

CAPITULO II

SISTEMAS PROCESALES Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL SU RELACIÓN CON LA VICTIMA DEL DELITO.

A- EL PROCESO INQUISIVO. PARTICIPACION DE LA VICTIMA DEL DELITO.

En la Bibliografía y en la Jurisprudencia, a lo largo de la Historia, en los países continentales, integrantes de la Unión Europea, se repiten dos formas de proceso claramente diferenciados: el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio, que enmarcan unos principios claramente aceptados, con la idea final de buscar la Justicia material.

Por lo que se refiere al proceso inquisitivo¹²⁵, se deben efectuar las siguientes puntualizaciones, para comprender el sistema procesal actual, en nuestro país:

a) Haciendo una breve mención histórica, esencial para su inteligencia era el hecho de su introducción en el momento en que el monarca pretendía asumir, en exclusiva, la Justicia, como instrumento para asentar, su poder crecientemente absolutista¹²⁶. Los

¹²⁵ MONTERO AROCA, J. no lo considera como un verdadero proceso, y en su artículo "La garantía procesal penal y el principio acusatorio", ponencia presentada al seminario sobre "Justicia y sociedad", en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 6-8 de Septiembre de 1993, especifica las principales diferencias con el proceso acusatorio, esto es: en el sistema acusatorio, la jurisdicción se ejerce por tribunales populares, mientras que en el inquisitivo se trata de jueces profesionales y permanentes. Mientras que en el proceso acusatorio la acción es popular y su existencia es indispensable para la realización del proceso, en el inquisitivo, no existe libertad de acusación, sino que el Juez se convierte al mismo tiempo en acusador, asumiendo los dos papeles. Las partes en el sistema acusatorio actúan en contradicción e igualdad, mientras que en el inquisitivo, por un lado no hay parte acusadora distinta del Juez, y por otro, el acusado no es un verdadero sujeto del proceso, sino el objeto del mismo. Si en el acusatorio el Juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal, en el inquisitivo los poderes del Juez son muy amplios. En el sistema acusatorio la regla es la libertad del imputado en tanto dura el proceso, mientras que en el inquisitivo impide la prisión provisional preventiva. Con relación a las pruebas éstas, en el sistema acusatorio deben ser introducidas por las partes no por el Juez, que carece de poderes autónomos para investigar los hechos, si bien en la valoración de esas pruebas, rige el criterio de libre apreciación por el Juez; en el sistema inquisitivo se dan los caracteres contrarios, es decir, el Juez investiga de oficio los hechos aunque luego viene limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba. El procedimiento en el proceso acusatorio es oral, concentrado y público, mientras que en el procedimiento del inquisitivo es escrito, disperso y secreto. Por último en el acusatorio existe una sola instancia, de modo que la sentencia es impugnada, mientras que en el inquisitivo consta de dos instancias.

¹²⁶ PEDRAZ PENALVA, E., "Sobre el poder judicial y la LOPJ" en Constitución, Jurisdicción y Proceso, Madrid, 1990, pp. 146 y ss, también en Rev. Jurídica La Ley, 1985, 2, pp. 1121 y ss (obra citada).

intereses del Estado, se colocan por encima de los del individuo, pretendiendo impedir la impunidad de los crímenes, en cuanto lesivo de esos intereses estatales que son los generales. El juez, que ha de aplicar un derecho técnico (esencialmente fruto de la recepción romano-canónica), actúa en nombre y por delegación del titular de la Justicia que es el príncipe (eventualmente el señor)¹²⁷.

b) Básico para su comprensión es el nuevo y decisivo papel del juez¹²⁸, necesariamente técnico, ya no sujeto neutral, que conduce (arbitra) el combate, al asumir una multiplicidad de tareas entre las que resalta su investigación (pesquisa) decisiva para el pronunciamiento de la sentencia.

Nos dice ALONSO DE VILLADIEGO que: "En una de dos maneras¹²⁹, principalmente se procede en los negocios criminales, o de oficio, de justicia, por vía de pesquisa, o denuncia, o a pedimento de parte, por vía de acusación, en presencia, o en ausencia y rebeldía del reo acusado"¹³⁰.

¹²⁷ PEDRAZ PENALVA, E., "Sobre el..." ob cit ant.

¹²⁸ Carácter resaltado por toda la doctrina, así, SCHMIDT, E., "*Einführung in die Geschichte*..2.,ob.cit. ant.. pp. 75 y ss, ESMEIN, *Histoire de la procedure criminelle en...*,ob. cit.ant.credita que el precedente de la pesquisa por la que el juez actuaba *ex officio* se encontraba en la ,*inquisitio cum promovente* romana.

¹²⁹ El Libro Quinto Título I de las Decretales de Gregorio LX O'CALLAGHAN, R., Tomo tercero, Tortosa, 1899, pp. 223 y ss De las acusaciones, denuncias e inquisiciones, distingue tres modos de deducir un delito en juicio: por acusación, denuncia é inquisición. Así la Decretal *Qualiter* de Inocencio III, dada en el Concilio Lateranense IV, cap. 24 de este titulo, dice en su último párrafo refiriéndose a los delincuentes: "*Contra quos, ut de notoriis excessibus raceatur. etsi tribus modis possit procedi, per acusaciones, videlicet, 'e-nunnciationem et inquisitionem ipsorum: ut tornen in omnibus diligens adhibeatur cautela, ne forte per leve compendium ad grave dispendium veniatur: sicut ac aationem legitima debet praecedere inscriptio, sic et denunciationem charitativa monitio, et inquisitionem clamosa insinuatio praevenire'*". La acusación criminal propiamente dicha se define, la delación de algún crimen hecha al juez competente para la vindicta pública. A este fin se requiere ante todo que el delito sea público y grave. pues según el derecho romano los delitos leves se juzgan de plano. También es menester que el motivo de la acusación sea para la vindicta pública, porque si *fuere por algún interés particular no seria acusación criminal sino acción civil; la acusación debe hacerse legítimamente, ó sea según las condiciones señaladas por la ley, que pueden reducirse á dos*".

La una es que se haga *in scriptis* y en debida forma, expresando el nombre del juez ante el cual se hace la acusación, para saber si es ó no competente; el nombre del acusador y del acusado, á fin de saber si tienen capacidad para ello; la clase del delito; el lugar donde se cometió, el mes y año; y el día en que se presenta la acusación.,*Libellorum, 3 Digest. de Atisation*. La otra condición, es que en el escrito se ponga lo que el derecho llama *inscriptio*, que consiste en que el acusador se obligue a sufrir la pena de talión, o sea, probar el crimen delatado, y caso de no probarlo sufrir igual pena que se impondrá al reo probando el delito. Se estableció esto para reprimir la temeridad de los acusadores, a fin de que no se presentasen fácilmente a acusar. Añade O'CALLAGHAN, que el Derecho Romano suprimió después la formalidad de la inscripción; y la pena del talión fué abolida por costumbre, para no retraer á los que deseasen hacer la acusación, temiendo el peligro del castigo que se les impondría si no probaban el delito, y porque el juez ya tenía el medio de proceder *ex officio* si el acusador era deciente en la prueba..."

¹³⁰ VILLADIEGO VACUÑA y MONTOYA, A, Instrucción política y practica judicial, conforme al uso de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno, Madrid, 1729, cap. III, p. 58. En el difundidísimo Manual de Inquisidores de Nicolau EYMERIC, escrito en el siglo XIV, cuya edición definida y anotada se confió por la Iglesia de Roma a Francisco PEÑA a fines del siglo XVI (he manejado la reedición hecha en Barcelona en 1996), se dice que: "El proceso puede comenzar por acusación. En tal caso la acusación debe ir precedida del registro. Puede comenzar por denuncia. En cuyo caso la denuncia debe ir precedida de una exhortación caritativa. Puede comenzar, finalmente, por encuesta, que debe ir

La pesquisa, para HEVIA BOLAÑO (1609), "...quiere decir diligente inquiricion, que es una legitima inueftigacion que haze el juez de oficio para inquirir y caber los delictos que fe cometen. v castigarlos. Lo qual por todas vias y manera deue procurar, como fe dize en vna ley de Partida"¹³¹. Tras distinguir la pesquisa general¹³² y la especial¹³³ indica que "regularmente los juezes de officio pueden proceder en qualesquiera delictos que re cometieren aunque dellos no preceda denunciacion ni acufacion, porque no queden fin castigo...salvo en el adulterio, fino es que el marido lo confiente...:Ni tampoco pueden proceder (obre injurias de palabras liuianas, fino es interviniendo armas o effufion de fangre, o a pedimento de parte, y aunque le aya fobre palabras liuianas, fi ella re apartare, no lo pueden hazer de officio, y lo mirmo fe entiende en las cinco palabras de

precedida de una información clara. El inquisidor, pregunta al delator, si quiere ser acusador en el proceso o si quiere limitarse a denunciar. Si el delator quiere ser acusador. el inquisidor le hará saber que se halla sujeto a la ley del talión... En caso de proceso por encuesta, el inquisidor manda citar algunos testigos de entre las personas buenas y honradas. A ellos corresponde testificar la existencia de rumores públicos..." (pp. 135 y 145) (en sus comentarios PEÑA F., dice que actualmente ha caído en desuso la ley del talión. El motivo más frecuente alegado por los doctores contra su aplicación es evidente: si se aplicara esta ley al acusador fallido, no se encontrarían delatores y, en consecuencia, los delitos quedarían impunes En nuestros días el papel del acusador corresponde a un funcionario llamado "fiscal", y él es quien asume la acusación. Para MONTERO AROCA, V., no considera en líneas generales que el proceso inquisitivo sea un verdadero proceso,

¹³¹ HEVIA VOLAÑO, J., Curia Phíippica (donde breve y comprehendioso se trata de los iuzyos, mayormente forenfes, Ecclesiasticos, y feculares, con lo sobre ellos harta aora dispuesto por Derecho, resuelto por Doctores antiguos y -rocic:-nus, v practicable. Vtil para los profefores de entrambos Derechos y tueros, luezes, Abogados, Efcdbanos, Procuradores, Litigantes, y otras personas), En Valladolid. Por luan Godínez de Millis, Año de 1609. Parte paragrapho 10, pp 589(obra del autor).

¹³² General fe dice, inquiriendo generalmente de todos los delictos, fin particularizar ninguno, ni los nombres de los delinquentes que firue rolo de preambulo para venir a la especial de ellos... La pesquisa general, en que re inuiere de to(io: delictos fin particularizar ninguno ni los nombres de los delinquentes, de derecho Real en el fuero recular, no fe puede hazer fin mandato del Principe... faluo en caros de blasfemos, amancebados, vfureros, adeuinis, agoreros, Porteros, y otros pecados publicos. HEVIA VOLAÑOS, siempre con cita de Leves de Partidas y glosa de Gregorio López). Para VILLADIEGO VACUÑANA y MONTOYA A., tras indicar que la pesquisa secreta es de derecho del Reyno prohibida y no se puede hacer sin especial mandado del Rey, afirma que "...con todo ello, en ciertos delitos contenidos en la ley Real, puede, y debe el Juez Ordinario de fu officio de iusticia, fin especial comifion del Rey, y hazer informacion, y pesquisa general, y en eftos, y en otros qualesquier delitos, precediendo infamia, ó fama publica, ó notoriedad, puede hazerla, preguntando á los testigos fofamente de los tales delitos publicos, y notorios, y no de los ocultos, y fecretos. Y fi de la tal pesquisa pareciere alguno culpado, debe el Juez proceder contra él por la especial, y castigarle; y en eftas pesquisas generales puede el Juez admitir qualesquier testigos, aunque Pean de los prohibidos; porque la haze rolo para infruirfe, y no para castigar"

¹³³ Entendiendo por ésta pesquisa especial "...quando fe inuiere del delicto y delincente particular, porque fi el delicto en especial fe inuiere, y no de la perfona fino en general, fe dize especial quanto al delicto, y general quanto a la perfona. Y fi de la perfona especial fe inuiere, y del delicto en general, fe dize especial quanto a la perfona, y general quanto al delicto...La pesquisa especial, quando fe inuiere del delicto, y delihquente particular, de que ya fe tiene noticia por notoriedad, o declaracion de algun testigo, o por denunciacion, o acufacion, permitida es hazerle. Y lo mirmo riendo especial quanto al delincente, con que no fe pregunte de nombre cierto, fino rolo preguntando quien le cometio, Nafta que ala n testigo le nombre, que entonces bien fe puede inquirir del, pues ya la pesquisa general fe tranffirio en especial...Mas quando la pesquisa es especial quanto a la persona, y general quanto al delicto, de derecho real en el tuero recular es prohibida, fino es en los caros expreffos, como en vifitas, o refidencias, o contra facinerofos, o hombres de mala vida y fama" (HEVIA VOLAÑOS, ob. cit, ant.).

injurias graues, aunque en ellas fi la parte querellare: aunque despues re aparte fe puede proceder de officio".

TARDIF¹³⁴ muestra un interesante aspecto, del origen del proceso *per inquisitionem*, a nuestro entender, esclarecedor, de algunos de sus extremos. Era frecuente, dice ese autor, que nadie quisiera ser acusador o denunciador. El rumor público -*fama*-, indicaba sólo un hecho del que nadie podía o quería ofrecer prueba. A fines del siglo XII, Inocencio III instituyó en esos casos de *difamatio* la persecución ex officio que buscaba las pruebas a través de la audiencia de testigos. Este era el proceso *per inquisitionem* que la legislación carolingia había admitido y que, a veces, se denominaba *aprisia*, *aprise* en los siglos XII y XIII. Esta institución fue aprobada por el Concilio de Letrán de 1215, extendiéndose rápidamente tal forma de proceder por el midi de Francia, lo que se constata en la Ordenanza de 1252 de Cahors Beaucaire, en que se procedía contra los crímenes por vía de *inquisitio, secundum jura et terre consuetudinem*¹³⁵.

En resumen, cabe indicar, que el Juez investigará, *ex officio*, todos los delitos salvo los que denominaríamos hoy privados¹³⁶ y, tratándose, de delitos de injurias graves, podrá el juez, continuar de oficio, aunque abandonare el injuriado. El resultado de su instrucción constituye la base del pronunciamiento. Así lo afirma, también, HEVIA VOLAÑO: "*Luego que el juez tenga noticia del delicto, ora proceda de oficio, ora a pedimento de parte. Lo primero, que ha de hazer es aueriguar auerfe cometido el delicto, yendo perfonalmente a ello, o estando ocupado embiando vn official cuyo con el efcriuano que de fe del muerto o herido y de las heridas que tiene, y en que parte, o*

¹³⁴ TARDIF, A. *La procédure civile et criminelle aux XIIIe et XIV e siècles ou procédure de transition*, Réimpression de l'édition de Paris 1885, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1974, pp. 144-145 (obra del autor).

¹³⁵ Continúa diciendo TARDIF, cit.ant.: Cuando el juez ha conocido la *difamatio*, sea por declaraciones de personas graves, sea tras una *inquisitio paeparatoria*, fija un plazo en el que podían presentarse las personas que quisieran perseguir al difamado vía acusación. Si no se presentaba acusador, el juez podía optar entre la *inquisitio* y la *purgatio canonica*. Cuando optaba por el proceso *per inquisitionem*, citaba de comparecencia al difamado comunicándole los extremos sobre los que se proponía dirigir la encuesta, *capitula inquisitionis*, y le interrogaba sobre cada uno de ellos, a fin de determinar los hechos cuestionados sobre los que haría recaer el examen de testigos. El *reus* o inculpado, no asistía a la declaración testifical, pero se le comunicaba *le procès-verbal*, sin darle los nombres de los declarantes, en los Tribunales eclesiásticos. Tras los alegatos, *plaidoiries*, el juez dicta sentencia si las pruebas son convincentes, o si el *reus* confiesa los hechos que se le imputan (*ad rutliius condemnationem sine lucidis et apertir probationibus, ré confessione propria processimus, nec dante Domino, procedemos*). En la *inquisitio cum promovente*, el *promavens*, llamado más tarde *promotor* o *procurator*, jugaba el papel del llamado *accusateur public* en una época más reciente. Este *promovens*, que podía ser un particular, pero que a fines del siglo XIII deviene en oficial público, debía primero probar la *difamatio*. Admitida la *difamatio* por el juez, competía aún al *promovens* reunir las pruebas del hecho imputado al *reus*, cumpliendo así en cierto modo el papel del juez instructor. Los jueces eclesiásticos que no podían condenar a otras penas corporales que la prisión, remitían en caso grave los culpables al brazo secular.

¹³⁶ Excluyendo el adulterio, que ha perdido, su naturaleza penal, en la mayoría de los modernos Códigos occidentales.

*del delicto que fe cometio, affentandolo ahi por efcrito, porque efte es principal fundamento dei juyzio.*¹³⁷ "...Luego que confte del delicto, y averiguado que fea, el juez proceda a la averiguacion del delinquente que le cometio, por fumada infoimacion de testigos, tomando primero fu declaracion al herido o ofendido..."¹³⁸

Realistamente, procede advertir, que si la investigación venía atribuida a los jueces, en la práctica, las averiguaciones eran llevadas a efecto por los alguaciles, conocidos por su corrupción y prácticas abusivas¹³⁹.

c) Se sacrifica la libertad del presunto reo, acordando su prisión, salvo en causas leves y si prestare fiador: *"Recibida la sumaria información , resultando della culpa contra los culpados, por qualquiera presumpcion, o prueua, aunque fea por un testigo menos idoneo, el juez procede luego a prisión suya, y fe cruento de sus bienes... sin ser necessario para ello citación suya, por el riesgo de la fuga: mas cessante culpa no se puede hazar ni prender, poque fe infama al prefo, y fe le puede pedir en refidencia la injuria, y asi le ha de foltar luego sin coftas..."*¹⁴⁰.

d) Si el Juez, de oficio, en teoría¹⁴¹, investiga el hecho punible y su autor, también busca los elementos probatorios objetivos y subjetivos. La confesión ,aparece como uno de los medios esenciales, para obtener la verdad, llegándose a la aplicación del tormento para obtenerla. Muy realistamente, en un Fur de las Cortes de Monzón de 1564, se implantó la prudente medida de no someter a juramento previo al reo, a quien se pedía declaración, ésta tendría, en adelante, el mismo valor probatorio, que si hubiese sido obtenida bajo juramento.¹⁴²

¹³⁷ Y sigue diciendo HEVIA VOLAÑO, cit, ant.: "...respecto de que quando la ley fe funda en alguna calidad, primero ha de confiar della... Y para en efte cato ver las heridas fe puede desenterrar, ver y abrir el muerto..." Con cita de Leyes de Partidas y glosa de ANTONIO GÓMEZ.

¹³⁸ Las Decrétales fueron determinantes de la escritura en el inquisitivo al imponer que toda actuación, incluso llevada a cabo por el propio juez, debía ser documentada por otro sujeto (escribano, notario, actuario,etc) y llevada al juicio, teniendo asimismo que cimentarse la sentencia en los documentos recogidos: "*quod non est in actis non est in mundo*".

¹³⁹ Así DE LAS HERAS SANTOS, JL." La Justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla" cit.ant. pp. 160 y ss, quien enuncia algunos de los desafueros que solían cometer tan corruptos sujetos.

