

EXAMEN CRÍTICO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL*

Víctor FAIRÉN GUILLÉN

SUMARIO: I. *El principio de unidad o de pluralidad de ordenamientos procesales.* II. *El principio del derecho procesal legal o jurisprudencial.* III. *El principio del Código Procesal unitario y el de la pluralidad de códigos por campos.* IV. *El principio de la relación entre: a) el derecho del interés estatal, público, en una administración de justicia funcional, y b) los derechos de los ciudadanos a obtener la protección de sus derechos particulares que aparezcan como vulnerados.* V. *La independencia judicial.* VI. *Tribunales de juristas o de jueces legos, populares.* VII. *El principio del derecho de acceso a los tribunales.* VIII. *La obligación de los tribunales de hacer justicia.* IX. *El principio del conjunto de derechos anexos a la independencia de los jueces: de inmunidad, honoríficos, de asociación, económicos, etcétera.* X. *El principio del juez natural, predeterminado por la ley.* XI. *El principio del derecho a un proceso "limpio".* XII. *El principio de la humanización del proceso.* XIII. *El principio de la probidad del proceso.* XIV. *El principio de bilateralidad o de contradicción.* XV. *El principio de igualdad y defensa de las partes en el proceso.* XVI. *El principio de proporcionalidad.* XVII. *El principio del derecho al procedimiento.* XVIII. *El principio dispositivo.* XIX. *El principio oficial.* XX. *Los principios de la verdad "material" o "formal".* XXI. *Los principios de mutabilidad e inmutabilidad del proceso.* XXII. *Los principios de actuación del Ministerio Público.* XXIII. *Principios de la prueba: tasada o legal y libre; la carga de la prueba.* XXIV. *Los principios de legalidad y de oportunidad del proceso.* XXV. *Los principios de publicidad y de secreto del proceso.* XXVI. *Los principios de inmediatez, oralidad y concentración del proceso; los de escritura, preclusiones y eventualidad.* XXVII. *Los llamados "sistemas procesales".* XXVIII. *Resumen autocrítico.*

A lo largo de la historia se disputaron y disputan su primacía activa, dos modelos procesales. El extraído de los *ordo* medievales (especialmente del *solemnis ordo iudiciarius*), con protagonismo de las partes (en plano de igualdad) en intervenciones paralelas —isonomía— ante jueces anacríticos. En ellos, la fuerza que movía a la sentencia, era la retórica de dichas partes.

Y el asimétrico *processus*, en el que el protagonismo lo ejercía el juez; él daba a las partes las oportunidades de intervenir, pero la sentencia se basaba en su propia lógica (Giuliani).

* Comunicación.

No es difícil, de esta idea, llegar a las prácticas que dirigieron los *ordo* y los procesos inquisitivos. Pero la historia nos muestra abundantes casos de procesos en transición de un modelo al otro, al compás de las circunstancias políticas, sociales y económicas de cada lugar, de cada país. Para este ensayo sobre los principios del proceso penal he arrancado de tales bases filosóficas. El lector juzgará del resultado.

Lo imperativo del plazo que me persigue para hacer llegar estos folios a su destino, me impone el haber de no estampar aquí el apartado bibliográfico que he debido utilizar. Como resumiré al final, nada de lo que aquí hay de acertado es mío. Y apenas pueda, cumpliré con la obligación que asumo de aponer las correspondientes notas a pie de página, que serán muchas y largas.

I. EL PRINCIPIO DE UNIDAD O DE PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS PROCESALES

Depende de la organización estatal fundamental; de si se trata de un Estado unitario o de un Estado federal (o confederal, más complicado).

En el primer modelo se hallan estados como México, Brasil, y más atenuadamente Argentina. Como Estados unitarios, vemos el ejemplo de Colombia, de Perú etcétera. Y hay formas intermedias entre la unidad o lo federal: ahí está España actualmente.

Un Estado federal supone una ordenación de tribunales y de procesos plurales, aunque con una única cúspide. Es el caso de Suiza —madre de democracias— en donde hay ordenación de tribunales federales y cantonales, y aun hay más de veinte códigos procesales civiles y otros tantos penales. Con la cabeza en los tribunales de la Federación, con procesos y procedimientos federales. Es el caso de los Estados Unidos de América del Norte.

Un Estado unitario predica una pirámide única de tribunales y unos modelos procesales únicos para todo el territorio del Estado.

Y un Estado de tipo mixto, como lo es España, tiene un modelo procesal general unitario para España (y ello en los diversos órdenes jurisdiccionales) pero cabe —y existe— legislación procesal especial para atender a las necesidades del derecho sustantivo de cada Comunidad Autónoma. Así ocurre predominantemente en Cataluña —derecho de familia y sucesiones, algo de derechos reales y obligaciones; lo mismo ocurre en Aragón y Navarra; es menos acusado este foralismo en el País Vasco —sucesiones—.

II. EL PRINCIPIO DEL DERECHO PROCESAL LEGAL O JURISPRUDENCIAL

Son los países anglosajones los que conservan el modelo jurisprudencial de creación del derecho procesal.

En la creación del *common law* ha tenido y tiene predominante papel la práctica judicial (y no sólo las sentencias) así como la *equity*, sistema de reglas de “derecho” provenientes de “la conciencia” originariamente, que como tal fuente autónoma del *common law* subsistió hasta 1875.

Por el contrario, tanto España como las jóvenes repúblicas iberoamericanas habían adoptado del modelo legalista inspirado por el credo racionalista de la Revolución francesa (si bien antes, el derecho, y en él el procesal, también estaba compilado; recordemos las Leyes de Indias de 1780 y su influencia en la aparición de los recursos de amparo). Por lo tanto, la fuente fundamental del derecho procesal en tales países es la ley formal.

Lo cual no es óbice para la gran influencia de la jurisprudencia proveniente de tribunales jerárquicamente organizados, a través de la del que está en la cúspide (Suprema Corte de Justicia, Corte Suprema, Tribunal Supremo etcétera).

III. EL PRINCIPIO DEL CÓDIGO PROCESAL UNITARIO Y EL DE LA PLURALIDAD DE CÓDIGOS POR CAMPOS

En el interior de cada Estado puede elegir la legislación dos caminos: el intentar crear un *modelo procesal unitario*, subsumiendo en él el máximo de normas a título de código procesal general (es el caso de Suecia; el cuerpo casi unitario llamado *Sveriges Rikes Allmannä Lag* de 1740, fue sustituido en 1942-1948 por un Código Procesal unitario —*Rättegångsbalk*— que deja fuera al proceso administrativo y a la ejecución forzosa —*Utsökningslag*— civil y penal.

O bien, el codificar aparte las disposiciones sobre la organización judicial y los procesos correspondientes a los diversos campos de la jurisdicción: código procesal civil, penal, administrativo —o contencioso-administrativo— financiero, de trabajo, etcétera.

Ésta ha sido la solución de los Estados iberoamericanos, y bajo la influencia del derecho común civil traído por España, y más tarde del italiano en la parte que le fue inspirada por el austriaco (oralidad, intermediación, concentración, ordenadas y en ocasiones incumplidas en la práctica) se han desarrollado los modernos modelos.

Intencionadamente dejo aparte a los procesos que se podrían denominar “constitucionales”, por responder a vulneraciones de las cartas fundamentales de cada Estado. Estos procesos pueden ser difusos —extendida la tarea de velar por la integridad y buena interpretación de aquella carta a todos o a casi todos los tribunales del Estado—, o concentrados en un solo órgano —Tribunal Constitucional, Suprema Corte de Justicia, Corte Constitucional etcétera—; la importancia de tales procesos con respecto a las garantías procesales penales es fundamental a su vez.

Pero pueden experimentarse conflictos de atribuciones con los tribunales supremos del Poder Judicial —de casación, supremos, supremos tribunales de justicia, etcétera—, que conocen de los recursos supremos —casación, amparo casatorio, *habeas corpus*, *mandados de segurança* en determinados casos, revisión, etcétera (España, México, Brasil, Colombia, Chile, etcétera).

Y, naturalmente, si el Estado es del modelo federal, se incrementa la importancia de tales tribunales únicos, ya que constituyen el punto central de nexo entre los de los estados o provincias federados.

Debo ahora entrar en la exposición de los que denomino *principios constitucionales procesales* —y que afectan al proceso penal, naturalmente.

IV. EL PRINCIPIO DE LA RELACIÓN ENTRE A) EL DERECHO DE INTERÉS ESTATAL, PÚBLICO, EN UNA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA FUNCIONAL, Y B) LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS A OBTENER LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS PARTICULARES QUE APAREZCAN COMO VULNERADOS

En cada Estado —supongamos— sólo caben cien medidas de “interés”. Ni más ni menos. La distribución entre las parcelas de lo “público” y de lo “privado”, más una tercera contingente “mixta”, responderá al modelo político, económico y social que ese Estado adopte (¿o se le imponga desde el exterior o desde el interior ... ?).

De este principio tan sencillo y aparentemente tosco aparecerán sendas retahilas de principios, que culminarán con la formación de dos aglutinaciones de los mismos a formar los modelos y sistemas inquisitivo y acusatorio (u oficial y dispositivo) amén del mixto. Todo ello habrá de plasmarse en la “Ley de Leyes” de ese país constituido en Estado: serán sus principios constitucionales del proceso.

Y es preciso que haya garantías de mantenimiento de tales proporciones; su cambio improvisado, insospechado o abrupto, puede incluso destruir ese Estado...

Y algunos de ellos, tras pasar épocas más o menos largas sumergidos en uno de los dos modelos y sistemas casi totalmente, han acabado por refluir hacia esa “zona mixta”, de influencias y predomios más que de dominios de uno y otro; pero variopintos y de evoluciones más o menos rápidas.

De los principios constitucionales de los modelos procesales, débese siempre examinar lo primero, los que atañen a la estructura humana de aquéllos; esto es, a las organizaciones judiciales en su aspecto relacional con dichos procesos.

Y en ese aspecto relacional (Leibnitz), el primero que aparece al observar el hecho del *homo iudex* es el de su independencia. Y las garantías de la misma. Nos hallamos en pleno terreno constitucional.

V. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Al tratar de la independencia judicial, me refiero en primer lugar a la de los jueces profesionales, juristas.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de España de 1870 —que ha permanecido en vigor hasta 1985, y que en su momento tuvo bastante influencia en los ordenamientos de las Repúblicas iberoamericanas; una Ley bien hecha— definía así esta noción: “Artículo. 222.—La inamovilidad judicial consiste en el derecho que tienen los Jueces y Magistrados a no ser destituidos, suspensos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas que en este título se expresan”.

Esto es: se construía una especie de blindaje o fortificación alrededor de cada juez para evitar los atentados a esa independencia del Ejecutivo y aun del Legislativo. Una exhaustiva enunciación de los motivos por los que se podía percutir sobre el juez sin atentar a tal cualidad clásicamente judicial. Enunciación de prohibiciones, de incompatibilidades, etcétera, frente a los derechos administrativos de los jueces (*cf. infra*). Determinación de los casos de responsabilidad administrativa, civil y penal de los mismos; como garantía de esa independencia en su faceta de imparcialidad, concesión a las partes del derecho de recusación (*cf. infra*).

Es necesario reconducir todas estas precauciones cuando se trata de jueces no profesionales, populares, visto que se trata de nombramientos abrupto, casi por sorpresa y para pocos casos. Y los resultados afectan a la calidad de la justicia que hacen.

Y ya se torna imposible el custodiar la independencia judicial, o análoga, cuando se atribuye literalmente “a la masa” la posibilidad —léase derecho procesal— de actuar en causas que afecten a sus intereses. Me refiero, no al famoso problema de “los intereses difusos” como clave procesal; sino a otro aún mayor que es el que aparecía (o aparece) en la Constitución de la República Popular de China de 1978 —posterior al episodio de los “Jóvenes Guardias Rojos”—, artículo 41-2, en el que se prevé que en los procesos “por delitos contrarrevolucionarios graves” o “penales” (sic), “las masas deben ser obligatoriamente movilizadas para deliberar y formular su opinión sobre las resoluciones a adoptar”.

Aun suponiendo que exista allí una definición legal de “masa”, la determinación de sus mandatarios o representantes, etcétera, suscita tremendos problemas (con ellos se tropezaron, en pequeño, los atenienses del Siglo de Pericles en la formación de sus tribunales populares o de heliastas).

VI. TRIBUNALES DE JURISTAS O DE JUECES LEGOS, POPULARES

Esta formación de los tribunales suscita otro problema esencial, ya que se admite que estén constituidos, bien por jueces juristas, técnicos en derecho, o bien por simples ciudadanos elegidos o seleccionados.

Y además de proponerse el tema de si se debe dar a elegir a los ciudadanos entre ser juzgados por tribunales de jueces técnicos o con la intervención de jueces populares (como ocurre en los dos países que conservan el tradicional y anticuado “jurado de veredicto”, mediante la figura llamada del *Waiwer*) o bien debe imponerse uno de los dos modelos a rajatabla. Éste es el modelo español de la muy desafortunada Ley del Jurado de 1995 (hay dos) imponiendo a los ciudadanos un muy defectuoso jurado de veredicto.

Y cabe además, en la actualidad, que un tribunal se constituya tan sólo por jueces populares; el antiquísimo Tribunal de las Aguas de Valencia, España, que funciona en la vía pública, lo integran solamente legos en derecho (labradores de la huerta), pero... que saben bien el derecho de aguas de tal comarca.

En la ordenación de tribunales se plantea un segundo problema: el de determinar si un asunto será visto y sentenciado solamente una vez o varias, por sucesivos tribunales superiores. Es el principio de la única instancia, de la doble o triple, etcétera.

El régimen general es el de la doble instancia (la misma Convención de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, 19 de diciembre de 1966, y en la Carta de San José, de 1969, se admite el modelo de doble instancia, al parecer); aunque por razones de la ontología de los jurados de veredicto, no cabría esto, ya que sería opuesto al principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, y de la soberanía popular, lo cual fuerza, bien a admitir resoluciones manifiestamente injustas, o bien a acceder a una anulación de las mismas por medios “colaterales”.

Y estamos ya acercándonos al par dialéctico fundamental de principios, que va a guiar a todos los procesos de un país; de un lado, opera el derecho de los ciudadanos a acceder a los tribunales pidiendo justicia, y del otro, la obligación correlativa de éstos de hacerla.

VII. EL PRINCIPIO DEL DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES

Reconocido expresamente por una serie de tratados internacionales y de Constituciones nacionales en vigor, puede ser por vía directa o indirecta.

a) Por vía directa, a través de la figura de la *acción popular*; la acción —y la pretensión subsiguiente— son derechos públicos subjetivos del ciudadano, de acudir directamente, sin más, a los tribunales. Sólo se reconoce, limitadamente en el Reino Unido y con más amplitud en España (artículos 10, LECRIM, y 125 constitucionales de 1978); y se limita, naturalmente, a los procesos por delitos “públicos”, y/o perseguibles de oficio, como también se les designa.

1. El delicado mecanismo de la *acción popular* favorece a todos los ciudadanos españoles (artículo 100 de la LECRIM), y se suscitan dudas sobre

si se puede aplicar a las personas jurídicas; pero el artículo 38 del Código Civil afirma esa posibilidad expresamente.

El problema se confunde y amplía con el involucrar en él a la acción pública del particular (si lo desea, unirá a ella la acción civil de resarcimiento, artículo 108 LECRIM); esto es: lo que ocurre es que de repente, se experimenta por algunas personas (físicas y jurídicas) una grave repulsa hacia la acción popular y hacia la acción pública de los particulares (no, por el momento, por la acción por los llamados “delitos privados”).

Esta repulsa tiene sus motivos: desde hace años, y en vista del mediocre funcionamiento del Ministerio Fiscal (lo cual es imputable, no a sus honorables miembros en particular, sino a su cabeza, al fiscal general del Estado), los ciudadanos desconfían de él: se hace actualidad (y esto no lo reconocen quienes en contra opinan) la famosa frase de Alimena:

Pienso que el acusador público deba normalmente, ejercitar la acción penal, pienso que nadie puede ejercitarla como él la ejercita, pero pienso además que el ciudadano particular, encontrándose en la calle con miembros de Ministerio Público, no deba decirse a sí mismo: “He ahí a hombres que podrían dejar impune a mi asesino (cfr. “L’azione penale popolare”, en sus *Studi di Procedura Penale*, Turín, UTET, 1906, p. 206).

Esta frase de Alimena sólo recoge uno de los fundamentos de la acción popular, como derecho público subjetivo como derecho cívico; es lógico que si la soberanía reside en el pueblo, pueda ser éste quien directamente ponga en actuación a sus tribunales, sin intermediario alguno.

