

LA GARANTÍA PROCESAL PENAL Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO

Juan MONTERO AROCA *

SUMARIO: I. *Los sistemas teóricos de aplicación del derecho penal;* II. *Los llamados sistemas acusatorio e inquisitivo;* III. *La acomodación del proceso a los imperativos de la aplicación del derecho penal;* IV. *El principio de necesidad y la determinación por el mismo del proceso penal;* V. *La imparcialidad del juzgador y el principio acusatorio;* VI. *La posición de las partes y el principio de contradicción.*

I. LOS SISTEMAS TEÓRICOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL

La aplicación del derecho penal sólo puede explicarse desde la existencia de una serie de monopolios que se presentan lógicamente de modo escalonado.

A. El primero atiende a que el Estado asume en exclusiva el *ius puniendi*, de forma tal que fuera del mismo no puede existir una pretendida justicia privada. Desde este punto de vista se ha de llegar a la conclusión de que los particulares no pueden disponer del derecho penal, lo que debe entenderse en un doble sentido:

a) Significa, por un lado, la prohibición general de la autotutela. No ya el Estado de derecho, sino la misma sociedad civilizada, puede existir sólo y en tanto en la misma se parta de esa prohibición, lo que supone que el poder tomarse la justicia por propia mano ha de estar excluido. Podrán existir supuestos excepcionales de autotutela (y el caso más destacado es el de la legítima defensa), pero la regla general ha de ser la de su prohibición, lo que unas veces se hace de modo expreso en las constituciones (como sucede en el artículo 17 de la Constitución de México, cuando dice: “Ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia

* Catedrático de Derecho Procesal, magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España.

para reclamar su derecho”) y otras está implícito, por estimarse que es algo tan elemental que no es preciso plasmarlo en la Constitución; en los dos casos la tutela arbitraria de los propios derechos se tipifica como delito (caso del artículo 337 del Código penal español), sin perjuicio de que los correspondientes actos de violencia se tipifiquen, a su vez, en los lugares correspondientes de la norma penal sustantiva.

b) Por otro lado significa que los particulares no pueden disponer de la consecuencia jurídico penal, esto es, de la pena, y que no pueden hacerlo ni positiva, acordando de modo privado la imposición de penas ni aun con la aceptación del sujeto pasivo, ni negativamente, decidiendo su no imposición.

Existen, sí, algunos supuestos excepcionales en los que cabe referirse a una disposición negativa, bien porque el inicio de la persecución penal se deje depender de la voluntad del ofendido por el delito (como ocurre en los llamados delitos “privados” y aun en los “semiprivados”), bien porque algunas veces quepa el perdón del ofendido (como suele ocurrir en los delitos de calumnia e injuria), pero la regla general es que la voluntad del particular no puede ser determinante a la hora de la aplicación del derecho penal, y por tanto, la persecución de los delitos “públicos” no dependerá de la voluntad del ofendido o perjudicado por los mismos, ni su perdón extinguirá la responsabilidad penal.

Estos dos significados del primer monopolio llevan a la conclusión de que no existe una relación jurídico material penal en la que sean partes los que han intervenido en el hecho delictivo, bien como autor bien como víctima. El ofendido o perjudicado por el delito no es titular, ni puede afirmar que lo sea, de un derecho subjetivo a que el autor del mismo se le imponga una pena, por cuanto tal negado derecho subjetivo supondría la titularidad del *ius puniendi*. Éste corresponde sólo al Estado; al ofendido o perjudicado únicamente puede reconocerse la facultad o, si se quiere, el derecho, de promover el ejercicio por el Estado de ese derecho a castigar.

B. El segundo monopolio se refiere a que el derecho penal no puede aplicarse, dentro del Estado, por órganos distintos de los jurisdiccionales, los cuales, son sus únicos actuadores. Consecuencia obvia de ello es que los órganos administrativos no pueden imponer penas.

Estamos aquí ante una opción de civilización que ha llevado a excluir de la aplicación del derecho penal a todos aquellos órganos estatales que no puedan calificarse de tribunales. No es necesario

advertir que no siempre ha sido así históricamente, pero sí conviene insistir en que hoy se está, de alguna manera, burlando esta opción, que suele plasmarse en las constituciones, mediante la distinción entre pena y sanción administrativa y con el reconocimiento de la potestad sancionadora de la administración. Es necesario en la actualidad evidenciar que el decir que la administración no puede enjuiciar conductas constitutivas de delito ni imponer penas, es manifiestamente insuficiente cuando se constata día a día que las leyes van permitiendo a los órganos administrativos imponer sanciones pecuniarias de tal magnitud, muchas veces, que ni siquiera pueden ser impuestas por los tribunales como penas.

Siempre amparándose en la tutela de los intereses generales, el ámbito en el que va moviéndose la potestad sancionadora de la administración es tal que en muchas ocasiones las diferencias entre pena y sanción administrativa son puramente semánticas. Si a ello se une un movimiento doctrinal, hecho suyo inmediatamente por los titulares del poder político, tendente a la descriminalización de conductas hasta ahora delictivas, para convertirlas en ilícitos administrativos, el resultado puede ser muy preocupante.

Con todo, y a nivel de principios, que es en el que ahora nos movemos, está claro que garantía esencial del Estado de derecho, tal y como se concibe éste jurídica y políticamente, es que el derecho penal y, por tanto, su consecuencia la pena, sólo puede ser aplicada por los tribunales. El *ius puniendi* es monopolio del Estado y, dentro de éste, es monopolio de los tribunales. Frente a este segundo monopolio sigue sin existir relación jurídico material penal entre los particulares, de modo que el ofendido por el delito a lo único que puede aspirar es a que se le conceda la facultad de promover el ejercicio por los tribunales del derecho monopolizado por éstos a castigar.