¹⁴⁰ Siempre con cita de leves de partidas y glosa de Antonio Gómez, agrega HEVIA VOLAÑO que sólo el juez llene autoridad para prender al culpado y nadie más goza de autoridad para ello, salvo que se trate de determinados delitos (falsificación de moneda, raptos de vírgenes o religiosas, incendios, etc.), hipótesis en las que dentro de las 20 horas de su detención por cualquiera habrá de ponerse a disposición del Juez. Tampoco los Alguaciles pueden detener a delincuente Ante sin o autorización del Juez, salvo delitos "in fraganti", supuestos en los que habrán de presentarlos al Juez antes de meterle en la cárcel, salvo que la detención fuera durante la noche.

¹⁴¹ Recuérdese lo dicho para los Alguaciles quienes en la práctica realizaban las averiguaciones.

¹⁴² Cit. TOMÁS Y VALIENTE, F," La tortura en España. Estudios Históricos", Barcelona, 1973, pp. 53 57 a 63, dice comentando a MATHEU jurista valenciano del siglo XVII, que "...el reo podía ser torturado en tres supuestos:a) Cuando se negase a contestar, y entoneces se le infiría... *non ad eruendam veritatem, sed*

Se acude al tormento, cuando resulten indicios contra el delincuente, tras oírsele, "...no auiendo plena prouanca, porque auiendola no fe puede dar..."¹⁴³.

Precisamente, el deber de averiguar la verdad (material), que se le asigna al juez sometió al acusado, a sus omnímodos poderes, colocándole en la situación de reo e impidiendo su consideración como sujeto procesal¹⁴⁴. Empero, tal búsqueda de la verdad, se veía obstaculizada, por el régimen legal de prueba que imponía a los juzgadores reglas

habendam certam responsionem; b) cuando se le impone *pro eruenda veritatis criminis de quo est inquisitus*, esto es, cuando se trata de verificar si los indicios de culpabilidad que hay contra él, en relación con el delito investigado, corresponden o no a su verdadera culpa, la cual se considerará probada si el reo confiesa en el tormento, y ratifica luego su confesión... Y aquí viene lo más interesante, pues MATHEU asegura fundamental, pues que esta forma de tortura (precisamente, rida al reo indiciado con el fin de averiguar su propia culpa) en Valencia casi no se usa: "*Haec enim torturae species apud nos fere non est in usu*" ¿Por qué? MATHEU lo explica con toda claridad, afirma que esto es así, tanto porque se considera que la tortura, como ya dijo ULPiano, es una prueba extremadamente peligrosa (*valde periculosa probatio...*) como porque la experiencia enseña que la tortura, en Valencia muy frecuentemente, no produce ningún resultado, es decir, no provoca la confesión del reo: hasta el punto de que dirá un poco después, incluso las mujeres, que son de frágil naturaleza, se mantienen negativas en el tormento. MATHEU aclara, a qué se debe este nulo resultado, o efecto de la tortura y proporciona dos importantes razones legales al respecto. Una, el Fur 175 de las Cortes de Monzón de 1585, según el cual los indicios contra el reo quedan purgados si éste permanece negativo en el tormento, de manera que, con arreglo al precepto expreso de dicho Fur, "*quasevol reo que sera estat tormentat, y haura passat, los tormentos negant, no puma esse apres condemnat en pena alguna, encara que extraordinaria*". La segunda razón del poco éxito de la tortura, estriba en que otro de los Fur de 1585 prohibió que se innovasen los medios físicos de atormentar: los dos únicos admitidos eran el llamado "*lo guant del Emperador*" y el de colgar al reo con los brazos atados a la espalda y una piedra sujeta a los pies; ahora bien, estos viejos y autorizados medios de atormentar eran, en opinión de MATHEU, poco dolorosos. Y esto, unido al valor probatorio absolutorio del silencio, hacía que los reos los soportasen sin confesar, el tercer supuesto de tortura del reo es precisamente éste: el del reo torturado "*tamquam cadaver*"...constituye (pues) parte de la condena, aunque pueda servir como medio de prueba o de información -lo que fue muy discutido-. Y se impone por una de estas dos causas: o bien porque el reo va condenado a cualquier pena no capital está considerado como famoso delincuente y autor de otros delitos, en cuyo caso se le interroga en el tormento acerca de esos otros crímenes, o bien, cuando se sabe que un reo va condenado por un determinado delito a pena capital, cometió tal delito con cómplice, en cuyo caso se le tortura para que hable acerca de dichos cómplices».

¹⁴³ HEVIA BOLAÑO, cit., ant.: "*Si no hubiera, plena prouanca para condenar en la pena ordinaria del delicto, fino otra menor fuficiente para dar tormento, en cato y contra persona que fe pueda dar....* Resalta este autor, que ora proceda de oficio ora a pedimento de parte, ora se pida por ella o no se pida, es menester que haya concluido la causa porque antes de este tiempo no puede constar legítimamente de los meritos de la causa, por lo cual, y porque de los indicios que resultan contra el delincuente, primero que se le de tormento, ha de ser oído sobre ello. DE VILLADIEGO, A, tras indicar que se ha de acudir al tormento cuando el delito no pueda averiguarse por otra vía, o cuando está averiguado está "semipleno probado", que es con un testigo y otros adminículos o indicios como que deponga «de vista de ojos sobre el mismo delito, y no basta que diga de las circunstancias de él, que para esto son menester dos testigos por lo menos»; la fuga hecha después de cometido el delito, con otros indicios es bastante indicio para tormento; y la confesión extrajudicial hecha por el reo averiguada por dos testigos; y la enemistad, nacida de causa grave; y ver venir a uno con su espada desnuda o sangrienta del lugar donde está el muerto o herido; y hallarse la cosa hurtada en poder de persona vil. Para dar tormento al reo ha de preceder información y proceso ordinario, no pudiéndose imponer por sumaria información salvo por gravísimo delito. No se puede dar tormento a las personas privilegiadas, como son el hijodalgo y el menor de catorce años y el viejo de 60, ni el soldado que sirve al rey ni al Abogado, ni al Juez ni al Doctor ni al Licenciado, ni a mujer preñada ni a otras muchas personas señaladas en la ley de Partidas. Antes de darle tormento se le ha de requerir que confiese o señale persona cierta que lo cometió. Y si no confesó ni señaló persona cierta désele tormento y si confesó su delito en él y se ratificó en su confesión tras 24 horas se ha de iterar el tormento. Habiendo confesado su delito y ratificado dicha confesión, o habiendo probanza bastante, el Juez le condena por su sentencia definitiva, declarando la pena que se le ha de dar.

¹⁴⁴ Así ha sido dramáticamente puesto de manifiesto por ZACHARIAE, H.A, *Die Gebrechen und die reform des deutschen Strafverfahrens*, 1846, esp. pp. 92 y 99 y ss. (obra del autor).

de obligada observancia en la admisión y valoración de los medios probatorios, de tal modo, que éste, en lugar de apreciar las pruebas, se ceñía a su cómputo (*probatio nulla, probatio plena*¹⁴⁵, *semiplena probatio*, tercios o cuartos de prueba, etc.¹⁴⁶).

e) Suelen esgrimirse, el secreto y la escritura (*quod non est in actis non est in mundo*), junto a la falta de contradicción y de inmediación, como propias del inquisitivo. En verdad, sería menester, matizar tal afirmación. En la medida, en que las declaraciones se documentaban por el escribano, en latín -en la mayoría de los casos, por tanto, en lengua distinta de la en que se había declarado- el Tribunal que no hubiere asistido a la práctica de la prueba, habría de ajustarse, a lo contenido en el acta. Si además el material determinante del fallo, radica en el recogido durante la instrucción, el contacto del juzgador con los elementos personales y reales, se reducía al mínimo.

Con la doble instancia, la inmediación resultaba, severamente dañada, en el proceso inquisitivo, respecto del órgano *ad quem*, pero, al menos, teóricamente, no parece que sufriera respecto del órgano a quo, según cabe inducir de las numerosas prescripciones que advertían al juez que, siempre que fuere factible, realizara las actuaciones procesales por sí mismo. No se distingue, juez investigador y sentenciador, con lo que admitida su falta de imparcialidad, en cambio, no es aceptable sostener indiferenciadamente la falta de inmediación. A este tenor, históricamente, nos dice TOMÁS DE TORQUEMADA en su Recopilación del Oficio de la Santa Inquisición “*Item que los inquiridores por fi mesmos reciban y examinen los tertigos y que no cometan la exarninacion dellos al notario ni a otra prona...*”¹⁴⁷; en igual sentido HEVIA BOLAÑO: “*En las cautas criminales el juez ha de examinar los testigos por su perfora, fin cometerlo al escriuano ni a otra alguna, afsi io dize vna ley de la Recopilacion, tanto que fi efuiere.n en ageno territorio, aunque en las cautas leues fe pueden examinar por el juez del, requerido con su requisitoria: empero en las que puede venir pena de muerte, mutilacion de miembro, o destierro, no fe puede hazer, fino que precisamente los ha de examinar el juez de la cauta, y as si folo ha de embiar requisitoria para que los embie ante el, y no para examinarlos, y efsta requisitoria en qualquiera de erstos caros fe ha de cumplir, como*

¹⁴⁵ GOMEZ ANTONI, *Varianim resolutionum*, Tomus tercerus (De delictis), Matriti, MDCCXCIV, en el cap. XII (De probatione delictorum), n. 3 *Quid sit plena & legitima probatio*, pp. 240, indica que “*Alliud est plena & legitima probatio: & omissis alliis diffinitionibus, dico, quod es perfecta cognitio facti vel delicti per modos á jure diffinitos. Et principaliter fit per confessionem partis, vel per testes legitimos*”.

¹⁴⁶ Vid. CAPPELLETTI, M., *Procédure orale et procédure écrite*, Milano, 1970, pp 49 (obra del autor)

¹⁴⁷ TORQUEMADA, T.” Recopilación de las Instrucciones del oficio de la Santa Inquisición”, Edición Príncipe, Granada 1537.

consta de una ley de Partida y fu glofa de Gregorio Lopez”¹⁴⁸; también VILLADIEGO: “Y los testigos...han de dezir ante el mismo Juez, porque es de mucha importancia, que el Juez vea el rostro al testigo, especialmente en los casos graves, -para que confidere la forma, y manera, como deponen; y si se turban, ó dicen con passion, ó muy pensado lo que dicen, y hazer que se escriban en el proceso las tales figuras de los testigos, para que confie al Juez, al qual es arbitrario el discernir quanta fee les debe dár. Y así si, no debe el Juez, sin gran cautela, cometer el examen de los testigos al Escribano, en las causas criminales, graves, ó civiles, arduas... si no puerre por mucha ocupacion y muchedumbre de negocios, ó por estar lejos los testigos, y no poder ir, ni embiar por ellos, o por fer el Juez tan grave persona, que no es razon que vara a ello...”¹⁴⁹

Es defendible, por tanto, que la intermediación estaba presente en los procesos penales inquisitivos, al menos, en la primera instancia y por regla general, si bien con frecuentes excepciones contempladas en los textos legales y en las obras doctrinales: cuando los testigos fueren forasteros, fuere de voluntad de las partes, no pudieren venir los testigos, cuando se tratase de delito por vía de excepción o cuando sean testigos de descargo del acusado, etc.

Tratándose de pleito criminal “a pedimento de parte”, y a nos habla VILLADIEGO de las dos maneras en que “*Hazefe la acusacion...* la una criminal, para castigo del delito, y la otra civil, para la condenación del daño, e intereses, que ha de aplicar a la parte, y así puede el acusador en la misma querrela pedir criminalmente, que sea condenado el reo en las penas que hubiere lugar en Derecho, y civilmente en los daños, intereses. y cortas, que a su causa se le hayan seguido...”¹⁵⁰

En causa criminal de oficio, siempre que, de la sumaria información, resultare algún sujeto culpado, “...y no aviendo parte que nalga á la causa, y se querelle, se cria un Fiscal, si no le ay, y se vá procediendo hasta la sentencia definitiva...”¹⁵¹. En otro texto, también VILLADIEGO MASCUÑANA mantiene: “*Mas si deffistió la parte despues de aver comentado á proceder en la causa el pesquisidor, y la causa es digna de castigo, proceda en ella de su oficio, sin nombrar Fiscal, que para las diligencias neccessarias él se es Fiscal, aunque el Juez Ordinario no lo es en las causas en que procede de oficio, fino que ha de nombrar Fiscal; y esta es una de las diferencias de pesquisa al*

¹⁴⁸ HEVIA VOLAÑO, cit. ant.

¹⁴⁹ VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, cit. ant.

¹⁵⁰ VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, Alonso cit. ant.

¹⁵¹ VILLADIEGO VASCUÑANA, cit., ant.

Ordinario”¹⁵². En Pleito de oficio de Justicia por vía de “denunciación”¹⁵³, “...y quando ay Fiscal, el Fiscal denuncia del delinquente, y donde no le ay, le cha el Juez, y de ordinario no le aviendo, un Alguacil haze la denunciacion; y pareciendo ante el Juez, y Escrivano, pone fu acusacion, y denunciacion por via de Auto...”¹⁵⁴. Tratándose de pleito criminal “a pedimento de parte”, y si muriere el acusador, en primera o en segunda instancia, no está obligado el heredero a sostener la acusación de modo que no siguiéndola “...el Juez de oficio lo ha de hazer, criando Fircal, con quien fe hagan los autos...”¹⁵⁵.

En otros países, como en Francia, junto a la acusación, directamente intentada, por la víctima o por el acusador especializado -el fiscal que surge precisamente en esta época- y a la incoación, de oficio, en hipótesis de flagrancia o notoriedad de la infracción, los juristas de los siglos XIII y XIV admitían que el juez podía iniciar las actuaciones precediendo denuncia. Poco a poco, esta denuncia, se sustituye por la acusación, llegando a ser los riesgos tan grandes, que el acusador privado no llevaba el proceso libremente. Pronto la parte lesionada perdió, incluso, el derecho a citar a su adversario y se debió contentar con una “*plainte*” al juez competente¹⁵⁶.

Antes de concluir, con estas brevísimas pinceladas del proceso inquisitivo, hemos de advertir, su abrumadora superioridad técnica, respecto del acusatorio que le precede; el gran desconocimiento que hay sobre él, acaso, por las críticas de la Ilustración centradas en el tormento -no tan generalizado, ni cruel, como algunas técnicas utilizadas, aún en los interrogatorios en ciertos lugares-, y en el abuso de la prisión provisional, finalmente, hacen que, únicamente, algunos de sus rasgos, pervivan, en nuestro proceso vigente.

En esquema, una vez efectuadas las anteriores matizaciones, y las diferencias de criterio entre la doctrina, podría caracterizarse, al inquisitivo por las notas siguientes:

¹⁵² VILLADIEGO VASCUÑANA. cit., ant.

¹⁵³ VILLADIEGO VASCUÑANA, cit. ant., alude a las hipótesis de algún delito público, del que puede denunciar o acusar cualquier del pueblo, o en razón de algún oficio particular cuando el Fiel o Guarda denuncia alguna cosa que toca a su oficio.

¹⁵⁴ VILLADIEGO VASCUÑANA y MONTOYA, A., cit. ant., “Diziendo, que estando prohibido por leyes de eftos Reynos, que no se hizieffe tal cofa, p. lo avia hecho, y cometió tal delito, que le acula, y pide, fea condenado en las penas que ha incurrido, y huviere lugar de derecho, y el Juez manda dar informacion del delito, y recibo, fe dá mandamiento para prender al reo, y fequestrar fus bienes, fi parece culpado, y prefo, fele toma fu confesion, y dá traslado de la culpa, y fe recibe a prueba con todo cargo. Y el reo reponde, y haze fu defcarga, y fe concluye, y fentencia”.

¹⁵⁵ VILLADIEGO VASCUÑANA y MONTOYA, cit. ant.

¹⁵⁶ Se alude a la acción que conocemos como civil. Así STEFANI/LEVASSEUR/ BOULOC, *Procédure pénale*, 17° Ed. Paris, 2000, pp. 53.

a) Juez profesional (jurista)¹⁵⁷ con rechazo de cualquier participación lega, en la tarea de juzgar, acorde con la tendencial estatalización de la Justicia.

b) La investigación por el juez, constituye elemento determinante del enjuiciamiento, a veces, de la acusación y, en todo caso, de la sentencia. El juez pesquisador instruye y resuelve o lo hace otro órgano pero con base en el material recogido por aquél.

c) La escritura es imprescindible, a fin de permitir la constancia de las actuaciones procesales, incluidas las del mismo juez, y así su conocimiento por otro órgano distinto de aquél, ante el que se desarrollaron, como también, decisivamente, para posibilitar la segunda instancia. La prevalencia de la escritura, con el uso primordial del latín, incomprensible para la mayoría ciudadana, y la tecnificación del procedimiento, auspician el secreto de las actuaciones procesales hasta la sentencia, aunque con miras a la prevención general¹⁵⁸, amén de la especial, se recurre a la ejecución pública de las penas¹⁵⁹. La escritura, como forma prevalente procesal, al favorecer escritos y contra-escritos y recursos contra cualesquiera resoluciones, incluidas las interlocutoras, propicia la desconcentración¹⁶⁰ y dilación del proceso¹⁶¹.

¹⁵⁷ Lo que no quiere decir que la Justicia fuere impartida por un órgano específico en exclusiva dedicado a tal actividad. La figura acaso más típica de los Austrias: el Corregidor, era un equivalente, al mismo tiempo, al juez de primera instancia, subdelegado del gobierno, jefe de hacienda, etc. Si no era jurista tenía un asistente Letrado, Regente mayor, etc.

¹⁵⁸ Téngase presente, la distinción, en la vigente doctrina alemana, de la prevención general negativa y positiva. La negativa radicaría en la intimidación de la colectividad, no reconociéndosele eficacia alguna considerando que la abstención del delito depende más de la vigilancia policial y eficacia de su labor investigadora que de la ley y de las condenas judiciales, lo que parece lógico habida cuenta que la comisión de un delito se lleva a cabo con la creencia en su impunidad. La prevención general positiva, consiste en que la ley penal y la Justicia han de provocar en el ciudadano una actitud afirmativa del orden jurídico. Según señala ROXIN, este ocurre de tres formas: por el efecto didáctico inherente a la aplicación pública de las leyes en el juicio y en la sentencia; por el efecto de confianza cuando la sociedad comprueba que la ley se aplica, y, por el efecto de la satisfacción lograda por la comunidad al comprobar que se ha suprimido la perturbación social provocada por el delito.

¹⁵⁹ Tiene a este respecto interés el estudio de BERNALDO DE QUIRÓS. C., "La picota. Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios", Madrid, 1907, en el que estudia y reproduce los rollos jurisdiccionales "aún conservados en algunas poblaciones de Castilla y León-, acaso, por ser de piedra y utilizarse durante muchísimo tiempo- ubicados en los lugares, en que se llevaba a cabo, la ejecución pública de la pena.

