ejercida la acción por el Ministerio Fiscal, por otro sujeto e, incluso, en ausencia de otro acusador; aunque el Ministerio Fiscal no quiera continuar con el ejercicio de la acción penal, el proceso penal puede seguir su curso siempre que haya particular que sostenga la acusación (artículo 642 de la LECrim). Es normal en la práctica forense que, en el acto de toma de declaración del ofendido ante el instructor, se le dé la oportunidad de ejercer él las acciones civiles y penales derivadas del hecho (es el *ofrecimiento de acciones*, regulado en el artículo 109 de la LECrim); el ofendido puede optar por ejercer ambas, por ejercer una u otra (en este caso, constituyéndose como mero *actor civil* dentro del proceso penal); también puede reservarse el ejercicio de la acción civil para un proceso posterior ante la jurisdicción civil<sup>59</sup> o, incluso, renunciar a esta última,

<sup>57</sup> Montero (con Gómez Colomer, Montón y Barona), *op. cit.*, p. 63.

<sup>58</sup> Véase Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, pp. 210 y ss., y Sáinz Cantero, “El delito masa”, *Anuario de Derecho Penal*, 1971.

<sup>59</sup> Recientemente, no obstante, la Sala Primera del Tribunal Supremo niega esta posibilidad de reserva en el ejercicio de las acciones penales en el caso de los delitos contra el honor, en que el ofendido debe optar, sin posibilidad de reserva de la acción, entre el seguimiento de la vía penal o el de la vía civil. *Cfr.*, principalmente, la sentencia del 28

con los mismos efectos de la renuncia en el proceso civil, es decir, extinguiendo por acción de su sola voluntad el derecho a obtener el resarcimiento. El ejercicio de la acción particular se justifica en virtud de la legitimación material que corresponde al ofendido por el hecho y se reconoce con extensión a todos los españoles y no españoles, estos últimos previa prestación de fianza (artículo 270 de la LECrim), que opera como garantía de la satisfacción de las costas procesales, en caso de vencimiento en el proceso.

Cuando el hecho es constitutivo de delito privado, la causa sólo puede comenzar en virtud de querrela del ofendido, que se constituye, como único legitimado activamente, en *acusador privado*, con facultades dispositivas sobre el objeto del proceso en virtud de la naturaleza predominantemente privada del hecho, pese a su condición delictiva (artículos 215 y 130 del Código Penal).<sup>60</sup>

La legitimación activa para constituirse en acusador en causas por delito público se extiende, de manera extraordinaria, a cualquier ciudadano español, aun no siendo ofendido ni perjudicado por el delito. Es la figura de la *acusación popular*, reconocida en el artículo 125 de la Constitución y, en su desarrollo, por los artículos 105 y 270 de la LECrim. La acción (o acusación) popular es una manifestación del derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la administración de justicia (artículo 125 de la Constitución), de honda tradición en España y que se justifica como medio de reacción ciudadana contra un hecho socialmente reprobable como es el delictivo. El estatuto del actor popular es el mismo que el del acusador particular, con tres excepciones: en primer lugar, es necesario prestar fianza que garantice los eventuales daños y perjuicios y las costas que se ocasionen al querrellado en caso de que se desestime la querrela (y que tiene también una finalidad disuasoria); en segundo término, sólo pueden ejercer la acción popular los españoles, y, en tercer y último lugar, el actor popular no puede ejercer la acción civil por daños, reservada al Ministerio Fiscal o al ofendido por el delito.

Las acusaciones particulares y el actor civil (así como los acusados, como exigencia del principio de igualdad) deben concurrir con asistencia

de septiembre de 1998, confirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 77/2002, del 8 de abril.

<sup>60</sup> Véase Robles Garzón, “El acusador privado”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 2-3, 1978, pp. 533-571.

letrada y representación de procurador, con la salvedad del juicio de faltas, en que la parte puede defenderse a sí misma.