C. El tercer monopolio se centra en que el derecho penal se aplica por los tribunales precisamente por medio del proceso, no de cualquier otra manera.

A nivel teórico cabe imaginar que, atribuido el *ius puniendi* a los tribunales, éstos lo ejercitaran sin necesidad de utilizar el medio que es el proceso. En efecto, a los titulares de la potestad jurisdiccional se les pueden atribuir funciones no jurisdiccionales, y de hecho ocurre así en muchos países en los que a jueces y magistrados se les confieren funciones en materia electoral, por ejemplo, que no son jurisdiccionales y que son llevadas a cabo por medios no pro-

cesales. Cuando se toma la decisión política de que los tribunales impongan las penas precisamente por medio del proceso se está eligiendo entre varias opciones posibles, siendo el elemento determinante de esta decisión la creencia de que el proceso es el mejor instrumento para garantizar tanto la legalidad del resultado como los derechos de las partes y, especialmente, del acusado.

Adoptada políticamente la decisión de que el derecho penal se aplique sólo en el proceso, ello comporta necesariamente que los principios connaturales al proceso en general han de tener vigencia en el proceso penal y, más en concreto, que el titular del órgano jurisdiccional ha de ser imparcial en la aplicación de la ley penal y que las partes han de poder realizar su actividad conforme a la contradicción.

Antes de seguir con el desarrollo de lo que suponen la imparcialidad y la contradicción, que es el objeto esencial de esta ponencia, estimamos necesario aclarar algunos aspectos sin los que no nos sería posible extraer las consecuencias propias de esos principios.

II. LOS LLAMADOS SISTEMAS ACUSATORIO E INQUISITIVO

Es hoy un lugar común en los manuales de derecho procesal penal referirse a que el proceso penal puede configurarse conforme a dos sistemas, que suelen denominarse acusatorio e inquisitivo, e incluso se llega a ubicar esos sistemas en determinados momentos históricos, procediéndose a hacer una suerte de evolución del proceso penal. Se dice así que el sistema acusatorio fue el propio de los griegos y de la Roma clásica, mientras que el sistema inquisitivo apareció ya con el imperio romano y es típico del derecho canónico. Naturalmente no faltan las referencias a la Inquisición, al oscurantismo medieval y otras de semejante jaez.

En nuestra opinión la misma idea de principios alterantivos conformadores de sistemas procesales penales descansa en un grave error, que se evidencia cuando se advierte cuáles son los caracteres identificadores de uno y otro sistema. Esos caracteres, según una doctrina que los repite sin el menor sentido crítico, son los siguientes:

a) En el sistema acusatorio la jurisdicción se ejerce por tribunales populares, mientras que en el inquisitivo se trata de jueces profesionales y permanentes.

b) Mientras que en el acusatorio la acción penal es popular y su existencia es indispensable para la realización del proceso, en el

inquisitivo no existe libertad de acusación sino que el juez se convierte al mismo tiempo en acusador, asumiendo los dos papeles.

c) Las partes en el sistema acusatorio actúan en contradicción e igualdad, mientras que en el inquisitivo, por un lado, no hay parte acusadora distinta del juez y, por otro, el acusado no es un verdadero sujeto del proceso sino el objeto del mismo.

d) Si en el acusatorio el juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal de la contienda, en el inquisitivo los poderes del juez son muy amplios.

e) En el sistema acusatorio la regla es la libertad del imputado mientras dura el proceso, en tanto que en el inquisitivo impera la prisión provisional o preventiva.

f) Con relación a las pruebas, éstas, en el sistema acusatorio deben ser introducidas por las partes, no por el juez que carece de poderes autónomos para investigar los hechos, si bien en la valoración de esas pruebas rige el criterio de la libre apreciación por el juez; en el sistema inquisitivo se dan los caracteres contrarios, es decir, el juez investiga de oficio los hechos, aunque luego viene limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba.

g) El procedimiento del proceso acusatorio es oral, concentrado y público, mientras que el procedimiento del inquisitivo es escrito, disperso y secreto.

h) Por último, en el acusatorio existe una sola instancia, de modo que la sentencia es inimpugnable, mientras que el inquisitivo consta de dos instancias.

Si se examinan en detalle algunas de estas características creemos que aparecerá evidente que responden a varios principios o reglas autónomas configuradoras de aspectos parciales del proceso y del procedimiento que, por sí solos, no dicen nada respecto de uno u otro pretendido sistema, en cuanto no son determinantes.

Por ejemplo:

1. El que la jurisdicción se ejerza hoy por tribunales populares (el jurado) o por jueces profesionales, no sirve sin más para calificar a un sistema de imposición de las penas de acusatorio o de inquisitivo, pues existen muchos ordenamientos basados en el sistema acusatorio y con jueces profesionales.

2. El que la acción penal sea o no popular o el que la tenga en exclusiva el Ministerio Público, es indiferente para concluir que el sistema es acusatorio o no.

3. La situación personal del acusado, en libertad o en prisión preventiva, no es elemento que lleve a calificar un sistema de acusatorio o de inquisitivo; adviértase que así fuera el mero hecho de que el acusado se encuentre en una u otra situación cambiaría la naturaleza del sistema.

4. La oralidad y la escritura son reglas configuradoras del procedimiento, de la forma de los actos procesales, y no se refieren a los principios o reglas del proceso.

Los ejemplos podrían seguir, pero creemos que ha llegado la hora de declarar lo que en este epígrafe venimos persiguiendo: no existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio, sino dos sistemas de actuación del derecho penal por los tribunales, de los cuales uno es extrajurisdiccional, es decir, en el que no se utiliza el medio que es el proceso, y otro jurisdiccional, esto es, procesal.

