

## LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL, UN INTENTO DE EXPOSICIÓN DOCTRINAL BASADA EN LA RAZÓN\*

Juan MONTERO AROCA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *La garantía jurisdiccional en la aplicación del derecho penal.* II. *La acomodación del proceso a los imperativos de la actuación del derecho penal.* III. *Las diferencias exteriores.* IV. *Un inciso: el llamado principio de oportunidad.* V. *Los principios atinentes al titular de la jurisdicción.* VI. *Los principios relativos a la acción.* VII. *Los principios de la actuación de las partes.* VIII. *Los principios sobre la prueba.* IX. *Conclusión crítica.*

### I. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL

Los tribunales no tienen monopolio alguno en la actuación del derecho privado. Este derecho se aplica normalmente por los particulares en su vida diaria cuando contratan, cuando constituyen una familia, cuando hacen testamento, etcétera. Los tribunales también aplican este derecho pero, desde luego, no lo hacen en régimen de exclusividad y ni siquiera puede decirse que estadísticamente sean sus aplicadores más importantes. Todas las perso-

\* Ponencia.

1 Una vez más el Instituto Mexicano de Derecho Procesal ha tenido la gentileza de invitarme a su Congreso Nacional, ahora ya el XV, y otra vez he tenido que aceptar por que la deuda de gratitud con el Instituto y con los amigos que lo integran debe pagarse de algún modo y el único posible, o por lo menos el único del que dispongo plenamente, es el de seguir colaborando con él y con ellos. He tenido la suerte de ser invitado a todos los congresos mexicanos, desde el de 1982 en Mazatlán, y a todos ellos he enviado mi aportación, y lo he hecho porque me he sentido parte de un todo que, con mejor o peor fortuna, ha pretendido y pretende que la justicia mexicana pueda llegar a considerarse por los mexicanos como propia. Por otro lado, si en la organización de este Congreso de 1997 colabora el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el peso de la gratitud se duplica, pues con él y con su director, el doctor José Luis Soberanes, estoy unido por vínculos que llegan más allá de los mero académicos.

En las páginas que siguen voy a intentar realizar un estudio de los principios del proceso penal desde una perspectiva puramente teórica o, mejor, desligada de cualquier derecho positivo. No podré evitar —porque en él estoy formado personal y científicamente—, olvidarme de lo que es el proceso penal español, pero sí intentaré no hacer referencia a sus normas concretas, ni aún a las constitucionales. Se trata de ver hasta qué punto la razón puede ella sola determinar cómo debe ser el proceso por medio del que los órganos jurisdiccionales han de proceder a la aplicación del derecho penal en el caso concreto.

nas cuando se relacionan jurídicamente con otras están aplicando ese derecho. Lo mismo sucede con otras ramas jurídicas que no pueden calificarse como derecho privado en sentido estricto, como ocurre con los derechos laboral, administrativo o fiscal, que también son aplicados tanto por los particulares (en cuanto trabajadores o empresarios, por un lado, o como administrados, por otro) cuanto por las administraciones públicas, y ello hasta el extremo de que unos y otras son sus normales aplicadores.

El derecho penal, por el contrario, se aplica única y exclusivamente por los tribunales y sólo y precisamente por medio del proceso, con lo que resulta que estamos ante una situación muy diferente, la cual sólo puede explicarse si constatamos que la sociedad, cualquier sociedad, ha tomado a lo largo de la historia tres decisiones políticas de gran trascendencia que han significado tres monopolios. No pretendemos ahora investigar cuándo tomó la sociedad esas decisiones, pero sí hay que asumir que las decisiones fueron, sin duda, tomadas. Los tres monopolios a los que nos referimos son los siguientes:

#### 1. *Exclusividad estatal*

El primero de los monopolios dichos atiende a que el Estado ha asumido en exclusiva el *ius puniendi*, de modo que fuera de él mismo no existe actuación del derecho penal. Sin ánimo de convertirnos en historiadores, es evidente que la sociedad en un momento que no pretendemos precisar cronológicamente tomó una gran decisión civilizadora, conforme a la cual:

1º Quedó prohibida la autotutela o, en otras palabras, dejó de consentirse que los ciudadanos tomaran la justicia por su propia mano. Esta decisión pudo tomarse cuando la sociedad fue consciente de que ella misma, en cuanto tal, no podía existir con un mínimo grado de seguridad si dejaba que el fuerte se impusiera al débil o si consentía que éste permaneciera indefenso frente a aquél.

Pueden existir todavía algunas manifestaciones específicas de la autotutela, y el caso más destacado es el de la legítima defensa, pero la regla general tiene que ser su prohibición y aun que las manifestaciones específicas permitidas tienen que ser controladas jurisdiccionalmente para determinar si se han ejercitado dentro de los límites que justifican su propio ejercicio. En el desarrollo de la vida en sociedad de los hombres, ésta fue una de las primeras conquistas y sigue siendo irrenunciable, hasta el extremo de tipificar como delito en los códigos penales el ejercicio de las propias razones.

2º Se estableció la no disposición de la pena por los particulares, los cuales no pueden disponer del *ius puniendi* ni positiva (acordando de modo privado la imposición de penas), ni negativamente (decidiendo su no imposición cuando se ha cometido un delito).

Existen, sí, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos algunos supuestos excepcionales en los que puede hablarse de una cierta disposición negativa por los particulares, bien porque unas veces la persecución penal se hace depender de la voluntad del ofendido por el delito, bien por que otras veces se admite que el perdón de éste puede extinguir la responsabilidad penal, pero parece claro que estamos aquí ante supuestos que no pueden desvirtuar la regla general de la no disposición.

## 2. *Exclusividad por los tribunales*

El segundo monopolio atiende a que el derecho penal ha de aplicarse, dentro del Estado, por los tribunales, por los órganos jurisdiccionales, a los cuales se convierte en los únicos actuadores del mismo. Los órganos legislativos y los administrativos no pueden ni declarar la existencia de un delito, ni imponer penas. Estamos ante otra opción de civilización que es también irrenunciable.

No es necesario insistir aquí que no ha sido así siempre históricamente, pues de todos es conocido cómo los titulares del Poder Ejecutivo han pretendido constantemente seguir asumiendo funciones penales, pero sí conviene advertir que este segundo monopolio está siendo, en buena medida, burlado mediante el reconocimiento de la llamada potestad sancionadora de la administración. Para todos tiene que ser evidente que, con el pretexto de la urgencia en la decisión y de la seguridad pública, los titulares del Poder Ejecutivo están procediendo a imponer en todos los países sanciones pecuniarias que son, a veces, verdaderas confiscaciones. Por ello las diferencias entre la sanción administrativa y la pena se convierten en un juego de palabras, pues aquélla se equipara a ésta por lo menos en su realidad, aunque no en su concepción jurídica, si bien esta concepción acaba por ser un mero formulismo retórico.

## 3. *Exclusividad procesal*

El tercer monopolio se centra en que el derecho penal se aplica por los tribunales, pero que éstos han de utilizar necesariamente el medio que es el proceso, no pudiendo imponer penas de cualquier otra forma. Estamos aquí, otra vez, ante una opción de civilización, que ha llevado a prohibir aplicaciones del derecho penal que no se realicen precisamente con las garantías del proceso.

Tampoco es preciso advertir que no ha sido siempre así históricamente, pero sí conviene resaltar que al haberse decidido políticamente que el proceso es el mejor instrumento para garantizar tanto la legalidad del resultado final como los derechos del acusado, ese proceso ha de conformarse se-

gún los principios esenciales del mismo; es decir, aquellos que hacen que una actividad sea proceso y no otra cosa —y a los que nos referiremos después—, pero adelantado ya que esto no puede significar que el proceso penal tenga que ser igual que el proceso civil.

#### 4. *La garantía jurisdiccional*

El resultado de estos tres monopolios es la llamada garantía jurisdiccional, que forma parte del principio de legalidad en materia penal. Este principio, formulado inicialmente por Feuerbach, se articula hoy en cuatro garantías: 1) Criminal o *nullum crimen sine legge*, 2) Penal o *nulla poena sine legge*, 3) Jurisdiccional o *nemo damnetur sine legale iudicium*, y 4) De ejecución o las penas se ejecutan en el modo previsto en la ley. Pues bien, lo que estamos diciendo es que la garantía jurisdiccional tiene en realidad un doble componente, pues por un lado atiende a que la pena se impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso.

La garantía jurisdiccional penal nos sirve, pues, para determinar que el derecho penal lo aplican sólo los tribunales y que lo hacen por medio del proceso, pero no nos dice nada más y, especialmente, no nos resuelve cómo ha de conformarse ese proceso, salvo que ha de tratarse de una actividad que pueda calificarse realmente de proceso.

#### 5. *Inexistencia de derechos subjetivos penales*

La constatación de la existencia de los monopolios nos lleva a una conclusión inicial que tiene gran trascendencia en cuanto que condiciona todo lo que hemos de decir a continuación. Esa conclusión puede enunciarse diciendo: 1) No existe relación jurídica material penal entre los que han intervenido en la comisión del delito, bien como autor bien como víctima, y 2) El ofendido por el delito no es titular de un derecho subjetivo a que al autor del mismo se le imponga una pena. El *ius puniendi* ha sido asumido en exclusiva por el Estado, y los particulares no tienen derechos subjetivos de contenido penal. Con el ruego de ser entendido puede decirse que el Estado produjo una cierta “expropiación” de los derechos subjetivos penales, de modo que éstos no existen en manos de los particulares. El único que tiene derecho a imponer penas es el Estado y para él no se trata de un verdadero derecho, sino de un deber que ha de cumplirse conforme al principio de legalidad y sin intervención de discrecionalidad alguna.

El segundo monopolio añade a lo anterior la aparición de una alternativa entre la que hay que decidirse políticamente por una de sus opciones, en cuanto que puede o no reconocerse al ofendido por el delito, el derecho a

promover el ejercicio por los tribunales del *ius puniendi* de éstos; no se trata de reconocer al particular ofendido por el delito un derecho subjetivo material penal, sino un derecho o facultad procesal para, primero, pedir a un tribunal que inicie la averiguación del delito y la persecución de su autor y, después, para convertirse en parte acusadora.

Por último, el tercer monopolio significa que el derecho penal ha de aplicarse por medio del proceso, y con ello se trata de que el instrumento por medio del que los órganos jurisdiccionales aplicarán el derecho penal tiene que estar constituido de forma que responda a los que son principios esenciales del proceso, pero no puede suponer que ese proceso tenga que ser exactamente igual al proceso en el que actúa el derecho privado. La naturaleza del derecho material a aplicar condiciona la manera de configurar el proceso. Esto es, en todo proceso, aunque se aplique el derecho objetivo material que fuere, ha de responder a unos principios esenciales que hacen que “algo” sea proceso y no otra cosa, pero eso no puede suponer que todos los procesos hayan de ser iguales también en los principios que podemos considerar condicionados por el tipo de derecho objetivo material que han de actuar.

## II. LA ACOMODACIÓN DEL PROCESO A LOS IMPERATIVOS DE LA ACTUACIÓN DEL DERECHO PENAL

Tendremos que aludir después a los principios esenciales de todo proceso, pero en este momento conviene referirnos a los condicionantes del derecho objetivo material a aplicar que influyen en la conformación de los procesos, y para ello puede ser útil aludir a los dos principios base que sirven para conformar dos tipos de proceso.