### 3. Régimen de recursos contra la sentencia penal

De singular cabe calificar también el régimen de recursos devolutivos contra la sentencia que pone fin a la instancia penal, condenando o absolviendo al acusado.<sup>61</sup> El sistema original de la LECrim establecía un modelo de enjuiciamiento basado, salvo excepción, en la instancia única. Su razón de ser la encontramos dentro de la propia esencia del juicio oral penal, más concretamente en la inmediación. En efecto, la inmediación procesal, en cuanto deber de que las actuaciones orales se celebren en presencia del juez, se justifica en el hecho de que la decisión de la causa se tome sobre lo alegado por las partes y sobre las pruebas efectivamente practicadas ante él. Ciertamente, el hecho de asistir a los actos de alegación y prueba de las partes coloca al juzgador en una posición insustituible para resolver la causa, y ello hacía difícilmente viable la posibilidad de una segunda instancia en sentido análogo a lo previsto para el enjuiciamiento civil; el tribunal de apelación, que resolvería en virtud de las actas del juicio oral, no cumple con las exigencias de la inmediación (puesto que no presenció directamente lo actuado en él), lo que le sitúa en peor posición que la ocupada por el tribunal que dictó la resolución impugnada.<sup>62</sup> La Exposición de Motivos de la LECrim dice, a este respecto: “La doble instancia penal repugna la índole y naturaleza del proceso penal y público”.

Para poner remedio a este estado de cosas, pero garantizando el derecho a la revisión de la sentencia penal por otra instancia superior, el le-

<sup>61</sup> Véase Aparicio Calvo-Rubio, “Protección constitucional del derecho al recurso en el proceso penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, 22, pp. 237-245; Armenta Deu, “El derecho a los recursos: su configuración constitucional”, *Cuadernos Jurídicos*, núm. 21, 1994, pp. 20-34; Cortés Domínguez, “Teoría general de los recursos en materia penal y la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Recursos en el orden jurisdiccional penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp. 11-24; López Barja de Quiroga, “El doble examen en la jurisdicción penal”, *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 17, 2001, pp. 102-142, y Valencia Mirón, “El derecho al recurso en el proceso penal”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, 1990, pp. 371-385.

<sup>62</sup> Montón Redondo (con Montero, Gómez Colomer y Barona), *Derecho jurisdiccional*, cit., p. 371.

gislador tenía dos opciones: o repetir la prueba ante el tribunal de apelación, garantizando así la inmediación ante el órgano revisor, o establecer un enjuiciamiento en instancia única. En la alternativa, el legislador optó por la segunda solución, principalmente por dos razones; primero, porque una apelación en la que hubiera de repetirse la prueba no sería propiamente hablando una segunda instancia (por la que se entiende la posibilidad de un segundo enjuiciamiento pleno, pero sobre los materiales que sirvieron de base al primero), sino un segundo juicio, *ex novo*; la segunda razón, consecuente de la primera, es que este segundo juicio ante la instancia superior hacía inútil e innecesario el primero, dado que, al final, la decisión dependería en todo caso de la sentencia del tribunal de apelación. En el plan original de la LECrim, el enjuiciamiento de delitos se efectúa, en consecuencia, en instancia única. Eso no significa que no haya posibilidad de impugnación; la sentencia puede ser revisada ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, pero reduciendo el control al juicio de derecho, no al juicio de hecho en la instancia, salvo en caso de error de hecho del juzgador en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en los autos que no resulten contradichos por otros elementos probatorios (artículo 849,2o. de la LECrim);<sup>63</sup> como garantía de la corrección del fallo, el sistema atribuye la decisión en la instancia a un órgano colegiado: la Audiencia Provincial (y, más adelante, a otros órganos colegiados: la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o la Sala de lo Civil y Penal de los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas).

Sin embargo, este esquema original quiebra desde el momento en que la competencia objetiva penal se distribuye entre órganos diferentes dentro de la jurisdicción penal, sin vinculación funcional directa con el tribunal supremo. El reconocimiento de competencia para decidir en determinadas causas (por falta o por delito) a tribunales unipersonales (los

<sup>63</sup> Con todo, la evolución de la jurisprudencia ha flexibilizado la regla original, gracias en cierta medida a la entrada en juego del artículo 853, LEC, en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ, que permite fundamentar el recurso de casación en la infracción de un precepto constitucional. Al amparo de esta norma, han tenido entrada en el Tribunal Supremo, por vía de casación, un sinnúmero de recursos cuyo motivo era la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.2 constitucional, por considerarse insuficiente la prueba de cargo practicada, lo que indirectamente exigía del alto tribunal emitir un juicio sobre la suficiencia de la actividad probatoria de las partes acusadoras, en un territorio en el que es complejo deslindar lo fáctico de lo jurídico.



