

# ASPECTOS RELEVANTES DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL Y SUS ÓRGANOS DE ACUSACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Teresa ARMENTA DEU

SUMARIO: I. *Principios del sistema procesal penal nacional.* II. *Órganos y personas que intervienen en proceso.*

## I. PRINCIPIOS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL NACIONAL

### 1. *Régimen constitucional del enjuiciamiento*

La Constitución española de 1978 establece, esencialmente, el enjuiciamiento en el Título VI, bajo la rúbrica “Del poder judicial”. Se institucionaliza así la teoría de la separación de poderes, en el marco de la clásica tripartición heredada del liberalismo. De esta afirmación de que se trata de un poder del Estado —es más, el único expresamente calificado de tal por la Constitución— no cabe inferir, sin embargo, que el estudio del régimen constitucional del enjuiciamiento deba realizarse únicamente desde el punto de vista de su configuración como poder del Estado, dimanante de la soberanía estatal (Díez-Picazo, L. M.).

Los principios constitucionales básicos de la jurisdicción son, fundamentalmente, la unidad, en su doble vertiente territorial y como exclusión de jurisdicciones o tribunales especiales no previstos en la Constitución (artículos 117.3 y 4, CE), y la exclusividad, que en sentido positivo se manifiesta en un doble monopolio (judicial y estatal) y en que en sentido negativo impide que los órganos judiciales ejerzan, salvo excepciones, funciones ajenas a la propiamente jurisdiccional.

La Constitución, además de prever la estructura del poder judicial y su relación con otros ámbitos orgánicos, regula otros aspectos. En este senti-

do, existen algunos preceptos fuera del Título VI de la Constitución que se ocupan de ciertas cuestiones atañentes a la administración de justicia. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 149.1.5o. y 6o., CE que establece las competencias exclusivas del Estado en materia de administración de justicia; o el artículo 152, CE, que reconoce a los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas.

A tales efectos, la Constitución española ha delimitado el contenido material de ejercicio de la potestad jurisdiccional, refiriéndolo: a la tutela de los derechos de las personas (artículo 24.1); al monopolio de la imposición de las penas (artículo 25); a la tutela de los derechos y libertades fundamentales (artículo 53.2); al control de la potestad reglamentaria y de la legalidad administrativa (artículo 106.1); y, finalmente, al control de la constitucionalidad de las leyes (artículo 161).

## *2. Conexión con el sistema político-jurídico del país, en general, y con el sistema penal, en particular*

El principio de legalidad es la principal manifestación del Estado de derecho. Concretamente, en materia penal, el principio de legalidad se expresa en una triple garantía: la garantía criminal (no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración), la garantía penal (no será castigado ningún delito o pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración) y la garantía jurisdiccional (no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales).

La garantía jurisdiccional se recoge, en los términos anteriormente transcritos, en el artículo 3.1 del Código Penal, y se reitera en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumbe a la jurisdicción ordinaria sino de conformidad con las disposiciones del presente código o de leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por juez competente”.

Asimismo, se contempla la denominada “garantía de ejecución”, expresada en el artículo 3.2 del Código Penal: tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, no con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales.

### 3. *Principios políticos y técnicos*

#### A. *Función del proceso*

El fin fundamental del proceso penal es la actuación del *ius puniendi* estatal, que obedece o proviene esencialmente de la atribución exclusiva de la imposición de una pena al Estado: el Estado tiene el derecho, pero también el deber, de castigar las conductas delictivas de las que tenga conocimiento; y ese derecho-deber sólo pueden ejercitarse los jueces y tribunales a través del proceso penal. Hay que tener en cuenta que el ejercicio de ese derecho-deber, por definición, ha de quedar sujeto al principio de legalidad o necesidad; y, además, su carácter público, lo convierte en indispensable para su titular —el Estado—.

Además de esta finalidad de actuación del *ius puniendi*, se reconoce, sobre todo desde tiempos relativamente recientes, que deben corresponder al proceso penal otros fines: en particular, la protección a la víctima del delito y la rehabilitación-reinscripción social del imputado.

#### B. *Legalidad y oportunidad*

El principio de legalidad, con arreglo al cual la realización del derecho penal se encuentra sometida a la necesidad de un proceso en el que se imponga la pena, lo que integra, a su vez, una garantía ínsita en el principio de legalidad penal (artículo 25, CE), proyecta su vigencia en el proceso penal sobre los dos sujetos públicos del mismo: el órgano jurisdiccional y el Ministerio fiscal.

La existencia de un hecho aparentemente delictivo debe suponer la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional conforme a la citada legalidad. No caben criterios de oportunidad ni, consecuentemente, tampoco el ejercicio de facultades discrecionales, ni para iniciar el proceso, ni para ponerle fin anticipadamente o por cualquier otro medio que no esté previsto en la ley.

Ese proceso que reclama el principio de legalidad para poder imponer una pena deberá configurarse, además —y sobre ello volveremos—, respetando una serie de garantías, contempladas en su mayoría en el artículo 24, CE: un proceso con un juez imparcial, donde el acusado pueda defenderse, se encuentre asistido de letrado, en donde se conozca la acusación, se utilicen los medios de prueba pertinentes para la defensa, se presu-

ma la inocencia, no se provoquen dilaciones indebidas, ni indefensión y se otorgue la tutela judicial efectiva (STC 16/81).

El principio de legalidad en su manifestación procesal atiende, desde esta perspectiva, a la ideología del Estado de derecho, en cuanto pretende el sometimiento de los poderes públicos a la ley. Las formulaciones clásicas, que son concreción de este principio en el ámbito penal (“*nullum crimen sine poena; nulla poena sine lege*”) son claros exponentes de esta idea cuyos destinatarios son los poderes públicos.

En este sentido, el principio de legalidad constituye una exigencia, no sólo de seguridad jurídica que permite la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y de las penas, sino, además, la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admite el pueblo. El Ministerio fiscal y el juez deberán perseguir el hecho aparentemente delictivo, sólo —pero siempre— ante la percepción de indicios racionales de criminalidad, continuando hasta la resolución que se contempla en la LECrim.

En el ámbito del derecho privado, al referirnos a la conducta de los particulares, no se dice que se someta al principio de legalidad, sino —cuestión diferente— al cumplimiento de la ley. No se precisa de ninguna garantía frente al poder que puedan ejercitar, ya que éste terminará en el ámbito de sus bienes y derechos, donde impera el principio dispositivo. Los particulares no gozan de potestades, como mecanismos técnicos del principio de legalidad, sino de derechos subjetivos, como poder confiado al miembro de la comunidad cuyo ejercicio permanece a su arbitrio. De ahí que la configuración de los delitos perseguitables sólo a instancia de parte obedezca a una configuración de política criminal, y no a una excepción en la vigencia del principio de legalidad o, dicho de otra manera, a un caso de aplicación del principio de oportunidad.

En efecto, al principio de legalidad se opone el principio de oportunidad. Conforme al mismo —siempre en el ámbito que nos ocupa— el “*ius puniendi*” no debe ser satisfecho en todos los casos en que concurriesen los presupuestos al efecto, sino que se conceden márgenes más o menos amplios de discrecionalidad a los sujetos públicos —generalmente al Ministerio fiscal— para desarrollar sus funciones, ya sea bajo condiciones específicamente señaladas en la ley (la llamada “oportunidad reglada”), ya sea de manera más amplia. La vigencia del principio de oportunidad permite así, a título de hipótesis, que se persigan o no conductas aparentemente delictivas, que se formule y/o sostenga la acusación o que se acuerden

con las partes los diferentes elementos de la acción penal o la imposición de la pena.

Resulta extendida la opinión favorable a incorporar el principio de oportunidad a nuestro proceso penal en aras de la aceleración del enjuiciamiento penal. Frente a tal objetivo no dejan de plantearse algunas cuestiones que deben siquiera tratarse en síntesis. A favor de incorporar el principio de oportunidad se argumenta, básicamente:

- 1) Que el principio de oportunidad atiende a razones de interés social o utilidad pública en una triple vertiente:
  - a) Porque permite reaccionar de forma proporcional a la falta de interés público en la persecución de ciertos delitos, en aquellos casos en que conlleven una escasa lesión social.
  - b) Porque estimula la pronta reparación de la víctima.
  - c) Porque evita los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.
- 2) Que el principio de oportunidad contribuye decisivamente a la consecución de la justicia material por encima de la formal.
- 3) Que el principio de oportunidad favorece el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
- 4) Que el principio de oportunidad constituye el único instrumento —desde una perspectiva eminentemente práctica— que permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, y aquellos otros en que se considera que la mínima lesión social debe conducir a su no persecución.

En contra del principio de oportunidad se pueden aducir motivos de índole doble. De una parte, y desde el punto de vista constitucional, la implantación del principio de oportunidad podría lesionar el principio de igualdad, dado que la respuesta al delito no sería la prevista en la ley para todos los imputados, sino que ello dependería del criterio del fiscal en cada caso concreto: ante supuestos análogos, el fiscal de un lugar podría entender que no procede abrir proceso penal por razones de oportunidad, siendo así que en otro lugar del país otro fiscal sí pudiera iniciar el ejercicio de la acción penal. En igual sentido, y siempre desde la perspectiva constitucional, también ha de reconocerse que la vigencia del principio de oportunidad

dad atentaría contra el postulado de que la administración de justicia es una función encomendada exclusivamente a los órganos jurisdiccionales: en efecto, en muchos supuestos sería el fiscal el encargado de decidir lo que es “justo”, promoviendo o no, según su criterio, la persecución de conductas aparentemente delictivas.

Por otra parte, también se puede rechazar el principio de oportunidad bajo la acusación de poner en peligro los logros que conlleva la estricta sujeción al principio de legalidad; especialmente, el efecto conminatorio de la sanción penal o la seguridad jurídica implícita en la certidumbre de que todo hecho que revista los caracteres de delito será perseguido en términos de igualdad.

No se olvide, finalmente, que la incorporación del principio de oportunidad deja sin cobertura el riesgo de que el órgano al que se atribuye la facultad discrecional de incoar o no un proceso penal sea quien decida en definitiva sobre la realización del derecho penal (dado que no puede haber pena sin proceso).

### *C. Equilibrio entre partes (entre los intereses presentes en el proceso: del imputado, del ofendido, de la sociedad)*

El principio de igualdad postula el equilibrio o paridad de oportunidades procesales entre todas las partes que intervienen en el proceso, sin que ninguna de ellas disponga de más o de mejores armas de defensa o ataque que las otras.

Este principio, claramente relacionado con las partes en el proceso, no se menciona expresamente en el artículo 24, CE. El TC, sin embargo, no lo entiende incluido en el artículo 14, CE, sino que sostiene que debe conectarse con el derecho a la tutela efectiva, el derecho de defensa e incluso con el derecho a un proceso con todas las garantías (esto es, lo incardina en el artículo 24, CE).

Como sucede con otros principios, la vigencia de éste admite modulaciones en las diferentes fases del proceso. En la fase instructora, la LECrime partía en su concepción originaria de una patente desigualdad, provocada por el presunto criminal y de la que él era considerado como único responsable (véase la Exposición de Motivos). En la actualidad, la creciente incorporación del derecho de defensa y de la contradicción en esta fase va diluyendo esta idea primitiva, acrecentando la igualdad entre las partes

acusadoras y la acusada, a partir del momento en que esta última adquiere la condición de parte.

Esta última circunstancia abunda en la relevancia de la “adquisición de la condición de imputado”. La ley regula la obligatoriedad de la defensa técnica a partir del momento en que se impute el delito a una persona (artículo 118, LECrim); el derecho del detenido y del preso provisional a comunicarse con su abogado (artículo 523, LECrim); la posibilidad de instar diligencias de investigación en su descargo (artículo 302, LECrim); o la asistencia a la práctica de determinados actos de investigación (artículos 333, 569 y 584, LECrim). La reforma de 2002 *sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado* recoge tales mandatos en los artículos 767 (asistencia letrada desde la detención o la imputación) y 775 (información de los hechos que se imputan y entrevista previa del imputado con su letrado antes de declarar ante el juez de instrucción).

A despecho de la tendencia equiparadora entre las partes procesales en la fase instructora, esta línea no se mantiene respecto de las partes acusadoras entre sí. Las últimas reformas de la LECrim y, más aún, la jurisprudencia constitucional más reciente, justifican la desigualdad de las diferentes partes acusadoras, que se traduce en una “mejor” posición del MF respecto de los particulares.

En la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, el artículo 780.2.I y II reproduce esta desigualdad de tratamiento para las partes acusadoras. Si en el plazo de diez días concedido para presentar el escrito de acusación, el Ministerio fiscal manifiesta la imposibilidad de presentar tal escrito por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, podrá instar, con carácter previo, la práctica de diligencias indispensables, en cuyo caso acordará el juez lo solicitado (780.2.I). Si la solicitud proviene de la acusación o acusación personadas, el juez, en cambio, acordará lo que estime procedente (artículo 780.2.II).

Tal como ya hiciera la STC 186/1990, que resolvió a favor de la constitucionalidad del antiguo artículo 790.2, los argumentos utilizados en la tramitación parlamentaria han apelado a la mayor atención que debe prestarse a quien defiende el interés público frente a los acusadores particular y popular cuyo ánimo puede sustentarse en afanes retributivos y de venganza.

Otra muestra de trato diverso es el otorgado al acusador oficial y al acusado a la hora de presentar sus respectivos escritos, acusatorio y de defensa.

La ausencia de presentación del escrito de defensa provoca, a tenor del reformado artículo 784.1.II, LECrim —como ya hacía el artículo 791.1.II LECrim— que se tenga por presentado su escrito en el plazo de diez días. La situación parangonable para la acusación —la presentación del escrito de acusación— es objeto de un tratamiento diferente en el procedimiento abreviado y en la modalidad de enjuiciamiento rápido. En el primero, además de poder solicitar una prórroga del plazo, justificadamente (artículo 781.2, LECrim), el juez deberá requerir a su superior para que en el plazo de otros diez días presente el escrito, *dando razón de los motivos de su falta de presentación en plazo*.

