

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL* (TENDENCIAS ACTUALES EN DERECHO ESPAÑOL)

Manuel ORTELLS RAMOS

SUMARIO: I. *Sentido y límites de un discurso sobre los principios del proceso.* II. *La conversión de principios del proceso penal en normas positivas de la Constitución y de algunos convenios internacionales y la función de los tribunales encargados de concretar judicialmente esas normas.* III. *El "primer" principio del proceso penal: la exclusividad jurisdiccional en la aplicación de la ley penal y algunas tendencias que pueden menoscabarla.* IV. *La imparcialidad del juez y las tendencias de cambio en materia de principio acusatorio y de los principios sobre aportación y prueba de los hechos.* V. *Principio de legalidad para la acusación del Ministerio Fiscal o excepciones en favor del principio de oportunidad. El problema en derecho español: un reconocimiento vergonzante de la oportunidad.* VI. *Perfeccionamiento de la vigencia del principio de contradicción.* VII. *Principios sobre la valoración de la prueba.*

I. SENTIDO Y LÍMITES DE UN DISCURSO SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO

Una exposición de carácter general de la regulación jurídica del proceso puede llevarse a cabo mediante la exposición de los llamados principios del mismo, es decir, de las ideas que informan la regulación de los más importantes aspectos de aquél, fundamentalmente los poderes del órgano jurisdiccional y de la partes respecto al objeto procesal, al material de hecho y a la dirección formal del proceso, y la forma según la cual se realizan y ordenan los actos que integran el proceso.

Este método ha sido sometido a crítica precisamente en el propio ámbito doctrinal en el que tuvo origen y que lo mantiene: la doctrina alemana. La consideración de la valoración crítica del método de las *Maximen* es conveniente que preceda a su aplicación por nosotros.

La teorización inicial sobre las *Prozessmaximen* se produjo en un contexto filosófico preciso —el iusnaturalismo racionalista— que imprimió en aquélla su impronta característica. Para Gönner, iniciador de la doctrina de

* Informe.

los principios con la distinción entre el *Verhandlungsgrundsatz* y el *Untersuchungsgrundsatz*, no eran éstos generalizaciones obtenidas del derecho positivo, sino principios derivados de la razón natural, de la naturaleza de las cosas, dotados de un valor apriorístico respecto a la regulación jurídico-positiva y que, utilizados en el estudio doctrinal del derecho positivo, conducían a una reelaboración de este último en términos ajustados al sistema de principios concebido apriorísticamente.¹

Semejante concepción no es desde luego mantenida por los autores que siguen admitiendo el método de los principios. Expresamente advierte Brüggemann el hecho de que la jurisprudencia de conceptos los considerara como principios vigentes *a priori*, no puede hacerse pesar sobre el concepto de los principios como categoría del pensamiento jurídico rectamente entendida.²

La correcta comprensión de la teoría de los principios consiste para un conjunto de autores³ en considerar aquéllos como las ideas que están en la base de determinados conjuntos de normas y que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas. Su valor no es sólo teórico, sino que tiene también repercusión práctica como medio auxiliar de la interpretación⁴ y como punto de partida para la resolución por analogía de supuestos no regulados.⁵ No tienen, sin embargo, tales principios, naturaleza normativa, aunque, como advierte Pohle,⁶ algunos de ellos pueden tenerla, como concretamente sucede con los principios establecidos en la Constitución. Igualmente, se ha resaltado la importancia de los mismos como marco teórico adecuado para la discusión de las soluciones de *lege ferenda* a los problemas básicos de ordenación del proceso,⁷ así como también el valor didáctico de su exposición.⁸

Reconocen, por otra parte, los autores citados, que los principios del proceso no se realizan en las leyes en sus formulaciones más puras, sin que por ello pierda utilidad su estudio, porque en todo caso conviene conocer las soluciones maximalistas que pueden darse a un problema antes de bus-

1 Bomsdorf, F., *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlín, 1970, pp. 96-157, ofrece una amplísima exposición de la teoría de Gönner y de sus bases filosóficas; también Nörr, K. V., "La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni", *Riv. Dir. Proc.*, 1981, pp. 24 y ss.

2 Brüggemann, D., *Judex statutor und Judex investigator*, Bielefeld, 1968, p. 101.

3 Grunsky, W., *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1974, pp. 16 y 17; Henckel, W., *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, p. 118; Brüggemann, *op. cit.*, nota 2, p. 102.

4 Brüggemann, *op. cit.*, nota 2, p. 102; Pohle, R., en Stein-Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, Tübingen, 1972, p. 646.

5 Grunsky, *op. cit.*, nota 3, pp. 16 y 17.

6 Pohle, en Stein-Jonas, *Kommentar*, I, p. 646.

7 Brüggemann, *op. cit.*, nota 2, pp. 101 y 102; Bettermann, K. A., "Hundert Jahre Zivilprozessordnung. Das Schicksal einer liberalen Kodifikation", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1978, p. 365; Prieto-Castro Ferrandiz, L., *Tratado de derecho procesal civil*, I, Pamplona, 1982, pp. 514 y 515; Gimeno Sendra, V., *Fundamentos del derecho procesal*, Madrid, 1981, p. 177.

8 Grunsky, *op. cit.*, nota 3, pp. 16 y 17; Prieto-Castro, *op. cit.*, nota 7, pp. 514 y 515; Gimeno Sendra, *op. cit.*, nota 7, p. 177.

car un compromiso entre ellas⁹ o porque, como indica Henckel,¹⁰ precisamente para delimitar la exacta vigencia de un principio, hay que saber en qué consiste, en qué se funda y al servicio de qué fin está.

La observación de esa no absoluta vigencia de los principios constituye, sin embargo, el punto de partida de la crítica de la teoría sobre los mismos. Según Hagen, estos principios no sirven para la construcción de una teoría general del proceso porque no agotan la determinación de la idea fundamental a la que responde una regulación, caracterizándose por su relatividad, su sentido globalizador y una mera función de acentuación.¹¹ Para otros autores, los principios del proceso —particularmente algunos de ellos muy importantes, como el de aportación de parte y el de investigación oficial— no expresan la realidad de la regulación del proceso, sin que esta ineludible objeción sea correctamente superada cuando se afirma que un determinado principio rige como regla con excepciones derivadas del principio contrario, porque en tal caso lo que en realidad sucede es que ya no rige ninguno de los dos.¹²

De esta crítica hay que retener como advertencia fundamental la del riesgo de hipervaloración de los conceptos, mediante la cual éstos pueden llegar a superponerse y a falsear la propia regulación jurídico-positiva que deberían explicar. Si no se incurre en ese defecto, el método de los principios es de utilidad para una exposición general de la regulación del proceso.

II. LA CONVERSIÓN DE PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL EN NORMAS POSITIVAS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE ALGUNOS CONVENIOS INTERNACIONALES Y LA FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES ENCARGADOS DE CONCRETAR JUDICIALMENTE ESAS NORMAS

Supone un cambio esencial en la significación de algunos principios del proceso penal el ser asumidos como contenido de normas constitucionales e, incluso, de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por convenios internacionales sobre derechos humanos.

De entrada, y en todo caso, esta normativización de principios del proceso penal es muy apreciable, porque asegura un estándar de garantías del proceso penal suficientemente elevado, tanto frente al legislador ordinario, como frente a los jueces, cuyas actuaciones u omisiones concretas pueden ser sometidas al Tribunal Constitucional mediante un recurso de amparo.

Pero, además del refuerzo de la efectividad de los principios que deriva de su conversión en normas positivas, este fenómeno tiene también como

9 Grunsky, *op. cit.*, nota 3, p. 17.

10 Henckel, *op. cit.*, nota 3, p. 119.

11 Hagen, J. J., *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre*, Freiburg, 1972, pp. 84-92.

12 Bomsdorf, *Prozessmaximen*, pp. 278-283; Wassermann, R., *Der sociale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstadt, 1978, pp. 103 y 104.

consecuencia un modo peculiar de aplicar el ordenamiento procesal, especialmente atento al fundamento último de sus normas.¹³

Esta tendencia es directamente tributaria del reconocimiento constitucional de derechos y principios procesales básicos y de la configuración constitucional en cierta medida de algunas instituciones procesales. La aceptación, ya por nadie seriamente discutida, del valor normativo —y no meramente político— del texto constitucional, y las competencias del Tribunal Constitucional que, al concretar ese valor a través de sus sentencias lo confirman y refuerzan, han contribuido también a alentar esa tendencia. En el mismo sentido hay que tener presente la remisión que hace el artículo 10.2 de la Constitución española a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España, como criterios a tener en cuenta para la interpretación de las normas sobre derechos fundamentales y libertades reconocidos por la Constitución. Esos tratados y acuerdos recogen un rico catálogo de derechos fundamentales procesales. Por lo demás, el Convenio Europeo de Derechos Humanos cuenta también con un mecanismo para su concreción jurisdiccional, en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ya ha generado una abundante jurisprudencia sobre las disposiciones de contenido procesal del Convenio.

Como no podía ser de otro modo, los métodos tradicionalmente aplicados para la solución de cuestiones procesales han de experimentar una modificación cuando esas cuestiones deben ser contempladas desde los parámetros normativos constitucionales o de normas internacionales sobre derechos humanos. Si cierta posibilidad procesal ha precluido o no en función del transcurso del plazo fijado para utilizarla, si tal acto es o no admisible en atención a la observancia de un requisito legal o a la subsanabilidad de su incumplimiento, si la eficacia ejecutiva de una sentencia o la cosa juzgada de un proceso se extienden o no a determinadas personas que no han sido partes, si debe o no ser admitida la intervención de ciertos terceros, si el juez puede o no tomar en consideración cierta prueba en atención a cómo haya sido adquirida, eran cuestiones a las que se intentaba responder desde la interpretación de las normas legales rectoras de los diferentes supuestos y, subsidiariamente, con técnicas de integración normativa más o menos complejas. El nuevo fenómeno al que me vengo refiriendo conduce, en cambio, a confrontar la cuestión procesal con referentes normativos más imprecisos, como la prohibición de indefensión, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia, etcétera.

13 Estas reflexiones proceden de la presentación de la sección de derecho procesal que dirijo en la *Revista General de Derecho*, que se publicó en esa revista, 1992, núm. 577 y 578, pp. 9847-9851.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional no puede enjuiciar las cuestiones procesales de otro modo. Pero los tribunales ordinarios, tal vez por lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,¹⁴ recurran también con frecuencia directamente a esos parámetros normativos más elevados.

Como he dicho más arriba, esta tendencia me parece, por lo general, positiva, e incluso debida por la incidencia que el texto constitucional ha de tener sobre el conjunto del ordenamiento. Ha contribuido poderosamente a reivindicar el trasfondo axiológico que hay detrás de las (en apariencia) puramente técnicas normas procesales. Puede incitar, y auxiliar al mismo tiempo, a que se elaboren con mayor rigor la interpretación teleológica de cualesquiera normas, la interpretación adecuada a ciertas normas de carácter “principal”, y, sobre todo, las construcciones para la integración normativa necesarias cuando la interpretación ha mostrado sus límites. Sin olvidar el apoyo que proporciona para optar entre varias interpretaciones que puedan hacerse de cierta norma.

Pero si, sobrevolando las dificultades que puede presentar la interpretación de las normas para su aplicación al caso, se pretende resolver las cuestiones procesales directamente desde la concepción de unos derechos fundamentales y unos principios establecidos en los textos normativos de más elevado rango, se corre el peligro de sustituir la ordenación legal convenientemente rigurosa del proceso, por un arsenal de principios, la especificación de cuyas consecuencias dependerá, en definitiva, de la inteligencia y buen sentido —o de su falta— del juez que dirige el proceso.

Ese modelo ni me parece aceptable desde la exigencia de seguridad jurídica, ni entiendo que se ajuste al diseño constitucional, que somete el ejercicio de la potestad jurisdiccional a “las normas de competencia y procedimiento que las mismas (las leyes) establezcan” (artículo 117.3 de la Constitución española en adelante CE).

Hechas estas consideraciones se pueden repasar brevemente aquellos aspectos fundamentales del proceso penal, que generalmente se consideran principios del mismo, que han sido constitucionalizados:

a) Previo a todos ellos está la atribución exclusiva de la potestad jurisdiccional a los órganos jurisdiccionales (artículo 117.3, CE), a la que deben adicionarse los preceptos del artículo 25, CE, que facilitan la determinación de la potestad jurisdiccional en materia penal.

b) Con incidencia en el régimen de la iniciación del proceso penal y de la determinación de su objeto, encontramos el artículo 124.1, CE, que con-

¹⁴ La disposición citada establece: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”

fieri al Ministerio Fiscal la “misión [de] promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”, actuando “con sujeción, en todo caso, a los [principios] de legalidad e imparcialidad” (artículo 124.2, CE), sin perjuicio de que también “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular [...], en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine (artículo 125, CE), quedando siempre a salvo respecto a esa libre determinación del legislador el que “todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos [...]” (artículo 24.1, CE).

c) En términos generales, respecto al proceso y para cualquiera de las partes en el mismo, está reconocido el derecho fundamental a que no “se pueda producir indefensión” (artículo 24.1, CE), a que tenga “todas las garantías” (artículo 24.2, CE) y a la igualdad ante la ley (artículo 14, CE).

d) Se reconocen específicamente como derechos fundamentales los principales contenidos del principio de contradicción relativos a la posición propia del imputado o acusado: los derechos “a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos [...], a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables” (artículo 24.2, CE). Estos mismos derechos son reconocidos con especial relevancia en las etapas iniciales del proceso si se ha producido una privación cautelar de libertad (artículo 17, CE).

e) Respecto a la prueba, además de lo dicho en el precedente apartado d, se reconoce el derecho fundamental a la “presunción de inocencia” (artículo 24.2, CE) y hay normas que conducirán al establecimiento legal de prohibiciones probatorias (artículo 18, CE: necesidad de autorización judicial para limitar la inviolabilidad de domicilio y de comunicaciones; artículo 24.2, CE: límites al deber de declarar del imputado y de determinados terceros).

f) En cuanto a los aspectos más externos de la ordenación del proceso (forma y tiempo), se reconoce el derecho fundamental a que sea público y sin dilaciones indebidas (artículo 24.2, CE), la exigencia de publicidad la reitera el artículo 120, CE que, ya sin el carácter de derecho fundamental, dispone que “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal” (artículo 120.2 CE).