El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no es, un verdadero proceso. Si éste se identifica como *actus trium personarum*, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes (y, por lo mismo, parciales) situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, planteando un conflicto para que aquél lo solucione actuando el derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso.

El llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existen realmente un juez imparcial y dos partes enfrentadas entre sí, pero no todos los caracteres que suelen incluirse como propios del sistema acusatorio son necesarios para que exista ese verdadero proceso. Algunos de esos caracteres podrían modificarse, sin que ello impidiera la subsistencia del proceso. Por ejemplo, nada dice respecto de la esencia del proceso el que el juez sea profesional o popular o que el procedimiento sea oral o escrito, pero sí afecta a esa esencia el que el juez sea al mismo tiempo el acusador o el que el acusado no sea sujeto sino objeto del proceso.

Así las cosas creemos que se puede afirmar que los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que hoy no tienen ni siquiera valor pedagógico pues para lo único que sirven es para confundir al alumno, al cual se le puede dar una idea profundamente errónea de lo que es el proceso en general. Hay, por el contrario, que dejar muy claro que en determinadas épocas histó-

ricas el derecho penal no lo aplicaban en exclusiva los tribunales y que en otras lo aplicaron los tribunales, pero no por medio del proceso, y hay que proclamar como conquista de la civilización la garantía jurisdiccional entendida correctamente, esto es, asunción del monopolio del *ius puniendi* por los tribunales y exclusividad procesal de su ejercicio.

A partir de aquí lo que realmente importa, no son los llamados sistemas procesales que no son tales, sino los principios y reglas concretas que sirven para determinar cómo se configura el proceso. De esos principios el que nos importa en este momento, atendido el tema que se nos ha fijado para esta ponencia, es el acusatorio, si bien habremos de referirnos al de contradicción además, pero sólo a los efectos de marcar el verdadero ámbito del primero.

III. LA ACOMODACIÓN DEL PROCESO A LOS IMPERATIVOS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL

Una vez aclarado que no existe un proceso inquisitivo conviene percatarse de que el proceso penal no puede ser exactamente igual que el civil. Aparte de caracteres menos trascendentes es preciso hacer referencia a algunas diferencias básicas.

A. Creación artificial de una parte: el Ministerio Público

Si hubiera de mantenerse el esquema lógico de lo que es conceptualmente el proceso, en el penal aparecerían como parte acusada aquella persona a la que se imputa la comisión de un delito y como parte acusadora el ofendido o perjudicado por el mismo. Éste no tendría derecho a la imposición de la pena, pero sí quedaría legitimado para el ejercicio de la acción penal, entendida ésta como un *ius ut procedatur*; esto es, el ofendido o perjudicado no es titular de un derecho subjetivo material a la imposición de una pena concreta y, ni siquiera, a la imposición de una pena sin más, sino que la acción penal es sólo un derecho al proceso.

Más aún, ese derecho al proceso penal no puede ser lo mismo que el derecho al proceso civil; en éste quien afirme su titularidad de un derecho subjetivo privado tiene derecho, concurriendo los presupuestos y requisitos procesales, a que se realice todo el proceso y a que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, es decir, a que se realice toda la actividad procesal y a que se dicte un pronuncia-

miento en el que el juez decida sobre la correspondencia de la pretensión concreta con el ordenamiento jurídico. Por el contrario, en el proceso penal no puede existir en el acusador un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación de toda la actividad procesal, sino que el derecho al proceso se resuelve únicamente en la necesidad de un pronunciamiento por el juez, aunque ese pronunciamiento pueda dictarse ya en el inicio del proceso, pues si el juez en el mismo momento del ejercicio de la acción penal por el acusador considera que los hechos alegados por aquél no están tipificados en la norma penal sustantiva, no tendrá sentido realizar todo el proceso penal.

Pero lo que realmente nos importa evidenciar aquí es que ese esquema de acusador, ofendido o perjudicado por el delito, y acusado, a quien se imputa la comisión del delito, se quebró cuando se reconoció que la persecución de los delitos no puede abandonarse en manos de los particulares, sino que es una función que debe asumir el Estado y que debe ejercitarse conforme al principio de legalidad. Se produjo así la creación del Ministerio Público o Fiscal.

Se trató, en general, de evitar dos graves inconvenientes: uno se refería a la impunidad y el otro atendió a la legalidad. Si la existencia del proceso exige que una parte acuse, el abandono de la acusación en manos de los particulares implica que se perseguiría el delito sólo cuando existiera un ciudadano que asumiera el papel de acusador, con el riesgo de que si no aparecía ese acusador el delito quedara impune. Además el particular acusador puede ir al proceso movido, no por la idea de persecución del delito conforme a la legalidad, sino por criterios de venganza, de chantaje u otras finalidades inadmisibles desde la perspectiva de la justicia penal.

El Ministerio Público o Fiscal es, por consiguiente, una creación artificial que sirve para hacer posible el proceso, manteniendo el esquema básico de éste, y de ahí que se le convierta en parte acusadora que debe respetar el principio de legalidad. Con ello estamos indicando los dos caracteres esenciales de la figura: es una parte, si bien pública, que responde a la idea de que el delito afecta a toda la sociedad estando ésta interesada en su persecución, y su actuación ha de basarse en la legalidad.

El que después ese Ministerio Público o Fiscal asuma o no en exclusiva el ejercicio de la acción penal, esto es, que además de a la parte pública se reconozca o no legitimación a los ciudadanos particulares para el ejercicio de la acción penal, es algo que ya no

afecta ni al esquema esencial del proceso, pues ello responde a un criterio político contingente y accesorio desde el proceso mismo, ni al contenido de la acción penal, pues ésta seguirá siempre siendo un simple *ius ut procedatur*, tanto lo ejerza un particular como el Ministerio Público.