Sucede que el primitivo interés de venganza individual se ha novado en un interés público en la represión del delito; de otro lado, ocurre que en un proceso de modelo acusatorio (como es el que parece inducirse de los anhelos de ciertos juristas españoles actuales; mejor deberían decir “sistema” que “principio” a secas), rige el principio de la igualdad de las partes (cfr. *supra*), y el de la igualdad de oportunidades, de expectativas —derechos procesales— y de cargas, y que repugna la intervención del juez en la fijación de los hechos; ésta corresponde, ante todo, a las partes, de manera isonómica. Y ello se hace mejor mediante la oposición de un particular a otro. Lo que perturba ese modelo es justamente el Ministerio Público, con superioridad de medios sobre la parte pasiva, a proteger por un principio de restauración del equilibrio, como es el *pro reo*.

Lo que ocurre en mi país desde hace años es una epidemia de corrupción de políticos, hasta alcanzar alturas asombrosas. Y para reprimirla, por toda una serie —sin duda— de razones, el Ministerio Fiscal se ha mostrado ineficaz. Su organización jerarquizada, a las órdenes de una persona impuesta —constitucionalmente— por el Poder Ejecutivo mediante real decreto (R.D.) ha llevado a tener sucesivos jefes muy poco ambiguos, y uno de

ellos fue escogido faltando al inexcusable presupuesto de haber de ser “jurista de reconocido prestigio con más de 15 años de ejercicio efectivo de su profesión” (el citado había sido gobernador y delegado del gobierno; cargos administrativos de confianza, políticos y sólo por unos años, juez). Recurrieron contra este asombroso nombramiento —y esto también ha causado malhumor entre los partidarios de dicho fiscal general— en defensa de altos intereses profesionales —el de la justicia— dos asociaciones de jueces y una de fiscales, ante la Sala III del T.S. —orden contencioso-administrativa—. Tras dilaciones (que algún día se aclararán) el Pleno de la citada Sala III —31 magistrados— dictó sentencia (de 29 de junio de 1994), por la que declaraba la nulidad del R.D. —en el que se nombraba fiscal general del Estado (10 de abril de 1992) a dicha persona (la cual había dimitido *in extremis*, conociendo ya el sentido en el que se iba a pronunciar la Sala por haberlo hecho en cuanto a la admisibilidad del recurso); R.D. refrendado por el entonces presidente del Consejo de Ministros.

La censurable labor de esta persona repercutió sobre el renombre merecido del cuerpo del Ministerio Fiscal; había obstaculizado el curso de algún gran proceso —de esos que precisan de una larga y meticulosa instrucción, por tratarse de tipos de delito muy complejos y de una verdadera muchedumbre de personas físicas y jurídicas involucradas en la financiación ilegal de un partido político, del que estaba en el gobierno—; había declarado unos fines —en discurso de presentación— que denotaban ya el sufrir de influencias políticas. Pero ello, lo que hizo fue desencadenar la irritación de la militancia de tal partido y de algunos jurisperitos, contra tales asociaciones y, de paso, contra la acción popular.

A ésta acudían unos ciudadanos españoles, promoviendo procesos en los que se atacaba a miembros de la *Nomenklatura* de entonces; y uno de ellos había experimentado lo que resultó ser un expolio en lugar de una muy discutible expropiación forzosa. Más enojo en partisanos y juristas inclinados a los truismos.

Y el resultado, ese ataque contra la acción popular, en ocasiones dirigido públicamente por alguno de tales jurisperitos, y, en otras, por las autoridades de esa organización política.

(Una de las soluciones que propone uno de tales juristas es la de “dotar de mayor celeridad a los procesos contra aforados”, con lo que no se conseguirá acelerar el curso de los demás procesos, y sí el poner de manifiesto de nuevo el triste principio de la desigualdad de los ciudadanos ante la ley y la de restringir el campo de la acción popular. A la inversa, yo he propuesto la ampliación de tal campo y el socorro estatal, admitiendo como fundaciones benéficas las asociaciones de ciudadanos para ejercer tal modelo de acción —ya las hay, y parecidas; gracias a este esfuerzo fraternal [me niego a utilizar la palabra “solidario” y lo he explicado yá] se logró un importante pero parcial triunfo en un notorio caso, el llamado “De la Colza”).

2. También es una vía directa la constituida por el derecho de acción y pretensión concedidos al ofendido por el delito (y al perjudicado, éste último será interesado predominante en la acción civil de resarcimiento).

Este tipo de acción y pretensión es el más extendido a tenor de los modelos de las Repúblicas iberoamericanas.

3. Igualmente es vía directa la del querellante privado, para los casos de delitos aún llamados “privados”.

La tipología de estas vías comporta una importante diversidad de terminología que las complica. En unos Estados es querellante el que en otros es el querellante *privado*; el campo de acción de unos y otros varía mucho.

4. Por el contrario, es vía indirecta la de la acción y pretensión, en su caso, a cargo del Ministerio Público, contralor general, Ministerio Fiscal, procurador de la República, etcétera.

Es ésta una figura de múltiples concepciones y desarrollos; Goldschmidt la apellidaba de *proteiforme*.

Con respecto a su intervención en los procesos, no debe ser una entidad que detente jurisdicción (“La potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado”, desde la Constitución de Cádiz de 1812).

Figura de gran antigüedad en sus orígenes, una de sus más extendidas versiones actuales, la del modelo francés, la considera como dependiente del Poder Ejecutivo (CPP, artículos 33, 36); pero con una muy curiosa, histórica y peligrosa disociación de la personalidad de cada uno de sus miembros: “La pluma es esclava, la palabra es libre” para indicar que cuando el sujeto trabaja en su despacho, debe obedecer a sus superiores administrativos y al Ejecutivo, que se halla sobre el fiscal general, a través del Ministerio de Justicia; pero cuando actúa en los procesos acusando o defendiendo, es independiente. Se trata de hacer compatibles los principios de “unidad y dependencia jerárquicas” al superior, que a su vez es nombrado y destituido por el Poder Ejecutivo, con los de “legalidad e imparcialidad”, lo cual es o puede ser imposible; en cuanto que el superior del Ministerio Público puede ser legalmente destituido por el Ejecutivo cuando desobedezca sus órdenes aunque sean disimuladas. Esta figura, en equilibrio inestable por depender de un elemento político en su cabeza —del Ejecutivo— puede hacer que los procesos se *politizen*; de ahí que se deba abandonarla. En Francia, hay ya voces desde hace años, para dar esta solución; en España, se han cometido muy graves abusos por la cabeza de la jerarquía, pero se sigue con ella sin reformarla.

Contraria a esta concepción es la que considera al Ministerio Público, procurador general, etcétera, como un magistrado más, que ocupa un lugar diferente al de sus compañeros en los procesos (especialmente en los penales), independiente como éstos del Ejecutivo en tanto actúa en juicio con la misma formación jurídica; este modelo ha pasado a dominar en Italia, a fin de poner al Ministerio Público en condiciones de ser el instructor en los

procesos penales a tenor del nuevo modelo del CPP, de 22 de septiembre de 1988. Modelo análogo es el brasileño, Constitución de 1988, especialmente el artículo 127-1.

Entre estas dos posiciones extremas se aprecian varias en las que se trata de distribuir la responsabilidad del nombramiento del jefe del Ministerio Público (Colombia, Brasil, etcétera).

El conceder el monopolio de la acción y pretensión penales al Ministerio Público, concibiendo a éste como dependiente —por su nombramiento— del Ejecutivo, tiene el peligro citado; que aumenta en los casos en que tiene a sus órdenes exclusivas a la Policía Judicial (Estados Unidos de América).

5. Completa el elenco de figuras que pueden abrir el proceso —penal— la del propio juez: iniciación *ex officio*. Clásica de los antiguos modelos inquisitivos, entiendo que en la actualidad no debe prescindirse de esta modalidad —de complicada naturaleza jurídica— para utilizarla en casos extremos en que constando la comisión de hechos delictuosos, ni intervenga la policía organizando un atestado y remitiéndolo al juez competente; ni haya denuncia o querrela del Ministerio Público ni de particulares (si se admitiere en ese ordenamiento); esto es: falta al juez la *noticia criminis* por tales medios públicos, aunque... la obtenga por medios privados. La sociedad no puede tolerar ese estado de cosas; el juez debe iniciar el proceso —la instrucción— de oficio, avisando al Ministerio Público a fin de que se persone en él; así como a los interesados si se admitiese su intervención en la instrucción.

VIII. LA OBLIGACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE HACER JUSTICIA

Frente al derecho de acudir a los tribunales de justicia, se halla la obligación de éstos de hacerla. Los jueces asumen esa obligación —y carga— *ope legis*; lo cual lleva implícita la de efectuar cuantas actuaciones exijan esas leyes a fin de estar en situaciones de dictar resoluciones de fondo, que pongan fin al conflicto de derechos o de intereses. Lo que significa la aparición de un conglomerado de derechos y obligaciones (y expectativas, y cargas) que se desarrolla formando el tejido procesal.

IX. EL PRINCIPIO DEL CONJUNTO DE DERECHOS ANEXOS A LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES: DE INMUNIDAD, HONORÍFICOS, DE ASOCIACIÓN, ECONÓMICOS, ETCÉTERA

Así, los jueces, como una manifestación más de su derecho a su propia independencia, tienen los de inmunidad, tanto activa (no ser detenidos, encausados, etcétera sino de manera especial) como pasiva (derecho a ser amparados, protegidos contra agresiones exteriores, incluso contra su derecho

a la vida, de manera especial); tienen derechos honoríficos —tratamientos, etcétera— sociales —seguros, derecho de asociación limitada— y económicos —derecho a un sueldo que les permita vivir honrosamente con su familia y educar a sus hijos, así como a tener una vejez protegida—. No se puede decir que se trate simplemente de “derechos administrativos” por la repercusión que tienen en su actividad jurisdiccional.

X. EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL, PREDETERMINADO POR LA LEY

Consiste en la posibilidad de escoger entre los varios jueces existentes en casi todos los Estados (por razón de su territorio), y así surge el derecho de los ciudadanos a tener un *juez llamado “natural”*, o más claramente, el “predeterminado por la ley”, de manera que se excluya la arbitrariedad de los particulares al acudir a ellos —así aparecen los llamados “fueros” o jueces competentes por razón de la materia, de la función, del lugar; pero aún dentro de la figura del llamado “juez legal” debe obtenerse que sea un “juez imparcial” en el asunto concreto y entre aquellas partes en concreto. A este fin se fijan las obligaciones de los jueces de abstenerse de conocer de los asuntos si previeren sus posibilidades de cometer injusticias por razón de la concurrencia de algún elemento aproximador —familia, intereses, amistad, etcétera— o alejador —intereses, enemistad, etcétera—, lo que abriría el derecho procesal de las partes a *recusarlo*.

Recusación que también se extiende —naturalmente— a los jueces populares, aunque las modalidades de la figura hayan de ser más difusas.

Se trata de un derecho correlativo al de: a) de un lado, la independencia del juez, y b) de la obtención por las partes del juez “imparcial”.

XI. EL PRINCIPIO DEL DERECHO A UN PROCESO “LIMPIO”

Supone como contenido, el de una serie de derechos fundamentales procesales —de contradicción, de defensa de las partes, de igualdad entre las mismas, etcétera—, sobre cuya existencia y entidad se ha discutido duramente a través de la historia (“modelos acusatorios e, inquisitivos”).

La pretendida (en el sentido técnico-procesal de pretensión) o a pretender tutela jurídica frente a un supuesto infractor, lleva, en primer y básico lugar, a oírlo sobre esos puntos, que podrá discutir.

XII. EL PRINCIPIO DE LA HUMANIZACIÓN DEL PROCESO

Un principio básico a respetar, en todo proceso, es el de su humanidad o humanización. Principio metaprocesal que se manifiesta en este campo cada vez con más fuerza.

Hay que llevarlo muy allá: hasta la prohibición en el proceso, de cualquier orden jurisdiccional que sea, de cualquier sevicia, psíquica o física de cualquier persona, parte, interesada o no interesada.

No se trata ya de recordar los tristes tiempos del apogeo de lo inquisitivo, en que la tortura era una prueba, sino de tener atención para que no surja en cualquier lugar o con cualquier ocasión del proceso, el maltrato o tal tortura. Estas interdicciones, llevadas a las Constituciones y a los convenios internacionales, no han conseguido erradicar estas vergüenzas para el hombre.

Pero esa humanización debe ir más lejos; en el mundo hay millones de personas desprovistas de todo recurso económico; no se las puede tener lejos del campo de la jurisdicción por ese motivo. Precisa protegerlas por medio de medidas efectivas y no simplemente efectistas. Y ahí tampoco se ha llegado a la meta.

XIII. EL PRINCIPIO DE LA PROBIDAD DEL PROCESO

Otro principio metaprocesal es el de la probidad en el proceso. Dado el gran espacio que desgraciadamente ocupa el fraude *dolus malus* en la sociedad humana actual, es necesario tenerlo alejado al máximo del terreno de los procesos; no admitir actuaciones movidas por ánimo fraudulento; no utilizar el proceso como medio para cometer fraude, etcétera. Los medios de ese combate, desgraciadamente, no son tan efectivos como se precisa.

XIV. EL PRINCIPIO DE BILATERALIDAD O DE CONTRADICCIÓN

(*Audiatu et altera pars, Ne absens dormetur*). Se trata de “oír” en sentido quizás figurado (“oír por escrito”) al demandado, querellado, etcétera. A cada una de las partes debe concedérsele un derecho procesal (“posibilidad” de Goldschmidt) u oportunidad de actuar en ataque y en defensa, ordenadamente; alegando, probando, criticando (fases de alegaciones, de prueba, de conclusiones). Es lo que forma el proceso *isonómico*; a cada “acción”, posibilidad de una “reacción” y hasta un determinado límite. Esta contradicción, llevada lejos, puede ocasionar que la resolución del proceso, ante un juez inerte, simple ordenador, pero *anacrítico*, se adopte por razón del combate retórico mantenido por las partes.

De no ser así, aparecerá otro modelo procesal que veremos inmediatamente.

El principio citado, de bilateralidad del proceso, está muy ligado a los de la defensa e igualdad entre las partes.

Ambos principios (quizás son dos manifestaciones o puntos de vista diferentes del mismo problema) no pueden considerarse sino con relatividad (como el mismo principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley).

En efecto, las situaciones jurídicas que ocupan en los procesos, el demandante (o querellante) y el demandado (o querellado, o imputado, etcétera) son muy diferentes. El primero está a la ofensiva, y el segundo a la defensiva (a menos que contraataque en lo civil por medio de una reconvencción). La congruencia (*cf. infra*) de las demandas con las sentencias medirá entre esa “demanda” —o querella— y no entre la contestación —o alegato defensivo—; la actora lanzará cargas sobre la demandada —o querellada— y a ésta le corresponderá el absolverlas; de entre tales cargas, la más importante será la de la prueba —preparada por alegaciones de hechos constitutivos, impeditivos o extintivos y de excepciones—. Será diferente la ausencia del actor —que sólo puede ser sobrevenida— a la del demandado —que puede ser originaria— con sus secuencias.

El problema más importante del incumplimiento por una parte de ese principio de audiencia bilateral o de contradicción, es, probablemente, el de si habrá lugar a condenar al ausente, *inaudito*.

En el caso del proceso civil, el problema presenta menos dificultades para una conclusión afirmativa. Otra cosa sucede en lo penal.

Habrá que medir los grados de ausencia.

Desde luego, el modelo más justo, es el de seguir el brocardo “*Né absens dormetur*”; esto es, suspender la tramitación procedimental y buscar al interesando, notificándole de la existencia de aquél. Es la norma general de la LECRIM española en el proceso ordinario (antes único) por delitos graves (artículo 834 y ss.).

Pero hay modelos que dejan que continúe el procedimiento en ausencia del sujeto pasivo si éste estaba ya constituido como tal —acusado—; por ejemplo, artículos 487 y ss. del CPC italiano, 276 y ss. St. PO alemana, artículos 791, 793-1 LECRIM española —procedimiento “abreviado”—, introducido por la Ley de reforma 7/1988 de 28 diciembre, para delitos “no graves”, etcétera. Pero estimo que estas “no suspensiones” constituyen una cesión hecha a los modelos inquisitivos. Otra cosa en que sea del caso admitirlos en determinados casos, por el bien social.

XV. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DEFENSA DE LAS PARTES EN EL PROCESO

Debe manifestarse si se quiere no abandonar del terreno de los modelos “acusatorios” (*cf. infra*) mediante la isonomía, esto es, la concesión a cada parte de igual cantidad (y contenido) de posibilidades procesales de exponer retóricamente sus pretensiones y excepciones (Giuliani). Esta isonomía debe manifestarse en cuanto a la extensión de los plazos que se concedan a las partes. Pero va a sufrir un grave menoscabo cuando se trate del examen de los gravámenes que cada parte diga experimentar por la actuación del juez o tribunal.