Este catálogo de aspectos fundamentales del proceso penal, relacionados con los habitualmente considerados como principios del mismo, y que han sido normativizados con rango superior, puede ser ampliado porque el artículo 10.2, CE, dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En esta remisión tiene una importancia más destacada el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Pú-

blicas, puesto que España ha formulado la declaración que permite a cualquier persona física, organización no gubernamental o grupos de particulares, dirigir demandas a la Comisión Europea de Derechos Humanos, con fundamento en violaciones del Convenio debidas a la acción estatal.¹⁵

Este fenómeno de normativización de principios del proceso penal ha sido, por un lado, el motor de las modificaciones experimentadas en la concreción de los mismos, y, por otro lado, impone revisar las modificaciones, hechas o proyectadas, con unas pautas más rígidas, puesto que ya no está en juego solamente la libertad del legislador y la mayor ó menor calidad de la doctrina jurídica que inspire ciertas reformas, sino la adecuación a normas constitucionales o supranacionales.

En las páginas que siguen no podremos, ciertamente, desarrollar estos planteamientos exhaustivamente, pero sí analizaremos algunas muestras significativas de la evolución reciente de algunos principios del proceso penal en derecho español.

III. EL "PRIMER" PRINCIPIO DEL PROCESO PENAL: LA EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL Y ALGUNAS TENDENCIAS QUE PUEDEN MENOSCABARLA

El artículo 117.3, CE establece que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales". Este precepto parece, sin embargo, dejar abierta la cuestión de en qué consiste, qué es la potestad jurisdiccional, en qué supuestos es necesario el ejercicio de la misma. Para dar una respuesta, que es clave, porque de la misma depende la afirmación o negación de la atribución constitucional correcta de esa potestad, se han formulado diversas explicaciones,¹⁶ pero, precisamente en el ámbito de la aplicación de la ley penal, existe una respuesta particularmente sencilla y segura en lo fundamental.

Según la Constitución española, la administración no puede estar investida de la potestad de actuar el derecho en materia penal. Esa actuación ha de producirse no sólo por primera vez, sino exclusivamente mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

¹⁵ Un conjunto de trabajos de gran interés sobre el CEDH, sus órganos de garantía, la jurisprudencia del TEDH y su incidencia en el derecho español puede verse en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1993.

¹⁶ Puede verse mi "Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 3, 1984-1985, pp. 417-453; un resumen con alguna ampliación en mi trabajo, pendiente de publicación en *Cuadernos de Derecho Judicial*, "Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional", en concreto el apartado 5.

Efectivamente, en la Constitución existe una correlación entre ejercicio de la potestad jurisdiccional, el proceso, la condena por un delito tipificado con anterioridad y la pena, que se deduce de los artículos 117.3, 24.2 y 25.1, CE: la potestad jurisdiccional se ejercita en el proceso (artículo 117.3, CE), alguna de cuyas garantías se formulan por la Constitución de modo literal con relación al proceso penal (artículo 24.2, CE), en el cual una persona puede ser *condenada* por una acción u omisión que constituyera *delito* o *falta* según la legislación vigente en el momento de cometerse (artículo 25.1, CE). A esa correlación se enfrenta la que el propio artículo 25-1, CE establece, con precisa terminología, entre infracción administrativa y sanción (no penal), la cual —en virtud de la propia contraposición que expresa el texto constitucional— hay que entender que puede imponerla la administración tras un procedimiento administrativo. Lo que se concluye —básicamente del artículo 25-1, CE y de que el término condena no puede entenderse más que como consecuencia de una actividad jurisdiccional— es que la infracción que formalmente sea delito o falta sólo puede ser castigada mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional.¹⁷

Esa interpretación sistemática de los preceptos constitucionales permite afirmar que ha quedado constitucionalizado el contenido esencial del artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM).¹⁸ Consecuentemente, sería inconstitucional cualquier procedimiento jurídico que implicara atribuir a los órganos no jurisdiccionales la imposición de penas por delitos o faltas, aunque su resolución pudiera ser después impugnada ante órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, si la Constitución no estableciera un criterio material de distinción entre delito y falta, por un lado, e infracción administrativa, por otro, la conclusión antes sentada no obstaculizaría la libertad de configuración del legislador ordinario proyectada, directamente, sobre la naturaleza penal o administrativa de la infracción, e, indirectamente, sobre el ejercicio *ab initio* o sólo posterior a una previa actuación administrativa de la potestad jurisdiccional.

En este sentido, la Constitución sólo fija un límite preciso, al establecer que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad” (artículo 25.3, CE). Esto tiene, como primera consecuencia, que solamente a título de pena puede ser legalmente establecida la privación de libertad, y, como segunda consecuencia, precisamente por la correlación a la que nos referíamos al principio que sólo mediante la potestad jurisdiccional puede ser impuesta.

17 En el mismo sentido, Cobo del Rosal, M.; J. Boix Reig, “Garantías constitucionales del derecho sancionador”, *Comentarios a la legislación penal*, I, Madrid, 1982, p. 212.

18 Esa disposición establece: “No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles, [...], sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”. Un buen comentario en Gómez Orbaneja, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, Madrid, 1947, pp. 26-36.

Con ser importante el establecimiento constitucional de ese límite, no estima la doctrina que satisfaga plenamente las necesidades sentidas de acotar el ámbito del derecho administrativo sancionador respecto al derecho penal, porque nada indica sobre la utilización de sanciones pecuniarias o que afecten a derechos distintos a la libertad.¹⁹ Y precisamente uno de los aspectos que conducen a reputar insatisfactoria la posibilidad de una extensión, sin más límites constitucionales que los del artículo 25.3, CE, del derecho administrativo sancionador, es la consecuencia acompañante de quedar excluido un ejercicio inicial de la potestad jurisdiccional, pues las sanciones administrativas se imponen en principio (el derecho administrativo sancionador *es actuado* en principio) por la propia administración.

La exclusividad jurisdiccional en la aplicación de la ley penal puede considerarse, sin énfasis, el “primer” principio del proceso penal, porque sin aquella éste no existe.

En relación con este asunto tan radical se han dado en derecho español orientaciones (reformas efectivas, proyectos en diverso grado de desarrollo, meros planteamientos doctrinales) que deben ser examinados desde la perspectiva de este condicionamiento constitucional de la exclusividad de la jurisdicción en materia penal.

1. *La ampliación progresiva del derecho administrativo sancionador y el diferimiento de la garantía jurisdiccional*

El derecho administrativo sancionador ha alcanzado un extraordinario desarrollo. En la fijación de sus límites frente al derecho penal no se ha seguido el criterio de restringirlo al ámbito de una autotutela administrativa suficientemente justificada,²⁰ sino más bien el de la naturaleza de la sanción, en el sentido de que la privación de libertad queda reservada a las sanciones propiamente penales (artículo 25.3 de la CE). Es cierto que se han registrado importantes progresos en las garantías para la aplicación del derecho administrativo sancionador,²¹ pero no lo es menos que su expansión revela una correlativa retirada del Poder Judicial a una función de con-

19 Parada Vázquez, J. R., “El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal”, *Revista de Administración Pública*, 1972, núm. 67, p. 89; Cobo del Rosal, Boix Reig, *op. cit.*, nota 17, pp. 214 y 215; Muñoz Conde, F.; Mir Puig, S., Notas a la traducción de Jescheck, H. H., *Tratado de derecho penal*, I, Barcelona, 1981, pp. 86 y 87.

20 García de Enterría, E. (con Fernández, T. R.), *Tratado de derecho administrativo*, I, Madrid, 1980, pp. 486-489; Parada, *op. cit.*, nota 19, pp. 41-93.

21 García de Enterría, E., “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1981, pp. 362-368; López Ramón, F., “Límites constitucionales de la autotutela administrativa”, *Revista de Administración Pública*, 1986, núm. 55, pp. 102-106; Parejo Alfonso, L., “La tutela judicial cautelar en orden contencioso-administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1986, pp. 32-34. Con una amplia visión global Garberí Llobregat, J., *El procedimiento administrativo sancionador*, Valencia, 1996.

trol de actos previos de la administración pública —técnica cuyos inconvenientes sólo son muy trabajosamente vencibles—,²² con abandono de la función de primera resolución de los conflictos jurídicos. La tendencia al refuerzo y ampliación del derecho administrativo sancionador —que no parecía mirarse con demasiada simpatía por los administrativistas— recibe ahora un indirecto apoyo desde el campo del derecho penal, con los planteamientos de la intervención penal mínima y de descriminalización, llamados también a tener importante incidencia en la descarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales penales.²³

2. *La naturaleza jurídica de la instrucción previa y la constitucionalidad de atribuir su dirección al Ministerio Público*

La doctrina ha tratado de la naturaleza jurídica de la instrucción previa, llegando a conclusiones bastante diversas.²⁴ Esta cuestión, hasta un cierto momento, podía ser considerada como meramente académica. Mientras todos los procedimientos para la instrucción previa del ordenamiento español estuvieron encomendados a jueces, no estaba en cuestión la principal consecuencia de ese problema de naturaleza jurídica; a saber: que por ser el procedimiento jurisdiccional, sólo a órganos jurisdiccionales pudiera ser atribuido (artículo 117.3, CE). Tampoco había problema con el aspecto negativo del principio de exclusividad, porque el último inciso del artículo 117.4, CE daba cobertura a la atribución al juez, en cuanto función desarrollada en garantía de derechos, fundamento, por cierto, que nunca le faltará a un procedimiento preliminar judicial penal.

La cuestión, sin embargo, ha adquirido trascendencia posteriormente como consecuencia de reformas legales y de tendencias de reforma. Primero fue una ampliación de las atribuciones de la policía en el ámbito de los suprimidos procedimientos de urgencia. La Ley 10/1980, de 11 de noviembre, en su campo de aplicación, reservaba al juez la dirección de la investi-

²² Sobre estos inconvenientes y su superación Fernández Rodríguez, T. R., *Tratado*, II, Madrid, 1988, pp. 499-510; García de Enterría, *op. cit.*, nota 20, pp. 491-495; Parada Vázquez, J. R., "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", *Revista de Administración Pública*, 1968, número 55, pp. 102-106; el mismo, "Derecho administrativo, derecho privado, derecho garantizador", *Revista de Administración Pública*, 1967, núm. 52, p. 93; Muñoz Machado, S., "La carga de la prueba en el contencioso-administrativo: su problemática en materia de sanciones administrativas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1976, pp. 734-741; del mismo, "Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1980, pp. 496-510.

²³ Bacigalupo Zapater, E., "Descriminalización y prevención, en Poder Judicial", número especial II, pp. 9-29; Gimeno Sendra, V., "Los procedimientos penales simplificados", en el mismo número de *Poder Judicial*, pp. 32-34; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1987, pp. 12 y 13.

²⁴ Un resumen de las diferentes opiniones y un planteamiento personal de la cuestión puede verse en mi *Derecho jurisdiccional*, III, Barcelona, 1993, con Montero, Gómez Colomer, Montón, pp. 126-129 y bibliografía citada al final del capítulo.

gación, pero la realización de gran parte de los actos que la integran se encomendaba a la policía. La reforma de LECRIM por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, establece el proceso abreviado, en el que se mantiene la posibilidad de distinguir entre dirección judicial de la investigación y realización por la policía y, además y principalmente, se admite que, por lo general, los actos de investigación puedan realizarse sólo por el Ministerio Fiscal. Por lo demás, hay una clara tendencia a generalizar este último modelo a todo proceso penal.

Evidentemente, la cuestión está dejando de ser meramente académica. La naturaleza jurisdiccional o no de todo o parte del procedimiento preliminar condiciona la constitucionalidad de las opciones que puede hacer el legislador. Resulta, pues, ineludible plantearse cuáles son los límites constitucionales a la configuración legislativa del procedimiento preliminar en el aspecto de la calidad del órgano al que encomendar la conducción de ese procedimiento.

Según una primera tesis, no podrían encomendarse al Ministerio Fiscal, sino que deben reservarse a los jueces —y además en calidad de primer pronunciamiento— las resoluciones que limiten o restrinjan derechos fundamentales (por ejemplo: entrada y registro, intervención de comunicaciones personales, prisión provisional).

Esta tesis reduce en exceso los límites constitucionales, porque parece dejarlos restringidos a los preceptos de la CE, que, de modo expreso y específico, reservan sólo a los órganos jurisdiccionales la potestad de afectar a ciertos derechos (artículos 17.2, 18.2 y 3, 20.5, 22.4 CE).

No puede aprobarse ese criterio restrictivo, porque además de esos preceptos, la CE tiene otros más genéricos, relevantes para determinar lo que es la potestad jurisdiccional, como potestad exclusivamente atribuible a órganos jurisdiccionales. Me refiero al artículo 117.3 y, en el ámbito de la realización del derecho penal, al artículo 25.1.

De estos dos preceptos se deduce que en el ámbito de la realización del derecho penal está excluida la técnica de la autotutela administrativa (sometida a un posterior control por parte de órganos jurisdiccionales) y sólo cabe proceder con ejercicio de potestad jurisdiccional (y sólo por órganos de esta naturaleza).

Por otra parte, del artículo 24.1, CE se deduce que cualquier resolución sobre la acción penal (y las hay en el procedimiento preliminar) debe dictarse por un órgano jurisdiccional, en cuanto versa sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

A las dos últimas consideraciones se podría objetar lo siguiente: no sería inconstitucional sustraer los actos de investigación de su realización por un órgano jurisdiccional y encomendarla al Ministerio Fiscal o a la policía, porque en esos actos estrictos no hay realización del derecho penal, ni con-

sisten en una resolución de las específicamente reservadas (dejando aparte algunos actos de busca de fuentes de prueba).