### 1. *El principio de oportunidad*

Este principio responde a una concepción política que atiende a la libertad del ciudadano para decidir tanto qué relaciones jurídicas materiales contrae como la mejor manera de defender los derechos subjetivos que tiene, y así:

a) Cuando se trata del derecho privado el punto de partida es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los derechos subjetivos, de modo que se reconoce la existencia de relaciones jurídicas materiales de las que existen titulares activo y pasivo, con lo que estamos ante la existencia de verdaderos derechos subjetivos.

b) El derecho privado se aplica preferentemente por los particulares y, ante la perturbación del interés privado, el proceso civil no es el único sistema para su restauración, existiendo otros sistemas que no son los jurisdic-

cionales. Más aún, puede decirse que la actuación del derecho privado por los tribunales no es ni siquiera lo deseable.

c) La iniciación del proceso civil queda en manos de los particulares, siendo éstos los que deben decidir si es oportuno o no para la mejor defensa de su interés el acudir o no al proceso, de modo que éste no sólo no se inicia nunca de oficio por el juez, sino que tampoco puede iniciarse a petición de alguien distinto al particular.

Estos caracteres, que determinan la existencia de un proceso civil oportuno, conducen al llamado principio dispositivo, con base en el que:

1º La determinación concreta del objeto del proceso corresponde al particular que interpone una verdadera pretensión, en cuanto ha de fijar lo que pide y la causa de pedir; al demandado corresponderá oponer la resistencia que estime conveniente y con ella contribuirá a fijar el objeto del debate.

2º El juez ha de ser congruente con la pretensión interpuesta por el actor y con la resistencia opuesta por el demandado, de modo que el ámbito en el que puede ejercer su función jurisdiccional queda delimitado por lo que las partes piden y admiten.

3º Si las partes son las única que pueden iniciar el proceso, también pueden ponerle fin, disponiendo tanto del interés sobre el que han formulado la pretensión y la resistencia (renuncia, allanamiento, transacción) como del proceso mismo (desistimiento), y con esos actos pueden llegar a determinar el contenido de la sentencia que ha de dictar el juez.

Los principios de oportunidad y dispositivo tienen otras muchas consecuencias en la regulación del proceso civil, pues sólo desde ellos se comprende, por ejemplo, que el juez quede vinculado por las admisiones de hechos que las partes hagan, de modo que si un hecho es afirmado por una parte y admitido por la contraria el mismo ha de ser estimado existente por el juez, y también que pueden existir medios de prueba de valor legal, como es el caso de la confesión en juicio.

## 2. *El principio de necesidad*

El delito supone algo distinto del conflicto civil y, consecuentemente, el proceso penal no puede estar regido por los mismos principios que informan el proceso civil. El elemento clave consiste en percatarse de que la actuación del derecho penal tiene que estar determinada por el que podemos llamar principio de necesidad, conforme el cual:

1º La existencia de un hecho aparentemente delictivo ha de suponer la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, pues es la legalidad la que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal, el cual no puede depender de criterios de oportunidad. El proceso penal no puede dejarse

en su inicio a la decisión discrecional de nadie, sino que aquel a quien se le atribuya por la ley la competencia para pedir la incoación del proceso ha de quedar sujeto a la legalidad estricta.

2º Una vez iniciado el proceso penal, éste ha de procurar llegar a su fin normal en la sentencia, no pudiendo terminar por actos discrecionales de nadie. El proceso penal no puede ser revocado, suspendido, modificado o suprimido sino en los casos en que así lo permita una expresa disposición de la ley, sin que ello pueda dejarse a la decisión discrecional de persona alguna.

Consecuencia de la necesidad del proceso es también, por ejemplo, que las admisiones de hechos realizadas por las partes no pueden servir para determinar la existencia de los hechos mismos de modo que quede vinculado el juzgador a tenerlos por existentes, pues con ello se estaría realmente disponiendo de la pena; así mismo tampoco deben ser admisibles las reglas legales de valoración de la prueba, en cuanto podrían ser utilizadas por las partes para conformar la sentencia a través del medio de dejar preconstituidas fuentes de prueba.

Ese principio de necesidad es también una conquista de la civilización y con él se pretenden evitar dos riesgos importantes en la aplicación del derecho penal:

a) Se impide que alguien pueda disponer de la aplicación de las penas, pues esa disposición implicaría que perdería su razón de ser todo el sistema penal del Estado. Si alguien tuviera esa facultad de disposición tendría en realidad el *ius puniendi*, por cuanto éste sólo se ejercitaría si ese alguien lo decidiera y cuando lo decidiera.

b) Se pretende impedir que los delitos queden impunes. Si el Estado por medio de la ley considera que un acto debe ser considerado delito, no puede luego consentir que dejen de perseguirse actos concretos que queden subsumidos en la tipificación penal, por cuanto ello, además, implicaría una gravísima desigualdad entre los ciudadanos.

Tendremos que aludir después al que modernamente se está llamando principio de oportunidad en el proceso penal, pero de momento lo que nos importa es que la conformación de la actuación del derecho penal como un verdadero proceso, no puede significar que éste quede sometido a los mismos principios que informan el proceso civil. La actuación del derecho penal ha de hacerse, sí, por medio de un proceso, pero nadie puede con sentido sostener que sus principios han de ser los mismos que determinan la actuación del derecho privado por los tribunales.

### III. LAS DIFERENCIAS EXTERIORES

Una vez aclarado que el proceso penal tiene que ser distinto del proceso civil y antes de examinar sus principios específicos, conviene atender a lo

que ya desde un primer instante se nos aparece en él como diferente. Desde la mera apariencia exterior pueden constatarse algunos elementos que aparecen como propios del proceso penal y que cualquier persona puede apreciar aun careciendo de los más elementales conocimientos jurídicos.

### 1. *Creación artificial del Ministerio Público*

Si hubiera de mantenerse el esquema normal del proceso civil, también en el penal aparecería como parte acusada aquella persona a la que se imputa la comisión de un delito y como parte acusadora el ofendido por el mismo. Este no tendría derecho subjetivo a la imposición de una pena, pero sí quedaría legitimado para instar el ejercicio por el tribunal del *ius puniendi*. Con todo, este esquema de acusador-ofendido por el delito y de acusado-a quien se imputa la comisión del delito, se quebró, y para siempre, cuando se reconoció que la persecución de los delitos no puede abandonarse en manos de los particulares, sino que es una función que debe asumir el Estado y ejercerla conforme al principio de legalidad. Se produjo así la creación del Ministerio Público o Fiscal.

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

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

El que después el Ministerio Público asuma o no en exclusiva el ejercicio de la acción penal, esto es, que además de la parte pública se reconozca o no legitimación a los ciudadanos particulares para el ejercicio de la acción penal, es algo que no afecta al esquema esencial del proceso penal. En la mayoría de los países se ha privado a los particulares de esa legitimación, incluso cuando han sido ofendidos por el delito, pero no ocurre así en España, en donde todos los particulares, sean o no ofendidos por el delito,

pueden convertirse en acusadores penales. Por nuestra parte creemos que en la opción española hay un gran componente de libertad y de civilización, por cuanto no se aparta a los ciudadanos del interés público, pero como decimos eso no hace a la esencia del proceso penal.

En lo que sí hay que insistir es en que la atribución de la condición de parte acusadora al Ministerio Público y sujeta a la legalidad, no convierte a éste en titular del *ius puniendi*. El derecho de castigar sigue siendo monopolio de los tribunales, pero para que éstos puedan ejercerlo por medio de un verdadero proceso es necesario que alguien formule la acusación y con ese fin se crea al Ministerio Público.

## 2. *Actividad preparatoria pública*

El proceso civil comienza cuando ante un tribunal se presenta una demanda en la que una parte, el actor, formula una pretensión contra otra, el demandado. Naturalmente, la presentación de la demanda ha de estar precedida de una actividad preparatoria, realizada por el abogado del futuro actor, pero esa actividad es privada y las leyes no la regulan; de la misma manera, el abogado del demandado debe realizar la actividad privada que le permita contestar a la demanda y tampoco esa actividad tiene regulación legal. Por el contrario, las leyes procesales penales de todos los países sí regulan la actividad preparatoria del proceso penal y le atribuyen naturaleza pública, con lo que están introduciendo un elemento desconocido en el proceso civil.

Sobre todo en el siglo XIX se decidió que el sistema de aplicación por los tribunales del derecho penal fuera el proceso, y éste se partió en dos fases bien delimitadas: una preparatoria o de instrucción y otra enjuiciadora o juicio en sentido estricto, que como luego veremos debe ser oral. La primera fase recibió nombres distintos en los varios códigos, pero por mi parte la llamaré procedimiento preliminar y no entraré por ahora en su naturaleza jurídica. La segunda fase también se llamó de modos distintos en los varios códigos, pero ahora la llamaré juicio.

### A. *Finalidades*

La primera fase o procedimiento preliminar se justifica atendiendo, sobre todo, a dos finalidades:

1ª La preparación del posterior juicio exige una actividad previa de averiguación y dejar constancia de la perpetración del delito con todas sus circunstancias, incluido quien es su autor, asegurando su persona y las responsabilidades pecuniarias, actividades todas ellas en las que predomina el interés público, por lo que han de realizarse por un órgano público sometido al principio de legalidad. Esas actividades no pueden dejarse ni en ma-

nos de los particulares ni en manos de un órgano público que actúe discrecionalmente, a pesar de que por medio de ellas no se trata de juzgar, sino de preparar el juicio.

2ª El verdadero enjuiciamiento sólo debe ser sufrido por el imputado cuando existan elementos suficientes para ello, elementos que deben ser necesariamente determinados antes de la apertura de la segunda fase. El juicio sólo debe ser realizado cuando razonablemente se haya llegado a la constatación, no de que va a obtenerse una sentencia condenatoria, pero sí de que existen indicios suficientes de que el hecho existió, de que es delictivo y de que de él es autor el imputado. Lo más destacado, con todo, es que la decisión relativa a la apertura de esta segunda fase no va a quedar en manos de los acusadores, sino que se confiará a un órgano judicial. Como luego veremos el juicio oral no podrá existir si no existe acusación formulada por un acusador, pero la existencia de acusación no será suficiente para la apertura de la fase.

El procedimiento preliminar cumple, pues, dos finalidades básicas: por un lado preparar el juicio y, por otro, evitar juicios inútiles. Ahora bien, cuando se dice que el procedimiento preliminar prepara el juicio no debe entenderse que la preparación se refiere sólo a la acusación, sino que el procedimiento ha de referirse también, y con la misma intensidad, a preparar los elementos necesarios para la defensa. En los últimos años por parte de alguna doctrina se está incurriendo en el gravísimo error de considerar que el procedimiento preliminar consiste en reunir los elementos necesarios para determinar si se debe sostener la acusación y para preparar ésta, con olvido de que la actividad preliminar debe servir tanto para lo que determina la inculpación como para lo que la excluye, es decir, debe preparar tanto la acusación como la defensa.