1. En efecto, aunque está claro que gravamen lo puede sufrir también la parte o partes acusadoras —incluso cuando ésta sea el Ministerio Público—, en favor de la parte pasiva, aparece la figura llamada “presunción de inocencia”.

Según esta construcción, se ha de estimar que una persona es inocente mientras no recaiga sentencia condenatoria contra ella. Se trata de una figura política, elaborada sin cuidado de lo jurídico; hermosa, admirable, pero... no se trata de una presunción en el sentido jurídico de la expresión. Si así fuere —y la exageración impone esta disquisición— habría que explicar las razones por las que el sujeto pasivo de un proceso penal es sometido a medidas cautelares, es procesado, es acusado —con merma aunque sea provisional de algunos de sus derechos fundamentales—; se le aprisiona; y en esta situación, “la presunción de inocencia sigue intacta”. Sólo se derrumba cuando se produce la sentencia; mejor dicho, cuando en el texto de la sentencia leído por el ponente en público, aparece la palabra “condena”. Entonces, todo se hunde. Y yo no puedo caer en el misticismo de creer que se trata de una intervención suprahumana la que destruye toda esa inocencia, instantáneamente.

Si se puede aceptar jurídicamente la idea de la presunción de inocencia de cada ciudadano desde el momento en que se inicia un proceso penal contra él; pero a partir de ese momento —y el proceso es largo— se producen (pueden producirse, si las sospechas devienen más importantes por elementos probatorios) eventos por los que esa primitiva presunción se va derrumbando. El sujeto es imputado, inculpado formalmente, acusado; hay pruebas en su contra (y no solamente de presunciones). En esas condiciones —se nos dice— la presunción de inocencia continúa íntegra.

Esto, a mí me parece una falacia, un sofisma.

Lo que ocurre es que los “inventores” de la pretendida “presunción de inocencia”, con escasos o nulos conocimientos del derecho, han creado una *ficción de inocencia*. Hasta el momento de iniciarse un proceso penal contra un ciudadano, éste, sí, podemos admitir que se halla cubierto por la presunción política de inocencia. Pero en cuanto se comienza a actuar judicialmente contra él, esa presunción se transmuta en ficción *ad hoc*; y es esta ficción (que nos engaña, por su contenido y por su nombre) la que perdura intacta hasta el final del referido proceso. Si el acusado triunfa en él, la ficción de inocencia pasa a ser sustituida por la presunción de tal; si es condenado, la ficción desaparece ante la condena.

Quizá ha sido lo poco estudiado —relativamente, y desde Savigny— de la doctrina de las ficciones, hasta llegar a producir en el pueblo lego, mala impresión incluso la palabra, la que ha influido sobre quienes tan desafortunadamente bautizaron ese fenómeno *pro reo* con el nombre de “presunción”.

2. Continúo: el principio de igualdad de los ciudadanos en el proceso también sufre de derogaciones en cuanto a su participación activa en el

proceso en que sean partes; así, puede experimentar un retraso en producirse, cuando el conocimiento de ciertos hechos o situaciones pueda poner en peligro a personas o a cosas, dado el tiempo que ha de invertirse en el proceso (que nunca es momentáneo). Es el *periculum in mora*; y si aparece, una de sus consecuencias para evitar sus malas consecuencias ha de ser la ignorancia de la otra parte con respecto a una o varias actuaciones, provisionalmente, hasta que se adopten medidas de precaución. Así nacen las *medidas cautelares*, a admitir mediante el llamado proceso cautelar, instrumental del de fondo.

Ese retraso, se produce en toda una serie de medidas civiles, y aun penales; así, por ejemplo, el advertir a persona ya imputada en juicio penal, que va a ser aprisionada, es exponerse a su fuga, y con ello a perjudicar todo el proceso; esa “notificación” no debe ser practicada sino en el momento de su aprisionamiento por la fuerza ordenada por el juez o tribunal. De manera análoga, los cateos domiciliarios. Si avisamos previamente de ellos, el sujeto pasivo del proceso ocultará o destruirá los papeles, etcétera, interesantes para la causa, haciendo operar libremente su llamado “interés de salvación” —es el que debe ser limitado— etcétera.

3. También puede operarse una disminución de la aplicación del principio que estudiamos, en los medios de impugnación. En algunos ordenamientos se da preferencia para su tramitación al hecho de que “vaya preso”, es decir, que el recurrente se halle en esa lamentable situación jurídica. Ejemplo en artículos 861 bis A (III); o incluso que se abra extraordinariamente el recurso —trátase de la casación— cuando ese sujeto se halle procesado (artículo 848 II LECRIM española).

Ese *retraso* de la bilateralidad puede tener tal amplitud, que llegue a dominar toda una parte o tracto del proceso. Me refiero a la de la instrucción del mismo, preparación de su segunda parte fundamental, que es la de la elaboración definitiva de la resolución (llamada “juicio oral y público”).

4. Es frecuente en los ordenamientos, que una parte de esa instrucción (o toda) sea cubierta por el *segreto* (ejemplo, artículos 329 y ss., CPP italiano; 147, 2, 168-c, 168-d St. PO alemana; artículos 301 y ss. LECRIM española, etcétera). Si bien ese secreto afecta a ambas partes —llamémoslas así: futuros acusadores y acusados: excepto el Ministerio Fiscal— es lógico pensar que más atañe a los intereses y derechos de la parte pasiva.

Hay que tener en cuenta que el principio del secreto de la instrucción era propio de los modelos inquisitivos (Cfr. por ejemplo la *Ordonnance Criminelle française* de 1670), que durante esa etapa se podía efectuar la prueba del tormento (*ibidem*); ésa es una concausa de su mala fama, muy a tener en cuenta.

Pero las consideraciones que pueden desencadenar ese *segreto* son las de evitar el *periculum in mora* a través de actividades obstaculizadoras (o nuevamente delictivas) del sujeto pasivo, del temor fundado de su fuga si cono-

ciere todo lo que se actúa en esos momentos, etcétera. Que se aplique el secreto en su caso también a los acusadores particulares o populares, está muy bien; naturalmente, con excepción de aquellas diligencias que hayan pedido y obtenido sus representaciones.

Y principio *sine qua non*: todo lo actuado en secreto, no tiene carácter probatorio, sino simplemente preparatorio de ulteriores situaciones del sujeto pasivo —prisión provisional, otra medida cautelar, procesamiento, acusación provisional—; la prueba tiene lugar tan sólo en ese tracto procesal del juicio oral, y está sujeta, en cuanto a su admisibilidad y a su fundamentación, al principio de contradicción.

Para que adquiera posible carácter probatorio alguna diligencia practicada durante la instrucción, es necesario, como decía “depurarla en el crisol de la contradicción” (“Ex. de Motivos” de la LECRIM española). Lamentablemente, en mi país, han aparecido corruptelas sobre este grave punto; y políticos aventurados, confundiendo “la corruptela” con “la ley” quieren sustituir a ésta... por inquisitiva (!).

5. Hay otra u otras personas que, mal de su grado, se ven involucradas en un proceso penal: las *víctimas*.

Éstas, en los regímenes —como el español— que tienen acción y pretensión directas de los “ofendidos y perjudicados” por el delito (amén de la acción popular) el problema penal es sencillo: están legitimados para actuar como acusadores contra los autores de sus lesiones delictivas.

Pero este problema se complica con el de las propias lesiones. En efecto, y por ejemplo, el artículo 125 y ss. del CDF mexicano; según el artículo 13, LECRIM, las primeras “diligencias” del procedimiento han de ser “las de dar protección a los perjudicados” —los cuales pueden devenir parte, artículo 109 LECRIM—; sin duda, los códigos penales prevén la gravedad de las lesiones ocasionadas (y deben prever la inutilidad total para el trabajo deducida de ellas o la necesidad de someterse constantemente a tratamientos muy caros). La respuesta de la delincuencia está clara: los autores físicos de los delitos “se declaran insolventes”; en cuanto a las bandas a las que pueden pertenecer... son inalcanzables.

Se produce la necesidad social de atender a los lesionados desde el primer momento, el más álgido, hasta el final de las dolencias.

Y a esta necesidad se comienza a proveer mediante la creación de dos tipos de pagos al lesionado —provisionales— uno, casi inmediatamente o inmediatamente después de cometido el delito; un segundo, más tarde, para completar la curación.

Si el proceso terminase con la condena del encausado y éste fuere “insolvente”, la carga recae sobre un fondo de víctimas, estatal pero dirigido por técnicos sobre la propuesta de comisiones de indemnización a las víctimas que funcionan en la sede de cada tribunal (CPP francés, artículos 706-3 a 706-15).

Y si tal proceso termina con la absolución del encausado, la víctima debe devolver la suma provisionalmente recibida. El caso es altamente improbable. Ello afecta los “delitos violentos” y se dirige a proteger especialmente a las víctimas económicamente débiles.

La Convención Europea relativa a las Indemnizaciones a las Víctimas de Infracciones Violentas, de 24 de noviembre de 1983, ha acogido la idea.

El medio es caro para el Estado; pero la situación en que quedan las víctimas de delitos de violencia —por ejemplo, los de terrorismo— frente a organizaciones mafiosas o semejantes, es públicamente lamentable.

XVI. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El *principio de proporcionalidad* de los medios procesales utilizados en la lucha contra el delito supone que tales medios —actuaciones— sean los adecuados para llegar a una solución satisfactoria de las pretensiones y resistencias halladas y promovidas. En realidad, es una manifestación del principio de adecuación ya descrito y previsto por Franz Klein para el proceso civil en la ZPO austriaca; “adecuación y practicabilidad” de tales actuaciones, con respecto: *a)* al contenido, y finalidad; *b)* en cuanto al tiempo, y *c)* en cuanto al costo y su liquidación.

El medio, a su vez, de hacer constar esa proporcionalidad —como de tantos otros principios— es el de la motivación de las resoluciones judiciales; la exposición del razonamiento seguido.

XVII. EL PRINCIPIO DEL DERECHO AL PROCEDIMIENTO

El principio del proceso limpio tiene otras manifestaciones; las del principio de su humanización, de la inexistencia de animus doloso en él, y el más externo: se trata de desarrollarse mediante un procedimiento, sin cláusulas generales o fórmulas abstractas o remisiones que vulneren la seguridad jurídica y que lo hagan inútil si no dañoso.

Pero... atención a esta última consideración; hay una tendencia doctrinal basada en un “principio de utilidad” del proceso —en general— que llegaría a admitir aboliciones parciales del mismo y su sustitución por actividades administrativas (lo que no dicen es que tales actividades se hallarían sometidas a la política de los gobiernos; esto es, serían mutables personal y materialmente). Esta tendencia, de manera muy meditada o bien superficial, nos llevaría hacia el totalitarismo, quizás oculto tras nuevas banderas.

La indeterminación procesal es un enemigo mortal de aquél. Recuérdese la famosa —tristemente— doctrina del “juicio sumario indeterminado” de Carpovius y otros elementos alemanes, en el siglo XVII, según la cual se pretendía una aceleración de los juicios —que ya la habían menester— mediante la sustitución de los *substantialia iuris materialia* (esto es, de los trámites orga-

nizados por la ley material) por los *substantialia a iure naturali seu divino inductae*: esto es; el procedimiento sería el de “ese derecho natural”. El resultado fue catastrófico: el triunfo de la arbitrariedad de los jueces.

Y la indeterminación del procedimiento ofrece el mismo defecto: no cubre debidamente las mínimas garantías que se deben ofrecer a las partes —y, si se quiere, y en menoscabo del principio de su igualdad, en especial a la pasiva, imputada, inculpada, procesada, acusada— según un modelo que respete todos los derechos fundamentales procesales que... cada vez forman un sistema más amplio.

Temo que estos sean elementos abandonados por algunos autores...

Y paso a intentar exponer uno de los principios (en realidad, dos, tal y como vengo haciendo aquí) más amplios y complicados del proceso: y no sólo del proceso, sino de una no pequeña parte de la vida del hombre. Los de “hacer” por sí mismo o “que haga el Estado”.

XVIII. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Trátase de los principios llamados “dispositivo” y “oficial”.

La disposición de un bien por un sujeto es uno de los medios básicos de comportarse el hombre en sociedad; y por lo tanto, al poner sus derechos y obligaciones (“aparentes”) en contacto con los de los demás individuos del grupo, en esas fricciones pueden padecer todos o algunos.

Y de lo que se trata es de fijar una frontera más allá de lo cual, a fin de evitar o cortar esas peligrosas fricciones hirientes, se estatuye que ese hombre no pueda ya “disponer” por sí mismo (aunque ese bien sea total o parcialmente suyo). Esa potestad de disponer se traslada al Estado, que la ejerce incluso sin necesidad de que el ciudadano le excite (“ex officio”).

Gramatical y oficialmente, la vigésima edición del *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, dice, sobre las palabras que nos interesan aquí: “Disponer... Valerse de una persona o cosa, tenerla, o utilizarla por propia”.

“Disponibile. Dícese de todo aquello de que se puede disponer libremente o de lo que está pronto para usarse o utilizarse”.

“Dispositivo. Dícese de lo que se dispone”.

Estas definiciones nos son servibles; en efecto, se trata de disponer del proceso como si de cosa propia, particular se tratase. Ése es un principio dispositivo llegado a un extremo paroxístico o casi.

1. El “principio dispositivo” puede concebirse, *lato sensu* también como jurídico, pero metaprocesal. Esto es, cuando se cede a los particulares la facultad de adoptar otro medio legal para resolver sus conflictos de derechos o de intereses.

En este contexto, se admitiría que los interesados pueden acudir a la *autodefensa* en los casos en que las leyes la admiten, por ejemplo, la huelga

en materia laboral, la legítima defensa, el alegar estado de necesidad, etcétera. Ello no libera de un proceso que califique los actos como subsumidos en tales figuras, pero lo que pudiera llamarse “la primera parte” es auto-defensiva.

2. También las leyes autorizan ciertas formas de autocomposición. Aunque éstas son más bien propias de ordenamientos no penales (ni procesales penales), en este terreno caben los fenómenos de tipo transactivo, cada vez con mayor amplitud.

Así, ya es clásica en lo penal, la conciliación preprocesal, en casos de delitos solamente perseguibles a instancia de parte (los antiguos delitos “privados”), y las transacciones con coraza procesal, cada día más frecuentes, sobre el delito y sobre la pena.

Se trata de “disposiciones” intraprocesales, pero que surten grandes efectos extra y supraprocesales: las más importantes son las “conformidades” del acusado con el delito que se le lanza encima o con la pena que se pide por los acusadores se le imponga; y en “negociar” sobre ambos puntos, lo que proviene de la institución del derecho anglosajón, esencialmente desarrollada en los Estados Unidos de América del Norte, y llamada *plan bargain*, *bargaining*, negociar. El resultado es que se dispone de gran parte del derecho procesal y del penal que se halla en el centro de la controversia acusatoria; la pena pasa a ser contractual.

Ambas figuras están admitidas en ordenamientos español y algunos americanos.

La conformidad (el anglosajón *plea not guilty*) al principio del juicio oral (o del *trial* inglés y norteamericano) consiste en la declaración de conocimiento y de voluntad del acusado de no resistir a la o las acusaciones (en su caso, a la más grave) y aquiescer a ella. No hay discusión (*bargain*); si el tribunal estima que no hay impedimento en el conocimiento o en la voluntad del acusado, no hay juicio oral; dicta sentencia de conformidad con las acusaciones (que no deberán exceder de ciertos límites: en España, de 9 años, artículo 779, LECRIM) si bien puede imponer una menor o incluso absolver (todo lo cual, aunque parezca sofisticado, es una aparición del modelo inquisitivo, pero de manera favorable al acusado) (jurisprudencia española).

El *bargain* o negocio (el italiano es el *patteggiamento*, artículos 444 a 448, CPP) es diferente. Es claramente, un contrato concertado entre el representante del acusado y el Ministerio Público —y en su caso, con los representantes de los acusadores público y particulares— y aprobado por el tribunal (en algunos Estados de la Unión norteamericana hay reglas escritas sobre los modelos de *bargain*) según el cual: a) o bien se impone una pena menor al acusado, sin resistencia de éste ni debate (y si se produce en momento procesal pronto, evitaría incluso la formación del jurado en sus casos), b) o bien, si la acusación o acusaciones contienen diversos delitos, renun-

cian a continuar su persecución sobre algunos a cambio de la no resistencia (ni debate) del acusado a otros, por los cuales el tribunal condena.