juzgados de instrucción y, más adelante, a los juzgados de lo penal y centrales de lo penal), exigía la creación de un sistema de revisión de lo juzgado en un escalón intermedio dentro de la estructura orgánica de la jurisdicción penal, que evitase el salto directo hasta el tribunal supremo. Esa circunstancia dio pie al legislador a la creación de un sistema de impugnación de las sentencias dictadas por estos órganos, ante su superior directo, dentro del orden penal. Se incorpora así el recurso de apelación directa, dentro del orden penal. Se incorpora así el recurso de apelación directa, dentro del orden penal. Se incorpora así el recurso de apelación directa, dentro del orden penal. Se incorpora así el recurso de apelación directa, dentro del orden penal. Se incorpora así el recurso de apelación directa, dentro del orden penal.

La apelación penal se construyó, sin embargo, sobre la base del modelo de la apelación civil, dando lugar a una segunda instancia, que permite al tribunal de apelación dictar una nueva sentencia sobre la base de los materiales empleados para llegar a la sentencia impugnada: ya hemos justificado en este mismo epígrafe que este sistema, que quebranta todo el edificio conceptual que llevó al legislador a evitarlo en su plan inicial,<sup>64</sup> menoscaba las exigencias de la inmediación procesal, toda vez que el tribunal de apelación no ha presenciado las alegaciones ni, sobre todo, las pruebas practicadas por las partes. De ello se ha dado cuenta el

<sup>64</sup> Realmente podría haberse mantenido ese espíritu inicial, regulando un recurso de apelación en el que, sobre la base de la casación penal, se restringiesen las facultades de control de hecho sobre la sentencia impugnada. Algo así es lo diseñado en el proceso laboral español, en el que, *mutatis mutandis*, las sentencias del juez de lo social se dictan en instancia única y, según los casos, son recurribles ante tribunales diferentes, en suplicación o en casación, recursos los dos extraordinarios por fundarse sólo en motivos tasados por la ley. Ocurre, no obstante, que dada la gravedad de la condena penal, se consideró oportuno que el ámbito de control jurisdiccional de la sentencia penal de instancia fuera mayor cuando fuera dictada por un órgano unipersonal, pues evitar el control sobre el juicio de hecho de la sentencia otorgaría al juez un poder posiblemente excesivo. Sólo se regula una apelación por motivos tasados (y, por tanto, que no da pie a una segunda instancia), contra la sentencia dictada por el tribunal del jurado, cuando se constituye en el ámbito de la audiencia provincial (artículos 846 bis a) a bis f) de la LECrim). Sobre la apelación penal contra la sentencia, véase Calderón Cuadrado, *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Granada, 1996, y *La prueba en el recurso de apelación penal (doctrina y jurisprudencia)*, Valencia, 1999; Llorente Sánchez-Arjona, *La segunda instancia en el proceso penal. Doctrina y jurisprudencia*, Granada, 2000, y Varela Gómez, *El recurso de apelación penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valencia, 1997. También, Ortells Ramos, “Sobre el régimen de los recursos en el proceso penal abreviado”, *Revista General de Derecho*, núm. 624, 1996, pp. 10135-10147. En cuanto al recurso procedente contra la sentencia dictada en ausencia del acusado, en el procedimiento abreviado, véase Aragoneses Martínez, “Notas sobre el recurso de anulación contra sentencias dictadas en ausencia del acusado en el nuevo ‘procedimiento’ abreviado por delitos de la Ley orgánica 7/1988, del 28 de diciembre”, *Actualidad Penal*, 1, 1990, pp. 29-39, y Calderón Cuadrado, *El recurso de anulación penal*, Granada, 1995.