Atendidas estas dos finalidades debe quedar claro que en esta primera fase no se realiza actividad probatoria en sentido estricto, esto es, actividad que pueda servir de fundamento para la decisión que debe pronunciarse en la sentencia. La actividad preliminar debe preparar la fase segunda o verdadero juicio y a dos niveles: 1) Los actos de preparación deben proporcionar a las partes las fuentes de prueba en las cuales basar su posterior acusación y defensa, y proponer medios de prueba que deben practicarse sólo en la segunda fase o de juicio, y 2) Los actos de investigación de la primera fase han de servir para determinar si la segunda fase es realmente posible, es decir, si concurren suficientes elementos para que una persona llegue a ser sometida al verdadero juicio. En cualquier caso, lo que importa es advertir que una cosa son los actos de investigación, propios de la primera fase, y otra los actos de prueba, exclusivos de la segunda fase, y que la sentencia sólo puede dictarse con base en los segundos.

## B. *Competencia*

Desde esta perspectiva debe afrontarse la cuestión de a quién debe confiarse el procedimiento preliminar, si a la parte parcial y acusadora que es el Ministerio Público o si a un órgano imparcial como es el juez de instrucción, lo cual no sirve para determinar la naturaleza jurídica de esa fase, pues es perfectamente posible confiar a un juez una actividad aunque ésta no sea propiamente jurisdiccional. Los defensores de que el procedimiento preliminar se confíe al Ministerio Público olvidan frecuentemente dos elementos de decisión fundamentales:

1º Por mucho que de ese Ministerio se diga que está sujeto al principio de legalidad, no puede desconocerse que el mismo o está sujeto también al principio de dependencia del Poder Ejecutivo o forma parte del Poder Ejecutivo como un órgano más del mismo, y en los casos cuando se defiende que la primera fase debe ser de la competencia del Ministerio Público lo que se está diciendo es que el procedimiento preliminar debe realizarlo el Poder Ejecutivo. Sólo en los países en que el Ministerio Público lo integran personas cuyo estatuto jurídico es el de un verdadero juez, esto es, cuando de su estatuto es característica esencial la independencia podría cuestionarse a quién se atribuye la competencia para el procedimiento preliminar.

2º La atribución al Ministerio Público de la competencia para el procedimiento preliminar significaría que la labor de preparación del juicio se convertiría realmente en la preparación de la acusación, dejando al abogado del acusado la preparación de la defensa, y si esto puede ser algo teóricamente correcto también es algo desconocedor de la realidad, pues en la mayor parte de los supuestos los acusados carecen de los medios económicos necesarios para realizar una real preparación de su defensa, con lo que se introduciría en el proceso penal un gravísimo elemento perturbador del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y también del principio de igualdad de las partes en el proceso. Los favorecidos por la fortuna podrían realizar la actividad preparadora de su defensa, mientras que los desfavorecidos económicamente no podrían realizarla.

Es perfectamente admisible desde una perspectiva exclusivamente teórica defender que el Ministerio Público debe realizar la labor investigadora en la que se resume principalmente el procedimiento preliminar, pero esa concepción teórica debe someterse a los condicionantes de la realidad y, por lo menos, tener en cuenta dos elementos:

1º Situación de dependencia o independencia del Ministerio Público respecto del Poder Ejecutivo, asumiendo que si el Ministerio Público no es independiente en realidad lo que se está cuestionando es si la preparación del juicio se atribuye al Poder Ejecutivo o al Poder Judicial, y ello independientemente de que la actividad sea jurisdiccional o no.

2º Posibilidad real de que el Ministerio Público realice una preparación del juicio completa, esto es, que se refiera tanto a los elementos que sirven para acusar como a los utilizables para la defensa, lo que presupone que el Ministerio Público deje de ser lo que es, para conformar una actuación del derecho penal que no sería procesal por cuanto dejarían de existir dos partes parciales y un tercero imparcial, para existir dos elementos personales imparciales (el juez y el Ministerio Público) frente a un acusado que también dejaría de ser parte, pues es lógicamente imposible la existencia de una única parte. Por este camino se llegaría a la destrucción de la misma idea de proceso.

Una cosa es siempre lo teóricamente mejor y otra lo prácticamente posible. La discusión sobre si debe confiarse o no al Ministerio Público la actividad preparatoria no debe suscitarse en puros términos teóricos, sino que debe plantearse en un momento determinado y con relación a un país concreto. Sólo así adquiere sentido útil el debate. Por ello siempre que se inicie una discusión en torno a quién debe ser competente para la fase preliminar del proceso penal, debe quedar claro, desde el principio, si se está debatiendo sólo teóricamente o con referencia a un país y en un momento histórico determinado.

### 3. *Juicio oral y público*

Si nos mantenemos en la teoría pura tenemos que reconocer que la segunda fase del proceso puede ser tanto oral como escrita, y no cabría desconocer que han existido procesos penales, que han cumplido todos los presupuestos y requisitos para que sobre ellos pudiera decirse que eran y son verdaderos procesos, en los que ha predominado la escritura. Con todo, hoy, partiendo de los textos fundamentales internacionales de reconocimiento de derechos humanos, pareciera como si en ellos se estableciera la existencia de un proceso oral. El procedimiento preliminar no puede dejar de ser escrito, por razones obvias, pero la fase segunda del proceso se sobreentiende oral y pública.

En este sentido puede leerse en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, del 10 de diciembre de 1948, que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial... para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (artículo 10), y también que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (artículo 11.1).

De la misma manera se dice en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley... La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios...” (artículo 14.1), y que toda persona tiene derecho “a hallarse presente en el proceso” (artículo 14.2, d).

No es el caso referirse ahora a la que podemos llamar protección de los derechos humanos en ámbitos regionales, principalmente el europeo y el americano, pues lo que nos importa es resaltar que en los tratados de ámbito universal se está partiendo, más o menos expresamente, de que:

1º El proceso penal tiene que realizarse públicamente, con asistencia del público en general y en especial de los medios de comunicación social, y la publicidad sólo es posible con plenitud si el proceso se realiza en acto concentrado y oral. A pesar de lo que las normas concretas de un determinado país puedan disponer acerca de la publicidad de los juicios, si el procedimiento es escrito difícilmente puede lograrse la verdadera publicidad; el proceso no será secreto, pero tampoco será público.

2º El “ser oída públicamente” o el “hallarse presente en el proceso”, sólo tiene sentido si se parte de un proceso oral, es decir, de la existencia de una audiencia concentrada en el tiempo y en la que se practican los medios de prueba, con base en los cuales se formará la convicción de los que tienen que dictar la sentencia, con independencia de los actos de investigación que se hubieren realizado en la fase de procedimiento preliminar.

La doctrina procesal lleva más de un siglo discutiendo en torno a las ventajas y los inconvenientes de los procedimientos orales y escritos, y el debate no parece que vaya a terminar en lo que se refiere al proceso civil, pero en el proceso penal se trata ya de un debate cerrado por lo que se dispone en los textos internacionales que establecen los derechos humanos. En ellos se está partiendo, no de la conveniencia del proceso oral, sino del derecho de toda persona, a la que se acuse de un delito, a ser juzgada delante del público y por medio de actos de los que todos puedan llegar a tener perfecto conocimiento, lo que sólo puede suceder si esos actos son orales.

En cualquier caso, en todo lo que sigue vamos a presuponer que la segunda fase del proceso penal se sujeta al principio de oralidad y a los principios consecuencia del mismo, es decir, a la concentración y a la inmediatez, pues aun en el caso de que se estimara que los tratados internacionales de derechos humanos permiten que el procedimiento sea escrito, por nuestra parte nos inclinamos decididamente por la oralidad. Al mismo tiempo hay que advertir también que los principios que iremos resaltando a continuación se refieren a esa segunda fase, por cuanto ella es realmente el verdadero proceso, siendo discutible la naturaleza jurídica de la primera.

#### IV. UN INCISO: EL LLAMADO PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Estamos asistiendo en los últimos años al intento de introducir lo que se llama el principio de oportunidad en el proceso penal. Este pretendido principio lo que supone exactamente es reconocer al Ministerio Público, en cuanto parte acusadora, la facultad para disponer, bajo determinadas circunstancias, de la acusación, con independencia de que se haya acreditado en el procedimiento preliminar la existencia de un hecho punible contra un autor determinado, o de que ya en el juicio oral haya quedado probada la comisión de un delito y la participación en él del acusado.

Debe quedar, pues, claro que el sector de la doctrina que defiende este pretendido principio no está auspiciando ni el aumento de las facultades del ofendido por el delito a la hora de instar el inicio del proceso penal, ni el aumento de las facultades del juez a la hora de la determinación de la pena o de la ejecución de la misma. De lo que se trata es, sin duda, de aumentar las facultades del Ministerio Fiscal para decidir: 1) Sobre el ejercicio de la acusación, es decir, para no ejercerla en determinadas condiciones, con lo que no se llegaría a iniciar el proceso penal a pesar de existir un hecho aparentemente delictivo, y 2) Sobre la conclusión del proceso sin sentencia, a pesar de que de lo actuado hasta aquel momento se desprendera la existencia de un hecho tipificado en el Código Penal.

Ni que decir tiene que si esto se llegara a conseguir estaríamos ante un proceso penal distinto del actual, en el que lo más sobresaliente sería que el titular del *ius puniendi* no sería el juez, sino el Ministerio Público, en cuanto dependería de éste el inicio del proceso y su conclusión. Y aquí radica precisamente lo que el fondo se pretende con la introducción de esa falsa oportunidad: desplazar el poder del juez por el poder del Ministerio Público, esto es, disminuir el poder de un órgano independiente, como es el juez, para aumentar el poder de un órgano subordinado al Poder Ejecutivo como es el Ministerio Público; más claramente, y por si queda alguna duda, lo que se pretende es reducir el ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional a lo que caso por caso decidiera el Poder Ejecutivo. Se trata, pues, de negar las conquistas de la civilización a las que nos referimos al inicio.

Que lo anterior es como decimos se desprende de que las razones de utilidad pública e interés social, en las que pretende hallarse el fundamento de este principio de oportunidad, siendo indudablemente atendibles, justificarían igualmente el aumento de las facultades del juez, no las del Ministerio Público, y sin embargo no se quiere esta solución sino la opuesta, la del aumento de los poderes de este funcionario incardinado en la órbita del Poder Ejecutivo.

En efecto, manteniendo el principio de legalidad procesal penal, se podría:

1º Evitar los efectos criminógenos de las penas de breve privación de libertad, es decir, las graves consecuencias que para determinadas personas

(sobre todo jóvenes autores de un primer delito) supone el ingreso en prisión para cumplir penas por delitos de poca importancia. Para evitar ese efecto (aparte de que podría el legislador cambiar la penas cortas de privación de libertad por otro tipo de penas) puede o aumentarse los poderes del Ministerio Público, permitiéndole no ejercitar la acusación, o los del juez autorizándole a, después del proceso y de la sentencia condenatoria, sustituir la pena de prisión por otra que no produzca esas consecuencias perjudiciales para la formación del joven condenado.

2º Obtener la reinserción del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de rehabilitación. Se trataría de cómo proceder contra quien ha cometido un delito bajo drogodependencia pero o se ha rehabilitado ya o está bajo tratamiento, y ante esta situación cabe bien aumentar el poder del Ministerio Público, atribuyendo a éste la no iniciación del proceso penal o su suspensión, bien mantener los poderes del juez de conceder, después del proceso y de la sentencia condenatoria, la suspensión en la ejecución de la pena.