B. *Actividad preparatoria pública*

El proceso civil comienza cuando ante un órgano jurisdiccional se presenta una demanda en la que una parte, el actor, formula una pretensión contra otra, el demandado. Naturalmente la demanda puede estar precedida de una actividad de preparación, en la que el abogado del actor recoja los materiales para decidir, primero, si es conveniente para su cliente que la demanda llegue a ser presentada o no y, después, para hacer acopio de las fuentes de prueba con las que afrontar con éxito el proceso. Ahora bien, lo característico de esta preparación para el proceso civil es que es privada, no estando ni siquiera regulada en la ley. En alguna ocasión se refiere la ley a “diligencias preliminares” (artículos 497 a 501 de la Ley de enjuiciamiento civil española) o a “medios preparatorios” (artículos 193 a 200 del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, de México) pero unas y otros son voluntarios y de naturaleza jurídica muy discutible.

Por el contrario, las leyes penales de todos los países sí regulan los actos de preparación del verdadero proceso penal y les atribuyen naturaleza pública, con lo que están introduciendo un elemento desconocido en el esquema ordinario del proceso. Una idea muy aproximada de lo que es esa actividad preparatoria la proporciona el artículo 299 de la Ley de enjuiciamiento criminal española, conforme al cual:

Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

Resulta de ello que desde el *Code d'instruction criminelle* de 1808 el sistema de imposición de las penas se rompió en dos fases bien delimitadas: una preparatoria o de instrucción y otra enjuici-

ciadora o de juicio en sentido estricto. La primera fase recibe nombres muy variados en los distintos códigos, pero por nuestra parte preferimos llamarla procedimiento preliminar, entendiéndolo que el mismo se explica con base en estas razones:

1. Se trata de actividades en las que predomina el interés público, que han de realizarse por un órgano público sometido al principio de legalidad y en las que pueden realizarse limitaciones de derechos fundamentales, por lo que evidentemente no cabe que se abandonen ni en manos de los particulares ni en manos de un órgano público que actúe discrecionalmente y sin las garantías de la legalidad estricta.

2. El verdadero enjuiciamiento sólo debe ser sufrido por el imputado cuando existan elementos suficientes para ello, elementos que deben ser necesariamente determinados antes de la apertura del verdadero proceso. La denominada “pena de banquillo” sólo debe ser soportada por el imputado cuando razonablemente se haya llegado a la constatación, no de que va a obtenerse una sentencia condenatoria, sino más sencillamente de que existen indicios de que él es el autor de un hecho y de que éste está tipificado en la ley penal, con lo que se está haciendo referencia más a un interés particular que a otro público, aunque éste no falte.

Resulta así que ese procedimiento preliminar cumple dos finalidades básicas: Por un lado prepara el juicio y, por otro, evita juicios inútiles, tanto desde el criterio de lo público como de lo privado. Ahora bien, cuando se dice que el procedimiento preliminar prepara el juicio no puede entenderse que la preparación se refiera sólo a la acusación sino que el procedimiento ha de referirse también, y con la misma intensidad, a preparar los elementos necesarios para la defensa.

Sobre todo en los últimos años se está incurriendo en el gravísimo error de considerar que la instrucción consiste en la recogida de los elementos necesarios para determinar si se debe sostener la acusación y para preparar ésta, cuando una verdadera instrucción debe estar tanto para lo que determina la inculpación como para lo que la excluye. Y es desde esta perspectiva desde la que debe afrontarse la decisión de a quién se confía la instrucción misma, si a un juez imparcial o a una parte (parcial) como es el Ministerio Público, y con ello qué naturaleza ha de tener, procesal o administrativa.

Con lo dicho es obvio que en nuestra opinión el procedimiento preliminar no debe encomendarse a una parte, que es lo que es el Ministerio Público, que se limite a preparar la acusación, sino a un tercero imparcial, al cual se atribuya la preparación de la acusación y de la defensa. Ahora bien, como existe una ponencia dedicada a la instrucción no seguimos desarrollando esta fundamental cuestión y a aquélla nos remitimos.

IV. EL PRINCIPIO DE NECESIDAD Y LA DETERMINACIÓN POR EL MISMO DEL PROCESO PENAL

La decisión política de que el derecho penal se aplica sólo por los tribunales y de que éstos lo actúan únicamente por medio del proceso, no puede significar que haya de partirse de los mismos elementos condicionantes de que se parte en el proceso civil. En éste el elemento base condicionante de toda su estructura es lo que denominamos principio de oportunidad, que es consecuencia del reconocimiento de la existencia de una relación jurídica material entre particulares de la que se deducen derechos subjetivos y obligaciones.

La oportunidad significa que el interés del individuo es el que predomina y por tanto:

1. Ante la perturbación del interés privado el proceso civil no es el único sistema para su restauración, existiendo otros sistemas que no son los procesales. Más aún, puede decirse que el derecho privado se aplica preferentemente por los propios particulares y que la aplicación del mismo por un juez es estadísticamente excepcional.

2. La iniciación del proceso civil queda en manos de los particulares, siendo éstos los que deben decidir si es oportuno o no para la mejor defensa de sus intereses el acudir o no al proceso, de modo que éste no se inicia nunca de oficio por el juez y tampoco puede iniciarlo alguien distinto del particular que no afirme ser titular del derecho subjetivo, con lo que se excluye también al Ministerio Público.