Esta objeción debe ser rechazada en cuanto pretende dar beligerancia en la interpretación constitucional a la distinción entre actos jurisdiccionales puros y por conexión, para cubrir con la exigencia de la exclusividad sólo a los primeros, pero no a los segundos. Cualquier resolución (que represente ejercicio de potestad jurisdiccional) requiere unas actuaciones previas, de mayor o muy pequeña extensión según los casos, para que aquélla se dicte con fundamento. Negarles a esas actuaciones naturaleza jurisdiccional, para sustraerlas del juez (en el sentido de no entenderlas dirigidas hacia él y sometidas a su dirección), no sería razonable (porque no es imaginable humanamente un enjuiciamiento sin la aportación de algunos datos con los que hacerlo) ni acorde con la CE (para la que —artículo 117.3— la potestad jurisdiccional no se ejercita en un acto instantáneo, sino en un procedimiento legal, uno de cuyos sujetos es el órgano jurisdiccional).

Lo que sí sería acorde con la CE es modificar el modelo de procedimiento preliminar, aproximándolo a una estructura acusatoria. En vez de que el juez desarrolle por propio impulso el procedimiento y, específicamente, los actos de investigación que lo componen y otros actos que en ellos se fundan, la ley le podría asignar una posición de espera de solicitudes formuladas por las partes, sobre las que resolvería en atención a unos actos de acreditamiento practicados ante él, bajo su dirección y, según los casos, con contradicción.

Lo último es fundamental para que el sistema escape de la crítica anterior sobre la no exclusividad (de atribución a los jueces) de los actos jurisdiccionales sólo por conexión. Caería de lleno bajo tal crítica si esa práctica de actos de acreditamiento, fuera sustituida por la mera aportación de la documentación de las investigaciones, formada por el Ministerio Fiscal o la policía.

3. *La función del juez y del Ministerio Público en una finalización del proceso penal por sobreseimiento con imposición de sanciones o de medidas de corrección*

Los riesgos de una concepción restrictiva de la potestad jurisdiccional y, como consecuencia, de una indebida atribución de la misma, presentan mayor gravedad cuando resultan afectadas ya no las potestades procesales de carácter instrumental, sino la propia potestad de resolver en cuanto al fondo del asunto. Esto involucra radicalmente la comprensión de la potestad de juzgar del artículo 117.3 de la CE, y, específicamente, de la de imponer penas mediante sentencia del artículo 25.1 de la CE.

Los nuevos poderes del Ministerio Fiscal pueden acabar proyectándose también sobre ello, dado que, junto a la atribución a aquél de la investiga-

ción previa, se propone también la introducción del principio de oportunidad, más o menos condicionado, en la persecución de los delitos hasta cierto límite de gravedad. Precisamente en la configuración de los poderes del Ministerio Fiscal y del órgano jurisdiccional en esta materia, puede suscitarse el problema de constitucionalidad que apuntaba.

Como la ampliación del derecho administrativo sancionador, también es una técnica para reducir la sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales. Pero es una técnica distinta, porque no consiste en transvasar la sanción de ciertas conductas al derecho administrativo ni a su característico tratamiento jurisdiccional, sino que, dejándolas en el campo del derecho penal y del proceso penal, para la determinación de su certeza, su valoración y declaración de sus consecuencias jurídicas no se aplica la dinámica normal de la resolución jurisdiccional, sino que al órgano jurisdiccional sólo se le encomienda una intervención “menos decisiva”.

De momento, en esta materia y en España, sólo cabe considerar algunas manifestaciones de carácter doctrinal que se expresan de modo muy significativo.

Gimeno ha propugnado un sobreseimiento por razones de oportunidad, dentro de ciertos límites, y también “bajo el cumplimiento de determinadas condiciones (*v. gr.*, el sometimiento del drogadicto a un procedimiento voluntario de curación, la realización de determinados trabajos sociales, la renuncia en favor del Estado de los beneficios obtenidos mediante la comisión del delito, etcétera.)”.²⁵ La autoridad judicial tendría que disponer ese sobreseimiento, previa solicitud del imputado e informe favorable del Ministerio Fiscal, con plena libertad de determinar la pena sustitutiva o la condición a imponer.²⁶ Y en otro trabajo insiste: “La resolución de dicho sobreseimiento ha de quedar siempre confiada a la autoridad judicial, sin perjuicio de que la intervención del Ministerio Fiscal, vía de informe, sea siempre preceptiva”.²⁷

Moreno Catena contempla una facultad del Ministerio Fiscal “para dejar de perseguir ciertos hechos delictivos, tras una negociación con el inculgado (el *bargaining* del Derecho americano) en supuestos reglados y cuando la lesión social es escasa, *debiendo entonces acordarse el sobreseimiento provisional por la autoridad judicial*”. En aquella negociación habrán podido pactarse prestaciones para la pronta reparación de las víctimas o medidas de readaptación del delincuente.²⁸

Bacigalupo se refiere a los parágrafos 153 y 153a StPO como modelo de regulación moderna del principio de oportunidad.²⁹ Conviene apuntar

25 Gimeno, *Los procedimientos penales simplificados*, p. 48.

26 *Ibidem*.

27 Gimeno, “Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial”, *Justicia*, 1988, p. 834.

28 Moreno Catena, V., “La justicia penal y su reforma”, *Justicia*, 1988, p. 316.

29 Bacigalupo, *op. cit.*, nota 23, p. 14.

que la última disposición contempla una *abstención de la acusación por parte del Ministerio Fiscal con imposición al imputado* de determinadas prestaciones, adecuadas para que quede satisfecho el interés que pudiera haber en la persecución; *con la aceptación por parte del imputado y del Tribunal competente para el juicio*, éste no se abrirá y, cumplidas aquellas prestaciones, los hechos ya no podrán ser perseguidos.

Vives apunta la posibilidad de introducir, junto al principio de oportunidad en cierta medida, también una posibilidad de negociación de la conformidad. “Desde luego —añade— tanto la decisión de no perseguir por razones de oportunidad, cuanto la negociación de la conformidad habrían de ser sometidas, en todo caso, a la *aprobación del Juez o Tribunal competente*”.³⁰

En fin, la Fiscalía General del Estado en la Memoria de 1989 formula la siguiente propuesta:

Propugnamos, además, que en la reforma procesal que vamos a culminar, al igual que viene aconteciendo en el derecho europeo continental, también debe avanzarse en el reforzamiento del consenso como estrategia de pacificación social. Hoy es por todos admitido que, en el proceso penal, frente a las zonas de conflicto propias de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso que eliminen conflictos innecesarios a los fines del proceso y de la función resocializadora de la pena. Mientras los primeros deben reservarse para la persecución de la criminalidad grave, que es reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que fijen y esclarezcan tal conflicto. La criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva e integrada por hechos que son incidentales en la vida del autor, debe conducir a soluciones consensuadas que contribuyan a la no estigmatización de quien, por la ocasionalidad de su delito y la propia aceptación de su responsabilidad, esté revelando ya una actitud resocializadora y de acatamiento a la legalidad. Sancionar judicialmente el convenio en estos casos debe ser un imperativo ético-social de necesario cumplimiento.³¹

Se habrá podido observar que, con excepción de la propuesta de Gimeno, en las demás formulaciones el órgano jurisdiccional no aparece ejercitando una potestad de juzgar, es decir, de formarse una convicción sobre cuáles son los hechos ciertos, de apreciar los aspectos valorativos en el caso concreto y de interpretar y aplicar la norma, declarando en concreto la consecuencia jurídica, sino que ejerce una función de homologación, de aprobación, bien sea de acuerdos entre el Ministerio Fiscal y el imputado, bien de iniciativas del Ministerio Fiscal para imposición de sanciones o me-

³⁰ Vives Antón, T., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *Poder Judicial*, número especial, p. 109.

³¹ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1989, p. 16.

didadas de readaptación social, cuya eficacia jurídica depende del consentimiento del imputado y del propio órgano jurisdiccional.³²

Efectivamente, en la doctrina alemana se han expresado serias dudas sobre la constitucionalidad del sistema del parágrafo 153.a StPO, porque deja indeterminado, a disposición del Ministerio Fiscal y de sus órganos rectores, el ámbito de aplicación del derecho penal en un grupo importante de infracciones, que según los casos podrán ser sancionadas con penas o con otras medidas; porque no encomienda esa determinación de modo exclusivo a un enjuiciamiento jurisdiccional, y, en fin, porque conferir al Ministerio Fiscal, que es quien ha realizado la investigación, la iniciativa de las medidas sancionadoras y de corrección infringe el requisito de imparcialidad.³³

En una primera aproximación, desde la perspectiva de la Constitución española, puede decirse que tanto si esas sanciones o medidas de corrección alternativas de las penas se mantienen en el ámbito del derecho penal y las acciones por las que se imponen han de seguir considerándose como delitos, como si representan un sistema sancionador distinto del derecho penal, pero también del derecho administrativo sancionador, la atribución de funciones al Ministerio Fiscal y al órgano jurisdiccional para la aplicación de ese sistema que parece delinarse, podría ser contraria a la Constitución.

En la primera alternativa de interpretación, por infracción del artículo 25.1 de la CE, que impone que la infracción que formalmente sea delito o falta sólo pueda ser castigada mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Si se asume el segundo modo de comprender ese posible nuevo sistema, la colisión se produciría con el artículo 117.3 de la CE, dado que al no quedar aquél incluido tampoco en el derecho administrativo sancionador, no hay fundamento para excluir que su aplicación se produzca mediante un inicial y pleno ejercicio de la potestad jurisdiccional.

IV. LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y LAS TENDENCIAS DE CAMBIO EN MATERIA DE PRINCIPIO ACUSATORIO Y DE LOS PRINCIPIOS SOBRE APORTACIÓN Y PRUEBA DE LOS HECHOS

El fundamento constitucional del principio acusatorio para el proceso penal radica en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2, CE) que, a través del artículo 10.2, CE, conecta con el derecho a que la causa sea oída por un tribunal imparcial, reconocido por el artículo 6.1,

³² Una intervención tan poco decisiva no satisface las exigencias que el Tribunal Constitucional español ha establecido en ocasiones para que exista ejercicio de potestad jurisdiccional; por el contrario, se requiere que el juez adopte "libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso", no que decida vinculado por otro (STC 26 febrero 1981; STC 7 julio 1987; STC 26 septiembre 1990).

³³ Véase, de entrada, Roxin, K., *Strafverfahrensrecht*, München, 1987, p. 71; más ampliamente Kausch, E., *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*, Berlín, 1980, *passim*.

CEDH. Sin salirse de la Constitución también sería correcto decir que des-cansa en el derecho a un juez que responda a la imagen constitucional del mismo (artículo 24.2, CE), que sin duda comprende el requisito de imparcialidad.

La comisión de un delito hace nacer en el Estado un concreto poder de imponer una pena, pero dicho poder, a diferencia de otros que el Estado puede actuar por la vía de la autotutela administrativa, sólo puede ser actuado por los órganos jurisdiccionales mediante su potestad jurisdiccional. El poder de penar, en el Estado moderno, es un poder del Estado-juez, es jurisdicción, potestad jurisdiccional.³⁴

Ahora bien, la potestad jurisdiccional dirigida a la actuación del derecho penal puede ser ejercitada de dos modos: de oficio por el propio órgano jurisdiccional, que conduciría el proceso hasta la sentencia sin ningún impulso exterior (principio inquisitivo); a instancia de otro órgano estatal o sujeto ajeno al órgano jurisdiccional, que le pide que ejercite su potestad jurisdiccional, actuando el derecho penal respecto a un determinado hecho y persona.³⁵ Cuando la potestad jurisdiccional se ejercita según esa modalidad decimos que rige el principio acusatorio formal.

El fundamento de este principio es garantizar la imparcialidad del juez que podría verse comprometida si se le atribuyeran a él mismo las funciones de descubrir, investigar y perseguir los posibles delitos. Para conseguir ese distanciamiento del juez respecto a la proposición del objeto del proceso, que asegura su imparcialidad, se reproduce artificialmente en el proceso penal la estructura del *actus trium personarum* a la que responde el proceso civil, como lógica consecuencia de la estructura jurídico-material de las relaciones que en él se deducen.³⁶

El principio acusatorio formal, en su proyección estricta sobre la solución de las cuestiones básicas de la iniciación del proceso penal y de la determinación de su objeto, se entendía que presentaba tres manifestaciones principales:

a) La apertura del juicio oral está condicionada por la acusación de un sujeto distinto al órgano jurisdiccional. Esa misma exigencia no se entendía necesaria para iniciar la instrucción previa, ni para dirigir, dentro de ella, una concreta imputación frente a alguien. Era discutido si resultaba necesaria

34 Goldschmidt, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, pp. 23-26; Calamandrei, P., "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio", *Opere Giuridiche*, I, Napoli, 1965, pp. 160-161; Gómez Orbaneja, *Comentarios*, I, *cit.*, pp. 32 y 33, II, *cit.*, pp. 162-165, 183-188.

35 Sobre esta alternativa Goldschmidt, *op. cit.*, nota 34, pp. 68-70; Roxin, K., *Strafverfahrensrecht*, München, 1989, p. 66.

36 Schmidt, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, I, Göttingen, 1964, p. 197; Schafer, K., *Strafprozessrecht. Eine Einführung*, Berlin-New York, 1976, pp. 220 y 221; Bertel, Ch., *Grundriss des österreichischen Strafprozessrecht*, Wien, 1975, p. 7; Goldschmidt, *op. cit.*, nota 34, pp. 28-31; Gómez Orbaneja, *Comentarios*, II, *cit.*, pp. 164 y 165.

rio que la acusación fuera mantenida hasta el término del juicio oral. Siempre me pareció razonable la respuesta negativa, porque al haber fundado la apertura del juicio y haberle proporcionado el objeto, el fin de preservar la imparcialidad del juzgador, evitando que actúe de oficio en cuanto a esas determinaciones esenciales, ya había sido alcanzado.

b) La acusación determina la persona del acusado y el objeto del proceso, que es un hecho con consecuencias jurídico-penales, no una calificación jurídica, ni una pretensión de pena determinada. La potestad de sentenciar del órgano jurisdiccional queda acotada por aquellos dos elementos (persona y hecho).

c) El órgano jurisdiccional que ha conducido la instrucción previa ha de ser distinto al órgano jurisdiccional que debe sentenciar; más aún, el juez titular de aquél no puede integrar la sala sentenciadora (artículo 54.12, LE-CRIM). Si esto se cumple, el principio acusatorio no resulta lesionado aunque el instructor puede incoar de oficio el sumario o modificar o ampliar su objeto según los resultados de la investigación —como efectivamente sucede en nuestro ordenamiento—. Si no es así, aunque la apertura del juicio oral venga condicionada por la petición del acusador, si ésta se produce y se estima no se podrá evitar que influyan sobre la actividad sentenciadora del juez los prejuicios que se forme en la investigación por él dirigida, frustrándose en consecuencia la finalidad del acusatorio.