Tribunal Constitucional español, el cual en su sentencia 167/2002, del 18 de septiembre (fundamento jurídico noveno) ha puesto en tela de juicio el sistema de apelación penal en su actual configuración. Entiende el alto tribunal que la debida tutela judicial exige, cuando se dicta en apelación una sentencia de condena contra el acusado en revocación de otra absolutoria dictada en la instancia, la práctica de la prueba de cargo correspondiente ante el órgano revisor, sin que le baste a éste con apreciar las actas del juicio oral para revocar lo decidido por quien, presenciando la práctica de la prueba (en consecuencia, con inmediación), decidió en primera instancia. La sentencia del Tribunal Constitucional abre la puerta a la conversión del recurso de apelación penal un segundo juicio, y no una mera segunda instancia, con las consecuencias que hemos expuesto.

En resumen, contra la sentencia dictada en la instancia caben los siguientes recursos devolutivos:

- De apelación, cuando la sentencia ha sido dictada en causa por falta o delito, por un tribunal unipersonal, que resuelve el superior jerárquico.
- De casación, ante la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, cuando la sentencia la ha dictado un tribunal colegiado.

Este esquema, válido en términos hasta bien entrado este nuevo siglo, ha sido objeto de una recentísima reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, por exigencias de lo preceptuado en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (“ Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”). Hasta ahora, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideraba debidamente satisfecho en España el derecho al segundo enjuiciamiento con el recurso de casación penal. Sin embargo, un dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, emitido el 20 de julio de 2000, condenó al Estado español por considerar que el recurso de casación, cuando procedía, no garantizaba las exigencias del derecho, de acuerdo con su formulación en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: caso Cesario Gómez Vázquez contra España, al que han seguido otros dictámenes también desfavorables para el Estado español; el dictamen del 30 de julio de 2003 (Caso Joseph Semey contra

España) y el dictamen del 7 de agosto de 2003 (caso Manuel Sineiro Fernández contra España). Con independencia del juicio crítico que merezca esta cuestión,<sup>65</sup> lo cierto es que ha motivado la introducción, en el proceso penal, de un recurso de apelación previo a la casación, contra las sentencias dictadas por las audiencias provinciales y la Audiencia Nacional; en el primer caso, su conocimiento se atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas; en el segundo, a una nueva Sala, creada a dicho fin, en la Audiencia Nacional (artículos 73 y 64 de la LOPJ), si bien los términos de desarrollo de estas normas, en la esfera procesal, están pendientes de desarrollo legislativo cuando estas líneas se redactan.

#### 4. *Costes económicos del proceso penal*

De conformidad con el artículo 119 de la Constitución (y, en su desarrollo, con el artículo 19 de la LECrim), la justicia es gratuita en los casos previstos en la ley. En desarrollo de ambos preceptos se promulgó la Ley 25/1986, del 24 de diciembre, por la que se suprimieron las tasas judiciales en todo tipo de procesos, con el fin de hacer efectiva la gratuidad y, además, para evitar ciertas distorsiones que generaba la gestión de las tasas por el secretario judicial. En la senda de la gratuidad de la justicia hay que colocar también la Ley 1/1996, del 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, dirigida a reducir el coste económico del proceso para aquellas partes con insuficiencia de recursos para litigar, que extiende a todos los órdenes jurisdiccionales el sistema regulado en la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Más recientemente se abrió el debate sobre la necesidad de restaurar las tasas judiciales, sobre la base de la necesidad de que la justicia se sufrague por quienes más la usan, reflexión que dio lugar a la reintroducción de las tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículo 35 de la Ley 53/2002, del 30 de diciembre)

<sup>65</sup> Para el cual recomendamos la lectura de Montero Aroca, *Principios del proceso penal*, cit., pp. 166 y ss.; también, González Cano, “El dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el derecho español”, *Tribunales de Justicia*, 2, 2001, pp. 31-64. En contra de la interpretación del artículo 14.5 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, favorable a entender exigible en el derecho penal la plena instauración de la doble instancia, véase Montón Redondo, *op. cit.*, p. 358.

que afectaba sólo a los órdenes civil y contencioso administrativo, pero no así al penal.

