

TERESA ARMENTA DEU
Catedrática de Derecho Procesal

LECCIONES DE DERECHO
PROCESAL PENAL

Cuarta edición

122 318



11 / 2010. 061524
Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2009

Estado de la facultad de imponer penas: el Estado tiene la facultad, pero también el deber, de castigar las conductas delictivas de las que tenga conocimiento; y esa facultad-deber sólo pueden ejercitarlo los Jueces y Tribunales a través del proceso penal. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que el ejercicio de esa facultad-deber, por definición, ha de quedar sujeto al principio de legalidad o necesidad; en tanto, por otro lado, su carácter público lo convierte en indispensable para su titular, el Estado.

Además de esta finalidad de actuación del *ius puniendi*, se reconoce, sobre todo desde tiempos relativamente recientes, otros dos fines del proceso penal: la protección a la víctima del delito y la rehabilitación/insertión social del delincuente.

II. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL PROCESO CIVIL Y EL PROCESO PENAL

A efectos de aprehender los aspectos fundamentales del Derecho procesal penal, resulta especialmente clarificador ponerlos en relación con los ya conocidos del proceso civil.

En tal sentido y de manera sucinta cabe señalar que el proceso penal presenta importantes analogías con el proceso civil. Por una parte, en ambos procesos el juez aplica la Ley; por otra, gran parte de los conceptos estudiados para el primero son de plena aplicación para el segundo o sustancialmente coincidentes: así sucede con las nociones de jurisdicción y competencia (aunque los criterios de atribución específica puedan variar); con las disposiciones sobre capacidad e incompatibilidades de los órganos jurisdiccionales; con las referidas a citaciones, comunicaciones, práctica de prueba, clases y forma de las resoluciones o, por ofrecer un último ejemplo, con la teoría general de los recursos. Asimismo, en ambos procesos están vigentes principios como el de dualidad de partes, el de igualdad de armas y el de contradicción o audiencia.

Junto a las semejanzas, sin embargo, aparecen importantes diferencias provenientes del objeto de ambos y de la finalidad perseguida a través de uno y otro. Entre ellas, destacan las siguientes:

— Frente a la realización del Derecho privado, que no precisa inexcusablemente de la intervención jurisdiccional, hemos señalado la vigencia del principio de necesidad de intervención de la Jurisdicción en la realización del Derecho penal (público): en materia de Derecho privado, no habrá necesariamente un proceso siempre que exista un conflicto entre particulares, sino únicamente en caso de que alguno de ellos decida acudir a los Tribunales; en cambio, en materia penal, siempre que se tenga noticia de la existencia de un hecho aparentemente delictivo debe incoarse el correspondiente proceso penal.

— Frente a la disponibilidad del Derecho privado (tanto fuera como dentro del proceso), hay que destacar que el *ius puniendi* es irrenunciable e indisponible. De ahí que en el proceso penal impere mayoritariamente el principio de oficialidad frente al dispositivo, así como el de investigación *ex officio* frente al de aportación de parte.

— Asimismo, en el terreno de los conceptos y de los términos, ha de reconocerse asimismo que muchos de ellos sólo pueden trasladarse al ámbito procesal penal si se les dota de un contenido diferente al que se utilizó en el proceso civil: así ocurre con el de parte, el de acción, el de carga de la prueba o el de cosa juzgada, entre otros.

Pese a lo dicho, a partir de finales de los años ochenta se observa una progresiva falta de nitidez entre los límites del proceso civil y del proceso penal, que genera cierta confusión a la hora de apreciar lo que deben ser caracteres específicos de uno y de otro. Así, se aprecia una constante tendencia a situar al juez penal en una posición de tercero imparcial, privado de toda iniciativa en relación con la fijación del objeto del proceso, que va en claro detrimento de la garantía jurisdiccional que subyace a determinadas manifestaciones del principio de oficialidad, al exigir una perfecta adecuación entre la reacción del Estado y la realidad de los hechos efectivamente producidos. De forma inversa, paradójicamente, al juez civil se le permite intervenir en cuestiones relativas a la prueba y a su aportación, desbordando los límites del principio dispositivo y de aportación de parte. Asimismo, se busca la introducción en el proceso penal de técnicas de resolución de conflictos privados, que descansan en el carácter disponible de los derechos en liza, pero que no pueden proyectarse respecto de intereses públicos, como el de un correcto ejercicio del *ius puniendi*: así sucede, de forma clara, con los mecanismos de conformidad entre acusador y acusado, que pretenden equipararse a una transacción, siendo así que los derechos en presencia no son disponibles.

III. SISTEMAS Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

Ya se ha dicho que el proceso penal es el único instrumento admisible para ejercer el *ius puniendi* y que este *ius puniendi* tiene naturaleza pública e indisponible: estos dos datos determinan, de un lado, el sistema de enjuiciamiento penal por el que ha de optar el legislador y, de otro, los principios que informan dicho sistema procesal penal. Los principios que afectan directamente al procedimiento, así como, finalmente, sendos derechos y garantías derivados de la Constitución completan el marco que perfila la configuración del proceso penal.

Tradicionalmente han existido dos grandes sistemas a la hora de «disenñar» o «constituir» el proceso penal: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo.

El sistema acusatorio se caracteriza por exigir una configuración tripartita del proceso, con un acusador, un acusado y un tribunal imparcial que juzga. El sistema inquisitivo, por su parte, permite aunar la función acusadora y enjuiciadora en un solo sujeto, al eliminar la necesidad de que exista un acusador para poder juzgar, pues tal función queda asumida por el órgano enjuiciador. Finalmente, una síntesis de ambos sistemas es el llamado sistema acusatorio formal o sistema mixto, que como tal combina elementos caracterizadores de los dos anteriores.

1) Sistema acusatorio: notas esenciales

La historia nos enseña que el *sistema acusatorio*, en su concepción originaria, obedecía a una casi total asimilación entre el Derecho penal y el Derecho civil (la *compositio* ocupaba el lugar de la pena y constituía un derecho subjetivo atribuido al particular).

A tenor de esta concepción:

- a) el juez no puede proceder *ex officio* a la hora de abrir el proceso, necesita de una acusación para actuar;
- b) el acusador investiga, determina el hecho y el sujeto, aporta el material sobre el que se enjuiciará y, consecuentemente, marca los límites de enjuiciamiento del juzgador (congruencia);
- c) el proceso está informado por los principios de dualidad, contradicción e igualdad;
- d) la prueba es de libre valoración y tiende a determinar la verdad formal;
- e) imperan la instancia única y la justicia popular.

El sistema acusatorio, descrito en su configuración originaria o «pura», puso de manifiesto importantes defectos, pero sobre todo una quiebra fundamental: en tanto el Derecho penal se distancia definitivamente del Derecho civil, el sistema acusatorio aboca irremediablemente a la falta de realización de un Derecho que fue siendo asumido por el Estado.

2) Sistema inquisitivo: notas esenciales

Frete a esta situación, y a medida que el Derecho penal pasa del terreno de lo privado al de lo público, el propio Estado —a través de la figura del juez— asume la función acusadora e incorpora, así, una de las principales características del *sistema inquisitivo*, entre las que destacan, además, las siguientes:

- a) el Estado procede de oficio a la hora de abrir el proceso penal, sin necesidad de que deba solicitarlo un particular;
- b) siendo el mismo órgano quien desarrolla la doble función de acusar y de juzgar, desaparece la figura del ciudadano-acusador;
- c) el propio juez investiga, delimita el ámbito de lo que ha ser enjuiciado y marca los límites de su propia congruencia;
- d) el proceso no es dual, ni contradictorio, lo que debilita las posibilidades de defensa, cuando no las elimina;
- e) la prueba tiende a determinar la verdad material y su valoración se establece por Ley, de forma reglada;
- f) se instaura una segunda instancia, desaparecen los Tribunales populares y se especializa la función de juzgar.

La quiebra fundamental en este sistema es la ausencia de contradicción, lo que de hecho le priva de un elemento consustancial a su configuración como auténtico proceso.

3) El sistema mixto (acusatorio formal)

Incorporado históricamente por la influencia de las ideas de la Ilustración sobre los Códigos napoleónicos, persigue aunar las ventajas de los dos sistemas anteriores, desechando sus defectos. Se asume así la idea, característica del sistema inquisitivo, de que la investigación y la persecución de los delitos representa una función pública no abandonada a la iniciativa de los particulares; pero, al mismo tiempo, se acoge la idea, propia del sistema acusatorio, de que la función de acusar no puede ser un cometido atribuido al juez, ya que éste no puede tener facultades legislativas, directas e indirectas.

Para coordinar ambas exigencias resulta esencial la incorporación a proceso penal de la figura del Ministerio Fiscal. Al mismo se encomienda el ejercicio de la acción penal (acusar), bien de forma exclusiva (sistema continental francés), bien de forma compartida, ya sea sólo con las víctimas únicamente (acusadores particulares —sistema continental alemán o italiano—), ya sea con cualquier ciudadano (acusador popular —sistema continental español—). Este acusador público ejercía *formalmente* (de ahí la denominación del sistema) la acción penal, cuya titularidad (el *ius puniendi*) sigue ostentando el Estado.