En la modalidad de enjuiciamiento rápido, si el Ministerio fiscal no presenta su escrito de acusación en un periodo reducido a dos días, el artículo 800.5, LECrim, dispone que se requiera inmediatamente al superior jerárquico del fiscal, para que en el plazo de dos días, presente el escrito. Si el superior jerárquico tampoco presentara el escrito en dicho plazo, se entenderá que no pide la apertura del juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.

La equiparación de consecuencias para acusación y defensa en este último caso se hace a costa de un riesgo cierto de la impunidad de alguna conducta. Frente a tal dilema, el legislador, ponderando los intereses situados en la balanza, ha entendido que la celeridad puede justificar un riesgo que, sin embargo, no resulta suficiente para fundamentar un tratamiento desigual de acusador y acusado a la hora de presentar los escritos de acusación y defensa.

En la fase de juicio oral, por el contrario, la igualdad debe respetarse escrupulosamente, tanto entre parte acusadora y acusada, cuanto entre las diferentes partes acusadoras. Así, por ejemplo, el requerimiento a la acusación y la defensa para que ratifiquen o modifiquen sus conclusiones (artículo 788.3, LECrim).

Por lo que respecta a las víctimas, debe señalarse la aprobación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, que contempla las ayudas e indemnizaciones a las víctimas del terrorismo.

En la reforma de 2002, por otra parte, se contempla que la persona ofendida o perjudicada por el delito sea informada puntualmente tanto de las

acciones que puede ejercer en el proceso cuanto del curso de las actuaciones, aunque no se haya constituido como parte.

*D. Persecución de oficio y a instancia de particulares o autoridades*

La realización del derecho penal está sometida a la necesidad de un proceso en el que se imponga la pena, lo que integra, a su vez, una garantía insita en el principio de legalidad penal (artículo 25, CE). Correlativamente, la existencia de un hecho aparentemente delictivo debe suponer la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional conforme a la citada legalidad. No caben criterios de oportunidad ni, consecuentemente, tampoco el ejercicio de facultades discrecionales, ni para iniciar el proceso, ni para ponerle fin anticipadamente o por cualquier otro medio que no esté previsto en la ley.

El interés público a que obedece la propia tipificación de las conductas, unido al citado principio de necesidad, conducen a la vigencia del principio de oficialidad, conforme al cual el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia no están subordinados al poder de disposición de los sujetos en relación con la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos, sino que dependen de que aquel interés público se ponga de manifiesto al tribunal y se haga valer ante situaciones previstas en la ley. La vigencia de este principio sólo se exceptúa para los delitos perseguibles únicamente a instancia de parte, y se atempera respecto de aquéllos que precisan de la previa denuncia de la persona ofendida.

En aplicación de este principio, ante el conocimiento de la “*notitia criminis*”, el juez (artículos 303 y 308, LECrim) debe incoar sumario o diligencias equivalentes para averiguar si concurren o no circunstancias delictivas. Esta obligación, que se extiende al MF, como inspector directo en el proceso ordinario (artículo 306) o con carácter más extenso en el procedimiento abreviado (artículo 773), ofrece su polo opuesto en el “derecho de acceso” del ciudadano que presenta una querella. Integra el contenido de este último el derecho a una resolución motivada sobre la calificación jurídica de los hechos que, o bien constan fehacientemente como no constitutivos de delito (archivo directo) o bien, previas las correspondientes diligencias, conducen a similar conclusión (sobreseimiento provisional o definitivo) o bien provocan el inicio de toda la actividad instructora hasta la constatación de la perpetración de los delitos y la culpabilidad de los delincuentes (artículos 299 y 779, LECrim), circunstancia que determina en este último supuesto la apertura del juicio oral (STC 148/87).

El derecho de acceso constituye un “*ius ut procedatur*”. Quien ejercita la acción en forma de querella no ostenta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal. La inadmisión o desestimación de la querella debe efectuarse conforme al artículo 313, LECrim. Si la resolución judicial no excluye en los hechos, al menos “*ab initio*”, las notas características de lo delictivo, deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación; en consecuencia, una terminación anticipada sólo cabrá por las razones legalmente previstas (artículos 637, 641 y 772.2, LECrim.). *Cfr.* STC 148/87.

El mismo juego de principios impide la renuncia, la transacción o el allanamiento, como manifestaciones de un hipotético —pero inexistente— poder de disposición sobre el objeto del proceso, circunstancia ésta que no puede predicarse de ninguna de las partes activas del proceso penal: ni de los acusadores privados o populares, por no ser titulares del “*ius puniendi*”; ni del MF, quien desarrolla una función pública, sometida estrictamente al principio de legalidad (artículos 9.3 y 25, CE; y artículo 2, EOMF).

Una relevante excepción al principio enunciado lo constituye, por una parte, la eventualidad, prevista legalmente, de una cierta disposición en los casos de conformidad del acusado (artículo 655, 688, 784.3, 787.1, 800 y 801, LECrim) o de reconocimiento de hechos (artículo 779.1.5a., LECrim). También sería una excepción, por otra parte, que el órgano oficial encargado de la acusación pudiera liberarse de su sumisión al principio de legalidad, otorgándosele un ámbito de discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones (supuesto éste que, hoy por hoy, no se contempla en nuestro derecho).

En todo caso, conviene poner de manifiesto que la vigencia del principio de oficialidad (par opuesto, no se olvide, al principio dispositivo) en el proceso penal no tiene el mismo alcance en sus dos fases (instructora y enjuiciadora).

En la primera fase, destinada a la investigación de los hechos para determinar si constituyen o no un supuesto delictivo y a la identificación del delincuente, la vigencia del principio de oficialidad es prácticamente total. El tan repetido interés público obliga a Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado a investigar los extremos señalados, de manera que, en cuanto de esa actividad surja la probable existencia de un hecho aparentemente delictivo, Policía (artículo 284, LECrim) y Fiscalía (artículo 773.2, LECrim) tienen el deber de ponerlo en conocimiento del juez. El juez debe dirigir dicha actividad instructora “*ex officio*” con la colaboración del fiscal, quien

desarrolla labores de inspección (artículos 303.1 y 306, LECrim). Es también manifestación de la oficialidad en esta sede, la posibilidad de iniciar “*ex officio*” el proceso penal, así se tenga conocimiento de la “*notitia criminis*” y dando cuenta inmediata de ello al fiscal (artículo 308; artículos 773 y 777, LECrim). Otras manifestaciones, como el objeto y desarrollo de la investigación, se analizarán al tratar el principio estructural que rige la investigación de los hechos.

En la fase de enjuiciamiento (también llamada de juicio oral) la vigencia de la oficialidad se diluye notablemente debido a una interpretación extensiva del principio acusatorio, conforme a la cual, a pesar de la especial naturaleza del “*ius puniendi*” y de que la búsqueda de la verdad material es uno de los fines del proceso penal, un sector doctrinal entiende que cualquier actividad del órgano judicial le hace perder su posición de tercero imparcial: esto es lo que, a juicio de algunos, sucedería con la posibilidad de instar la práctica de nuevas pruebas en el juicio oral o respecto a la eventualidad de utilizar la denominada “tesis” del artículo 733, LECrim.

*E. Posibilidad de mediación, conciliación, reconciliación, autocomposición, “negociación”*

*a. El llamado “principio del consenso”*

A partir de la reforma operada por la L.O. 7/1988 —que introdujo el procedimiento abreviado— y de una interpretación “posibilista” del tenor literal de los antiguos artículos 791.3 y 793.3, LECrim, así como de la posterior Instrucción 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, comenzó a utilizarse la expresión “principio del consenso” para referirse a la forma de terminación del proceso penal mediante un acuerdo “de conformidad” entre partes acusadoras e imputado. El “principio del consenso” sería, por tanto, una de las posibles vertientes del principio de oportunidad.

A favor de esta manifestación del principio de oportunidad, la citada Instrucción de Fiscalía arguye tres razones: favorecer la reinserción del acusado, operar a favor de un proceso sin dilaciones indebidas y procurar el más inmediato resarcimiento de la víctima. Frente a ello se opone que aun en el caso de que el primer objetivo se cumpliese, el costo desde la perspectiva de la prevención general es muy alto. Paralelamente, y sin negar que la conformidad constituye un innegable instrumento de acortamiento y, por ende, de aceleración del proceso penal, configurarlo tal como

se ha dicho equivale a calificar la apertura y celebración bien de la fase intermedia, bien del juicio oral, de dilación indebida, lo que no precisa de mayores comentarios. Finalmente, el más pronto resarcimiento de la víctima sólo es cierto en la medida en que tal circunstancia opere a modo de presupuesto de la conformidad, cuestión ésta que no siempre acontece (no lo es ni en la conformidad del artículo 784.1.III, ni en la del artículo 787.1, ambos de la LECrim.; sí aparece, empero, en la conformidad prestada ante el juez de guardia del artículo 801.3, LECrim).

Aplicar fórmulas de consenso al proceso penal no es ni más ni menos que una opción de política criminal. No existe mandato ni prohibición constitucional al respecto. Hay, eso sí, fórmulas más o menos adecuadas al sistema procesal y garantías que no deben soslayarse. Y hay, también, mecanismos que equilibran las diferentes opciones de política criminal que se adoptan a la hora de construir el sistema procesal penal en cada país.

Los mecanismos de consenso son una de las posibles opciones para procurar un proceso penal más rápido. No es la única. Junto a ella se ha optado en países como Portugal, Italia o Alemania por el monitorio penal o la concesión de ámbitos de discrecionalidad que permitan al órgano acusador oficial ejercitar o no la acción penal o prescindir de la fase instructora por resultar innecesaria.

Cabe aceptar el uso de tales mecanismos, pero no sin admitir simultáneamente que suponen la renuncia a importantes derechos, como el de defensa, expresión, a su vez, de relevantes garantías, así como aceptar que acarrean la inevitable merma de todo efecto de prevención general. Paralelamente, toda solución “de conformidad” implica una aplicación desigual de la manifestación de la autonomía de la voluntad, por parte del fiscal y del imputado. En este sentido adquiere singular relevancia la garantía judicial sobre si tal manifestación es libre y con efectivo conocimiento de las consecuencias que comporta (véase el artículo 787.4, LECrim).

*b. La conformidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y en la reforma de 28 de diciembre de 1988. La imparable aproximación entre la justicia penal y civil*

A pesar de que la posibilidad de terminar el proceso penal con carácter previo a la resolución por sentencia, una vez finalizado el juicio oral, se regulaba en la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 655, 694 y 697), su inclusión en la L.O. de 28 de diciembre de

1988 fue valorada como una de sus innovaciones más relevantes. Los artículos 791.3 y 793.3, LECrim, introducían la negociación (los conocidos “*pleas*” en terminología anglosajona) entre acusadores y acusado, bajo la supervisión y control de la defensa y el órgano judicial, otorgando carácter vinculante para el tribunal a los acuerdos alcanzados por las partes.

La sustancial diferencia entre las conformidades que ya existían en la LECrim. (artículos 655 y 688ss, LECrim.) y las incorporadas en los artículos 791.3 y 793.3 por la reforma de 1988 radicaba en que la naturaleza y finalidad de las primeras se acomodaba, más a una finalización del proceso por meras razones de economía procesal —una vez fijados y calificados los hechos— que a la citada negociación, en donde, sin desprecio de la economía, la novedad se centra en la facultad de negociar sobre la aplicación específica del “*ius puniendi*”, de una parte, y de renunciar al derecho de defensa, por otra.

La aplicación de este principio, si bien, por una parte, contribuye a una notable simplificación y aceleración de los procesos penales, es fuente, a su vez de algunas reflexiones críticas en torno a la enervación del principio de legalidad (no garantizar los efectos inherentes a las ventajas de la vigencia del principio de legalidad), esto es, la igualdad ante la ley (un mismo hecho delictivo puede ser objeto de conformidades con contenido diferente), la seguridad jurídica y la prevención general (unos mismos hechos delictivos pueden tener un resultado procesal penal bien diferente y de contenido no previsible).

De otro lado, al incorporar el mecanismo de la negociación a cuestiones penales (cuya especial naturaleza justifica, por ejemplo, que un órgano como el MF tenga encomendado el ejercicio oficial de la acción penal), se olvida o se deja de lado, no sólo la naturaleza indisponible del “*ius puniendi*”, sino también la diferente posición de las partes negociadoras: MF, otros acusadores, víctima y presunto delincuente.

c. La Reforma de 2002: consagración de la resolución consensuada del proceso penal

En la más reciente Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, se han introducido dos importantes novedades en esta materia:

1) En primer término, la posibilidad de “la conformidad en la guardia”, innovación que supone un innegable “paso adelante” en la apuesta por la “justicia consensuada”, al menos desde la perspectiva temporal.

2) De forma más general, el expreso sometimiento de la conformidad a un severo control judicial, que se proyecta no sólo sobre la concurrencia de los requisitos procesales necesarios para que sea admisible, sino también respecto de la correcta calificación jurídica de los hechos y de la procedencia legal de la pena objeto de conformidad.

#### *d. Las fórmulas de consenso en el proceso penal de menores*

En el proceso penal de menores, regulado por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, se contemplan diversas fórmulas de terminación anticipada del procedimiento, de entre las cuales tan sólo tres constituyen fórmulas “de consenso”.

Se trata, por una parte, de la conformidad, que puede prestarse tanto antes como durante la celebración del juicio oral, y que se distingue de la conformidad prevista en los procesos de adultos tanto por el especial control que sobre la misma ejerce el juez de menores como por la notable limitación de las posibilidades de negociación entre acusación y defensa.