Puede decirse, en resumidas cuentas, que los costes derivados del ejercicio de la potestad jurisdiccional penal se reducen a los honorarios de los abogados, peritos, intérpretes, procuradores (postulantes) de las partes y demás profesionales que intervengan en el proceso penal, indemnizaciones a testigos y jurados, precio de las inserciones en periódicos oficiales o de las certificaciones y documentos expedidos por registros públicos, e importe de los depósitos para ciertas actuaciones; interposición de querellas o de recursos extraordinarios. Como criterio general, cada parte tiene la obligación de hacer frente al coste de las actuaciones que se realizan a su instancia, así como a la satisfacción de los honorarios de su abogado y procurador. Siendo así, en función del resultado del proceso, se introduce un expediente procesal que permite imputar parte de los gastos efectuados a la parte contraria. Ese expediente es la condena en costas, que consiste en el reconocimiento a favor de una de las partes, normalmente de la parte que vence en la instancia, del derecho a obtener de la vencida el reintegro de los gastos generados a su instancia, previa tasación de su importe.

La condena en costas se regula, en lo referente al proceso penal, en los artículos 239 a 245 de la LECrim.<sup>66</sup> *Prima facie*, el tribunal puede declarar en su sentencia las tasas de oficio (cada parte hace frente a las suyas) o puede, en atención a las circunstancias particulares de la causa, incluir en la sentencia expresa condena en costas, pero en realidad esa facultad se encuentra muy limitada. En el caso del acusado se sigue el criterio objetivo o del vencimiento, de suerte que debe ser condenado en costas en caso de ser declarado criminalmente responsable del hecho (artículo 195 del Código Penal), pero no cuando haya sido absuelto de la causa (artículo 240 de la LECrim). En el de las acusaciones particulares y en el del actor civil, la condena en costas sólo es posible si se aprecia temeridad o mala fe en su actuación (criterio subjetivo o de la temeridad). Las partes públicas no pueden ser objeto de condena en costas.<sup>67</sup>

Cuando el condenado en costas (español o extranjero) fuera titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, por carecer de recursos para liti-

<sup>66</sup> Sobre la cuestión, véase Ariza Colmenarejo, *Las costas en el proceso penal*, Granada, 1998.

<sup>67</sup> Gómez Orbaneja y Herce, *op. cit.*, p. 382.

gar, se le exime del pago de los honorarios de abogados, procuradores (que le serán designados de oficio, salvo que exista abogado que acepte la defensa gratuitamente) y del pago de los depósitos para la interposición de recursos; tiene derecho a obtener inserciones gratuitas en periódicos oficiales, notas y testimonios notariales y dictámenes de los peritos adscritos a los órganos técnicos de los órganos jurisdiccionales y, en su defecto, a las administraciones públicas, y a obtener una rebaja en la obtención de certificaciones oficiales de registros públicos. En caso de ser condenado en costas el beneficiario de la asistencia jurídica gratuita, sólo deberá pagarlas si en los tres años siguientes a la condena deviene a mejor fortuna (artículos 2, 6 y 36 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

#### VI. LÍNEAS GENERALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL: TRIBUNALES QUE INTEGRAN LA JURISDICCIÓN PENAL Y CLASES DE PROCEDIMIENTOS

Esta panorámica de la justicia penal en España debe completarse con una exposición esquemática de cuáles son los tribunales que se integran dentro de la jurisdicción penal y de cuáles son los tipos de procesos a través de los cuales ejercen su función de tutela. Como es de suponer, una función compleja y tecnificada como la jurisdiccional no se ejerce en el derecho español por un único tipo de tribunal ni con un único procedimiento. La selección del tribunal que ha de conocer del asunto se produce siempre con arreglo a reglas legales (de jurisdicción y competencia) objetivas y generales, como garantía para las partes contra la designación discrecional del juez; es la materialización del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 de la Constitución) y de la interdicción de la justicia excepcional o, *ad hoc* (artículo 117 de la Constitución). A continuación se enumeran y clasifican unos y otros.