Estos dos caracteres, determinantes de la existencia de un proceso oportuno, conducen al principio dispositivo. Este supone, además de lo anterior, que:

1. La determinación concreta del interés cuya satisfacción se pide del órgano jurisdiccional es facultad exclusiva de las partes, es decir, son las partes las que determinan el objeto del proceso y lo

que en él puede discutirse, por medio de la pretensión y de la resistencia.

2. El órgano jurisdiccional, al satisfacer por medio del proceso y de la sentencia intereses privados, ha de ser congruente con la pretensión y la resistencia formuladas.

3. Si las partes son las únicas que pueden iniciar el proceso, también pueden ponerle fin, disponiendo del interés cuya satisfacción solicitó.

Por el contrario, el elemento condicionante del proceso penal es lo que denominamos principio de necesidad, que es consecuencia de que no existe ni una relación jurídica material penal, ni un derecho subjetivo a la imposición de una pena por quienes ejercitan la acción penal. El *ius puniendi* pertenece exclusivamente a los tribunales, no estando atribuido a las partes, ni siquiera a la creada artificialmente como ministerio público.

Desde la necesidad hay que deducir que lo predominante en el proceso penal es el interés de la colectividad y, consiguientemente, que:

1. No existe aplicación del derecho penal por órganos distintos de los tribunales ni fuera del proceso, de modo que los términos delito, pena y proceso son correlativos y no existe uno sin los otros.

2. La existencia de un hecho aparentemente delictivo debe poner necesariamente en marcha el procedimiento preliminar y al final del mismo, si subsisten los indicios de haberse cometido un delito, debe formularse la acusación y conforme al principio de legalidad, para lo que precisamente se ha creado la figura del Ministerio Público.

3. Si los particulares no son titulares de relación jurídica material penal alguna no pueden tener la disposición en la aplicación del proceso penal, lo que supone que no puede abandonarse en sus manos ni la incoación ni la terminación del proceso.

4. Convertido el Ministerio Público en parte, el mismo no tiene atribuido el *ius puniendi*, de modo que tampoco él es titular de una inexistente relación jurídica material penal, estando obligado a ejercer la acción penal cuando concurren los presupuestos previstos en la ley, y no puede abandonarla sino cuando concurren los presupuestos previstos en la ley para ello.

Lo que estamos diciendo, en conclusión, es que la conformación del enjuiciamiento penal como un verdadero proceso, no puede significar que éste se sujete a los principios de oportunidad y disposi-

tivo. Es, sin duda, un proceso, pero sus principios configuradores tienen que ser distintos de los del civil.

Veamos a continuación uno de esos principios esenciales, el referido a la imparcialidad del juez y que se conoce como principio acusatorio, bien entendido que el mismo afecta al verdadero proceso que es el enjuiciamiento, no al procedimiento preliminar, que no es objeto de atención en esta ponencia. Atendidas las implicaciones que vienen haciéndose entre los principios acusatorio y de contradicción aludiremos también a éste último, si bien sólo en lo imprescindible para completar la visión del primero.

V. LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO

La garantía procesal en la aplicación del derecho penal, el que éste se actúa precisamente por medio del proceso, no da respuesta a algunas cuestiones que se presentan inmediatamente después en el desarrollo lógico de lo que venimos exponiendo. Esa garantía dice que el proceso debe iniciarse necesariamente, pero no dice cómo ni quién va a determinar el hecho que se imputa y la persona del imputado. A esas cuestiones atiende el principio acusatorio y lo hace desde el fundamento de la imparcialidad del juez. A pesar de todas las especialidades que puedan concurrir en el proceso penal, lo que no puede ser diferente es la existencia de un tercero imparcial que está colocado *supra partes*.

Hoy está fuera de discusión que el principio acusatorio tiene que suponer que no pueden ejercerse por un mismo órgano las funciones de investigación, en el procedimiento preliminar, y de enjuiciamiento, en el juicio, por cuanto ello supondría el riesgo de que la decisión se pronunciara por un juzgador carente de imparcialidad. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de octubre de 1984, en el “caso De Cubber”, entendió que la actuación como juez en el tribunal sentenciador de quien había sido juez instructor de la causa, suponía la infracción del derecho a un juez imparcial, y el Tribunal constitucional español, en la sentencia 145/1988, de 12 de julio, declaró que

la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejo-

res deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible.

En ese mismo orden de cosas, y con referencia ya al juicio, la exigencia de imparcialidad ha de llevar a que no sea el juzgador el que asuma el ejercicio y concreción de la acusación; o, dicho de otro modo: la existencia de la acusación y el contenido de la misma no pueden provenir ni ser fijadas por el mismo órgano que después será el juzgador. Y la razón de ello sigue siendo la misma: garantizar la imparcialidad de quien tiene que dictar la sentencia.

Así planteadas las cosas el principio acusatorio se resuelve en tres consecuencias trascendentes:

A. No puede haber proceso si no hay acusación y ésta ser formulada por persona ajena al tribunal sentenciador

Aunque pudiera parecer que se trata de algo obvio no lo es tanto pues esta consecuencia ha llevado, para mantener la imparcialidad del juzgador, a que el Estado se desdoble en el proceso penal y, por un lado, actúe como requirente (estableciendo toda una organización para ello, la del Ministerio Público) y, por otro, como decisor (también con su organización propia, la de los tribunales). Ahora bien, el riesgo consiste aquí en confundir dos cosas muy distintas; la consecuencia que estamos enunciando es la de que no puede haber proceso sin acusación, que no es lo mismo que decir que no puede haber condena sin acusación.