El origen de estos negocios debe ser muy antiguo —de las épocas en que el derecho penal era disponible—; actualmente se manifiesta en el ordenamiento inglés discretamente y no sin resistencia (lord Scarman); pero en los Estados Unidos de América ha alcanzado un enorme desarrollo (hace algunos años, hasta una proporción de diez casos a uno, terminados por esos negocios), explican allí entidades oficiales, que ese altísimo porcentaje se debe exclusivamente a una sobrecarga del trabajo de los jueces; mas parece casi evidente que hay otras concausas, entre las que pueden hallarse algunas incluso rotundamente inmorales u opuestas a toda ética.

Los norteamericanos, en méritos de su *plea bargain*, vulneran constantemente su propia Constitución: la enmienda VI —renuncia al Tribunal de Jurado—; la enmienda V —prohibición de la autoinculpación; aquí el acusado lo hace; la enmienda XIV, el debido proceso penal. Por razones de economía, según dicen. Sin comentarios.

En Europa, por ejemplo, en Italia ha penetrado el *plea bargain* y el *bar-gaining* con el nombre citado de *patteggiamento*; en España, con la desafortunada Ley de Reforma Procesal de 28 de diciembre de 1988, pero sin dársele nombre ni regularlo claramente. Diríase que los legisladores (que lo sabían; posiblemente los hubo que no se dieron cuenta, pues el proyecto de ley se tramitó como “urgente”) tenían vergüenza de privatizar de tal manera la pena, que de legal, pasa a ser contractual. Un triunfo del neocontractualismo, tendencia que choca con lo intervencionista del Estado español actual (desde 1982).

Y al final, ese contrato, aprobado por el juez, es el contenido de la sentencia.

Trátase, como ya he dicho, de actos dispositivos intraprocesales, pero de enorme trascendencia fuera del mundo del proceso, ya que la cosa juzgada de tales sentencias opera con la amplitud de todas las penales de condena. Por ello, y por constituir un auténtico menosprecio de las leyes procesales, se aprecia que la única manera de evitar que se apodere de todo el mundo de la delictividad, hasta transformarla a toda en simple “delictividad civil” es la de una rotunda transformación de las plantas orgánicas y de los modelos procesales, haciéndolos más económicos. Más personalmente, veo que la pena, transformada en un negocio jurídico con causa ilícita (el delito) al que la ley hace devenir legal, puede ser una de las putrefacciones que más contribuyan a hundir a actuales modelos de Estado, en favor, bien de la anarquía, bien de la tiranía.

3. Pero el problema “autodefensa-heterodefensa” tiene en el mundo procesal otra manifestación: más literal; el de que las partes —pero en especial la pasiva, y llegada a la situación de imputada o más bien inculpada— pueden defenderse técnicamente, jurídicamente, por sí mismas, o bien

que sea obligatoria la defensa por medio de abogado, de concedor oficial del derecho.

Este problema, tan antiguo casi como el propio derecho procesal, se ha reactivado con la aparición de la posibilidad de que el acusado se defienda en juicio por sí mismo, en el Tratado o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966, artículo 143, *d*) (Nueva York); en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 (Roma; base de la Unión Europea), artículo 60.93, *c*) y Carta de San José, OEA, artículo 80. 2, *c*.

Y ha dado lugar a muy importantes incidencias en juicios penales de gran importancia (entre ellos, el proceso contra los supuestos jefes históricos de las Brigadas Rojas en Turín, Italia, y en Nápoles, *ibidem*, 1976) en los que se pretendía sustituir íntegramente la heterodefensa por la autodefensa; tesis promovida *in acto*, abruptamente, y que no prosperó. Los recursos de inconstitucionalidad se rechazaron como inadmisibles ante el tribunal *a quo*, ya que la Convención de Roma regularía sólo una norma de garantía indispensable de un proceso equitativo, pero operando como complementaria, y no desplazando a la normativa italiana de exigencia de un abogado defensor en el juicio.

Esto es: el principio de la defensa técnica no es dispositivo, sino de *ius cogens*.

Lo mismo, son autos intraprocesales (dispositivo intraprocesal), pero de gran influencia en el mundo extraprocesal, los que lo hacen sobre el principio de inmutabilidad del proceso penal, esto es, de la necesidad de que la sentencia recaiga sobre todos y cada uno de los puntos registrados en la acusación y en la defensa (principio que en la práctica penal se llama más bien de correlación que de congruencia. Y tanto el *bargaining* —a recoger y luego recogido por el juez o tribunal como contenido de su resolución final— como las conformidades, introducen esa modificación. Un ejemplo puede verse en los procedimientos españoles “abreviados”, desarrollados por la Ley de Reforma Procesal del 28 de diciembre de 1988, y el muy desafortunado creado en la Ley del Jurado del 22 de mayo de 1995, en donde el juicio oral ante el tribunal del jurado, no se abre sobre el contenido de las calificaciones, sino el de un acto llamado “acto de hechos justiciables” (artículo 37, LOTJ), amén de la existencia de, por lo menos, dos pares dialécticos de calificaciones provisionales, que pueden hacer inútil al primero. Esto es altamente censurable y abre la puerta a actividad inquisitiva del magistrado-presidente antes de abrir las sesiones del juicio oral.

4) El principio dispositivo, *stricto sensu*, hay que concebirlo como referido a actos del procedimiento, internos, sin influencia directa sobre la sentencia: actos de disposición de plazos y términos, de debate sobre la competencia territorial, de elección entre trámites de forma verbal y escrita —trámites no esenciales del juicio—, de la simple forma (no de la efectivi-

dad) de las citaciones, del uso (o no uso) de posibilidades de pedir actos de instrucción según la táctica defensiva de cada parte, o de no pedirlos aun cuando podría hacerlo, de llegar con la otra parte a convenios de contenido puramente procedimental que la ley admita, con la autorización (o sin ella) del juez o tribunal, etcétera incluso renuncia a trámites.

Pero este principio dispositivo intraprocesal da lugar —ya lo dije— a la aparición de una especie de fila de principios con él entroncados.

5) El primero es el que, en realidad, da lugar a la aparición del mismo principio dispositivo (por ser su primera manifestación en el tiempo) o del oficial en su caso, es de importancia *sine qua non*.

Se trata de los *principios de la aparición del proceso por iniciativa de un particular o bien de los mismos jueces*. En el primer caso, ello constituye nada menos que el ejercicio del derecho de acceso a los tribunales jurisdiccionales, y el segundo constituye una excepción (actualmente) al primero; cambia rotundamente todo lo referente al derecho de acción de los ciudadanos —y de las pretensiones subsiguientes— el cual es sustituido por una acción del Estado, que pone en marcha su propia actividad jurisdiccional. Ya he aludido a este problema y a la necesidad de conservar como *ultima ratio regis* el principio de iniciativa oficial —que se halla en el seno de los modelos inquisitivos, *cf. supra*.

Y a lo largo del procedimiento se puede manifestar ese principio: el no uso de todas las diligencias de esclarecimiento que la ley ofrece al querellante que lo predica —y asimismo para el querellado—. O simplemente, la renuncia a alguna o algunas de ellas (por ejemplo declaraciones de testigos ya citados; a formular preguntas a los peritos; a recurrir contra las resoluciones ordinarias o incidentales del instructor, que no lleven consigo la disposición del fondo del asunto —conformidades, negocios— deben incluirse en este vasto grupo.

XIX. EL PRINCIPIO OFICIAL

Frente a ese principio dispositivo *stricto sensu*, aparece el oficial, en el que también podemos hallar acepciones: *lato sensu*, o *stricto sensu*.

1. *Lato sensu* cuando la aceptación al proceso es total, a *nativitate* del mismo, podría decirse: el juez lo inicia de oficio, y planta su autoridad sobre todas y cada una de sus diligencias; al final, no precisa respetar el marco jurídico que las partes le hayan trazado de manera isonómica, sino que es él quien fija el alcance y contenido de la sentencia, haya o no congruencia con los que las partes pidieron (en el caso de que se les admitiesen peticiones). Es el también llamado *modelo inquisitivo*. Y estoy pensando en el de la *Ordonnance Criminelle* francesa de 1670.

No es, pues, un proceso isonómico, de procedimiento dominado por la retórica en las actuaciones de las partes ante un juez anacrítico; sino un *pro-*

cessus basado en la misma lógica del juez, de la que él es responsable incluso ante sus sucesores (sistema de medios de impugnación).

No existe (como en el caso del principio dispositivo *lato sensu*) en la actualidad —yo, al menos, no lo conozco— ningún ejemplo práctico de este modelo. Todo lo que hallaremos serán modelos con predominio inquisitivo o acusatorio, pero nada más.

2. Pero una vez que hay sumisión a ese ideal modelo de proceso oficial, dentro del mismo, aparece (puede aparecer) ese principio netamente: el juez actúa de oficio; las diligencias de instrucción —de investigación las más de ellas— la ordena y dirige él, sin intervención de las partes (podría decirse que no hay casi partes durante la instrucción); es él, sin más, sin excitación de aquellas, el que hace progresar la elaboración del tejido procesal hasta el final de la misma; es él, quien, sin excitación de las partes, puede dictar autos de sobreseimiento (de los que el definitivo pone fin al proceso, cual si de sentencia definitiva, de fondo, absolutoria, se tratase).

En un —bajo un— modelo oficial puro, no hay diferencias entre el instructor y el decisor; en términos generales, es el mismo investigador el que dicta la sentencia, con lo que arrastra los resultados y aun el apasionamiento de su propia actividad citada; he ahí el gran peligro: el juez pierde su objetividad en el elaborar el juicio decisorio final; cuando utiliza como material a incluir en ella, el obtenido sin audiencia de las partes —de las que el sujeto pasivo es la fundamental—. Ya que en el actuar de oficio, lo que cuenta es la fuerza del juez, que no tiene por qué acudir a excitaciones ni auxilio de las partes. Así aparece la asimetría procesal, e incluso pueden desaparecer las partes como tales, pasando a ser meros sujetos de cargas y obligaciones que el juez les impone, pero no titulares de derechos procesales —posibilidades, expectativas positivas—.

Repito: el lector verá por transparencia, que lo que estoy contemplando es una ley inquisitiva del siglo XVII (la repetida *Ordonnance* francesa, modelo de tal).

Hoy día, solamente de manera administrativo-policial, podría hallarse este régimen. Se hallaría muy próximo al de las torturas o malos tratos que aparecen ya previstos incluso en convenciones internacionales.

Si ese modelo oficial (o aproximadamente, “inquisitivo”) *lato sensu* no existe hoy día como jurisdiccional (el propio concepto y limitaciones de la jurisdicción lo impediría), sí que existe el *principio oficial intraprocesal*.

No ya el de iniciación de oficio del proceso (penal, sobre todo, pero no exclusivamente; piénsese en los procesos de incapacitación, o con menores interesados, civiles), sino en el desarrollo procedimental, aparece posiblemente el principio oficial: desde las diligencias de investigación, variopintas, que el instructor puede ordenar, pasando por el ordenar igualmente el secreto general o parcial de dicha instrucción, por la dirección práctica de tales diligencias (sean culpatorias o exculpatorias del sujeto pasivo primitivo);

hasta la ordenación secretarial y del tiempo —atribución de labores a oficiales de secretaría, fijación de los plazos y de sus vencimientos, medidas cautelares de pequeño alcance—; sin olvidar una de sus tareas más importantes en este tracto del procedimiento: el de ordenar la práctica de medidas cautelares personales (detención, prisión, incomunicación y levantamiento de tales situaciones; imposición de medidas de “control judicial” sustitutivas, o de fianzas y sus alteraciones) y reales (embargos, secuestros de bienes, etcétera). Todo se centralizaría bajo las potestades oficiales del instructor, el cual no tendría necesidad de dar vista o de enterar y menos de hacer colaborar a los otros dos sujetos.

Este procedimiento, hecho modelo, tampoco creo —no puedo emitir un juicio de valor exacto— que no existe en ningún país civilizado.

Sí, puede admitirse, en casos de *urgentia necessitatis*, que se actúa de manera análoga; pero estos casos deben ser minuciosamente examinados por pre legisladores y legisladores antes de entrar en leyes. Pueden ser, por ejemplo, el de lugares en los que la influencia de bandas de criminales se hayan hecho dueñas de la *res publica*, dañando gravemente o aterrorizando a los ciudadanos, y hasta el control jurídico de tales grupos o su disolución o erradicación; el caso de una catástrofe natural —terremoto, volcanismo, inundación, incendio, etcétera— que imponga el utilizar durante el tiempo del remedio, un proceso y procedimientos plenarios muy rápidos, con supresión desdichada, pero necesaria de algunas garantías; pero tales casos han de ser muy bien medidos, y esos modelos imponerse sin que se supriman las garantías fundamentales de las partes según el sistema de derechos llamados fundamentales.

De la misma manera, entiendo que el principio oficial intra o endo-procesal, no debe nunca obstar al principio de contradicción, de bilateralidad del proceso en cuanto al tracto dialéctico y decisorio del mismo —juicio oral—; esto es, diputo que las “condenas en rebeldía” deben evitarse, diferenciando entre simples “ausencias” y las premeditadas para escapar a la acción de la justicia; solamente podrían utilizarse éstas de manera que no obstaculicen la resolución del proceso, que es lo que se halla probablemente en la mente de los sujetos pasivos en ausencia.

XX. LOS PRINCIPIOS DE LA VERDAD “MATERIAL” O “FORMAL”

Otro *par daléctico de principios* integrantes del dispositivo *stricto sensu*, es el de destinar el instrumento “proceso” a obtener “la verdad material” o una simplemente “formal”, llamada también “verdad de las partes”.

Esa llamada “verdad material” constituiría la mayor aproximación posible a la realidad de los objetos sustanciales del proceso; sean cosas —y ello aunque las cosas fueren inmateriales— sean personas. De ahí incluso sus peligros.

A través de la historia se aprecia cómo ha habido época y países en donde los instructores (no digo que fueran jueces en el actual sentido de la palabra) acudían incluso a la fuerza, a la violencia elevada a ley —la prueba del tormento, para confirmar confesiones o para obtenerlas—, como medio —modelos inquisitivos, desde Grecia hasta fines del siglo XVIII o principios del XIX—. Y sin llegar a este vituperable y vituperado exceso, en la obtención de los resultados probatorios, sigue siendo frecuente la llamada “obtención de pruebas ilícitas”, por una serie de vehículos muy sofisticados.

Hoy día no se puede ni pensar en que un juez admita una petición de parte en proceso penal, en la que pida se reciba confesión (esto es, declaración solemne bajo juramento) a la otra —a la imputada, inculpada o acusada— y que, como corolario, se la someta a tormento; el juez, ante tamaño dislate, debería reaccionar ordenando inmediata detención y auto de prisión —en forma— contra tal energúmeno. Y menos aún en que un juez, de oficio, pueda ordenar la *question* como se hacía en el siglo XVIII.

Como tampoco se puede admitir que un juez dé por admitida una prueba ilícita (lo es la de tortura), o bien la imponga de oficio.

Pero igualmente no diputo admisible que un juez rechace una petición de parte procesal, o de oficio no ordene la comparecencia e interrogatorio de una persona como testigo durante una instrucción, sobre la base de que el suplicatorio que se pretendía contra el interesado —un político en lo más alto de la *Nomenklatura* durante años— sufriera del “efecto estigmatizador de la publicidad”. No tratándose de una vista sobre el fondo, en la que sea admisible su “no publicidad general” —a puerta cerrada—, esa contemplación derivada del rango político de tal persona, parece basarse en el principio de “desigualdad de los ciudadanos ante la ley”, tan ejercitado y tan poco publicado.

La importancia de la instrucción (y su razón de ser, jurisdiccional y no simplemente administrativa, como se quiere por algunos interesados) estriba en que sobre su base, amén de poderse dictar un auto de sobreseimiento definitivo, las partes habrán de formular su acusación y defensa provisionales, a mantener durante las sesiones orales del juicio. Es su contenido, no una serie de pruebas, desde luego, pero sí la máxima fuente de pruebas. De ahí la trascendencia de cualquiera influencia del principio oficial (o del dispositivo, en contrario) en aquélla. Y de ahí el necesario cuidado, observancia y buena interpretación de los principios procesales o procedimentales ligados con los “derechos fundamentales” (que son muchos, y no sólo los contenidos expresamente en las Constituciones, ya que se pueden perfectamente hallar en el vastísimo campo de los principios generales del derecho, fuera, ante y sobre cualquier Constitución positiva).