##### 6. *Tribunales que integran la jurisdicción penal*

Los tribunales integrados en el orden jurisdiccional penal pueden clasificarse según diferentes criterios:

Desde el punto de vista *territorial*, hay órganos de ámbito nacional (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo), autonómico (Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas),

provincial (juzgados de lo penal), de partido (juzgados de instrucción) y municipales (juzgados de paz). Desde el punto de vista del *número* de jueces o magistrados que los integran, hay órganos unipersonales (juzgado de instrucción) y colegiados (audiencias provinciales). Desde el punto de vista de la *cualificación* del personal juzgador, hay tribunales integrados por jueces legos (Tribunal del jurado, juzgados de paz) y por jueces juristas. Evidentemente, la jurisdicción penal está integrada por una compleja estructura orgánica, en la que cabe identificar trece clases de órganos jurisdiccionales, a su vez, en la mayor parte de los casos, multiplicados por el territorio nacional.

Las piezas básicas de este complejo orgánico son el juzgado de instrucción y la audiencia provincial; el juzgado de instrucción es un órgano que extiende su jurisdicción al partido judicial, unidad territorial de la administración de justicia, que engloba un territorio integrado por, al menos, un municipio, y que puede extenderse a varios municipios colindantes dentro de la provincia. La competencia del juzgado de instrucción se extiende, como su nombre indica, a la investigación sumarial previa al juicio, aunque también puede conocer del enjuiciamiento de ciertas faltas. A la audiencia provincial le corresponde juzgar las causas instruidas por el juzgado de instrucción por delito con pena superior a cinco años de prisión. Las sentencias dictadas por la audiencia provincial son recurribles en casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, cúspide del orden jurisdiccional penal, con sede en Madrid y demarcación nacional, que además conoce de las demandas de revisión y, en única instancia, de los procesos penales contra ciertas autoridades indicadas en la LOPJ (artículo 57). Este esquema simple se completa, en su base, con los juzgados de paz, órganos presididos por jueces legos y existentes en los municipios que no son cabeza de partido, encargados de juzgar las faltas de las que no conoce el juzgado de instrucción (artículo 14 de la LECrim).

En 1977 (por el Decreto-ley 1/1977), se crea la Audiencia Nacional, heredera del denominado Tribunal de Orden Público, órgano de carácter político durante la dictadura franquista. La Audiencia Nacional, hoy plenamente integrada en la jurisdicción ordinaria, se encarga del enjuiciamiento de las causas enumeradas en el artículo 65 de la LOPJ (delitos competentes de la justicia española cometidos fuera del territorio español, delitos contra la Corona, delitos contra la salud pública de trascendencia territorial superior a una provincia) y, además, de los delitos co-

metidos por bandas armadas y elementos terroristas. Su demarcación es nacional y su sede está en Madrid. Por exigencias del derecho al juez no prevenido, las causas que juzga la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional son instruidas por los juzgados centrales de instrucción, también con idéntica sede y demarcación que aquélla. La Audiencia Nacional encabeza una jurisdicción especializada a la investigación y enjuiciamiento de determinados delitos dentro del orden penal, yuxtapuesta a la que corresponde a las audiencias provinciales.<sup>68</sup>

En virtud de la Ley orgánica 7/1988, y como consecuencia de la aludida sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, se crean dos nuevos órganos unipersonales, cuya competencia objetiva se extiende al enjuiciamiento de determinadas causas por delitos, cuya cuantía no exceda, en la actualidad, los cinco años de privación de libertad o pena de multa sea cual sea su duración siempre que, de ser conjuntas, su suma no rebase diez años de pena, distribuyéndose así con la Audiencia Provincial y la Audiencia Nacional el enjuiciamiento penal en primera instancia; son los juzgados de lo penal, de ámbito provincial y sede en la capital de la provincia, y el Juzgado Central de lo Penal, de ámbito nacional y capital en Madrid; las sentencias que dictan estos órganos son apelables, respectivamente, ante la Audiencia Provincial y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Como se ve, dentro de la jurisdicción penal se forman dos conjuntos integrados por tribunales con vinculación funcional: juzgado de instrucción, juzgado de lo penal y audiencia provincial; juzgado central de instrucción, juzgado central de lo penal; Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Este mapa debe completarse con la Sala de lo Civil y Penal de los tribunales superiores de justicia, uno en cada una de las diecisiete comunidades autónomas. Este órgano conoce en primera instancia de la instrucción y enjuiciamiento de determinadas causas contra aforados (artículo 73 de la LOPJ) y también conocerán de los recursos de apelación contra las sentencias en primera instancia de la Audiencia Provincial y contra las dictadas por el Tribunal del Jurado; contra las dictadas en primera instancia por la Audiencia Nacional cabrá apelación ante una Sala de apela-