Permitir el ejercicio de la acción penal de cualquiera de las tres formas que se acababan de señalar no es una decisión desprovista de consecuencias. De hecho, la acción popular existe únicamente, dentro del sistema continental, en España. En el resto de los sistemas de este tipo se ha desechado al valorarla como inidónea para un correcto control de la persecución criminal, que se entiende debe permanecer exclusivamente en manos oficiales o, como mucho, compartiéndolo con la víctima. Ni que decir tiene que toda opción liberal prefiera un control adicional del correcto ejercicio de la acción penal por el Fiscal en manos de cualquier ciudadano o al menos de la víctima.

4) Sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

El sistema que incorporó nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1882 ha sido objeto de reformas parciales, algunas importantes en cuanto a sus principios informadores. Otras, como la de 1988 y la más reciente de 2002, incorporan nuevas tendencias en la resolución del conflicto originado por el ilícito penal.

A ello debe añadirse la decisiva influencia de la copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el cada vez más determinante influjo de la «internacionalización de la justicia penal», tanto en el ámbito propio de la relaciones internacionales (creación de Cortes Penales Internacionales armonización de los sistemas incluidos en un espacio judicial europeo) cuanto en el de la innegable interinfluencia entre los dos grandes sistemas el continental y el del *common law*.

Tales circunstancias explican que a partir del sistema perfeccionado por el legislador liberal (el de 1882) de perfil acusatorio mixto; las sucesivas refor

mas que han ido incorporando el procedimiento abreviado; el procedimiento ante el Tribunal del Jurado; el procedimiento para el enjuiciamiento rápido o el procedimiento de menores; por citar sólo los más destacables en aspectos concretos, ofrezcan un panorama difícil de reducir a unidad.

A falta de una configuración unitaria, y para servir de base interpretativa a las posibles lagunas existentes o a la existencia de contradicciones hay que acudir a los principios como proposiciones jurídicas de carácter general y abstracto que dan sentido o inspiran a las normas concretas, y que, a falta de éstas, pueden resolver directamente los conflictos interpretativos (CARDOZO; ESSER).

Desde otra perspectiva, además, hablar de los principios que informan un sistema es tratar en realidad de su esencia, de manera que su cabal comprensión resulta determinante para su cumplimiento. Este es el objetivo del análisis de los principios, derechos y garantías que se comprenden en esta lección y la siguiente, a partir de una clasificación no exenta de alguna dificultad y en la que se ha primado el objetivo didáctico.

En ella cabe diferenciar: 1) Principios que atienden al derecho material al que sirven; 2) Principios inherentes a un sistema acusatorio; 3) Principios del procedimiento, y 4) Garantías y derechos previstos en la Constitución.

1. PRINCIPIOS DERIVADOS DEL DERECHO MATERIAL AL QUE SIRVE

Se incluyen en este epígrafe los principios que son consecuencia de la naturaleza y caracteres del Derecho penal, derecho al servicio del cual se encuentra el proceso penal y que constituye, simultáneamente, la vía de aplicación del mismo.

1.1. Principio de necesidad y principio de oficialidad

A) Principio de necesidad

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

Ese proceso que reclama el principio de legalidad para poder imponer una pena deberá configurarse, además —y sobre ello volveremos—, respetando una serie de garantías contempladas en su mayoría en el art. 24 CE: un proceso con un juez imparcial, donde el acusado pueda defenderse, se encuentre asistido de letrado, en donde se conozca la acusación, se utilicen los medios de prueba pertinentes para la defensa, se presuma la inocencia, no se provoquen dilaciones indebidas, ni indefensión y se otorgue la tutela judicial efectiva (STC 16/1981).

Una configuración estricta de este principio excluye la aplicación de criterios de oportunidad ni tampoco, consecuentemente, el ejercicio de facultades discrecionales, ni para iniciar el proceso ni para ponerle fin anticipadamente o hacerlo por cualquier otro medio no previsto legalmente.

B) Principio de oficialidad y derecho de acceso

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

En aplicación de este principio, ante el conocimiento de la *notitia criminis*, el juez (arts. 303 y 308 LECrim) debe incoar sumario o diligencias equivalentes para averiguar si concurren o no circunstancias delictivas.

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

En la primera fase, destinada a la investigación de los hechos para determinar si constituyen o no un supuesto delictivo y a la identificación del delincuente, la vigencia del principio de oficialidad es prácticamente total. El tan repetido interés público obliga a Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado a investigar los extremos señalados, de manera que, en cuanto de esa actividad surja la probable existencia de un hecho aparentemente delictivo, Policía (art. 284 LECrim) y Fiscalía (art. 773.2 LECrim) tienen el deber de ponerlo en conocimiento del juez. El juez debe dirigir dicha actividad instructora *ex officio* con la colaboración del Fiscal, quien desarrolla labores de inspección (arts. 303.1 y 306 LECrim). Es también manifestación de la oficialidad en esta sede, la posibilidad de iniciar *ex officio* el proceso penal, así se tenga conocimiento de la *notitia criminis* y dando cuenta inmediata de ello al Fiscal (art. 308; art. 773 y 777 LECrim).

En la fase de enjuiciamiento (también llamada de juicio oral) la vigencia de la oficialidad se diluye notablemente debido al principio acusatorio, conforme a la cual, frente a la especial naturaleza del *ius puniendi* y a que la búsqueda de la verdad material es uno de los fines del proceso penal, se entiende que cualquier actividad del órgano judicial le hace perder su posición de tercero imparcial: esto es lo que, a juicio de algunos, sucedería con la posibilidad de instar la práctica de nuevas pruebas en el juicio oral o respecto a la eventualidad de utilizar la denominada «tesis» del art. 733 LECrim. Sobre este extremo se volverá al tratar del principio de contradicción.

A) La obligación de ejercitar la acción penal, que se extiende al MF, como inspector directo en el proceso ordinario (art. 306 LECrim) o con carácter más extenso en el procedimiento abreviado (art. 773 LECrim), ofrece su paralelo en el «derecho de acceso» del ciudadano que presenta una querrela. Integra el contenido de este último el derecho a una resolución motivada sobre la calificación jurídica de los hechos que, o bien constan fehacientemente como no constitutivos de delito (archivo directo) o bien, previas las correspondientes diligencias, conducen a similar conclusión (sobreseimiento provisional o definitivo), o bien provocan el inicio de toda la actividad instructora hasta la constatación de la perpetración de los delitos y la culpabilidad de los delincuentes (arts. 299 y 779 LECrim), circunstancia que determina en este último supuesto la apertura del juicio oral (STC 148/1987).

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

1.2. Principio de legalidad – principio de oportunidad; el llamado principio de consenso

El principio de legalidad en su manifestación procesal penal atiende a la ideología del Estado de Derecho, en cuanto pretende el sometimiento de los poderes públicos a la Ley. Las formulaciones clásicas, que son concreción de este principio en el ámbito penal (*nullum crimen sine poena, nulla poena sine lege*) son claros exponentes de esta idea cuyos destinatarios son los poderes públicos. De ahí que sus destinatarios en el proceso penal sean el juez y el Ministerio Fiscal.

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

En el ámbito del Derecho privado, al referirnos a la conducta de los particulares, no se dice que se someta al principio de legalidad, sino —cuestión diferente— al cumplimiento de la ley. No se precisa de ninguna garantía frente al poder que puedan ejercitar, ya que éste terminará en el ámbito de sus bienes y derechos, donde impera el principio dispositivo. Los particulares no gozan de potestades, como mecanismos técnicos del principio de legalidad, sino de derechos subjetivos, como poder confiado al miembro de la comunidad cuyo ejercicio permanece a su arbitrio. De ahí que la configuración de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte obedezca a una confi-

guración de política criminal, y no a una excepción en la vigencia del principio de legalidad o, dicho de otra manera, a un caso de aplicación del principio de oportunidad.

Al principio de legalidad se opone el principio de oportunidad. Conforme al mismo —siempre en el ámbito que nos ocupa— el *ius puniendi* no debe ser satisfiecho en todos los casos en que concurren los presupuestos al efecto, sino que se conceden márgenes más o menos amplios de discrecionalidad a los sujetos públicos —generalmente al Ministerio Fiscal— para desarrollar sus funciones, ya sea bajo condiciones específicamente señaladas en la ley (la llamada «oportunidad reglada»), ya sea de manera más amplia. La vigencia del principio de oportunidad permite así, a título de hipótesis, que se persigan o no conductas aparentemente delictivas, que se formule y/o sostenga la acusación o que se acuerden con las partes los diferentes elementos de la acción penal o la imposición de la pena.

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

A favor de incorporar el principio de oportunidad se argumenta, básicamente:

1) Que el principio de oportunidad atiende a razones de interés social o utilidad pública en una triple vertiente: *a)* porque permite reaccionar de forma proporcional a la falta de interés público en la persecución de ciertos delitos, en aquellos casos en que conllevan una escasa lesión social; *b)* porque estimula la pronta reparación de la víctima, y *c)* porque evita los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad.