En cada juicio oral —estoy contemplando un panorama en el cual no sería admitido el modelo inquisitivo totalmente en él— ha de presidir el tratamiento sobre el fondo del asunto, el principio de la prevista y necesari-

ria correlación entre la sentencia (futura) y las posiciones de las partes: *ne eat iudex ultra petita partium*. Pero en materia penal, de *ius cogens* (aunque muy bastardeado ahora por los negocios y las conformidades de las partes) no se debe admitir que la inquisición de los jueces o magistrados pueda forzar el marco que las partes le imponen mediante sus calificaciones provisionales. Excepto un caso de equivocación, que el artículo 733, LECRIM, y el 793-7 de la misma, introducido por la Ley de Reforma Procesal de 1988 admiten: el cometido por las partes al calificar jurídicamente en sus conclusiones definitivas (esto es, casi al final de la vista central del juicio oral, y tras la práctica de la prueba); según el artículo 733, no se admite que el tribunal pregunte o sugiera a las partes sino una calificación más leve; pero en el 793-7 (“procedimiento abreviado”) se dirige hacia una más grave. Se trata de una manifestación inquisitiva del tribunal, para salir del marco acusatorio con que las partes lo habían rodeado.

Y análogamente, el artículo 794-3 (*ibidem*): el tribunal puede condenar “por delito distinto”, si éste no conlleva una diversidad de bien jurídico protegido y no constituye una mutación sustancial del “hecho enjuiciado” (*ibidem*).

XXI. LOS PRINCIPIOS DE MUTABILIDAD E INMUTABILIDAD DEL PROCESO

Este es el juego de los *principios de inmutabilidad y mutabilidad* del proceso, que tanta relación tienen con el dispositivo intraprocesal.

Según el primero, una vez llegados a un punto determinado de la evolución del procedimiento penal, cuando la acusación se hace definitiva, no cabe transformarla ni cambiarla de tal modo que, en caso de aceptarse las tesis de los acusadores, la sentencia debe recogerlas sin añadir, quitar o cambiar (en caso de aceptación total); los efectos de la sentencia serán una fotografía de esa acusación.

Con respecto a la defensa, este principio se comporta con más elasticidad —por intervenir el principio del *favor rei*—, de manera que no obstaculice su técnica, siempre que se ciña a los mismos hechos que la acusación. El problema de esa identidad del hecho, difícilísimo, no puede ser tratado aquí.

Según el principio de mutabilidad, a lo largo del procedimiento se puede alterar la base fáctica fundamental del juicio (lo cual podría hacerse con limitaciones antes de formularse las acusaciones y defensas —[“calificaciones”] provisionales, en el umbral del juicio oral); y también que en pleno juicio oral el panorama de los hechos cambie de manera que la instrucción devenga inútil y que el camino en busca de la cosa juzgada se vea cortado y abierto otro. Esa mutación exigiría una nueva instrucción, en su caso, y un nuevo juicio oral pleno. A ello se aproxima la admisión de tales mutaciones del artículo 746-6º, LECRIM, al tratar de los motivos de suspensión del jui-

cio oral: “Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria”.

En resumen: un proceso que se aproxime a un modelo acusatorio —hacia él vamos—, basado en influencia del *Ordo* isonómico, y ante jueces casi acrílicos, no puede adaptarse a los principios de la substanciación o de la individualización; ambas —la segunda, en gran medida— corren de cargo de las partes.

Y si las hacemos disponibles de todo ese tejido —hechos, reglas del criterio racional, derecho— aparecerá un modelo de “proceso-límite” que podría denominarse “inquisitivo de las partes” en el sentido de que éstas podrían disponer de todo él y de los intereses en él en juego, entre ellos, el interés público elemental... El camino de los negocios (del *plea bargain*) no conduce demasiado lejos de este panorama. Y es un camino paralelo al de los econométricos norteamericanos que consideran al proceso penal como un “sistema de mercado, un método de distribuir recursos escasos”. Los “precios del mercado” dominarán la escena que ya no será jurídica; los jueces devendrán meros intermediarios a eliminar si es posible por encarecer ese mercado. Ése sería el final de la *inquisición* de las partes. O un caos directamente organizado.

XXII. LOS PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Otro problema que se suscita en cuanto a la apertura del principio dispositivo intraprocésal o, en su caso, al oficial. El Ministerio Público, en cuanto a sus facultades en el proceso, ¿debe ser considerado como una parte o no?

La complejidad de la figura (repito, “proteiforme” la llamó Goldschmidt) lleva a la doctrina (y antes, a las legislaciones, que en cuanto a su tratamiento son disparates) a pensar que se trataría de “una parte imparcial”, lo cual constituye una *contradictio in adjectio*, si bien su situación jurídica en no pocos modelos de proceso así parece afirmarlo; empero, sus calidades fundamentales —y hablo en general— de organización de derecho público al servicio del Estado, pero en muchos casos como dependiente del Poder Ejecutivo (por ejemplo, España) y no del Judicial (Italia, por ejemplo), bajo los principios de unidad y dependencia jerárquicas (lo que obstaculiza los principios contrarios de legalidad y de imparcialidad: la dicotomía francesa clásica y peligrosísima *la plume est serve, la parole est libre*) impiden que se le considere como tal parte pura aunque algo tenga de ella. Y en ordenamientos europeos en los que el fiscal es el instructor, se cuida de que no puede dictar medidas cautelares personales extensas, aunque sí ordenar detenciones sumariamente y de muy escasa duración (por ejemplo,

artículos 163 a y ss. St. PO alemana; artículo 384, CPP italiano; artículos 41 y ss. CPP francés; artículo 5 EstMF español, etcétera).

Personalmente, estimo que si el cuerpo del Ministerio Público está sujeto jerárquicamente a una persona cuyo nombramiento, aunque no totalmente, desde luego, esté influido por la política, no puede dirigir las instrucciones procesales penales ni ninguna otra; ese superior en parte politizado, puede influir muy desfavorablemente en su actuación; y el célebre brocardo francés no hace sino expresar la angustia fundamental en que se debate todo el organismo.

Otra cosa —lo repito— es que se adopte el modelo según el cual el miembro del Ministerio Público que actúe en cada proceso sea independiente en el desarrollo de sus funciones en él (Italia, Brasil); pero aún así, diputo que a los efectos de la amplitud del principio dispositivo intra-procesal, no puede ser equiparado sino a una parte. Aunque no pueda abstraerse de su origen administrativo (aún más en tal caso).

Recuerdo muy bien que ha habido modelos de Ministerio Público netamente inquisitivos, que en las épocas de apogeo de tal sistema se comportaban legalmente como inquisidores —así, si se quiere, en lo peor de las acepciones de este término—. No se puede volver a tales épocas ni en el recuerdo.

Y en cuanto al principio dispositivo *lato sensu*, el Ministerio Público, con sus atribuciones y obligaciones legales —sus componentes— no pueden disponer del “caso”, por ejemplo, absteniéndose de denunciar o de querellarse, encomendándolo a árbitros o conciliadores. Otra cosa es —ya intra-procesal—, que haya pasado a ser uno de los protagonistas del *plea bargain* en los Estados Unidos.

XXIII. PRINCIPIOS DE LA PRUEBA: TASADA O LEGAL Y LIBRE; LA CARGA DE LA PRUEBA

Otro par de principios que tienen relación con el oficial y el dispositivo, es el de *las pruebas a apreciar legalmente o libremente por el juez*; esto es, que le venga impuesta en cuanto a su fuerza de tal por normas legales o bien que la norma le deje arbitrio para darle la fuerza correspondiente en cada medio y en cada proceso.

Según un principio oficial latamente desarrollado y en la historia, el que la normativa llevase consigo la determinación del valor de cada medio de prueba y de cada resultado probatorio, suponía la supresión del problema del *reparto de la carga de la prueba*, que es el problema de su insuficiencia y del haber de buscar más (también los econométristas norteamericanos harían fácilmente presa en estos principios para su concepción del proceso como economía de mercado). El juez asumía toda la carga de probar; inves-

tigaba de oficio y probaba de oficio (modelos inquisitivos). Y apreciaba la prueba según el valor tasado por las normas, prueba legal (*ibidem*).

Al disminuir de intensidad la aplicación del modelo inquisitivo, se hacía insuficiente el confiar a las partes la aportación de la prueba de sus alegaciones; de ahí que se les impusiera la carga de probarlas (carga, en propio interés; en el de no perder el juicio). La base genérica de este reparto estaba en el confiar al actor la prueba de los hechos constitutivos y al demandado o querellado, la de los hechos impeditivos y extintivos.

Pero en lo civil y aun en lo penal, esta norma tiene facetas y aun derogaciones (inversiones legales de la carga de la prueba).

El moderno fenómeno de la aparición de “un derecho de interrogatorio” en el juez y la imposición a las partes de los llamados “deberes de aclaración y veracidad” —fenómeno aceptado por el derecho nacional-socialismo alemán— en realidad, suponía un retorno a lo inquisitivo.

Si bien, el fenómeno del llamado “autoritarismo” procesal de Klein frente al “liberalismo”, por ejemplo, de Each, nada tiene que ver con estos fenómenos en el ámbito político; sino mejor en el de publicar y socializar las ideas procesales.

El principio de la prueba tasada o legal ha subsistido en algunos países en lo civil (España) por influencia grave de la institución de la *confessio in iure* romana (en el Código Civil, artículo 1232, inspirado en el artículo 1356 del CC francés); así como en ciertos aspectos de los documentos públicos; en lo penal desapareció, por ser la clave del modelo inquisitivo (*cf. supra*) y del tormento para la verificación.

Pero el modelo que sustituyó al de la prueba legal —su base política se halló en la Revolución francesa— era el de “la íntima convicción” del juez; concepto subjetivo abierto a la arbitrariedad más escandalosa.

Y apareció un tercer principio: el *de la libertad en la apreciación de la prueba “según la conciencia del juez”*; pero formada ésta según las reglas del criterio racional (artículos 741 y 717 de la LECROM española); o “según las reglas de la sana crítica” (son las mismas; se halla en la LEC española) o “las reglas del criterio humano”, Código Civil español, elaboración de las presunciones, relación de los indicios con ella, artículo 1253.

Son las que en España aparecieron por una interpretación muy progresiva de las Partidas en los años 1840; pasaron a la LEC de 1855 y a la LECRIM de 1882. En Alemania, fueron estudiadas como *Erfahrungsmaximen*, inferencias probabilísticas, por Friedrich Stein en 1982 y su estudio se ha propagado por el mundo como sistema más adecuado en lo penal; esto es: libertad de apreciación de la prueba, pero con un control que impide su apertura a la irracionalidad, a la arbitrariedad del que aprecia, del juez.

XXIV. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE OPORTUNIDAD DEL PROCESO

Contraposición tienen asimismo *los principios de legalidad y de oportunidad* del proceso.

Según una estricta consideración del primero, en cuanto surge la sospecha razonable —así, la sospecha, pues hay quien exige ya pruebas en una abusiva aplicación del principio *pro reo*— de la comisión de actos u omisiones delictivos públicos, debe ponerse en marcha un proceso sobre ellos.

El segundo —la “oportunidad”— ofrece también caracteres que lo hacen pre o extraprocesal, o bien intraprocesal.

Extraprocesal, cuando se deja a los ciudadanos el arbitrio de provocar o no la apertura de aquél, pudiendo (o no) ejercitar su derecho de acceso a los tribunales; de tal manera que el más grave de los delitos pudiera quedar oculto e impune.

Intraprocesal, cuando el ciudadano, en cumplimiento de sus deberes cívicos, produce una denuncia de tales sospechas, pero se desentiende del procedimiento ulterior por razones de “oportunidad” de conveniencia suya.

Un Estado de derecho debe atenerse al principio de legalidad; si comienza a admitir consideraciones de oportunidad por razones aparentemente aceptables (por ejemplo, la “escasa lesión social” y la “falta de interés en la persecución penal”; el “estímulo a la pronta reparación de la víctima”, “evitar los efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad”, etcétera, aunque se hayan aceptado (no en bloque, desde luego) en algunos países, llevan congénito el peligro de su aplicación errónea y con ella, la de la impunidad (hacia la que se va tranquilamente por algunos); la famosa socialización del proceso penal, debe estar garantizada por el buen funcionamiento de una amplia acción popular y no por crear un oligopolio o monopolio en cuanto a su titularidad. Y el peyorativamente llamado “victimismo” no es sino una reacción digna y humana frente a un intolerable olvido por parte de los Estados, de las víctimas de un estado de cosas por ellos creado y que —como temíamos— ha degenerado o degenera en caos...

Así pues, estimo que la “oportunidad” debe medirse caso por caso, sin dar normativa (aunque sea interior, en forma de circulares, órdenes comunicadas, etcétera).

Mezclar el problema de la “oportunidad” con el del cumplimiento carcelario de las penas leves, me parece un error; las “oportunidades”, en su caso, se verán una por una y no en consideración a los intereses económicos del Estado. Quien así opina, desplaza el problema —que no es de principios del proceso sino marginalmente— desde su base, que está en la inadecuada —mala legislación— mal interpretada y mal aplicada por una serie de complejas razones, a desintegrar y a estudiar previamente cualquier “reforma”, en defectos fundamentales de la llamada “política criminal”. Otro problema es el de si el organismo encargado de dirigirla es inapto para ello, en cuyo

caso procede, o bien reformarlo o bien relevarlo y encargar a otro de tan graves funciones antes de que la criminalidad nos ahogue.

Naturalmente, cuando se trate de los tradicionalmente llamados “delitos privados”, sí que debe poder actuar el principio de “oportunidad” de la persecución penal, en favor de los activamente legitimados.

En cuanto a las figuras del *plea bargain* y de la conformidad, si en la primera se podría admitir cierto grado de oportunidad, no así debe poder ocurrir con las segundas, a administrar *ope legis*.

XXV. LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y DE SECRETO DEL PROCESO

Un principio que goza de situación constitucional en ciertos países —en España, México, Colombia, etcétera— es el de *publicidad general* (con excepciones); contrapuesto al del *secreto del proceso*.

De éste ya he señalado que es principio correspondiente al modelo inquisitivo; y llevado hasta sus últimas consecuencias de aislamiento del sujeto pasivo en prisión (por ejemplo, la *Ordonnance Criminelle* francesa de 1670, título XIII, artículo lo., número 17 y ss.)

Pero un secreto de “cosas” —del mismo proceso, de sus actuaciones— puede ser incluso indispensable para que llegue a buen término; para que el supuesto autor del delito no se dé a la fuga, no siga delinquiendo, no obstaculice la marcha procesal, se debe producir, no una “incomunicación”, secreto absoluto, pero sí un retraso en el conocimiento de lo que se actúa, que va a ser o tiene siempre un fondo cautelar —instrucción—. Tal ocurre con el llamado “secreto del sumario” en lo penal, secreto parcial o total de la instrucción a ordenar por el juez si concurren aquellos requisitos (uno de ellos).

El secreto puede ser sólo para las partes (interpretada la palabra “parte” en sentido amplio: esto extendido a sus abogados y procuradores) de tal manera que pesa sobre éstos la obligación (y carga, si hubiere sanciones directas para ellos por incumplimiento) de silencio sobre todo lo que de la instrucción conozcan (o de parte de ella: aquélla ordenada por el juez instructor) —lo que arrastra al *secreto* a los terceros— o bien general, dirigido también contra los terceros (y hoy día en especial frente a la prensa y sus noticias o comentarios).

Como todo secreto, es poco grato, antipático y aun aborrecible, y se fulmina contra él —y contra los jueces que lo administran— el epíteto de “inquisitivo”, “inquisidores”, en tono de injuria. Pero no se debe hacer caso de estas voces —interesadas a veces en obtener y aprovechar de manera ilícita y abusiva de tales noticias—; si el resultado de una o varias o todas las actuaciones de investigación de la instrucción corren peligro si se difunde su contenido y ocasión —interrogatorios a imputados o testigos, reconocimientos, cateos, análisis, etcétera— debe ordenarse su *secreto*, previsto legalmente (artículo 302, LECRIM; artículo 329 CPP italiano; artículo 168c St. PO ale-

mana; artículo 11, CPP francés, etcétera). (Piénsese que en los modelos en que es el Ministerio Público el instructor, la obligación de declarar secreta una instrucción, si no lo es *ope legis*, recae sobre él; lo que olvidan u omiten quienes critican esa “inquisición de los jueces de instrucción” de manera demagógica). Frente a ese principio de secreto, en regresión histórica, pero no en trance de desaparecer; vincula incluso a los jueces y agentes del Ministerio Público en beneficio de los intereses de la *res pública*, aparece el de publicidad, del cual hallamos varias acepciones.

1. “Publicidad” con respecto a la sede del tribunal. Recordemos antaño las reuniones de los heliastas atenienses, en plaza pública; esta larga tradición de juicios al aire libre debió de ser casi norma general en la Edad Media, con los jueces itinerantes; hoy día, recordemos al Tribunal de las Aguas de Valencia, que tiene sus sesiones jurisdiccionales (no así las administrativas internas) en el atrio de la Puerta de los Apóstoles de la catedral valenciana, cada jueves a las 12 de la mañana, y en el pirineo, el tribunal arbitral que se reúne cada año en la Peña de San Martín —hacería internacional entre los valles de Roncal y de Baretous— para sentenciar sobre asuntos de tal facería. Pero son escasos los restos de esta modalidad. El hombre moderno prefiere el aire acondicionado y los sillones cómodos.