Por otra parte, los genuinos mecanismos de consenso, implantados sólo en el proceso de menores son la “conciliación” y la “reparación”. La conciliación, a grandes rasgos, tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación, por su parte, el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.

La reparación y la conciliación se llevan a cabo con la mediación de los profesionales que integran los equipos técnicos —psicólogos, educadores y asistentes sociales— y se aplican tan sólo a aquellos delitos cometidos por menores de edad que no revistan especial gravedad y en cuya comisión no haya existido violencia o intimidación.

F. *Principios y reglas de valoración de la prueba; la presunción de inocencia*

Introducidos los hechos en el proceso y realizada la actividad probatoria, ¿qué reglas debe aplicar el órgano judicial para formar su convicción?

Dos son los criterios existentes: la prueba legal o tasada y la libre valoración. Conforme al primero, el legislador impone al juzgador un conjunto de reglas vinculantes, a través de las cuales irá fijando los hechos como probados o no. Con arreglo al segundo, la valoración de los medios de prueba se hará libremente por el juez, sin sujeción a reglas pre establecidas.

Con arreglo al artículo 741, LECrim, la valoración de la prueba en nuestro proceso penal se rige por la libertad de criterio del órgano decisor. Ahora bien, dicha regla debe ser integrada en la actualidad con la amplia doctrina constitucional en torno a la presunción de inocencia. Este derecho fundamental presenta diferentes vertientes: a) como criterio estructural de la justicia penal (esto es, como concepto en torno al que se construye un determinado modelo procesal); b) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal (el imputado es inocente hasta el final y las medidas restrictivas de sus derechos deben ser mínimas); y c) como regla del juicio fáctico de la sentencia penal. Es este último aspecto el más desarrollado y el que aquí nos interesa analizar.

La presunción de inocencia, en su faceta de regla del juicio fáctico, establece una serie de requisitos que deberán cumplirse para alcanzar legítimamente un juicio de culpabilidad del acusado en el proceso penal.

De la abundantísima doctrina constitucional pueden extraerse resumidamente las siguientes reglas:

a) Sólo la actividad probatoria de cargo, debidamente practicada, puede conducir al juzgador al convencimiento de la certeza de la culpabilidad. Si no se produce tal convencimiento, debe operar la presunción de inocencia.

Esta configuración, calificada por el TC en diversas ocasiones como “inversión de la carga de la prueba” o “presunción *iuris tantum*”, no se corresponde ni con el correcto entendimiento de carga o de la inversión de la misma, ni con el de presunción (en el primer sentido, SSTC 31/1981, 107/1983, 17/1984 y 70/1985; en el segundo, STC 76/1990). La diferencia entre valoración de la prueba/presunción de inocencia y carga de la prueba/*“in dubio pro reo”*, se verá más adelante.

b) La prueba practicada debe constituir una “mínima actividad probatoria de cargo”. Significa este presupuesto que debe existir una mínima actividad probatoria acusadora, objetivamente incriminatoria, que después, sometida a valoración judicial, conduzca a la íntima convicción de la culpabilidad. Así, la actividad probatoria de cargo es necesaria para arrumar el principio *“in dubio pro reo”*, pero no conduce inexorablemente a la condena si posteriormente no se valora como suficiente por sí misma o cuando existen pruebas de descargo que vuelven a dejar operativa la presunción de inocencia.

Esta configuración, que cohonesta la presunción de inocencia con la regla de libre valoración de la prueba, exige la necesidad de un amplio razonamiento judicial, comúnmente denominado como *motivación del juicio fáctico de la sentencia penal*: supone que el juez no puede enumerar simplemente los hechos probados, sino que debe expresar las razones que fundamentan la valoración de la prueba realizada, exteriorizando la convicción del tribunal (STC 6/1987).

c) La prueba, con las características reseñadas, debe haberse obtenido y practicado con todas las garantías.

La convicción judicial no sólo debe basarse en una mínima actividad probatoria de cargo formulada como se acaba de señalar, sino que las pruebas, además, deben haberse practicado con todas las garantías. Tales garantías constituyen un glosario que puede sintetizarse como sigue:

- La prueba debe practicarse en el juicio oral.
- La prueba debe practicarse con inmediación, oralidad, concentración y publicidad.
- La prueba debe someterse a contradicción.
- La prueba no puede haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales (la llamada “prueba prohibida”).

Estas reglas admiten algunas modulaciones, como son los supuestos de “prueba preconstituida” o “prueba anticipada” (SSTC 209/1999 y 33/2000). Existe una prolífica doctrina constitucional sobre la “prueba preconstituida”, las “diligencias de valor incontestable” y los “actos de mera constatación”. También se ha de poner de relieve que la prueba anticipada ha sido objeto de especial atención en la reforma parcial de la LECrim de 2002, tanto para el juicio abreviado (artículo 777.2, LECrim), como para el procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido (artículo 797.2, LECrim).

### a. Valoración de la prueba: la prueba ilícita

A la hora de fijar los hechos en la sentencia, la eficacia de los resultados de las pruebas practicadas se somete al principio de libre valoración (artículo 741.1, LECrim). Pero ¿puede el juez o tribunal valorar cualquier medio de información sobre los hechos objeto del proceso?, ¿o sólo puede valorar aquellos que fueron obtenidos con plena observancia de los presupuestos y requisitos legalmente establecidos y que fueron introducidos correctamente en el proceso? Estos interrogantes nos ponen sobre la pista de la llamada “prueba prohibida”, esto es, aquélla obtenida violentando derechos fundamentales.

El tribunal constitucional ha recordado que la valoración del conjunto de prueba presenta dos dimensiones: a) la calificación de la validez y licitud de cada prueba practicada una a una; y b) la ponderación de la eficacia o fuerza convincente del conjunto (STC 33/2000, F.J. 6).

*Prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales.* Con arreglo al artículo 11.1, LOPJ, “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando derechos o libertades fundamentales”. Este precepto recoge la doctrina sentada por el TC en su sentencia 114/1984.

La doctrina sobre la prueba prohibida surge de la tensión entre el interés público en hacer prevalecer la verdad y el interés igualmente público en tutelar eficazmente los derechos fundamentales; tensión resuelta por el citado artículo 11.1, LOPJ, que hace ceder el primero en favor del segundo.

La prueba ilícita existe cuando la lesión de un derecho fundamental ha provocado la obtención de la fuente o medio de prueba. Dicha lesión se circumscribe, para valorarse como ilícita, a los derechos fundamentales. Las lesiones de preceptos o derechos “de legalidad ordinaria”, en cambio, reciben tratamiento a través del cauce del artículo 238, LOPJ (nulidades).

En una primera interpretación, el citado artículo 11.1, LOPJ, se aplica a aquellos supuestos en que las pruebas se obtienen con violación de derechos fundamentales. Por decirlo con otras palabras: son inadmisibles las pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales, pero tal efecto (el de la inadmisibilidad) no se infiere necesariamente, desde una perspectiva constitucional, si la vulneración del derecho fundamental se produce en el momento en que aquellas pruebas se incorporan al proceso o con ocasión de su práctica en él (STC 64/1986).

Una gran parte de la doctrina propone una interpretación más amplia, comprensiva de todos aquellos extremos. Es decir, para cierto sector doctrinal, la inadmisibilidad de la prueba obtenida con violación de algún derecho fundamental se extiende tanto a la actividad relativa a la búsqueda y consecución de las fuentes de prueba, como a la incorporación de dichas fuentes al proceso mediante la práctica de los correspondientes medios de prueba.

La teoría de la prueba prohibida comporta la *proscripción de que el juez, a la hora de valorar la prueba, forme su convicción sobre los hechos en virtud de las pruebas ilícitamente obtenidas*. Esto no quiere decir que la cuestión sobre la prueba ilícita surja necesariamente en ese momento del proceso. Antes al contrario, la práctica pone de manifiesto que la mayoría de nulidades por ilicitud de prueba surgen durante la instrucción (no se olvide, de otra parte, que en cualquier momento del proceso en que el juez instructor o sentenciador tenga conocimiento de la vulneración del derecho fundamental deberá ponerlo de manifiesto declarando su ineficacia). Si no existió tal percepción en aquel momento y es a la hora de admitir la prueba propuesta por las partes cuando el juez o tribunal aprecia (por sí mismo o a instancia de alguna de las partes) aquella ilicitud, el órgano jurisdiccional deberá inadmitir tal medio probatorio. Finalmente, si no se ha detectado la ilicitud de la prueba en ninguno de estos momentos previos, será a la hora de valorar las pruebas cuando el juez o tribunal sentenciador tenga en cuenta la doctrina expuesta.

Desde el punto de vista de la doctrina constitucional, el TC ha pasado de defender que la valoración de una prueba ilícita vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, a entender, como hizo inicialmente, que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, siempre que se hubiera provocado indefensión y la valoración determine la condena.

La interpretación del TC en torno a la aplicación del artículo 11.1, LOPJ, como se ha señalado, ha reducido la eficacia de la denominada “prueba ilícita” al ámbito de los derechos fundamentales, y, con ello, ha conducido a declarar nulos de pleno derecho los actos que incurran en tal clase de infracción.

Respecto de la *eficacia de las pruebas obtenidas con vulneración de algún derecho fundamental o de otros derechos e intereses (no fundamentales)* debe diferenciarse. En cuanto a estos últimos hay que estar a lo previsto en los artículos 238 LOPJ y concordantes. La diferencia fundamental entre uno y otro supuesto se ha hecho descansar en la frase del artículo 11.1, LOP, “pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación...”.

Por el contrario, la nulidad prescrita en el artículo 11.1, LOPJ, se predica sólo de la repetida vulneración de derecho fundamental y se extiende no sólo al resultado probatorio obtenido, sino también a las pruebas obtenidas “indirectamente”.

Pero, ¿qué contenido y alcance debe reconocerse a este adverbio (*indirectamente*)? A esta pregunta se le dan dos respuestas, según se extiendan más o menos los efectos de la prueba prohibida.

Si se predica un *efecto directo*, la prohibición de valoración circunscribe sus efectos al acto de prueba que causó la violación del derecho (entrada en domicilio sin orden judicial, que excluiría de valoración lo allí encontrado), pero no la condena del acusado en virtud de otras pruebas que puedan derivarse de ellas (aprehensión de un sospechoso visto en ese domicilio y al que se espera hasta que salga).

Si, por el contrario, se predica la existencia de un *efecto reflejo*, la prohibición se extiende a todas las pruebas derivadas de la obtenida ilícitamente, con lo que las consecuencias son mucho más amplias. Así, no sólo sería nula la prueba obtenida a través de una escucha telefónica prohibida (que vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones), sino que también sería nulo todo aquello que no hubiera podido ser probado (o incluso conocido) si no hubiera sido a través de dicha ilicitud (acuerdo para cometer un atraco del que se tiene noticia a través de la intervención telefónica no autorizada judicialmente). Esta última tesis es la conocida como “*doctrina de los frutos del árbol envenenado*”, importada de Estados Unidos y que, después de una acogida acrítica en la jurisprudencia de la Sala 2a. del TS, ha sido atemperada a través de muy diversos instrumentos.

Incluso, en ocasiones, el TS ha reconducido los actos concretos que se pretendían “prohibidos” a la categoría de ilícitos (practicados con vulneración de la ley pero sin vulnerar un derecho fundamental) o irregulares (los que incurren en irregularidades que no llegan a ilegalidades, p. ej. autorización de entrada y registro sin fecha). En estos dos últimos casos, al margen de las responsabilidades en que se incurra, se admite la posibilidad de probar el mismo hecho por otros medios; y, por otra parte, se dice que la nulidad no produce efectos indirectos.

Unido a esta técnica, se utiliza otra consistente en aplicar *tesis atemperadoras* procedentes, asimismo, del mundo anglosajón. Así, la *doctrina de la fuente independiente*, conforme a la cual “el efecto indirecto de la vulneración no es predictable cuando se puede establecer una desconexión causal entre las pruebas ilegítimamente obtenidas y las demás

obrantes en la causa” (SSTS, de 24-10 y 23-12-1994; y 6-10-1995). Y la *doctrina del nexo causal atenuado o del vicio saneado*, a cuyo albur, aunque la prueba válida no proviene de “fuente independiente” sino que deriva de la prueba ilícita (entrada y registro para buscar útiles de robo y no droga), el nexo causal entre ambas está tan debilitado (porque el juez estaba presente y el delito se estimó flagrante) que la ilicitud queda disipada (STS 284/1995).

Con todo, y a partir de la tensión entre la necesidad de alcanzar una solución justa, adecuada a la verdad, y la protección de los derechos fundamentales, el tribunal constitucional, a partir de su sentencia 81/98 introdujo la llamada *teoría de la conexión de antijuridicidad*, provocando un giro jurisprudencial a favor de las diversas tesis atemperadoras del efecto anulatorio de los actos vulneradores de derechos fundamentales. Dicho de otra forma, a favor de rescatar la validez de las actuaciones, admitiendo ciertas pruebas ilícitas, siempre y cuando no hubieran vulnerado aquéllos de forma directa.

En una apretadísima síntesis esta teoría arranca de la idea de que la exclusión de las pruebas ilícitas no debe ser absoluta. La existencia del valor constitucional de la búsqueda de la verdad permite construir determinadas excepciones a la citada exclusión. Tales exclusiones aparecerán cuando la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba que se intenta hacer valer sean independientes entre sí (inexistencia de conexión de antijuridicidad). Además, la exclusión de la prueba indirecta se fundamentará en una lesión del derecho fundamental tal, que su propia intensidad provoque aquella eliminación. Esto no sucederá, por ejemplo, en los supuestos de descubrimiento inevitable y en los de nexo causal atenuado (SSTC 166/1999; 8/2000 y 149/01). Véase la lección nueve respecto de cada medida concreta.