Esta última manifestación del principio acusatorio influye también en el modo de resolver otra cuestión básica: la de la aportación de los hechos y su prueba. Al respecto, el régimen normativo en derecho español estaba inspirado en el principio de investigación oficial, sin que por ello tenga que renunciarse a la imparcialidad psicológica de juzgador, al separar orgánicamente las funciones de investigar y juzgar, aún acompañando a esta última la facultad de acordar pruebas de oficio. El órgano jurisdiccional encargado de la instrucción previa investiga los hechos en toda su amplitud, y busca y prepara las fuentes para la prueba de los mismos; sin embargo, los prejuicios que en esta labor se hubiera formado no trascenderán a la sentencia, porque ni le corresponde a él dictarla, ni su titular puede integrarse en el órgano jurisdiccional que la ha de dictar. El órgano jurisdiccional sentenciador juzga sobre la prueba practicada en el juicio, a instancia de las partes y por ellas o acordada de oficio por él mismo, utilizando las fuentes de prueba que el juez de instrucción preparó y que las partes no utilizaron y en la medida en que no las utilizaron.³⁷

37 Gómez Orbaneja, *Comentarios*, I, pp. 112 y 113; Baur, F., "Potere giudiziario e formalismo del diritto processuale", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 1699; Montesano, L., "Le prove disponibile d' ufficio e l'imparzialità del giudice civile", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1978, pp. 192 y 193.

El marcado respeto a la forma acusatoria en materia de prueba al que responde LECRIM (proposición, en principio, de los medios de prueba por las partes —artículo 728— y práctica de la prueba por las mismas, con intervención directora y complementaria del tribunal), coexiste con una amplia realización de principio de investigación oficial: el tribunal puede acordar de oficio la prueba documental y el examen de las piezas de convicción (artículo 726) y cualquier medio de prueba no propuesto por las partes que considere necesario para la comprobación de cualesquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación (artículo 729-2º). O sea, no existe en el proceso penal la carga formal de la prueba. Estos poderes del órgano jurisdiccional no tienen más límite que el que resulta de la delimitación del objeto del proceso por la acusación: sólo le está vedado introducir mediante la prueba un hecho distinto, pero no cualquier circunstancia fáctica no identificadora del hecho, aunque no haya sido alegada por las partes.

En este panorama normativo sólo había un extremo que concitaba el desacuerdo general: la pérdida de la garantía de la imparcialidad que, por haberse eliminado la separación de los titulares de las funciones de instruir y juzgar, se había producido en el procedimiento de urgencia de los juzgados de instrucción (reforma de LECRIM por ley de 8 de abril de 1967) y, después, en el proceso que reguló la LO 10/1980, de 11 de noviembre. Precisamente el artículo 2, II de la última ley fue declarado inconstitucional por la sentencia, del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988. Según esta sentencia la incompatibilidad de las funciones de instruir y juzgar

busca preservar la llamada imparcialidad 'objetiva', es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (artículo 2 de la LECRIM). Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso 'De Cubber', de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso 'Piersack', de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la

confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados. Esta prevención que el Juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los justiciables viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de 'un proceso público' que también exige el citado artículo 24.2 y del procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, a que se refiere el artículo 120.2, ambos de la Constitución. En un sistema procesal en que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existan.

La doctrina jurisprudencial del TC y la del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos³⁸ han tenido una gran fuerza expansiva. Del supuesto singular de pérdida de imparcialidad que inicialmente fue considerado —y que motivó una inmediata reforma procesal y orgánica para el pleno restablecimiento de la separación instructor-sentenciador—, se ha pasado a examinar otros supuestos que igualmente generarían la llamada "contaminación procesal" y a proyectar esa exigencia de más perfecta imparcialidad del juez no sólo sobre la función de dictar sentencia, sino también sobre otras actuaciones y decisiones jurisdiccionales.³⁹

Revisaremos algunas muestras significativas de esa repercusión.

1. *La extensión del principio acusatorio (o de la iniciativa de parte) a la etapa de instrucción previa: adopción de medidas cautelares; preparación de la acusación en procedimiento con juicio ante jurado*

Dos muestras podemos encontrarlas en la Ley Orgánica 5/1995, del 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (modificada por Ley Orgánica 8/1995, del 16 de noviembre), que, aparte de regular la nueva clase de tribunal y las especialidades de su proceso, introdujo algunas reformas en el sistema procesal general.

a) Entre las últimas destaca la modificación del régimen de los poderes del juez y de las partes en orden a la adopción y modificación de las medidas cautelares personales. La regla general de la oficialidad para la adop-

38 Especialmente sobre la jurisprudencia del TEDH, Ortells Ramos, M., "Jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6 del CEDH en el proceso penal", *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1993, pp. 181-186.

39 Bermúdez Ochoa, E., "Problemas orgánicos y procesales de la llamada 'contaminación procesal'. La sentencia del Tribunal Constitucional 145/88, de 12 de julio", *Cuestiones de derecho procesal penal*, Madrid, 1994, pp. 55-121; Díaz Cabiale, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, 1996.

ción de las medidas —que hasta tiempos recientes regía en derecho español— debe entenderse alterada por lo que resulta de los párrafos III y IV del artículo 504 bis 2 y de los párrafos III y IV del artículo 539 LECRIM, específicamente relativos a las medidas de prisión y libertad provisionales.

Estas dos medidas no pueden acordarse si alguna parte no las solicita, ni pueden acordarse medidas más restrictivas que las pedidas por alguna parte. Sólo se permite actuar de oficio en los supuestos de concurrencia de un concreto peligro de fuga, en los que las peticiones de las partes se producen en una comparecencia posterior a la prisión y con los mismos efectos que se han explicado. Hay que recordar que el Ministerio Fiscal, obligado a actuar con sujeción al principio de legalidad, debe —si estima concurrente sus presupuestos— pedir las medidas.

Es dudoso si los nuevos principios que derivan de esta nueva norma deben afectar también al régimen de adopción de otras medidas cautelares penales. Por coherencia sistemática la respuesta debería ser afirmativa.

Críticamente, debe observarse que con este nuevo régimen sólo en apariencia queda salvaguardada la imparcialidad del juez que ha de resolver sobre las medidas cautelares, puesto que ese juez, que sigue dirigiendo de oficio la actividad de investigación de la instrucción previa, normalmente tiene (o puede razonablemente pensarse que tiene) criterio formado sobre los aspectos que ha de considerar en su resolución.⁴⁰

b) Por otra parte, en la instrucción previa especial del procedimiento con juicio ante jurado, se ha introducido por la ley citada una importante novedad respecto a la concreción, dentro de aquella etapa procesal, del hecho justificable y de la atribución subjetiva del mismo.⁴¹

A diferencia de lo que ocurre en los otros regímenes de instrucción, en la de las causas ante el jurado, el juez de instrucción no puede realizar imputaciones de oficio, ni en sentido objetivo —imputar de más hechos justificables (o de otros hechos) que los que las partes imputen—, ni en sentido subjetivo —imputar a personas distintas de las que las partes imputen—.

Es cierto que en los otros procedimientos penales de nuestro ordenamiento tales poderes oficiales no trascienden de la instrucción, porque a los efectos del juicio oral —de su apertura y de la fijación de objeto y acusado— lo positivamente relevante también es la decisión de los acusadores. Pero en el procedimiento ante el jurado esta característica esencial del principio acusatorio aparece en la misma instrucción.

40 Díaz Cabiale, *op. cit.*, nota 39, pp. 472 y 473; y antes había resaltado un absurdo similar respecto a cierto modo de entender la correlación entre acusación y sentencia Ortells Ramos, M., "Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia", *Justicia*, 1991, núm. 4, pp. 797 y 798.

41 Ortells Ramos, M., "Sobre la instrucción previa en el procedimiento ante el jurado", en prensa en la revista *Tribunales de Justicia*.

Veamos las razones que apoyan esta tesis.

En primer término, es importante, aunque no decisivo, uno de los objetos que establece el artículo 25 de la Ley del Jurado, para la que podemos llamar “primera comparecencia instructoria”: que el Ministerio Fiscal y los acusadores personados concreten la imputación. El poder de concretar la imputación corresponde, pues, a las partes, y lo han de ejercitar en esta oportunidad.

En segundo término, lo que dispone positivamente el artículo 25 de la Ley del Jurado se completa y refuerza con el reconocimiento al juez de instrucción de unos poderes oficiales muy limitados en cuanto a la determinación del hecho justiciable y del imputado:

1) El artículo 27.3 de la Ley del Jurado limita temáticamente las diligencias de investigación que el juez puede acordar de oficio a la comprobación del hecho justiciable y respecto a las personas objeto de imputación por las partes acusadoras. De otro modo: no tiene poder para acordar investigación que innove un elemento u otro, sino sólo la que contribuya a comprobar la probabilidad de los mismos. Eso es coherente con su falta de poder para *fixar* estos elementos.

2) Según el artículo 28 de la Ley del Jurado, si de las diligencias practicadas resultaren indicios racionales de delito distinto del que es objeto del procedimiento o la participación de personas distintas a las inicialmente imputadas, se convocará una nueva comparecencia con el régimen de la del artículo 25 de la Ley del Jurado (o se incoará procedimiento distinto, si la competencia no corresponde al jurado). Este artículo reconoce al juez de instrucción un poder oficial de promover la ampliación o modificación de los elementos objetivo y subjetivo, pero no de realizarlas él. El juez debe, en los supuestos del artículo 28, convocar una comparecencia del artículo 25 en la que serán las partes las que podrán (o no) concretar (hacer suya) la nueva imputación.

2. *Una nueva concepción de la correlación entre acusación y sentencia y su previsible repercusión en el recorte de las potestades probatorias del juzgador en el juicio oral*

Uno de los componentes esenciales de la estructura del proceso penal está experimentando en el ordenamiento español, desde hace unos años, un cambio profundo. Me refiero a la correlación entre acusación y sentencia y, más específicamente, a aquel aspecto de la misma consistente en limitar la potestad de resolución del juez penal.

El cambio ha sido abierto y bien definido cuando ha hallado expresión legislativa, como ha ocurrido en el régimen del procedimiento abreviado. El artículo 794.3 LECRIM, en sí mismo y en relación con el artículo 793.6 y 7 LECRIM, supone una extraordinaria novedad.

Pero el cambio también se ha producido, aunque de un modo más impreciso e inseguro, por vía de la jurisprudencia, como una nueva interpretación de las normas rectoras de la correlación en el proceso ordinario, motivada, principalmente, por determinados derechos reconocidos en el artículo 24 CE y en convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España.

La concepción doctrinal y jurisprudencial de la falta de correlación por exceso entre acusación y sentencia se había mantenido estable y uniforme a lo largo del prolongado periodo de vigencia de la LECRIM.⁴²

La correlación como límite a la potestad de resolver impone —además del respeto a la dirección subjetiva de la acusación— que la sentencia no se pronuncie sobre un hecho distinto de aquel por el que se formuló acusación inicialmente (calificaciones provisionales, escrito de acusación), sea ese nuevo hecho sustitutivo o complementario del inicialmente fijado por los acusadores.

Lo anterior presupuesto ¿qué correlación debe existir entre la sentencia, por una parte, y, por otra, las alegaciones de las partes que no afecten a la identidad del hecho-objeto del proceso, las calificaciones jurídicas y la pena pedida? ¿Hasta qué punto los actos de los acusadores vinculan al órgano jurisdiccional en los aspectos citados, en el sentido de limitar su potestad de resolver?

En el proceso ordinario los preceptos básicos son el artículo 851.4, LECRIM, en relación con el 733, LECRIM. Para el artículo 851.4, LECRIM se infringe el límite a la potestad de resolver si la sentencia condena por un delito más grave que el que ha sido objeto de la acusación, salvo que el tribunal haya procedido de acuerdo con el artículo 733, LECRIM.

Ello significa, en primer lugar, que, para determinar este aspecto de la correlación, hay que comparar no la gravedad de las penas concretamente pedidas en las calificaciones definitivas y de las impuestas en la sentencia, sino la gravedad de los tipos penales aplicados en esos actos (gravedad que se determina por la de las penas que la ley prevé para los mismos).

42 Remitiría como demostración, en cuanto a la concepción doctrinal, a Aguilera de Paz, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, V, Madrid, 1914, pp. 519-539; VI, Madrid, 1916, pp. 301-304, y, para ilustrar la *communis opinio* más próxima en el tiempo, Gómez Orbaneja, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1951, pp. 286-291; el mismo, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1984, con Herce Quemada, p. 258; Serra Domínguez, M., "Incongruencia civil y penal", *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 424-432; Gutiérrez de Cabiedes, E., "La correlación entre acusación y sentencia", *Estudios de derecho procesal*, Pamplona, 1974, pp. 510-537; Soto Nieto, F., *Correlación entre acusación y sentencia*, Madrid, 1979, *passim*.

Para la jurisprudencia, además de la sistematizada y analizada en las obras citadas de Serra y Soto Nieto, pueden verse los extractos que ofrece el *Diccionario de jurisprudencia penal*, III, Pamplona, 1972, pp. 1501-1516.

Dentro del límite del tipo penal de igual o menor gravedad, el órgano jurisdiccional no está vinculado a los actos de los acusadores en cuanto a los hechos que determinen un cambio de tipificación, diferentes grados de ejecución y formas de participación, ni en cuanto a las calificaciones jurídicas, conducentes unas y otras, a una determinada pena. A estos efectos, el órgano jurisdiccional, respetando en todo caso la identidad del hecho-objeto del proceso introducido por los acusadores, puede atender a los hechos que resulten de la prueba, asumir la calificación jurídica que estime correcta e imponer la pena que, en función de ello, corresponda.