2) Que el principio de oportunidad contribuye decisivamente a la consecución de la justicia material por encima de la formal.

3) Que el principio de oportunidad favorece el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

4) Que el principio de oportunidad constituye el único instrumento —desde una perspectiva eminentemente práctica— que permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, y aquellos otros en que se considera que la mínima lesión social debe conducir a su no persecución.

En contra del principio de oportunidad se pueden aducir motivos de índole doble. De una parte, y desde el punto de vista constitucional, la implantación del principio de oportunidad podría lesionar el principio de igualdad, dado que la respuesta al delito no sería la prevista en la Ley para todos los imputados, sino que ello dependería del criterio del Fiscal en cada caso concreto: ante supuestos análogos, el Fiscal de un lugar podría entender que no procede abrir proceso penal por razones de oportunidad, siendo así que en otro lugar del país otro Fiscal sí que instara el ejercicio de la acción penal. Por otra parte, y siempre desde la perspectiva constitucional, también ha de reconocerse que la vigencia del principio de oportunidad atentaría contra el posulado de que la Administración de justicia es una función encomendada exclusivamente a los órganos jurisdiccionales: en efecto, en muchos supuestos sería el Fiscal el encargado de decidir lo que es «justo», promoviendo o no, según su criterio, la persecución de conductas aparentemente delictivas.

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

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

B) El llamado «principio de consenso».

A partir de la reforma operada por la LO 7/1988 —que introdujo el procedimiento abreviado— y de una interpretación «possibilista» del tenor literal de los antiguos arts. 791.3 y 793.3 LECrim, así como de la posterior Instrucción 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, comenzó a utilizarse la expresión «principio del consenso» para referirse a la forma de terminación del proceso penal mediante un acuerdo «de conformidad» entre partes acusadoras e imputado.

A favor de esta manifestación del principio de oportunidad, la citada Circular de Fiscalía alega tres razones: favorecer la reinscripción del acusado, operar a favor de un proceso sin dilaciones indebidas y procurar el más inmediato resarcimiento de la víctima. Frente a ello se opone que aun en el caso de que el primer objetivo se cumpliera, el coste desde la perspectiva de la prevención general es muy alto. Paralelamente, y sin negar que la conformidad constituye un innegable instrumento de acortamiento y, por ende, de aceleración del proceso penal, configurarlo tal como se ha dicho equivale a calificar la apertura y celebración bien de la fase intermedia, bien del juicio oral, de dilación indebida, lo que no precisa de mayores comentarios. Finalmente, el más pronto resarcimiento de la víctima sólo es cierto en la medida en que tal circunstancia opere a modo de presupuesto de la conformidad, cuestión esta que no siempre acontece (no lo es ni en la conformidad del art. 784.1.III, ni en la del art. 787.1, ambos de la LECrim; si aparece, empero, en la conformidad prestada ante el Juez de guardia del art. 801.3 LECrim).

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

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

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

La aplicación de este principio, si bien, por una parte, contribuye a una notable simplificación y aceleración de los procesos penales, es fuente, a su vez, y por otra parte, de algunas reflexiones críticas en torno a la enervación del principio de legalidad

(no garantizar los efectos inherentes a las ventajas de la vigencia del principio de legalidad), esto es, la igualdad ante la ley (un mismo hecho delictivo puede ser objeto de conformidades con contenido diferente), la seguridad jurídica y la prevención general (unos mismos hechos delictivos pueden tener un resultado procesal penal bien diferente y de contenido no previsible).

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

1.3. Principios de aportación de parte y de investigación de los hechos

El principio de aportación de parte y su contrario, el de investigación de oficio, son principios cuya aplicación corre paralela a la de los principios dispositivo y de oficialidad, respectivamente.

Conforme a los dos primeros de cada par (dispositivo-aportación de parte) las partes inician y delimitan el objeto del proceso, pero además a ellas corresponde introducir los hechos, corren con la carga de probarlos y pueden/deben solicitar la práctica de aquellos medios probatorios que estimen necesarios a tales efectos.

Con arreglo al principio de oficialidad y a la investigación de oficio, es el juez (u otro órgano oficial) quien introduce los hechos, delimita el objeto del proceso y determina los medios probatorios y su práctica.

Esta correlación, que de cumplirse linealmente nos llevaría a concluir que estos dos últimos informan la fase investigadora de los procesos penales, en tanto los dos primeros la de enjuiciamiento o juicio oral, debe matizarse suficientemente a partir de las sucesivas modulaciones de los dos períodos procesales, ampliando la contradicción en la instrucción y reduciendo sensiblemente la intervención judicial en la enjuiciadora.

En la *instrucción*, corresponde al juez bajo la inspección directa del Fiscal la introducción del material de hecho (art. 306 LECrim), a través de cualquier forma de las diligencias reguladas en los Títulos V a VII del Libro II de la LECrim.

Junto a él, le corresponde practicar las «primeras diligencias» a cualquier autoridad judicial a quien se trasmite la *notitia criminis* (arts. 13, 307 y 499 LECrim), así como a la Policía Judicial, quien debe llevar a cabo las llamadas «diligencias de prevención» (art. 282 y 295 LECrim) o los actos investigadores previstos en el art. 28 RD 769/1987, de 19 de junio.

El MF, por su parte, puede ordenar la práctica de cualquier acto de investigación, siempre que no sea limitativo de derechos fundamentales y no haya asumido la instrucción el juez (art. 5.2 EOMF —Ley 50/1981, de 30 de diciembre—); practicar él mismo u ordenar a la Policía que practique las diligencias que estime pertinentes para la averiguación del delito o de la persona del delincuente; decretar el archivo, comunicándolo al perjudicado u

defendido; y hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos para la citación judicial (art. 773.2.I y II LECrim).

En la fase de *juicio oral*, la vigencia del principio acusatorio impone la aportación de parte. Los hechos son los establecidos por las partes en sus escritos acusatorios, con una importante limitación, la de que deben haber sido determinados en el sumario o instrucción, única forma de evitar acusaciones sorpresivas (arts. 650.1 y 781.1.II y III LECrim).

En cuanto a la actividad probatoria, en los mismos escritos de calificación y defensa se proponen las pruebas de que intenta valerse cada parte (arts. 656 y 728 LECrim.). Al hilo de esta facultad, tradicionalmente se ha destacado como característica propia del proceso penal y de los tan repetidos fines específicos del mismo (entre ellos la búsqueda de la verdad material: arts. 701,VI y 726 LECrim), la posibilidad de excepcionar el principio de aportación de parte, a través de la facultad del juez de proponer nuevos medios de prueba, a tenor del art. 729.2 LECrim.

Una línea doctrinal defiende que si bien las alegaciones sobre los hechos y la posición y aportación de pruebas corresponden en principio a las partes, ha de admitirse, en atención precisamente a la naturaleza del proceso penal y a su finalidad, que se concedan facultades extraordinarias al órgano judicial para practicar prueba no solicitada por las partes, aunque siempre sobre hechos introducidos por ellas (art. 729.2 LECrim). Sin embargo, la actual interpretación del principio acusatorio a que se hacía referencia en el párrafo anterior, ha llevado a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a desearchar tal posibilidad por no corresponder a una lectura constitucional del citado art. 729.2 LECrim (SSTS 2706/1993; 599/1994; 904/1995; y 1913/1997).

El art. 729.2 LECrim ha sido objeto de tres posturas bien diversas. Una primera que reconocía la legitimidad del Tribunal para proponer dichas pruebas invocando la doctrina del TEDH, de 6 de diciembre de 1988 (caso Barberá, Messergue y Gabardio) STS de 27 de diciembre de 1994). Una segunda que postulaba la inconstitucionalidad del precepto, y por ende, la declaración de nulidad del apartado por vulnerar el derecho a un juez imparcial (SSTS de 1 de diciembre de 1993 y de 21 de marzo de 1994), incurriendo en una lectura del principio acusatorio y de su ámbito de influencia que constituye una clara hipotrofia del mismo y en todo caso supone un salto cualitativo en la configuración de un proceso penal, conforme a la cual sobre la búsqueda de la verdad material debería primar un hipotético poder de disposición de las partes. De ahí, probablemente, que haya surgido, una tercera posición integradora, que sienta la doctrina de que el precepto es válido y aplicable siempre y cuando se encamine, no a probar la existencia de hechos, sino a contrastar o verificar la prueba sobre ellos, es decir a constatar si la prueba es fiable desde el punto de vista del art. 741 LECrim SSTS, de 1 de diciembre de 1993; de 23 de diciembre de 1995; de 11 de mayo de 1999; y de 6 de marzo de 2001). En este último sentido, la STC 188/2000.