Otra faceta de la publicidad lo es la de la actuación judicial decisiva, de la elaboración de la sentencia. En general, estas deliberaciones se efectúan en secreto por los jueces (durante la Revolución francesa apareció, saltuariamente, un intento de publicizar esta actuación en el “*Acte Constitutionnel*” del 24 de junio de 1793 —en plena efervescencia revolucionaria—, pretendía que “*les arbitres deliberent en public*”; pero este extremo no se llevó a la práctica, de otro lado, no muy brillante, de los tribunales revolucionarios; pero en México, según la Ley de Amparo del 10 de enero de 1936 (artículo 181, III), la discusión y resolución de las causas se efectúa en audiencia pública, en el Palacio de Justicia de la Federación, en México, Distrito Federal. Si bien tengo la impresión, extraída de asistencias a tales sesiones, de que discusión, hay muy poca; los magistrados —ministros— leen sus respectivos proyectos de sentencia y después se vota (y recuerdo que en el Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Mazatlán en 1982 hubo una propuesta para dirigir al gobierno otra de la sustitución de esa publicidad por una audiencia escrita a las partes).

El secreto en las deliberaciones de la sentencia (y en general, de las resoluciones judiciales) sigue siendo norma; y es aceptable, pues se trata del momento procesal más crítico, en el que la presencia de otras personas puede coartar la independencia de cada juez con mayor eficacia. Que es lo que se trata de evitar.

Y cuando se trata de jurados de veredicto, el secreto en la elaboración del mismo es uno de sus pilares; y difícil de mantener en la actualidad,

dada la enorme extensión e intensidad de los medios de comunicación individuales...

2. Y vamos a examinar brevemente la publicidad para las partes.

Se trata de un principio de los llamados constitucionales; en efecto, mediante él se pone en práctica el principio básico de bilateralidad, audiencia o controversia del proceso.

En este caso, se ha de entender que las partes —y sus defensores, naturalmente— habrán de poseer una publicidad de las llamadas “activas”, esto es, a fin de verificar las correspondientes actividades procesales, o bien “pasiva”, de “oír” ser receptoras de actos procesales, pero sin respuesta activa.

Y también se puede clasificar la publicidad para las partes (comprende la de sus abogados y representantes, naturalmente, salvo las excepciones de actos personalísimos, como, por ejemplo, la confesión, declaraciones ante el interrogatorio) en dos grupos; en uno, aquellos actos “que son accesibles al público”, y en otro, aquellos en “que se da cuenta al público” —o a las partes solamente.

Igualmente, puede distinguirse entre publicidad general, y “general, pero especializadas”; en el primer caso, se da acceso al pueblo, sin distinciones, al proceso (o al acto procesal concreto); en el segundo, se invita a determinadas personas a conocerlo: observadores, periodistas, determinados abogados —y la figura del “observador” se debe construir jurídicamente, pues se abusa de nombrarla indebidamente.

Y se acaba por concebir una *publicidad inmediata*, esto es, aquella en la que el sujeto se halla en contacto directo con esa realidad exterior del acto procesal, y *mediata*, en la que se utiliza un medio de comunicación como la radio, la televisión, el teléfono, etcétera.

Pero esa publicidad mediata —la más abundante— aún puede destilarse más; en efecto, una cosa es el escuchar las noticias, una pieza teatral, etcétera, por televisión, y otra el poder leer en ella un anuncio oficial, por ejemplo, una requisitoria para presentarse, o una inscripción registral, que afecte directamente al vidente-oyente.

Se afirma —y es cierto, aunque en menor medida de lo que ciertos juristas muy sentimentales aceptan—, que la publicidad es un instrumento de “educación popular” (como puede serlo de la mala educación popular; depende del contenido de lo publicado); de un elemento necesario para aproximar la justicia al pueblo —estoy de acuerdo—; de un medio de conseguir la desaparición de la desconfianza del pueblo en su administración de la justicia (lo cual sería cierto si no se hubiesen puesto en marcha los montajes y simulaciones, que ya el pueblo sospecha); será un medio de controlar la falibilidad de los jueces —cierto es, relativamente—; un medio de excitar la atención del pueblo sobre la justicia que se imparte; es emanación de la soberanía popular y consecuencia del principio político de la separación de

poderes y de la correspondiente independencia judicial. Se halla expresamente en bastantes Constituciones.

Y, efectivamente, como opuesto a la tristemente famosa “justicia secreta”, de la “razón de Estado”, la publicidad merece ser colocada entre los principios constitucionales del proceso. Como sus excepciones que han de ser pocas y muy razonadas. Una ley que mutile ese principio en un proceso acabará por ser impugnada por faltar a algún precepto constitucional. Si el secreto favorece a la razón de Estado, noción en general a recluir en la historia, la publicidad se opone a ella. Y no pocas apariciones de la razón de Estado en la actualidad son recusables por abusivas.

El problema de la publicidad del proceso —publicidad general— constituye uno de los que se produjeron y producen en la evolución histórica de los modelos de proceso y de tribunales para su administración, desde el más antiguo de jueces legos —jurados— al más evolucionado, de jueces-juristas.

Éste es uno de los argumentos frecuentemente utilizados contra la posible utilidad de la publicidad general; la concepción de los tribunales como integrados por juristas, concepción naturalmente relacionada con la evolución histórica de las relaciones entre los hombres; a mayor complicación, mayor necesidad de especialización; a mayor especialización de jueces y procesos, menos posibilidad de conocimiento —de comprensión— por parte de los terceros, y presentación del lógico desinterés; con ese desinterés, la publicidad general cae por sí sola. Puede ser también concausa de tal desinterés popular el hecho —dato real— de que ese derecho haya sido *recibido* y no sea el genuino de ese pueblo.

Pero no solamente estribaría aquí la disminución y desaparición del principio de publicidad general procesal, sino también en otras causas que habrían repercutido directamente contra él, introduciendo el principio del secreto parcial o total, causas a las que aludía Beccaria con referencia a las acusaciones secretas; causas de tipo político una vez más.

No es extraño el paso, en momentos históricos de la humanidad caracterizados por grandes convulsiones políticas, sean evolutivas rápidas, sean revolucionarias, sean involutivas, de un régimen declarado inadecuado e injusto, a un primer nuevo estadio de proceso popular —a veces demagógico— a otro modelo también secreto; el grupo revolucionario, o una parte muy combativa del mismo, se organiza y pone al proceso al servicio de sus fines —así lo declara— y esos fines son siempre “justos, buenos”; con ello, indiferentes y enemigos políticos pueden ser tratados también en secreto, y se evita que la parte sana del pueblo, mediante un control-intervención, destruya un edificio trabajosamente destruido. La demagogia general, a su vez, se especifica y especializa, y su trayectoria la lleva, del proceso público, a otro en que el público esté integrado estrictamente por *turiferarios* incondicionales, o bien, de nuevo al proceso secreto en general, y aun para alguna

de las partes, hasta el momento en que históricamente recomienza la evolución o se produce otra revolución.

No se piense por esto que solamente son razones de tipo político las que influyen en el paso de un proceso de tipo público al dominado por el secreto; las hay de tipo técnico, y de gran cuantía. El peligro estaba y está en que se pueda tomar un medio técnico —el secreto fundamental en el proceso— para hacer de él un uso político.

Recordemos que la falta de separación de los poderes estatales, fenómeno predominante en Europa antes de la Revolución francesa, llevaba a los tribunales a actuar muchas veces como unas de tantas autoridades políticas, dominadas por la superior potencia del príncipe; recuérdese, por ejemplo, la fuerza de una *lettre de sceau plaqué* o de una *lettre de cachet* —órdenes, fuentes directas, de mano del rey— en relación con la de una simple sentencia o con la actuación de un tribunal ordinario.

Antes de los movimientos jusnaturalistas y filosóficos de los siglos XVII al XVIII, la potestad absoluta del monarca impedía en muchas ocasiones a la masa del pueblo —amorfa— percibir la diferencia entre sentencias justas e injustas; y esa falta de percepción radicaba en la desconfianza en cuanto al método seguido para obtener tales sentencias; no se conocía el proceso —inquisitivo, secreto—; lógicamente, se desconfiaba de su resultado. Y la prueba de tortura seguida durante siglos como corolario de la confesión bajo juramento, de la que se llegaban a saber sus resultados —hombres, mujeres desaparecidos o físicamente estropeados para siempre— contribuía a tal desconfianza. Y la prueba no era pública. Sí eran públicas, horribles ejecuciones de la pena de muerte; o las infamantes —otra fuente de desprestigio político.

No es posible desconsiderar las razones que debieron llevar a los juristas a crear todo un modelo procesal inquisitivo, con tortura, secreto; fue de manera lenta, lo que llevóles a ir abandonando los modelos isonómicos, de jueces casi anacróticos; el abandono, por pueblos de alta civilización, pero de moral baja, en decadencia, de sus deberes públicos de acusadores —sus ciudadanos— y aun miembros del tribunal. *Eliea*, pese al aumento de sueldos, precisaba de la sustitución por elementos de dedicación exclusiva, técnicos, la tortura se desarrolló; el juramento religioso, maltrecho, precisaba de ella como miserable ayuda. La aparición —reaparición— del absolutismo político, o de la centralización de poderes en manos de las cabezas civil y religiosa del Imperio Sacro-Romano-Germánico hizo que los tribunales deviniesen delegados de tales omnímodas autoridades. Lo que era un proceso extra *ordinem*, devino ordinario. La distanciamiento de los monarcas con respecto a su propia nobleza, a la Iglesia —recordemos las terribles guerras de religión desde la Edad Media y el aumento del papel político de ciertas ciudades—, hacía que la administración de la justicia prescindiese cada vez más de imperativos populares de buena distribución de bienes, de bien vivir

en fin, y se aislase. Ese aislamiento fue el precursor de la Revolución inglesa, y luego, de la francesa. Y ese aislamiento era el que operaba —no es paradoja— de manera siniestra, sobre los tribunales inquisitivos: la razón de Estado. La vemos con facilidad, casi en la superficie, en la *Ordonnance Française* de 1670; en el proceso sajón de Carpzovius; en las inquisiciones españolas, etcétera.

Medio primero de evitar y luego de destruir la fundada desconfianza de las clases y grupos *no escogidos* en la monarquía absoluta —hoy sustituidos por la expresión *Nomenklatura* los “escogidos”— hubiera sido el de retornar a la publicidad general del proceso penal especialmente. Pero fue necesaria una Revolución para que el pueblo “viese” esa justicia —y durante los primeros años, con faz nada bella, cara de terror—; fue necesaria la codificación, dirigida por un hombre fruto de la Revolución, pero no revolucionario el mismo, para que se volviese a ver a los tribunales —hablo en metáfora— en el continente.

Ahora bien, en el actual estado de cosas —en general— la publicidad general no es posible, ni en el proceso civil ni en el penal ni en ninguno de ellos.

La publicidad general está ligada con la *oralidad del procedimiento* mucho más que con su escritura; y por mucho que se peyorice, que se aborrezca del principio de la escritura, ésta, fundamental cualidad del *homo sapiens sapiens*, ni puede ni debe desaparecer; el intentar hacerlo refleja frivolidad y poco seso; si se llegase a ello, habríamos descendido uno o muchos de los escalones que nos separan de los primates superiores.

Llámesse escritura, clara, o en taquigrafía o por medio de ordenadores y “bancos de datos” —así llamados—, nacionales o internacionales, que todos son subrogados de esa tradicional escritura a los efectos de perennidad que pretendemos. Y si hay algún medio procesal que no sea perenne, debe rechazarsele.

Pero hay una serie de momentos procedimentales en cada proceso, que, aunque siguiéramos el principio de la publicidad más absoluta, sería impropcedente aplicarla a ellos, so pena de imposibilitarlos.

Hay actuaciones procesales que precisan de la escritura; fuera de sistemas de principios: *verba volant, scripta manent*. Pues bien, si toda una ciudad millonaria pretendiese el mismo día “ver” el escrito de una determinada querrela, lo que conseguiría sería paralizar ese juzgado. Y sería necesario habilitar los grandes estadios para las vistas “públicas”.

Pero, de otro lado, la publicidad general puede conllevar exageración, nefasta al honor, a la intimidad, al respeto a la víctima, al orden público, las buenas costumbres, la higiene, la medicina, etcétera; todo ello impone la limitación de la publicidad general, la “puerta cerrada” en las audiencias; o sea, circunscribir la publicidad a determinadas personas. Estimo justo este límite contra el morbo, la afición a lo truculento de muchos, muchísimos

ciudadanos, desgraciadamente impulsados por medios —prensa, radio, televisión, etcétera— muy difíciles de controlar para evitar tales excesos.

Todo lo expuesto, a mi entender, imposta al principio de la publicidad (en sus dos aspectos: para las partes y general) procesal, así como a sus debidos límites —que han de estar en el respeto a otros derechos básico— en el terreno del derecho constitucional-procesal; en el del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley (después, de normación procesal concreta); de igualdad de las partes y sus excepciones; del control de tal igualdad (mediante la observación general del proceso a través de la publicidad), promoción y aumento de la cultura política y moral del pueblo (con excepciones por razón de la materia del proceso), etcétera.

La sensibilidad general que lleva a la introducción de tales principios constitucionales se manifiesta con mayor intensidad en la materia penal; aunque también en lo no penal. Por ello no es de extrañar que las Constituciones se extiendan más cuando de aquel dominio se trate.

Hay otra acepción del secreto: el obligado a las partes —y a sus representantes y letrados— con respecto al gran público.

Un ejemplo de este secreto lo tenemos en la instrucción española del procedimiento por delitos graves: las partes pueden conocer lo que se actúe en la instrucción, aunque el juez pueda declarar el secreto también para ellas por plazo no superior a un mes; pero además, hay un secreto general; aunque dichas partes —y, sobre todo, sus procuradores y abogados— conozcan tales elementos, están adscritos a la obligación de secreto con respecto al “exterior” del proceso —gran público— artículos 303 y 301 de la LECRIM española.

Y, de otro lado, el letrado y el procurador están igualmente obligados al secreto en cuanto a las consultas, etcétera de su cliente, sea o no parte en un proceso. Este secreto, de carácter jurídico y deontológico, se estima universalmente.

XXVI. LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN, ORALIDAD Y CONCENTRACIÓN DEL PROCESO; LOS DE ESCRITURA, PRECLUSIONES Y EVENTUALIDAD

Los principios, ligados entre ellos de especial forma, de *oralidad*, *inmediación* y *concentración*, con sus corolarios —la *desconcentración* de una mayor exteriorización de los principios de *preclusión*, de *eventualidad*—, dicese que son simplemente técnicos del proceso; diputo que en la actualidad han adquirido tal fuerza —la fuerza de la exteriorización del procedimiento— que su categoría alcanza lo estratégico del proceso: esto es, exceden de lo meramente técnico, rutinario.

Y es por este valor atribuido en la actualidad, por esa especie de aspiración a devenir panaceas de los males del proceso —la lentitud, los retrasos y, con ello, la carestía— por lo que han ascendido a figurar —con alguna

temeridad— incluso en las Constituciones; lo que puede constituir una ilusión para el buen pueblo del país, que luego se vea rápidamente frustrada a la vista de los procesos en la práctica y el no respeto de tales principios.

La intermediación —natural entre los hombres, animales sociales— *repercutió ab initio* en el proceso: siendo este una concepción humana, en su práctica cuanto más próximos estén los interesados —el juez y las dos partes— mejor será su comprensión del problema.

Esta acepción, fundamental, de relación personal y directa entre los jueces, partes, peritos, testigos y cualesquiera otros interesados en el juicio, obedece a la necesidad primaria de facilitar la perceptibilidad de los jueces con respecto a las manifestaciones, declaraciones, etcétera efectuadas verbal, oralmente por aquéllos y viceversa. “Ojos frente a ojos”, dice la doctrina germana.

La intermediación está, en general, indisolublemente unida al principio de expresión oral de los actos procesales, aunque hay excepciones. En efecto, cabe un subrogado de la oralidad sin intermediación; que por el secretario judicial se lea una resolución sin estar presente el juez que la dictó; en las citaciones multitudinarias aún posibles; pero sobre todo, en el papel de intermediario entre juez o tribunal y partes, del secretario judicial y de quien haga sus veces; en los modelos españoles, es regla general que las partes entregan sus actuaciones escritas al secretario, y éste “da cuenta oral al juez” (artículo 286, LOPJ). Trátase de una oralidad sin intermediación. Como lo es la oralidad a través de la radio, el teléfono, la televisión, medios ya admitidos judicialmente. Y con la penetración de la informática de lejanías físicas, todo el proceso está amenazado de tornarse una simple colección de papelillos de mala calidad llenos de cifras complicadas (se ha hecho de la sigla una norma, con perjuicio de la facultad humana —y sólo humana— de “hablar”).

