

**EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.
ALGUNAS ALTERNATIVAS PARA LA REFORMA**

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid

EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. ALGUNAS ALTERNATIVAS PARA LA REFORMA

SUMARIO: I. EL PROCESO PENAL Y SU REFORMA. II. LAS LÍNEAS BÁSICAS DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL. III. LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS Y LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL. IV. LA ACCIÓN POPULAR. V. LA INTRODUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. 1. El principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. 2. El principio de oportunidad: justificación y ámbito. 3. El proceso de menores. VI. EL DERECHO A LOS RECURSOS EN EL PROCESO PENAL.

I. EL PROCESO PENAL Y SU REFORMA

Atravesamos en la actualidad por unos momentos de profunda reflexión acerca del proceso penal en la mayoría de los países europeos y de América Latina, esencialmente desde una doble consideración, que debe hacerse de una forma complementaria: por una parte, se discute sobre la eficacia del proceso penal, como instrumento de política criminal, que debe dar una respuesta cumplida, ágil y eficaz a las infracciones contra los bienes jurídicos más preciados por el conjunto de la sociedad, que son los que el Derecho penal protege. Por otra parte, se cuestiona la adecuación del proceso penal al respeto a las exigencias constitucionales, o, dicho de otro modo, se analiza si el proceso actual respeta las

garantías procesales que se han ido construyendo tanto en las normas constitucionales, como en las resoluciones que las interpretan y en los textos internacionales sobre derechos humanos.

Esta doble aproximación a la reforma del proceso penal en España coloca el punto de mira en diferentes aspectos del actual enjuiciamiento penal, tales como la introducción del principio de oportunidad en nuestro país, la responsabilidad de la investigación de los delitos o el modelo de proceso penal y del sistema de recursos.

El proceso penal probablemente representa el principal campo de tensión entre la seguridad ciudadana y el derecho a la libertad de quien se ve sometido al proceso. Cuando alguien es llamado como imputado a un proceso aparece su libertad seriamente amenazada, y el valor político que representa la libertad, o el conjunto de derechos que conforman las libertades civiles, se ponen en riesgo, tanto en razón de las medidas cautelares que puedan adoptarse durante la sustanciación del proceso, como por la definitiva imposición de sanciones en una eventual sentencia condenatoria.

Pero también es cierto que, frente al derecho a la libertad, representa también un valor digno de especial protección la seguridad pública, la seguridad en la pacífica convivencia, en la imperturbabilidad de la tranquilidad personal y en el disfrute de las propias libertades.

Pues bien, la seguridad pública cuenta como uno de sus más importantes elementos con el proceso penal, precisamente como elemento de cierre de la lucha contra la criminalidad y de las medidas de política criminal de diversa índole que deben adoptar los poderes públicos, de modo que se atribuye al Poder Judicial la administración del medio a través del cual imponer la sanción penal que corresponda al responsable de la acción delictiva.

El proceso penal es sin duda el instrumento último de la política pública de seguridad, por lo cual el interés y la responsabilidad de los gobernantes en el diseño del proceso penal, que atiende desde luego a la mejor represión de las conductas delictivas, pero sin menoscabo alguno al debido respeto de las libertades individuales, es uno de los momentos de equilibrio más delicados de Estado democrático.

Así lo acredita el hecho de que precisamente en la actualidad aparezcan en el horizonte señales alarmantes sobre las garantías procesales, haciendo primar sobre estas garantías los valores de la seguridad pública y de la represión de ciertas conductas delictivas, de modo que la pretendida eficacia de la lucha contra la delincuencia, señaladamente contra el terrorismo tras los atentados del 11 de septiembre en Estados Unidos, puede terminar justificando la merma de unos derechos individuales que tan trabajosamente se han ido conquistando a lo largo de muchas décadas, y buena parte de la ciudadanía los creían definitivamente adquiridos por la civilización occidental; el riesgo de involución en la protección de los derechos está siempre latente.

La demanda de justicia penal en España es importante. En el año 2000 ingresaron al sistema penal más de 4.500.000 asuntos (más de 3,5 millones de diligencias previas incoadas y más de 850.000 juicios de faltas ingresados), lo que ciertamente supone una elevada cifra de procesos, que no ha dejado de crecer. Así, desde 1990 el número de diligencias previas ha aumentado con tasas porcentuales del 5,2% en 1991, 0,2% en 1992, 9,7% en 1993, 4,2% en 1994, 6,6% en 1995, 8,8% en 1996, 3% en 1997, 5,3% en 1998 y 8,2% en 1999.