Junto a esta «excepción» se suelen citar otras especialidades: el tribunal examinará por sí mismo, sin necesidad de que nadie se lo pida, los libros, documentos y demás papeles de convicción (art. 726 LECrim); las pruebas de cada parte se practicarán según el orden en que se hayan propuesto, pero el presidente podrá, aun de oficio, alterar dicho orden cuando así lo considere conveniente para el descubrimiento de la verdad (art. 701 VI LECrim); el tribunal podrá intervenir en el interrogatorio de los testigos (art. 708.2) o en el del propio acusado (art. 700.2 LECrim). Curiosamente, aun estando en un orden de importancia menor respecto de las facultades del art. 729.2 LECrim, las que se acaban de citar no habían sido interpretadas como contrarias a la imparcialidad del Tribunal, si se utilizan moderadamente (S. 730/94, de 6 de abril).

2. PRINCIPIOS INHERENTES A UN SISTEMA ACUSATORIO

La configuración de un proceso de acuerdo con los principios expuestos hasta ahora podría conformarse tanto en un sistema acusatorio como en uno inquisitivo, y de hecho históricamente se ha ido alternando de una u otra forma. Sin embargo, la progresiva configuración del proceso como garantía, ya desde la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (véase la Exposición de Motivos) y la decisiva influencia de la Constitución y de la citada jurisprudencia constitucional, conducen inexorablemente a la adopción de un sistema acusatorio, al ser el único que incorpora la vigencia de principios propios de un Estado de Derecho: igualdad de las partes, audiencia o contradicción, principio acusatorio y derecho de defensa en su máxima extensión. Los únicos que en realidad corresponden a la idea de proceso.

Conviene diferenciar, así, entre un «sistema» acusatorio, que comprende la plena vigencia de los principios y derechos señalados, y el «principio» acusatorio, que cñe su contenido a la necesidad de que exista acusación y que quien acuse no juzgue, lo que en términos del proceso supone conocer de la acusación formulada, la existencia de correlación entre acusación y sentencia, y la prohibición de *reformatio in peius*.

2.1. Principio de igualdad

La igualdad entre las partes es esencial a la configuración triangular del sistema acusatorio, en el que dos partes iguales enfrentan frente a un juez imparcial.

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

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

Esta última circunstancia abunda en la relevancia de la «adquisición de la condición de imputado». La ley regula, en tal sentido, la obligatoriedad de la defensa técnica a partir del momento en que se impute el delito a una persona (art. 118 LECrim); el derecho del detenido y del preso provisional a comunicarse con su abogado (art. 523 LECrim); la posibilidad de instar diligencias de investigación en su descargo (art. 302 LECrim); o la asistencia a la práctica de determinados actos de investigación (arts. 333, 569 y 584 LECrim). La última reforma de la LECrim (2002) recoge tales manda-

los en los arts. 767 (asistencia letrada desde la detención o la imputación) y 775 (información de los hechos que se imputan y entrevista previa del imputado con su letrado antes de declarar ante el juez de Instrucción).

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

Muestra esclarecedora de lo dicho se encuentra en la vigente redacción del art. art. 780.2 y 3 LECrim, otorgando facultades bien diferentes al MF y a las restantes partes acusadoras, y consagrando así una evidente diferencia de trato.

Con arreglo al mismo, si en el plazo de diez días concedido para presentar el escrito de acusación, el Ministerio Fiscal manifiesta la imposibilidad de presentar tal escrito por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, podrá instar, con carácter previo, la práctica de *diligencias indispensables*, en cuyo caso acordará el juez lo solicitado (art. 780.2.I LECrim). Si la solicitud proviene de la acusación o acusación personada, el juez, en cambio, acordará lo que estime procedente (art. 780.2.II LECrim). Tal como ya hiciera la citada STC 186/1990, que resolvió a favor de la constitucionalidad del antiguo art. 790.2 LECrim, los argumentos utilizados en la tramitación parlamentaria han apelado a la mayor atención que debe prestarse a quien defiende el interés público (sic: el MF) frente a los acusadores particular y popular cuyo ánimo puede sustentarse en afanes retributivos y de venganza.

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

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

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

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

2.2. Principio de audiencia o contradicción

Este principio, resumido en la frase «nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio», constituye uno de los grandes avances en la erradicación de una justicia primaria o inquisitorial. También llamado principio de contradicción, ha pasado de tener una vigencia claramente diferenciada en las dos citadas fases del proceso penal (de investigación y de enjuiciamiento) a una situación como la actual, en donde —al igual que ocurre con el de igualdad— su aplicación en una y otra es tendencialmente equiparable.

Si anteriormente primaba la idea de que el delincuente «llevaba la delantera», en cuanto había perpetrado el delito y ante su eventual «fuga de la justicia»; la clara incidencia de la Constitución y de la doctrina emanada de su intérprete en torno al derecho de defensa y sobre todo a la interdicción de toda indefensión han conducido a un margen de aplicación cada vez más amplio de los dos principios, y singularmente del de audiencia.

Durante la *instrucción*, que cumple una función de investigación y preparatoria del juicio, la necesidad, por una parte, de que las actuaciones lleguen a buen fin, compensando aquella «delantera», conducen a que éstas suspendan las mismas *invidua parte*, así como a que la rebeldía del imputado no aquella doctrina —de cara a preservar al máximo el derecho de defensa, también en la fase de instrucción— origina el deber para el órgano jurisdiccional de informar sobre la adquisición de la condición de imputado (STC 186/1990).

El principio de audiencia rige en toda su plenitud en la fase de enjuiciamiento o de juicio oral. Ésta no podrá iniciarse sin la existencia de un acusado, que además esté a disposición del órgano enjuiciador (art. 786 LECrim). En caso de declaración de rebeldía, el juicio debe suspenderse (art. 841 en relación con el art. 784.4 LECrim). La enfermedad del imputado es causa de suspensión e incluso de interrupción del juicio (art. 746.5 LECrim).

Sólo se contemplan dos excepciones a la regla que impide dictar sentencia en ausencia del acusado. La primera es la prevista en el art. 786.1.II LECrim conforme a la cual, si se cumplen determinados requisitos —entre ellos que la pena solicitada no puede exceder de dos años de privación de libertad— cabe celebrar el juicio en ausencia del acusado.

La segunda extiende la posibilidad de enjuiciamiento en rebeldía al juicio de faltas para los supuestos del art. 962 LECrim, es decir, para aquellas faltas que permittien sucede en los casos del art. 964, en que también se produce un enjuiciamiento inmediato en la guardia. En estos casos, de juicio en la guardia, se prioriza la forma de realizar las citaciones, como garantía frente a eventuales indefensiones (art. 962.4 y art. 964.3, todos de la LECrim).

Finalmente, en los juicios de faltas «ordinarios» o «no inmediatos», la necesidad de presencia del denunciado se elimina cuando éste reside fuera de la demarcación del juzgado (art. 970 LECrim), en tanto que el art. 971 LECrim señala que *la ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste habersele citado con las formalidades prescritas en esta Ley, a no ser que el juez de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquél*. Los arts.

965.1.1.ª y 2.ª 966 y 967, todos de la LECrim, contienen la forma en que deben realizarse los señalamientos y citaciones.

Paralelamente, y en el ámbito del juicio abreviado, el art. 775 LECrim prescribe que el Secretario, en la primera comparecencia judicial, requerirá para que el imputado designe un domicilio en España en el que se le hagan las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en ausencia en los supuestos previstos en el art. 786 LECrim.

Fuera de estas excepciones, la necesidad de presencia del acusado determina la búsqueda por requisito de la necesidad de que no se encuentre a disposición del juzgado, y si al término del plazo fijado en la misma no es habido o no comparece, ha de ser declarado en rebeldía y el proceso se suspende.

Ante la cuestión de si el rebelde puede personarse en el sumario en defensa de sus derechos, el Tribunal Constitucional exige la comparecencia personal del declarado rebelde (SSTC 87/1984 y 149/1986).

En la fase de preparación del juicio oral, el art. 780.2 LECrim refuerza la necesidad de contradicción y el derecho de defensa al exigir de forma expresa el traslado de las actuaciones al imputado, una vez se han practicado las diligencias indispensables que solicitaron las partes acusadoras (art. 780.2.III LECrim).

La exigencia de contradicción tiene otra manifestación importante en relación con las posibles modificaciones del debate en la fase de juicio oral. La congruencia y el principio acusatorio en el proceso penal limitan, de una parte, la resolución judicial al marco de la acción penal (el sujeto y los hechos que fueron objeto de acusación) y, de otra, impiden que el juez se exceda en su juicio más allá de lo que fue objeto de acusación (una de las facetas de la incongruencia), pues de lo contrario se convertiría en acusador. El principio de audiencia, por su parte, cubre el importante campo de aquellas cuestiones que, sin afectar el objeto del proceso, para poder ser modificadas, exigen del juez que sean sometidas al conocimiento de la otra parte para su contradicción.