Pero, en segundo lugar, incluso la limitación de la gravedad del tipo penal no es insuperable. Si el órgano jurisdiccional ejercita la potestad que le confiere el artículo 733, LECRIM, y pone a debate el tipo penal distinto y más gravemente penado que el sostenido por las partes acusadoras, la sentencia puede pronunciarse sobre el mismo, aunque ninguna parte acusadora lo haya asumido (artículo 851.4, LECRIM).

La interpretación del artículo 733, LECRIM, en función del artículo 851.4, LECRIM, condujo a limitar en exceso (sólo para apreciar un delito más grave) el ámbito de aplicación de la técnica dispuesta en aquel artículo con la finalidad de promover la contradicción sobre toda cuestión relevante para la sentencia. Esto ha sido corregido por una línea jurisprudencial iniciada por la STS 4 de noviembre de 1986, que ha extendido el deber de aplicación a otros casos: apreciación de agravantes, de otras formas de participación, de tipos de delito distintos aún no más graves, de cualquier elemento inculpatario o agravatorio e, incluso, a la posibilidad de no apreciar un elemento favorable al acusado que hubiera sido alegado por alguna de las partes.

En el proceso abreviado la solución es distinta, porque el artículo 794.3, LECRIM, dispone que “la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones”.

De entrada, la limitación a la potestad de resolver ya no viene puesta en el delito más grave, sino en la pena más grave de las pedidas por los acusadores. Consecuentemente, tampoco cabrá entender autorizado que el tribunal aprecie ningún elemento agravatorio no alegado por los acusadores. Pero además, el órgano jurisdiccional no puede desvincularse en modo alguno de esa limitación. El artículo 793.6 y 7, LECRIM, no autoriza al juzgador a resolver en la sentencia sobre planteamientos eventualmente agravatorios que hubiera sometido a discusión, salvo que hubieran sido asumidos por algún acusador en conclusiones definitivas. Basta comparar los artículos 794.3 y 851.4, LECRIM: el primero no hace salvedad del caso de haberse sometido a debate la tesis agravatoria.

En el proceso ordinario tiende a imponerse la opinión de que es necesario que algún acusador asuma la tesis propuesta por el tribunal para que éste pueda válidamente resolver sobre la misma. Por vía interpretativa, el régimen de la correlación en el proceso ordinario se ha aproximado al del proceso abreviado.

La reinterpretación judicial de la correlación en el proceso ordinario ha supuesto un parcial perfeccionamiento de la tutela de la contradicción respecto a las cuestiones relevantes para la sentencia. Aún es insuficiente en ese sentido, a diferencia de la más perfecta regulación establecida en las normas del proceso abreviado.⁴³

Pero el establecimiento, por vía jurisprudencial o mediante reforma legal, de una vinculación de la potestad de resolver por las peticiones de los acusadores tan estrecha como la que se ha expuesto, no me parece que viniera impuesto por ningún precepto constitucional, en particular por el que requiere la imparcialidad de los jueces.

La cuestión básica es la siguiente: ¿el poder del juzgador de resolver a tenor de la calificación jurídica que estime más ajustada a los hechos probados, y los poderes de contribuir con las partes a la prueba del hecho justiciable, ejercitados unos y otros sin más limitación a lo alegado y pedido por las partes que la relativa al hecho justiciable y persona del acusado, implican, objetivamente, pérdida de imparcialidad y prejuicio, y, por consiguiente, chocan con el fundamento constitucional del principio acusatorio?

Conviene distinguir y ocuparse, en primer término, de los poderes oficiales relativos a la calificación jurídica.

No creo que haya pérdida de la imparcialidad, ni prejuicio, si se reconoce al juzgador el poder de determinar de oficio cuál es la calificación jurídica más correcta de los hechos que resultan de la prueba practicada, y, en función de ello, también cuáles son las consecuencias jurídicas previstas por la ley penal en concreto procedentes, porque la única implicación activa del juzgador absolutamente indiscutible es la del ejercicio de su potestad de juzgar, que comprende la determinación de los hechos ciertos y la aplicación de la norma, proclamando el efecto jurídico que de ello derive.

Otra cosa es que, en la parte del ordenamiento cuya realización jurisdiccional está informada por el principio dispositivo, la potestad de juzgar, de actuar el derecho en el caso concreto, no autorice a decir cuál es la consecuencia jurídica que, con arreglo a derecho, deriva del hecho cierto, sino, solamente, si la consecuencia jurídica pretendida es la que corresponde, atendidos cuáles son los hechos probados y las normas aplicables. Pero la razón de ser de este principio estructural de un proceso de tipo dispositivo no es, en verdad, garantizar una posición imparcial al juzgador, sino dejar

43 Véase *infra* apartado VI.2. de esta ponencia.

a salvo, en el momento de la tutela jurisdiccional, la libre disponibilidad de los derechos e intereses jurídicos privados, que se corresponde con el principio de la autonomía de la voluntad, informador de una parte del derecho material.⁴⁴

La realización jurisdiccional del derecho penal no se ha entendido, en nuestro ordenamiento —y no sólo en él—,⁴⁵ hasta ahora, de ese modo. Pero si así tuviera que entenderse —mediante el oportuno cambio legislativo o por imponerse una de las corrientes jurisprudenciales estudiadas—, y si así tiene que serlo en el ámbito de aplicación del artículo 794.3, LECRIM, diré que la clave explicativa habrá que buscarla no en el objetivo de garantizar la imparcialidad del juzgador, sino en el de reforzar el poder de disposición de los acusadores sobre los efectos jurídico-penales.

Vayamos, en segundo lugar, a la vigencia, dentro del juicio oral, del que suele llamarse principio de investigación oficial, frente al principio de aportación de parte. Ciertamente, el aumento de los poderes del juzgador en cuanto a la introducción y prueba de los hechos relevantes para resolver sobre el objeto del proceso, no es una cuestión extraña a la imparcialidad del órgano jurisdiccional.⁴⁶ Ahora bien, ese reconocimiento no ha conduci-

44 Carnacini, T., "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo", *Studi in onore di E. Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, 1951, p. 752 y el conjunto del artículo; Jauernig, O., *Zivilprozessrecht*, München, 1981, p. 66; Cappelletti, M., *El proceso civil en el derecho comparado* (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1973, pp. 339; Montero, J., *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1979, pp. 214 y 215; del mismo, "Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución", *Trabajos de fecho procesal*, Barcelona, 1988, pp. 233-239; Gimeno, J. V., *Fundamentos del derecho procesal*, Madrid, 1981, pp. 178 y 179.

45 Para lo que ocurre en derecho alemán basta remitirse a los párrafos 264 y 265 de la StPO. Para el derecho italiano, el artículo 521.1 CPP dispone que "*Nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, purché il reato non ecceda la sua competenza*", el apartado 2 del mismo concede al juzgador el poder de oficio de remitir las actuaciones al Ministerio Público, si entiende que los hechos aparecen de la prueba como distintos a la descripción contenida en el decreto de apertura, para que el Ministerio Público, de acuerdo con el principio de obligatoriedad de la acción penal, asuma las correspondientes variaciones y las notifique al acusado (sobre esto Illuminati, G., en Conso, G., Grevi, V., *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*, Padova, 1990, pp. 362-372; Amodio, E., Dominioni, O., *Commentario del nuovo Codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, pp. XLXLI).

El reciente *Código de Proceso Penal* portugués considera nula, en su artículo 379, b, la sentencia que condene por hechos diversos a los descritos en la acusación o en la "pronuncia" en su caso, salvo cuando la ley permite acusación supletoria y se han cumplido sus requisitos (artículo 359), o cuando se trate de alteraciones no sustanciales de los hechos, y el juzgador, a instancia de parte o de oficio, las hubiera comunicado al acusado (artículo 358.1). Ninguna vinculación, pues, a las calificaciones jurídicas, como también resulta del apartado 3 del artículo 368 que dispone que se deliberarán y votarán "todas las cuestiones de derecho suscitadas por los hechos referidos en el número anterior", y tales hechos son no sólo los alegados por la acusación y la defensa, sino también los que resultaren de la discusión de la causa (artículo 368.2).

46 Liebman, E. T., "Fundamento del principio dispositivo", *Riv. Dir. Proc.*, 1960, pp. 551-565; Baur, F., "Potere giudiziario e formalismo del diritto processuale", *Riv. trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, pp. 1698-1699; Cavallone, B., "Crisi delle maximen e disciplina dell'istruzione probatoria", *Riv. Dir. Proc.*, 1976, pp. 697 y 698; Montesano, M. L., "Le prove disponibile d'uffizio e l'imparzialità del giudice civile", *Riv. trim. Dir. Proc. Civ.*, 1978, pp. 189-205; Chiovenda,

do a excluir de un modo absoluto estos poderes del juez en los procesos civil, laboral y administrativo,⁴⁷ y muchísimo menos en el proceso penal.

La atribución al juzgador penal de esta clase de poderes oficiales se salva del reproche de riesgo para la imparcialidad, principalmente porque no hace del juzgador un investigador, sino que sólo le autoriza para, sin alterar en esencia el acaecer histórico acotado y llevado ante él por el acusador, contribuir, en concurso con la actividad probatoria de las partes, a comprobar la certeza de los elementos fácticos jurídicamente relevantes de aquel acaecer, y a utilizar con ese fin las fuentes de prueba que la propia actividad del juicio oral y la instrucción previa han revelado existentes.⁴⁸

El parágrafo 244, II, StPO, dispone que, para la investigación de la verdad, el tribunal puede extender de oficio la práctica de prueba a todos los hechos y medios de prueba que sean importantes para la resolución. Y, por referirse a procesos penales de reciente configuración decididamente orientada hacia el principio acusatorio, el artículo 340.1 del código portugués formula nítidamente el principio de investigación ("El tribunal ordena, de oficio o a petición de parte, la producción de todos los medios de prueba cuyo conocimiento le parezca necesario para el descubrimiento de la verdad y la acertada decisión de la causa"), y el código italiano, sin excluirlos, ha optado por un sistema de poderes del tribunal complementarios de la normal iniciativa probatoria de las partes (artículos 506, 507).⁴⁹

En derecho español, tanto para el proceso ordinario por delitos graves como para el proceso abreviado (artículo 780.1, LECRIM), rige el principio de investigación oficial en cuanto a la prueba de los hechos en el juicio oral. Partiendo de ahí, me parece un despropósito pretender amparar en la imparcialidad del juzgador, como fundamento constitucional del principio acusatorio, la concepción de la correlación que aflora en el primer inciso del artículo 794.3, LECRIM, y que se sostiene por una de las corrientes de la nueva jurisprudencia.

Si se le reconocen al juzgador poderes de intervenir de oficio en la prueba de los hechos es, sin duda, para que pueda resolver válidamente sin quedar sujeto a los hechos tal como resulten sólo de las alegaciones y prue-

G., *Instituciones de derecho procesal civil*, III (trad. Gómez Orbaneja), Madrid, 1936, pp. 59 y 60; Cerdón Moreno, F., "En torno a los poderes de dirección del juez civil", *Revista de Derecho Privado*, 1979, p. 811.

47 Sobre esto Montero, *Introducción*, p. 230; Cerdón, *op. cit.*, nota 46, p. 826, Sentís Melendo, S., *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*, Buenos Aires, 1978, pp. 141 y ss., 437 y ss.; Montesano, M. L., *op. cit.*, nota 46, pp. 189-206.

48 Gómez Orbaneja, *op. cit.*, nota 42, pp. 112 y 113, 114-116; Baur, *op. cit.*, nota 46, p. 1699; Montesano, *Le prove disponibili d'ufficio*, pp. 192-196.

49 Sobre la solución del Código italiano Illuminati, G., *Giudizio*, p. 367; Amodio, *Il modello accusatorio nel nuovo Codice*, *cit.*, p. XXXVII.

bas de las partes, sino atendiendo también a lo que provenga de la intervención *ex officio* en la prueba.⁵⁰

Pues bien. He aquí el despropósito: el artículo 794.3, LECRIM y la corriente jurisdiccional antes mencionada, vienen a eliminar esta consecuencia práctica del principio de investigación oficial, pero dejan subsistente un sistema en el que el juzgador (pretendidamente) ha perdido su imparcialidad, por poder actuar y haber actuado de oficio en la actividad probatoria. La imparcialidad quedaría puesta en cuestión y, además, sin objeto alguno.

Ya como última crítica relativa a la extensión de los poderes oficiales del juzgador cuando rige el acusatorio, estimo que la disposición y la línea jurisprudencial de continua referencia merecen una objeción fundamental precisamente desde la perspectiva de la preservación de la imparcialidad del juzgador.

Pocas veces he visto defender que la apreciación de elementos absoluta o relativamente exculpatorios dependa, en su validez, de que hayan sido previamente sometidos a debate contradictorio. Menos veces —por no decir ninguna— he visto sostener que la apreciación de dichos elementos no pueda hacerse de oficio.

Quisiera, antes de seguir, salir al paso de la opinión de que esto pudiera ser un reflejo del derecho a la presunción de inocencia. No. Presupuesto ese derecho o con independencia de él, queda abierta la cuestión sobre si los hechos relevantes sólo van a poder ser válidamente apreciados si resultan de la alegación y prueba de las partes, o también si resultan de la prueba oficial, o una cosa u otra según las clases de hechos.

En la línea en que vengo argumentando, y a la vista de lo dicho dos párrafos antes, llega el momento de preguntarse si es razonable sostener que la imparcialidad sólo se quiebra si el ordenamiento admite que el juzgador contribuya con sus poderes oficiales a clarificar los elementos de cargo, pero no si le autoriza a hacer lo mismo con los de descargo.

Si fuera cierto —que no acepto que lo sea— que la atribución al juzgador de ciertos poderes oficiales pone en cuestión su imparcialidad, habrá que concordar en que resulta evidente que permitir el juego de la investigación oficial sólo para los hechos favorables a una de las posiciones procesales, implica admitir —en flagrante contradicción con el primer postulado— que es correcto que la propia ley empiece por crear un riesgo de parcialidad estrictamente unidireccional.