Bien es verdad que, sin embargo, la relación entre las infracciones penales conocidas y las enjuiciadas es muy desigual, pues sólo se celebraron 140.000 juicios por delito y 344.000 juicios de faltas, lo que equivale a un 10% del total de los procesos iniciados. Más en concreto, de las diligencias previas abiertas en 2000, el 60% se archivaron por desconocimiento de la identidad del autor; casi el 15% fueron archivadas por no ser el hecho constitutivo de delito y algo más del 9% fueron declaradas faltas.

Las acusaciones puede decirse que se plantean con bastante fundamento, pues en los Juzgados de lo Penal se dictan sentencias de condena en un 75% de los casos cuando no hay conformidad (que se ha dado casi en un 50% en 1999 y 2000), mientras que en las Audiencias Provinciales se ha condenado a los acusados en más del 80% de los juicios en primera instancia. Sin embargo, en los juicios de faltas, en los que la mayor parte de los casos el

Ministerio Fiscal no interviene y se celebran con la simple denuncia, en donde no existe la imputación judicial —a través de auto de procesamiento o del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado— las sentencias de condena no llegan al 50% de los juicios celebrados.

También puede decirse que las sentencias son acertadas en un alto porcentaje, pues el índice de revocaciones en apelación es relativamente bajo, ya que las Audiencias Provinciales estiman estos recursos en casi un 22% de sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal en procesos por delitos, aunque sube hasta un 27% en las apelaciones de los juicios de faltas. Sin embargo, los recursos de casación se estiman en un porcentaje mayor, que pasa del 30% de los casos.

Todos estas cifras se han producido al propio tiempo que la vida social se ha ido haciendo más compleja, y los objetos de enjuiciamiento han cambiado de un modo notable. De los procesos penales por delitos contra la propiedad en una economía rural, como el robo de gallinas o de una parte de cosechas, se ha pasado a enjuiciar el crimen organizado, que actúa a través de relaciones y contactos transnacionales, con una trama compleja y métodos sofisticados, la criminalidad económico-financiera, los delitos de cuello blanco o las acciones de corrupción política. Al propio tiempo, la justicia penal se ha visto abocada al enjuiciamiento de delitos de terrorismo continuado y organizado que, por fuerza, termina contaminando de algún modo a los tribunales específicos a los que se encomienda al instrucción y la resolución de estos procesos. En definitiva, los tribunales penales se enfrentan ahora con nuevos desafíos y ni disponen de los conocimientos especializados que resultan imprescindibles, pues no se les capacitó para ello, ni siempre encuentran el suficiente apoyo del personal técnico de investigación criminal.

Pues bien, con este panorama de acierto de las resoluciones judiciales, estamos asistiendo sin embargo a una demanda social de justicia que pasa por encima de la ley. Los ciudadanos, cuando entienden que no se satisface su propio sentido de la justicia material acuden de cualquier modo a los tribunales, que se ven obliga-

dos a resolver siempre, y a intervenir cuando se trata de una materia jurídica, haya o no ley aplicable al caso (los supuestos de eutanasia o de protección del medio ambiente pueden ser ejemplos bien ilustrativos).

Cuando se producen situaciones sociales de desamparo, los tribunales se ven en la tesitura de acudir en auxilio de las víctimas, utilizando normas diseñadas para hacer frente a otra realidad, y ante la incapacidad de otras instancias políticas de dar respuesta a las demandas ciudadanas. Estos casos colocan sin duda al poder judicial al borde del campo que le es propio: la sumisión a la ley y el respeto a las normas procesales, en donde encuentra su legitimación para resolver los conflictos; los jueces tienen la potestad jurisdiccional en exclusiva porque son independientes y porque están sometidos a la ley.

Sin embargo, en estas nuevas realidades procesales el poder judicial aparece colocado en un lugar fronterizo con la ley, cuando ésta no existe, cuando no prevé el supuesto que se le plantea, y le aproxima al campo de la política porque en la medida en que el juez se ve obligado a resolver sin norma aplicable, o adopta soluciones creativas, de ingeniería jurídica, que están fuera de sus cometidos, deja de lado su deber constitucional de sometimiento a la ley.