<sup>68</sup> Sobre la posición de la Audiencia Nacional dentro de la jurisdicción penal, véase Lorca Navarrete, “La Audiencia Nacional en la nueva LOPJ; anotaciones sobre un órgano jurisdiccional polémico”, *Justicia*, núm. 1, 1986, pp. 73-76; y Martín Ostos, “La Audiencia Nacional y los delitos de terrorismo”, *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 1, 1988, pp. 119-133.



ciones formada en la propia Audiencia Nacional, una vez desarrollado el artículo 64 de la LOPJ tras la reforma de la Ley Orgánica 19/2003.

El Tribunal del Jurado se introduce, conforme al modelo de jurado puro, en 1995 (Ley orgánica 5/1995), y se le atribuye el conocimiento de un número limitado de procesos por delitos, entre los que se encuentran el homicidio, las amenazas, omisión del deber de socorro, los incendios forestales, fraudes y exacciones ilegales, cohecho y negociaciones prohibidas a los funcionarios; se puede formar en el entorno de la Audiencia Provincial, pero también del Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo, no así en el de la Audiencia Nacional), con la demarcación respectiva, e integrado por un magistrado que lo preside y nueve ciudadanos jurados. En último término, forman parte también del orden penal los tribunales integrados en la jurisdicción de menores (juzgados de menores; juzgado central de menores) y los juzgados de vigilancia penitenciaria y central de vigilancia penitenciaria. Y, en último término, penales son también, aun fuera de la jurisdicción ordinaria penal, los tribunales de la jurisdicción especial militar: juzgados togado, tribunales militares territoriales y Tribunal Militar Central; éstos se unen por la cúspide con la jurisdicción ordinaria, a través de la Sala Quinta, de lo militar, del Tribunal Supremo.

## 2. *Clases de procedimientos penales*

En cuanto a los procesos penales, podemos distinguir tres procesos ordinarios; el más aplicado en la práctica es el *procedimiento abreviado* (artículos 779 y siguientes de la LECrim), para el enjuiciamiento de los delitos con pena de hasta nueve años o pena de otra naturaleza cualquiera que sea su duración; el más estudiado y al que la ley dedica mayor cantidad de preceptos es el *procedimiento ordinario por delitos graves*, para el enjuiciamiento de delitos que rebasen la pena de nueve años de privación de libertad; junto a estos dos ordinarios aplicables a causas por delito existe un procedimiento para el enjuiciamiento de *faltas* (artículos 962 y siguientes de la LECrim).

Existen determinados procesos especiales, por razón de la materia, y en virtud del tribunal competente; es el caso del procedimiento penal ante el Tribunal del Jurado, el procedimiento para el enjuiciamiento de los menores de edad penalmente responsables (ante los tribunales de meno-

res) y el proceso penal militar, para ante los órganos de la jurisdicción militar.

De conformidad con las Leyes orgánica 8/2002 y ordinaria 38/2002, se desarrollan en España los denominados *juicios rápidos* (procedimientos para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas), introducidos en 1992, pero escasamente aplicados hasta estas nuevas leyes, salvo en determinados partidos judiciales;<sup>69</sup> en realidad, estos procedimientos son modalidades del procedimiento abreviado y del juicio de faltas, a través de los cuales se pretende una respuesta rápida y eficaz contra los delitos flagrantes y, muy en concreto, contra la violencia de género en el ámbito familiar o *violencia doméstica*.

<sup>69</sup> Por carencia de medios materiales. Su implantación fue efectiva en Barcelona y Sevilla, con ocasión de los Juegos Olímpicos y la Exposición Universal celebrados en 1992, eventos que justificaron la creación de estos procedimientos por la Ley 39/1992, de medidas urgentes para la reforma procesal en materia, penal, civil y contencioso-administrativa. La más completa exposición sobre los nuevos juicios rápidos penales es la que realizan Gascón Inchausti y Aguilera Morales, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios a la Ley 38/2002 y a la Ley Orgánica 8/2002*, Madrid, 2003.