Parece que el restablecimiento de una solución lógica y coherente de una cuestión tan fundamental como ésta pasa por excluir al máximo los poderes oficiales del juzgador de intervenir en la actividad probatoria del jui-

50 Como dice el artículo 368.2 del Código portugués “para formar la sentencia se someten a deliberación y votación a los hechos alegados por la acusación y la defensa, así como *los que resultaren de la discusión de la causa, relevantes [...]*”.

cio oral y en esa dirección se están produciendo ya reflexiones en la doctrina y en la práctica española.⁵¹

V. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PARA LA ACUSACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL O EXCEPCIONES EN FAVOR DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.
EL PROBLEMA EN DERECHO ESPAÑOL: UN RECONOCIMIENTO VERGONZANTE DE LA OPORTUNIDAD

El principio de legalidad significa que la incoación del proceso penal es un deber de ciertos órganos a la vista de todo hecho que revista caracteres de delito. Como tal, puede coexistir con el principio inquisitivo —recayendo entonces el citado deber sobre el órgano jurisdiccional— y con el principio acusatorio formal. En combinación con este último, el principio de legalidad supone que el Ministerio Fiscal tiene el deber de ejercitar la acción penal y mantenerla cuando estime que un hecho reviste caracteres de delito y en tanto en cuanto, por los resultados de la investigación, continúe estimándolo así.⁵²

El principio de legalidad se contrapone al principio de oportunidad, según el cual el órgano de la acusación dispondría de una esfera de discrecionalidad para valorar la conveniencia de ejercitar la acusación en determinados supuestos, que el legislador delimitaría en atención a consideraciones vinculadas a la finalidad preventiva de la pena o —en caso de infracciones leves— a la sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y a la eficacia general del sistema penal.⁵³ Con este ámbito de discrecionalidad no han de confundirse las facultades del Ministerio Fiscal para apreciar la concurrencia de los elementos de hecho y de derecho de los que depende el ejercicio y el mantenimiento de la acción a tenor del propio principio de legalidad: aquel juicio de discrecionalidad influye precisamente después de que los hechos sean considerados perseguibles de acuerdo con los presupuestos estrictos de la ley.⁵⁴

En derecho español la actuación del Ministerio Fiscal está sin excepciones regida por el principio de legalidad.⁵⁵ En cuanto el Ministerio Fiscal puede errar en la apreciación de las circunstancias de las que depende el ejercicio de la acción y no ejercitarla, e incluso dejarse influir por conside-

51 Díaz Cabiale, *op. cit.*, nota 39, pp. 191-398; Saavedra Ruiz, J., "La iniciativa del Tribunal en el acto del juicio oral", *Cuestiones de derecho procesal penal*, Madrid, 1994, pp. 13-38.

52 Schmidt, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zur Gerichtsverfassungsgesetz*, I, Göttingen, 1964, pp. 216 y 217; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, München, 1980, pp. 62 y 63; Schäfer, *Strafprozessrecht*, pp. 231-234; Gómez Orbaneja, *Comentarios*, II, p. 526.

53 Schmidt, *Lehrkommentar*, I, pp. 219-222; Roxin, obra y lugar citados en la nota inmediatamente anterior; Peters, K., *Strafprozess*, Heidelberg-Karlsruhe, 1981, pp. 161-167; Gómez Orbaneja, obra y lugar citados en la nota inmediatamente anterior.

54 Gómez Orbaneja, *op. cit.*, nota 42, p. 528.

55 *Idem*, pp. 506-524, 527-528; Gimeno, *op. cit.*, nota 7, pp. 199-201.

raciones ajenas al principio de legalidad, la acción popular supone una redoblada protección de la efectividad del principio. Incluso se podría afirmar que el principio está constitucionalizado, como rector de la actividad del Ministerio Fiscal, por el artículo 124.2, CE (“[...] con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”). En ese artículo, principio de legalidad no puede ser entendido de un modo que se confunda con la garantía de determinación por ley de los delitos y las penas, porque esa garantía ya está separadamente establecida por el artículo 25.1, CE.

Se producen en derecho español, excepciones al principio de legalidad, aunque no en el sentido de que el Ministerio Fiscal pueda actuar en esos casos con arreglo al principio de oportunidad, sino en el de que una persona u órgano distinto al Ministerio Fiscal tienen la facultad o potestad de crear con un acto suyo un presupuesto procesal condicionante de la persecución del delito. Pero, constituido por ese acto el presupuesto para la acusación, ésta se rige, lo mismo que en los delitos no condicionados, por el principio de legalidad.⁵⁶

Estas tesis continúan siendo fundadas después de la entrada en vigor del nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), con una mínima excepción en favor del principio de oportunidad. Como dice Gómez Colomer

el CP de 1995 introduce una única norma que significa ejercicio del principio de oportunidad por el Ministerio Fiscal aplicado a la no perseguibilidad de un delito, que es novedad en nuestro derecho, dado que hasta la fecha la no perseguibilidad estaba (y sigue estando como acabamos de ver) fundamentalmente en manos del ofendido. Se trata, en efecto, del delito de amenazas, cuando consista en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito (amenaza condicional, denominada comúnmente chantaje) en cuyo caso el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiera amenazado, [...] (artículo 171.3 CP).⁵⁷

Una parte de la doctrina española postula el reconocimiento de más amplias excepciones en favor del principio de oportunidad, combinadas con un tratamiento no estrictamente penal de ciertas conductas.⁵⁸ Por otra parte, se ha apuntado que el principio de legalidad resulta en buena medida quebrantado de hecho, mediante una desviación del ejercicio de las facultades para la simple constatación de los hechos a los efectos de concretar el deber de

⁵⁶ Gómez Orbaneja, *op. cit.*, nota 42, pp. 530-548.

⁵⁷ Gómez Colomer, J. L., *Constitución y proceso penal*, Madrid, 1996, pp. 133 y 134 y pp. 118-129 para los supuestos en que la acusación depende de la decisión del ofendido.

⁵⁸ Véase *supra* apartado III.3. de esta ponencia y, con amplia información, Barona Vilar, S., *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994.

acusar, ejercicio que prácticamente se dejaría influir por consideraciones de oportunidad.⁵⁹

A esta última situación no es ajeno el propio legislador que, por un lado, teme implantar de modo expreso y claro excepciones al principio de legalidad, y, por otro, establece regulaciones que no sólo no son adecuadas para impedir la oportunidad de hecho en las decisiones sobre la acusación del Ministerio Fiscal, sino que incluso parecen querer fomentarla.

En este sentido, debo recordar, en primer término, la vinculación del juzgador —innecesaria para preservar su imparcialidad— respecto a la calificación jurídica del acusador y a la incidencia de ésta sobre la pena concreta, que acabamos de tratar en el apartado IV,2. de esta ponencia.

En segundo lugar, un aspecto del régimen de la conformidad del acusado con la acusación, que fue reformado de manera muy llamativa por la ley que introdujo el denominado proceso abreviado.⁶⁰ En uno de los artículos redactados por esa ley (el artículo 793.3, párrafo primero, LECRIM) se introduce un precepto de manera casi imperceptible y como si de una mera referencia procedimental se tratara, pero que a mi juicio persigue un importante objetivo: la posibilidad de modificar “a la baja” el escrito de acusación, antes de la práctica de la prueba en el juicio oral, para que sea a esa acusación minorada a la que se preste conformidad.

Es cierto que lo único que establece la disposición es esa posibilidad de modificación de la acusación. Pero, por el momento en que ello se produce, por los límites de la modificación (a la baja), conexión con la conformidad y ausencia de otra justificación razonable (no se han producido nuevas investigaciones que puedan alterar el fundamento de la acusación), resulta evidente que la teleología de la disposición es la de facilitar la obtención de la conformidad. Se supera la rigidez del régimen de la LECRIM sobre la conformidad y se ponen los medios para una negociación de los acusadores —particularmente del Ministerio Fiscal— sobre ella, en la línea del norteamericano *plea bargaining*.

Con relación a esto debe, sin embargo, precisarse que el Ministerio Fiscal *lege data* sigue sometido en el ejercicio de la acusación al principio de legalidad (artículo 6, EOMF). Si razones de política legislativa hacen aconsejable la introducción de un cierto ámbito de discrecionalidad, debe afrontarse directamente el establecimiento del marco legal necesario. Lo que sería grave, desde los postulados del Estado de derecho, es escamotear la

59 Gimeno Sendra, V., *op. cit.*, nota 42, pp. 195-197; Volkman-Schluck, Th., *Der spanische Strafprozess zwischen Inquisitions- und Parteiverfahren*, Baden-Baden, 1979, pp. 43-45.

60 También críticamente sobre esta materia De la Oliva Santos, A., “Sobre la conformidad del imputado y la ‘negociación’ de la sentencia en el proceso penal español”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 1991, núm. 13, pp. 11-28; Manzanares Samaniego, J. L., “Oportunidad y conformidad”, *Los principios del proceso penal*, Madrid, 1992, pp. 29-50. Lo que expongo en el texto procede de mi trabajo “El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales”, *Justicia*, 1989, pp. 559-560.

regulación de la discrecionalidad del Ministerio Fiscal y, al amparo de unas disposiciones meramente procedimentales, dar entrada a una discrecionalidad de hecho como la que (se piensa que) practica en la realidad el Ministerio Fiscal.

VI. PERFECCIONAMIENTO DE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

1. *Extensión del mismo a la etapa de instrucción previa y aplicación reforzada en las actuaciones de adopción de medidas cautelares personales*

Era característico de los ordenamientos procesales penales ajustados al sistema llamado mixto, excluir o reducir en gran medida la aplicación del principio de contradicción durante la instrucción previa.

Ciertamente, los actos que integran la instrucción previa pueden desarrollarse de oficio por el juez de instrucción, sin necesidad de que se inste su realización por las partes (excepción hecha de la iniciación, cuando dependa de querrela o denuncia y de la declaración de responsabilidad civil de tercera persona —artículo 615, LECRIM—). Sin embargo, ya desde la primera redacción de LECRIM se introdujo limitadamente en el sumario la técnica de la contradicción, reconociéndose a las partes posibilidades de participación en el desarrollo del procedimiento.

La amplia introducción de esa técnica es debida a la reforma de la LECRIM por Ley 53/1978, del 4 de diciembre, que, especialmente, aproximó al imputado —parte antes sometida a las mayores restricciones de participación— a la posición de las demás partes. Esa ley vino a anticipar una regulación ajustada al artículo 24, CE. Estableció el derecho de las partes a tomar conocimiento de las actuaciones, a proponer la práctica de diligencias y a intervenir en la práctica de las mismas.

En efecto, por un lado, las partes acusadoras ponen en juego en la instrucción previa el derecho a la tutela judicial efectiva, que se satisface con la resolución judicial sobre prosecución del proceso. Han de poder participar para influir en esa resolución, lo que requiere posibilidad de proponer actos de investigación y de intervenir en su práctica con el objetivo de demostrar la probabilidad del fundamento de la acusación, probabilidad de la que depende el sentido positivo de aquella resolución (y así el Tribunal Constitucional ha afirmado que también asisten a los acusadores en esta fase los derechos del artículo 24.2; STC 1/1985, del 9 de enero).

Respecto al imputado, el reconocimiento del derecho de defensa y de especificaciones del mismo se hace en el artículo 24 de la Constitución sin limitarlo a fases determinadas del proceso. Resultaba necesaria en la

LECRIM una norma como la del artículo 118, que reconoce el derecho de defensa desde el momento de la imputación.

Efectivamente, la investigación que se desarrolla en la fase previa del proceso penal no sólo tiene o debe tener por finalidad proveer de fundamento suficiente a la acusación, sino también otros fines respecto a los que el imputado ostenta un interés digno de tutela: proveer el necesario fundamento para la adopción de medidas cautelares y preventivas y para excluir las acusaciones infundadas. El imputado tiene interés en que consten resultados de investigación que sirvan para que no se adopten medidas frente a él (o para que se alcen las adoptadas) y para revelar el carácter no fundado de la acusación.

El último progreso en la vigencia del principio de contradicción respecto actuaciones que, principalmente, se realizan en la etapa de instrucción, se ha producido por la Ley del Jurado de 1995, con unas disposiciones aplicables no sólo en el proceso ante el jurado, sino siempre que se deba resolver, en cualquier proceso penal, sobre la adopción de la medida cautelar de prisión provisional o sobre la agravación de las condiciones de la libertad provisional.

Antes de esa reforma me había referido críticamente

a que en ningún caso hay contradicción previa a la resolución sobre la medida, lo que en general se intenta justificar en la preservación de la efectividad de aquella, que necesita urgencia y sorpresa. No siempre esta justificación es real: la resolución sobre prisión o libertad provisional respecto a un imputado detenido, podría, sin problemas de efectividad, ser precedida de un debate contradictorio simplificado, para un mayor respeto al derecho de defensa. La contradicción diferida a instancia del sujeto pasivo de la medida, sólo se instrumenta como un incidente de oposición en el caso de medidas cautelares adoptadas frente a tercero responsable civil (artículos 616-618). En los restantes casos tiene que encauzarse a través de los recursos admisibles contra la resolución de adopción de la medida. La ampliación, en estos casos, de los actos de investigación cuyo resultado fuera relevante para resolver, habrá de intentarla el recurrente mediante el ejercicio de sus facultades de intervención en el procedimiento preliminar, y no siempre será fácil que el resultado de estos actos se incorpore a los materiales para la decisión del recurso.⁶¹

Después de la reforma de la LECRIM por la Ley del Jurado, con carácter previo a la adopción —o a la modificación agravatoria— de las medidas de prisión o libertad provisionales es preceptiva una previa comparecencia con práctica de medios de acreditamiento y formulación de alegaciones (artículos 504 bis 2, III, 539, III LECRIM). Este régimen no supone riesgo

61 Ortelles Ramos, M., *Derecho jurisdiccional*, con Montero, Gómez Colomer, Montón, Barcelona, 1993, p. 552.

para la efectividad de las medidas, porque o bien el imputado se halla temporalmente en situación de detención, o bien el juez de instrucción puede acordar las medidas en caso de riesgo de fuga y establecer la contradicción *a posteriori* (artículos 504 bis, 2, IV, 539, IV, LECRIM).