Finalizado el paréntesis obligado que en cuanto a la valoración de la prueba, implica la existencia de prueba prohibida u obtenida vulnerando derechos fundamentales, entramos en lo que constituye clásicamente la materia propia de la valoración de la prueba, esto es, en los efectos sobre el convencimiento del juez de las pruebas practicadas en orden a enervar la presunción de inocencia.

*Valoración de la prueba y presunción de inocencia.* La presunción de inocencia opera en relación con la valoración de la prueba en cuanto exige para condenar al acusado una “mínima actividad probatoria de cargo” (SSTC

109/1986; 68/1988 y, entre otras muchas, 202/2000). ¿Qué constituye esta “mínima actividad probatoria de cargo”?

La jurisprudencia ha ido depurando su doctrina en torno al derecho fundamental a la presunción de inocencia. En tal sentido, se entiende:

- a) Prueba de cargo es, en principio, la realizada en el juicio oral con respecto a los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción (STC 33/2000).
- b) Excepcionalmente, si se cumplen los presupuestos y requisitos a que en su momento nos referimos, también tienen valor de prueba de cargo las realizadas en fase de instrucción o con carácter previo a la apertura del juicio oral, siempre que se introduzcan en el juicio con la garantía de contradicción (prueba anticipada, preconstituida o diligencias de valor incontestable) (STC 33/2000).
- c) Se reconoce asimismo valor probatorio a las declaraciones de los coimputados siempre que no aparezca razón o motivo de venganza, resentimiento, deseos de autoexculpación o de recibir trato favorable (SSTS 5-5 y 23-9-1988), y, además, aquellas declaraciones se incorporen al proceso como medio probatorio, bien mediante ratificación ante el juez de instrucción o sentenciador, bien a través del testimonio de los funcionarios de policía ante quienes se prestó el citado testimonio.
- d) No se reconoce, sin embargo, valor de prueba de cargo ni al testimonio prestado por los testigos de referencia, salvo en el supuesto del artículo 710, LECrim (prueba anticipada o cuando es imposible la comparecencia del testigo directo en el juicio oral), ni a los dictámenes psicológicos.

El derecho a la presunción de inocencia comprende, además, la necesidad de motivación de las sentencias penales, *deber de motivación* que impone al juzgador la expresión de un doble juicio:

1. Por una parte, la motivación fáctica, inferida a partir de la prueba practicada, en la que deberán consignarse los hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa de los que estime probados (artículos 248.3, LOPJ y 142.3, LECrim).

2. Y, por otra, una valoración jurídica suficientemente razonada acerca de los hechos declarados probados (STC 2-11-1992).

Como el propio tribunal constitucional ha recordado, la valoración de conjunto de la prueba presenta dos dimensiones, primera la calificación de la validez y licitud de cada prueba practicada una a una y luego la ponderación de la eficacia o fuerza convincente del conjunto, en conciencia, pero según las reglas de la sana crítica (STC 33/2002).

### *b. Carga de la prueba*

*Carga de la prueba:* “*in dubio pro reo*”. En el proceso civil, la carga de la prueba permite determinar qué parte resultará finalmente perjudicada por la incertidumbre del juez a la hora de resolver, esto es, a la hora de decidir, en caso de que los hechos no resulten suficientemente probados.

En el proceso civil corresponde al actor probar los hechos constitutivos y al demandado los impeditivos, extintivos y excluyentes. La incertidumbre sobre los constitutivos perjudicará al actor y la de los restantes al demandado. Esta concepción —que obedece a un concepto de “carga material”— pretende un reparto equitativo del daño que puede producir la indeterminación de los hechos y se aplica sin problemas a un proceso de partes, en el que, en definitiva, se defienden intereses particulares en condiciones de igualdad.

Sin embargo, el proceso penal sólo puede considerarse un proceso de partes en el sentido formal. Además, el interés en el efectivo castigo del culpable y en la absolución del inocente no son intereses parciales (de parte) sino comunes, públicos; de aquí que el Ministerio fiscal deba velar por ellos. ¿Cabe, por tanto, un traslado sin más de la categoría de carga de la prueba en el proceso civil al proceso penal? No. Y ello, fundamentalmente, porque los dos intereses señalados no son parciales; antes bien, tienen un mismo titular. En el proceso penal lo que se trata de dilucidar es cuál de aquellos dos intereses debe prevalecer o, dicho de otro modo, entre los daños posibles que puede acarrear la falta de prueba, cuál de los dos posibles (condena del culpable o absolución del inocente) debe ser incondicionalmente evitado.

A diferencia de que lo que sucede en el proceso civil, en que la disponibilidad sobre los derechos conduce a admitir la absolución del demandado si el actor no alega y prueba la existencia del hecho constitutivo; en el

proceso penal, la falta de prueba sobre las circunstancias de actividad y resultado contempladas en el tipo no conducen a idéntico efecto: la función que cumple la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil se sustituye en el penal por el principio “*in dubio pro reo*”. A la hora, por tanto, de sopesar aquellos intereses (condena del efectivamente culpable o absolución del inocente) prima el segundo, de manera que en la incertidumbre debe absolverse.

Una interpretación correcta de este principio debe cubrir tanto los hechos constitutivos del delito (los que cubren la acción, el resultado y el nexo de causalidad), como la imputabilidad, culpabilidad y las causas excluyentes de la responsabilidad y la punibilidad.

*Diferencia entre la presunción de inocencia y el principio “in dubio pro reo”*. Pese a que en la práctica suelen confundirse ambas instituciones, el tribunal supremo ha reiterado que en tanto la presunción de inocencia se ha configurado como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegible por la vía del recurso de amparo, el principio “*in dubio pro reo*” no tiene tal naturaleza, sino que opera sólo a la hora de dictar sentencia cuando reste incertidumbre para el juzgador en la valoración de las pruebas inculpatorias aportadas al proceso (STC 16/2000).

El principio “*in dubio pro reo*” sólo entra en juego cuando existe una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos del tipo penal, aunque se haya practicado prueba válida con cumplimiento de las garantías procesales (SSTC 31/1981 y 13/1982). Este principio nunca llega a ser enjuiciado por el tribunal constitucional si no ha existido duda sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, mientras la presunción de inocencia despliega su eficacia cuando existe falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales, el principio “*in dubio pro reo*” sólo se hace jugar si, después de valoradas las pruebas obtenidas y practicadas con observancia de aquellas garantías, restan dudas al juzgador sobre la comisión del delito o sobre la participación que en éste pudo tener el acusado.

#### G. *El derecho de defensa y sus garantías*

El principio de audiencia guarda una estrecha relación con el derecho de defensa (faceta positiva), y con la prohibición de indefensión (faceta

negativa), lo que no debe llevar a la conclusión de que son términos equivalentes. De hecho, si bien toda vulneración del principio de audiencia parece que provoca irremediablemente indefensión, el párrafo segundo del artículo 238, LOPJ, permite interpretar que algunas infracciones del principio de audiencia pueden no provocar la referida indefensión.

Los rasgos básicos que deben concurrir para que quepa entender producida indefensión recaen sobre los siguientes elementos:

- Que se haya infringido una norma procesal (requisito necesario pero no suficiente, SSTC 13/1981 y 18/1983).
- Que exista privación o limitación de oportunidades de defensa, entendiendo por éstas las consistentes en realizar alegaciones o en proponer y practicar pruebas.
- Que la indefensión no sea imputable al que la sufre, de modo que la prueba de la indefensión corre a cargo de quien la sufre; asimismo, debe determinarse en cada caso el grado de diligencia exigible al justiciable o a su abogado o procurador.
- Que la privación o limitación de la defensa no haya quedado posteriormente sanada.
- Que se ponga de manifiesto no sólo la limitación o privación, sino además el contenido que hubiera tenido lo preterido, esto es, que se demuestre la indefensión material.
- Que la privación o limitación haya tenido incidencia efectiva en el fallo.

Desde una perspectiva positiva, *el derecho de defensa abarca diversas garantías*.

*Derecho a ser informado de la acusación formulada.* Este derecho, que se manifiesta en este ámbito pero no en menor medida en la esencia de un sistema acusatorio, se solapa en ocasiones con el anterior, comprendiendo en su contenido la correlación entre acusación y sentencia y la prohibición de reforma peyorativa a través del ejercicio de un recurso.

El contenido del derecho es diverso en la fase instructora y en la de juicio oral. En la fase de instrucción se proyecta respecto del hecho punible del que se le considera autor con todas sus circunstancias y de los derechos que le asisten (artículos 2, 118 y 520, LEcrim). Y en la de juicio

oral se proyecta respecto de la acusación formal, a través de los escritos de calificaciones provisionales o de acusación, en primer término, y de los de conclusiones definitivas, después, de los que se debe dar traslado y conocimiento al titular con tiempo suficiente para articular su defensa (artículos 652 y 784.1, LECrim). *Cfr.* SSTC 135/1989 y 100/1996, entre otras.

La proyección de este derecho alcanza a momentos preprocesales, en relación con la detención y la necesidad de información sobre los derechos y la razón de la detención (artículos 17.3, CE y 520.2, LECrim), y a situaciones anteriores a la propia formulación de la acusación, lo que permite hablar con más propiedad de un derecho a conocer de la existencia de un proceso penal y de un concepto más amplio que el de acusación, llamado imputación.

La imputación, concepto que se ampliará al tratar del sujeto pasivo del proceso, es condición imprescindible para poder formular acusación. Tal situación —que determina el momento inicial para ejercitar el derecho de defensa— surge, bien desde el primer acto de iniciación del proceso en que se determine al imputado (artículos 118.1 y 2 y 775, LECrim), bien desde la detención o adopción de cualquier otra medida cautelar, bien desde el procesamiento o la primera comparecencia ante el juez (artículo 775, LECrim).

Junto a este contenido esencial del derecho, se contemplan diferentes manifestaciones externas, que constituyen en definitiva requisitos formales que deben observarse. Se trata de las siguientes:

- a) La formulación de la acusación debe ser explícita y efectiva.
- b) Se consignará en diversos escritos, según el proceso de que se trate: conclusiones definitivas en el proceso ordinario por delitos graves (artículos 649, 650.1 y 732, LECrim); el escrito de acusación en el procedimiento abreviado (artículo 784.1 y 5, LECrim); o en el propio acto del juicio oral en el juicio de faltas, siempre y cuando el acusado pueda defenderse en el citado juicio.
- c) La Constitución no impone un mismo grado de exigencia a la acusación en sentido estricto (la contenida en el escrito de conclusiones o calificaciones definitivas) que a la que da lugar al inicio de una investigación o a sus diversas medidas de aseguramiento.
- d) Se prohíbe la llamada “inculpación tardía”.
- e) La inculpación ha de reiterarse en cada una de las instancias.

En síntesis, y en clara conexión con el principio de audiencia y contradicción, se recuerda que la posibilidad de ejercicio de defensa contradictoria se comprende en tres reglas:

1. Nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado (SSTC 273/ 1993 y 14/1999; y 87/2001).
2. Nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación.
3. No se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testimoniales, cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe sospecha, ya que la imputación no puede retrasarse más allá de lo estrictamente necesario (SSTC 18/90, 128/93, 23/93, 277/94, 149/97, 14/99, 19/2000 y 87/2001).

En otros términos, el derecho a conocer de la acusación formulada, como parte del derecho de defensa, supone, a efectos de su vulneración constitucional, que la necesidad de dar entrada al imputado en el proceso desde su fase preliminar lo es a efectos de evitar que puedan producirse en esta última situaciones materiales de indefensión, esto es, que la citada comisión exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, práctica de diligencias y contradicción (SSTC 273/1993 y 87/2001).

*Derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.* Tanto uno como otro —que en realidad constituyen dos caras de una misma moneda— son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa (SSTC 36/1983, 127/1992 y 197/1995).

En atención a los mismos, los órganos judiciales deben ilustrar desde el primer acto procesal que se dirija contra una persona concreta, de su derecho a no prestar declaración en su contra y a no declararse culpable.

Tal información deberá realizarse antes de la toma de declaración, lo que implica, por una parte, que si se estaba declarando en condición de testigo (por ejemplo) y se advierte que su condición debe ser la de imputado, se vulnerará el derecho de defensa en estas dos manifestaciones si no se suspende la declaración y se le advierte de estos dos derechos y de su nueva condición. Consecuentemente, además, lo declarado previamente no podrá ser utilizado en su contra.

*Derecho a la defensa y a la asistencia de letrado.* Cuando el artículo 24, CE y los artículos 6.3 c) y 14.d) del Convenio Europeo para la Protección de

los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) hacen referencia a “la defensa y asistencia de letrado” ¿se están refiriendo tanto a la “defensa” como a la “asistencia” o sólo a esta última, reconociéndose un derecho fundamental a la defensa privada o autodefensa ante los tribunales?

Ni las referidas expresiones, ni el hecho de que España haya suscrito los pactos internacionales señalados en primer lugar, implican una efectiva incorporación de la autodefensa a nuestro proceso penal, al menos en sentido amplio. El tribunal constitucional ha señalado que en el artículo 24, CE, se reconoce tanto un derecho a la defensa técnica o a través de abogado, cuanto a la autodefensa o defensa privada. Sin embargo, no existe un derecho constitucional a la autodefensa con virtualidad para excluir la defensa técnica en aquellos casos en que el legislador haya optado por establecer la obligatoriedad de la defensa técnica. El contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica.

Corresponde al legislador, en definitiva, establecer para cada proceso si la autodefensa es una alternativa o si la defensa técnica es obligatoria (SSTC 42/1982, 181/1994 y 29/1995). En todo caso, el contenido de la defensa técnica es mayor, ya que, si bien la asistencia letrada puede ser impuesta pero nunca excluida, la autodefensa puede ser permitida pero nunca impuesta.