¹⁶⁰ Por algunos autores, se habla, por ello, de la vigencia en el proceso inquisitivo del principio de eventualidad, cuyo objetivo sería el impedir la tardía aportación de alegaciones comprendidas en el ámbito esencial de la causa y no excluidas del tema fundamental del proceso. Se buscaba, así, en el proceso común impedir la alteración de lo hecho constar en los autos mediante la desmembración del procedimiento en una serie de estadios preclusivos, de tal modo que todos los pasos y actuaciones de anterior deberían haberse realizado y terminado antes de pasar a l estadio siguiente no había posibilidad de volver atrás en plena marcha del proceso. Hoy día, cabría defender su aplicación, en nuestro proceso, aunque respecto de la defensa pero no de la acusación: Es evidente, que se provocaría la indefensión si se permitiera una extemporánea acusación o, si se quiere, afirmación de algún otro hecho punible o circunstancia modificativa sin permitir al acusado, un pleno ejercicio de su derecho de defensa. En cambio, la aportación de cualquier dato o elemento válido, para acreditar, más allá de toda duda razonable, la inocencia del inculpado, es de recibo en

d) La inmediación es recomendada por el legislador y la literatura, aunque su vigencia, se ve obstaculizada por la práctica de comisionar al Escribano o a otros “*interrogadores*”; en todo, caso la inmediación sería predicable sólo del juez instructor que también decidiera.

e) La prisión del inculcado se sacrifica a la libertad.

f) En paridad conceptual, las fuentes de prueba, son introducidas a través de los medios probatorios antes del plenario, recogándose por escrito, sin contradicción y en general en secreto.

El sistema de prueba legal¹⁶² imponía al Juez, rígidas reglas para admitir y ponderar la prueba, atendiendo a criterios normativos: *número* (*testis unus testis nullus; depositio duorum testium ovni exceptione maiores*), calidad de los testigos (varón o hembra; noble o villano, seglar o eclesiástico, etc), etc. El Juez clasificaba las pruebas en nulas (a repeler de plano), plenas, (que le vinculan) y semiplenas¹⁶³ (en las que tenía que proceder a su cómputo: tercios de prueba, medias pruebas, cuartos de prueba, etc.) pudiendo con éstas condenar, si llegare a una “convicción”¹⁶⁴. Empero, y de acuerdo con el papel a jugar por el juez en el proceso, éste, el juez, es el destinatario de la actividad probatoria que en

cualquier momento del proceso hasta la sentencia; e incluso, tras ella, a tenor de la acción impugnativa autónoma en que consiste la revisión de sentencias firmes penales.

¹⁶¹ Así. CAPPELETTI, M., *Procédure orale et procédure écrite*, cit., ant.

¹⁶² Denominación que ya en el siglo XIX tuvo dos significados. El primero, por el que se aludía al sometimiento de la actividad procesal en que la práctica de la prueba, consiste, a un conjunto de reglas: orden de examen por ejemplo de testigos, limitación del modo de prueba, acotamiento de los interrogatorios presentados a los testigos para que no se use de artificios y el tiempo del tribunal se consuma inútilmente, etc. Es decir, supone disciplinar esa actividad para que se consiga persuadir, de la verdad al tribunal (sic. GLASSFORD, S., “Los principios de la prueba y su aplicación a las pesquisas jurídicas”, trad. de TENORIO y HERRERA J. M^a, Madrid, 1842, esp. pp. 129 y ss.). El segundo sentido, acepción que es a la que nos referimos aquí y ahora y que es la que en general se entiende, con el epígrafe “prueba legal” puede verse asimismo en autores del siglo XIX GENNARI, *Teori delle prove*, Pavia, 1853, pp. 12 y ss.; también moduladamente en España en GÓMEZ DE LA SERNA/ MONTALBÁN, “Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales”, 3^a ed., T. III, Madrid, 1861, en las pp. 191 y 192, quienes al referirse al “valor legal de las pruebas” indican que de conformidad con la Regla 45 de la Ley Provisional para la aplicación de las disposiciones del Código Penal, “...en defecto de la prueba plena legal, la ley admite para la imposición de penas si bien con atenuación, la convicción moral, si esta se funda en pruebas semiplenas que se aproximen a la plena”, también ORTIZ DE ZUÑIGA, M. *Práctica general forense*, II, 4^a ed., Madrid 1861, alude a que “los tribunales de justicia buscan mas cumplidamente su anhelo de acierto, su propia conciencia, cuando encuentran convencida su razón, cuando consiguen ver un hecho con evidencia, aunque falten alguno ápices legales...”. Por FURNO, C., *Teoría de la prueba legal*, Madrid, 1954, p. 7, se define la prueba legal “como sistema de garantías formales para la certeza de las relaciones jurídicas...”. FLORIAN, E., *De las pruebas penales*, T.I, Bogotá-Colombia, 1990, pp. 47-8, indica que “El sistema legal de pruebas puede manifestarse en un triple sentido, a saber: ya sea limitando el objeto o los medios con los cuales ha de establecerse la prueba; ya sea fijando el respectivo procedimiento; ya sea preestableciendo el valor de la prueba y la fuerza probatoria de ciertos hechos, al fijar previamente la estimación que el juez debe hacer de ellos y el valor que deba atribuirles”.

¹⁶³ SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, 2^a ed., TII, Madrid MDCCCXX, pp 197 (obra citada).

¹⁶⁴ Al menos en la transición del sistema inquisitivo al acusatorio formal se ve en los citados textos españoles del XIX de GÓMEZ DE LA SERNA, ORTIZ DE ZUÑIGA, etc.

general, venía atribuida a los diversos sujetos: acusadores y acusados. Tiene así sentido la máxima *probatio fit iudici, iudici fit probatio*¹⁶⁵.

B- EL PROCESO ACUSATORIO. ANALISIS DEL PROCESO ACUSATORIO PURO Y DEL PROCESO FORMAL O MIXTO. INFLUENCIA VICTIMAL.

Haciendo una breve introducción, , como anteriormente se ha expuesto, con el proceso inquisitivo; y antes de enfocar la líneas generales, lo que será nuestro proceso penal., convendrá destacar,¹⁶⁶ la confusión existente, en torno a los conceptos, "principio acusatorio" o "sistema acusatorio", utilizando y, abusando ,sobremanera, de los mismos.

Se afirma que esos principios, están consagrados en la Constitución, aunque, tal y como menciona, DE LA OLIVA SANTOS, sin citar ningún precepto, ni ofrecer argumentaciones, y ,se pretende, a veces con una ignorancia inexcusable o -como dice el mencionado autor,- sofística interesada, que de ellos, se deriven, las más diversas circunstancias¹⁶⁷.

Para el referido autor y para MUERZA ESPARZA, entre otros, no se sigue este criterio denominativo, porque entraña importantes dificultades: de un lado, el "principio acusatorio",comprende demasiadas cosas, relacionadas entre si pero con una comprenetación difícil. Se pretende que ,desde el primer momento, según los indicados autores, ha de desarrollarse comomuna contradicción igualitaria con una imprescindible parte acusadora; que los distintos órganos jurisdiccionales encargados de la instrucción sean distintos, que haya correlación entre la sentencia y la acusación, estando el Tribunal vinculado a esta; que la acusación no es sólo imputación de hechos determinados a persona o personas concretas, sino también calificación jurñídica única de esos hechos...

En la referida relación de criterios, hay reglas de viegencia necesarias e indiscutibles; desde cuando se necesita la acusación, hasta donde ha de llegar la

¹⁶⁵ Adelantamos, que tal afirmación, no es plenamente válida hoy día, en todo caso en el proceso continental, pues una cosa es que la actividad de alegar e introducir en el proceso las diversas fuentes de prueba compete a acusadores y eventualmente a los acusados y otra es que corresponda al juez ponderar más allá de toda duda razonable "*beyond any reasonable doubt*", tales fuentes de prueba, introducidas vía medios probatorios legalmente previstos, vid. PEDRAZ PENALVA, "La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba pre-constituida", en La instrucción del sumario y las diligencias previas, en Cuadernos de derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 1998, pp. 13 a 62.

¹⁶⁶ DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES, HINOJOSA, MUERZA Y TOMÉ, "Derecho Procesal Penal", 1999, pp 41 y ss, Colección Ceura, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

¹⁶⁷ ARMENTA DEU "Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)", en Revista de Derecho Procesal, 1996, nº 2 pp 265-291

correlación acusación -sentencia...sin que por ello, haya de dejar de considerarlo informado, por un denominado "principio acusatorio"

Con todo ello, no se quiere decir, que no quepa un concepto perfilado y preciso de "principio acusatorio" o que carezca de sentido utilizar dichos términos. El nombre de "principio acusatorio"¹⁶⁸ podría expresar el criterio configurador del proceso penal, según el cual se necesita una acusación para el inicio de la fase de plenario o de juicio oral y para una sentencia de condena.

Continuando con el hilo argumental, de los indicados autores, se especifica que dicho "principio acusatorio" carece del mínimo de precisión que requieren los instrumentos jurídicos para afrontar y resolver problemas sin incurrir en el casuismo ocasionalista desprovisto de orientación firme

Para MONTERO AROCA,¹⁶⁹ el llamado proceso acusatorio, si que es un verdadero proceso, por cuanto, en el existen, realmente, un Juez imparcial y dos partes enfrentadas entre sí, pero no todos los caracteres, que pueden incluirse como propios del sistema acusatorio,son necesarios para que exista lo que denominamos , proceso. Para este autor, los llamados sistemas procesales penales, son conceptos del pasado, que hoy, no tienen, ni siquiera un valor pedagógico, lo que realmente importa, son los sistemas procesales, que no son tales, sino que engloban reglas y principios concretos, para determinar, como se configura el proceso.

La garantía procesal, en la aplicación del derecho penal, no da respuesta a algunas de las cuestiones que se presentan. Esa garantía dice, que el proceso, debe iniciarse necesariamente, pero no dice, cómo ni quien ,va a determinar el hecho que se imputa, y la persona del imputado.

A todas estas cuestiones, atiende el principio acusatorio y lo hace, desde el fundamento de la imparcialidad del Juez. A pesar de todas las especialidades que pueden concurrir en el proceso penal, lo que no puede ser diferente, es la existencia de un tercero imparcial que está colocado, *supra partes*.

¹⁶⁸ Tal y como antes se ha mencionado en el artículo de MONTERO AROCA ,J."La garantía procesal penal y el principio acusatorio" Pinencia presentada en le seminario "Justicia y sociedad" celebrado en le Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Méjico, 6-8 de Septiembre de 1993.

¹⁶⁹ MONTERO AROCA,J. "La garantía procesal penal y el principio acusatorio", Revista La Ley 1994-1,pp 973 y ss.

No se discute, hoy en día, por la doctrina, que el principio acusatorio, tiene que suponer que no pueden ejercerse, por un mismo órgano, las funciones de investigación, en el procedimiento preliminar, y de enjuiciamiento, en el juicio, por cuanto ello supondría el riesgo de que la decisión se pronunciara, por un juzgador, que carece de imparcialidad.¹⁷⁰

En este orden de cosas, el principio acusatorio, se resuelve, en tres consecuencias trascendentes: no puede haber un proceso si no hay acusación y ésta es formulada por persona ajena al tribunal sentenciador, no puede condenarse ni por hechos distintos de los acausados ni a persona distinta de la acusada, no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso, que cuestionen, su imparcialidad¹⁷¹

Sentadas estas líneas doctrinales, y enfocando el proceso acusatorio mixto, este, es consecuencia de la recepción afrancesada, del proceso acusatorio de partes, vigente en Inglaterra. La Europa continental, acogió el sistema denominado acusatorio formal o mixto consagrado en el "*Code d'instruction criminelle*" de 1808. Las Leyes revolucionarias francesas de 18 de enero y 16 y 29 de septiembre de 1791 sobre Procedimiento Penal que, entre otras novedades, introdujeron el juicio público, oral, por jurados, con libre valoración de la prueba. Constituyen, los antecedentes, del Código de Instrucción Criminal de 1808 que mantuvo significativas notas del inquisitivo.

Sobresalían, de entre ellas, la institución del Ministerio Fiscal -al que se atribuye el monopolio de la acusación- y la pesquisa o instrucción judicial, con las características del secreto, escritura, no confrontación. Si bien, la investigación, así como la persecución de los delitos, al igual que en el inquisitivo, es considerada una función pública, adquiere, sin embargo, un significado totalmente diverso: ya no va ser la investigación sumarial, acometida por el juez, el fundamento de la decisión final, a dictar aún por el mismo órgano instructor sino que la pesquisa, conducida por un juez distinto del que eventualmente ha de fallar la causa, sirve en exclusiva para fundar la acusación. Su funcional significado y valor, en orden a preparar el juicio oral, supuso entender y regular el sumario como una etapa previa, ordenada a la práctica de las diligencias conducentes a la

¹⁷⁰ En este sentido, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de Octubre de 1984, caso de Cubber y SSTC español 145/1998 de 12 de Julio.

¹⁷¹ En el Derecho comparado, en Alemania, el parágrafo 244 ap.2 de la StPO dice " que el tribunal extenderá de oficio con el fin de indagar la verdad, la práctica de la prueba a todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución". En Portugal el art. 340.1 del nuevo Código del proceso penal de 1987 dispone que "el tribunal ordena de oficio o a petición de parte, la práctica de todos los medios de prueba cuyo conocimiento estime necesario para descubrir la verdad y decidir bien la causa". En el Codice di procedura penale italiano, de 1988 el Ministerio público y las

averiguación y constatación de la perpetración del delito, con todas sus circunstancias, de la participación de los delincuentes (reos) y al aseguramiento de sus personas y de sus responsabilidades pecuniarias.

En España¹⁷², la instrucción constará, así, básicamente de las actuaciones precisas para, siempre que fuere necesario en secreto¹⁷³ “...preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos” (art. 299 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

A tal fin, están reguladas para comprobar el delito y averiguar el delincuente, la inspección ocular, dirigida a la recogida y conservación de vestigios o pruebas materiales de su perpetración, describiendo todo lo que pudiere tener relación con la existencia y naturaleza del hecho (arts. 326 y ss Ley de Enjuiciamiento Criminal); en ausencia de huellas o vestigios, recurrirá el Juez, a las declaraciones de testigos o a otros medios de comprobación de la ejecución del delito y de sus circunstancias, así como a la preexistencia de la cosa cuando el delito, hubiese tenido por objeto, la sustracción de la misma, (arts. 331 Ley de Enjuiciamiento Criminal); acerca del cuerpo del delito, habrá de recoger el instructor, en los primeros momentos, las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase relacionables con el delito y que se hallaren en el lugar en que se cometió o en sus inmediaciones, o en poder del reo o de otra parte conocida, extendiendo la diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar una idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo (arts. 334 y ss Ley de Enjuiciamiento Criminal): si la instrucción tuviere lugar por causa de muerte violenta o sospechosa de

partes proponen los medios de prueba (art. 493) pero terminada la práctica de los mismos, el Juzgador, puede, si lo considera necesario, ordenar la práctica de oficio de nuevos medios. (art. 507).

¹⁷² Siempre, teniendo en cuenta, las sucesivas reformas procesales, que han seguido la línea de acercamiento al sistema acusatorio, destacando la reforma que regula el procedimiento abreviado en el año 1988 (Ley Orgánica 7/1988 de 28 de Diciembre) y la introducida por la Ley del Tribunal del Jurado de 1995 (Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo) y la actual Ley 38/2002 de 24 de Octubre 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 y LO 8/2002 de 24 de Octubre complementaria 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.

¹⁷³ La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, de la que fue autor ALONSO MARTINEZ, dice: “Subsiste, pues, el secreto del sumario, pero sólo en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y

criminalidad, antes de proceder al enterramiento del cadaver o inmediatamente después de su exhumación, hecha la descripción ordenada en el art. 335 se identificará por medio de testigos que, a la vista del mismo, den razón satisfactoria de su conocimiento (arts. 340 y ss Ley de Enjuiciamiento Criminal); cuando la instrucción se debiere a envenenamiento, lesiones, etc., procederá la asistencia de un facultativo (médico forense) sin perjuicio del que pudiere designar el procesado, que con los nombrados por el Juez instructor y el destinado por al parte acusadora, intervenga en la asistencia del paciente. (arts. 350 y concordantes); el procesado no podrá a pretexto de incompetencia del Juez excusarse de contestar a las preguntas que se le dirijan, si bien podrá protestar la incompetencia, consignándose así en los autos (arts. 395 y ss, 410 y ss); se acordarán los peritajes estimados judicialmente convenientes (arts. 456 y ss).

También, se acordará por el Juez, que la persona a quien se impute un acto punible, deberá ser citada, sólo para ser oída, a no ser que la Ley dispnga lo contrario o que desde luego proceda su detención. (arts. 486 y ss), como también, las medidas cautelares reales (fianza, embargo) precisas para hacer frente, a las responsabilidades pecuniarias que pudieren declararse procedentes (arts. 589 y ss Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Llevada a cabo, la práctica de todas las diligencias conducentes, a lo previsto en el art. 299, y ,ocasionalmente, procesado el sujeto contra el que resultaren, indicios racionales de criminalidad (art. 384 Ley de Enjuiciamiento Criminal), se dará por concluso el sumario con envío de lo actuado y de las piezas de convicción al Tribunal competente para el enjuiciamiento (art. 622 Ley de Enjuiciamiento Criminal)¹⁷⁴, dando con ello comienzo la denominada fase o período intermedio que tiene una triple finalidad: 1) confirmar la conclusión del sumario o en su caso pedir su reapertura para la práctica de alguna/s otras diligencias (art. 631 Ley de Enjuiciamiento Criminal); 2) solicitar el sobreseimiento provisional o definitivo de la causa (arts. 641 y 637 Ley de Enjuiciamiento Criminal) o 3) mandar abrir el juicio oral (arts. 645 Ley de Enjuiciamiento Criminal) siempre que constare acusador y así se solicitare si no procede acordar el sobreseimiento por el núm. 2 del art. 637.

reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público”.

¹⁷⁴ Compruébese, que nos estamos refiriendo, al Proceso Penal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 en su originaria redacción, prescindiendo de las sucesivas y reiteradas adecuaciones y reformas incluida la de 1988, que ha introducido los procesos abreviados, a las que, naturalmente, no hacemos aquí y ahora referencia

Una vez abierto el Juicio oral, se dará traslado de la causa a los acusadores y acusados para que evacuen los escritos de calificaciones pidiendo, en su caso, la práctica en el juicio oral de los medios probatorios que consideraren pertinentes y útiles y, tras la anticipación eventual de la práctica de alguna prueba, y ,sin perjuicio de resolver los artículos de previo pronunciamiento, en su caso planteados (arts 666 Ley de Enjuiciamiento Criminal), se llevará a cabo el enjuiciamiento de los hechos punibles afirmados y de los sujetos designados, en el día y hora previamente señalados, bajo los principios de oralidad, inmediación, concentración, contradicción, libre valoración de la prueba, igualdad de las partes ¹⁷⁵, etc. que pasaremos a analizar a continuación.