La “intermediación”, principio antiguo, pero técnicamente moderno, según Franz Klein, su gran introductor, facilita las aclaraciones sobre todos los extremos litigiosos; suministra los mejores puntos de vista sobre las situaciones fácticas y las mejores impresiones sobre las personas. El “verse”, directa, inmediatamente (el “*Auge im Augen*”) de la verdadera intermediación, lleva consigo más orden, moral y disciplina al procedimiento. Algunas palabras bastan —deben bastar— por regla general, para ir más lejos que largas exposiciones escritas; una corta objeción oral e inmediata aclara la aportación de una parte y lleva la discusión a otro camino; esta intermediación liberó al proceso (civil) de la Ordenanza de María Theresia, que colmaba a las partes “de pluquamperfectos deberes” —el procedimiento era escrito—; con la intermediación, se pierde menos tiempo y menos trabajo, y hay menos costas (Klein).

La intermediación, con su compañera, hermana, la oralidad, no es posible que en la actualidad se extiendan a todo el proceso: la oralidad —decía

Klein— tiene que tener su apoyo en una buena protocolización. Sólo el pensar en los recursos abona por esto. Sin escritura, no puede haberlos, los que tengan carácter regresivo; que son todos o casi todos —apelación, casación—. Sólo los *nova* en tales medios de impugnación podrían ser base segura, y aún así, sería necesario comprobar que eran tales *nova*. ¿Cómo, sin soporte escrito anterior?

La presencia en juicio civil, constante, de abogado y procurador, hace también que la intermediación pierda terreno; la parte no tiene por qué asistir a las vistas —a no ser que en ellas haya de realizar algún acto procesal personal e intransferible, como la confesión jurada... o sin juramento—.

La división del procedimiento penal moderno en, al menos, dos etapas, instrucción y juicio oral, dado el carácter preparatorio de la primera, le exige perennidad a sus actos; no podría nunca suplirla el juez o fiscal director, compareciendo ante el tribunal del juicio oral y recitando allí una larga oración, “resumen” de su actividad instructora...

Pero debe, en la instrucción, predominar el principio de la intermediación; se trata nada menos que de “conocer” al supuesto culpable y de dirigir el procedimiento contra esa persona individualmente, y no contra otras, ni contra sus socias. Esta intermediación, pese a las cortapisas que por su carácter cautelar, también, tiene la instrucción (debe tenerlo), debe funcionar naturalmente, en los exámenes periciales en las testificaciones preparatorias (reconocimiento “en rueda”, careos); forzosamente, en los interrogatorios, de los que el juramento ha desaparecido.

En el juicio oral, ya dije mi opinión de que si no está el acusado, inmediatamente ante el Tribunal, la solución conforme al principio de bilateralidad y contradicción del proceso, consiste en la posibilidad de suspenderlo hasta que sea habido. En ningún modo el *absens dormetur*, que, sin embargo, por razones de política criminal —eficacia del proceso, su rapidez, su modicidad— se da en ciertos casos de procesos por delitos de los llamados “menores”.

A salvo estos casos —comunes en los procesos penales de ínfima entidad oficial, “de faltas”— en un modelo acusatorio, la comparecencia del acusado al juicio oral (en el banquillo), es no solamente una obligación del mismo (imperativo ajeno), sino también una carga (imperativo propio: si no acude, es más posible que se le condene). De ahí que, con respecto al ciudadano, el acusado, puede dejar prescindir de su propia defensa (allá su interés), pero no puede dejar de cumplir la obligación que tiene con la ciudadanía de que “se aprecie”, “se vea”, la contradicción de ese proceso... Y esto hay que recalcarlo, ya que hay algún tribunal que asiente a la petición de los acusados “de marcharse”, y no saben que entonces, transforman ese juicio en inquisitivo (que es lo que esos acusados, debidamente enseñados pretenden).

El único medio que, en régimen acusatorio normal, tiene un acusado de prescindir de su intermediación física en el juicio al (en modelo que no admi-

te al juicio *in absentia*, *cf. supra*) es el de haber de ser expulsado por su comportamiento malo-agresivo, irrespetuoso, de desacato al tribunal (aunque modernamente, ello comienza a no obstar para que aun expulsado, si se le readmite, se entere de todo lo ocurrido en su ausencia). Mas, naturalmente, el seguirle proceso por delito de desacato al tribunal. Quienes —incluso algunos jueces utopistas, amantes de la autocrítica— pretenden que desaparezca ese delito (hoy poco identificado), se hallarán —con peligro de su independencia (y antes, de su decoro, de su personalidad)— a merced de la grosería de muchas gentes (la grosería no es inconstitucional, desgraciadamente) y la sede del tribunal acabará por convertirse en un muladar.

No hace mucho tiempo, un grupo de *renovadores* (?) viene utilizando la expresión —feísima como locución— “inmediatez”, no como nuestra clásica intermediación o inmediatividad, sino para designar el hecho de que un acto procesal se desarrolle inmediatamente después del otro, sin solución casi de continuidad. La angustia por el mal del retraso en la marcha de los procesos (el mismo Tribunal Constitucional español es presa de la misma, *cf. la* sentencia ddl T.E.D.E. del 23 de junio de 1993, Caso Rumasa V. gobierno de España) se manifiesta en el hallazgo de un nuevo principio procedimental (que no procesal).

Entiendo que se trata de una simple manifestación del principio de orden legal de los actos procesales, desarrollado con celeridad (con celeridad ordenada, no con irracional “prisa”).

Esa celeridad es otro principio procedimental, lo acabo de decir: el de que cada uno de tales actos se desarrolle en el tiempo —día, lugar, hora— previsto por la ley y *sin retrasos*.

La intermediación, se ha visto que es compañera, hermana, de la oralidad. ¡El hecho humano más básico, normal y antiguo, aún no se ha podido introducir en el proceso, en el siglo de la informática!

Parece que no deba considerarse como oralidad procesal, el hecho de que uno de los personajes del mismo, lea unos papeles. No es lo mismo, ni mucho menos, el hablar simplemente, que el leer un papel.

Hay, en este punto, el ejemplo de los Parlamentos en los que sus diputados raramente saben “hablar”, y se limitan a “leer”, pese a que por ejemplo, el Reglamento español del Congreso de los Diputados, del 10 de febrero de 1982, en su artículo 70 trata de “hablar” y “hablar de viva voz” los citados personajes. Pero la mayor parte de ellos leen sus discursos... La oratoria forense está en decadencia... y los Parlamentos (el español, al menos) han coadyuvado eficazmente a tal decadencia.. que es la de la oralidad. La lectura no puede sustituirla, por muy buena que sea. Y si el lector es mediocre, entonces el riesgo de que su oración se torne plúmbea, es grande. Y con ello, el descrédito, naturalmente.

La oralidad, en “estado puro”, significaría que el juez, en su sentencia, tan sólo puede aprovechar aquello que haya sido expuesto oralmente durante el curso del procedimiento...

Lo cual significa que se debe invertir el menor tiempo posible en ese desarrollo, para que la memoria del juez esté fresca y completa... eso ocurría hace un siglo. Hoy día tiene menos importancia, dados los aparatos de reproducción de la voz y su conservación que se hallan al servicio de los tribunales. Pero subsistirá siempre la diferencia entre la realidad del “ver y oír” directamente a una persona, que hacerlo por medio de... su imagen y voz *en conserva*; no serán nunca sino subrogados de la oralidad, no realmente intercambiables procesalmente por ella.

Y la oralidad pura, total, es muy difícil o casi imposible el llevar a la práctica.

No conozco más que un tribunal que la practique casi totalmente: el Tribunal de las Aguas de Valencia —que funciona en plena calle, plena publicidad general— el cual se constituye y ve los juicios bajo la Puerta de los Apóstoles de la catedral de Valencia; este Tribunal funciona sin interrupción, desde el siglo XIII, y lo hace perfectamente; deja estupefactos a los más destacados juristas extranjeros actuales que lo visitan.

El principio de oralidad moderno —no el antiguo puesto que debió ser el primero en la historia— en una legislación procesal, corresponde a la ZPO austriaca de 1895, obra de Franz Klein. Él se mostró partidario de introducir los principios de “oralidad” e “inmediación” que van unidos, siempre que respondieran a las condiciones de “practicabilidad” y de “adecuación” para conducir a la “utilidad”, esto es, que se crease una infraestructura de personal y material previamente, y que todo ello fuese adecuado a las circunstancias del caso (lo que también se denomina “proporcionalidad”), a fin de obtener finalmente la utilidad del proceso (actualmente llamada “eficacia”).

Lo basaba en dos audiencias en la primera instancia; una preliminar y otra de fondo con preparaciones escritas.

Pareció que estos principios iban a ser las panaceas universales y se quiso introducirlos y aplicarlos sin precaución alguna por ser clara —sobre el papel— su economía. Pero surgieron corruptelas (el mismo Klein las corrigió en Austria con respecto a la magistratura de manera ejemplar); se comprobó que en ciertas ocasiones, el conseguir las ansiadas “oralidad” e “inmediación” era antieconómico, por los desplazamientos de personas que exigían; se hizo facultativa la audiencia preliminar (novela de 1 de mayo de 1983; el gobierno español, pese a mis advertencias, cometió el error de introducir entonces la audiencia preliminar como obligatoria (!), y se tornó, en pequeña escala, a la escritura. Esto es “La oralidad no se puede improvisar”: precisa conocer, previamente a su inclusión en un ordenamiento, sus

ventajas e inconvenientes en cada modelo de proceso y en el derecho comparado.

En materia procesal penal, secuencia de la Revolución francesa, fue la Instrucción Criminelle de Napoleón (1808), en la cual, el centro de gravedad de su estadio decisorio era un “juicio oral y público”; previa una instrucción escrita inspirada en modelos inquisitivos, pero sin tormento, como es lógico.

Fue este el arquetipo de las codificaciones procesales penales del siglo XIX, llamadas “mixtas” —entre ellas, destacada por su corrección, la Española LECRIM de 1882.

En este tipo, que perdura en el mundo, la instrucción, de carácter predominantemente escrito y con ciertos matices inquisitivos —el secreto, de otra parte adecuado, limitado— y que solamente puede tener valor de preparación del juicio oral y público, en el que campea el modelo acusatorio (aunque bastardeado por la intervención del Ministerio Fiscal como parte, lo que no responde a lo acusatorio “puro”). Lo más complicado resulta construir un “periodo intermedio”, en el que se ordenen resoluciones que tienen por finalidad la de evitar el juicio oral: resoluciones de sobreseimiento.

Con este nombre (se le sustituye moderna pero regresivamente en España por el simple nombre de “archivo”, sin tener en cuenta que eso designa un acto material que debe ser secuencia de otro jurídico) se designan dos figuras diferentes: la del “sobreseimiento libre o definitivo”, que equivale en su fuerza a una sentencia absolutoria y que procede cuando no hay dudas: *a)* sobre que los hechos inculcados no se produjeron, o *b)* de que no eran constitutivos de delito o *c)* que el sujeto no participó en ellos; y el sobreseimiento provisional, una suspensión del mismo —de los procedimientos— por haber tales dudas.

Lo que interesa aquí de los sobreseimientos definitivos o libres, es que se razonan, se fundamentan con los materiales de la instrucción, obtenidos con matices inquisitivos; esto es, la inquisición, sólo opera definitivamente, pro reo. Curiosidad que se olvida premeditadamente por algunos truístas del acusatorio.

La instrucción española, es jurisdiccional y no administrativa, como por algunos se pretende; este movimiento, de índole totalitarista, pretende crear “procesos sin instrucción” o “casi sin instrucción”, entregando a ésta a un Ministerio Público dependiente del Ejecutivo —es el caso de España; dependiente por su cabeza, el Fiscal General del Estado—: esto es, un modelo administrativo y político.

El principio de oralidad, ligado con el básico de contradicción, impediría que se celebrase juicio oral y se condenase a persona no presente, no oída, y esa es la sana solución de la LECRIM de 1882; pero en su Reforma de 1988 y por consideraciones utilitarias indudablemente, se admite que, en ciertos casos y circunstancias —que dependen de la subjetividad del tribunal—

pueda hacerse con respecto a ausentes; solución útil pero que puede envolver graves injusticias; y sobre todo, opuesta al principio fundamental *Ne absens dormetur*.

La oralidad, forzosamente disminuirá en la ejecución de las sentencias penales; ya, su base ha de ser una “certificación” —escritura— de las mismas y a lo largo de tal ejecución, deben estar dotados de perennidad cuantos eventos y vicisitudes se produzcan durante el cumplimiento de las penas; la escritura —la reducción a escrito de actividades orales en su caso— será fundamental para perennizar la concesión de una libertad anticipada, o el paso de un grado a otro de la condena, sea más benigno o más desfavorable para el condenado.

La oralidad, aparece como medio de obtener la inmediación; y a su vez produce como corolario —aunque no es ella solamente la que lo produce— la concentración del proceso (y del procedimiento).

Se trata de reunir en un lapso de tiempo lo más corto posible, a fines de celeridad, la mayor cantidad posible de actos procesales, y reunir en el mínimo de actos todo el contenido del proceso.

El ideal del proceso oral —decía WACH— es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de todas las afirmaciones, proposiciones de prueba, excepciones de —las partes y si fuere posible, la práctica de la prueba. Este ideal es inasequible, y la tarea del legislador y de los tribunales que aplican la ley sólo puede consistir en aproximar lo más posiblemente los procedimientos a la idea.

Pero las leyes modernas, ofrecen medios para aproximarse al ideal; son los de una buena, concienzuda, instrucción como preparación de la audiencia principal (del “juicio oral y público” penal); los de aumentar los poderes de los jueces para evitar maniobras dilatorias; “concentrarlo” casi todo en una sola audiencia, en una sola sesión del juicio oral si esta celeridad no perjudica al tejido del proceso.

a) La concentración de las actuaciones procesales. Tiene un aspecto personal al que aludir previamente: el de si la instrucción penal y el juicio oral y público deben desconcentrarse en cuanto a sus titulares judiciales; esto es, si deben concentrarse instrucción y juicio oral sobre la misma o mismas personas. Ya hemos visto que esta tendencia era o conducía fatalmente a lo inquisitivo generalizado, con todos sus riesgos y por ello ha quedado desechada, salvo los procedimientos para faltas —lo que no es razón absoluta, desde luego.

Elemento fundamental para resolver los problemas de la concentración de las actuaciones procesales, es el de los plazos. Estos son más propios de los modelos escritos. Precisa abreviarlos y hacerlos improrrogables. Sobre todo, en los modelos supuestamente orales, hay que intentar —es el *deus ex machina*— que los lapsos de tiempos entre audiencia y audiencia no sean

largos ni los plazos se hayan de suspender o de incumplir como secuencia de la acumulación de trabajo en los tribunales. Una máxima de la prudencia es la de no ordenar legalmente una “oralidad con concentración” mientras estas infraestructuras no estén en condiciones; lo que se hace así, es pura hipocresía o ignorancia.

b) Concentración del contenido del proceso. Es el hacerlo sobre una primera instancia, con amplísima admisión de hechos y pruebas, o bien el de abrir la apelación —segunda instancia— a la de nuevos hechos y pruebas. (Si respetamos los muy antiguos fundamentos del funcionamiento de un Jurado de veredicto, la doble instancia no es admisible; he ahí uno de los errores doctrinales básicos de tal modelo, debidos a la filosofía de Rousseau).

Otra faceta de la concentración del contenido del proceso, es la de reunir (concentrar) en una sola audiencia todo lo referente a los presupuestos procesales (y en materia penal, esto puede tener grandes complicaciones; se trata de entrar en el fondo del asunto) y en otra, dicho fondo.

Pero concentración, no puede significar amontonamiento, desorden, mezcolanza de alegaciones, proposiciones y práctica de la prueba, crítica de la misma, conclusiones sin orden; esto es, dentro de una audiencia concentrada, deben admitirse preclusiones, momentos procesales *a quo* y *ad quem*, momentos en que puede realizarse determinado acto, a partir del cual, ya no pueda verificarse. Y las repulsas judiciales a los actos tardíos constituyen una respuesta a esta falta al deber de diligencia de las partes; incluso, naturalmente, en los “juicios orales” se establecen preclusiones. Pero típico de los modelos mixtos, es el concentrar toda la preparación en la instrucción.