*Derecho a la defensa y asistencia de letrado* es un derecho de doble proyección que garantiza tanto la asistencia letrada al detenido (artículo 17.3, CE) como la asistencia letrada al imputado o acusado (artículo 24.2, CE), y cuyo contenido, a veces solapado (cuando el detenido adquiere la condición de imputado), no es idéntico sino mucho más amplio en el segundo de los casos (STC 196/1987).

El derecho de asistencia letrada, en cuanto derecho subjetivo, tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción. Ahora bien, en ocasiones, constituye, asimismo, una exigencia estructural del proceso y garantía del correcto desenvolvimiento del mismo. De ahí que la designación de letrado se torna en una obligación jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos jurisdiccionales (SSTC 47/1987, 135/1991, 132/1992 y, entre otras, 229/1999).

Forma parte del contenido de este derecho el de poder designar a un abogado de libre elección, desechando la posibilidad de que se le imponga

uno de oficio (artículo 14.3 d) P.I.D.C.P. y artículo 6.3 c) C.E.D.H. y STC 196/1987). Esta nota es aplicable a la asistencia letrada del artículo 24.2, pero no a la del artículo 17.3, CE (STC 196/1987).

El *alcance de este derecho* garantiza la asistencia del letrado en todas las diligencias policiales y judiciales, pero no su ineludible asistencia a todos y cada uno de los actos instructores (STC 229/1999). En particular se ha reclamado en la detención y en la práctica de prueba sumarial anticipada (SSTC 42/1982, 150/1989, 206/1991 y 229/1999, entre otras.)

La asistencia debe ser real, efectiva y no meramente formal, de ahí que, conforme al artículo 31, LAJG, salvo que los abogados designados de oficio hagan uso de su derecho a excusarse de la defensa en los estrictos términos en él contemplados, la defensa es obligatoria, sin que en ningún caso pueda aducirse la insostenibilidad del recurso respecto de quienes ya hubieran sido condenados (artículos 32 y 35, LAJG; SSTEDH, de 9 de octubre de 1979, de 13 de mayo de 1980 y de 25 de abril de 1983).

Para considerar satisfecho el derecho de defensa no basta con la mera designación de los correspondientes profesionales, siendo necesario que los así nombrados proporcionen una asistencia real y operativa (STC 105/1999 y SSTEDH de 9 de octubre de 1979—caso Airey—, 13 de mayo de 1980—caso Artico— y 25 de abril de 1983—caso Pakelli—). En idéntico sentido, los órganos judiciales deben velar por la efectividad del derecho en cada caso concreto, especialmente en el ámbito penal, no limitándose a proveer para que se designe abogado de oficio, sino ampliando su cometido a poner remedio a las situaciones de pasividad del letrado, singularmente en los casos en que actúa de oficio.

*El derecho al intérprete* se liga con el derecho a la asistencia letrada, la adecuada defensa y asistencia exige el previo requisito de la comunicación inteligible. De ahí que, aunque no esté previsto legalmente sino para el detenido y otros aspectos (artículos 440, 441 y 442, LEcRim), una lectura integradora con la Constitución (artículo 24.2 y el citado derecho a la asistencia letrada) y las normas internacionales (artículo 6.3, CEDH) incluyen este derecho al intérprete en el de disponer de la facilidades necesarias para la preparación de la defensa del acusado (STEDH, de 13 de mayo de 1980—caso Artico—, SSTC 74/87 y 71/88) (artículos 762, regla 8a., LEcRim, en relación con los artículos 398, 440 y 441, LEcRim).

*Derecho a utilizar todos los medios pertinentes para la defensa.* Este derecho, constitucionalizado en el artículo 24, y aplicable tanto al proceso penal como al civil, presenta unos caracteres tan amplios que debe irse matizando con las múltiples delimitaciones que ha ido señalando el tribunal constitucional. Su contenido básico comprende, a su vez, tres derechos:

- a) A proponer la práctica de medios de prueba.
- b) A obtener un pronunciamiento motivado sobre la inadmisión de alguno o de todos los medios de prueba propuestos.
- c) A la práctica de la prueba propuesta.

A partir de estas bases, el ejercicio de cualquiera de ellos, como “derecho de configuración legal” que es, se encuentra sometido al cumplimiento de las normas procesales que regulan la prueba en el proceso correspondiente, en este caso el proceso penal. Baste resaltar aquí las siguientes notas:

- La existencia de un derecho genérico a la prueba no se traduce en un derecho absoluto y automático a ella, en todos los procesos y en cualquiera de sus grados (STC 33/2000).
- La inadmisión, siempre que esté motivada y razonada, de un medio de prueba no vulnera este derecho fundamental (SSTC 147/1987 y 52/1989, entre otras muchas).
- El concepto de “pertinencia” es más amplio que el utilizado generalmente en la técnica procesal, abarcando no sólo la pertinencia en sentido estricto, sino la utilidad/necesidad de la prueba y la licitud de la misma.
- Para que la falta de práctica de una prueba ya admitida vulnere este derecho fundamental no es suficiente el dato de esa falta de práctica en sí, pues se exige, además, que la ausencia de práctica probatoria no sea imputable al justiciable y que su inejecución no derive de la aplicación motivada y razonable de una causa legal que lo permita (STC 246/1994).
- La inadmisión o falta de práctica del medio de que se trate debe haber provocado efectiva indefensión, con arreglo a los parámetros señalados líneas más arriba (STC 1/1996).

#### 4. *Principios procedimentales*

##### A. *Oralidad y escritura*

Se entiende por oralidad la forma procedural que implica fundamentar la resolución judicial únicamente en el material aportado por las partes por medio de la palabra hablada, y especialmente en la prueba desarrollada oralmente ante el órgano judicial.

El principio de escritura, por el contrario, informa un proceso en el que la resolución se fundamenta en los datos deducidos o alegados por las partes por escrito.

Nos encontramos ante un proceso oral cuando el proceso acaba con una vista oral en la que el juez toma contacto directo con las pruebas personales y con las partes, aunque dicha audiencia haya sido preparada por actos escritos.

Será escrito cuando las actuaciones determinantes sean escritas, operando las orales, de haberlas, con carácter absolutamente accesorio.

Hoy en día, no obstante, no existe procedimiento que sea radicalmente oral o escrito, de manera que la configuración procedural a estos efectos termina por ser una cuestión de preeminencia, más que de opción.

Descendiendo ya a un plano concreto, el artículo 120.2, CE, incorpora la oralidad al marco constitucional, especialmente en el proceso penal (“el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”). Dicha incorporación, sin embargo, no es imperativa, de manera que no se opone al precepto constitucional el establecimiento de una fase o de determinados actos inspirados en el principio de la escritura: así, por ejemplo, los escritos de calificaciones (artículos 650 y 732.2, LECrim), o los artículos de previo pronunciamiento (artículo 668, LECrim), o el régimen de la prueba documental diseñado por el artículo 726, LECrim.

En términos generales, por tanto, nuestro proceso penal está informado por el principio de oralidad en sus aspectos esenciales: la práctica de la prueba (artículos 701 a 730, LECrim), los informes de acusación y defensa (artículos 734 a 737, LECrim), la última palabra al acusado (artículo 739, LECrim.) y, especialmente, que el juez dicte sentencia con arreglo a las pruebas practicadas en el juicio (artículo 741, LECrim).

Parte sustancial de la vigencia del principio de oralidad, como del de escritura, es que llevan acompañada la de otros principios que son su consecuencia. En el caso de la oralidad, su vigencia acarrea la del de inmediación, el de concentración y el de publicidad.

### B. *Mediación e inmediación. Concentración*

Según el principio de inmediación, y el de oralidad al que lógicamente acompaña, el juez que resuelva el proceso debe haber asistido a la práctica de las pruebas “con inmediación”, apreciando las declaraciones y observando directamente los restantes medios de prueba.

En el proceso penal, sobre todo en su fase oral, impera el principio de inmediación (artículos 701 y 734 a 739, LECrim). La actividad probatoria y los informes han de realizarse ante el tribunal (artículos 688,2 y 683, LECrim). La sentencia ha de discutirse inmediatamente después de celebrado el juicio (artículo 149, LECrim), en tres días si se trata de delito y el mismo día si fuera una falta (artículos 741 y 203, LECrim). Además, en caso de suspensión dilatada del juicio (artículo 746.4 y 5), se declara la nulidad del juicio, iniciándose otra vez el juicio oral (artículo 749, LECrim).

En la fase instructora, sin embargo, en parte porque al menos teóricamente no hay fase probatoria alguna, y porque en todo caso quien instruye no juzgará posteriormente, la inmediación no tiene la relevancia que presenta en la fase enjuiciadora, operando la escritura y la mediación sin mayores dificultades.

Únicamente debe recordarse la frecuencia con la que determinadas actividades, originariamente instructorias, devienen posteriormente pruebas preconstituidas, lo que presenta la dificultad de integrar este principio en aquella actuación, normalmente realizada en ausencia del órgano judicial, o en todo caso de aquél que después debe resolver.

Similar obstáculo presenta la adecuación a la necesidad de una doble instancia en el proceso penal, porque difícilmente el juez de la apelación podrá cumplimentar los principios de oralidad e inmediación de una prueba practicada en primera instancia. La reproducción a través de modernos medios técnicos puede paliar hasta cierto punto esta dificultad. Ello no obstante, conviene tenerla bien presente, máxime después de la STC 167/2002 que ha rechazado la posibilidad de condenar en recurso de apelación revocando una sentencia de primera instancia absolutoria, precisamente porque la inexistencia de vista (que puede o no desarrollarse) en el caso concreto que se resuelve suponía la condena a través de unos medios de prueba sobre los que el órgano de apelación no habían actuado con inmediación, y careciendo las partes de la necesaria facultad de contradicción (FFJJ 9 y 10).

### C. Celeridad. El problema del “plazo razonable”

El artículo 24.2 de la Constitución española eleva a la categoría de fundamental el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Las principales dificultades para interpretar el contenido de dicho derecho provienen de su íntima relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, puesto que la justicia tardía equivale, hasta cierto punto, a denegación de la justicia.

En apretada síntesis, la dilación indebida es aquella inobservancia de la norma jurídica que fija el plazo para la práctica de una actuación judicial determinada, imputable al quehacer del órgano jurisdiccional, que no obedece a la consideración de la exigencia derivada del artículo 24.1 de la Constitución.

Es importante resaltar que la vulneración del derecho fundamental se produce no por una mera “dilación”, es decir por el mero incumplimiento de los plazos legalmente previstos, sino que es preciso que dicha dilación sea, además, “indebida”, es decir, que no pueda justificarse en razones de tutela judicial.

### D. Publicidad

#### a. Publicidad y secreto

La publicidad hace referencia a la posibilidad de que las actuaciones sean presenciadas por la sociedad, en general, y por el público asistente, en particular, a través de la conocida “audiencia pública”.

La llamada “*publicidad interna*”, aquélla que se predica de las partes en el proceso no se comprende aquí, sino en la prohibición de indefensión.

De ahí que el derecho a un proceso público se ostente por las partes, pero también por terceros.

Este principio se encuentra actualmente constitucionalizado en los artículos 24.2 y 120 de la norma fundamental y en el artículo 14.1, PIDCP, y el artículo 6.1, CEDH.

El tribunal Constitucional resalta la importancia de este principio en atención a su doble finalidad: “por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de derecho” (STC 96/1987).

También puede examinarse la principal doctrina emanada del TEDH en los siguientes casos: Le Compte, Van Leuven y De Meyere, de 28 de junio de 1981; Albert y Le Compte, de 10 de febrero de 1983; Pretto, de 8 de diciembre de 1983; y Axen, de 10 diciembre de 1983.

Por garantizar precisamente la *publicidad externa*, la aplicación de este principio presenta distinta intensidad en las dos fases del proceso penal.

En la fase de investigación prevalece el secreto de las actuaciones (artículo 301, LECrim), aunque significativamente paliada respecto de las partes personadas y las diligencias que se practiquen una vez adquieran tal condición, salvo que se declare secreto el sumario (artículos 302, LECrim y 234, LOPJ).

En el juicio oral, la vigencia del principio de publicidad es absoluta, constituyendo su infracción motivo de nulidad absoluta conforme al artículo 681.1o., LECrim y al artículo 238, LOPJ.

Las escasas excepciones que contempla la LECrim (artículos 680, 684 y 686-687) no hacen sino confirmar la regla general, y deben, además, por tener tal carácter, resolverse mediante resolución motivada, conforme al artículo 232.2, LOPJ, y aludir expresamente a los motivos que justifican tal exclusión de la publicidad.

Dos cuestiones merecen una atención especial, aunque breve: el secreto del sumario y la intervención de los medios de publicidad y aparatos de reproducción en los juicios.

#### *b. Secreto del sumario*

Entendiendo por “secreto externo del sumario” aquél que conforme al artículo 301, LECrim, rige frente al público en general, el TC ha elaborado una doctrina que, a la par que lo legitima (resulta procedente prohibir llevar a cabo una revelación indebida transmitiendo datos de los que se han conocido a través del sumario), proclama que su contenido y extensión deben interpretarse restrictivamente, de forma que si el hecho se conoce por otra vía que no sea la revelación indebida, el secreto no afecta a los hechos, pudiendo revelarse en uso de la libertad de información. Lo contrario, se aduce, sería crear una atípica e ilegítima materia reservada (STC 13/1985).

En cuanto al conocido como “secreto interno del sumario”, aquél que excepcionalmente puede imponerse a las partes, el TC ha recordado su interpretación sobre el principio de publicidad interna, que se excluye del

derecho a un proceso público y se entiende comprendido en el derecho de defensa (STC 64/1994 y ATC 270/1994).