Practicada la prueba y evacuado el trámite de conclusiones definitivas, el Tribunal dictará sentencia absolutoria o condenatoria de fondo. ¹⁷⁶

Sentado lo anterior, procede ahora, efectuar un somero análisis, de los rasgos del proceso recibido, a través del Código de Instrucción Criminal francés de 1808, en los países del “*Civil law*”:

a) Se diferencian, con nitidez, dos etapas en el proceso penal: sumario y plenario. La primera, va encaminada a averiguar el hecho punible con sus circunstancias y su autor, dependiendo de sus resultados la apertura del plenario. En el juicio oral, el sentenciador, distinto del juez instructor, conforme a lo razonado por la acusación y defensa ,así como, a lo manifestado por los acusados, y apreciando, en conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, dictará sentencia absolviendo o condenando. En modo alguno, son admisibles, en la Justicia penal, las sentencias procesales o absolutorias en la instancia.

b) El sumario, con sus principios de escritura, secreto, no contradicción, papel prevalentemente pasivo del eventual imputado, se reduce a preparar el juicio oral

¹⁷⁵ La inigualada e inigualable Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 dice que con las calificaciones jurídicas provisionales de acusación y defensa “... empieza realmente la contienda jurídica, y ya entonces sería indisculpable que la Ley no estableciera la perfecta igualdad de condiciones entre el acusador y el acusado. Están enfrente uno de otro, el ciudadano y el Estado. Sagrada es, sin duda, la causa de la sociedad; pero no lo son menos los derechos individuales. En los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor; y si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe la armonía del derecho, no por esto deben sacrificarse jamás los fines de la inocencia porque al cabo el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales”.

¹⁷⁶ Como se menciona en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882: “Proscrita ya la absolución en la instancia, o lo que es lo mismo, (no) dejando indefectiblemente abierto el procedimiento cuando faltos de prueba para condenar, infundían en su mente las diligencias sumariales livianas sospechas contra el acusado”.

suministrando el material utilizable por la acusación y defensa, pero en ningún caso por el Juez decisor.

c) No cabe hablar, de actividad probatoria, en la investigación. En el acusatorio formal ,sólo tiene tal naturaleza y valor -a efectos de formar la convicción del juez- la practicada en juicio oral según los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción. La realidad forense, ha venido mostrando, que esa concepción de la actividad probatoria no obsta para que el manejo del material instructorio por el juzgador y la inercial tendencia a introducir en el juicio oral diligencias sumariales por diversos medios (lectura de las documentadas, art. 730 Ley de Enjuiciamiento Criminal), han propiciado su toma en consideración, para el pronunciamiento del fallo, no raramente, minusvalorando, las realizadas en el plenario¹⁷⁷.

d) La naturaleza pública, de la actividad procesal penal, se traduce en que la investigación no está condicionada, ni en su iniciación ni en su contenido, por la comunicación o solicitud de un sujeto (denunciador o querellante), sino que es suficiente para provocarla, la mera *noticia criminis*.

Asimismo, el deber del juez de instruir, se extiende, a la investigación de todos los hechos, extremos y sujetos criminalmente relevantes, sin perjuicio de que, por razones obvias, se lleve a cabo una individualización objetiva y subjetiva de modo que, salvo en los delitos conexos, cada delito será objeto de un sumario.

Tampoco la acusación, es abandonada a los particulares, salvo en los delitos privados, aunque desde la publicidad de la acusación, se permita, aún residualmente en algunos países que tal tarea, pública, sea asumida, además de por el Estado a través de un órgano específico: el Ministerio Fiscal, por los ciudadanos afectados (acusación particular) o no (acusación popular) por el afirmado hecho punible que se enjuicia¹⁷⁸.

B.1- Evolución histórica a tenor de las reformas procesales. Su incidencia en la víctima del delito.

¹⁷⁷ Lo que viene favorecido, por dos circunstancias: por el hecho de que la instrucción corra a cargo de un juez -con las mismas exigencias y requisitos que los sentenciadores- de aquí que el juzgador tenga por bueno lo hecho por un igual; de otro lado, y *a fortiori*, por la pervivencia del aforismo inquisitivo "*quod non est in actis non est in mundo*" de modo que se considera que lo dicho y hecho con todas las garantías, entre las que resalta el sosiego, y empleo de todo el tiempo y medios necesarios, para esclarecer los hechos y el autor en la instrucción, no puede ser enmendado en el juicio oral que en su aspecto secundario se circunscribe a un espectáculo breve y en el que por "pura lógica" el acusado, tenderá a negar lo hecho y dicho en la sumaria. Subsiste pues un sentimiento de mayor eficacia y valor de la investigación, que del acto del juicio oral.

¹⁷⁸ Conviene mencionar, el interesante y exhaustivo trabajo, de PÉREZ GIL, J, "La acusación popular", Granada, Ed .Comares, 1998 pp 23 y ss.

La evolución del proceso penal, no se ha detenido, como antes se ha analizado, en el acusatorio formal.¹⁷⁹ Debe apuntarse, el decisivo cambio que, en los años setenta, se produce, en la Europa continental y, por su influencia, en muchos países iberoamericanos.

La primera reforma, con el precedente de 1964 se produjo en Alemania por mor de la .StVRG (“*Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrecht*”) aprobada en 29.11.1974¹⁸⁰, seguida en Portugal por la de 1 de junio de 1987 (entrada en vigor del nuevo Código del Proceso Penal aprobado por Decreto-Ley nº 78/87 de 17 de febrero), en Italia en 24 de octubre de 1989 (aprobado por el DPR.22 settembre de 1988, n. 447), y fragmentariamente por España con la L.O. 7/1988 de 28 de diciembre¹⁸¹, y de igual manera también parecía haber comenzado en Francia, según puede verse, entre otras, en la L.O. nº 99-515 du 23 Juin 1999 “*renforçant l’efficacité de la procédure pénale*” y de la “*loi renforçant la présomption d’innocence et les droits des victimes*”.

Antes de afrontar, esquemáticamente, la nueva etapa procesal penal y su incidencia victimal, al objeto de valorar el papel de la víctima y del victimario, son convenientes unas breves reflexiones, en gran medida comprensibles, desde la evidencia que supuso la II Guerra Mundial y la consiguiente renovación y transformación de la Leyes Fundamentales, así como la promulgación y suscripción de numerosos Convenios Internacionales (D.U.D.H., P.I.D.C.P., C.E.D.H., D.A.D.D.H., C.A.D.H., C.E.P.T.P.T.I.D., C.D.H.L.F.C.E.I.)

Entre las repercusiones del conflicto bélico mundial, en nuestro ámbito, se acentúa, el de la transformación cualitativa constitucional operada en los países occidentales, explicada desde las premisas, como de la evolución del sentido originario liberal de la ley.

La Ley, como expresión parlamentariamente elaborada, de la voluntad política general, pertenece a la tradición del siglo XIX; Norma, que, al acoger la

¹⁷⁹ Convendrá tener en consideración la reforma que regula el procedimiento abreviado en el año 1988(Ley Orgánica 7/1988 de 28 de Diciembre) la introducida por la Ley del Tribunal del Jurado (Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo) y la Ley 38/2002 de 24 de Octubre 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 proceso penal y LO 8/2002 de 24 de Octubre complementaria 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.

¹⁸⁰ La denominada "pequeña reforma", por obra de la Ley 19.12.1964.

¹⁸¹ En la Exposición de motivos de la española L.10/1992 de 30 de abril se afirma que “Una reforma global del ordenamiento procesal es tarea que debe acometerse sin precipitaciones y ponderando cuantos elementos confluyen en los distintos procesos Ello no empece para que se afronten cuantas reformas legislativas de carácter parcial sean necesarias para un más eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia”.

experiencia mas general, es de todos conocida y constituye el medio óptimo, para tutelar a los derechos de los ciudadanos, a lo que se reduce especialmente todo el sistema de legislación "...a dos objetos principales, la libertad y la igualdad" (ROUSSEAU).

La identidad entre los contenidos generales sociales, hechos valer políticamente para su concreción jurídica (Ley), y la realidad de los intereses de la colectividad representada, va disminuyendo, progresivamente a medida que, primero el sufragio censitario, y en todo caso, la opción por el mandato representativo, permiten la prevalencia del poder constituido frente al poder constituyente.

Lenta, pero inexorablemente, ha podido constatarse, de un lado, la amenaza que para la libertad de los ciudadanos, puede suponer, la omnipotencia del legislador, acentuada con el positivismo jurídico que, indiscriminadamente, atribuye a toda manifestación de voluntad parlamentaria de la mayoría, la cualidad de norma cogente, y por tanto, vinculante para todos; y, de otro lado, las conexiones que se establecen, entre mayorías parlamentarias y gobierno a través del partido dominante, de modo que, con frecuencia, la Ley no es más que la expresión de la voluntad gubernamental, aprobada por una mayoría solidaria, integrada en un Parlamento, con funciones meramente legitimadoras y asesoras¹⁸², es decir, deja de ser resultado de la voluntad de todos.

Paralelamente, la Ley, obligada por el expansivo desarrollo de las tareas del Estado, se ha hecho cada vez más técnica, escapando, con frecuencia, al control efectivo del legislativo reducido a un papel ratificador¹⁸³, puesto que es, la capacidad gubernamental la que se encuentra de hecho en condiciones de fijar y valorar su contenido, facilitado por su orientación partidista, convalidada electoralmente.

Matizaremos, asimismo, que en el vigente Estado occidental, puede detectarse, una transformación de la Ley liberal, en su anterior formalidad -en cuanto se detenía en el

¹⁸² Surge, de este modo, el Gobierno-Administración, como poder único, reduciendo al Parlamento a mero asesor, dado que el partido electoralmente vencedor va a controlar, no sólo el Ejecutivo (se convierte en partido gobernante) sino también el Parlamento. Vid. LEIBHOLZ, G, *Struktur Probleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1958, pp. 17 y ss, KIMMINICH, O., *Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie*, en Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler, H.25, Berlin, 1967, otros autores como MAGIERA. S. *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, Berlin, 1979, pp. 228 y ss, prefieren aludir a la complementariedad de Ejecutivo y Legislativo.

¹⁸³ Lo que viene favorecido por el esoterismo del críptico lenguaje jurídico, y la progresiva complejidad normativa, que origina, un creciente alejamiento de la comprensión general, incluyendo la de los parlamentarios, que son incapaces de entender la ley y ,así, de aprehender las consecuencias inherentes a las diferentes opciones jurídicas, en beneficio siempre, del grupo gobernante con mayoría, en las comisiones en las que se sancionan, los proyectos normativos de Ejecutivo

umbral de la individualidad circunscribiéndose a regular el tráfico de la libertad o autonomía de cada uno-. La Ley, es ahora más densa y universal, afectando a la regulación de libertades, cada vez más ponderadas y penetrando en ámbitos antes inéditos¹⁸⁴.

El mítico planteamiento de ROUSSEAU ,sobre la voluntad general, tiende a devenir imposible, por cuanto imposible es, la representación que habría de actualizarla elaborarla¹⁸⁵. El ciudadano ya no reconoce su propia voluntad¹⁸⁶. Esta carencia, que alcanza incluso a la Constitución, pero también a la erigida legislación orgánica que ha de concretarla, conduce a la toma de conciencia, ya de la necesidad de proteger a los mismos derechos fundamentales establecidos constitucionalmente, incluso frente a la propia ley¹⁸⁷ (con planteamientos de cualquier tipo: piénsese en la posibilidad de desmontar constitucionalmente la democracia en caso de carencia de cautelas o límites de reforma).

La vieja idea decimonónica, de protección de la libertad por la Ley, tiende a ser sustituida por la de la necesidad de protección de las libertades, frente a la Ley. Se ha pasado del principio de legalidad, al principio de constitucionalidad¹⁸⁸.

Tal trance, obedece a un intento de superar la contingencia de la Ley ordinaria, colocando en la cúspide del Ordenamiento, a la Ley Fundamental como Norma

¹⁸⁴ De manera indiscutible, tal universalidad en lo que supone de extensión, al menos tendencialmente, a todas las personas, merece una valoración positiva..

¹⁸⁵ Ya el art. 6 de la *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen (Constitucion du 5 fructidor -22 de agosto de 1795-)* proclamaba que " *La loi est la volonté éérérale, expnmée par la majorte ou des citoyens ou de leurs représentants*".

¹⁸⁶ Notoriamente, excede del tema, consagrarnos, a profundizar en el cambio ,en la función de la ley. Sobre el concepto liberal de ley y su función, vid. NEUMANN, F. "El cambio en la función de la ley en la sociedad moderna" en *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, 1968, pp. 30 y ss.. BACHOF, O , *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985. esp. pp. 45 y ss., SCHMIDT, E., *La Ley y los jueces (Valores positivos y negativos del positivismo)*, en *Derecho injusto y derecho nulo*, con RADBRUCH y WELZEL, Madrid, 1971, pp. 25 y ss., etc.

¹⁸⁷ FORSTHOFF, E., *los Derechos fundamentales en "El Estado de la sociedad industrial"*, Madrid, 1975, p. 252, destaca el cambio, con el Estado social, de los derechos fundamentales, entendidos inicialmente como limitación del Estado, como protección jurídica del individuo frente a intervenciones estatales... (hasta llegar ahora en que se conciben) los derechos fundamentales, como positivación de valores y la totalidad de los derechos fundamentales como un sistema de valores inherentes a la Constitución.

¹⁸⁸ De principio de constitucionalidad habla FAVOREU, L. "*Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionne*", en *Mélanges Einsenmann*, Paris, 1974, pp. 3 y ss. Respecto a la supresión de la función mediadora de la ley ordinaria entre la Primera Norma y los actos de ejecución, y en relación a los derechos fundamentales que son directa e inmediatamente aplicables, vid. FORSTHOFF, E, "Concepto y esencia del Estado social de Derecho", en *El Estado social*, Madrid, 1986, esp. pp. 84 y ss y 86 y ss.. DOEHRING.K. *Estado social. Estado de Derecho, orden democrático*, en *El Estado social, cit.ant.* pp. 135 y ss. De imprescindible manejo, en general ,son las obras de BOCKENFERDE, E-W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, y de ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. ,esp. pp. 506 y ss.

Suprema que acoge los valores y exigencias fundamentales, de una comunidad concreta; (así en las Constituciones italiana de 1948, alemana de 1949, francesa de 1958, portuguesa de 1976. española de 1978). Su valor, ya no meramente programático, conlleva su directa vigencia, frente a todos los poderes y autoridades (efecto vertical), a la vez que su inmediata eficacia, en las relaciones, entre cualesquiera sujetos particulares (efecto horizontal).

La Constitución, inmediata y directamente aplicable, aparece así como garantía y canon de validez de la Ley ordinaria; en este sentido, comentó KRUGER, el cambio que supuso la Constitución de Bonn: “los derechos fundamentales tenían (en la de WEIMAR) una eficacia legalmente contenida, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”¹⁸⁹.

Asumida la necesidad de protegerse frente a la Ley, se ha sentido la urgencia de una autoridad susceptible de controlar la Ley y cualquiera otra actividad estatal en función y como amparo de estos derechos fundamentales de la Constitución que los garantiza. En este punto, y bajo este recalque constitucional, se ha consagrado, el papel de la víctima y los derechos derivados de las normas adjetivas.

De la experiencia de la II Postguerra en los países europeos, puede afirmarse, que la Justicia, incluyendo, de modo particular a la constitucional, ha obtenido su actual consistencia como sistema eficaz (no maravilloso por supuesto), de garantía y consecuente desarrollo de los derechos y libertades básicos¹⁹⁰. Pero en esa tarea, conviene insistir, no ha sido ni es menos importante, la actividad reconocida a órganos jurisdiccionales como los ordinarios, quienes por prescripción constitucional vienen facultados y al mismo tiempo obligados a tutelar tales derechos y libertades¹⁹¹.

Muestra del quehacer tutelador de los derechos fundamentales por los órganos jurisdiccionales, son las conocidas sentencias del BVerfG (Solange II de 22.10.de 1986¹⁹²;

¹⁸⁹ KRÜGER, H, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, 1950, pp 12 (obra del autor).

¹⁹⁰ Recuérdese, no obstante, como decisivo antecedente, la importancia de la nacionalización de estos derechos ,en los Estados Unidos de Norteamérica. Tal "nacionalización" de los derechos que, como es sabido, supuso la general observancia por la Administración conjunta del Estado federal y Estados federados, se logra ,a través de la interpretación, de la vieja cláusula del *due of process law* de la Enmienda catorce, surgida tras la Guerra de Secesión.

¹⁹¹ De aquí, la mayor exigencia y transcendencia (aun para mantener el Estado de derecho) de una Justicia independiente y eficaz.

¹⁹² En la que se proclama que “...en tanto que las Comunidades europeas, en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, el *Bundesverfassungsgericht* no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del

de la Corte Constitucional italiana, S.1.984/170, de 8 de junio (Granital)¹⁹³; del TJCE en su S. de 14.5.1974 (Asunto 4/73, Nold c.Comisión)¹⁹⁴.

Resumiendo lo analizado hasta ahora, la Ley ya no es, como teóricamente fue concebida en el Estado Liberal, expresión de la voluntad de todos, sino que se ha convertido, en el fruto de experiencias e intereses parciales/sectoriales de la sociedad –pese a su afirmada generalidad- facilitada por la representación política de los partidos. Asimismo, la Ley ha dejado de ser sancionadora de ámbitos de libertad esencial, para convertirse en instrumento de invasión, de todos los espacios del sujeto, motivo por el que éste ha de defenderse contra la Ley. Muchos autores de los mencionados, recalcan esta idea básica, que engloba, de alguna forma, la Victimización secundaria que hemos analizado en el presente trabajo.

Las Constituciones, en su parte dogmática, acogen declaraciones fundamentales de obligada observancia y de directa aplicación, por todos los poderes y autoridades; de modo singular, los Tribunales, tanto específicamente, los Constitucionales como los Ordinarios, aparecen investidos de la tarea de tutelar y realizar la libertad jurídico-fundamental. Tal significado, ya no programático de la Ley Suprema y de la actividad jurisdiccional pretende proteger al individuo, de eventuales mayorías gubernamentales, que pudieren

Derecho Comunitario derivado que se alegue como fundamento de una conducta de los órganos jurisdiccionales o de las autoridades en el ámbito de soberanía de la República Federal Alemana, y en consecuencia, no revisará, dicho derecho, derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Primera Norma...” Hay traducción española, en RIE, 1987, 14, num. 3, Sep-Oct., pp. 881 y ss (obra citada).

¹⁹³ En su Fundamento Jurídico 7º mantiene que “*Le osservazioni Fin qui svolte non implicano, tuttavia, che Tintero seriare dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183 del 1973. già av e rito come la legge di esec v one del Trattato posa andar sol getta al suo sindacato, in refirimento al principi fondamentali del nostro ordinamento Costituzionale e al diritti inalienabili della persona emana, nell'ipotesi contemplata, sia pure come improbabile, al n.9 nella parte motiva di detta pronunzia., En Giurisprudenza costituzionale, 1984. KM, 6, pp. 1099 y ss. En la Sentencia citada 1973/ 183 de 27 de diciembre, en Giurisprudenza costituzionale, 1973,1, pp. 2401 y ss, la Corte Constitucional italiana, afirmó que, en hipótesis extraordinarias, calificables de aberrantes, tenía que rechazarse la primacía del Ordenamiento comunitario. Supuestos aberrantes, serían aquellos, en los que, la norma comunitaria fuere contraria, a principios esenciales e inmodificables de la Constitución, o a derechos fundamentales.*

¹⁹⁴ Al proclamar, “que como ya ha afirmado el Tribunal, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto asegura, que al garantizar la protección de esos derechos, el Tribunal ha de inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por ende, tolerar medidas incompatibles con los derechos Fundamentales reconocidos y garantizados por las Leyes Supremas de esos Estados...” En Rep. 1974, pp 491. En la misma línea, el TJCE se habla pronunciado ya en sus sentencias de 12.11.1969 (asunto 29/69), STAUDER c. CIUDAD DE ULM Rep. 1969, pp. 419 y ss (proclamando que el Ordenamiento comunitario no podía lesionar los derechos fundamentales de la persona recogidos en los principios generales del derecho comunitario), de 17.12.1970 (asunto 11/70), *Intemazionale Handelsgesellschaft mbH. c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*. Rep. 1970, pp. 1125 y 1135 (declarando que da protección de los derechos fundamentales forma parte integrante, de los principios generales del derecho, cuyo respeto, asegura el Tribunal de Justicia...que la defensa de esos derechos, a la vez que se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe garantizarse en el marco de la estructura y objetivos de la Comunidad).

confluir en planteamientos autoritarios con terribles consecuencias como las vividas durante los años de la preguerra mundial.