En efecto, el art. 788.3 LECrim señala que terminada la práctica de la prueba, el juez o presidente del Tribunal requerirá a la acusación y a la defensa para que mantengan si ratifican o modifican sus conclusiones provisionales, para que expongan oralmente cuanto estimen conveniente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos, así como para esclarecer hechos concretos de la prueba y, dado el caso, someterles a debate una o varias preguntas. El apartado siguiente (788.4 LECrim)—con la finalidad de preservar la contradicción—establece que si en las conclusiones definitivas se cambia la tipificación penal de los hechos o se aprecia un grado mayor de participación o circunstancias de agravación de la pena, el juez o tribunal, a petición de la defensa, podrá aplazar la sesión diez días para que la defensa prepare sus alegaciones, solicite y en su caso practique prueba, tras lo cual las partes acusadoras podrán a su vez modificar sus conclusiones definitivas. Y cerrando el círculo—esta vez refiriéndose a las exigencias del principio acusatorio y de la congruencia—el art. 789.3 LECrim establece que la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el juez o tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del art. 788.3 LECrim.

2.3. Principio acusatorio

Este principio, tan frecuente como incorrectamente citado, se resume en una idea, importante, pero bien simple, la de que «no hay proceso sin actuación»; y esto, si bien se piensa, comprende que «quien acusa no puede juzgar». Con esta última matización se incide en mayor medida en el ámbito de la imparcialidad del juez, sin que ello permita entender que el derecho al juez imparcial obtiene tutela constitucional a través de la alegación de vulneración del principio acusatorio.

En la configuración jurisprudencial del art. 24 CE la imparcialidad—objetiva y subjetiva—se inserta en el «derecho a un proceso con todas las garantías», en la forma en que lo entienden el art. 6 C.E.D.H y toda la jurisprudencia del TEDH sobre el mismo (caso Piersak, de 1 de octubre de 1982; caso De Cubber, de 26 de octubre de 1984; caso Delcourt, de 17 de enero de 1970; y caso Hauschildt, de 24 de mayo de 1989; *vid. asimismo* SSTC 145/1988, 164/1988, 11/1989 y 98/1989, y otras muchas posteriores).

Como se señaló anteriormente, el juego del principio acusatorio abarca tres extremos.

A) Necesidad de la existencia de una acusación

La acusación es presupuesto del juicio y de la condena. Esto exige, en primer término, el previo conocimiento de la acusación formulada. Y, en segundo lugar, abarca un doble ámbito: de contenido, en cuanto la acusación es el objeto del proceso y de ahí que sus límites marcan la existencia y amplitud de la misma (correlación entre acusación y sentencia); y de forma, en cuanto tal acusación deberá ser comunicada al sujeto pasivo en los términos que marca cada proceso.

Volviendo al contenido, la acusación, además de conocida por el acusado, debe existir ineludiblemente para poder abrir la fase enjuiciadora y ha de ser sostenida a lo largo de esta por un órgano distinto del enjuiciador. Desde esta perspectiva, el órgano juzgador ve circunscrito el ámbito de su conocimiento y decisión al marco estricto—sujeto y hechos—que delimitan la acción, esto es, su sentencia debe ser congruente, lo que en términos del proceso penal se denomina correlación entre acusación y sentencia.

La necesidad de la existencia de acusación resulta así una de las claves interpretativas del período intermedio o juicio de acusación; y dentro del él, de las funciones de las partes acusadoras, y singularmente del MF como órgano oficial de la acusación. Desde esa perspectiva debe examinarse la necesidad de petición de apertura del juicio oral por alguna de las partes acusadoras; la exigencia de presentación del escrito de acusación; o la vinculación judicial a la petición de sobreseimiento de todas las partes acusadoras, si no prospera el ofrecimiento de acciones (arts. 642 a 643 LECrim para el proceso ordinario y art. 782.1 y 2 LECrim para el procedimiento abreviado).

B) Correlación entre acusación y sentencia (la congruencia en el proceso penal)

La sentencia no puede condenar por hecho punible distinto del que fue objeto de la acusación, ni a sujeto diferente de aquél a quien se imputó y posteriormente se acusó, según la delimitación formal de la acusación en los escritos de calificación o acusación.

A reserva de todas las precisiones y ampliaciones que se efectuarán en las lecciones dedicadas al objeto del proceso, la congruencia o la cosa juzgada, cabe señalar únicamente que los dos aspectos cuestionados en torno a este extremo son: *a)* la incidencia que la calificación jurídica de los hechos tenga en el objeto del proceso, integrándolo o no; y *b)* la necesidad de que toda modificación de la calificación jurídica —aun entendiendo, como creo, que no se modifica la acción penal— debe, en todo caso, someterse a la contradicción de las partes. Véanse a este respecto los apartados 3 y 4 del art. 788 LECrim.

C) La prohibición de reformatio in peius

La necesidad de una acusación se extiende a las diferentes instancias, sin que pueda apreciarse que la existente en la primera sirva a tales efectos, existiendo así, también, la formulación de acusación en esta segunda instancia, abierta a través del recurso de apelación.

A través de esta acusación se delimitará el objeto del conocimiento del juez de apelación, sin que dicho juez pueda incurrir en reforma peyorativa. En términos del propio Tribunal Constitucional, la prohibición que nos ocupa «constituye un principio general del Derecho procesal que parte del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE, a través del régimen de garantías legales de los recursos, y en todo caso, de la prohibición de indefensión».

Es la impugnación de una sentencia lo que opera la investidura del juez superior, determinando la posibilidad de que éste desarrolle los poderes que tiene atribuidos, con la limitación determinada por la pretensión de las partes. Así, salvo las expresas excepciones previstas por la ley, el efecto devolutivo de la apelación se limita a los puntos objeto del recurso.

En sentido contrario, no se produce *reformatio in peius* cuando existe pretensión de signo contrario, ejercitada por las partes, dirigida a obtener el resultado peyorativo o cuando el mismo resultado perjudicial viene legitimado por la aplicación de normas de orden público (SSTC 54/1985, 177/1989 y 40/1990, entre otras).

LECCIÓN DOS

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

I. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

Se incluyen en este apartado aquellos principios que, afectando prioritariamente a la forma que adopte el procedimiento o alguna de sus fases (oral o escrita; con inmediación o no; con publicidad o sin ella), no resultan, como los anteriores, esenciales o generadores de características intrínsecas o nucleares del proceso.

Estos principios resultan conexos entre sí, de forma que la sujeción a uno suele acarrear la de otro y viceversa. Así, un proceso oral exigirá de la inmediación y la concentración, acarreamdo la publicidad del mismo. En tanto otro escrito favorece la ausencia de inmediación, no exige la concentración y resulta perfectamente compatible con la falta de publicidad.

1. ORALIDAD Y ESCRITURA

Se entiende por oralidad la forma procedimental que implica fundamentar la resolución judicial únicamente en el material aportado por las partes por medio de la palabra hablada, y especialmente en la prueba desarrollada oralmente ante el órgano judicial. El principio de escritura, por el contrario, informa un proceso en el que la resolución se fundamenta en los datos deducidos o alegados por las partes por escrito.

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

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

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

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

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

Más determinante para la vigencia del principio de oralidad es su adecuación al ir acompañado de la de otros principios que son su consecuencia: la inmediateción, el de concentración y el de publicidad.

2. MEDIACIÓN E INMEDIACIÓN. CONCENTRACIÓN

El principio de inmediateción es consecuencia del triple fundamento del proceso liberal que surgió como reacción al sistema de justicia secreta (publicidad; oralidad y juicio por jurados). El juicio debe realizarse oralmente para que cualquiera pueda verlo, oírlo y entenderlo, y por ende, los jueces sólo pueden acceder a una prueba practicada ante ellos.

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

El principio de inmediateción es, asimismo, la consecuencia necesaria de eliminar la prueba tasada, imperante en el antiguo proceso secreto.

El Tribunal Constitucional se ha referido a su importancia en sendas sentencias: SSTC 31/198 y 64/1993, entre las fundamentales al efecto.

En el proceso penal, sobre todo en su fase oral, impera la inmediateción (arts. 701 y 734 a 739 LECrim). La actividad probatoria y los informes han de realizarse ante el tribunal (arts. 688.2 y 683 LECrim). La sentencia ha de discutirse inmediatamente después de celebrado el juicio (art. 149 LECrim), en tres días si se trata de delito y el mismo día si fuera una falta (arts. 741 y 203 LECrim). Además, en caso de suspensión dilatada del juicio (art. 746.4

y 5), se declarará la nulidad del juicio, iniciándose otra vez el juicio oral (art. 749 LECrim).

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

A estos efectos debe recordarse la frecuencia con la que determinadas actividades, originariamente instructorias, devienen posteriormente pruebas preconstituídas, lo que origina la necesidad de integrar este principio en aquella actuación, normalmente realizada en ausencia del órgano judicial, o en todo caso de aquel que después debe resolver. Así se prevé, a título de ejemplo, en el caso de la prueba testifical en los arts. 777.2 y 797.2 LECrim.

Se reconocen casos de excepción a la vigencia del principio —o quizás mejor, supuestos en que la ausencia de inmediateción debe ser contrapesada con otras garantías— en los siguientes casos: el testimonio de alguien muerto o desaparecido (precisamente lo que se prevé en los citados arts. 777.2 y 797.2 LECrim); prescindir de la comparecencia de peritos pertenecientes a organismos oficiales, como se prevé en el procedimiento abreviado; o el testimonio de referencia (art. 710 LECrim).