El tribunal constitucional sienta la siguiente doctrina: el proceso penal puede tener una fase sumaria amparada por el secreto y en cuanto tal limitativa de la publicidad y de la libertad. Ahora bien, como el secreto se configura como impedimento al conocimiento de las actuaciones seguidas en esta etapa del proceso penal (artículo 301, LECrim), dicho secreto implica que no puede trasgredirse la reserva sobre su contenido por medio de “revelaciones indebidas” (artículo 301.2, LECrim) o a través de un conocimiento ilícito y su posterior difusión. Ahora bien, fuera de este ámbito no cabe arrebatar uno o varios elementos de la realidad social a la libertad de información sin crear indebidamente una “materia reservada” (STC 13/1985).

### *C. Intervención de los medios de comunicación*

El TC ha entendido comprendido en el artículo 14.1, PIDCP, y en el artículo 6, CEDH, la posibilidad de que los medios de comunicación proyecten al exterior los juicios, más allá del círculo de las personas presentes en los mismos (SSTC 30/1982 y 128/1988). Se detectan, no obstante dos problemas: los llamados “juicios paralelos” y la dificultad de articular la publicidad en la fase de instrucción, por temor a la llamada “pena de banquillo”. Al primer respecto (juicios paralelos) se tiene presente la doctrina sentada por el caso “Sunday times vs. Reino Unido” y la doctrina del “Contempt of Court”.

### *5. El principio de proporcionalidad*

De la necesidad de proporcionalidad se vienen manejando diferentes aplicaciones. La primera, más general, comprende el amplio espectro que abarca toda actuación generalmente jurisdiccional, aunque también puede predicarse del legislador. Según esta primera acepción, se explican la necesidad de guardar proporción a la hora de fijar y establecer la pena concreta en relación con la conducta y circunstancias de que se trate; la necesidad de prestar fianza para el ejercicio de la acción popular o para fijar su cuantía; la lectura que el tribunal constitucional lleva a cabo de la concurrencia de los requisitos procesales en relación con el derecho a los recursos, o la exigida a la hora de decidir sobre la prisión provisional y, con carácter

previo, de su propia configuración legal (así se señala en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, de 2003, pendiente de presentación a las Cortes para su tramitación).

La segunda acepción es aquella desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemanas a partir de la Segunda Guerra Mundial y de la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn como requisitos generales que deben observarse a la hora de interpretar la regulación legal o cuando haya que llenar una laguna legal, como sucede en España con las intervenciones corporales. Referido esencialmente a las medidas limitativas de derechos fundamentales, comprende tres “subprincipios”: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad *“stricto sensu”*.

1) La “*idoneidad*” se refiere a la adecuación objetiva y subjetiva de la causalidad de la medida limitativa en relación con sus fines, de modo que las injerencias sean adecuadas cualitativa, cuantitativamente y en su ámbito subjetivo de aplicación. Así, por ejemplo, se entiende cualitativamente adecuado acordar la entrada y registro en un domicilio para recoger pruebas, conforme al artículo 546 LECrim. La adecuación cuantitativa suele aplicarse a la duración de la limitación (los tres meses prorrogables de las escuchas telefónicas, o la duración de la incomunicación señalada en el artículo 506). Finalmente la adecuación subjetiva se contrae a la previa individualización de los particulares cuyos derechos sea preciso restringir, valorando el grado de imputación en la comisión del hecho punible y procurando evitar el someter a un número indeterminado de ciudadanos a las restricciones que se acuerden (registros indiscriminados de ficheros médicos, “peinado” de barrios).

2) La “*necesidad*” o “*alternativa menos gravosa*” o “*intervención mínima*” implica la manifestación externa y comparativa de la proporcionalidad. En su virtud se compara la medida restrictiva que se pretende adoptar con otras posibles, debiendo acogerse la menos lesiva para los derechos de los ciudadanos. Ejemplos de aplicación de este principio son la configuración de la libertad provisional como estado del ciudadano no sometido a prisión provisional, y la preferencia por medidas alternativas a la prisión provisional, como la vigilancia en domicilio, la orden de no ausentarse de un lugar determinado o la retirada de pasaporte, entre otras.

3) La tercera acepción es la señalada *proporcionalidad “stricto sensu”*. Con la misma se hace referencia a la necesidad de ponderar los intereses

en conflicto a la hora de limitar el ejercicio del derecho fundamental de que se trate, de manera que se sopesen los intereses individuales (los del titular del derecho fundamental, generalmente) con el interés estatal que se pretende salvaguardar con la limitación. Ejemplos de ello son los conflictos entre el derecho al honor y a la libertad de expresión; o la tensión entre el derecho a la presunción de inocencia del imputado y el derecho a la libertad de información.

## II. ÓRGANOS Y PERSONAS QUE INTERVIENEN EN PROCESO

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución, “el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces y magistrados”.

Es obvio, por otra parte, que la administración de justicia precisa de otros órganos y personas que, aun sin ejercer la potestad jurisdiccional, colaboran o auxilian a los jueces y magistrados.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando regula dichos órganos, distingue, en atención a la dependencia funcional de éstos respecto de los órganos judiciales, entre “personal al servicio de la administración de justicia” y “personas que cooperan con la administración de justicia”.

Integran el primer grupo, los secretarios judiciales, los oficiales, auxiliares y agentes judiciales y los médicos forenses y otros cuerpos de especialistas. El personal colaborador contemplado en la LOPJ lo forman el Ministerio fiscal, la policía judicial, los abogados y los procuradores.

### 1. *Policía judicial*

#### A. *Cuestiones generales*

El auxilio de la policía resulta frecuentemente esencial para el ejercicio de la función jurisdiccional, sobre todo —aunque no exclusivamente— en el proceso penal. En ocasiones, efectivamente, el desarrollo de las actuaciones procesales precisa la utilización de técnicas y métodos policiales (criminalísticos, sobre todo) o, simplemente, se hace necesario utilizar la fuerza para llevar a término ciertas actuaciones procesales, como capturar la persona a la que se imputa un delito, ponerlo a disposición de los tribunales, practicar un cacheo, etcétera.

Hay fundamentalmente dos maneras de organizar la policía que auxilia los tribunales: crear un cuerpo policial propio que dependa exclusivamente de los tribunales o del Poder Judicial; o poner al servicio de los tribunales unidades de los cuerpos policiales dependientes de las administraciones públicas. El artículo 126, CE, no impone ninguno de los dos modelos, sino que se limita a establecer que la policía judicial depende de los tribunales (y del Ministerio fiscal) con respecto a la investigación del delito y el descubrimiento y el aseguramiento del delincuente. El legislador, aun así, ha optado finalmente por organizar la policía judicial conforme a la segunda de las posibilidades indicadas antes: poner a disposición de los tribunales unidades de los cuerpos policiales de las administraciones públicas. La policía judicial, además, no está únicamente al servicio de los tribunales, sino también del Ministerio fiscal, lo cual ha sido objeto de crítica desfavorable a causa de la diversidad de las funciones asignadas a cada una de ambas instituciones y de las diferencias en sus modos y filosofías de actuación.

La regulación de la policía judicial, amén del mencionado artículo 126 de la Constitución española, se encuentra, fundamentalmente, en los artículos 443 a 446 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como en algunos Estatutos de Autonomía, que contemplan la creación de cuerpos policiales propios y que prevén que dichos cuerpos pueden asumir algunas de las funciones propias de la policía judicial.

### *B. Las unidades orgánicas de policía judicial*

Teóricamente, puede actuar como policía al servicio de los tribunales cualquier cuerpo policial de los existentes en el Estado español —naturalmente dentro del ámbito territorial de la administración pública a que pertenezca—, incluso las policiales locales, cuando sean requeridas a tal efecto por un órgano judicial (artículo 443, LOPJ). Pero el artículo 444, LOPJ, dispone la creación de las denominadas unidades orgánicas de policía judicial, integradas por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, aunque también puede cooperar, como colaborador, el personal de las policías autonómicas y locales (artículo 29, de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en lo sucesivo LOFCSE).

La interpretación del término “colaborador” se ha hecho de tal modo que se han acabado formando unidades orgánicas integradas únicamente por miembros de las policías autonómicas de Euskadi y Catalunya (Ertzant-

za y Mossos de Esquadra). Estas unidades deben revestir carácter permanente y estable, contar con la debida especialización y son principalmente de ámbito provincial, sin perjuicio de que se organicen unidades de ámbito superior si lo requiere la persecución de ciertos delitos.

### *C. Dependencia funcional y orgánica de la policía judicial*

De conformidad con el mandato del artículo 126, CE, estas unidades orgánicas de policía judicial o, en general, las fuerzas policiales que por requerimiento de los tribunales actúen en tareas de policía judicial, dependen funcionalmente (con respecto a las funciones que llevan a cabo por encargo de los órganos judiciales) del tribunal que le encomienda las diligencias, y orgánicamente (con respecto a su adscripción, encuadramiento administrativo, carrera y situación profesional etcétera) al cuerpo de policía del que provienen, y por lo tanto, a la administración correspondiente (gobierno central, autonómico o corporación local). Este reparto de atribuciones o dependencias no elimina por sí mismo el riesgo, siempre presente y real, de interferencias o inmisiones de las administraciones públicas en las tareas jurisdiccionales. El legislador trata de mitigar este peligro estableciendo dos garantías, consistentes en una cierta exclusividad e inamovilidad.

### *D. Inamovilidad*

Los artículos 446.2, LOPJ y 34, LOFCSE, establecen que los funcionarios de las unidades de policía judicial no pueden ser removidos o apartados de la investigación concreta que se les haya encomendado hasta que no haya finalizado ésta o la fase del procedimiento judicial que la originó, si no es por decisión o autorización del juez o fiscal competente. Se trata de una importante prevención, al contribuir a evitar que la administración ponga obstáculos a investigaciones que le resulten “molestas”.

### *E. Exclusividad*

El artículo 445.2, LOPJ, dispone que en caso alguno podrá encomendarse a los miembros de aquellas unidades la práctica de actuaciones que no sean las propias de la policía judicial o derivadas de éstas. La finalidad del precepto estriba también en evitar obstáculos a la investigación judi-

cial, dirigidos a impedir que las fuerzas policiales puedan llevarla a término con la debida dedicación al haberse de ocupar en otras misiones. Pero el artículo 33, LOFCSE, introdujo una disposición ciertamente inquietante, al contener un redactado que podría perjudicar esta exclusividad: “los funcionarios adscritos a las unidades de policía judicial llevarán a cabo esta función con carácter exclusivo, sin perjuicio de que puedan desarrollar también las misiones de prevención de la delincuencia y otras que se les encomienden, cuando las circunstancias lo requirieran...”.

#### F. Funciones

El artículo 445.1, LOPJ, atribuye a la policía judicial las siguientes funciones:

- Averiguar los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta a la autoridad judicial y fiscal.
- Auxiliar la autoridad judicial y fiscal en todas las actuaciones que se tengan que practicar fuera de su sede y requieran la presencia judicial.
- La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción.
- La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o fiscal.
- Cualquier otra de la misma naturaleza que sea necesaria para auxiliar a la autoridad judicial o fiscal.

#### 2. Secretarios judiciales

- a) La regulación se encuentra en los artículos 472 a 483, LOPJ, desarrollados por el Reglamento Orgánico del cuerpo, aprobado por RD 429/1988, de 29 de abril.
- b) Sus funciones aparecen en el artículo 473, LOPJ y en otros preceptos de la LOPJ y del mencionado Reglamento Orgánico. Siguiendo a Montero Aroca, pueden sistematizarse como sigue:

- *Ejercer la fe pública en el ámbito judicial.* En este sentido, el Secretario autoriza las providencias y autos y su ausencia en las

actuaciones las vicia de nulidad; expide copias certificadas y testimonios de las actuaciones.

- *Documentación.* Los secretarios judiciales redactan actas, diligencias y notas; facilitan a los interesados el acceso a los libros, archivos y registros judiciales; expiden testimonios y certificaciones; procuran a los interesados información sobre el curso de las actuaciones; ponen diligencias para hacer constar el día y la hora de la presentación de escritos.
- Son los jefes directos del personal de la secretaría que tienen asignada, sin perjuicio de la superior dirección de los jueces y presidentes.
- *Comunicación.* El Secretario asume la realización de los actos de comunicación y las notificaciones en general y da cuenta formal, en el sentido de poner en conocimiento del tribunal la presentación de escritos.
- *Impulso y ordenación procesal.* Según el artículo 288, LOPJ, los secretarios dictan diligencias de ordenación, para dar a las actuaciones el curso establecido por la ley e impulsar formalmente el procedimiento. También proponen al tribunal las resoluciones que según la ley hayan de revestir la forma de providencia o de auto (artículo 290, LOPJ).
- *Tareas burocráticas o de oficina judicial.* Llevan a cabo la guarda y depósito de la documentación, su archivo y la conservación de bienes y objetos afectados por los expedientes judiciales y responden del depósito, en las instituciones legales, de las cantidades y valores, consignaciones y fianzas que se produzcan; tienen a su cargo la confección de la estadística judicial; realizan las tasaciones de costas procesales, etcétera.

Están sujetos a las mismas incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que los jueces y magistrados, excepto en lo que se refiere a la actividad política (artículo 474, LOPJ).

- c) Se tiene acceso al cuerpo mediante oposición libre. Una de cada seis plazas vacantes se reserva para oficiales judiciales, que aparte de tener la condición de licenciados en derecho, superen un concurso (artículo 478, LOPJ).

- d) Los secretarios judiciales ostentan la condición de autoridad (artículo 281.1, LOPJ) y se sientan en estrados a la misma altura que los miembros del tribunal (artículo 187, LOPJ).