En estas coordenadas, se inserta, la necesidad de actualizar el proceso penal del que reiteraremos, que es expresión fiel, del grado de libertad existente en el país (GOLDSCHMIDT), “derecho constitucional aplicado” (HENKEL) “síntoma del espíritu político-constitucional de un ordenamiento jurídico” “sismográfico de la Constitución” (ROXIN). Su interacción con el sistema constitucional imperante, al que ha de seguir no tanto de baluarte, como de activo medio de realización, impone su ineludible puesta al día, contribuyendo a reforzar la esencia del Estado de derecho, que es la realización de la libertad individual y, en el marco de la proporcionalidad¹⁹⁵, la defensa de los intereses democráticamente publicitados. Recaltar, que la entrada en vigor de nuestra Norma Fundamental, supuso la erradicación, de cualquier predominio del principio inquisitivo y la preponderancia del principio acusatorio, garantizado con los derechos fundamentales establecidos en el art. 24 de la Constitución, entre ellos el derecho del sujeto pasivo del proceso a ser informado de la acusación formulada contra él (RTC 1986/141), que analizaremos en Capítulo posterior del presente estudio.

C- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SU INCIDENCIA EN LA VICTIMA DEL DELITO

El nuevo Código Penal (aprobado por LO 10/1995 de 23 de Noviembre), asienta de forma definitiva, en nuestro ordenamiento, el principio de oportunidad, pero no a la manera clásica (como alternativa *pro abstinentia* no positivizada), sino formulándola en términos positivos, como alternativa *pro actione*.¹⁹⁶

Se superan, de esta manera, las críticas que, a nuestro juicio, recibía en su confrontación tradicional, a causa de una extrema tensión, que su ejercicio provocaba, en el principio de legalidad.¹⁹⁷

¹⁹⁵ No han de desconocerse, los derechos del acusado, más que en la medida en que desde el juego de la proporcionalidad venga impuesto por las necesidades de persecución penal, en todo caso pues fruto de su contraposición con intereses de igual o superior rango. En este sentido, la libertad ambulatoria del inculpado no ha de verse limitada arbitrariamente sino de manera excepcional y siempre que fuere menester para el cumplimiento de los fines del proceso penal.

¹⁹⁶ Una exposición concisa de ambos modelos, si bien referida al ordenamiento alemán, puede verse en TIEDEMANN "El derecho procesal penal" en ROXIN, ARZT y TIEDEMANN "Introducción al derecho procesal penal y al derecho penal procesal", Barcelona, 1989 pp 171 y ss.

¹⁹⁷ Las más recientes críticas, las ha formulado DE LA OLIVA SANTOS, A., en su trabajo "El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal" publicado en la Revista Tribunales de Justicia,

Afirmándose la necesidad de buscar la Justicia material¹⁹⁸, el sector de opinión, que así se pronuncia, no está centrado preferentemente en la Filosofía, y, ni siquiera, en la Filosofía del Derecho, sino en un ámbito, tan sensible políticamente-socialmente, como es el punitivo. Interesa evidenciar que, tal bibliografía, además, se expresa a veces con una, consciente o inconsciente según los casos, indiferenciación de los momentos penal y procesal y sin delimitar con nitidez acusación, decisión y ejecución,¹⁹⁹ como tampoco quien sería el titular que, gozaría, exclusivamente o no, de la facultad de hacer uso de la oportunidad. No obstante, y en general, parece centrarse en el Ministerio Fiscal y en la acusación, en cuanto está en pugna, entre nosotros, la posible modificación de las tareas del Ministerio Fiscal²⁰⁰ al estimarse la conveniencia de sustituir el vigente sistema de

nº 1 pp 9 y ss, donde manifiesta expresamente que le principio de oportunidad, se opone al principio de legalidad. Este autor, destaca "que en los últimos lustros han sido varios los intentos y propósitos oficiales de introducir en nuestro Ordenamiento jurídico un nuevo proceso penal, caracterizado entre otros rasgos, por ser, o mejor dicho por pretender, ser más acentuadamente, acusatorio, atribuyendo al Ministerio Fiscal y a otros sujetos, papeles más importantes, en detrimento del atribuido hasta ahora al Juez para el impulso y control ya *ab initio* de la persecución jurídica de los hechos criminales. Se ha querido un proceso penal en el que frente a una múltiple proclamación constitucional y legal del principio de legalidad encuentre acomodo para un amplio influjo el denominado "principio de oportunidad"...no alcanzando al comprender, porque sería positivo prescindir de un elemento de nuestro sistema consistente en que sea de incumbencia del Juez la decisión inicial y el control inmediato y directo de las actuaciones procesales, desde que se tiene noticia de un hecho de apariencia criminal." En contra, no obstante GIMENO SENDRA, "Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio" en Boletín de Información del Ministerio de Justicia nº 1457 pp 13 y ss, monográfico dedicado a la "Justicia penal" pp 31 y ss y LOPEZ BARJA DE QUIROGA, "El principio de oportunidad" en el colectivo "Proceso penal y actuación de oficio de los Jueces y Tribunales", publicado en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995, pp 1 y ss.

¹⁹⁸ Así, entre otros, GONZÁLEZ CUÉLLAR, A., "La eficacia de la Justicia penal", Rev. Poder Judicial, 1984. 12, pp 105; también, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal", en Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, número especial VI de la Rev. Poder judicial, p. 21, en la que afirma que respecto del principio de oportunidad "...si cabe una articulación de tal principio que sirva como instrumento para el logro de dos valores constitucionales esenciales: el de la justicia material y..." QUINTERO OLIVARES, G., Derecho Penal. Parte general, 2º ed., op. cit., pp 41 "...La sumisión al principio de legalidad hoy, no puede pues conformarse con la simple y escrupulosa aplicación de la "*lex stricta et scripta*" y las demás garantías: ha de ir más allá y llegar al ideal de justicia material que el derecho positivo dice perseguir". De indispensable consulta es la obra de RAWLS, Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia, Madrid, 1986, esp. pp. 59 y ss., en las que hace una interesante crítica a la justicia material.

¹⁹⁹ De este modo, se aplica el principio de oportunidad, en la no ejecución de la pena, por ejemplo, en Luxemburgo. Vid. en este sentido Informe del Comité Europeo de problemas criminales sobre la participación del público, en la política criminal, publicado en Doc Jca, T.XIV, Oct-Dic. 1987, monográfico dedicado a La Justicia penal y la política criminal en el Consejo de Europa, pp. 1299 y ss. y, esp., pp. 1310.

²⁰⁰ Y no sólo de sus tareas sino, esencialmente, de la posición que ocupa en el proceso penal y de su naturaleza. Claramente es rechazable la doctrina la que estima que nos encontramos ante una "parte", aún formal (sobre ello, vid. los argumentos va clásicos de SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, cit, pp 78 y ss. y del mismo Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde», en *Strafprozess und Rechtsstaat*, Göttingen, 1970, pp. 180 y ss.), primando la que considera que se trata de un órgano de la Justicia, as, SCHMIDT, E.,..., PETERS. K., *Strafprozess*, Heidelberg, 1981, pp 152, KLEINKNECHT/MEYER, *Stratprnzessordnung*, 37 Aufl., München. 1985. § 160, 14, BAUMANN, J., *Grundbeg. jfe und lérfahrensprinzipien des Strafprozessrechts*, Stuttgart,

instrucción judicial²⁰¹ por el de investigación del Ministerio Público^{202 203}, con lo que se afirma un reforzamiento del acusatorio²⁰⁴ a semejanza, en líneas generales, de la orientación

1979 pp 45. PFETFFER G. etc., *Einleitung en Karlsruhe Kom mentar zur Stráfprouf3ordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 4 Autl. 1999, cit ant., manteniendo que el proceso penal no es un proceso de partes al modo como lo es el proceso civil.

²⁰¹ Sin participar ,aquí y ahora ,en la discusión acerca de las ventajas de suprimir la instrucción judicial para lograr, por ej., un reforzamiento del acusatorio, tal vez no sea del todo inoportuno, recordar que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (antes de las múltiples reformas susceptibles de ser consideradas como desnaturalizadas e interesadas, y que posiblemente hayan ido empeorándola) implantó la separación entre el órgano que instruya y el que decida. De este modo. SERRANO, L.J., “Nueva organización del Ministerio Fiscal y de los Tribunales”, RGLJ, 1875, T. XLVII, pp 331: Es preciso distinguir bien, la policía judicial y la instrucción, considerando, la primera, como propia del MP, y necesaria para denunciar los delitos y perseguir á los delincuentes, la segunda imprescindiblemente como un acto enteramente de administración de justicia y propio exclusivamente del Poder judicial y de sus magistrados, para instruir con toda elevación de sentimientos y completa imparcialidad las diligencias del sumario. De esta manera, ofrecerán ,a la vez, la debida garantía la justicia penal y á la libertad civil, estos actos tan importantes del procedimiento, que, como todos los de él, deben ser suficientemente tutelares de todos los derechos, y de cuantos intereses tiene la misión de velar por ellos ,el poder público. La imparcialidad del Juez Instructor es absolutamente necesaria para la recta administración de justicia, y debe hallarse exento, de toda pasión, hasta en la apariencia; y de cualquier sentimiento que pueda alterar la rectitud de su juicio. Y, únicamente así, no descuidará medio ninguno de investigar, no sólo las pruebas de la culpabilidad del acusado, sino que, tratará de acumular, cuantas considere que pueden ser útiles para patentizar la verdad, y podrá mostrar al Tribunal ó Sala de Instrucción de la Audiencia, todos los datos y medios de fallar... sobre lo bien ó mal fundado de la inculpación, y si es ó no procedente la admisión de la acusación, base del plenario y verdadero juicio criminal. Advertimos, sin perjuicio de coincidir en esenciales afirmaciones de ese autor, sobre cualesquiera rechazos indiferenciados, injustificados y aún miméticos, so pretexto de modernidad, progresismo o equiparación a otros países, con olvido de que no es igual ; el nuevo Fiscal portugués que el italiano, y, recordando los motivos que estaban en la base de la elección histórica de ese sistema a la vez que proponiendo puntos de reflexión, sobre las repercusiones inherentes. En todo caso sí deseo decantarme por mi *actual* rechazo a cualquier pretensión automática de sustituir al juez instructor por el fiscal en la investigación de las causas penales sin, previamente, una remodelación orgánica, funcional, incremento de plantilla, etc. del vigente Ministerio Fiscal. Dudamos mucho de su conveniencia ,sin meditar antes, la conveniencia de mantener la designación del Fiscal General a propuesta del Ejecutivo (art. 124.4 CE) y sin modular muy cuidadosamente los principios constitucionales de, unidad de actuación y dependencia jerárquica" (arts. 124.2 CE, 2º.1 y 22 y ss. de su Estatuto orgánico -aprobado por L 50/1981 de 30 de diciembre y modificado por Ley 14/2003 de 26 de Mayo), que presiden el ejercicio de sus funciones. como también. Y, entre otros extremos, la facultad del Gobierno de Interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público. A fin de evitar, equívocos, recalcaremos, que, tras las imprescindibles y profundas reformas pertinentes, no estimamos, que hubiera inconveniente, en confiarle la investigación criminal, pero siempre sin olvidar tampoco que, no sería de recibo, el abandono de la misma ,en manos de la policía, por lo que sería imprescindible, fijar muy cuidadosamente, las relaciones juez/ fiscal/ policía.

²⁰² Cfr. LOPEZ BARDA DE QUIROGA, J., El principio "el que instruye no debe juzgar" desde un punto de vista axiológico, en Rev. Poder Judicial, 1983, esp. pp 129 y ss. VIVES ANTON, T., "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en Rev. Poder Judicial, número especial II: Justicia penal, esp. pp. 96 y ss.

²⁰³ Quizás, convendría examinar, esa afirmación, según la cual, no se vea el juez contaminado reduciendo el principio de oportunidad al MF, a quien se atribuida la facultad de decidir: qué supuestos han de perseguirse, en su caso, si han de perseguirse y, finalmente, cómo han de calificarse jurídicamente. Más en verdad esto no es válido ni siquiera en el Ordenamiento jurídico anglosajón. En el Derecho norteamericano si bien el juez no puede intervenir en las negociaciones entre las partes (Rule 11 último párrafo de las *Federal Rules of Criminal Procedure*: “*The court shall not participate in any such discussions*”, en cambio se prevé que el acuerdo ha de ser sancionado por el órgano jurisdiccional, debiendo verificar un control formal (de este modo Rule 11 (b), (c) y (d)), de la voluntariedad y exactitud. En lo atinente al imperativo de la exactitud (Determining accuracy of plea) ha de señalarse que si bien la norma habla de que “...*the court should not enter a judgement upon such plea without making such inquirv.*”(Rule 11) La jurisprudencia lo ha interpretado -de este modo en el caso *People v.Griffin*- diciendo ,que basta con asegurarse, de que el acusado cometió realmente un delito al menos tan grave como uno de los que desea confesar. Tal doctrina no puede oscurecer el deber del juez (“*sound judicial discretion*”) de constatar, que tal acuerdo, no lesiona el

acogida, entre otros, en los procesos penales alemán^{205 206}, portugués²⁰⁷ e italiano²⁰⁸. Como mera definición, los principios del proceso son las notas, caracteres o rasgos básicos que presenta un concierto sistema procesal.

Con referencia al principio de oportunidad y puntualizando algunos extremos, téngase en cuenta, de un lado, “la importación del principio de oportunidad podría realizarse tanto en el momento del ejercicio de la acción penal como en el de la suspensión del procedimiento”²⁰⁹ y, de otro, que también la oportunidad “está siendo hoy llevada a la práctica por la Policía, no presentando el correspondiente atestado, en cuyo caso, aún conocidos los hechos a través de los medios de comunicación o por conocimiento privado por el Juez o por el Ministerio Fiscal, rara vez se inicia el procedimiento penal para su persecución”²¹⁰

En²¹¹ nuestra opinión, con esta afirmación, se dejaría en manos de la policía, lo que inicialmente, corresponde al órgano jurisdiccional, pudiendo provocar en la víctima indefensión en aras a incrementar la protección del victimario.

El principio de oportunidad ha sido definido, a nuestro parecer, de modo incompleto²¹², como “la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer,

interés público en la efectiva administración de la Justicia (*Rule 11* “...such a plea shall be accepted by the court only after due consideration of the views of the parties and the interest of the public in the effective administration of justice”). En el sistema europeo continental, también el juez resulta implicado por la forma en que se estructura y desarrolla el conocido como principio de oportunidad reglada. De esta manera, vid., en el CPPP el art. 280 (*arquivamento em caso de dispensa oisen (sao da pena)*), en la StPO alemana en los §§ 153 y ss., en el CPPIt arts. 408 v 409, en el CPE, art. 171.3 (delito de amenazas); etc.

²⁰⁴ Así, respecto de la reforma alemana, fué destacado por SCHAEFFER, *Strafprozessrecht*, Berlin-New York, 1976, pp 223 (obra del autor).

²⁰⁵ Sobre ella “La reforma procesal penal de la R.F. de Alemania de 1975”, en RiberDP, 1976, 79, pp. 145 y ss., y Bibliografía cit. Conviene recordar que tal reforma siguió el modelo de la “*Emminger-Verordnung*” de 1924.

²⁰⁶ Vid. PETERS. *Stráfpprozess, Heidelberg*, 1981, p. 94 que incondicionalmente la separación de las tareas de acusación v cognición no constituye una auténtica ruptura en relación al anterior proceso inquisitivo.

²⁰⁷ Que como se ha visto, es fruto de la reforma del “Código de proceso penal” aprobada por Decreto-Ley núm. 78/ 1987, de 17 de febrero, en vigor desde el 1º de junio de 1987.

²⁰⁸ De conformidad con el nuevo texto procesal penal aludido anteriormente.

²⁰⁹ Sic. GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados. El principio de oportunidad y proceso penal monitorio”, en Rev. Poder Judicial, 1986, núm. esp. 11, Justicia penal, pp. 48.

²¹⁰ MORENO CATENA, V. “La Justicia penal y su reforma”, en Justicia 1988. II pp 316.

²¹¹ Es gravísima la irregularidad que esto implica, pudiendo dimanar de ella, a nuestro juicio, perjudiciales consecuencias de esa “facultad” que, en todo caso, presupone a la Policía unos conocimientos jurídicos que no le son exigibles, todo ello sin olvidar la obligación que incumbiría al Juez, en nuestro Ordenamiento, de proceder contra la Policía. Esto no empece para que en otros países -sitos en parámetros jurídicos y sociales diversos- se reconozca a la Policía discrecionalidad para denunciar o archivar los asuntos punibles de mínima trascendencia, y concretamente, las pequeñas infracciones contra la propiedad; de este modo en Dinamarca, Gran Bretaña, Noruega, etc. Sobre ello, vid. WEIGEND, T, *Anklagepflicht und Ermessen. Die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitátsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht*, Baden-Baden, 1978, pp. 92 y ss., HANSEN, Die Tätigkeit der Anklagebehörde in Norwegen, en *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, Herg. Jeseck u. Leibinger, Baden-Baden, 1979, p. 504, HUBER, B., *Funktion und Tätigkeit des Anklägers in England und Wales*, en misma obra, pp. 556 y ss etc.

bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado, la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”²¹³.

Las referencias doctrinales al principio de oportunidad, no son tan recientes como pudiera suponerse. Descartando algunos precedentes decimonónicos²¹⁴ -aún legislativos-, pueden encontrarse interesantes planteamientos en autores como DAHM²¹⁵, GOLDSCHMIDT²¹⁶, BELING²¹⁷, etc

Así, a nuestro entender, GOLDSCHMIDT²¹⁸ situó, ya en su época, agudamente los términos de la dicotomía “legalidad –oportunidad”, al afirmar que sólo hay base para tal contraste desde que el “*ius puniendi*” es asumido por el Estado, suscitándose pues, la cuestión legislativa, acerca de la perseguibilidad o no de todos los hechos punibles y, en el segundo caso, de si la persecución, ha de hacerse depender en cada supuesto del arbitrio del acusador particular o estatal, o, en el procedimiento de oficio, del arbitrio judicial. Como este autor continúa afirmando, modernamente no se ha resuelto con absoluta nitidez si es preferible el principio de legalidad o el de oportunidad, pues históricamente se demuestra que :“El principio de legalidad, sigue siendo, el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva. Por lo mismo, logrará el dominio. en un ,tiempo, que se preocupa principalmente de la constitución del Estado de derecho y de las garantías del mismo.