La ausencia de inmediateción constituye un obstáculo a la hora de articular la llamada «doble instancia» en el proceso penal, entre otros aspectos sobre los que se volverá al tratar este tema específico en la lección siguiente, por la dificultad del juez de apelación para cumplir con los principios de oralidad e inmediateción a la hora de resolver sobre determinadas pruebas practicadas en primera instancia, para la que, como en el caso de la testifical o la confesión, la inmediateción resulta ineludible.

3. PUBLICIDAD Y SECRETO

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

Cuestión diferente es la llamada «publicidad interna», que se refiere a las partes en el proceso, y cuyo estudio corresponde al análisis del derecho de defensa y de la prohibición de indefensión.

El derecho a un proceso público tiene una proyección más amplia que las partes, extendiéndose también a terceros.

Este principio se encuentra actualmente constitucionalizado en los arts. 24.2 y 120 de la Norma Fundamental y en el art. 14.1 PIDCP y el art. 6.1 CEDH.

El Tribunal Constitucional resalta la importancia de este principio en atención a su doble finalidad: «por un lado, proteger a las partes de una justicia sustráda al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho» (STC 96/1987). También puede examinarse la principal doctrina

emanada del TEDH en los siguientes casos: «Le Comptex», «Van Leuven» y «De Meyere», de 28 de junio de 1981; «Albert y Le Comptex», de 10 de febrero de 1983; «Pretton», de 8 de diciembre de 1983; y «Axen», de 10 diciembre de 1983).

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

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

En el juicio oral, la exigencia de publicidad es absoluta, constituyendo su infracción motivo de nulidad absoluta conforme al art. 681.1.º LECrim y al art. 238 LOPJ. En este sentido la relación de los arts. 299.2 y 234.2 de la recientemente modificada LOPJ (LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ).

Las escasas excepciones que contempla la LECrim (arts. 680.2, 684 y 686-687) no hacen sino confirmar la regla general, y deben, además, por tener tal carácter, resolverse mediante resolución motivada, conforme al art. 232.2 LOPJ, aludiendo de forma expresa a los motivos que justifican la exclusión de la publicidad.

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

3.1. Secreto del sumario

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

En cuanto al conocido como «secreto interno del sumario», aquel que excepcionalmente puede imponerse a las partes, el TC ha recordado su interpretación sobre el principio de publicidad interna, que se excluye —como se ha señalado— del derecho a un proceso público y se entiende comprendido en el derecho de defensa (STC 64/1994 y ATC 270/1994).

El Tribunal Constitucional sienta la siguiente doctrina: el proceso penal puede tener una fase sumaria amparada por el secreto y en cuanto tal limitativa de la publicidad y de la libertad. Ahora bien, como el secreto se configura como impedimento al conocimiento de las actuaciones seguidas en esta etapa del proceso penal (art. 301 LECrim), dicho secreto implica que no puede trasgredirse la reserva sobre su contenido por medio de «revelaciones indebidas» (art. 301.2 LECrim) o a través de un cono-

cimiento ilícito y su posterior difusión. Ahora bien, fuera de este ámbito no cabe arrebatar uno o varios elementos de la realidad social a la libertad de información sin crear indebidamente una «materia reservada» (SSTC 13/1985, 176/1988 y 18/1999).

3.2. Intervención de los medios de comunicación

El TC ha entendido comprendido en el art. 14.1 PIDCP y en el art. 6 CEDH la posibilidad de que los medios de comunicación proyecten al exterior los juicios, más allá del círculo de las personas presentes en los mismos (SSTC 30/1982, 13/1985, 128/1988 y 66/2001).

El principio de la publicidad de las actuaciones (art. 121 CE) conduce a establecer como único límite el deber de no condicionar los procesos ni desautorizar las resoluciones judiciales ni insultar (STEDH Prager y Oberschlick v. Austria, de 26 de abril de 1995). A partir de ahí, existe plena libertad de información sobre procesos en curso siempre que se respete el requisito de veracidad y la presunción de inocencia, de forma que las posibles resurrecciones han de justificarse por la existencia de salvaguardar otro bien jurídico, como la protección del honor o la infancia (STDEH Sunday Times v. Reino Unido, de 26 de abril de 1979; Du Roy v. Francia, de 3 de octubre de 2000; SSTC 30/1986; 36/1991).

El derecho a la libre comunicación de una información veraz no es absoluto. Junto a la posibilidad de decretar el secreto del sumario, existen otros límites como: a) la protección del derecho al honor y a la propia imagen, o b) la protección de la juventud e infancia que permiten celebrar el «juicio a puerta cerrada» sin vulnerar el derecho a la publicidad de las actuaciones (STS 3703/2000).

Cuestión especialmente sensible es la retransmisión de los juicios a través de medios de comunicación, singularmente la televisión, tanto por la colisión entre los derechos a la intimidad y a la propia imagen y el que nos ocupa, cuanto a otro efecto, como el de los conocidos como «juicios paralelos». Surge así el conflicto en torno a la presencia de los medios de comunicación en las salas de los tribunales, sobre las que se pronunciaron diversas sentencias del Tribunal Supremo (SSTS 25 de junio de 1990; 13 de noviembre de 1990; o 14 de febrero de 1995) y que generaron el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 1995 sobre «Normas sobre acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo», a su vez objeto posterior de recurso resuelto por la Sala de lo CA del TS, el 9 de julio de 1999. Juicios de clara incidencia mediática, así como el desarrollo de programas televisivos de «corte judicial» que alcanzaron su punto álgido con el «caso Alcázar», no han hecho sino poner de relieve la dificultad de resolver los intereses en conflicto.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Con un tratamiento desigual e inequívocamente limitado se incluyen en este apartado diferentes derechos y garantías, derivados de la Constitución, que tienen singular relevancia para la configuración del proceso penal.

Vaya por delante que algunos, como el derecho de defensa o, dentro del mismo, el derecho a conocer la acusación formulada, podrían examinarse, desde otro punto de vista, como principios inherentes a un sistema acusa-

torio. Y lo mismo sucede con la presunción de inocencia o el derecho a una revisión de la condena penal condenatoria—mal llamada doble instancia penal— que puede estudiarse desde la perspectiva del derecho a los recursos o de la del derecho de acceso a la jurisdicción.

1. EL DERECHO DE DEFENSA Y SUS GARANTÍAS

Desde una perspectiva amplia, la prohibición de indefensión, que es la contemplada en la Constitución (art. 24.1), es la formulación negativa del derecho de defensa, comprendiendo en este último otros derechos cuyo respeto resulta ineludible para salvaguardar el derecho de defensa sin generar indefensión (derecho a conocer de la acusación formulada; derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable; derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, y derecho a utilizar todos los medios pertinentes para la defensa), y que son los que centrarán nuestra atención tras una breve mención al concepto y configuración constitucional de la prohibición de indefensión.

1.1. La prohibición de indefensión (breve referencia)

Alegar indefensión es un recurso reiterado a la hora de acudir al Tribunal Constitucional en amparo. Tanto es así, que después de muchos titubeos, el TC parece haber establecido una «doctrina consolidada» sobre este étéreo concepto, que remite a la «indefensión constitucionalmente relevante», que no coincide con la indefensión jurídico-procesal. Aquella hace referencia a un resultado efectivamente producido, lo que dependerá, a la postre, de las circunstancias en que la infracción se produzca, del resultado final del proceso y de la conducta procesal de las partes (SSTC 48/84, 175/87, 155/88, 205/88, 35/ 89 y 112/89, entre otras muchas).

La indefensión constitucionalmente relevante presenta unos rasgos básicos que deben concurrir y que recaen sobre los siguientes elementos:

— que se haya infringido una norma procesal (requisito necesario pero no suficiente, SSTC 13/1981 y 18/1983);

— que exista privación o limitación de oportunidades de defensa, entendiendo por tales las consistentes en realizar alegaciones o en proponer y practicar pruebas;

— que la indefensión no sea imputable al que la sufre, de modo que la prueba de la indefensión corre a cargo de quien la sufre; asimismo, debe determinarse en cada caso el grado de diligencia exigible al justiciable o a su abogado o procurador;

— que la privación o limitación de la defensa no haya quedado posteriormente sanada;

— que se ponga de manifiesto no sólo la limitación o privación, sino además el contenido que hubiera tenido lo preferido, esto es, que se demuestre la indefensión material; y

— que la privación o limitación haya tenido incidencia efectiva en el fallo.

1.2. Derecho a ser informado de la acusación formulada

Contemplado expresamente en el art. 24.2 CE, el contenido del derecho es diverso en la fase instructora y en la de juicio oral.

En la fase de *instrucción* se proyecta sobre el hecho punible del que se le considera autor con todas sus circunstancias y de los derechos que le asisten (arts. 2, 118 y 520 LECrim). Y en la *de juicio oral* lo hace respecto de la acusación formal, a través de los escritos de calificaciones provisionales o de acusación, en primer término, y de los de conclusiones definitivas, después, de los que se debe dar traslado y conocimiento al titular con tiempo suficiente para articular su defensa (arts. 652 y 784.1 LECrim) —*cf.*: SSTC 135/1989 y 100/1996, entre otras—.