2. *En el juicio oral: garantía de la exclusiva atendibilidad de la prueba practicada con contradicción; garantía de la contradicción en los supuestos de modificación de la acusación*

También en la etapa de juicio oral se han producido, en los últimos tiempos, progresos importantes hacia una más plena vigencia del principio de contradicción. Sin duda las dos muestras más significativas son las que se citan en el epígrafe.

a) En la formación de la jurisprudencia sobre el derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional tuvo que plantearse y resolver la cuestión de sobre qué base podía el juzgador fundar su convicción acerca de los hechos, destructora de aquella inicial presunción. La respuesta era obvia: sobre la base de la prueba. Dejando a salvo la potestad de valoración, propia del juzgador ordinario, la desvirtuación de la presunción requiere “una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales, que de alguna forma pueda entenderse de cargo [...] y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso (*scilicet*) de amparo” (STC 113/1980, de 31 de agosto).

Pero esta proposición abría otro interrogante: ¿qué constituye prueba en un proceso como el penal, en el que, previamente a la actividad que estrictamente conocemos como prueba, tiene lugar una actividad de averiguación y comprobación de hechos, realizada en gran medida por órganos jurisdiccionales y, en lo demás, por otros órganos de poderes públicos, cuya documentación podría servir materialmente para formar la convicción?

Queda así nuevamente planteado el viejo problema de la eficacia probatoria de la investigación sumaria y de otras investigaciones desarrolladas en la instrucción previa.

Ese problema estaba —y sigue estando— resuelto en la LECRIM de un modo esencialmente correcto: no se reconoce eficacia probatoria a la documentación de esas investigaciones como regla general, aunque sí como excepción en casos determinados. La rutina histórica y algunos defectos de la LECRIM (forma de la motivación de la sentencia e insuficiencia de los motivos de casación para preservar este aspecto tan básico del sistema) permitió, sin embargo, una práctica forense totalmente divergente de la ordenación legal. La utilización del sumario e, incluso, de las investigaciones

policiales se producía “en la práctica por la fuerza de la propia lógica, que es más potente que todos los formalismos” (Quintano Ripollés).⁶²

La jurisprudencia constitucional sobre el principio de presunción de inocencia ha impulsado nuevamente una correcta interpretación del sistema de la LECRIM en este punto y, en los extremos que veremos, ha introducido alguna novedad en él, por mor de una interpretación conforme a la Constitución.⁶³

Qué prueba sea, primera y principalmente, la practicada en el juicio oral, no es sólo el resultado de una fácil interpretación literal del artículo 741, sino que está avalado por el conjunto de principios y normas que inspiran y rigen la actividad probatoria en un proceso penal y viene impuesto por preceptos constitucionales.

En cuanto a lo primero: el sistema de oralidad requiere que así se entienda, pues en otro caso fallaría, especialmente, el principio de inmediatez, que es importante para una adecuada libre valoración de las pruebas. Sólo de este modo la producción de la prueba se somete a la plena vigencia del principio de contradicción y se pueden obtener de los medios de la misma todos los datos que las partes y el juzgador estimen convenientes en vista del objeto de la prueba, que tiene que estar determinado en el momento del juicio.

Para la segunda justificación aludida, el TC ha hecho notar el valor que al sistema de oralidad ha venido a otorgarle el reconocimiento constitucional del artículo 120.1 y 2 CE (STC 137/1988, del 7 de julio), y la importancia de la práctica de la prueba testifical en el juicio oral, a la vista de los artículos 6.3, CEDH y 14.3 e, PIDCP —artículo 10.2 CE— (STC 101/1985, del 4 de octubre). También queda involucrado en este asunto el derecho a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2, CE).

Pero además en los supuestos en que, como excepción a esa regla general, puede ser necesario admitir como elementos de convicción para fundar la sentencia algunos no consistentes en pruebas practicadas en el juicio, el Tribunal Constitucional ha considerado necesario que, en la realización del acto de investigación que se quiera utilizar, se hayan observado las garantías necesarias para la defensa (SS TC 80/1986, del 17 de junio; 182/1989, del 3 de noviembre; 217/1989, del 21 de diciembre). En este aspecto, el TC ha innovado el régimen del artículo 730 con una interpretación conforme a la CE. Se requiere, pues, que, como mínimo, se haya dado la posibilidad de intervención que establece la LECRIM para los actos del procedimiento preliminar.

62 Quintano Ripollés, A., “Grundsätze und Methode der Beweiserhebung im spanischen Strafprozess”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1960, p. 631.

63 Para una exposición general Ortells (con Montero, Gómez Colomer, Montón), *Derecho jurisdiccional*, III, pp. 322-335. Monográficamente, Vegas Torres, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, *passim*.

b) Explicaba *supra* en el apartado IV,2., de esta ponencia, que la interpretación que una reciente jurisprudencia hace de las disposiciones de LECRIM rectoras de la correlación entre acusación y sentencia como límite de la potestad de resolver, suponía —fuera de otras consecuencias que estimo criticables— un parcial perfeccionamiento de la contradicción procesal, por haber ampliado los supuestos en los que una tesis de calificación jurídica distinta a la inicialmente sostenida por los acusadores, debe ser sometida a debate para que el juzgador pueda, válidamente, sentenciar a tenor de la misma.

Haber ampliado los supuestos en los que el órgano jurisdiccional debe someter una calificación jurídica a discusión, no resuelve el problema de las limitadas posibilidades de reacción que el artículo 733 y correlativos reconocen a las partes acusadoras. Como se deduce del propio artículo 733 (“Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal [...]”),⁶⁴ la tesis que somete a debate el Tribunal no significa, por lo común, sólo un cambio en las calificaciones jurídicas de los acusadores, sino que ese cambio responde al resultado de la prueba practicada, y, por lo tanto, puede sustentarse en una versión de los hechos en alguna medida diferente en comparación con la de las calificaciones (provisionales y definitivas) de las partes.

La fórmula que establece el artículo 733, LECRIM, no impone que el órgano jurisdiccional defina con precisión ese cambio de la versión del hecho. Sólo le obliga a enunciar la nueva calificación jurídica. Y después de ello la ley tampoco permite que la parte acusada articule la defensa amplia (alegaciones, prueba) que, en algún caso, puede ser necesaria para contrarrestar las variaciones en la versión de los hechos, sino que se limita a considerar que las partes podrán discutir la cuestión propuesta (artículo 733, IV, LECRIM) y que se acomodarán a ella los informes (artículo 737, LECRIM).

La nueva jurisprudencia ha sido también sensible a estos inconvenientes para la plena efectividad del derecho a la defensa, pero, a mi juicio, ha cometido el error de achacarlos en exclusiva a los supuestos en que el órgano jurisdiccional ejercita sus poderes de oficio con arreglo al artículo 733, LECRIM. Y, partiendo de ese error, al menos una de las orientaciones de esa nueva jurisprudencia ha acumulado argumentos en favor de la necesidad de que los acusadores asuman la tesis del tribunal —modificando en todo lo que corresponda sus calificaciones— para que pueda haber pronunciamiento a tenor de la misma, sin violación de los derechos a ser informado de la acusación y de defensa.

En realidad, esos mismos inconvenientes subsisten cuando no es el órgano jurisdiccional, sino las partes acusadoras las que modifican sus planteamientos en calificaciones definitivas.

⁶⁴ Sobre este aspecto, Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, p. 219; del mismo, “Sentencia 12 junio 1945. Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio”, *RDPro*, 1946, p. 129; Ortells, “El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales”, *Justicia*, 1989, p. 554.

Ordinariamente el término de comparación para determinar la correlación entre acusación y sentencia son las calificaciones definitivas, y éstas pueden modificar —como se halla expresamente dispuesto (artículo 732, LECRIM)— las iniciales calificaciones provisionales. Los problemas son, en primer lugar, dónde están los límites de la posibilidad de modificación, y, en segundo término, cuáles son o deberían ser las consecuencias de la modificación.

No quisiera extenderme ahora sobre el tema de la interdicción o de las eventuales condiciones en que podrían permitirse modificaciones que afectaran al propio objeto del proceso, sustituyendo el hecho justiciable afirmado en calificaciones provisionales, o introduciendo, junto a aquél, otro nuevo y distinto. Aunque falten normas expresas formuladas con la conveniente perfección técnica, la interpretación sistemática de varios preceptos de la LECRIM y algunos derechos proclamados en el artículo 24, CE y en el artículo 6, CEDH, indudablemente excluirían la validez de una sentencia que fuera correlativa a una acusación modificada con aquel alcance.

Pero, ¿por qué razón se excluiría la validez? No, ciertamente, por infringirse el principio acusatorio, en absoluto lesionado si el órgano jurisdiccional decide debidamente vinculado por la nueva acusación. La razón es que se escamotearía plenamente la garantía de la contradicción respecto al propio objeto del proceso, porque faltarían todas las posibilidades defensivas que sí han estado abiertas para tratar el objeto del proceso tal como venía propuesto en calificaciones provisionales.

Otra cosa es que con las normas adecuadas, al implementar con ese fin normas ya existentes (pienso en la que regula la sumaria instrucción complementaria),⁶⁵ pudiera ser alterado el propio objeto del proceso con pleno respeto al principio de contradicción, tal como está expresamente regulado en algunos ordenamientos (artículos 517, 518 y 519 *Codice di procedura penale*; artículo 359 *Codigo do processo penal*; la llamada *Nachtragsanklage* del parágrafo 266, StPO).

Considero de mayor interés centrarme en las modificaciones que no afectan a la identidad del objeto del proceso.

Habría que distinguir entre aquellas consistentes en cambios de la mera calificación jurídica sostenida en provisionales (con la consecuente repercusión en el punto del escrito de acusación relativo a las penas que corresponden a los acusados) y las consistentes en cambios de los propios hechos que se narraban en la calificación provisional, no determinantes de un hecho justiciable-objeto del proceso distinto —por referirse a hechos acciden-

⁶⁵ Sobre las posibilidades que abre el artículo 746.6, LECRIM, véase Serra Domínguez, M., "Información suplementaria", *Estudios*, cit., pp. 785 y ss.; Vázquez Sotelo, *El principio acusatorio*, cit., p. 132; García de la Puerta, M^a Isabel, *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, Córdoba, España, 1987, pp. 123-215.

tales, no identificadores del objeto—, pero relevantes para el sentido de la resolución sobre él. A esta segunda clase de cambios acompañan los de calificación jurídica (para ajustarla a la nueva narración) y, como lógica derivación, el de la conclusión relativa a la penalidad.

Si las modificaciones se refieren sólo a la calificación jurídica, las posibilidades defensivas previstas por la ley parecen adecuadas. Es suficiente la argumentación que puede desarrollarse en los informes finales para rebatir la pretendida mayor corrección de la nueva calificación que se sostiene. Sólo es criticable que, a diferencia de lo previsto para su caso por el artículo 733, IV, no se prevea la posibilidad de una breve suspensión antes de los informes, para permitir un cierto estudio de las cuestiones que suscite la nueva calificación.

Más insatisfactorio es el régimen legal cuando la modificación se refiere —de entrada y con las lógicas repercusiones— a la propia narración de los hechos para ajustarla al resultado de las pruebas.

La LECRIM, en el proceso ordinario por delitos graves, no tiene un modelo definido sobre el tratamiento de la modificación de las alegaciones iniciales de las partes, característica de un procedimiento oral,⁶⁶ y en concreto del que regula la propia LECRIM (artículo 732,I: la modificación de las conclusiones de los escritos de calificación se realiza en atención a la prueba practicada). Esa indefinición ha conducido a un tratamiento incorrecto.

De entrada, la ley parece inclinarse por soluciones próximas a los principios de eventualidad y de preclusión, que, en realidad, resuelven la cuestión antes expuesta con la sencilla técnica de impedir que se plantee. La proximidad a aquellos principios —principalmente al primero de ellos— se demuestra en el artículo 653, LECRIM, que prevé el planteamiento de conclusiones alternativas⁶⁷ sobre los diferentes puntos de la calificación “para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia”. La preclusión relativa a la proposición de prueba resulta del artículo 728⁶⁸ y ciertamente tiene excepciones, pero no tan amplias como sería necesario, según veremos a continuación.

Ocurre luego, sin embargo, que la ley no es consecuente con esos principios o con alguno de ellos. Principalmente: no limita las posibilidades de modificación de las calificaciones a aquellas diversas tesis que, de modo alternativo o subsidiario, ya se enunciaron en calificaciones provisionales, sino que, omitiendo toda restricción en ese sentido, a pesar del recuerdo que podía

66 Véase, por ejemplo, Montero, J., *op. cit.*, nota 44, pp. 216-266.

67 El artículo habla sólo de conclusiones alternativas, pero de su texto se deduce que está pensado —o, como mínimo, que está pensando también— en una formulación subsidiaria de las conclusiones.

68 Véase mi *Derecho jurisdiccional*, III, con Montero, Gómez Colomer y Montón, p. 340.

suponer el párrafo tercero del artículo 732, autoriza únicamente el ajuste de las calificaciones definitivas al resultado de las pruebas practicadas.

Se inclina, de ese modo, en definitiva, por la elasticidad de las alegaciones, pero mantiene la rigidez de la preclusión en las aportaciones de prueba, al menos en cuanto no prevé específicamente que éstas sean admisibles para contrarrestar ciertas versiones de los hechos, ahora afirmadas, pero que en calificaciones provisionales no aparecían o no estaban suficientemente definidas.

Ese defecto de la estructura procedimental acaba por lesionar al principio de contradicción, porque la contradicción efectiva frente a una nueva alegación de hecho puede no consistir sólo en rebatir argumentativamente, en los informes, que haya resultado probada, sino también en articular prueba en contra.