Frente a esto, el principio de la oportunidad, puede justificarse, de dos modos completamente distintos, a saber: por un lado, partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del Gobierno sobre la justicia penal; por otro lado, en el interés de la

²¹² GIMENO SENDRA, V, exclusivamente, tiene en cuenta ,el principio de oportunidad, respecto del titular de la acción penal y, más concretamente, aludiendo al MF, acaso considerando, sólo los §§ 153, 153 a, 153 b, 153 c, 153 d, 154 a 154 b, 154 c de la StPO. Téngase presente lo dicho por MORENO CATENA, V., antes citado.

²¹³ GIMENO SENDRA. V.,”Los procedimientos penales simplificados: principio de 'oportunidad y proceso penal monitorio”, cit. ant.. También en su Derecho Procesal Penal, 3º ed., Madrid, 1999, con CORTÉS DOMINGUEZ,V., acota el principio, del mismo modo ,al mantener que:”...un ordenamiento procesal está informado por el principio de oportunidad cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer o no uso de su ejercicio, dejando de ejercitar la acción que ostentan en régimen de monopolio o provocando la iniciación del procedimiento e incluso, una vez iniciado éste, pueden las partes acusadoras con la autorización judicial obtener un sobreseimiento por razones de política criminal y aun cuando concurren los presupuestos de la apertura del juicio oral”, DE LA OLIVA,A. "Análisis de los sistemas procesales" Revista General de Derecho, año 1992, da una visión concreta de los mismo y, amplía las visiones, que sobre dicho principio, se tiene en cuenta, con relación a la titular de la acción penal.

²¹⁴Vid. GOLDSCHMIDT, J., Problemas jurídicos y políticos del proceso penal ,antes cit., también en DAHM, G. *Legalität und Opportunität*, en ZStW, 1934., etc.

²¹⁵ DAHM, G., ob. cit.ant..

²¹⁶ GOLDSCHMIDT, J, antes citado misma obra.(pp 73).

²¹⁷ BELING,E, Derecho procesal penal, Barcelona, 1943, entre otras en la pp. 25. del autor.

verificación de la justicia material, en contraste con un formalismo legal. Al dominio del principio de la oportunidad en el primer sentido se opuso la tendencia del Estado de derecho de la segunda mitad del siglo XIX, mientras que, hoy día, el principio de la legalidad tiene que ceder ante un principio de la oportunidad en el segundo sentido, es decir, en favor de la justicia material”²¹⁹.

Destacaremos, pues, en relación con este principio de oportunidad, lo siguiente: su afirmada difícil inconciliabilidad con el de legalidad aunque atemperada por la delimitación normativa de la oportunidad; que, amén de su ocasional significado en vía agresiva de derechos del sujeto, es apreciable, una falta de rigor técnico en la legislación actual, sus contenidos difusos, confusos, con frecuencia contradictorios y con lagunas a colmar; la simultaneidad de la vigencia de tal antinomia, con el monopolio por el Estado del derecho de penar; su incidencia en el momento procesal que constituye “*conditio sine qua non*”, de toda Sentencia penal (en el sistema acusatorio): al ejercer la acusación, en la fase cognitiva mediante la suspensión del pronunciamiento penal y en el periodo de ejecución de la pena (sustitución o suspensión de la misma); que su uso en la práctica no reside sólo en el juez o acusaciones (esencialmente MF) sino también, más o menos oficiosamente, pero con notable frecuencia, en la policía judicial; que si bien puede propiciar una politización de la justicia también favorece la justicia material con el necesitado contrapeso de la proporcionalidad²²⁰. Con lo expuesto, la posición de la víctima queda en segundo plano y no se garantizan los valores y principios referidos, amparados por nuestras normas procesales

BELING señala que "aceptándose el principio de la investigación oficial combinada con el de la acusación formal, se plantea la cuestión de si la autoridad encargada de la acusación. En los casos, en los que la ley, parece justificar la condena, puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ejemplo, por razón de la nimiedad de la infracción “*minima non curat praetor*” o por temor al escándalo público o por temor a costas procesales considerables. El principio de legalidad niega tal facultad a la autoridad, encargada de la acusación (coacción de persecución), mientras que, por el contrario, el principio de oportunidad se la concede.”²²¹

²¹⁸ GOLDSCHMIDT, antes citado misma obra. (pp 76).

²¹⁹ GOLDSCHMIDT, misma obra (pp 78).

²²⁰ También PEIFFER, *Gerd., Einleitung al Karlsruhe Kommentar, cit.. 4 Aufl., 1999, Nr.6, pp. 3-4.*

²²¹ BELING, E, ob. cit, pp. 25

Por tanto, ya no es sólo, que la Ley, deje de ser transposición pública mediata o inmediata de los derechos subjetivos²²² y se instrumentalice en contra del viejo “*status civitatis*”, sino que, en aras de alcanzar un mayor grado de eficacia, en la Justicia represiva -en último extremo, en pro de la denominada “Justicia material”^{223, 224} - preténdase implantar el principio de oportunidad.

Tal instauración, parece que, inicialmente prescinde, entre otros aspectos, de que nuestro legislador constituyente, en el art. 117, expresó la sujeción de los Jueces y Magistrados “únicamente al imperio de la ley”²²⁵. Hay, por tanto, diferencia con lo previsto en el art. 103.1 CE -en el que se indica el pleno sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho^{226 227} y, correlativamente, con lo sancionado por el constituyente alemán federal que, junto al art. 97.1 de la Primera Norma en el que proclama que los jueces son independientes y están sujetos exclusivamente a la ley, agrega en el art. 20.3 GG que la jurisdicción está sometida a la Ley y al Derecho (“...*die voilziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*”)^{228 229}.

²²² Perdiendo, pues, naturalidad y generalidad. Vid. sobre ello, "La jurisdicción en la división de poderes de Montesquieu " Ed. RIBERDP, Paris 1976, pp. 905 y ss.

²²³ En expresión de GOLDSCHMIDT, J., misma obra antes citada (pp 124)

²²⁴ Aunque requiere exigida puntualización. podría mantenerse, desde esta perspectiva, que el principio de proporcionalidad está en óptima posición para contrapesar al de oportunidad, precisamente en cuanto aquél, junto con el de igualdad, se ha afirmado que son principios de la “justicia material”. Sic. LARENZ, K., Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica, Madrid, 1985, pp. 138.

²²⁵ Por algunos autores, se estima, la incompatibilidad entre principio de legalidad de la acción penal y principio de oportunidad. Así, CARVALHO MARTINS, A., *O debate instrutório no código de processo penal português de 1987*.

²²⁶ Vid. la interpretación defendida, a este tenor, por GARCÍA DE ENTERRÍA. E., ant. cit. pp. 416 y ss, y por BAENA DEL ALCÁZAR, M., “Artículo 103. La organización y la función pública en la Constitución Española de 1978. .

²²⁷ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, JA., "Fundamentos de Derecho Administrativo", ant. cit., en las que suscita algunos interrogantes en torno al principio de sujeción de la Administración a la Ley, con interesantes reflexiones atinentes a su significado en nuestro vigente Derecho.

²²⁸ Sobre la vigencia de estos principios, vid. amén de la obras citadas de GOLDSCHMIDT, a SCHMIDT, E., “La ley y los jueces”, cit., a BAUMANN, J., “*Grabgesang für das Legalitätsprinzip*” ZRP. 1972, pp. 273 ss., BARATTA, A., *Positivismo giuridico e scienza del dritto pende*, Milano, 1966, passim., ECU, P. “*Legalitätsprinzip in der Krise*”. en ZRP, 1973. pp. 139 y ss., FALLER, H., “*Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozess*”, en *Festsgabe für Launz*, 1971, pp. 69 y ss., HANACK, E.-W., “*Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform*”. en *Festschrift für Galias*, pp. 339 y ss., HEINITZ, E. *Einige Zweifelsfragen des Opportunitätsprinzips in stsc; rIt hair Rittler* pp 327 y ss., KAUFMANN, A., “*Durch Naturrecht und Rechtspositivismus -u juristische Hernie neutik* “ 1975, pp. 337 y ss., LUDERSSSEN, K., “*Grenzen des Legalitätsprinzips im effizienzorientierten moderasen Rechtss; en Poiizei unc Strafprozess ni demokraaschen Recititsstaat, Hrs.*” por Denninger y Lüderssen, Frankfurt. 1978, pp. 188 y ss., PETERS, K., “*Beschleunigung des Stral erfahrens und die Grenzen der Verfahrensbeschleunigung en Strafprozess and ReForm, Hrsg.’. Schreiber, Neuwied und Darmstadt, 1979, pp. 32 y ss., del mismo. “Sozialadáciuanz und Legalitätsprinzip en Festschrift “.Ve!zel, pp. 415 y ss., RIESS, P., “Die Zukunft des Lcgalitätsprinzip”, NSStZ, 1981 pp2 y ss., SCHROEDER, F.Ch., “Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip heute”, en *Fesch fur K.Peters*, pp. 411 y ss., WAGNER, W., “*Zum Legalitätsprinzip*” en *Festschrift zum 45. Deutschen Juristentag* pp 149 y ss. WEIGEND, Th., “*AnklageAl7icht and Ermessen -Die Stellung des Staatsantualts ztuischen Legalitätsund Opportunititsnrinzip nach deutschem and amerikanischem*”*Recht*, Baden-Baden. 1978., HASSEMER, W. “La persecución penal: legalidad y*

No olvidemos, que el art. 9.3 de la Constitución Española prescribe: “La Constitución garantiza el principio de legalidad...” ,que el 97 del mismo Texto Legal., reitera que el Gobierno “...ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”) asimismo, según los arts. 124.1 CE y artículo único (a tenor de la reforma operadas por la Ley 24/2003 de 26 de Mayo de modificación de la Ley 50/1981 de 30 de Diciembre) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: "El MF...debe velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a la leyes... y ejercer cuantas funciones le atribuya la Ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales....” agregándose en el núm. 2 del citado 124 CE ...que ejerce sus funciones ... con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”²³⁰ “Hay que hacer hincapié, además, en que el art. 105 Ley de Enjuiciamiento Criminal consagra el principio de legalidad²³¹ -menos rígidamente, como veremos, que como lo hizo el art. 838.8 LOPJ de 1870²³² -así como, en que con tal significado, fue entendido ya por la Circular de la Fiscalía del TS de 2.9.1884 a cuyo tenor “...lo que para los ciudadanos constituye un derecho, es deber ineludible del Ministerio Fiscal, a quien, aparte de otras muchas

oportunidad”, JD, 1988, 4, pp. 8 y ss., en nuestro país amén de los trabajos citados también los de RUIZ VADILLO, E., “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, FAIREN GUILLÉN, V. “El Ministerio Fiscal en la reforma del proceso penal” (I) y (II), en Boletín Tapia, 1989, Enero-Febrero. 44, pp. 63 y ss. y Marzo-Abril 1989, pp. 63 y ss., etc.

²²⁹ También el Código procesal penal portugués, en su art. 9: (*Exercício da função jurisdiccional penal*) proclama, en su ap. 1:” *Os Tribunais judiciais administram a justiça penal de acordo com a lei e o directo*”. Vid, la interpretación de CARVALHO MARTINS, A., antes citado. Refiriéndose expresamente al citado art. 20. 3 GG, ZEUNER, A., “*La sentenza in Germania en La sentenza in Europa. Metodo tecnica e stile*”, (*Atti del Convegno internazionale per l'inagurazione della nuova sede della Facoltà. Ferrara, 10-12 ottobre 1985*), Padova, 1988, pp. 580 y ss, en la que -y tras afirmar que para la ubicación de la sentencia es fundamental, el principio constitucional, según el cual el juez es independiente y sometido sólo a la ley. pero por ley no sólo ha de entenderse ley escrita sino también normas de derecho consuetudinario.; dice que:”Y, la impresión de una cierta flexibilidad, respecto del vínculo legislativo se ve también reforzada por el hecho de que uno de los artículos de la Constitución no se limita a hablar simplemente del vínculo de la ley, sino, además .del vínculo en la comparación de la ley y del derecho”.

²³⁰ El art. 2.1, in fine, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (no olvidando la modificación efectuada por Ley 14/2003 de 26 de mayo de modificación de la ley 50/1981 de 30 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal) dispone: “...ejerce su misión...con sujeción, en todo caso, a los (principios) de legalidad e imparcialidad”.

²³¹ También GONZÁLEZ CUÉLLAR, A., El Ministerio Fiscal, con cita de los arts.124 CE y el EOMF. parece encontrar ,difícil encaje, a la oportunidad, lo mismo que CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Legalidad versus oportunidad” como criterios de actuación de los Ministerios públicos”, en Primeras Jornadas de Derecho judicial, Madrid, 1983, pp. 724 y ss. En semejante línea. con expresa consideración de la jurisprudencia del TEDH, DOLZ LAGO, M.J.,” Los principios de actuación del ministerio fiscal según la Constitución española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Rev. Poder Judicial, núm.9, pp. 77 y ss., para quien el MF, ha de estar sometido, al principio de legalidad lo que exigiría además su desvinculación del Ejecutivo o de cualquier otro poder, debiendo destacarse, que por la materia, que es objeto de regulación en el CEDH la remisión, a cuáles sean estos derechos ,en el ámbito jurisdiccional es obligada y tiene como objeto evitar un enfoque formalista de este principio (de legalidad)”.

²³² Art. 838.8º LOPJ de 1870 (corresponderá al Ministerio Fiscal): "Ejercitar la acción pública en todas las causas criminales, sin más excepción que la de aquéllas que, según las leyes, sólo pueden ser promovidas a instancia de parte agraviada”.

disposiciones, la citada ley, en el art. 105 impone la obligación de ejercitar, con arreglo a la misma, todas las acciones penales que considere procedentes, haya o no acusador privado en las causas, menos aquéllas que el Código penal, reserva exclusivamente, a la querrela privada”²³³.

Tal planteamiento, se vio ratificado concisamente, sin ambigüedades en la Memoria de la Fiscalía del TS de 1933, al expresar la obligación del Ministerio Fiscal, de ejercitar la acción penal, por todo hecho que revista caracteres de delito o falta²³⁴, velado por el reestablecimiento del ordenamiento y defensa de las partes débiles del proceso penal, las víctimas.

De lo que antecede, es deducible de manera inmediata que, con base en el principio de legalidad²³⁵, el MF ha de acusar, siempre que del resultado de las investigaciones practicadas, se derive la (probable²³⁶) comisión de un hecho que revista los caracteres de normativamente punibles²³⁷.

Esta es asimismo, la opinión mantenida por AGUILERA DE PAZ²³⁸, para quien el art. 105 Ley de Enjuiciamiento Criminal, impone al Ministerio Fiscal, el ineludible deber de

²³³ En idéntico sentido, y citando además tal Circular, GOLDSCHMIDT, J., op. cit., pp. 75-76., GÓMEZ ORBANEJA, E., "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal", T.II, vol .I, Barcelona, 1951, pp. 526-7.

²³⁴ Está implícito que ha de tratarse de delito o falta públicos.

²³⁵ Naturalmente el principio de legalidad tiene connotaciones más amplias. Recuérdese por ejemplo ese texto de DUGUIT, L., *Traité de Droit constitutionnel*, II, 3a ed., Paris, 1928, pp. 437, *C'est aussi dans l'exercice de la fonction juridictionnelle qu'apparaissent surtout les conséquences de la conception moderne de l'Etat. car c'est en vertu de cette conception que, d'une part. nous affirmons que lorsqu'un particulier s'adresse á lui. l'Etat est obligé d'intervenir; que. d'autre part, l'Etat juge est rigoureusement lié par la loi qu'il a faite, et enfin que l'Etat :-est lié par la décision juridictionnelle qu'il rend comme juge ».*

²³⁶ Hablamos, lógicamente, de probabilidad y no de seguridad por cuanto, tras las actuaciones sumariales, en modo alguno puede existir seguridad ni siquiera, alcanzable, aunque se consiga un mayor grado de conocimiento de lo acaecido. tras el inicio oral público y contradictorio ante el órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir.

²³⁷ Históricamente, vid. los trabajos de SCHMIDT, E. *Ein JiThrung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., cit.ant., los de autores como MOLINARI, E., *Pubblico ministero e azione penale nel'ordinamento della Repubblica federale di Germania*, NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale, ambos en Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma, a cura di G. CONSO*, Bologna, 1979., entre nosotros, con puntos de estudios y momentos distintos. De la organización, atribuciones y deberes del Ministerio Fiscal, Madrid, 1353 (en lugar de autor figuran cuatro iniciales)., FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, M., *El Ministerio Fiscal en España*, Madrid, 1977, JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "Relevancia constitucional del MF", en *El Poder judicial*, con otros, II, Madrid, 1983, pp. 1625 y ss., GIMENO SENDRA, V. "El MF y el art. 124 CE", en *Constitución y proceso*, Madrid, 1988, pp. 63 y ss., GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Madrid, 1989., FAIRÉN GUILLÉN, V. "El Ministerio Fiscal en la reforma del proceso penal", en *Bol. Tapia*, enero-febrero 1989, pp. 63 y ss. "El MF en la reforma procesal de 1988", *Bol. Tapia*, marzo-abril de 1989, pp. 63 y ss., ESCUSOL BARRA, E., "El Fiscal en los poderes del Estado", en *Estudios sobre la LOPJ*, Madrid, 1989, pp. 27 y ss., ANDRES IBÁÑEZ, P., "El MF entre el 'Viejo' y 'nuevo' proceso", en *La reforma del proceso penal*, con otros, Madrid, 1990, pp. 81 y ss., MARCHENA GÓMEZ, M., "Madrid, 1992., FLORES PRADA, I., "El Ministerio Fiscal en España," Valencia, 1999. etc.

²³⁸ AGUILERA DE PAZ, ob.cit.ant

ejercitar la acción penal -haya o no comparecido en la causa acusador particular, tratándose de delitos públicos, o mediando denuncia en los semiprivados, en cumplimiento de su obligación, de velar por el interés público y restablecimiento del orden jurídico, a cuyo tenor, no puede permitirse, no sólo que los delitos queden impunes por falta de acusador sino, muy primordialmente, que deje de realizarse el fin propio de la pena. Para este autor, sólo pueden dejar de cumplir tal deber “de acusación forzosa” los funcionarios fiscales, en cuanto tales, “en aquellos casos en que hubiere lugar al derecho de abstención”²³⁹.

La vigencia del principio de legalidad, constituye el punto de partida, utilizado por uno de los más acérrimos defensores de la llamada oportunidad reglada, al afirmar que: "La Constitución, de las dos opciones que caben adoptar como criterio de actuación del Ministerio Fiscal, la legalidad o la oportunidad, ha optado por la primera, lo que significa que los imperativos de conducta del Fiscal, la adopción de iniciativas en orden a la persecución del delito o la de sus posturas procesales, vienen prefijados por el ordenamiento jurídico"²⁴⁰. En posteriores trabajos, ha evolucionado, llegando a admitir, la no necesaria y rígida contraposición entre principio de legalidad y de oportunidad, en cuanto éste sea entendido de forma que no implique que pueda el Fiscal "...disponer caprichosamente de su capacidad de acusar o no, sino que la opción (venga) ordinariamente determinada por razones legalmente preestablecidas... (obedeciendo) a un criterio axiológico que las (haga) prevalecer sobre el eventual beneficio del castigo del hecho concreto"²⁴¹.