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

La imputación, concepto que se ampliará al tratar del sujeto pasivo del proceso, es condición imprescindible para poder formular acusación desde el momento en que, según doctrina constitucional consolidada, no cabe formular acusación contra quien muchas). Tal situación —que determina el momento inicial para ejercitar el derecho de defensa— surge, bien desde el primer acto de iniciación del proceso en que se determine al imputado (arts. 118.1 y 2 y 775 LECrim), bien desde la detención o adopción de cualquier otra medida cautelar, bien desde el procesamiento o la primera comparecencia ante el juez (art. 775 LECrim). No vulnera tal derecho, sin embargo, la falta de traslado de la admisión de la querrela al querrelado, siempre que no se efectúen diligencias que limiten su derecho de defensa y la primera declaración judicial se haga en calidad de imputado, no de testigo, y asistido de letrado (STC 100/1996). En la Refor-ma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2002, esta necesidad se atiende especialmente en los arts. 775, 797.1.3.ª y 967, todos de la LECrim, respecto al procedimiento abreviado, el enjuiciamiento rápido y el juicio de faltas respectivamente.

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

a) la formulación de la acusación debe ser explícita y efectiva (SSTC 163/1986, 168/1990, 47/1991 y 100/1992; más recientemente 19/2000, 118/2001);

b) se consignará en diversos escritos según el proceso de que se trate: conclusiones definitivas en el proceso ordinario por delitos graves (arts. 649, 650.1 y 732 LECrim) (SSTC 44/85 y 135/1989); el escrito de acusación en el procedimiento abreviado (art. 784.1 y 5 LECrim) (SSTC 186/1990 y 54/1991); o en el propio acto del juicio oral en el juicio de faltas, siempre y cuando el acusado pueda defenderse en el citado juicio (SSTC 34/1985, 54/1987, 72/1991, 182/1991, 11/1992 y 56/1994);

c) la Constitución no impone un mismo grado de exigencia a la acusación en sentido estricto (la contenida en el escrito de conclusiones o califi-

caciones definitivas) que a la que da lugar al inicio de una investigación o a sus diversas medidas de aseguramiento (STC 20/87 y entre las más completas STC 41/1998);

d) se prohíbe la llamada «inculpación tardía» (SSTC 100/96, 41/98, 87/2001, 118/2001);

e) la inculpación ha de reiterarse en cada una de las instancias (SSTC 53/1987, 168/1990, 100/1992).

En síntesis, se recuerda que la posibilidad de ejercicio de defensa contradictoria se comprende en tres reglas:

1.^ª nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado (SSTC 273/1993 y 14/1999; y 87/2001);

2.^ª nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación; y

3.^ª no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testimoniales, cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe sospecha, ya que la imputación no puede retrasarse más allá de lo estrictamente necesario (SSTC 18/90, 128/93, 23/93, 277/94, 149/97, 14/99, 19/2000 y 87/2001).

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

1.3. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable

Recogidos asimismo con carácter expreso en el art. 24.2 CE, tanto uno como otro —que en realidad constituyen dos caras de una misma moneda— son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa (SSTC 36/1983, 127/1992 y 197/1995).

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

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

Véase a este respecto lo señalado en el apartado relativo a la conexión con el derecho a conocer de la acusación formulada, el derecho de defensa, así como la jurisprudencia allí citada.

1.4. Derecho a la autodefensa; derecho a la asistencia de letrado y derecho a un intérprete

Se tratan seguidamente un conjunto de derechos, corolario imprescindible de aquel otro más genérico que sirve de título a este apartado.

A) La autodefensa

La autodefensa alude al derecho a defenderse por uno mismo. Contemplado en los arts. 24 CE y 6.3.c) y 14.d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) ha sido objeto de una interpretación restrictiva del TC en atención, precisamente, a no limitar el derecho de defensa.

Señala el TC que en el art. 24 CE se reconoce tanto un derecho a la defensa técnica o a través de abogado, cuanto a la autodefensa o defensa privada. Sin embargo, no existe un derecho constitucional a la autodefensa con virtualidad para excluir la defensa técnica en aquellos casos en que el legislador haya optado por establecer la obligatoriedad de la defensa técnica. El contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica.

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

En el juicio de faltas este derecho conduce a reconocer el derecho del denunciado a interrogar directamente a los testigos de cargo (STC 143/2001).

B) Derecho a la defensa y asistencia de letrado

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

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

Forma parte del *contenido de este derecho* el de poder designar a un abogado de libre elección, desechando la posibilidad de que se le imponga uno de oficio [art. 14.3.d) PIDCP y art. 6.3.c) CEDH y STC 196/1987]. Esta nota es aplicable a la asistencia letrada del art. 24.2 CE, pero no a la del art. 17.3 CE (STC 196/1987).

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

La extensión de este derecho se completa en la lección cinco al estudiar la figura del imputado.

c) El derecho al intérprete

Ligado con el derecho a la asistencia letrada, la adecuada defensa y asistencia exige el previo requisito de la comunicación inteligible. De ahí que, aunque no esté previsto legalmente sino para el detenido y otros aspectos concretos (arts. 440, 441 y 442 LECrim), una lectura integradora con la Constitución (art. 24.2 y el citado derecho a la asistencia letrada) y las normas internacionales (art. 6.3 CEDH) incluyen este derecho al intérprete en el disponer de la facilidades necesarias para la preparación de la defensa del acusado (STEDH, de 13 de mayo de 1980 —«caso Artico»—, SSTC 74/87 y 71/88).

El art. 762 regla 8.ª LECrim, recoge la necesidad de nombrar intérprete, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 398; 440 y 441, todos de la LECrim; si bien excluyendo la exigencia de que el intérprete tenga titulación oficial.

1.5. Derecho a utilizar todos los medios pertinentes para la defensa

Este derecho, constitucionalizado como el anterior en el art. 24 CE, y aplicable, asimismo, tanto al proceso penal como al civil, presenta unos caracteres tan amplios que debenirse manteniendo con las múltiples delimitaciones que ha ido señalando el Tribunal Constitucional.

Su contenido básico comprende, a su vez, tres derechos:

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

A partir de estas bases, el ejercicio de cualquiera de ellos, como «derecho de configuración legal» que es, se encuentra sometido al cumplimiento de las normas procesales que regulan la prueba en el proceso correspondiente —en este caso el proceso penal—.

Remitiéndonos al análisis correspondiente al llegar a la fase probatoria, baste resaltar aquí las siguientes notas:

— la existencia de un derecho genérico a la prueba no se traduce, sin embargo, en un derecho absoluto y automático a ella, en todos los procesos y en cualquiera de sus grados (STC 33/2000);

— la inadmisión, siempre que esté motivada y razonada, de un medio de prueba no vulnera este derecho fundamental (SSTC 147/1987 y 52/1989, entre otras muchas);

— el concepto de «pertinencia» es más amplio que el utilizado generalmente en la técnica procesal, abarcando no sólo la pertinencia en sentido estricto, sino la utilidad/necesidad de la prueba y la licitud de la misma;

— para que la falta de práctica de una prueba ya admitida vulnere este derecho fundamental no es suficiente el dato de esa falta de práctica en sí, pues se exige, además, que la ausencia de práctica probatoria no sea imputable al justiciable y que su inexecución no derive de la aplicación motivada y razonable de una causa legal que lo permita (STC 246/1994);

— la inadmisión o falta de práctica del medio de que se trate debe haber provocado efectiva indefensión, con arreglo a los parámetros señalados líneas más arriba (STC 1/1996).

Debe incluirse en esta sede, aunque no se desarrolle hasta la lección correspondiente, las precisiones que abarcan la doctrina sobre la prueba ilícita y su incidencia en este derecho (STC 161/99, de 27 de noviembre).

2. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El derecho a la presunción de inocencia ofrece diferentes vertientes: a) como criterio estructural de la justicia penal (esto es, como concepto en torno al que se construye un determinado modelo procesal); b) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal (el imputado es inocente hasta el final y las medidas restrictivas de sus derechos deben ser mínimas), y c) como regla del juicio fáctico de la sentencia penal (VEGAS TORRES). Es este último aspecto es el que nos interesa desarrollar aquí.

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

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

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

Esta configuración, calificada por el TC en diversas ocasiones como «inversión de la carga de la prueba» o *presunción iuris tantum*, no se corresponde, sin embargo, ni con el correcto entendimiento de carga o de la inversión de la misma, ni con el de presunción (en el primer sentido, SSTC 31/1981, 107/1983, 17/1984 y 70/1985; en el segundo, STC 76/1990). Sobre la diferencia entre valoración de la prueba/presunción de inocencia y carga de la prueba *in dubio pro reo*, he de remitirme ahora a lo que se dirá en la Lección trece.

b) La prueba practicada debe constituir una «mínima actividad probatoria de cargo».