En definitiva, pues, las deficiencias que se detectaban en caso de ejercicio de los poderes oficiales del juzgador según el artículo 733, LECRIM (en los supuestos que expresamente contempla y en los más amplios a los que debe aplicarse a tenor de la nueva jurisprudencia), coinciden con las que también se observan cuando las calificaciones definitivas consisten en determinadas modificaciones respecto a las calificaciones provisionales.

Subsiste, entre los dos casos, alguna diferencia: que la forma de planteamiento de la tesis prevista en el artículo 733 no prevé que el tribunal manifieste cuál es —a su juicio— el resultado de las pruebas que le induce a plantear tesis jurídicas no sostenidas por las partes; de otro modo: no impone describir el hecho hipotético. Pero esta diferencia, con ser importante y deber ser específicamente corregida, resulta, en el actual contexto normativo de la materia, irrelevante, porque en un caso, como en otro —sin expresión de las variaciones no sustanciales de los hechos, o con ella, respectivamente—, lo decisivo en perjuicio de la contradicción es que no se halla específicamente prevista una posibilidad de defensa completa.

La protección efectiva del principio de contradicción en estos casos requiere, en definitiva, una innovación en la estructura del juicio oral para recoger esa posibilidad, como ya ocurre en otros ordenamientos europeos, y también en el español, aunque limitadamente al proceso abreviado.

El párrafo 265 de la StPO establece la suspensión de la vista a petición del acusado que alegue no estar suficientemente preparado para la defensa, respecto a un simple cambio de calificación jurídica a otra más grave, o ante nuevas circunstancias que determinan un aumento de la penalidad o la aplicación de medidas de seguridad. Más genéricamente establece la suspensión, a instancia de parte o de oficio, cuando un cambio en la situación de hecho haga adecuada la suspensión para una preparación suficiente de la acusación o la defensa. Evidentemente, resulta admisible en estos casos la

proposición de nuevas pruebas, porque el momento *a quo* de esa admisibilidad viene situado en el comienzo de la publicación de la sentencia al término de la vista.⁶⁹

El nuevo Código do Processo Penal portugués distingue entre alteraciones sustanciales (artículo 359; en realidad, son nuevos objetos procesales, que dan lugar a acusaciones complementarias en el mismo procedimiento, o a otro procedimiento) y alteraciones no sustanciales de los hechos descritos en la acusación (o en la pronuncia si la hubiere) relevantes para la decisión de la causa (artículo 358.1).

En este segundo caso el presidente del tribunal, de oficio o a instancia de parte, los comunica al acusado, y, si éste lo pide, le concede el tiempo estrictamente necesario para preparar la defensa. La admisibilidad de nuevas proposiciones de prueba está asegurada, porque, aunque el artículo 340 no fija límite temporal a la proposición, hay que entender que éste se halla en el inicio de las alegaciones orales, que incluso pueden ser interrumpidas para practicar nuevas pruebas en ciertos casos (artículo 360.4).

En fin, por lo que hace a los ordenamientos extranjeros, el artículo 519 del Codice di Procedura Penale establece la posibilidad de suspensión del juicio y, aquí de manera expresa, de proposición de nuevas pruebas, no sólo cuando hay un cambio en el propio objeto del proceso (y se puede continuar procediendo respecto al nuevo objeto —artículos 518.2 y, discutiblemente, delitos conexos según artículo 517—), sino también cuando aparezcan circunstancias agravantes no mencionadas en el Decreto che dispone il giudizio (artículo 517.1), o resulte de la prueba que el hecho es distinto a como viene descrito en ese decreto (artículo 516.1).

Por lo que hace al ordenamiento español, el artículo 793.7, LECRIM, aplicable en el procedimiento abreviado, revela una exquisita tutela del derecho de contradicción de la parte acusada, y palía —en este aspecto— las insuficiencias del régimen del proceso ordinario por delitos graves, permitiendo, en caso de cambio de la tipificación o de apreciación de mayor grado de participación o de ejecución, o de circunstancias de agravación de la pena, un aplazamiento y la aportación de elementos de descargo, incluidas nuevas pruebas.⁷⁰ Que este artículo sólo se refiera a los casos en que lo anterior resulta de una modificación de las conclusiones de las partes, y no de las cuestiones que, de oficio, ha podido plantear el tribunal —artículo 793.6—, es, en ese momento, del todo secundario.

69 Gollwitzer, M., en Lowe Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und die Gerichtsverfassungsgesetz*, III, Berlin-New York, 1987, marg. 102 del comentario del artículo 244.

70 Ortells, *op. cit.*, nota 64, p. 554.

VII. PRINCIPIOS SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1. *Rectificación de concepciones erróneas del principio de libre valoración*

La valoración de la prueba —es decir: la determinación de la eficacia de sus resultados en orden a establecer los hechos en la sentencia— se somete inequívocamente en el proceso penal al principio de libre valoración. El fundamento normativo es muy claro. Para el artículo 741, I, LECRIM, el tribunal “apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio,[...] dictará sentencia [...]”. Específicamente respecto a la prueba testifical dispone el artículo 717, LECRIM, que será apreciable “según las reglas del criterio racional”. No subsiste, en realidad, ninguna manifestación del sistema de la prueba legal.

Libre valoración de la prueba significa que la determinación de su eficacia para fijar los hechos no está sometida a normas jurídicas, sino que ha de realizarse con sujeción a los criterios que ordinariamente rigen la formación del razonamiento humano.

Pero el sistema de libre apreciación de la prueba ha sufrido con frecuencia desviaciones de su correcta comprensión. Una primera desviación es la que confunde ese sistema con una inexistente autorización al juzgador de valorar cualquier medio de información sobre los hechos, prescindiendo de cualquier requisito jurídico sobre el modo de su obtención.

Se ha dicho en este sentido que, como el artículo 741, LECRIM, alude solamente a la conciencia, “es prácticamente imposible que no sea también valorado en su totalidad el material probatorio del sumario, que a veces da por resultado una certeza y verdad más cercanas a la realidad que el del juicio oral [...] Creo por ello que una perfecta valoración de la prueba debe producirse sobre la base de una comparación y contraste de todo el material probatorio, para llegar a una convicción de la verdad material” (Quintano Ripollés).⁷¹

Esta concepción confunde la libertad de vínculos jurídicos en la valoración de la prueba, con una inexistente libertad de vínculos de esa misma naturaleza a la hora de determinar qué constituye prueba. Qué tiene naturaleza de prueba está determinado por las normas. Cómo ha de valorarse o apreciarse esa prueba es actividad judicial que se realiza después, y sólo sobre lo que tenga naturaleza de prueba. Esta actividad es la no sometida a normas jurídicas.

Precisamente una correcta libre valoración requiere partir de la forma legal generalmente establecida para la práctica de la prueba; hay una relación entre oralidad y libre valoración. Así, se decía en un texto de trabajos

71 Quintano Ripollés, *Grundsätze und Methode*, p. 649.

prelegislativos de nuestro siglo XIX: “Sin los debates orales es imposible la recta apreciación de las pruebas. La convicción moral ha de deber su origen a las impresiones que personalmente reciba el juez en ellos, a lo que vea y perciban sus sentidos”.⁷²

Otra interpretación incorrecta —aunque al menos ya no contunde la libertad de valoración con la libertad sobre lo que puede ser valorado— es la que entiende la libertad de valoración como no sujeción a criterio alguno, no sólo a criterios establecidos legalmente, sino ni siquiera a los de un raciocinio correcto, lo cual tendría, como ineludibles consecuencias, la ausencia de toda explicación de la valoración realizada, y también de un posterior control de la misma.

Una formulación extrema de esa concepción la encontramos en esta sentencia del Tribunal Supremo español de 10 de febrero de 1978, cuando dice:

el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado, lo hará no ya sin reminiscencia de valoración tasada o predeterminada por la Ley, o siguiendo las reglas de la sana crítica, o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el proceder al análisis y a la consecutiva ponderación, con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial.

Este modo de entender la libre valoración empieza por estar en desacuerdo con las bases culturales de la misma. La valoración legal elevaba ciertos criterios abstractos a la calidad de normas jurídicas sobre determinación de la verdad (número de testigos que declaren en determinado sentido; condición personal de los testigos). El sistema de libre valoración supuso frente a esto precisamente una reacción de racionalidad, ligada al auge de las ciencias experimentales. Para el conocimiento de hechos concretos no es adecuado un razonamiento dogmático-deductivo, sino un método empírico-inductivo, basado en la observación de la realidad y que procede formulando y comprobando hipótesis para llegar a conclusiones razonablemente seguras.

La concepción expuesta más arriba no sería compaginable con el significado más genérico de la potestad de juzgar, que el artículo 117.3, CE, atribuye a los órganos jurisdiccionales, consistente en una operación racional que no sólo tiene por objeto las normas jurídicas, sino también los hechos a los que se aplican. Sería también contraria a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 10.3, CE), en cuanto podría

⁷² Apéndice III a la “Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1871, t. 39, pp. 137 y 138.

legitimar una irracional elección del caso concreto al que debe aplicarse la norma penal.

Esta desviación ha sido en parte favorecida por la expresión usada en el artículo 741, LECRIM, de que las pruebas se apreciarán en conciencia, como una especie de operación intelectual racionalmente inaprehensible. Pero también puede entenderse que apreciar en conciencia significa hacerlo “escrupulosamente, ponderadamente, con la debida atención y juiciosamente, ya que sólo así se puede ser un juez de conciencia” (Vázquez Sotelo).⁷³ Por otro lado, al referirse al artículo 717, LECRIM, al valor de ciertas declaraciones testimoniales dispone que serán apreciables, como todas esas declaraciones, “según las reglas del criterio racional”.

De esas reglas del criterio racional (máximas de la experiencia, en otra denominación), que pueden ser genéricas, y hallarse al alcance de una persona del nivel cultural del juez, o especializadas, aportándose entonces a través de los peritos, ha de hacer uso el juzgador en dos momentos de la formación del juicio sobre la cuestión del hecho:

1) Al valorar cada medio de prueba singularmente considerado, para determinar la credibilidad que pueda atribuirse a los resultados que ha arrojado su práctica.

2) En la construcción de las presunciones judiciales, puesto que entre los hechos-indicio, que han debido quedar probados, y los hechos inmediatamente relevantes para la aplicación de las normas penales, ha de mediar una relación precisa concebida según las reglas del criterio racional.

2. *Valoración racional de la prueba y motivación del juicio de hecho de la sentencia*

Relacionado con el principio de libre valoración de la prueba, pero no confundido con él, está el deber de exteriorizar el razonamiento judicial conducente a la resolución sobre la cuestión de hecho. Ese deber y su extensión depende de las normas rectoras de la motivación de la sentencia.

El artículo 120.3, CE, ha constitucionalizado el deber de motivación de las sentencias que ya estaba establecido en las leyes ordinarias. Además, el TC ha vinculado el derecho a la tutela judicial (artículo 24.1, CE) con el deber de motivación, en el sentido de que el objeto de aquel derecho es una resolución, favorable o adversa, pero fundada en derecho. De ese modo, la motivación pasa a formar parte del contenido esencial de aquel derecho fundamental.

Desde tiempo, sin embargo, ha dejado de cuestionarse la motivación en sí y ha pasado a ser objeto de atención el modo y la extensión que debe tener la misma.

⁷³ La frase citada procede de Vázquez Sotelo, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984.

La sentencia contiene juicios sobre hechos y juicios de derecho. La motivación debe referirse a ambos, pero el principal problema se suscita respecto a los primeros.

En síntesis, el régimen de la motivación del juicio sobre los hechos requiere que en la sentencia se enuncien los hechos concretos (y jurídicamente relevantes) que el juzgador considera ciertos, de los que está convencido (la llamada “declaración de hechos probados”). Esa enunciación debe ser clara y no contradictoria, terminante y no dubitativa, dotada de riqueza descriptiva de los hechos en vez de sustituir la descripción por valoraciones de esos hechos.

Ahora bien, ese contenido de la motivación fáctica resulta insuficiente. No permite que las partes, otro órgano jurisdiccional y el público, conozcan las razones en virtud de las cuales el juzgador ha alcanzado la convicción sobre “esos hechos probados”.

El artículo 142, LECRIM, no dispone, de manera expresa, que se motive la valoración de la prueba. Pero en modo alguno puede entenderse que la prohíba. Siempre que se respete la declaración separada de hechos probados, explicar las razones que condujeron a la misma no es disfuncional respecto a un recurso como la casación e incluso resulta adecuado para impugnaciones como la apelación (que permiten un pleno control del juicio de hecho). En fin, cabría pensar que el deber constitucional de motivación y la razón de ser del mismo imponen que la motivación tenga ese alcance.

En la práctica no se ha llegado tan lejos. Pero, de una manera matizada y por vías diferentes, exponer las razones de la convicción se ha establecido como preceptivo en las siguientes circunstancias:

1a. Cuando la conclusión probatoria sea contradictoria con el resultado de pruebas documentales, porque el motivo de casación del artículo 849.2, LECRIM (que no puede interpretarse como garantizador de una inexistente prueba legal) obliga indirectamente a explicar por qué se han considerado más fiables “otros elementos probatorios”.

2a. Cuando la declaración de hechos probados se funde no en pruebas directas, sino en una presunción judicial. El TC —en la jurisprudencia sobre tutela del derecho a la presunción de inocencia— ha entendido que la mínima actividad probatoria en este caso, dado que no puede consistir en la práctica material de un medio de prueba, se resuelve en la necesidad de que el juzgador exprese el razonamiento en virtud del cual ha pasado de los hechos-indicio (probados) a los hechos presuntos, porque es éste el único modo de comprobar si hay una verdadera prueba por presunciones o simples conjeturas o sospechas.

3a. En el caso de hechos probados como consecuencia de pruebas directas, la motivación exigiría que se enunciara en la sentencia cuáles han sido esas pruebas y cuál su resultado (qué ha declarado el testigo, qué ha informado

el perito, etcétera) y que se expusiera por qué se ha dado o no crédito al mismo. A lo último, sin embargo, no suele llegarse. Sin embargo, en los casos de pruebas directas contradictorias o de rechazo del resultado de una prueba directa, la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3, CE) parece requerir un razonamiento justificativo de la opción hecha por el juzgador.