²³⁹ AGUILERA DE PAZ, ant. cit. expone que ,naturalmente, tal derecho de abstención, es irrelevante a efectos del deber de ejercitar la acción del MF en cuanto tal, pese a que al funcionario o a algunos funcionarios en concreto les incumba abstenerse en determinados supuestos. Esto resulta más evidente a la luz de lo previsto en el art. 28 del vigente Estatuto del MF (aprobado por LO50/1981 de 30 de diciembre y reformado por Ley 14/2003 de 26 de Mayo): Los miembros del MF no podrán ser recusados. Con análisis del derecho comparado, se muestra también contrario ala recusación del Fiscal GÓMEZ ORBANEJA, E., "La irrecusabilidad del Ministerio Fiscal", en R.D.Proc, 1949, pp. 601 y ss., asimismo IBAÑEZ Y GARCÍA VELASCO, M., "Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal", en R.D.Proc., (1º época), núm. 2, pp. 103-169 y núm. 3 pp. 65 y ss., esp. pp. 78, para quien: "... El Fiscal no puede en modo alguno ser recusado ... en tanto subsista la unidad y dependencia fiscal, para que la recusación existiese tendría que ser del Ministerio Fiscal en pleno no de uno de sus funcionarios, que como tal carece de voluntad propia, lo que es absolutamente inviable...".

²⁴⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. "El Ministerio Fiscal en la Constitución", en RGLJ, 1981, pp. 583 y ss, esp. pp. 590.

²⁴¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "Legalidad versus oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios públicos", en Primeras Jornadas de Derecho judicial, op. cit., pp. 717 y ss.

Para la mayoría de los que defienden la acogida, en nuestro ordenamiento, del principio de oportunidad²⁴², únicamente sería aceptable la denominada "reglada", "normada" o "bajo condición" es decir, rechazando la pura o libre según la cual el Ministerio Fiscal-que en ningún supuesto podría "...disponer de forma omnímoda o arbitraria de su capacidad de acusar" "debe tomar la opción de hacerlo o no en función de criterios axiológicos que ... (vendrían) dados por el propio sistema procesal (sistema del "plea guilty" o "plea bargaining")"²⁴³ a favor de aquél, a cuyo tenor, la decisión de acusar ha de ajustarse a criterios preestablecidos en la ley, en la que se fijarán los supuestos y las condiciones, en que el Ministerio Público puede hacer uso de la oportunidad^{244 245}.

²⁴² Por todos vid. GIMENO SENDRA, V., "Los procedimientos penales simplificados (principio de "oportunidad") y...", cit ob. ant MORENO CATENA, V., "La Justicia penal y su reforma", cit. ant misma obra., VIVES ANTÓN, "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", cit. ant .(pp 38 y ss de la obra del autor.)

²⁴³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal", en El poder judicial en Europa, II. Madrid. 1989. pp. 113 y ss .

²⁴⁴ De este modo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit. ant. y en su trabajo "Legalidad versus oportunidad.", ob. cit. ant. , GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal penal. 3º ed., 1999. p. 110, alude a la oportunidad "pura" cuando las partes son absolutamente dueñas de provocar la finalización anormal del procedimiento. No coincide con su afirmación pues en el "guilty plea" no concurre, tan absoluto dominio, cfr. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., El Ministerio público y la justicia negociada en los EEUU de Norteamérica, cit., ob. ant. pp. 113 y ss. Sigue diciendo GIMENO, que cabe hablar de otro sentido del principio de oportunidad: "bajo condición" si "el sobreseimiento permanece bajo la suspensiva condición de que el imputado cumpla determinadas prestaciones". Cabría suscitarse aquí, el tema de si es un sobreseimiento provisional con lo que implicaría siempre laposibilidad de alzamiento y reanudación de la causa, o de un archivo; en este último sentido convendría tener presente la doctrina sentada por la STS 2º 20.3.2000 Ponente GRANADOS, según la cual: no son equiparables al sobreseimiento libre, ni producen cosa juzgada, los autos dictados por los Juzgados en el procedimiento abreviado acordando el archivo de las actuaciones por entender que los hechos no eran integrantes de delito, al amparo del art. 768 (antiguo 789.3.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal inciso 1) Igual criterio se mantiene en las SSTS 1.10. y 18.11.1998, al expresar que no producen eficacia preclusiva las resoluciones dictadas al amparo de los arts., 269 y 313 Ley de Enjuiciamiento Criminal que rechazan una querrela o denuncia por estimar que los hechos denunciados no constituyen delito... por lo que no impide su reapertura posterior al carecer de eficacia preclusiva).Para MORENO CATENA, V "La Justicia penal y su reforma",cit.ob ant. pp 316:"...hay que introducir, en el orden procesal penal español el principio de oportunidad, facultando al órgano público de acusación -el Ministerio Fiscal- para dejar de perseguir ciertos hechos delictivos tras una "negociación" con el inculpado (el bargaining del Derecho americano) en supuestos reglados y cuando la lesión social es escasa...". A nuestro juicio, dicho trasplante, exigiría mayor precisión y un análisis de sus ventajas e inconvenientes. Cfr. también con la obra citada de CABEZUDO RODRÍGUEZ.

²⁴⁵ No obstante ,uno de los inconvenientes a superar, radicaría en la exigencia de imparcialidad del MF, afirmada por algunos y, aunque no negada de principio por la literatura, en casos concretos, se piensa que podría verse lesionada. Sobre la imparcialidad vid. OLIVA SANTOS, A. "De la, Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal", Barcelona, 1988, CALVO SÁNCHEZ, C, "El derecho al juez imparcial en la doctrina del Tribunal europeo de derechos humanos: necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes", Rev. La Ley, 1989. 2352, viernes 3 de noviembre., MOLINER TAMBORERO, G., "El derecho constitucional a un juez imparcial". Consideraciones en relación con el contenido de la STC 157/ 1993, en Rev. Poder Judicial, 1994, núm. 33, pp. 335 y ss., RUIZ VADILLO, E., "La independencia y la imparcialidad de los jueces en la CE", en Rev. La Ley, 1996, núm. 6, pp. 1640-2., FERNÁNDEZ VIAGAS, El juez imparcial, Granada, 1997., PICO I JUNOY, J." Barcelona, 1998.

Por ello en opinión de MUERZA ESPARZA, DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTINEZ, HINOJOSA SEGOVIA, TOME GARCIA²⁴⁶ dicho principio, implica importantes claudicaciones, al principio de oficialidad, o dicho de otro modo, supone según la amplitud con que se configure, distintas manifestaciones de disponibilidad sobre el objeto del proceso, sobre su tratamiento procesal, e incluso sobre el proceso mismo, en un estadio más o menos avanzado de su tramitación. Así, dicho principio, permite flexibilidades que según el principio de legalidad, serían jurídicamente imposibles: que se persigan procesalmente o no las conductas, de apariencia delictiva, que se seleccionen elementos fácticos, que han de ser tomados en consideración, excluyendo, tal vez, algunos legalmente relevantes, que se formule o no acusación, que se califiquen los hechos, a efectos de petición de pena, de una u otra forma, que se sustituya, la solicitud de pena, o su aplicación por la imposición de medidas diferentes, etc.

La vinculación mayor o menor del Tribunal, a la prerensión de alguna parte acusadora y la posible conformidad entre el acusado y la acusación del Fiscal, puede acompañar, y complementar, el principio de oportunidad, pero es muy dudoso, que pertenezca a su esencia.

A nuestro juicio, se está ante un sistema, que admite, el principio de oportunidad pero es muy dudoso que pertenezca a su esencia. El Derecho penal, ha logrado conquistas, de una enorme importancia, en la tipificación de conductas y en la determinación legal de responsabilidad y de penas, siempre sobre la base de objetivizar máximamente, el interés público con un tratamiento más certero y equitativo, de las multiformes conductas que se consideran merecedoras, del máximo reproche social.

Avances jurídicos como los señalados, no debieran verse anulados, por la aplicación procesal de cláusulas generales, que faculden no acusar, negociar etc.²⁴⁷

Se tiene que matizar, que el principio de legalidad, consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, aunque no formula, expresamente, el *ius puniendi* como deber del Estado de castigar, si presupone este deber del Estado, si bien, no respecto de cualesquiera conductas sino de aquellas, de las que sean tipificadas, como delito. Y por otra parte, hay que advertir que el principio de legalidad, no es sólo límite del *ius puniendi* sino que pertenece al fundamento de ese peculiar derecho. Asimismo conviene señalar, que ese principio de

²⁴⁶ De los indicados autores, "Derecho procesal penal", nueva edición de 30 de Junio de 1999, Colección Ceura, pp 21 y ss, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1999.

necesidad de ejercicio de la acción penal, que se propone paliar, con el fin de evitar, el Juicio oral, "sin merma del principio de legalidad consagrado en la Constitución", no es ,sino parte, del principio de legalidad que proclama el art 124.2 del citado Cuerpo legal.

Sentado lo anterior, el principio de legalidad se convertiría en huno si la pena adecuada a la culpabiliada pudiera ser sustituida por otras más leves o renunciarse a ella,sin sumisión en esas operaciones, a unosnpresupuestos requisitos y procedimientos legalmente establecidos con toda claridad, y precisión y jurisdiccionalmente controlados.

Para MONTERO AROCA, la decisión política de que el Derecho penal, se aplica sólo por los tribunales y de que éstos lo actúan, únicamente, por medio del proceso,no puede significar que haya de partirse, de los mismos elementos condicionantes, de que se parte en el proceso civil..Para este autor, el elemento definidor del proceso penal, es lo que se denomina, como más adelante expondremos, principio de necesidad, que es consecuencia de que, no existe, ni una relación jurídico-material penal, ni un derecho subjetivo a al imposición de una pena, por quienes ejercitan la acció penal.

El *ius puniendi* pertenece, exclusivamente, a los Tribunales, no estando atribuido a las partes ni siquiera a la creada artificialmente como Ministerio Fiscal.

Analizado lo precedente, conviene destacar:

En primer lugar, que ni siquiera los más rígidos intérpretes del art. 105 LECrim, han soslayado la concesión de un cierto margen al MF a la hora de decidir el ejercicio de la acción penal en el supuesto concreto. De este modo, AGUILERA DE PAZ, tras defender que el mencionado artículo, está redactado en términos imperiosos y absolutos, añade que únicamente, puede eximirse o excusarse, de hacerlo en determinados casos y por razones espacialísimas de interés o conveniencia políticos²⁴⁸.

Desgraciadamente, en ninguna parte de su obra, nos explica el autor mencionado, en qué casos y qué espacialísimas razones de interés o conveniencia serían esas; además con ello abre un más peligroso portillo que el que pudiera crearse mediante la oportunidad reglada.

GÓMEZ ORBANEJA, ubicándose en otro plano, interpreta la frase del art. 105 "...que consideren procedentes...", y alude a que el "juicio de probabilidad" es distinto

²⁴⁷ Conviene en este extremo aludir al Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto del Código Penal de 1992

²⁴⁸ AGUILERA DE PAZ, op. cit, ant pp 571.

en atención, a la clase de acto y al momento del proceso y que el Ministerio Fiscal no ha de limitarse a constatar, "un hecho objetivamente punible: incluido en un tipo penal, sino que, entre otros extremos, se requiere que, con seguridad no resulte la concurrencia de una causa excluyente (impeditiva o extintiva) de la punibilidad..Si bastara la "tipicidad" del hecho posible -con independencia de lo que excluye la antijuridicidad, la culpabilidad o la mera punibilidad-, se obligaría al Ministerio Fiscal, a ejercitar la acción en un momento a sabiendas de su obligación de pedir, que se declara improcedente en otro..."²⁴⁹.

De este modo, GÓMEZ ORBANEJA, sigue la orientación de CHIOVENDA, para quien el Ministerio Público, tiene como tarea básica, promover el ejercicio de la función jurisdiccional en interés público y determinar acerca del modo de ejercitarla, "misión obligatoria en nuestra ley (principio de legalidad...) no puede hacerse depender su ejercicio, de consideraciones de oportunidad (principio de oportunidad). Lo cual no impide la libertad de juicio del Ministerio Público sobre el fundamento de la acción"²⁵⁰. Finalmente, uno de los más firmes defensores de la legalidad, ALCALÁ-ZAMORA, se manifiesta, citando a CHIOVENDA, en pro de la configuración del Ministerio Fiscal como "intérprete que procure concordar el precepto articulado con el supremo ideal de justicia" y "con el interés público en la actuación de la ley"²⁵¹.

En segundo lugar, que la inicial, frontal y radical oposición legalidad-oportunidad, se ha venido suavizando, al defenderse, y reconocerse²⁵², que en verdad no se da tal enfrentamiento. En esta línea, la afirmada "legalización" de la oportunidad, que armonizaría las actuales exigencias de persecución penal con el nivel de saturación de los órganos encargados de la pesquisa y de la represión de los delincuentes, conlleva, para voces como la de RUIZ VADILLO, destacar, la precisa reafirmación, del "principio de legalidad como contrapuesto al de arbitrariedad, expresión distinta, de la de oportunidad en sentido más estricto y limitado, si ésta viene establecida por la ley y está sujeta a determinadas

²⁴⁹ GÓMEZ ORBANEJA, E., "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", ob.cit, ant. pp. 516-7(obra del autor). En las pp. 221-222 del mismo Tomo, dice este autor que el principio de legalidad excluye la apreciación discrecional del MF sobre la oportunidad o conveniencia del ejercicio de la acción penal. Pues una vez eliminada toda determinación extrajurídica por parte del fiscal ("razón de Estado"), interés de la administración, conveniencia social, etc.), queda por decidir si concurren todos los presupuestos de hecho y de derecho de la acción, y esto constituye el objeto de calificaciones jurídicas y "juicios de probabilidad"

²⁵⁰ CHIOVENDA. J., "Principios de Derecho procesal civil", trad. de CASCAIS y SANTALO, 3º ed. italiana, con notas de SALVADOR, A., I, Madrid, 1977. pp. 581-2.

²⁵¹ CHIOVENDA. J., "Principios de Derecho procesal civil", I, Madrid, 1922, pp. 537 (obra del autor).

²⁵² De este modo. NOWAKOWSKI, F., *Die Behandlung der Bagatelikriminalität in Oesterreich*, en ZStW, 1980, esp. pp. 272 y ss.

reglas o pautas de comportamiento, porque entonces la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa"^{253 254}.

En conexión con lo expuesto, podría ponerse la postura de juristas, como HENKEL y BAUMAN^{255 256}, quienes mantienen, que no toda excepción a la legalidad, integra un caso de oportunidad. habiendo de atenderse a los presupuestos e intereses jurídicos que en cada hipótesis sean puestos en juego y a que, según sucede con la oportunidad reglada. a veces tales excepciones están legalmente contempladas.

También al suscitarse, aunque con discutible trascendencia, por autores como TORRES, MAIA GONÇALVES y CARVALHO MARTINS²⁵⁷ etc., que la dicotomía ha de ser planteada entre extremos tales como, respectivamente, oportunidad-obligatoriedad de la acusación²⁵⁸ o principio de legalidad del proceso-principio de legalidad de la acción.

Desde y pese a lo apuntado, sin entrar ahora en mayores consideraciones, que, "a priori" no es totalmente, negativo ni rechazable, el principio de oportunidad reglada, teniendo en cuenta que, como tal, aparece legalmente acogido. De este modo asumimos,, aunque, con ciertas reservas, la Recomendación número 18 del Comité de Ministros sobre la simplificación de la Justicia penal, según la cual, la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecida por la Ley".

Nuestra aceptación, sólo de la reglada, y con todas las precauciones y reservas, se enmarca en las siguientes consideraciones. Ante todo (y en particular desde nuestras

²⁵³ RUIZ VADILLO, E."La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", en Rev. Poder Judicial, número especial II Justicia penal, pp. 53 y ss.(obra del autor).

²⁵⁴ Vid. OLIVA SANTOS, A., de la," Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal, cit. ob. ant., pp. 77 (obra del autor) quien señala:" Si se regulan los supuestos de la oportunidad de forma imperativa, por mor de la realidad jurídica, ¿qué quedaría de la oportunidad? ¿es que se postula que el Ministerio Fiscal actúe según el principio de oportunidad y no tenga el margen de decisión discrecional, de aplicación, necesariamente casuística, que todo juicio de oportunidad comporta? Obviamente, debe tratarse sólo de que la ley señale el ámbito objetivo -según el tipo de delitos o/y la pena prevista- para el ejercicio del principio de oportunidad, con arreglo al cual será el fiscal quien decida, tras un personal juicio de oportunidad -pero siempre jerárquicamente dependiente-, si acusa o no. Lo que no parece posible -factible, stricto sensu- es que la ley regule cuándo acusar y cuándo no".

²⁵⁵ En este sentido:

HENKEL, H., *Strafverfahrensrecht. 2 Aufl., cit.*, pp. 95-6., BAUMANN, J, Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales, Buenos Aires. 1986. p. 62.

²⁵⁷ TORRES. M." *O principio da oportunidade...*", ob.cit.ant., MAIA GONCALVES. Código de processo penal anotado, CARVALHO MARTINS, O ant.cit.

²⁵⁸ Expresión la de "obligatoriedad de la acusación", Cfr. CONDE-PUMPIDO, en "La investigación por el MF..." cit.ant .pues de acusación forzosa, críticamente, habló ya AGUILERA DE PAZ, E., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal, I, p. 525 y, en la actualidad, viene siendo utilizada con mucha frecuencia por la literatura italiana, entre otras causas dada la redacción del art. 112 de la Primera Norma italiana: El Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar la acción penal".

vigentes coordinadas constitucionales) es menester, reiterar, la falsía de aquella aseveración, según la cual, el proceso penal -acogiendo la más rancia y superada concepción de la legalidad- está encaminado a una indiferenciada e implacable búsqueda, al logro a toda costa, de la verdad material²⁵⁹ o, según gráficamente se pretendía expresar, de la verdad "verdad"²⁶⁰.

No admitimos, que sea de recibo, defender, la exigencia de un ilimitado deber de esclarecimiento *-Aufklärungspflicht-* (o que no haya de existir obstáculo alguno a las exigencias de la investigación *-Untersuchungsgrundsatz-*).

Es en este sentido, en el que ROXIN recoge la citada e interesante afirmación del BGHSt (14,358,365): "No es un principio de la StPO que la verdad tenga que ser alcanzada a cualquier precio"; siempre ha de ser encuadrable en los límites constitucionalmente establecidos, en el respeto de los Derechos fundamentales (vid supra núm. 9).

En pro de la oportunidad, juega también el que en Europa continental -y no sólo ahora-, es constatable la falta de una plena vigencia del principio de legalidad²⁶¹ ²⁶². A nadie se le oculta que, en determinadas infracciones, atinentes a materias como, verbigracia. delitos contra la familia, pequeños hurtos en grandes almacenes, algunas apropiaciones indebidas, se ha venido, de hecho, atenuando, la obligatoriedad de su persecución²⁶³ ²⁶⁴, dejando indemne en muchas ocasiones al victimario.