Significa este presupuesto que debe existir una mínima actividad probatoria acusadora, objetivamente incriminatoria, que después, sometida a valoración judicial, conduzca a la íntima convicción de la culpabilidad. Así, la actividad probatoria de cargo es necesaria para arrumbar el principio *in*

debito pro reo, pero no conduce inexorablemente a la condena si posteriormente no se valora como suficiente por sí misma o cuando existen pruebas de descargo que vuelven a dejar operativa la presunción de inocencia.

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

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

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

Tales garantías constituyen un glosario que puede sintetizarse como sigue:

- la prueba debe practicarse en el juicio oral;
- su práctica debe realizarse con inmediación, oralidad, concentración y publicidad;
- esta sometida a contradicción; y
- la prueba no puede haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales.

Estas reglas admiten algunas modulaciones, como son los supuestos de «prueba preconstituida» o «prueba anticipada» (SSTC 209/1999 y 33/2000). Existe una profusa doctrina constitucional sobre la «prueba preconstituida», las «diligencias de valor incontestable» y los «actos de mera constatación», que será objeto de la debida atención en las Lecciones ocho y catorce.

3. EL DERECHO A LA REVISIÓN DE RESOLUCIÓN CONDENATORIA

Forma parte de las notas características de un sistema acusatorio un proceso de instancia única. Se entiende por tal aquel proceso que, con independencia de los recursos extraordinarios que puedan articularse, no está sujeto a juicio revisor a través del recurso de apelación.

El sistema de instancia única fue el que se instauró en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y pervive todavía para el proceso ordinario por delitos graves, cuya resolución es susceptible únicamente de recurso de casación. Esta nota resulta la apropiada a un proceso en el que también rigen los principios de libre valoración de la prueba y de oralidad. El proceso abreviado —introducido en 1988— incorpora la doble instancia a través del recurso de apelación frente a las resoluciones tramitadas por este procedimiento y resuelvas por el Juez de lo Penal (arts. 790 y ss LECrim). También existe doble instancia en el procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 803 LECrim) y para el juicio de faltas (art. 976 LECrim).

Durante años se ha venido apelando a dos normas que parecían obligar a incorporar el recurso de apelación penal a nuestro ordenamiento: al art. 2.1.º del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Inter-

nacional de Derechos Civiles y Políticos: «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

El pretendido derecho a una doble instancia en el proceso penal ha sido delimitado por el Tribunal Supremo estimando a: a) estar circunscrito al campo del proceso penal; b) corresponder sólo al condenado, y c) referirse únicamente al fallo condenatorio y no al resto de cuestiones susceptibles de dilucidarse en el proceso penal.

Por otra parte, siendo el derecho a los recursos un derecho de configuración legal, el Tribunal Supremo estima posible que dicha *segunda instancia* se articule a través de un recurso diferente a la apelación, por ejemplo a través del recurso de casación, en cuanto no se impone un recurso determinado sino tan sólo que otro tribunal pueda fiscalizar la decisión penal condenatoria, aunque sea limitadamente. Así como que dicha segunda instancia queda excluida en los casos en que se apliquen reglas de competencia específicas, como las previstas en supuestos de aforamiento, desde el momento en que acogerse a dichos privilegios constituye una opción que justifica la falta de una efectiva fiscalización posterior.

Ahora bien, sentada esta doctrina, se ha cerrado toda cuestión al respecto, al publicarse la LO de 23 de diciembre de 2003, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, señalando en su Exposición de Motivos la generalización de la doble instancia penal y potenciando al efecto las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Unido a ello, se concede un plazo de un año para acomodar las leyes de procedimiento en este sentido, regulando previsiblemente el recurso de apelación para todos los procesos; mandato hoy por hoy pendiente de ejecución.

4. OTROS DERECHOS Y PRINCIPIOS DERIVADOS DE LA CONSTITUCIÓN

Las líneas que siguen se dedican a una breve mención de un conjunto de derechos y principios que repartidos a lo largo del proceso penal completan la configuración del mismo y a los que no se ha hecho referencia expresa al estudiar los principios, derechos y garantías. Quiere significarse así que algunos como el derecho de acceso se omitirán en la medida en que ya han sido mencionados aunque desde un punto de vista diferente. Ello explica, además, que las referencias se hayan reducido al mínimo, en la medida en que serán objeto del oportuno y pormenorizado análisis en las lecciones dedicadas al momento o institución procesal correspondiente, bastando ahora la remisión procedente.

4.1. El principio de proporcionalidad y la limitación de derechos fundamentales

El principio de proporcionalidad, cuyos orígenes se sitúan en el Derecho administrativo de policía en Alemania, es una técnica tendente a que la con-

secución de los intereses públicos no se haga a costa de los derechos e intereses de los particulares, debiendo buscarse un equilibrio (una proporción).

Referido esencialmente a las medidas limitativas de derechos fundamentales, consiste en la ponderación a tenor de tres parámetros:

1) La «*idoneidad*» como adecuación objetiva y subjetiva de la causalidad de la medida limitativa en relación con sus fines, de modo que las injerencias sean adecuadas cualitativa, cuantitativamente y en su ámbito subjetivo de aplicación. Así, por ejemplo, se entiende cualitativamente adecuado acordar la entrada y registro en un domicilio para recoger pruebas, conforme al art. 546 LECrim;

2) La «*necesidad*» o «*alternativa menos gravosa*» o «*intervención mínima*», que implica la manifestación externa y comparativa de la proporcionalidad, comparando la medida restrictiva que se pretende adoptar con otras posibles, debiendo acogerse la menos lesiva para los derechos de los ciudadanos. Y,

3) La *proporcionalidad stricto sensu*. Con la misma se hace referencia a la necesidad de ponderar los intereses en conflicto a la hora de limitar el ejercicio del derecho fundamental de que se trate, de manera que se sopesen los intereses individuales (los del titular del derecho fundamental, generalmente) con el interés estatal que se pretende salvaguardar con la limitación. Ejemplos de ello son los conflictos entre el derecho al honor y a la libertad de expresión; o la tensión entre el derecho a la presunción de inocencia del imputado y el derecho a la libertad de información. Una visión más extensa en las lecciones nueve y diez (medidas limitativas de derechos fundamentales y prueba ilícita, respectivamente).

4.2. La prohibición de tortura y tratos degradantes y las intervenciones corporales

Consagrado en el art. 15 CE y el art. 3 CEDDHH el derecho a la integridad física y moral, la prohibición de tortura y tratos degradantes es una consecuencia obligada. En relación con el proceso la repetida prohibición se extiende a eventuales conductas policiales en la detención o en los interrogatorios; y constituye, caso de que se produzca, un supuesto de prueba ilícita (art. 11.1 LOPJ) (Lección diez).

En cuanto a las intervenciones corporales, conectarán con el proceso en cuanto se adopten como medida de investigación (Lección nueve). La doctrina constitucional básica se encuentra en las SSTC 37/1989 y 207/1996, resultando exigible resolución judicial y aplicación del ya citado principio de proporcionalidad. Tales intervenciones corporales concurren, en ocasiones, con limitaciones del también derecho fundamental a la intimidad corporal.

4.3. La libertad personal (prisión provisional; derechos del detenido; y *habeas corpus*)

El art. 17 CE y el art. 5 CEDDHH consagran el derecho a la libertad y seguridad, en tanto el segundo apartado establece que nadie puede ser pri-

vado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en el mismo artículo y en los casos y forma previstos en la ley. Expresado en otros términos: toda privación de libertad para ser lícita debe estar prevista legalmente y practicarse siguiendo el correspondiente procedimiento.

El propio precepto dedica los núms. 2 y 3 a la detención preventiva y el cuarto a la previsión de un procedimiento de *habeas corpus*. Tanto la detención como la prisión provisional se estudian en la lección diez (medidas cautelares); mientras el procedimiento de *habeas corpus* se analiza en la lección veinte (procedimientos especiales).

4.4. Los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones

Estos derechos, contemplados en el art. 18.2 y 3 CE, se configuran como garantías formales de intangibilidad, de forma que el espacio (domicilio) o la actividad (comunicaciones) son de acceso reservado en cuanto a tales. De esta característica compartida se desprende: la reserva de jurisdicción (necesidad de autorización judicial expresa en el marco de un proceso penal) y la ilicitud de las pruebas obtenidas con violación de dichos derechos (L. M. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ). Ambas medidas se analizan detalladamente en la lección nueve, dedicada en sede de intrucción precisamente a las medidas limitativas de derechos fundamentales; en tanto la prueba ilícita se estudia en la lección catorce.

4.5. El derecho al juez ordinario determinado por la ley

Reconocido en el art. 24.2 CE constituye en último término una de las garantías de la imparcialidad e independencia judicial (L. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ). Su objetivo es evitar manipulaciones en la Administración de Justicia, intentando evitar que cambiando el órgano judicial que ha de conocer pueda influir en el resultado del proceso. En su aspecto material significa que la delimitación a partir de las reglas de jurisdicción y competencia deben estar fijadas antes de iniciarse el proceso. En aquel otro aspecto formal, exige que dicha determinación previa deba fijarse por ley y no por cualquier otro tipo de norma, como se amplía en la lección tres.