3. *Oficiales, auxiliares y agentes judiciales*

- a) Su régimen jurídico se halla en los artículos 484 a 496, LOPJ y en el RD 249/1996, de 16 de febrero, que desarrolla aquellos preceptos.
- b) Los oficiales realizan las tareas de tramitación de los asuntos y otras de la misma naturaleza que se les encomienden, y sustituyen en ciertos casos a los secretarios.
- c) Los auxiliares realizan funciones de colaboración en el desarrollo general de la tramitación procesal, las de registro, tareas ejecutivas no resolutorias, los actos de comunicación que les encomienda la ley y, en ciertos casos, sustituyen a los oficiales.
- d) Los agentes judiciales guardan y hacen guardar sala, ejecutan los embargos, lanzamientos y actos parecidos, realizan los actos de comunicación no encomendados a otros funcionarios, actúan como policía judicial y se ocupan de funciones de vigilancia y custodia.

4. *Médicos forenses y otro personal al servicio de la administración de justicia*

Tienen encomendadas las siguientes funciones (artículo 498, LOPJ):

- a) Asistencia o vigilancia facultativa a los detenidos, lesionados o enfermos que se encuentren bajo la jurisdicción de aquellos.
- b) Asistencia técnica a los juzgados, tribunales, fiscalías y oficinas del Registro Civil en materias de su disciplina profesional.

Los artículos 501 y 503 a 506, LOPJ, se refieren a los Institutos de Medicina Legal y al Instituto de Toxicología, integrados por médicos forenses, y que realizan tareas de asistencia a los tribunales en las materias propias de su especialidad. El artículo 508.1, LOPJ establece que pueden crearse otros servicios de profesionales o expertos, con régimen funcional o laboral, para auxiliar a la administración de justicia. Además de los cuerpos o servicios específicamente creados para auxiliar a la administración de justicia, existen otras instituciones creadas con finalidades diferentes

que colaboran con los tribunales si son requeridos para ello (Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos exteriores o el Instituto Nacional de Medicina y Seguridad del Trabajo).

### *5. Ministerio Público (órgano oficial de la acusación)*

#### *A. Función y encuadramiento institucional*

El Ministerio fiscal es una institución del Estado regulada principalmente en los artículos 124.1, CE, y 435.1, LOPJ, y en el Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal (EOMF), aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre. Los artículos 124.1, CE, y 435.1, LOPJ, le asignan 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, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Estas funciones son objeto de mayor concreción en la enumeración no cerrada del artículo 3, EOMF. La multitud de funciones o cometidos que se agolpan en estos preceptos no ha de oscurecer la verdadera razón de ser que justifica la existencia de esta institución, que puede reconducirse a la siguiente: la persecución del interés social plasmado en el ordenamiento jurídico a través, sobre todo, de su actuación en los tribunales.

Esta persecución o promoción del interés social positivizado en las leyes le lleva a intervenir, por ejemplo, en los procesos civiles en que se ventila un interés público (como es el caso de los procesos de familia, incapacitación, etcétera), en los procesos de amparo ante el tribunal constitucional, en ciertos procesos ante el orden jurisdiccional contencioso administrativos, etcétera. Pero, en la práctica, donde la presencia y actuación del Ministerio fiscal resulta más frecuente e intensa es en el proceso penal. De hecho, el nacimiento del Ministerio fiscal aparece vinculado a la supresión del proceso penal inquisitivo, donde el juzgador asumía simultáneamente la función de acusar y la de sentenciar. La separación de estas funciones implicaba crear una institución que ejerciera la acusación, puesto que dejar esta función exclusivamente en manos de los particulares podía conducir a la no persecución e impunidad de numerosos delitos. La institución ha ido evolucionando y en la actualidad se ocupa de más funciones que las estrictamente penales y, dentro de éstas, su función no es sólo la de acusar, sino también la de intervenir con objetividad en las cau-

sas criminales, aunque, en la mayoría de ocasiones, la posición del Ministerio fiscal en el proceso acostumbra a ser la de acusador.

En todo caso, la promoción o defensa del interés público no significa la defensa del Estado como persona jurídica, la actuación del cual, en el peor de los casos (por desgracia nada infrecuente), podría resultar contra aquel interés. En este supuesto, precisamente, el Ministerio fiscal vendría obligado, en virtud de la sujeción a la legalidad y de la imparcialidad que deben regir su actuación, a proceder contra el propio Estado como persona jurídica o contra sus agentes o autoridades. La defensa del Estado, por otra parte, queda cubierta con la actuación de ciertos cuerpos (sobre todo los abogados del Estado) o a través de otros mecanismos. Delimitada así la función del Ministerio fiscal, es fácil entender que su encuadramiento institucional no se sitúa en el Poder Judicial. Colabora, sí, en la actividad jurisdiccional con el ejercicio de sus funciones. Pero no tiene encomendada la función de juzgar. De ahí que resulte sorprendente, desacertada y engañosa la redacción del artículo 2.1, EOMF, donde se dice que el Ministerio fiscal está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial. Si el Ministerio fiscal no ejerce tareas jurisdiccionales sino que colabora con la administración de justicia, es también claro que no le resulta connatural la independencia. De hecho, su organización jerárquica o piramidal demuestra claramente que el legislador no ha querido conferirle esta nota, de la que estrictamente no precisa para el desempeño de sus funciones.

### B. *Organización*

Según el artículo 12, EOMF, el Ministerio fiscal cuenta con los siguientes órganos:

- Fiscal General del Estado: Lo nombra el rey a propuesta del gobernador, una vez oído el CGPJ (artículo 124.4, CE) y puede ser cesado del mismo modo (artículo 29.1, EOMF). Le corresponde la dirección superior del Ministerio fiscal.
- Consejo Fiscal.
- Junta de Fiscales de Sala.
- Inspección Fiscal.
- Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.
- Fiscalía del TS.
- Fiscalía ante el tribunal Constitucional.

- Fiscalías de la AN, de los TSJ y de las AP.
- Fiscalías especiales: sobre todo la Fiscalía Especial por la Prevención y Represión del Tráfico ilegal de Drogas, y la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.

#### *6. Otros acusadores: el acusador popular*

El artículo 101, LECrim, atribuye el ejercicio de la acción penal, no sólo y como acusador oficial al MF, además de al perjudicado por el delito (acusador particular), sino a todo ciudadano español que la ejercite conforme a las prescripciones de la ley: a este sujeto español, no directamente ofendido o perjudicado por el delito, se le denomina acusador popular. En cambio, el legislador sólo le concede la acción penal a los ciudadanos extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o sus bienes, o sobre las personas o bienes de sus representados (artículos 270 I y II, en relación con los artículos 280 y 281, LECrim).

La existencia de esta acción penal popular, abierta a cualquier ciudadano, de clara procedencia acusatoria, se constitucionalizó junto al jurado en el artículo 125, CE, y ha sido reconocida expresamente por el tribunal constitucional en diversas sentencias.

Aunque durante un tiempo la figura del acusador popular suscitó escaso interés y de hecho su uso era ciertamente escaso, diversas circunstancias han conducido a que sea objeto de una inusitada atención por parte de la fiscalía, los autores y determinados colectivos que se han servido de ella para acceder en condición de parte al proceso.

Aunque en general se defiende la figura, no faltan quienes denuncian sus inconvenientes. En defensa de la figura del acusador popular se suele aducir, fundamentalmente, una cierta desconfianza hacia el uso de la acción oficial y una defensa de una más amplia concepción del derecho de acceso a la justicia penal. Las críticas se centran en considerar que su utilización indiscriminada ha desnaturalizado las finalidades del proceso penal, ya que obedece no a intereses altruistas y generales sino a otros particulares de venganza, privatizando el proceso penal y permitiendo que en él se usen mecanismos propios del derecho privado. Entre quienes acogen esta última tesis destaca la Fiscalía General del Estado, que ha dedicado varios documentos a una crítica importante de la figura.

*A. Características esenciales y configuración constitucional*

- a) La acción popular se configura como derecho constitucional de todos los ciudadanos, cuyo contenido, requisitos y desarrollo debe efectuarse en un texto legal (lo que se conoce como “derecho de configuración legal”). De ahí que en determinados ámbitos, como el procedimiento de menores o la jurisdicción militar, se encuentre legítimamente excluido.
- b) Sirve para defender un interés general del conjunto de la sociedad, de manera que quien la ejercita no pretende la defensa de nada integrado en su esfera personal de derechos e intereses legítimos, sino que persigue preservar intereses de la colectividad social en su conjunto.
- c) Como última característica resalta el dato de que se trata de una acción pública ejercitada por particulares.

*B. Quiénes puede ejercitar la acción popular y quiénes están excluidos*

El artículo 101, LECrime, señala que “todos los ciudadanos españoles podrán ejercitar la acción penal”. Durante un tiempo resultó dudoso que las personas jurídicas pudiesen ejercitar la acusación popular: finalmente, a pesar de cierta reticencia por parte de los tribunales, la respuesta afirmativa ha encontrado respaldo en una interpretación amplia del término “ciudadano” que emplea el artículo 125, CE (SSTC 241/92 y 147/1985). Se establecen, eso sí, determinados presupuestos, en especial el de que el delito haya afectado a intereses que formen parte del objeto de la persona jurídica (así, las asociaciones de víctimas del terrorismo en los procesos por delitos de esta índole; las asociaciones de consumidores en relación con los delitos previstos en los artículos 281 y ss., CP; las asociaciones ecologistas en relación con el delito ecológico de los artículos 325 y ss. y 332 y ss., CP; o los sindicatos en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 y ss., CP).

Los artículos 102 y 103, LECrime, restringen el uso de la acción popular, negando la legitimación para su ejercicio en los siguientes casos:

- a) El que no goce de la plenitud de los derechos civiles, con arreglo a la legislación civil.

- b) El que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como autor del delito de denuncia o querella calumniosa.
- c) Los jueces y magistrados.

El artículo 102 señala dos excepciones a estas reglas negativas: 1) todos los excluidos podrán, sin embargo, ejercitar la acción penal ante delitos cometidos contra las personas o bienes de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines. En estos casos, los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles podrán ser parte, supliendo su incapacidad el representante legal; 2) los excluidos en los apartados a) y b) podrán, además, ejercitar la acción penal por delitos cometidos contra la persona o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal.

- d) Los cónyuges entre sí, salvo por los delitos cometidos contra los hijos.
- e) También entre sí los ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos o uterinos o afines.

De la peculiar estructura de la acción popular se deriva el hecho de estar excluido su ejercicio en los supuestos de delitos privados y semiprivados.

### C. *Especialidades en el ejercicio de la acción popular: criterios jurisprudenciales*

A las notas señaladas, por otra parte, debe añadirse una serie de especialidades configuradas por la jurisprudencia en el siguiente sentido:

- a) El acusador popular debe prestar fianza de la clase y cuantía que el juez estime suficiente, si bien el artículo 20.3, LOPIJ, señala que “no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será gratuita”. En igual sentido el TC ha declarado que la cuantía de la fianza ha de resultar adecuada al patrimonio del querellante (SSTC 62/83; 113/84; 1471/89 y 326/1994).
- b) El acusador popular carece de legitimación para solicitar cosa distinta de lo que es el contenido de la pura acción penal: ni puede ejercitar pretensiones civiles derivadas del delito, ni instar la condena en costas (STS 12-3-1992, artículo 2442).

### 7. Otros acusadores: *el acusador particular*

El acusador particular es la persona física o jurídica que ha sido ofendida por el delito y se constituye en parte activa en el proceso penal instando el castigo del responsable.

Aunque hay autores que entienden que la denominación “acusador particular” comprende tanto esta figura como la del acusador popular, el ejercicio de la acción es diferente en ambos casos, tanto en su presupuestos como en sus consecuencias jurídicas o su fundamento constitucional (artículo 125, CE, para la acción popular o artículo 24, CE, para la acción particular); de ahí que entendamos más correcto sostener la diferencia terminológica.

Ofendido por el delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, sea español o extranjero, y tanto si se trata de persona física como jurídica. En torno a esta afirmación cabe precisar:

- a) En ocasiones, cabe diferenciar entre ofendido y perjudicado, como en el supuesto típico del homicidio.
- b) El Estado y demás administraciones públicas pueden convertirse en acusadores particulares.

El ofendido puede constituirse en parte de dos maneras, bien formulando querella, conforme al artículo 270.1, LECrim, bien mostrándose parte en la causa en el procedimiento abreviado, sin necesidad de formular tal escrito (artículo 761, LECrim).

La víctima, tradicionalmente olvidada por el sistema penal y procesal penal, es el primer sujeto al que debe hacérsele el ofrecimiento de acciones, instruyéndole de tal derecho para que pueda intervenir en el proceso como parte (artículo 109, LECrim). Si el acusador particular no ha pedido la iniciación del proceso por medio de querella, el artículo 110, LECrim, le marca un límite preclusivo para mostrarse parte mediante el escrito de personación, antes del trámite de calificación (artículos 649, 642 y 643, LECrim). En el proceso abreviado, aun cuando no se fije un plazo preclusivo, habrá de hacerse en el trámite de presentación del escrito de acusación (artículos 782.2.a y 783.2, LECrim).

La reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado ha incorporado

textual y pormenorizadamente las exigencias de los deberes de información a las víctimas que prevé la legislación vigente (Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual), así como de los derechos contemplados en los ya citados artículos 109 y 110, LECrim.

En efecto el artículo 771.1, LECrim, señala, como deber de la policía, en el tiempo imprescindible y en todo caso, durante la detención si la hubiere, el de instruir al ofendido de los siguientes derechos:

- A mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella.
- A nombrar abogado o instar el nombramiento de uno de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita.
- A, una vez personado en la causa, tomar conocimiento de lo actuado, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 301 y 302, LECrim, e instar lo que a su derecho convenga.

Idéntico cometido se asigna al Secretario Judicial en la primera comparecencia judicial del ofendido y el perjudicado (artículo 776.1, LECrim).

Esta misma atención a los derechos de los directamente ofendidos o perjudicados por el delito se observa a la hora de notificar la hora y celebración del proceso (artículo 785.3, LECrim); el resultado del mismo proceso (artículo 789.4, LECrim); o la interposición y resolución del recurso, aunque no se haya sido parte en ellos (791.2 y 792.4, LECrim; artículo 976, LECrim, para el juicio de faltas).