3º Obtener la reinserción de terroristas arrepentidos o una mejor información sobre bandas armadas o de narcotraficantes. También aquí podría optarse entre que el procurador general de la República ordenara la no persecución del delincuente en estos supuestos o que el tribunal sentenciador impusiera una pena inferior o aun que concediera la suspensión de la pena impuesta.

Si los fines de utilidad pública e interés social que hemos indicado, y que son los alegados por los sostenedores de la oportunidad del Ministerio Público, pueden lograrse perfectamente manteniendo el principio de legalidad procesal penal, la opción entre aumentar los poderes del juez o los poderes de aquel Ministerio, comporta una decisión política de gran trascendencia y, al mismo tiempo, muy reveladora de la concepción que se tiene del Estado. Atribuir al Ministerio Público, y por su intermedio al Poder Ejecutivo, la iniciativa para perseguir o no determinados delitos o delincuentes, supone admitir que este último debe ser hegemónico en la sociedad y que debe privarse al Poder Judicial de atribuciones que hasta ahora tiene.

## V. LOS PRINCIPIOS ATINENTES AL TITULAR DE LA JURISDICCIÓN

### 1. *En general*

Después del inciso que hemos creído necesario estudiar, volvemos al proceso penal y lo hacemos para determinar los principios que deben configurarlo, empezando por los que atienden al órgano judicial o, mejor, a la persona titular de la potestad jurisdiccional, es decir, al juez. No es el caso advertir que los principios políticos de la potestad jurisdiccional, más todo

lo relativo al estatuto de los jueces, no puede desgajarse del conjunto para referirlo de modo aislado a los tribunales penales y a la actuación del derecho penal. Así el principio del juez natural o predeterminado por la ley, tanto en lo relativo a la conformación de los órganos a los que se dota de potestad jurisdiccional, como respecto de su consideración de derecho fundamental de los ciudadanos, no puede referirse sólo a la actuación de un tipo de derecho material en el caso concreto, aunque sea cierto que cuando ese derecho es el penal el principio adquiere una relevancia especial dados los intereses que entran en juego.

De la misma manera no parece necesario insistir aquí ni en la inamovilidad, ni en la independencia ni en la responsabilidad de los jueces, pues si lo hiciéramos así tendríamos que realizar un esfuerzo que no parece proporcionado al fin que se persigue, además de no ser necesario para explicar cómo ha de configurarse el proceso penal. Por el contrario, sí es necesario resaltar la imparcialidad por cuanto a ella se hace referencia reiterada por la doctrina a la hora de destacar caracteres que se dicen propios y exclusivos del proceso penal.

## 2. *Quien instruye no puede juzgar*

Viene presentándose como específico de la jurisdicción, cuando se trata de la aplicación del derecho penal, un aspecto de la imparcialidad del juzgador que suele enunciarse diciendo que quien instruye el procedimiento preliminar no puede luego formar parte del órgano jurisdiccional que ha de realizar la segunda fase del proceso o juicio oral. Antes de ver lo que esto significa realmente conviene dejar aclarado lo que es la imparcialidad.

### A. *La imparcialidad*

La misma esencia de la potestad jurisdiccional supone que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí, que por lo mismo son parciales, las cuales acuden a un tercero imparcial que es el titular de la potestad jurisdiccional o juez.

Ahora bien, la imparcialidad no puede suponer sólo que el juez no sea parte, sino que ha de implicar también que su juicio ha de estar determinado sólo por el cumplimiento correcto de la función, es decir, por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena al ejercicio de esa función influya en la decisión. Adviértase, con todo, que así como la no consideración de parte es algo objetivo, la influencia o no en el juicio del juez de circunstancias ajenas al cumplimiento de la fun-

ción es subjetivo, de modo que no cabría constatar objetivamente la parcialidad o la imparcialidad.

Aunque la imparcialidad sea subjetiva, lo que la ley hace es objetivarla, y así establece una relación de situaciones, que pueden constatarse objetivamente, en virtud de las cuales el juez se convierte en sospecho de parcialidad, y ello independientemente de que en la realidad cada juez sea o no capaz de mantener su imparcialidad. La regulación de la imparcialidad en las leyes no atiende, pues, a descubrir el ánimo del juzgador en cada caso, lo que sería manifiestamente imposible, sino que se conforma con establecer unas situaciones concretas y constatables objetivamente, concluyendo que si algún juez se encuentra en alguna de ellas debe apartarse del conocimiento del asunto o puede ser separado del mismo.

Si ahora atendemos a las situaciones concretas en las que si se encuentra un juez debe apartarse del conocimiento del asunto o puede ser recusado, advertiremos inmediatamente que estas situaciones pueden ser de dos tipos:

1º Unas de esas posibles situaciones atienden a las relaciones del juez con las partes del proceso, y así las leyes se refieren, por ejemplo, al parentesco de consanguinidad o afinidad entre el juez y una de las partes o su abogado, al vínculo matrimonial o situación de hecho asimilada, a la amistad íntima o a la enemistad manifiesta y algunas más de esta índole.

2º Otras de esas situaciones se refieren a posibles relaciones entre el juez y el objeto del proceso, y así suele enunciarse el tener interés directo o indirecto en el pleito o causa, lo que se interpreta en el sentido de que el juez puede obtener algún beneficio o sufrir algún perjuicio según sea el contenido de la resolución que en el proceso llegue a dictarse.

Es evidente que en estos casos, independientemente de que un juez determinado no se viera influido por esas situaciones a la hora de declarar el derecho en el caso concreto y de que otro juez sí, la ley tiene que presuponer que el juez es sospecho de parcialidad y, por tanto, que no puede ser considerado un tercero imparcial. Esto es, la ley no entra a considerar cuál será el ánimo de cada juez determinado si se encuentra en una de esas situaciones, sino que le basta con que se constate que concurre la causa para llegar a la conclusión de que ese juez no puede ser considerado imparcial.

### B. *Instrucción y enjuiciamiento*

Pero las leyes suelen incluir entre las causas de abstención y de recusación otras dos que requieren explicación propia, la primera como medio para entender la segunda, que es la que aquí nos importa.

Puede leerse en las leyes, y no se hace cita de normas específicas por ser ocioso, que es causa de abstención y de recusación el haber resuelto el proceso en instancia anterior, con lo que viene a decirse que no puede inte-

grar el órgano jurisdiccional para conocer de un recurso el juez que ha dictado la resolución sujeta a impugnación por medio de ese recurso. Esto es algo elemental, pero lo que nos importa resaltar ahora es que esta causa no se relaciona propiamente con la imparcialidad, sino que responde a la naturaleza misma de lo que son los medios de impugnación devolutivos.

Si la imparcialidad presupone que en el cumplimiento de la función jurisdiccional el juez no puede estar condicionado por circunstancia alguna ajena a la función misma, el hecho de haber dictado la resolución recurrida no se refiere propiamente a la imparcialidad, pues el juez no se encuentra relacionado ni con las partes ni con el objeto del proceso. Esta causa de abstención y de recusación no es homogénea con las anteriores, es algo distinta a las mismas, pues no existe en ella circunstancia ajena a la función jurisdiccional; el juez que ha dictado la resolución impugnada también al conocer del recurso se limitaría a aplicar la ley en el caso concreto y su juicio no estaría influido por motivos exteriores al proceso.

La causa, por el contrario, guarda relación directa con lo que es un recurso. La conformación de un proceso en una primera instancia y en recursos posteriores, tengan éstos la naturaleza que fuere, responde a la posibilidad de error judicial y a la conveniencia de que un mismo asunto sea examinado por más de un órgano jurisdiccional, siendo el segundo de categoría superior al primero y pudiendo sustituir la resolución de éste por otra que se estime más ajustada a derecho. Si esto es así, y lo es, iría en contra de la misma conformación del proceso en una primera instancia y en recursos posteriores, el que pudiera conocer de uno de los recursos el juez que había dictado la resolución impugnada.

La segunda causa a la que aludimos aquí puede enunciarse diciendo que el juez que ha realizado la primera fase de un proceso penal no puede, luego, ser el juez que decide la segunda fase, de modo que existe incompatibilidad entre instruir y juzgar. En los últimos tiempos ha venido sosteniéndose que esta causa de abstención y de recusación se relaciona también con la imparcialidad, y así se viene repitiendo acriticamente que el juez que ha realizado la instrucción o procedimiento preliminar acometería la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible.

Estamos ante una elaboración legal que ha sido asumida por la doctrina sin haberse replanteado algunos conceptos elementales. En efecto, entre las causas ordinarias que los legisladores estiman que ponen en riesgo la imparcialidad del juez y esta otra existen diferencias fundamentales, lo que se constata simplemente advirtiendo que el juez que debe fallar, después de haber instruido, no verá su ánimo influido por nada ajeno al proceso mismo, pues no puede decirse que tenga relación con las partes ni con el objeto del proceso. En el peor de los casos su ánimo vendrá influido por el conocimiento de los hechos obtenido en el ejercicio de su función, pero no podrá hacerse mención de circunstancias ajenas a la función.

En el proceso civil se ha sostenido una larga batalla para lograr la intermediación, esto es, para que el juez que dicta la sentencia haya obtenido su convicción sobre los hechos habiendo entrado en contacto directo con las pruebas, y no simplemente con el reflejo documental de esas pruebas. Esta batalla ha respondido a la creencia de que puede descubrirse mejor la realidad de los hechos controvertidos entre las partes, si el juez interroga directamente a los testigos, si oye personalmente a la parte que confiesa en juicio y si atiende a las explicaciones orales de los peritos sin conformarse con el dictamen pericial escrito. Esta creencia tiene un fundamento racional y hasta ahora nadie había sospechado que en la misma existiera elemento alguno que condicionara la imparcialidad del juez.

El caso del proceso civil italiano es todavía más sintomático. Como es sabido el *Codice di procedura civile* de 1940 constituyó el órgano judicial de primera instancia de modo colegiado, integrado por tres jueces, pero por razones que se califican de “económicas” atribuye la práctica de las pruebas (entre otras cosas) a uno de esos jueces, al que se llama precisamente de instrucción, juez que después formará parte del órgano colegiado que ha de dictar la sentencia. Ese juez instructor es, insistimos, el que practica los medios de prueba, e incluso puede acordar de oficio la práctica de algunos medios, y sin embargo ni siquiera se ha cuestionado su imparcialidad, con lo que estamos ante un supuesto evidente de juez que instruye y que falla.

La imparcialidad, pues, no puede ser la razón de la existencia de la regla según la cual quien instruye no puede luego juzgar. La razón se encuentra en la misma configuración del proceso dividido en dos fases, una de averiguación y otra de verdadero juicio, en las que se cumplen funciones incompatibles, en sentido similar a como es incompatible que una misma persona juzgue en la primera instancia y también en los recursos posteriores.

El juez que realiza el procedimiento preliminar va realizando actos de averiguación y, con base en los mismos, va aplicando el derecho material penal para que la instrucción misma avance, y así dicta el auto de incoación, el de procesamiento, el de prisión preventiva y el de apertura del juicio oral, de modo que ha ido formándose una convicción, no influido por circunstancias ajenas a las actuaciones mismas y a su función, sino en atención al correcto ejercicio de ésta. Sin embargo, lo que la ley ordena es que la convicción que debe llevar a la sentencia absolutoria o condenatoria ha de formarse única y exclusivamente con las pruebas practicadas en el juicio oral y concentrado que constituye la segunda fase del proceso, y esto no sería posible si el mismo juez que ha instruido fuera luego el que dictara la sentencia.