²⁵⁹ HENKEL, H., "Introducción a la Filosofía del derecho", Madrid, 1968, pp. 543, dice que del fin principal del proceso penal deriva "...el fin de que en el se constate la verdad material" Cfr. HASSEMER, W." Barcelona, 1984, cit. ob. ant, pp. 182 y ss.(obra del autor)

²⁶⁰ Como implícitamente es deducible, la verdad material es uno de los términos de una dicotomía integrada, además, por la verdad formal -predicada a su vez del proceso civil- (defendida en este orden como precisa ante la comprensible inseguridad dimanante de la subjetiva discrecionalidad. según destaca WALTER. G., *Freie Beweiswürdigung*, cit., pp. 77-78), diferenciación que no ha sido tan unánimemente aceptada, como puede comprobarse en la obra de CARNELUTTI. F., *La prova civile*, 2ª ed., Roma, 1949, pp. 29-30, en las que dice "...pero sin duda no se trata aquí más que de una metáfora, en sustancia es fácil observar como la verdad no puede ser más que una, de manera que, o la verdad formal o jurídica coincide con la material, y no es más que verdad, o disiente de ella y no es sino una no verdad...". Vid. asimismo a KRAUSS, D., *Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess*, cit., pp. 65 y ss., SPENDEL, *Wahrheitsfindung im Strafprozess*, en JuS, 1964, pp. 465 y ss., etc. y *supra* el apartado 9.

²⁶¹ CHIAVARIO .M., "*Riflessioni sul principio costituzionale di obligatorietà dell'azione penale*", en Scritti in onore di Costantino Llorati, IV, Milano, 1977, pp. 111(obra del autor).

²⁶² Vid. HASSEMER y MUÑOZ CONDE," Introducción a la Criminología y al Derecho penal", Valencia 1989, pp. 65 y ss, acerca de las conductas merecedoras de pena como objeto de política criminal, en las que se desarrollan Justicia y utilidad como criterios suyos.

²⁶³ De este modo ZAGREBELSKY, G., "*Indipendenza del pubblico ministero e obligatorietà dell'azione penale*", en *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e...*, cit.ant..., también SCHNEIDER, "La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal (Nuevos desarrollos en la política criminal de los EE UU, de la República Federal alemana, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas)" en Boletín ICAM, 1988, 3, *passim*, vid. ob. ant.cit. pp. 26(obra del autor), en la que alude a como la

Con los defensores del principio de la oportunidad ,coincidimos, en que, estando previsto lo más taxativamente posible²⁶⁵ permitiría, en atención a la clase e intensidad de la lesión y del bien jurídico colectivo afectado, no perseguir determinadas conductas: las de bagatela, pej., que en su caso, podrían ser susceptibles de sanción administrativa²⁶⁶ reservando las actuaciones, ante y de los Tribunales de Justicia, para suscitar, y decidir, cuestiones social y jurídicamente relevantes²⁶⁷.

Este enfoque ²⁶⁸ no es nuevo. Ya encontró albergue, en autores como, VON LISZT, al que hemos aludido en el comienzo del presente trabajo, para quien una de las reformas a acometer consistiría en "la lucha contra las penas cortas de privación de libertad... que en la forma en que hoy se aplican ni corrigen, ni intimidan; pero en cambio arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen.

De aquí resulta la perentoria exigencia... de reemplazar (las) en lo posible ... con otras medidas... o devolverlas, por agravación, su fuerza intimidante...Debía posarse si no merecería ser restaurado, el antiguo principio "*mínima non curat praetor*", bien como precepto jurídico del procedimiento (quebrantamiento del principio legal), bien como regla de derecho material (impunidad por insignificancia de la infracción)",²⁶⁹.

"Law Reform Comission of Canada", en 1975, propuso ya acudir a soluciones no procesales en supuestos, p. ej., de infracciones que tienen lugar en el ámbito familiar.

²⁶⁴ La criticabilidad de tal práctica, ha de centrarse en la discriminación que suponía. dicha atenuación - y aún exención- no regia del mismo modo para todas las personas con independencia de su "status" socio-económico ni tampoco se aplicaba ,con idénticos criterios, en todos los lugares de un país, ni por todos los órganos.

²⁶⁵ Así HASSEMER, W., "La persecución penal: legalidad y oportunidad", cit.ob ant. quien denunciando que un sistema penal orientado exclusivamente en una dirección "moderna" (se refiere a regido por el principio de oportunidad.), amenaza con sortear las clásicas barreras del derecho penal y convertirse en terrorismo de Estado, mientras un derecho penal, albergue supuestos de oportunidad., el respeto al Estado de derecho por parte del procedimiento, dependerá de si los casos están determinados con absoluta precisión. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas. destruyen por completo el principio de legalidad. La persecución penal oportunista se extiende entonces de forma epidémica a las mismas.

²⁶⁶ O sin necesidad de exigir sanción administrativa. Vid. por ejemplo los §§ 153 y 153 a StPO y el análisis del juego del principio de oportunidad atendiendo a la ~~escasa entidad del daño social producido o a la propia personalidad del inculpa~~do, en MÜLLER/SAX/ PAULUS, *Kornmentar zur Strafprozessordnung*, B.1, 7. Aufl., Frankfurt a. Main, 1988.. PETERS, K, *Straprozess. Fin Lehrbuch*, 3, Aufl., Heidelberg Karlsruhe, 1981, pp. 162 y ss., KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozessordnung*, 38 Autl., München, 1987, pp. 580 y ss. Para el Derecho portugués, consúltese a MALA GONCALVES, M.L., Código de Processo Penal anotado, *ob. cit.ant.* pp. 49 y ss.

²⁶⁷ Vid. FRIEDMAN. LM, "Introducción al derecho norteamericano" *ob cit. ant.*, en que alude genéricamente, pp. 85 y ss (obra del autor), a las transacciones extrajudiciales como modo más barato de resolver litio os, lo que es aconsejable para las reclamaciones de pequeña entidad económica, según mantiene este autor.

²⁶⁸ Por todos vid. BAUMAN, J., Derecho procesal penal ,*ob. cit.ant.* pp 8 y del mismo, en *Fesischfi fiar KPeters.* 1974, pp. 3 y ss,(obra del autor).

²⁶⁹ VON LISZT, F, *Tratado de Derecho penal*, trad. por Luis Jimenez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, II, Madrid, 1916, pp. 16-17(obra del autor).

El debate en torno a si la oportunidad, es un tema de Derecho Procesal penal o de Derecho penal,²⁷⁰ esconde, entre otros extremos, el del uso indiferenciado del término “despenalización”, utilizado, con demasiada frecuencia, para referirse a dos cuestiones completamente distintas, que, de forma evidente, enfocarían de manera diferente el tratamiento de la víctima:

Una primera, vendría constituida, por el traslado, en general, del ámbito penal al administrativo sancionador, de determinadas conductas, lo que integra propiamente la “despenalización”²⁷¹. Cabría aquí, también, la prescripción normativa penal, material previsor de “despenalización” sin más, de singulares conductas cuando concurren específicas circunstancias.

La segunda, en cambio, consiste en que, determinadas conductas incluidas en los Códigos penales, aunque sean calificadas como de bagatela o de mínima importancia, no llegan a ser enjuiciadas.

Este supuesto, lo es en verdad de “desjudicialización” pero no de “despenalización”. Incluso, la hipótesis de oportunidad, contemplada en el art. 171.3 CP²⁷², concerniente al delito de amenazas, no es a nuestro juicio, un supuesto de despenalización sino, como se dice en el propio texto legal (“...abstenerse de acusar”), de desjudicialización, aludiendo así a que el Ministerio Fiscal puede no crear, el presupuesto indispensable para que en el juez actúe el “*ius puniendo*”, con lo que devendría procesal mente y en aspectos materiales a la víctima del delito.

Dicho de otro modo: afirmada la comisión de un hecho punible, sólo el juez, motivadamente, a través del oportuno proceso, y convencido más allá de toda duda razonable, es el competente, para declarar la existencia del delito y la participación comisiva del acusado, así como, para imponerle la pena prevista en la ley material. También incumbiría en exclusiva al Juez, declarar, la concurrencia de las circunstancias despenalizadoras, de la norma penal sustantiva.

²⁷⁰ HOPFNER, *Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip». Bemerkungen zur Reform des Strafrechts und Strafprozessrechts, en Archiv für Strafrecht und Strafprozessrecht, begründet durch Dr. Goldammer, Hrsg. J. Kohler, 57, B. R., Decker's Verlag, Berlin, 1910, pp. 278 y ss. y POLAINO NAVARRETE, M., Derecho penal. Parte general, I, Barcelona, 1984, quien con cita del anterior se plantea el problema en la pp. 143., también, PETERS, K., *Die Strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*, en *Recht und Staat*, H.276/277, Tübingen, 1963, para quien se trata de un criterio jurídico-material (“*minima non curat praetor*”), del mismo, vid. también su *Strafprozessrecht*, cit., pp. 160-1 (obra del autor).*

²⁷¹ Así, el art 1 Ley 24.12.1975 sobre, *Sistema sanzionatorio delle norme que prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda*.

²⁷² Así, CARBONELL MATEU y GONZALEZ CUSSAC, Comentarios al Código Penal de 1995, coord. Vives Antón, ob.cit.ant., pp. 876 y 880.

De esta forma, tiene perfecto encaje y sentido el aforismo “*nullum crimen nulla poena sine previo iudicio*”, no ha lugar, por ende, a hablar de despenalización, sino, de desjudicialización, o sea, del no enjuiciamiento de esa conducta que, resulta imprescindible, para la existencia del delito y la imposición de la pena. Gráficamente, podría concretarse lo dicho, en que la despenalización ha de producirse normativamente en tanto que la desjudicialización tiene lugar simplemente “*por mor*” de su no acceso a la Justicia.

Correlativo con la desjudicialización mencionada, el principio de oportunidad, tal vez facilitara el incremento y profundización en la investigación y, subsiguiente persecución, de determinadas infracciones, particularmente peligrosas, en zonas o momentos históricos concretos (piénsese en las drogas duras), aunque ello, al suponer una selección, implique preterir la erradicación de otros dominios delictivos.

De la experiencia habida, en la lucha contra el terrorismo, en algunos países como Alemania federal e Italia, se ha podido comprobar que "concediendo la inmunidad" a determinadas personas, a cambio de su testimonio, podrían cosecharse importantes éxitos.

Acertadamente, a nuestro parecer, HASSEMER objeta que “...es injustificado, político-criminalmente, e irracional, pretender solo el beneficio inmediato (por ejemplo, la desarticulación de un grupo terrorista) y pasar por alto los perjuicios que a largo plazo proporciona una aplicación del Derecho conforme a una regulación de oportunidad”²⁷³.

La oportunidad reglada, ha de completarse, con las vías necesarias para que los interesados (las víctimas), puedan reclamar contra su desproporcionada aplicación. Así, se ha suscitado en temas de protección de los denominados intereses difusos o en hipótesis con un alto grado, de sensibilidad política.

En los países que han dado entrada a la oportunidad reglada, suele preverse el derecho del particular, a acudir a la instancia judicial para exigir, al menos, la investigación por el fiscal y la eventual formulación de la acusación por éste

Analizando el Derecho Comparado, en la República Federal de Alemania, mediante el “*Klageerzwingungsverfahren*” (prevenido en los §§ 172 y ss StPO), a cuyo tenor, si el Ministerio Fiscal estimase que procede archivar las actuaciones y por ende no acusar, el perjudicado por el delito tiene la posibilidad, entre otros supuestos, siempre que el hecho punible estuviere sancionado con pena no inferior a un año de privación de libertad, §

153 (vid. asimismo lo previsto en los §§ 153 a, 153 b.ap.1, 153 c, 153 d, 153 e, 154, 154 b y 154 c)- de recurrir la decisión del M.F. y, si ésta fuere confirmada, podrá acudir ante el TSJ (“*Oberlandesgericht*”), el cual goza de la potestad, no sólo de exigir la presentación por la Fiscalía de todo lo actuado (§ 173.1) sino, además, de acordar la práctica de las diligencias que estime pertinentes, a fin de que se ordene al Ministerio Fiscal, investigar el hecho afirmado punible para ejercer la acusación²⁷⁴. Como vemos, muy diferente a nuestro Derecho procesal penal, y que amplía, enormemente, las facultades de la víctima del delito.

En la misma línea, el nuevo Código procesal penal portugués (aprobado por Decreto-Ley. núm. 78/87, de 17 de febrero) regula en el art. 287 (“*Requerimento para abertura da instrução*”)²⁷⁵ la posibilidad de pedir la apertura de la instrucción en el plazo de cinco días, desde la notificación, por el Ministerio Público, de la decisión de archivo de las actuaciones.

En similar sentido, el “*Codice di procedura penale*” italiano. La Ley de Enjuiciamiento Criminal italiana establece que, tras las indagaciones preliminares del Ministerio Público (arts. 358 y ss), éste ejercitará la acción penal, sino, debe pedir el archivo (arts. 405 y ss); contra la petición de archivo, cabe oposición de la persona ofendida por el delito que puede solicitar, la práctica de investigaciones supletorias (art. 410.1)²⁷⁶.

En España, se arguye, que la acusación popular, es el medio más apto, para atacar la inacción o negligencia del Ministerio Fiscal²⁷⁷, lo que en modo alguno, según nuestro

²⁷³ HASSEMER, W, ob.cit ant, pp 10 y ss.

²⁷⁴ Más extensamente, el estudio del *Klageerzuehungseinrichtungen* antes citado

²⁷⁵ Vid. SOCTO DE MOURA. J, “*inquerito e instrução*” en *O novo Código de processo penal* (Jornadas de Direito processual penal), ob. cit. ant, (pp. 83 y ss de la obra el autor), FIGUEIREDO DLAS, J. de, Para uma reforma global do processo penal português en *Para uma nova Justiça Penal*. op. cit. pp. 189 y ss, TOLDA PINTO, A.A. *O novo processo penal/ (Gula prático)*, Lisboa. etc., PIALA GONCALVES, M-L., *Código de processo penal*, 3º ed.. ob.cit. ant.

²⁷⁶ Vid. *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale. delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a caso, degli imputati minorenni*, en *Supplemento ordinario n. 2 della Gazzetta Ufficiale n.250 del 24 Ottobre 1988*. Asimismo, DEAN G. “*Novità in tema di archiviazione*”, en *Le nuove disposizioni sul processopenale. atti del convegno-Penitalia 14-15 aprile 1988*, Padova, 1989. pp. 195 y ss. (obra del autor), CHIAVARIO. M., *La riforma del processo penale (Appunti sul nuovo codice)*, op. cit. ant pp 47 y ss. (obra del autor), PISAPIA. G.D., *Lineamenti del nuovo processo penale*, ob.cit.. pp. 35 v ss. (obra del autor), y demás obras cit. de MAGARAGGIA, CARAVOGLIA, etc.

²⁷⁷ Extraña es la subsistente concepción, de la acción popular, en la propuesta para la reforma de la Justicia, en lo referente al Orden Jurisdiccional Penal, aprobada por el Pleno del CGPJ en sesiones plenarias extraordinarias, celebradas los días 18 y 19 de Julio de 2000, según la cual, y respecto al “Ejercicio de la acción popular” se dice: Debe procederse al desarrollo del art. 125 de la Constitución mediante una completa configuración legal de la acción popular, no como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, sino como una forma de participación del ciudadano en la justicia”. Destacar,

entender, supone una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, que se propone a la víctima del delito y que se recoge de forma expresa en el art. 24 de nuestra Carta Magna.

La actual reforma procesal penal (Ley 38/2002 de 24 de Octubre reforma parcial de la LECrim sobre Procedimiento abreviado para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas; y modificación por Ley Orgánica 8/2002 de 24 de Octubre complementaria de la reforma parcial de la Lecrim. para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y modificación del Procedimiento abreviado, tampoco ha aclarado, ni solventado, las lagunas que tantos ríos de tinta ha generado, y que en modo alguno, han suplido las muchas veces debatidas, y poco prácticas, cuestiones de Derecho material.²⁷⁸

que todos los artículos que requieren denuncia para la persecución ,de los delitos semipúblicos, citan en primer lugar, a la persona agraviada, salvo dos : art. 215.5 que menciona al ofendido (refiriéndose con tal exposición a la víctima de los delitos contra el honor) y el art. 634 que cita al perjudicado. Se ha corregido, de esta manera, la diversidad terminológica, empleada en los textos precedentes, aunque, si bien es cierto, que la praxis judicial no efectuó diferencia alguna entre los contenidos de dichos términos a los efectos de determinar la legitimación para la interposición de la denuncia. Por persona agraviada hemos de entender el sujeto pasivo del delito, aquel que sufre las consecuencias del ilícito cometido (la víctima en los delitos contra las personas, el perjudicado en los delitos contra el patrimonio y el ofendido en los delitos contra el honor) ya que ,es el titular del bien jurídico protegido por el delito. Todos los ciudadanos por el mero hecho de ser personas, pueden ostentar la cualidad de persona agraviada. Se tendrá en cuenta, la representación legal con respecto a los hijos menores de edad no emancipados (art. 162 CC y 171 del citado Texto legal) la representación legal de los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad (art. 267 y 172.1 del CC) la curatela de los artículo 286 y ss del CC, el defensor judicial del art. 299 y 299 bis del CC y el guardador de hecho (art. 304 del CC). En opinión de MARCOS AYLLON, se puede hacer una crítica de técnica legislativa, en el caso de la rt. 621.2 del citado Cuerpo legal, interpretando los dos párrafos del artículo de acuerdo con los antecedentes históricos y legislativos, ya que si no estaríamos derogando tácitamente este precepto, dejándolo sin castigo, lo cual, no parece ser, la intención del legislador. En todos los art. del CP(a excepción del art. 215.1) en los que se requiere denuncia como requisito de procedibilidad se legitima ,al Ministerio Fiscal, para interponer denuncia, con la siguiente expresión "El Ministerio Fiscal también podrá denunciar cuando aquella sea menor de edad, incapaz o desvalida", contrapesando los intereses del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y los intereses personales de la víctima que deben ser respetados, de modo, que pueda producirse el supuesto en que existan razones, que aconsejen no denunciar los hechos, pero este equilibrio también debe producirse en nuestra opinión para el resto de los delitos semipúblicos en los que intervenga el Ministerio Fiscal. Conviene recalcar, que existen otros problemas de legitimación en los delitos de daños por imprudencia y en los art. 201, 287 y 296 del referido Texto normativo. Finalmente y en torno a este punto la posibilidad de retirada de denuncia y el perdón del ofendido significaría que el principio de oportunidad, se manifestara en un doble sentido: la potestad del agraviado, de iniciar o no el procedimiento, y por otro, la posibilidad de poner fin a ya iniciado. El legislador español, sólo contempla, la posibilidad del perdón del ofendido, para poner fin al proceso iniciado, por lo que la retirada de la denuncia como veremos a lo largo del presente trabajo, no tiene relevancia jurídica., contraviniendo la Recomendación del Comité de Ministros Consejo de Europa de 17 de Noviembre de 1987. Se deberá traer a colación lo prevenido en los art. 130.4, 215.3, 191.1 del CP.