### *8. Otros acusadores: el acusador privado*

Es la parte necesaria para la persecución de los delitos perseguibles únicamente a instancia de parte. En la configuración de la persecución penal de estos delitos —hoy reducidos a los de calumnia e injuria contra particulares (artículo 215, CP)— queda excluida la intervención del MF y se precisa de la presentación de querella del ofendido por el delito, quien deberá sostener la acción penal a lo largo del proceso, como única parte acusadora y en aplicación del principio acusatorio.

Se establece, por otra parte, un requisito de procedibilidad consistente en la exigencia de intentar la conciliación con el querellado antes de presentar la querella (artículo 278 y 804, LECrim).

De manera similar, si se trata de injurias y calumnias vertidas en juicio, debe presentarse, asimismo, licencia del juez o tribunal que hubiera conocido de él (artículos 279, LECrim y 215.2, CP).

Si se ha dicho que para la persecución es imprescindible el ejercicio de la acción penal por el ofendido, en cuanto a la efectiva disponibilidad a lo largo del proceso, así como a su terminación, si se trata de delitos de configuración absolutamente privada, el poder de disposición es total: si el ofendido no interpone querella no hay proceso, y éste se extingue tanto si se renuncia al ejercicio de la acción de manera expresa (artículos 106 II y 107) o como si se hace tácitamente (artículo 112 II). Paralelamente, la conclusión anticipada del proceso puede provenir:

- a) del perdón del ofendido, que salvo que se trate de menores o incapacitados, no precisa de aprobación alguna (artículos 130.4 y 215, CP); y
- b) de la renuncia de la acción por el ofendido, ya sea expresa (artículos 106 II y 107) o tácita (artículos 275 y 276).

## 9. *Formas de inicio del proceso penal: denuncia, querella, atestado, ex officio*

### A. *La denuncia*

Es la declaración de conocimiento, ciencia o voluntad, en virtud de la cual se ponen en conocimiento de la autoridad unos hechos que revisten los caracteres de delito.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal diferencia entre la forma en que hayan llegado a conocimiento del denunciante los hechos y la calidad de éste.

- a) Si el denunciante conoce del hecho en ejercicio de su cargo, profesión u oficio, su traslado al instructor, fiscal o miembro de la policía constituye un deber, cuya única excepción se establece para los abogados y procuradores respecto de las instrucciones de sus clientes (artículos 262-263 y 772 y 773.2, LECrim, y 5, EOMF).
- b) Si el denunciante es testigo directo del hecho, debe denunciarlo bajo amenaza de sanción económica (artículo 259, LECrim). De esta obligación se excluyen los impúberes, los que no gocen del pleno uso de razón, el cónyuge del delincuente, los ascendientes y descendientes

consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive, y los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos.

- c) Si el denunciante no es testigo directo, no cabe obligarle a denunciar y, en tal sentido, el artículo 264 establece un mero “deber cívico”, basado en el deber de colaboración del artículo 118, CE.
- d) Finalmente, de manera especial, si nos encontramos ante un delito perseguible a instancia de parte, la denuncia del ofendido por el delito operará como un presupuesto procesal de inexcusable cumplimiento, sin el cual el juez no podrá iniciar el procedimiento.

A través de la denuncia simplemente se da noticia a la autoridad de la comisión de un delito, pero no se ejerce la acción penal: por eso no se requiere ningún otro acto del denunciante, una vez interpuesta, ni que éste tenga que probar los hechos consignados en la denuncia, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes a los delitos que hubiere cometido a través de la propia denuncia o con su ocasión (artículo 264.3, LEcrim). La denuncia puede efectuarse:

- a) Ante el órgano jurisdiccional (el competente u otro que deberá remitirle las actuaciones, sin perjuicio de poder llevar a cabo las más urgentes: artículo 13, LEcrim).
- b) Ante cualquier miembro del MF (artículos 259; 262; 264 y 773.2, LEcrim y artículo 5, EOMF).
- c) Ante funcionarios de la policía, sin distinción de la pertenencia a diferentes cuerpos.

Formalmente, podrá hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por mandatario con poder especial (artículos 265 a 268, LEcrim).

Como consecuencia de la denuncia, amén de su consignación en un acta que deberá ser firmada por el declarante y por el funcionario o autoridad que la reciba, el juez, autoridad o funcionario hará constar la identidad de la persona del denunciante y, si éste lo exige, le dará un resguardo de haber formalizado la denuncia (artículos 266, 267 y 268, LEcrim).

Más allá de estos efectos, más formales, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé otros de mayor trascendencia material, y singularmente la ne-

cesaria comprobación de la verosimilitud de los hechos denunciados y si merecen ser investigados.

a) Si la denuncia se ha presentado ante el órgano judicial y se cree que los hechos denunciados no son constitutivos de delito o falta, o si la denuncia parece manifiestamente falsa, deberá dictarse resolución archivando las diligencias. Esta resolución, que debiera adoptar la forma de auto, será susceptible de recurso de reforma y queja en el procedimiento ordinario (artículos 217 y 218) o reforma y/o apelación en el ámbito del abreviado (artículo 766, LECrim). En caso contrario, se comunicará a la fiscalía, así como las diligencias practicadas para determinar los hechos y sus presuntos responsables.

b) Si la denuncia se presentó ante la fiscalía, el artículo 5 del EOMF ordena su remisión al juzgado competente o, en su caso, su archivo por entenderla infundada, de lo que deberá dar noticia al denunciante, o, finalmente, la práctica de diligencias para comprobar los hechos y las presuntas responsabilidades. Recuérdese, no obstante, que las mismas deberán cesar así que se tenga conocimiento de que por la vía que sea se han iniciado diligencias judiciales (artículo 773.2.III, LECrim).

c) Si, en un último supuesto, la denuncia se presenta ante la policía, derivará en un *atestado*, al igual que si la policía conoce del hecho por sí misma. En ambos supuestos, el artículo 284, LECrim, prescribe que lo participen a la autoridad judicial o al MF, sin perjuicio de seguir practicando las diligencias de prevención (aquéllas que por su naturaleza no pueden posponerse).

El atestado se presentará por escrito, haciendo constar todas las circunstancias inculpatorias y exculpatorias. Deberá firmarse y sellarse por la autoridad que lo dirija y por quienes hubieran participado en las diversas diligencias (incluidos testigos y peritos: artículos 292 y 293, LECrim).

### B. *La querella*

Es un acto procesal por el que se pone en conocimiento de un órgano jurisdiccional la perpetración de unos hechos con caracteres de delito y, además, se ejercita la acción penal (artículos 100 y 270, LECrim), lo que hace que el querellante se constituya en parte.

El artículo 277, LECrim, condiciona la eficacia de la querella al cumplimiento de una serie de requisitos:

- a) Deberá presentarse a través de procurador con poder bastante y suscrita por letrado.
- b) Deberá dejar constancia de:
  - El juez o tribunal ante quien se presente.
  - El nombre, apellidos y vecindad del querellante.
  - El nombre, apellidos y vecindad del querellado.
  - Una relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora del hecho, si se sabe.
  - La expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho.
  - La petición de que se admita la querella, se practiquen las diligencias indicadas en el número anterior, se proceda a la detención y prisión del presunto culpable o a exigirle fianza de la libertad provisional, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda.
  - La firma del querellante o la de otra persona a su ruego, si no supiere o no pudiere firmar, cuando el procurador no tuviere poder especial para formular la querella.

La omisión de alguno de estos requisitos provoca diversas consecuencias según su naturaleza:

- a) Si son meramente formales, son subsanables en aplicación de artículo 11.3, LOPJ, conforme al cual “los juzgados y tribunales, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24, CE, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane por el procedimiento establecido en las leyes”.
- b) Si son esenciales y se trata de un delito público, la querella tendrá el valor de una mera denuncia; si son esenciales y el delito es privado, la querella se inadmitirá.

Tienen capacidad para presentar la querella el MF (artículos 124, CE, 3 y 4, EOMF y 271, 308 y 105, LEcrim), las personas jurídicas y las físicas que estén legitimadas para ejercer la acción penal, es decir, para ostentar la condición de partes acusadoras.

La admisibilidad de la querella se supedita a que se preste fianza (artículo 280, LECrim), excepto si el querellante se encuentra en alguno de los casos de los artículos 281, LECrim (ofendido y sus herederos o representantes legales; viudo o viuda, ascendientes y descendientes consanguíneos o afines, colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado, herederos de la víctima, padre, madre e hijos extramatrimoniales, en los casos de asesinato u homicidio). Asimismo, los extranjeros deberán o no prestar fianza con arreglo a lo suscrito en los Convenios de La Haya y a la reciprocidad.

En todo caso, la fianza no deberá ser de cuantía tal que limite o impida el ejercicio de las acciones, conforme a los artículos 24 CE, 20.3, LOPJ, y a la doctrina constitucional al respecto (SSTC 62/83, 113/84, 147/85 y 212/87). Su imposición deberá adecuarse a lo establecido en el artículo 589, LECrim.

Tratándose de un delito sólo perseguible a instancia de parte (excepto rapto y violación), deberá acompañarse la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación.

Examinada la concurrencia de los requisitos anteriores, si el juez estima procedente la querella, la admitirá y mandará practicar las diligencias que se hayan solicitado, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querella, que denegará en resolución motivada (artículo 312, LECrim). Contra el auto denegatorio de las diligencias pedidas cabe recurso de apelación en un solo efecto (artículo 311.2, LECrim).

Admitida la querella, el particular queda sometido a todos los efectos al juez de instrucción o tribunal competente. Podrá, no obstante, apartarse de la querella, quedando sujeto a las responsabilidades resultantes de sus actos anteriores (artículo 274, II LECrim).

La querella se entiende abandonada cuando, por muerte o haberse incapacitado el querellante, no compareciese ninguno de los herederos o representantes legales en los treinta días siguientes a la citación dándoles conocimiento de la querella (artículo 276, LECrim). Lo mismo acontece, en el supuesto de los delitos perseguibles a instancia de parte, si dejase de instar el procedimiento en los diez días siguientes a la notificación del auto en que el juez o tribunal lo hubiere acordado (artículo 275, LECrim).

La desestimación de la querella procede en dos casos: porque el juez no se considere competente o porque los hechos no sean constitutivos de delito (artículo 313, LECrim). Este rechazo no es contrario al derecho funda-

mental a la tutela judicial efectiva (SSTC 61/82, 148/87, 238/88, 175/89, 297/94).

La admisión, finalmente, ocasiona una serie de efectos, como la litispendencia, y la interrupción de la prescripción de los delitos (artículo 114.2, CP).

### *C. La iniciación de oficio*

Conforme al artículo 308, LECrim, “Inmediatamente que los jueces de instrucción ... tuvieran noticia de la perpetración de un delito, lo pondrán en conocimiento del fiscal de la respectiva Audiencia... y darán, además, parte al Presidente de ésta de la formación del sumario”.

Esta norma ha sido objeto de resoluciones del tribunal constitucional rechazando la interpretación conforme a la cual el citado artículo 308, LECrim, es una de las manifestaciones de la aplicación del principio inquisitivo en la fase instructora de nuestro proceso penal. La STC 41/1998, como anteriormente la 32/1994, señala:

El artículo 24 de la Constitución no impone un único sistema para la persecución de los delitos y para evitar la apertura de juicios orales por acusaciones sin fundamentos. El modelo del juez de instrucción pasivo, que se limita... podría perfectamente ser uno de ellos. Como también podía serlo el del juez de garantías... Mas también se ajusta a la Constitución el modelo vigente, en el cual es el juez quien dirige la investigación criminal... La opción entre éstos u otros modelos de justicia penal corresponde al legislador, que puede configurar el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas.

El artículo 308, LECrim, faculta al órgano judicial para levantar el correspondiente testimonio sobre los hechos presuntamente delictivos de los que tiene conocimiento y remitirlo al juzgado de guardia o, ponerlo en conocimiento, en su caso, del Presidente de la Audiencia, pero dando trasladado, en todo supuesto, al MF a fin de que sostenga o no la acción penal, cometido éste que se halla fuera de la competencia del órgano judicial (artículo 102.3, LECrim).

## 10. *El órgano jurisdiccional*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a los órganos de la jurisdicción penal el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español ..., sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte. El artículo 3 de dicha norma, por otra parte, establece que “la competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula”.

Los órganos que integran el orden jurisdiccional penal son los siguientes:

- Sala Segunda o Penal del tribunal Supremo (artículo 57, LOPJ).
- Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (artículos 64 y 65, LOPJ).
- Salas de lo Civil y Penal de los tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (artículos 72 y 73.3, LOPJ).
- Audiencias Provinciales (artículos 80 a 82, LOPJ).
- Juzgados de lo Penal (artículo 89 bis, LOPJ).
- Juzgados Centrales de lo Penal (artículo 89.bis.3, LOPJ).
- Juzgados de Instrucción (artículos 84 y 87, LOPJ).
- Juzgados Centrales de Instrucción (artículo 88, LOPJ).
- Juzgados de Menores (artículos 96 y 97, LOPJ).
- Juzgado Central de Menores (artículo 96.2, LOPJ).
- Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (artículo 94, LOPJ).

## 11. *Auxiliares de los órganos y las partes: defensores, asesores, peritos*

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder judicial, corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico (artículo 436, LOPJ); y corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa (artículo 438, LOPJ).

En la actualidad, el ejercicio de la abogacía está regulado en el Estatuto General de la Abogacía (real decreto 658/2001, de 22 de junio). La profe-

sión de procurador, por su parte, se regula en el real decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los tribunales de España

Finalmente, con respecto a los peritos, es preciso remitirse a las disposiciones de la LOPJ explicadas en el punto 4 del presente apartado, relativo al personal al servicio de la administración de justicia.