Si la razón de ser de la regla fuera la imparcialidad, debería de aplicarse también al Ministerio Público, aunque éste no juzgue. De él se dice que es una parte imparcial y determinada por la legalidad, pero en cambio se admite que un mismo fiscal participe en la instrucción (y en algunos países

incluso la realiza el mismo) y luego acuse en el juicio oral, para el cual, si el intervenir en la instrucción afectara a la imparcialidad, habría dejado de ser parte imparcial. Naturalmente no es lo mismo acusar que juzgar, pero no podrá negarse que si el haber participado en la instrucción afecta a la imparcialidad, también debería de afectar a la del Ministerio Público.

Otra cosa es, naturalmente, que algunos tribunales internacionales e incluso constitucionales de países concretos, a la hora de tener que fundamentar sus resoluciones en la regla dicha, y al no encontrarla expresada literalmente ni en los convenios internacionales de derechos humanos ni en la respectiva Constitución, hayan acudido al principio más general del juez imparcial, al no encontrar otra base legal más clara. Y lo mismo cabe decir de las legislaciones ordinarias, las cuales, establecida la regla de la incompatibilidad entre instruir y juzgar, han propiciado su aplicación utilizando los mecanismos de la abstención y de la recusación, a pesar de que utilizar un remedio procesal no puede suponer atribuir naturaleza igual a la causa de ser pariente del acusado que a la de haber instruido el procedimiento preliminar.

Puede así concluirse que la función propia de la instrucción, típica del procedimiento preliminar, es incompatible con la función de juzgar, propia del juicio oral, con lo que estaremos ante incompatibilidad de funciones, no ante el principio de imparcialidad del juez.

### 3. *La distinción entre juzgador y parte*

Si la regla de que quien instruye no puede juzgar parece razonable, aquella otra según la cual no se puede ser parte y juez al mismo tiempo es obvia, atendido sobre todo que se corresponde con la misma esencia del proceso, en el que han de existir dos partes parciales y un tercero imparcial, de modo que el juez no puede ser al mismo tiempo acusador. Más en concreto:

1º No puede haber proceso si no hay acusación y ésta ha de ser formulada por persona distinta de quien ha de juzgar: estamos ante algo obvio, pues no existe verdadero proceso si se confunden los papeles de juez y de acusador, y lo es hasta el extremo de que esta elemental consideración es la que ha llevado a que el Estado se desdoble en el proceso penal, de modo que, por un lado actúa como acusador (Ministerio Público) y, por otro, como decisor (juez o tribunal). Es tan elemental esta consecuencia que ni siquiera es precisa una norma constitucional que así lo disponga expresamente; al decidirse políticamente que el derecho penal se actúa por los tribunales y por medio del proceso, está ya implícito que los papeles de acusador y de juzgador no pueden confundirse en una única persona. Si hay proceso es porque hay dos partes parciales y un tercero imparcial.

2º No puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada: la misma existencia del proceso tiene que presuponer que el juzgador no puede determinar qué hechos son los que se imputan ni a quién se imputan, pues si así fuera el juzgador se convertiría en acusador. Estamos, otra vez, ante algo obvio, para lo que ni siquiera hace falta aludir a principio alguno, se llame o no acusatorio, bastando con decir que el derecho penal se actúa por medio del proceso, pues con ello ya se está diciendo que el objeto de ese proceso no puede determinarlo el juez que luego ha de conocer del mismo.

Los problemas, pues, no pueden provenir de algo tan elemental como lo anterior. Los problemas provienen de la gran confusión en que están inmersas la doctrina y la jurisprudencia de muchos países, confusión que les está llevando a mezclar lo que es proceso, lo que es el principio de contradicción y, sobre todo, lo que es el derecho de audiencia o de defensa. Toda la confusión generada proviene de que no manejan un concepto claro de proceso, pues si se manejara no se podría hablar de la existencia de dos tipos de proceso, uno acusatorio y otro inquisitivo, como si fuera posible un proceso en el que el juez fuera al mismo tiempo el acusador.

El llamado proceso inquisitivo, en el que una misma persona asumía los papeles de acusador y de juez, no era un verdadero proceso, sino que respondía a una etapa de la evolución de la aplicación del derecho penal en la que ese derecho se actuaba en el caso concreto, sí, por los tribunales, pero no por medio del proceso. El llamado principio acusatorio, que se caracteriza esencialmente porque se dividen los papeles de acusador, que se atribuye al Ministerio Público, y de juez, no añade nada a la misma idea de proceso, no significa un proceso que se cualifica de alguna manera.

Cosa distinta es que parte de la doctrina y alguna jurisprudencia internacional y constitucional carezca de una noción clara de proceso, y crean que la palabra acusatorio califica al proceso, cuando la realidad es que éste si no es acusatorio no es proceso, con lo que el calificativo no añade nada, no califica, siendo simplemente un pleonasma.

## VI. LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A LA ACCIÓN

### 1. *Los titulares de la acción*

La no existencia de relación jurídica material penal y la negación de los derechos subjetivos penales, ni siquiera por quien ha sido el ofendido por el delito, ha llevado en la mayoría de los países a que la acción penal sea pública, en el sentido de que puede ejercitarse sólo por un órgano público, al que se llama precisamente Ministerio Público. Se lleva así a sus últimas consecuencias la que hemos llamado “expropiación” de los derechos subjeti-

vos penales, pues el ofendido por el delito, no es ya que no tenga derecho material a que se imponga una pena al autor del mismo, sino que ni siquiera tiene derecho procesal a instar del órgano judicial la persecución del delito.

Los riesgos de esa “expropiación” son evidentes. Asumida con carácter exclusivo la acción penal por un órgano dependiente o incardinado en el Poder Ejecutivo, la consecuencia puede ser que éste influya o decida el ejercicio de dicha acción o su no ejercicio, por razones políticas y no con base en la legalidad. Estos riesgos son los que llevaron en algunos pocos países a que el derecho de acción se reconociera también a los particulares, bien sólo al ofendido por el delito (apareciendo así el acusador particular) bien a cualquier ciudadano (la llamada acción pública y el acusador popular).

No puede negarse que el reconocimiento de legitimación a los particulares para instar la incoación de un proceso penal supone también riesgos, sobre todo el de utilización de la acción por razones de venganza o chantaje, pero no puede desconocerse que esos riesgos, que la experiencia demuestra que no son excesivos, están ampliamente compensados, primero, porque se trata de una opción política a favor de la libertad y de la responsabilidad de los ciudadanos y en contra de los monopolios del Estado, y, segundo, porque puede evitar que la persecución de los delitos se realice o no con base en decisiones en las que primen el favor o la enemistad política.

## 2. *El contenido de la acción penal*

Si en el proceso civil el actor tiene derecho, concurriendo los presupuestos y requisitos procesales, a que su demanda sea admitida, a que se le de curso, a que se realice el proceso y a que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto, no ocurre lo mismo en el proceso penal. En éste el reconocimiento del derecho de acción, tanto se trate del Ministerio Público como de los ciudadanos, no puede suponer un derecho incondicionado a la apertura y a la plena sustanciación del proceso, llegándose en todo caso a dictar sentencia sobre el fondo del asunto, sino que hay que distinguir entre primera fase o procedimiento preliminar y segunda fase o del juicio oral.

La incoación de la fase instructora no es una consecuencia inevitable de la presentación de una denuncia o de una querrela; el juez puede no admitir ni una ni otra cuando llegue a la conclusión de que los hechos relatados por el denunciante o el querellante, aun siendo ciertos, esto es, aun admitiendo hipotéticamente que fueran verdad, no son constitutivos de delito. Esta es una consecuencia que se deriva de que en el proceso penal los órganos judiciales tienen que ir realizando calificaciones jurídicas penales de las que depende el inicio del proceso y su avance.

En el proceso civil la admisión de la demanda y el desarrollo completo del proceso puede efectuarse sin que el juez tenga que realizar calificación

nes jurídicas materiales de los hechos. La demanda se admitirá si cumple los requisitos procesales, pero el juez en ese momento no puede entrar a considerar si la demanda está bien fundada y si es posible o no que llegue a dictarse una sentencia estimatoria de ella. De la misma manera el proceso puede realizarse íntegramente sin que el juez tenga que realizar pronunciamiento alguno sobre el derecho subjetivo afirmado por el demandante. Sólo en el momento de dictar sentencia ha de efectuarse por el juez una aplicación del derecho material o sustantivo; a lo largo del proceso el juez se limita a aplicar las normas procesales.

En el proceso penal las cosas suceden de modo muy distinto. Ya en el momento de la admisión de la denuncia o de la querrela, y se propongan éstas por el Ministerio Público o por un ciudadano, el juez tiene que, desde el derecho penal, decidir si los hechos denunciados tienen o no la consideración de delictivos, y si llega a la conclusión de que no tienen ese carácter debe proceder a no incoar al procedimiento preliminar. Si existe la posibilidad de que los hechos denunciados sean constitutivos de delito, el juez de instrucción ordenará la incoación del procedimiento preliminar, pero el proceso irá cumpliendo sus fases en tanto en cuanto la calificación penal se mantenga, de modo que el juez puede no abrir la segunda fase o de juicio oral tanto porque los hechos no son constitutivos de delito, como porque la misma existencia de los hechos ha sido desvirtuada como también porque el imputado aparece de los actos de investigación realizados como no autor de esos hechos. Todo esto se tiene que hacer procediendo a aplicar normas penales sustantivas, no simplemente procesales.

### 3. *La inexistencia de pretensión penal*

Todo lo que venimos diciendo conduce a la conclusión de que en el proceso penal, ahora ya en la segunda fase del mismo, no existe verdadera pretensión, por lo menos en el sentido en que ésta suele entenderse en el proceso civil. También podría decirse que el objeto del proceso penal no consiste en la pretensión, mientras que ésta es el objeto del proceso civil.

La pretensión se define como petición fundada que se dirige a un órgano judicial, frente a otra persona, y sobre un bien de la vida, componiéndose de los siguientes elementos identificadores:

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

2º La petición, en la que hay que distinguir:

a) Un objeto inmediato consistente en una clase de tutela jurídica que puede ser meramente declarativa, constitutiva o de condena.

b) Un objeto mediato que es siempre un bien jurídico concreto, y que en las pretensiones de condena, que es donde se ve mejor, es siempre una prestación determinada que consiste en un hacer, un no hacer o un dar una cosa determinada o una cosa genérica.

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

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

a) Para la determinación del objeto del proceso penal es indiferente quien sea el acusador, importando sólo la persona del acusado, y esa indiferencia proviene de que el acusador no puede alegar un derecho subjetivo penal, no puede afirmar ser el titular de una relación jurídica material penal, pues nadie tiene un interés propio protegido por la ley a la imposición de una pena concreta. El acusador tendrá derecho a acusar, si es un ciudadano, y tendrá el deber de acusar, si es el Ministerio Público, pero en ningún caso se podrá atribuir el derecho a penar.