El principio acusatorio significa sólo que no hay proceso sin acusación, pero no puede extenderse hasta que comprenda el que no hay condena sin acusación. Si recordamos lo dicho antes sobre la inexistencia de un derecho de los acusadores a la condena de los acusados y atendemos a lo que diremos después sobre la falta en el proceso penal de verdadera pretensión, habrá que concluir que el principio acusatorio supone únicamente que el proceso sólo podrá iniciarse si hay acusación, porque ello es garantía de la imparcialidad de quien ha de juzgar. Una vez que el proceso se haya realizado pueden ocurrir dos cosas:

1. Bien que la ley ordene expresamente que “no podrá desistirse de la acción pública después de la apertura del procedimiento prin-

cial”, que es lo que dice el parágrafo 156 de la *Strafprozessordnung* alemana.

2. Bien que la petición de absolución hecha por el Ministerio Fiscal, o la retirada de la acusación, sean irrelevantes para el tribunal, el cual podrá dictar sentencia condenatoria, como dispone correctamente el Código de Córdoba (Argentina).

El enjuiciamiento penal se ha convertido en un proceso con los tres protagonistas clásicos, pero ello no puede significar que quede asimilado al proceso civil. Si llegara a decirse que en todos los delitos el mantenimiento de la acusación es presupuesto de la condena sería porque, de alguna manera, se estaría concediendo al acusador el derecho subjetivo a la imposición de la pena.

La existencia de un proceso sin acusación formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional convertiría a éste en acusador, con el riesgo evidente que ello significa para su imparcialidad, pero la posibilidad de condenar aun en el caso de que, realizado el proceso, el acusador retire la acusación, no supone peligro alguno para la imparcialidad pues el proceso ya está hecho.

B. *No puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada*

El concepto clave a determinar aquí es el relativo al objeto del proceso. Si en el proceso civil el objeto puede referirse a la pretensión, no puede decirse lo mismo para el proceso penal. En efecto, la pretensión se compone de una serie de elementos indetificadores que son:

1. Los sujetos, tanto el activo como el pasivo, es decir, tanto el actor, que es quien formula la pretensión, como el demandado, que es frente a quien se formula.

2. La petición, en la que hay que distinguir un doble componente, relativo uno al objeto inmediato, que es la solicitud de una cierta actuación jurisdiccional que atiende a la clase de tutela judicial (mera declaración, constitución y condena), y otro al objeto mediato, que es un bien de la vida en el sentido más amplio, respecto del cual el actor afirma que tiene derecho subjetivo.

3. La causa de pedir, que son hechos históricos, no argumentaciones ni calificaciones jurídicas.

Todos estos elementos identificadores no pueden referirse al proceso penal y, por tanto, en éste no hay pretensión.

a) Para la determinación del objeto del proceso penal es indiferente quien sea el acusador, importando sólo la persona del acusado. Si el acusador es el Ministerio Público, donde tenga el monopolio de la acción penal, o bien un particular, como en España donde la acción penal es popular, ello es indiferente para determinar el objeto del proceso, y lo es porque sea quien fuere el acusador no puede alegar un derecho subjetivo penal, no puede afirmar ser el titular de una relación jurídico material penal, no tiene un interés propio protegido por la ley en la imposición de una pena concreta. El acusador tendrá derecho a acusar si es un particular, o tendrá el deber de hacerlo si es el Ministerio Público, pero en ningún caso se podrá atribuir el derecho a penar.

Desde el punto de vista del acusado las cosas son muy distintas. La determinación de quién sea éste sí ha de integrar la individualización del objeto del proceso, y por ello no podrá quedar dentro de las funciones del juzgador; el tribunal sólo podrá realizar el proceso contra quien resulte acusado, y en ello va comprometida su imparcialidad. Si el juzgador pudiera modificar el elemento subjetivo estaría, en realidad, acusando, lo que es contrario al principio acusatorio.

Pero adviértase esta matización. Si durante el juicio el Ministerio Público, y a la vista del resultado de la prueba, considerara que la acusación debería haberla formulado también contra otras personas, y así lo hiciera expresamente en sus “calificaciones definitivas” (España), en la *modifica della imputazione* (Italia), en la “ampliación de la acusación” (Alemania), ello comportaría la existencia de acusación por persona ajena al tribunal, con lo que la imparcialidad y el principio acusatorio quedarían satisfechos. Ahora bien, si esa ampliación subjetiva está prohibida en todos los ordenamientos, su causa debe buscarse en el principio de contradicción, no en el acusatorio.

b) Respecto de la petición conviene tener en cuenta que:

1. No cabe en el proceso penal más clase de tutela judicial que la de condena. El juicio declarativo penal es siempre de condena, no existiendo ni declaración pura, ni creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas penales. El acusador, sea quien fuere, no tiene la posibilidad de decidir libremente entre clases de tutela; sólo existe una y su petición ha de referirse a ella, por lo que en realidad la petición en este sentido es inútil.

2. La petición que se refiere a la pena tampoco sirve para delimitar el objeto del proceso, tanto que puede calificarse asimismo de innecesaria. El fundamento de esta afirmación se encuentra en algo que vengo repitiendo. Por un lado el acusador no tiene disposición alguna sobre el tema, no puede con autonomía de la voluntad solicitar la pena que considere oportuna, sino que está sometido a la legalidad, y a lo mismo está sujeto el juzgador. Por otro, nada tiene que ver con la imparcialidad el que el juez, después de la realización del proceso, no quede vinculado por la petición concreta del acusador.