Lo cual no quiere decir que las instrucciones sean necesariamente breves; si el supuesto fáctico es complicado y el concurso de personas a inculpar es grande, y en diferentes situaciones, lo que no se puede hacer por consideraciones políticas (las de una pretendida “popularización del proceso penal”), es recortarla; con el resultado de que personas que deberían llegar a ser imputadas, inculpadas y acusadas, queden al margen del caso. Eso es un ejemplo de lo que no se debe hacer.

El principio de preclusión denota que, una vez transcurrido un término o un plazo (a no confundir, como lamentablemente hacen regularmente las leyes españolas) para efectuar un acto procesal, su posibilidad —derecho procesal— de verificación ha desaparecido, y el procedimiento, si rigiere el principio de “impulso oficial” por el juez, debe pasar al “momento procesal” legal siguiente.

Esta preclusión prevista en las leyes es un medio de evitar las *lites inmortales*; es un medio de prohibir el retroceso en el procedimiento; si no se diesen, éste quedaría a merced de las partes negligentes —o malintencionadas—. De ahí que las llamadas “recuperaciones de plazos” y la “admisión de actos fuera de plazo” deban ser muy limitadas; la desafortunada Ley Or-

gánica del Poder Judicial española de 1985 ha establecido el siguiente y peligrosísimo principio: “Las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiera la naturaleza del término o plazo”.

Con ello, la vaga expresión “naturaleza del término o plazo”, queda al arbitrio de los jueces, y de ahí a las *lites inmortales* no va demasiado trecho. ¿Cómo vamos a escandalizarnos por los retrasos en los procesos, si se abre la puerta a la permisividad nociva de su indeterminación? La historia muestra el peligro de la aparición, por este camino, de los llamados “juicios sumarios indeterminados”, y “la amenaza de preclusiones” es un elemento, principio fundamental para el buen avance de los procedimientos, sean escritos u orales. Consecuencia de la aparición del *principio de preclusión*, es la del *principio de eventualidad*: esto es, de la necesidad de que, cuando se abre un determinado plazo a una parte, ésta lo aproveche introduciendo en el procedimiento —y en el proceso— todos sus argumentos razonados y en su caso, proponer todos los medios de prueba y pruebas de que disponga, sin reservar ninguno esperando que el juez pueda admitir o rechazar los anteriores.

En lo penal y en la instrucción no se pueden introducir “preclusiones rígidas”, ya que todo debe supeditarse a la adecuación de los actos de investigación a la persecución del delito. Y aún así, hay preclusiones en las leyes (en la práctica no se cumplen bien a menudo): la de tratar de finalizar la instrucción en determinados plazos; rígida, y constitucional, la de los plazos de duración de la detención policial (no así la de retención de los particulares llevados a las dependencias policiales a fines de identificación, artículo 20-1 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21/2/1992; el Tribunal Constitucional ha aceptado la expresión imprecisa, vaga, del “Tiempo imprescindible” juzgándola garantía suficiente, lo que a mi juicio no es tal).

Hay plazos para la prisión provisional; no para el interrogatorio de los testigos; para la interposición de remedios y recursos; no lo hay —en la LECRIM española— para dejar descansar al procesado si su interrogatorio tiene mucha duración (“se prolongue mucho tiempo”, dice el artículo 393), etcétera.

Y en el juicio oral se mantiene un sistema de preclusiones para su interior: momento de pedir el presidente del tribunal al acusado si está conforme con la pena más grave que se le pide (sólo en los juicios por delitos con prisión mayor hacia abajo), práctica de los medios de prueba solicitados —con contradicción entre las partes— conclusiones definitivas, posibilidad del tribunal de intentar introducir una nueva calificación previa audiencia de las partes, nuevas calificaciones en su caso, “última palabra” del acusado, y fin de la sesión; deliberación secreta y sentencia. Todo ello en el mínimo lapso de tiempo para facilitar la formulación de la última. Y para no perjudicar la obtención de la “verdad material” se puede abrir, en los casos de re-

tractaciones o revelaciones inesperadas, una nueva y corta instrucción (artículo 746-6, LECRIM) que deberá ir seguida, en su caso, de nuevas calificaciones y de la última palabra del acusado.

XXVII. LOS LLAMADOS “SISTEMAS PROCESALES”

Los principios enumerados aquí y sus dialécticamente opuestos, amén de otros más, derivados de ellos históricamente, pero fácilmente entroncables con los expuestos, pueden formar dos sistemas generales o modelos; hay muchas personas aficionadas a “verlos” en los libros como tales modelos —le parece que un libro no está completo si no trae esas definiciones analíticas—; pero son simples “ideales” que no existen y que estimo casi ni siquiera han existido. Para “laborarlos”(?) se traen a colación elementos del proceso ático, pero también, del moderno norteamericano; del francés (¿de qué momento de la Revolución?), del alemán, del austriaco, del español, etcétera. Todo ello, variopinto y sin destilar.

Y algo análogo ocurre con el llamado “principio acusatorio”. Es censurable que los mismos que le defienden(?) lo califiquen de tal para exponer a seguida su contenido, que es “casi complejo”; se integra por otros “sub-principios”; y en realidad, el inquisitivo “ideal” fue otro sistema.

Para llegar a su definición analítica, ocurre algo semejante a lo que se produce con respecto al “acusatorio” puro. Se traen a colación elementos griegos, romanos, medievales y modernos sin diferenciación y se les mezcla; destaca de tales mezclas frecuentemente el aspecto cruel de aquel sistema; con la imagen de la tortura, de sus víctimas, de los crueles inquisidores, etcétera.

Pero no se tiene en cuenta la moderna aplicación de lo inquisitivo en el proceso civil, cuando su contenido sea de *ius cogens* (con menores interesados; hijos de matrimonios que se disuelven; incapaces o personas a incapacitar o a restablecer en su capacidad, etcétera).

De la misma manera que, frecuentemente, y entre personas de escasa formación jurídica, se desconozcan, por ejemplo, los terribles inconvenientes de sistemas “acusatorios” “puros” como dicen ser el norteamericano...

Con un tanto de vergüenza —por componer falsedades— y para no fallar a esa especie de obligación religiosa de “definir lo inquisitivo y lo acusatorio, denostando de lo primero”, allá va una serie de principios mezclados, que hacen el furor de los amantes de colores violentos y sin transiciones.

El sistema acusatorio floreció durante la época del apogeo de las instituciones democráticas en Grecia y en Roma; cuando de ahí lo iba sustituyendo el inquisitivo. Se hallaba de manera primitiva en el derecho germánico, en fueros municipales españoles, en las más importantes ciudades comerciales italianas. Actualmente, el más aproximado al “puro” sería el británico —con jurado—, que está en decadencia y sin *Public Prosecutor* —que apareció en 187— y sin el difuso *Attorney General* (lo cual es mucho más difícil); el

norteamericano *adversory sistem* también está bastardeado por la intervención de un monopolista *Prosecutor*, el Ministerio Público.

Los principios fundamentales del modelo acusatorio “puro” (?) se pueden enumerar así:

1o. Separación total entre los órganos que asumen la función de “juzgar” y las de “acusar” y de “defender”, evitando así un desdoblamiento gravísimo de personalidades; libertad de acusación, de manera que puede hacerlo cualquier ciudadano; es el principio de la “acción popular” que se conserva en España y en Inglaterra (más débil); 2o. Libertad de defensa; el acusado puede autodefenderse, si así lo desea; 3o. Igualdad de posición de las partes a lo largo de todo el proceso —isonomía—; 4o. El procedimiento se desarrolla con la base en una audiencia oral (o dos) “concentradas” y “públicas”; 5o. El juez está más bien inactivo bajo la isonomía de las partes, de manera que la sentencia se basa en su retórica (que es el carácter predominante de todo proceso), 6o. Libertad de proposición y práctica de la prueba por las partes; 7o. Apreciación libre de la misma por el tribunal (“según la íntima convicción”; según conciencia”); 8o. Jueces y tribunales pueden ser recusados por parcialidad; 9o. Libertad provisional de acusado como regla (con fianzas o sin ellas) hasta la sentencia de condena, si la hubiere; 10o. La orientación de la investigación y de los debates corresponde a las partes; 11o. El tribunal no puede ir más allá de lo que éstas pidieron; 12o. Participación en el tribunal de elementos populares (jurado, escabinato); 13o. No hay recursos contra la sentencia, por lo regular, como consecuencia de los dogmas sobre el jurado y el principio de igualdad de los jurados ante la ley.

Me pregunto si existe en algún país un modelo procesal como éste... Creo que no.

El modelo inquisitivo (“ideal”, “puro”): 1) Concentración de las funciones de acusar, defender y juzgar sobre el mismo tribunal; 2) No separación o escasa entre los órganos instructores y los sentenciadores; 3) Procedimiento dominado por el secreto, incluso en ocasiones, hasta el cumplimiento de la sentencia; 4) El sujeto pasivo se halla en la cárcel y a menudo totalmente incomunicado (y no tiene defensor); 5) No se admite su contradicción; no tiene sino alguna oportunidad muy tardía; 6) Sistema de prueba legal o tasada; el medio de mayor valor —sin el cual no cabía imponer una pena grave— era el de la confesión bajo juramento; 7) Secuencia del interrogatorio bajo juramento era el tormento, para intentar provocar declaraciones o ratificarlas; 8) El tormento podía darse igualmente después de una sentencia de muerte, para averiguar posibles cómplices del condenado; 9) Las sentencias de absolución por falta de prueba eran reformables en perjuicio del condenado; 10) Los tribunales eran de jueces técnicos; 11) Cabían recursos contra las sentencias facilitadas; 12) Por ser el procedimiento totalmente escrito u oral protocolario.

La crueldad de este sistema llegó a su desaparición legal cuando aún estaba en su apogeo casi (en Francia: *Ordonnance Criminelle* de 1670); con la Revolución francesa y su influencia benéfica. Pero tras vicisitudes ocurridas con gran celeridad (años 1789-1795), no se rompió totalmente el hilo conductor de lo inquisitivo, al aparecer (en la Instrucción Criminelle de Napoleón, 1808) un modelo de proceso bipartido, en el cual; *a*) Su instrucción está a cargo de un juez único, profesional, que no podrá tomar parte en el tribunal sentenciador; *b*) Esta instrucción puede tener periodos de secreto; *c*) Teniendo carácter preparatorio de la segunda (o tercera) parte del juicio, la instrucción es escrita (u oral-protocolaria); *d*) Al sujeto pasivo no se le encarcela automáticamente, y hay situaciones de libertad provisional, con fianzas o incluso sin ellas; *e*) En esa parte, llamada en general “juicio oral y público”, aparece el proceso de partes netamente definidas, en pie de igualdad y contradicción, sobre las bases de oralidad y concentración de las actuaciones; *f*) La prueba la introducen las partes, y es de libre apreciación (según “la íntima convicción” o “según conciencia”) por el tribunal; *g*) Se prohíben el juramento y la tortura; *h*) Los tribunales son, ora de jueces técnicos, ora de éstos con jurados o escabinos; *i*) Regularmente no caben recursos sobre el fondo.

A su vez, este modelo, llamado “mixto”, ha evolucionado, dando lugar a tipos destinados al combate contra la pequeña delincuencia, en los que aparecen graves parecidos incluso con procesos civiles (el *Mandatsverfahren*, etcétera).

XXVIII. RESUMEN AUTOCRÍTICO

Antes de terminar, calamo corriente: a lo largo de esta escritura, estoy viendo ya los abundantes defectos de este ensayo.

No estimo sea simple falta de preparación para tratar del tema; creo haberlo abordado y desarrollado abundantemente a lo largo de mi vida y sin incurrir en censuras graves.

Sí observo que, al comenzarlo, deseaba hacer una clasificación de los principios en metaprocesales, constitucionales, procesales y procedimentales. Y me he salido de ella apenas he comenzado a escribir.

Ello se debe, en primer lugar, a una lamentable falta de tiempo, que alego no como excusa —no se me admitiría y con razón—, sino como una especie de autojustificación ante mi propio descontento. Muchos quehaceres concentrados sobre mí en esta época me han forzado a emprender tarde y con premuras la labor de redacción del tema.

“Redacción”, puesto que en él brilla por su ausencia cualquier o casi, investigación. Cierto que es difícil hacerlo en un tema tan manido, pero esa “popularidad” del mismo... es sólo aparente. Ahí yace oculto o no, casi todo el tejido del proceso.

Pero, en ella, repito, me he salido de mi pretendida sistemática —que se aprecia, como una ruina que sobresale en la superficie, en las primeras páginas—. ¿Por qué razones profundas me ha ocurrido eso?

Porque mi experiencia me ha llevado a ser elástico en las clasificaciones; a comprender en todo su alcance que tienen caracteres y fondo que las hacen necesarias, pero... sin apreciarlas con linderos lineales matemáticos.

Y así, al examinar lo “metaprocesal”, me encaro con todo el mundo del derecho. Y lo que comienza a resultar, es una aparición muy neta del campo de los *principios generales del derecho*.

Discrepo rotundamente de la “nueva” doctrina que asevera que los únicos principios que pueden y deben tener tal consideración —de fuente del derecho procesal español, se entiende— son los que emanan de la propia Constitución española, por lo que afirmar que junto a la CE como fuente del derecho procesal deben considerarse los principios generales del derecho no es sino una repetición y duplicidad innecesaria.

Esta doctrina —vertida en alguna obra de considerable venta entre jóvenes estudiantes y aspirantes a los cuerpos de la jurisdicción, jueces, fiscales, etcétera—, de carácter positivo-legalista (que augura mal porvenir a la filosofía del derecho en España, y peor a la teoría general del derecho procesal), viene a afirmar que el *techo* de los juristas que deseen aplicar el derecho español en los tribunales, se halla en la Constitución; los principios generales del derecho que en ella no aparezcan consignados, no son tales.

La falacia de esta conclusión es clara; y pretende anular al topos uranos de las ideas que nos llegan a través de los principios generales de las ciencias, de las técnicas, de la experiencia; pretende borrar la historia desde un momento antes la aplicación de la norma. Naturalmente, la equidad —lo equitativo— y el clásico concepto español que la equipara “con el sentido común” (“Proemio a la recopilación de Fueros de Aragón” de 1447; estuvo en vigor hasta 1924), todo ello, no existe para el jurista procesalista.

Tamaño pretensión, de extremado peligro por su comodidad, no debe ser silenciada aquí, para que se la tenga en cuenta y se la rebata.

Pues, bien, yo no la admito. Y veo —y aquí se ve— cómo hay principios que no se hallan en la Constitución española, y, sin embargo, son de los fundamentales del derecho procesal y del proceso.

Pero del topos uranos platónico de las ideas, voy descendiendo, y hallo, con muy difíciles soluciones de continuidad, las normativas positivas en sus diversos estratos; los llamados constitucionales, políticos a secas, técnicos del proceso y del procedimiento.

Mas hay principios a los que moderadamente, del modesto papel de procedimentales —como la oralidad-inmediación combinados— se les ha alzado al plano constitucional; y aún deberían hallarse más arriba, como garantes del principio filosófico-jurídico de la contradicción, de la bilateralidad; ello, sin dejar de hallarse como técnicos-procedimentales. Y análogamente

ocurre con principios de los llamados “políticos”. Y en cuanto a dar el nombre, históricamente muy relativo y contingente, de “constitucionales” a los nombrados en nuestra ley fundamental de 1878, pero arrastrados a ésta desde la de Cádiz o de otras extranjeras —cada una de ellas con su génesis respectiva— lo estimo, no desacertado, pero discutible si no va acompañado de una declaración de este tipo.

De ahí surge la redacción de este trabajo. Y hay que tener en cuenta que el llamado *habeas data* con su extensión mundial, debe dar lugar a transformaciones fundamentales incluso en el concepto de “proceso”, de su “bilateralidad”, de la “contradicción”, etcétera. Ya lo he anunciado en modestísimo desarrollo que aspira a obtener tutela jurisdiccional a lo que en mi país se dibuja tan sólo como administrativa y renqueante de aromas políticos... Véase la *RDP*r., 1996-3 y 1997-1.

En esta labor, todo cuanto hay en ella no es mío; lo he adquirido en mis estudios (valga esta aclaración); también aparece en mi país el uso de escribir sin notas bibliográficas, y yo no lo tengo; a mis obras me remito.

Pero... en esta redacción, faltan las notas. Sencillamente, no he tenido tiempo de aponerlas. E iban a ser muchas y largas.

No me despido, a la inversa, me comprometo a hacerlo, si puede ser útil a alguien.

Y el desorden... intentaré paliarlo pero va a ser muy relativo. La experiencia me ha hecho muy cauteloso y afirmarme en mi modestia. Dejaría con placer esta tarea a otros, a jóvenes, que espero hallar aunque sea lejos de mi sede.

Y ya que yo no me consuelo por mis errores y dudas, estimo puede hacerlo el lector, si acude al viejo dicho: “No están todos los que son”, pero con su coda modificada así: “pero son todos los que están”.