Desde el punto de vista del acusado las cosas son muy distintas. La determinación de quién sea éste sí ha de integrar la individualización del objeto del proceso, y por ello no podrá quedar dentro de las funciones del juzgador. El tribunal sólo podrá realizar el proceso contra quien resulte acusado, y en ello va comprometida la esencia misma de lo que es el proceso. Pero adviértase esta matización. Si durante el juicio el Ministerio Público, y a la vista del resultado de las pruebas, considerara que la acusación debería haberla formulado también contra otras personas y así lo hiciera en ese momento, ello comportaría la existencia de acusación por persona ajena al tribunal, si bien sería inadmisibles por contraria al principio de contradicción dado el momento en que se formula, pues en el juicio el nuevo acusado no habría podido defenderse desde el inicio.

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

1) No cabe en el proceso penal más clase de tutela judicial que la de condena; el juicio declarativo penal es siempre de condena, no existiendo ni declaración pura ni constitución. El acusador, sea quien fuere, no tiene la posibilidad de decidir libremente entre las clases de tutela judicial, pues existe sólo una y su petición ha de referirse a ella, de modo que la realidad misma de esa petición es inútil. Si existe sólo una, no hace falta que se formule expresamente.

2) La petición que se refiere a la pena tampoco sirve para delimitar el objeto del proceso, tanto que puede igualmente considerarse innecesaria. La delimitación cuantitativa y cualitativa de lo pedido por la parte activa tiene sentido cuando ésta tiene la disposición de un derecho subjetivo, pero si la delimitación cualitativa y cuantitativa viene impuesta por la ley y tanto el acusador como el juez están sujetos a la legalidad, dicho está que carece de utilidad la existencia de petición de una pena concreta. Y lo mismo pue-

de decirse desde el punto de vista del acusado; su admisión de una pena concreta no puede servir para delimitar ni para disponer del objeto del proceso. Una vez más hay que decir que si la petición de la parte acusadora vincula al juez respecto de la pena, se estaría admitiendo la disponibilidad de la pena, esto es, ante la concesión al acusador y al acusado de sendos derechos subjetivos penales.

c) La causa de pedir es el hecho que ha sido imputado al acusado y aquél sí determina el objeto del proceso. No es este el momento para entrar en el desarrollo de las teorías naturalista y normativa sobre la identificación del hecho, pues importa simplemente resaltar que la determinación del hecho acusado no puede quedar en manos del tribunal enjuiciador y, por tanto, que éste no puede introducir hechos en el proceso. Naturalmente, la calificación jurídica no atiende al objeto del proceso, estando determinada por la máxima *iura novit curia*.

En síntesis, en el proceso penal no existe verdadera pretensión, ni es ésta la que sirve para identificar el objeto del proceso. Cuando parte de la doctrina se esfuerza para conseguir que exista verdadera pretensión en el proceso penal, lo que está haciendo en el fondo no es pretender que el proceso penal sea un verdadero proceso, sino que éste se conforme según principios propios del proceso civil y, más en concreto, según el principio dispositivo.

#### 4. *Algunas especificaciones sobre el objeto del proceso*

De lo anterior tenía que haber quedado claro cuál es el objeto del proceso penal, pero a la vista de algunas dudas suscitadas en parte de la doctrina y en alguna jurisprudencia internacional y constitucional, conviene realizar alguna precisión relativa al objeto del proceso, para especificar qué es lo que no lo constituye.

##### A. *Calificación jurídica*

Desde los glosadores, que acuñaron el brocardo *iura novit curia*, se viene admitiendo que la calificación jurídica que hagan las partes respecto de los hechos no puede vincular al juez, el cual tiene, por un lado, el deber de conocer el derecho y, por otro, el de calificar jurídicamente los hechos sin quedar vinculado por las calificaciones de las partes. Esto es algo perfectamente admitido en el proceso civil, en el que rige el principio dispositivo, y a pesar del mismo la calificación que hagan las partes no sirve para determinar el objeto del proceso. El juez no puede “introducir” hechos en el proceso, pero puede y debe calificarlos jurídicamente, aun en contra de las calificaciones de las partes.

Si esto es así en el proceso civil, carece de sentido jurídico sostener que el juez penal no puede calificar los hechos de modo distinto a lo realizado por las partes. No hace falta ni aludir al principio de legalidad que informa el proceso penal, para comprobar que es absurdo sostener que el juez penal no puede hacer lo que sí puede hacer el juez civil. Al término del juicio, cuando ya se ha practicado toda la prueba, y manteniendo los hechos afirmados por las partes, sin introducir en ellos variación alguna, el juez sentenciador ha de poder entender que existe error en la calificación jurídica, bien de la acusación bien de la defensa, y ha de poder dictar sentencia con la que él estima que es la calificación correcta, y ello tanto suponga beneficio como perjuicio para el acusado.

Cosa distinta es que las partes, todas ellas y no sólo el acusado, tengan derecho a ser oídas respecto de la calificación jurídica que el tribunal estima correcta, pues corresponde al derecho de audiencia o defensa de las partes el tener conocimiento y poder alegar en torno a todos los elementos que puedan influir en la decisión judicial.

#### B. *Pena determinada*

En el proceso civil la parte demandante puede determinar la cantidad y calidad de su petición, porque ello es consecuencia de su disposición del derecho material. Si las partes de una relación jurídica material tienen la plena disponibilidad de la misma, en el sentido de que pueden o no pedir la tutela judicial, es obvio que también tienen la disponibilidad parcial que supone determinar lo que piden. Por decirlo con un ejemplo: si el demandante puede no demandar, también puede determinar qué es lo que pide, y así, si a él se le deben 100, puede, sin embargo, demandar por 50. La disposición conduce a la congruencia, en el sentido de que el juez no podrá pronunciarse sobre lo no pedido, ni conceder en la sentencia cosa distinta de la pedida. En el mismo sentido el juez no podrá conceder menos de lo admitido por el demandado; esto es, pedido por el demandante 50, y admitido por el demandado al contestar a la demanda que él efectivamente debe pero sólo 25, el juez ve determinado el ámbito de su decisión a pronunciarse entre 25 y 50.

En el proceso penal las cosas tienen que ocurrir de modo diferente. Si las partes no tienen la disponibilidad del derecho material porque nadie tiene derechos subjetivos penales, parece obvio que la petición concreta de pena que haga el acusador no puede vincular al juez y que tampoco le vinculará la admisión concreta de pena que haga el acusado. La concreta pena a imponer no viene delimitada por las peticiones y admisiones de las partes, sino por el principio de legalidad. Si se dice que la petición concreta de pena hecha por el acusador impide al juez imponer la pena legalmente establecida, se estaría sosteniendo, expresa o implícitamente, la disponibilidad

de la pena por la acusación, con lo que a la postre el *ius puniendi* no sería algo exclusivo del órgano jurisdiccional sino que, por lo menos, estaría compartido por la acusación. En el mismo sentido, la conformidad del acusado con una pena concreta no puede vincular al juez y por la misma razón. La congruencia técnicamente sólo tiene sentido en el proceso civil, esto es, en un proceso en el que las partes tienen la libre disposición de la relación jurídica material y de sus derechos subjetivos u obligaciones, pero carece de contenido cuando se debate en el proceso la actuación de un derecho objetivo del que no se deducen derechos subjetivos propiamente dichos para las partes sin que éstas tengan disposición alguna.

Nuevamente hay que decir que una cosa es que el juez pueda imponer pena distinta de la pedida o de la admitida y otra que pueda hacerlo sin oír a las partes, sin concederles a éstas la posibilidad de alegar en torno a los elementos que puedan servir para determinar el contenido de la decisión judicial. No puede existir principio alguno que impida al juez imponer pena superior a la pedida o inferior a la admitida, pero esas dos posibilidades exigen que sobre ellas se oiga antes a las partes pues, en caso contrario, se vulnerará el principio de contradicción o, más precisamente, el derecho de audiencia de una o de otra de las partes.

### C. *Condena sin acusación*

Si no puede haber proceso sin acusación, nada impide que exista condena sin acusación, después de que el juicio se haya realizado por haberse formulado la acusación en su momento inicial. El verdadero proceso, es decir, la segunda fase o juicio oral, no puede iniciarse si no hay acusación, pero una vez que el proceso se haya realizado y, sobre todo, que se hayan practicado las pruebas, el retiro de la acusación por los acusadores no puede vincular al tribunal a dictar sentencia absolutoria, pues ello supondría tanto como decir que el acusador tiene derecho subjetivo a la imposición de la pena y que puede renunciar a él cuando lo estime conveniente.

La existencia de actividad jurisdiccional sin acusación formulada por persona ajena al tribunal convertiría a éste en acusador, y con ello en realidad se estaría desvirtuando la misma esencia de lo que es el proceso, pero una vez formulada la acusación y practicadas las pruebas, el mantenimiento o el retiro de la acusación no puede vincular al juzgador, por cuanto aunque éste dicte sentencia condenatoria ello ya no supone que sea él quien formule la acusación, sino que simplemente el mismo queda sujeto a la legalidad, atendidos los hechos que ante él se han probado y respecto de la persona que fue acusada y que ha podido defenderse en el juicio. Es por esto que:

1º La ley puede ordenar expresamente que “no podrá desistirse de la acción pública después de la apertura del procedimiento principal”, que es lo que dice el parágrafo 156 de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

2º La ley puede decir que la petición de absolución hecha por el Ministerio Público, o el retiro de la acusación, serán irrelevantes para el tribunal, el cual podrá dictar sentencia condenatoria, que es lo que puede leerse en el Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba (Argentina).

## VII. LOS PRINCIPIOS DE LA ACTUACIÓN DE LAS PARTES

Estos principios parten de que el proceso es un *actus trium personarum*, en el que necesariamente han de concurrir dos partes parciales (que determinan el objeto del proceso) y un tercero imparcial. Visto ya antes lo que se refiere al juez o tercero imparcial, hemos de atender ahora a lo relativo a las partes. Respecto de éstas sólo cabe hablar de proceso cuando las mismas son dos y están en contradicción e igualdad.

### 1. *La dualidad de posiciones*

Para que pueda existir un verdadero proceso es necesaria la presencia de dos partes, que aparecerán en posiciones contrapuestas; al que formula la acusación se le llama acusador y aquel frente al que se formula acusado. Un proceso con una sola parte es inimaginable, y por eso, entre otras cosas, el llamado proceso inquisitivo no era un verdadero proceso. Sin embargo conviene advertir que el principio en sentido estricto no supone dualidad de partes, sino dualidad de posiciones jurídicas, una activa y otra pasiva, debiendo admitirse que cada posición puede estar integrada por más de una parte.

a) En los países donde el Ministerio Público tiene el monopolio de la acusación no existen problemas en la posición activa, pero en los países en que, junto al fiscal, pueden acusar otras personas (el ofendido por el delito o cualquier ciudadano) sucede que la posición de acusador puede estar ocupada por más de una persona. En este caso no puede hablarse de litisconsorcio activo necesario ni de nada parecido, pues la existencia de varios acusadores no viene impuesta por la ley ni depende de la existencia de una única relación jurídica materia!. sino que estamos simplemente ante la existencia de varios acusadores los cuales pueden mantener las posturas que estimen adecuadas, tanto desde el punto de vista de la determinación del objeto del proceso (persona acusado y hechos imputados) como en lo relativo al comportamiento procesal (cada uno de los acusadores puede proponer distintos medios de prueba). Se trata de una legitimación concedida a varias

personas, pero no de una legitimación conjunta, sino de una legitimación individual y propia.

b) Desde el punto de vista pasivo la situación es muy diferente. Aunque es posible que existan varios acusados por el mismo hecho nunca podrá decirse que la parte acusada es única pero compleja, porque si el juicio del tribunal respecto de la existencia del hecho y de su calificación jurídica ha de ser el mismo para todos los acusados, cada uno de ellos ha de ser enjuiciado individualmente en lo que se refiere a su participación en el hecho e individualizado respecto de la condena o absolución y, en su caso, de la pena a imponer. Realmente lo que ocurre aquí es que existen tantos procesos como acusados, aunque se procede a la acumulación de todos esos procesos por existir entre ellos elementos de conexión.