Una vez más si llegara a establecerse legalmente que la petición acusadora vincula al juzgador respecto de la pena, se estaría, no acentuando el principio acusatorio, sino reconociendo a los acusadores la disponibilidad sobre el derecho penal; esto es, no estaríamos en el terreno del principio acusatorio, sino ante algo mucho más grave, ante la concesión al acusador de un derecho subjetivo penal.

c) La causa de pedir es el hecho que ha sido imputado al acusado, y aquél sí determina el objeto del proceso y guarda relación con el principio acusatorio. No es este el momento para entrar en el desarrollo de las teorías naturalista y normativa sobre la identificación del hecho, sino que lo que importa es simplemente resaltar que el objeto de la acusación no puede quedar en manos del tribunal, pues ello sí afectaría a su imparcialidad.

Por lo mismo la calificación jurídica del hecho, incluso respecto de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, no puede servir para determinar el objeto del proceso y no vincula al juzgador. Éste no sólo es que deba atender a la regla *iura novit curia*, que es común a todos los procesos, sino que no cabe relacionar con ella una hipotética merma de la imparcialidad.

En conclusión, el principio acusatorio únicamente puede alegarse como determinante del contenido de la acusación, y ésta sólo puede referirse a la persona imputada y al hecho criminal. Con este contenido el principio acusatorio supone que el juzgador queda vinculado a la acusación, no pudiendo condenar ni a persona distinta de la acusada ni por hechos distintos a los acusados. En todo lo demás de que hemos hecho mención no cabe alegar este principio. Desde otra perspectiva es posible que se contengan exigencias complementarias; especialmente desde el principio de contradicción cabe que se concluya que el juzgador no puede cambiar la calificación jurídica, por ejemplo, sin ofrecer antes a las partes la posibilidad

de debatir la nueva calificación, pero ello nos lleva ya a un campo distinto, no relacionado con la imparcialidad, sino con la contradicción.

C. No pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad

El principio acusatorio se refiere exclusivamente a quién inicia el proceso y a quién fija su objeto, pero cabe dar un paso más y referirse a quién debe aportar al proceso los hechos y las pruebas de los mismos, con lo que estamos planteando quién debe asumir las facultades materiales de dirección del proceso, tema que se contesta también con una alternativa de reglas conformadoras; según la de la aportación de parte son éstas las que asumirán la dirección, mientras que según la regla de la investigación oficial la dirección corresponde al juzgador. Estamos, pues, ante reglas distintas del principio acusatorio, que aquí han de interesarnos en cuanto pueden significar un riesgo para la imparcialidad del juzgador.

Como hemos adelantado la dirección material del proceso se refiere a dos aspectos distintos pero complementarios:

a) El primero de ellos atiende a la aportación de hechos al proceso y está ya resuelto en lo que antes hemos dicho. Si por el principio acusatorio corresponde a persona ajena al juzgador el determinar el objeto del proceso en un elemento de los hechos acusados, hay que llegar a la conclusión de que la aportación de los hechos no pueden corresponder al juez. El órgano jurisdiccional que ha de dictar la sentencia no puede convertirse en investigador, en el sentido de que no podrá salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de la acusación, pues ello comportaría que estaría convirtiéndose en acusador.

Hay que tener en cuenta que esta no posibilidad de investigar tiene fundamentos distintos según la clase de proceso. En el civil el monopolio de las partes en la aportación de los hechos responde a dos fundamentos: unos hechos (los constitutivos y los excluyentes) son manifestación del principio dispositivo, en cuanto conforman la pretensión o la excluyen, y los otros (impeditivos y extintivos) son consecuencia del principio de aportación de parte, el cual sí está relacionado con la imparcialidad del juzgador. Por el contrario, la prohibición de que el juzgador penal se convierta en investigador

no tiene relación con el principio dispositivo, sino que en su totalidad atiende a la imparcialidad.

b) El segundo de ellos se refiere a la prueba de los hechos aportados por el acusador, y el reconocimiento al juzgador de facultades para contribuir con las partes a la comprobación de la verdad de esos hechos no atenta, en principio, a su imparcialidad.

Antes de seguir convendría decir cual es la solución en algunos países europeos:

1. En Alemania el parágrafo 244, ap. 2 de la *StPO* dice que “el tribunal extenderá de oficio, con el fin de indagar la verdad, la práctica de la prueba a todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución”.

2. En Portugal el artículo 340.1 del nuevo *Código de proceso penal* de 1987 dispone que “el tribunal ordena, de oficio o a petición de parte, la práctica de todos los medios de prueba cuyo conocimiento estime necesario para descubrir la verdad y bien decidir la causa”.

3. En el *Codice di procedura penale* italiano de 1988 el Ministerio Público y las partes proponen los medios de prueba (artículo 493), pero terminada la práctica de los mismos el juzgador puede, si lo considera absolutamente necesario, ordenar de oficio la práctica de nuevos medios (artículo 507).

4. En el derecho español, incluso en el más reciente proceso abreviado regulado en 1988, el juzgador puede disponer de oficio la práctica de cualquier medio de prueba (artículos 729 y 780.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal).

Resulta así que en los derechos europeos se ha comprendido que las facultades atribuidas al juzgador en orden a la prueba no afectan a su imparcialidad. En efecto, una cosa es que el juez pueda determinar el contenido fáctico de la acusación, introduciendo hechos que se imputen al acusado, lo que sí afectaría a su imparcialidad, y otra cosa muy distinta es que, siempre respecto de los hechos acotados por los acusadores, pueda colaborar para determinar la existencia o inexistencia de los mismos. El único extremo dudoso sería el relativo a cómo puede haber llegado al conocimiento del juzgador la noticia de la fuente de prueba, pero esto es tema distinto.

Si en cualquier proceso el juez pudiera utilizar sus conocimientos privados de las fuentes de prueba, para introducirlas en el proceso a través de los medios de prueba, estaríamos ante la utilización de la ciencia privada, y con ella ante la pérdida de la imparcialidad.