## 2. *Contradicción o audiencia*

Lo que Calamandrei llamaba la fuerza motriz del proceso, su garantía suprema, y sobre el que existen viejos brocados una y otra vez repetidos, pero que pueden enunciarse básicamente como que nadie puede ser condenado sin ser oído, exige que sea contemplado desde dos perspectivas complementarias pero distintas que, además, puede y deben ser enunciadas de modo distinto.

El principio de contradicción tiene plena virtualidad cuando se le considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano judicial, mientras que el derecho de defensa se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.

### A. *Derecho fundamental de audiencia*

Cuando se habla del derecho de audiencia se está haciendo referencia a la consideración del principio de contradicción desde la perspectiva de un derecho fundamental de las partes en el proceso que se articula mediante toda una serie de garantías, que en la mayoría de los países han adquirido rango constitucional. En el examen de esta perspectiva hay que atender a:

#### a) *Sujetos afectados*

A pesar de las palabras que suelen utilizarse, es evidente que en el derecho de audiencia o defensa se reconoce a todas las partes del proceso, y

no sólo al acusado, pues la imposibilidad de indefensión puede referirse a todas ellas. Está claro que los problemas se han centrado históricamente en el acusado, y de ahí que el brocardo aluda al “condenado”, pero la audiencia reconoce a todas las partes, lo que adquiere mayor sentido cuando no tiene el monopolio de la acusación el Ministerio Público.

#### b) Contenido del derecho

1º El contenido esencial del derecho se refiere a la necesidad de ser oído que en el proceso penal no se cumple simplemente ofreciendo a las partes la posibilidad real de ser oídas, sino que exige la presencia del acusado en la segunda fase o de juicio oral. Si el procedimiento preliminar puede realizarse estando el imputado en rebeldía, en el verdadero juicio la rebeldía del acusado tiene que suponer la no realización del mismo. La presencia del acusado es para el tribunal titular del *ius puniendi* un deber ineludible y para aquél un derecho no renunciabile.

El ser oído no puede suponer simplemente la posibilidad de argumentar, sino que ha de comprender los dos elementos básicos de todo proceso: alegar y probar. Se trata de que tanto el acusador como el acusado han de poder aportar al proceso todos los hechos que estimen adecuados al objeto del mismo (alegación) y han de poder utilizar todos los medios de prueba pertinentes y útiles para probar los hechos por ellos afirmados.

2º Junto a lo anterior el contenido esencial se refiere también a que las partes han de conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial:

—De hecho: cada parte ha de tener la posibilidad real de conocer los materiales de hechos afirmados por la contraria y de poder alegar en contra de ellos; si pudiera existir una alegación de parte que se mantuviera secreta para la otra, se estaría ante uno de los supuestos más claros de vulneración del derecho de audiencia, tanto que podría hablarse de indefensión.

—De derecho: así como los hechos en el juicio oral han de ser afirmados por las partes, los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial puedan haber sido aducidos por las partes o pueden proceder de la aplicación del principio *iura novit curia*, pero en los dos casos las partes han de tener la posibilidad de aducir en torno a los mismos.

#### c) Prohibición de la indefensión

El derecho fundamental puede verse también desde una vertiente negativa, y a ella se alude cuando se habla de la interdicción de la indefensión, advirtiéndose que ésta se produce cuando se impide a las partes ejercitar su derecho fundamental, tanto en el aspecto de alegar y probar como en el de conocer y rebatir y, por tanto, que no toda infracción de norma procesal supone colocar a una de las partes en situación de indefensión. Hay que distinguir, pues:

—Infracción de norma procedimental, que se refiere a la vulneración de la forma en que el legislador ha regulado el procedimiento, pero que ni afecta al derecho de defensa ni impide que el acto produzca los efectos jurídicos que le son propios.

—Infracción de norma procesal que, sin suponer indefensión, sí impide que el acto produzca los efectos que le son propios, caso en el que podrá impugnarse el acto por los recursos normales y, estimado el recurso, deberá de repetirse el acto.

—Vulneración del derecho de defensa de la parte que, teniendo siempre contenido formal, esto es, de infracción de una norma procesal, llega más allá de los supuestos anteriores, en cuanto que coloca a una de las partes en situación de indefensión.

Naturalmente no existen grados en la indefensión, ni una indefensión que pueda llamarse material y otra formal. La indefensión supone siempre vulneración de una norma procesal, pues esa naturaleza tienen todas las garantías que la Constitución recoge, pero no toda infracción de la ley procesal supone violación de una garantía constitucionalizada, pues en caso contrario se estaría diciendo que todas las normas del Código Procesal Penal habrían sido constitucionalizadas.

### B. *Principio de contradicción*

Cuando se habla de este principio se está haciendo referencia más bien a un modo de organizar el proceso en el que se respete el derecho fundamental anterior. En este sentido el principio de contradicción debe entenderse como un mandato dirigido al legislador pero que, en las leyes conformadoras de los distintos procesos, éstos queden regulados de modo que se respete el derecho de defensa. Por tanto:

1º Se parte de considerar la contradicción entre las partes como el más eficaz instrumento técnico para garantizar la exacta aplicación de la ley en el caso concreto, instrumento puesto, sí, al servicio de las partes pero también en interés general de la justicia.

2º Atiende a que el instrumento técnico se convierte en constitucional, y desde él puede declararse la inconstitucionalidad de la ley que regule el proceso sin respetar el principio.

En sentido estricto debería decirse que una ley regula el proceso conforme o no con el principio de contradicción, y que en un proceso determinado se ha respetado o no el derecho de audiencia o defensa de las partes. Es decir, el principio de contradicción puede ser vulnerado por el legislador y conducirá a la declaración de inconstitucionalidad de la norma, mientras que el derecho de defensa puede ser vulnerado por el juez y llevará a la estimación de un recurso de amparo.

### 3. *Igualdad*

Este principio, que completa los anteriores, requiere conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas. Este principio es autónomo y se integra por dos aspectos:

a) Cabe referirse a la igualdad de los ciudadanos ante la ley procesal, que se vulneraría cuando, sin razones objetivas, la ley dispusiera que unas personas recibieran un trato distinto a la hora de ser juzgadas, y es indiferente que ese trato distinto sea perjudicial o beneficioso. Se trata de un aspecto parcial del principio general de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

b) Después hay que aludir a la igualdad de las partes en el proceso, de las distintas partes, sean acusadoras o acusadas, ante la realización de actos procesales pero ya en un proceso concreto. Conforme a esta igualdad el tribunal ha de actuar reconociendo a todas las partes medios parejos de ataque y de defensa.

Naturalmente esta igualdad tiene especial sentido en la segunda fase o de juicio oral, en la que tiene que ser evidentemente plena, pero admite modulaciones o excepciones en la primera fase o de procedimiento preliminar, por razón de la propia actividad investigadora que en él se realiza. Los problemas de la igualdad suelen provenir de que se desconoce que el Ministerio Público en el proceso no es más que una parte, por lo que no puede atribuírsele, ni legal ni prácticamente, una situación de preponderancia.

Con todo, debe tenerse en cuenta que la quiebra del principio de igualdad se produce cuando atendemos a la práctica. La ley puede regular el proceso concediendo exactamente los mismos derechos y cargas a todas las partes, pero ello no va significar una igualdad real. Las condiciones sociales, económicas y culturales de los diferentes acusados repercuten de modo muy relevante en la posición real de cada uno de ellos en el proceso, y las leyes se manifiestan impotentes para colocar a todos ellos en condiciones de paridad. En este sentido convertir al Ministerio Público en el instructor de la primera fase contribuiría aún más a consagrar esa desigualdad real.

## VIII. LOS PRINCIPIOS SOBRE LA PRUEBA

### 1. *La presunción de inocencia*

Partiendo de que no estamos realmente ante una presunción en sentido técnico, un concepto aprovechable de esta llamada presunción de inocencia puede derivarse de los convenios internacionales de derechos humanos en los que se viene a decir que la persona acusada de un delito tiene derecho

a que se presume su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley, lo que significa básicamente que:

a) Existencia de la regla de que todo acusado es inocente mientras no se declare lo contrario en sentencia condenatoria, lo que impone que a lo largo del proceso debe ser tratado y considerado inocente.

1º Se trata de una garantía procesal, en cuanto que no afecta ni a la calificación de los hechos como delictivos ni a la responsabilidad penal del acusado, sino que atiende a la culpabilidad del mismo, de modo que ha de resultar probado que ha participado en los hechos.

2º Esa garantía procesal no se refiere ni a los actos del procedimiento ni a la forma o requisitos de la sentencia, sino que sirve para determinar el contenido del pronunciamiento absolutorio o condenatorio de la sentencia misma. El contenido de la sentencia lo determina generalmente la aplicación de normas o principios de derecho material penal, pero esto no ocurre siempre pues a veces son normas o principios procesales los que determinan ese contenido, y éste es el supuesto más claro en ese sentido.

3º La garantía, pues, comprende todos los elementos del hecho por los que puede condenarse en la sentencia, elementos que son objetivos, en cuanto la prueba ha de referirse necesariamente a lo constatable por medio de los sentidos, no a los elementos subjetivos o *animi*.

b) Conclusión de que el acusado no necesita probar nada, siendo toda la prueba de cuenta de los acusadores, de modo que si falta la misma ha de dictarse sentencia absolutoria. Pero además debe tenerse presente que esta regla debe completarse con el añadido de que ha de probarse de determinada manera:

1º La presunción de inocencia sólo puede entenderse desvirtuada cuando en el proceso se ha practicado prueba válida y ésta es de cargo, de modo que hay que distinguir entre:

—Existencia de actividad probatoria en la segunda fase del proceso o juicio oral, y de que la misma se ha practicado con observancia de las normas constitucionales y legales que regulan la admisibilidad de los medios de prueba y su práctica. El tema de más actualidad en ese apartado es el de la prueba ilícita.

—Constatación de que los medios de prueba que se practicaron dieron un resultado de cargo en contra del acusado, lo que supone distinguir entre interpretación de los resultados probatorios y valoración de la prueba.

La labor de interpretar la prueba es anterior a la de valorarla y consiste en establecer el contenido de la misma, de modo que antes de entrar a valorar, por ejemplo, si lo que el testigo ha dicho es verdad debe dejarse establecido qué es lo que el testigo ha dicho, o antes de valorar un informe pericial debe quedar fijado qué es lo que dice el dictamen. La presunción de inocencia sólo quedará desvirtuada si existió actividad probatoria válida y si en ésta su contenido fue de incriminación.

2º La prueba ha de haberse practicado en la segunda fase del proceso o juicio oral, pues en el procedimiento preliminar no existe verdadera prueba sino simples actos de investigación, con base en los cuales se acordará o no la apertura de la segunda fase y podrán utilizarse por la acusación y por la defensa las fuentes de prueba para introducirlas en el juicio proponiendo en él los oportunos medios de prueba.

c) Aunque ha existido alguna confusión doctrinal el principio *in dubio pro reo* no forma parte de la presunción de inocencia, sino que debe ser incardinado en la valoración de la prueba.

d) La presunción de inocencia sí está íntimamente relacionada con la motivación de las sentencias que cumple dos finalidades complementarias:

1) Hacer públicas las razones de la decisión adoptada, y

2) Permitir su posible control por medio de los recursos. La motivación supone que han de ir poniéndose en relación los medios de prueba con los hechos que en la sentencia se estiman probados, de modo que cada afirmación que por el juez sentenciador se haga con relación a éstos cuente con el soporte de un medio concreto de prueba.

## 2. *La no obligación de declarar*

El acusado ha de tener la obligación de comparecer cuantas veces sea citado por el órgano judicial, y esa obligación es exigible coactivamente, de modo que el incumplimiento de la citación puede llevar a la detención, pero el acusado no tiene obligación de declarar ni en el procedimiento preliminar ni en el juicio oral. Las constituciones suelen aludir a que el acusado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y así lo dice también el artículo 14.3, g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, aunque parece obvio que si el derecho es a no declarar, en general, no puede existir obligación a declarar de una manera determinada.

Aparece así el que pudiéramos calificar de derecho al silencio, que no es sino una manifestación de la presunción de inocencia, y que introduce una diferencia de mucho calado con el proceso civil. En éste puede imponerse a las partes, a las dos, las cargas de: 1) Pronunciarse expresamente, en los actos de alegación, sobre los hechos afirmados por la parte contraria, de modo que el silencio o aun las respuestas evasivas pueden llegar a entenderse como admisión de los hechos a los que se refieran, y 2) Contestar de manera categórica a cada una de las posiciones que se le formulen en la prueba de confesión en juicio, de modo que la negativa a confesar o las respuestas evasivas pueden llevar a que el juez tenga a la parte por confesa. Estas dos cargas no pueden imponerse al acusado en el proceso penal, el cual tiene derecho a no declarar.

En las normas reguladoras del proceso penal no sólo no puede imponerse al acusado obligación ni carga alguna relativa a la declaración, sino que incluso no puede permitirse que el juez extraiga consecuencia alguna negativa para aquél del ejercicio de su derecho al silencio. En el proceso civil se ha llegado a hablar de los efectos probatorios de la actitud de las partes en el proceso o de deberes de las partes de lealtad y probidad o de buena fe, pero ni los efectos, ni los supuestos deberes pueden referirse al proceso penal y al acusado, al que por el contrario debe reconocérsele el derecho incluso a mentir, sin que del ejercicio de ese derecho pueda extraerse consecuencia perjudicial alguna.

### 3. *La prueba de oficio*

Partiendo de que el objeto del proceso penal ha de ser determinado por los acusadores, lo que en concreto ahora significa que son éstos los que deben fijar los hechos de que se acusa a una persona determinada, de modo que el órgano judicial que ha de dictar la sentencia no puede convertirse en investigador, en el sentido de que no podrá salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de la acusación, pues ello comportaría su conversión en acusador, nada se opone a que el juzgador acuerde de oficio la práctica de medios concretos de prueba.

En el proceso civil el principio de aportación de parte no se opone a que la facultad de dirección material relativa a la iniciativa para probar y para determinar los medios concretos de prueba que deben practicarse, se atribuya también al juez, y así ocurre en muchos ordenamientos procesales. Si esto es así, no acaba de comprenderse por qué una parte de la doctrina quiere privar al juez penal de la posibilidad de acordar medios de prueba a practicar en el juicio oral. El único extremo dudoso sería el relativo a cómo puede haber llegado a conocimiento del juzgador la noticia de la fuente de prueba.

Si en cualquier proceso el juez pudiera utilizar sus conocimientos privados de los hechos y de las fuentes de prueba, para introducirlas en el proceso a través de los medios de prueba, estaríamos ante la utilización de la ciencia privada y con ella ante un juez que sería al mismo tiempo testigo y además secreto. Tampoco aquí se trataría de problema alguno relativo a la imparcialidad, sino ante algo tan sencillo como es la incompatibilidad entre las funciones de testigo y de juez. Si el juez ha tenido conocimiento de los hechos por las afirmaciones de las partes acusadoras y si del mismo proceso se desprende la existencia de fuentes de pruebas relativas a esos hechos, nada puede impedir que utilice los medios de prueba ordinarios para introducir las fuentes en el proceso. En este sentido se decantan los códigos antiguos y los modernos:

1º En Alemania el parágrafo 244, ap. 2 de la Ordenanza Procesal Penal dice que “el Tribunal extenderá de oficio con el fin de indagar la verdad, la práctica de la prueba a todos los hechos y medios de prueba que fueren de importancia para la resolución”.

2º En el Código Procesal Penal italiano de 1988 el Ministerio Público y las partes proponen los medios de prueba (artículo 493), pero terminada la práctica de los mismos el juzgador puede, si lo considera absolutamente necesario, ordenar de oficio la práctica de nuevos medios de prueba (artículo 507).

El procesalista que no sea capaz de razonar por sí mismo se encuentra en una situación en la que es fácil que llegue a tener doble personalidad. Por un lado se viene sosteniendo que deben aumentarse los poderes del juez civil, terminando con el juez espectador, hasta reconocerle la facultad de que ordene pruebas de oficio y, al mismo tiempo y por otro lado, se dice que hay que limitar los poderes del juez penal, hasta el extremo de que no pueda ordenar pruebas de oficio, con lo que se le convierte en un juez pasivo. Se está incurriendo en el absurdo de afirmar y de negar una misma cosa, con lo que algunas personas pueden estar muy próximas a la esquizofrenia.

#### 4. *La valoración libre*

En contra de lo que tradicionalmente se ha venido manteniendo el llamado sistema de la prueba libre no se introdujo inicialmente para dar al proceso un elemento de racionalidad, sino para dejar en libertad absoluta el jurado, de modo que por prueba libre se entendió íntima convicción, con lo que ésta condujo a la arbitrariedad, a la falta de motivación y a la irresponsabilidad. Por el contrario, cuando hoy se defiende la valoración de la prueba conforme a la sana crítica lo que se está propiciando es la valoración de la prueba realizada por el juez, no por reglas legales apriorísticas, pero expresándose siempre en la sentencia la relación existente entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial.

La valoración de la prueba radica siempre en una operación mental consistente en un silogismo en el que: 1. La premisa menor es una fuente-medio de prueba (el testigo y su declaración, por ejemplo); 2. La premisa mayor es una máxima de la experiencia; y 3. La conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar. Partiendo de esta constatación, en el sistema legal de valoración lo que se dice es que las máximas de la experiencia que constituyen la premisa mayor son impuestas por el legislador, mientras que en el sistema de libre valoración esas máximas se determinan por el juez en atención a su conocimiento de la vida.

Debe tenerse en cuenta otra circunstancia. En algunos casos las máximas legales se refieren a la existencia de un principio de seguridad jurídica que quiere imponerse al juez, y así ocurre, por ejemplo, con los documentos públicos o con los documentos privados reconocidos. Cuando unas personas hacen un documento público y aun cuando ese documento es privado, lo que están pretendiendo es que si en el futuro surge entre ellas un proceso en el que se cuestione un hecho, ese hecho pueda venir establecido por la existencia de una máxima de la experiencia fijada en una norma que se imponga al juez, y por este camino parece claro que las reglas legales de valoración sólo podrán existir en el proceso civil, en el que las partes tienen la disposición de sus derechos subjetivos, mientras que no podrán existir en el proceso penal en el que no existen derechos subjetivos de los cuales disponer.

Valoración libre no es, pues, igual a valoración discrecional, ni esta valoración se resume en la íntima convicción o en la conciencia del juez. Valoración libre es aquella en la que el juez fija las máximas de la experiencia conforme a las que concede o no credibilidad a un medio de prueba, y esa fijación ha de expresarse de modo motivado en la sentencia.

## IX. CONCLUSIÓN CRÍTICA

En los últimos tiempos, parte de la doctrina ha centrado la configuración del proceso penal en el que se llama principio acusatorio, el cual se identifica con estas tres notas: 1) Las fases de instrucción y de juicio oral han de encomendarse a dos órganos jurisdiccionales distintos, por imponerle así la imparcialidad exigible al segundo de esos órganos, 2) La distinción entre juez y parte acusadora, de modo que aquél no puede acusar, y 3) La parte acusadora formula una verdadera pretensión penal que vincula la actividad decisora del juez. Pues bien, de lo dicho hasta aquí tiene que desprenderse que tal principio, tal y como se formula, descansa en un grave error conceptual, propio de quienes, ceñidos al proceso penal, no han llegado a comprender el fenómeno general que es el proceso.

Hemos ido viendo que el proceso penal no necesita para ser configurado, con base en la mera razón, hacer referencia a un pretendido principio acusatorio, por cuanto basta con entender lo que es proceso y lo que supone la actuación del derecho penal por medio del mismo. Desde el sentido común puede cualquier jurista percatarse de que las notas individualizadas de ese pretendido principio o son propias del proceso sin más (la distinción entre juez y parte) o responden a la división del proceso en dos fases cada una con su propia finalidad (el juez que instruye no puede luego juzgar) o no deben informar el proceso penal (la pretensión penal y la vinculación a la misma del juez penal), a riesgo de ignorar que no puede ser lo mismo actuar el derecho material privado que el derecho penal.

Hoy el aspecto más conflictivo se refiere a la existencia de pretensión penal y a la consiguiente vinculación del juez penal a la misma. Cuando se defiende la existencia de pretensión penal se está, en el fondo, primero, igualando la actuación judicial del derecho privado y del derecho penal y, luego, socavando la decisión política propia de toda sociedad civilizada de que el derecho penal lo actúan únicamente los jueces, que son los únicos titulares del *ius puniendi* del Estado. No estamos ante un mero debate doctrinal sin consecuencias políticas, sino que nos encontramos ante concepciones muy distintas del reparto de funciones entre los diversos poderes del Estado.

Para acabar, hay que llamar la atención de aquellos que de buena fe hablan de principio acusatorio, pues al amparo del mismo lo que están propugnando otros, en los que la fe no es igual de buena, es nada menos que:

1º Los tribunales no tienen el monopolio del *ius puniendi*, sino que deben compartirlo con el Ministerio Público.

2º Este Ministerio debe tener la disposición en la actuación del derecho penal, lo que equivale a decir que esa disponibilidad queda en manos del Poder Ejecutivo.

3º El proceso no debe ser la única manera de actuar el derecho penal en el caso concreto, debiendo admitirse otras maneras no procesales, como son los acuerdos entre el Poder Ejecutivo y el acusado.

No estamos ante meras palabras, ni ante un debate doctrinal; estamos ante concepciones políticas distintas que afectan a la misma esencia de la convivencia social.