Ahora bien, si al juez se le atribuye la facultad de utilizar las fuentes de prueba que se derivan de la actividad realizada en el proceso, no cabe ya hablar de riesgo para la imparcialidad.

Una cosa es convertir al juez en un inquisidor o, si se prefiere, en un investigador de hechos, y otra muy distinta reconocerle la posibilidad de participar en la prueba de los hechos aducidos por las partes, utilizando para ello las fuentes de prueba que se derivan de la propia actividad procesal.

Adviértase, por último, que el procesalista se encuentra ante una situación muy próxima a la de tener doble personalidad. Por un lado se viene sosteniendo que deben aumentarse los poderes del juez civil, terminando con el juez espectador, hasta reconocer la posibilidad de que ordene pruebas de oficio, y, al mismo tiempo y por otro lado, se dice que hay que limitar los poderes del juez penal, hasta el extremo de que no puedan ordenar pruebas de oficio, con lo que se le convierte en un juez pasivo. Estamos incurriendo en el absurdo de afirmar y negar una misma cosa, con lo que podemos estar muy próximos a la esquizofrenia.

VI. LA POSICIÓN DE LAS PARTES Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

El fundamento del principio acusatorio es la imparcialidad del juzgador, en cuanto requisito determinante de la misma existencia del proceso, y su contenido se refiere a quién inicia el proceso y a cómo se determinan los hechos acusados y el acusado mismo. Sin embargo, existe una tendencia a ampliar ese contenido, incluyendo en él otros aspectos de la conformación del proceso, con los que en términos de técnica procesal estricta no deberían confundirse. Caso paradigmático de esta confusión la representa de Tribunal Constitucional español que en su sentencia 53/1987, de 7 de mayo, decía:

El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso.

No cabe desconocer que los distintos principios y reglas que conforman el proceso están relacionados entre sí, pero lo que el Tribunal Constitucional español viene haciendo es confundirlos. Si el principio acusatorio atiende a la situación de imparcialidad del juzgador, el de contradicción se refiere a las partes y es algo tan viejo como lo que está implícito en el brocardo “nadie puede ser condenado sin ser oído”, lo que se resuelve básicamente en un derecho fundamental de todas las partes, de acusadores y de acusados, que atiende a:

1. La necesidad de ser oído, que en el proceso penal no puede calificarse de derecho renunciabile. Si para el Ministerio Público el ejercicio de la acción penal es un deber, una vez que se produce su ejercicio la necesidad de que se le oiga es un derecho irrenunciabile, y para el juzgador la presencia del acusado en el juicio se resuelve también en un deber, no pudiendo admitir que el acusado renuncie a su derecho fundamental. Desde esta perspectiva es muy difícil admitir la realización de un juicio en ausencia del acusado.

2. La necesidad de que todas las partes conozcan todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial, y también la posibilidad real de alegar y argumentar en torno a unos y otros. Esto adquiere especial importancia práctica con relación a la no vinculación del juez a las calificaciones jurídicas de las partes y a la pena a imponer.

Hemos dicho antes que la ampliación por el Ministerio Público de la acusación a otras personas después de iniciado el juicio está prohibida, pero ello se produce no en atención al principio acusatorio, sino al de contradicción, por cuanto esas otras personas podrían ser condenadas sin ser oídas. En otro orden de cosas la calificación jurídica de los hechos imputados, es decir, el tipo concreto del Código penal, la concurrencia de circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes y la pena solicitada, no sirven para determinar el objeto del proceso y no vinculan al juez, al cual el principio acusatorio no le impide calificar de modo distinto al efectuado por el acusador y el acusado los hechos, estimar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad aunque las partes no se hayan referido a ellas e imponer la pena que estime adecuada conforme al derecho objetivo, sea superior o inferior a la pedida por las partes.

La no vinculación judicial a los extremos dichos no puede suponer que el juez ejercite sus facultades sin haber concedido previa-

mente a las partes la posibilidad real de debatir la “tercera opinión” del tribunal, pues ello sería contrario al principio de contradicción, al derecho fundamental de las partes a ser oídas sobre todas las circunstancias que puedan afectar al contenido de la sentencia y en su más amplio sentido. Por ello la ley procesal penal tiene que prever la posibilidad de que el juzgador plantee a las partes nuevas cuestiones, no suscitadas por ellas.

Carece de sentido jurídico decir que la acentuación del principio acusatorio supone aumentar la contradicción, y no lo tiene porque en el proceso, sea penal o no, la contradicción tiene que ser plena, tanto que sin ella no hay verdadero proceso. Cuando de la regulación legal de un proceso quepa decir que es posible aumentar la contradicción, es porque esa regulación no responde a un principio connatural a la misma existencia del proceso, porque en aquella se está limitando uno de los derechos de las partes, derecho que tiene tal importancia que las constituciones suelen elevarlo al rango de fundamental.

En conclusión y para acabar, la garantía procesal de la aplicación del derecho penal exige la regulación de un verdadero proceso, pero no tiene que significar su equiparación al proceso civil. Los puntos de partida entre uno y otro son tan distintos que la equiparación entre ellos significaría desconocer que no es lo mismo el derecho penal que el derecho privado. Este desconocimiento suele estar en la base de algunas modernas regulaciones del proceso penal favorecedoras de la oportunidad en la acusación por el Ministerio Público o de la conformidad del acusado como medio para terminar con el proceso, por poner simplemente unos ejemplos. No es éste, obviamente, ni el momento ni la ocasión para continuar con estos temas que exceden, y mucho, de esta ponencia, pero sobre ello sí debe quedar esbozada nuestra opinión.