Colocados en esta tesitura, los jueces tercián en el debate político, porque se les está exigiendo una respuesta no en clave de ley o de Derecho, sino en clave de justicia material, de la justicia tal y como la entiende o percibe quien acude a los tribunales, de la justicia como valor supremo del ordenamiento jurídico según la Constitución.

Por todo ello, el poder judicial, cuyo esquema de funcionamiento no ha variado, está cambiando sin embargo las claves de la resolución de los conflictos, de modo que en sus sentencias llega a aplicar directamente la Constitución, pasando por encima de la ley, aunque ésta exista. Su asidero es derivar la resolución de lo que la doctrina italiana llama *indirizzo* político de la Constitución, de las líneas esenciales del modelo de Estado, y del modelo de sociedad que en el texto fundamental se contiene.

Esta función puede resultar exigida por el ordenamiento cuando el legislador incorpora al texto de la norma los objetivos perseguidos, singularmente cuando se trata de regular los nuevos sectores de intervención pública, con lo cual se modifica el estilo de razonamiento jurídico y, especialmente la lógica que guía las decisiones; en efecto, mientras en el esquema tradicional de las resoluciones judiciales se debía decidir con la mirada vuelta al pasado, hoy se le pide al juez que escoja frente a alternativas que explícitamente se le han dejado abiertas, transfiriéndole la responsabilidad de considerar las posibles soluciones, evaluar sus consecuencias y tomar una decisión con la mirada puesta en el futuro.

Sin embargo, esa "visión de futuro" del poder judicial sólo resulta legítima en aquellos campos en donde expresamente se prevea, como en la justicia administrativa. Desde luego, tal modo de razonar debe rechazarse por completo de otros ámbitos, como el Derecho penal, en donde se ha asentado, tras muchas décadas de lucha, el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), la ruptura definitiva con el Derecho penal de autor, y la implantación y respeto de una serie de garantías para el imputado que, hoy por hoy, deben considerarse irrenunciables conquistas de las democracias avanzadas.

Es verdad que no faltan ocasiones en que la demanda social de justicia, también de justicia penal, puede impulsar al juez en un determinado sentido, intentando condicionar o mediatizar sus resoluciones. La presión de los medios de comunicación sirve además de eficaz aliado de esa sensibilidad social que no es indiferente al resultado de los procesos, como sucede cuando se trata de casos de terrorismo o de narcotráfico, que se contaminan de la "jurisprudencia prospectiva".

Ahora bien, en este sentido el poder judicial debe mantenerse como un celoso guardador de su independencia, impidiendo absolutamente cualquier injerencia o intromisión en sus decisiones, ni siquiera como aliado o cómplice de la mayoría de la población, pues ha de defender, sobre todo, los derechos de los justiciables y debe ser servidor de la ley. El sentido de su papel como garante

de los derechos de los ciudadanos aplicando la ley, conseguirá colocar al juez por encima de críticas o presiones, aunque ahí ha de encontrarse con valedores dentro del propio cuerpo judicial, si es que actuó en los límites de ejercicio de su potestad: ajustándose a los márgenes de la ley y respetando las garantías del proceso. Porque no se puede, a pretexto de subirse en la cresta de una ola favorable, y a sabiendas del aplauso social, pasar por encima de los derechos de los justiciables; el juez que no protege esos derechos sencillamente está quebrantando la esencia de su labor y su razón de ser. Claro es que no se puede entender que los jueces son independientes sólo cuando resuelven en contra del poder ejecutivo, pero tampoco se le puede acompañar a todos los lugares por donde éste quiera transitar, si no lo hace conforme la ley lo previene.

II. LAS LÍNEAS BÁSICAS DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Nuestro actual modelo de proceso penal surge de la Revolución francesa, y hunde sus raíces en los postulados revolucionarios de la libertad del individuo y el respeto por la persona humana, y una de las primeras derivaciones, de acuerdo con las doctrinas de los enciclopedistas y de los iluministas, es situar al hombre en el centro del procedimiento penal, de modo que el imputado pasa a ser el protagonista del mismo en vez de seguir representando el papel de mero objeto de la investigación. Este cambio de paradigma vino acompañado del tránsito del Derecho penal de autor al Derecho penal del hecho, de modo que la represión no tuviera ya como referente una persona, sino un hecho delictivo, superando de ese modo la infausta etapa de las *inquisitiones generales*.

El tratamiento del imputado presenta en el nuevo modelo de enjuiciamiento penal un cambio radical, pues se trasladan a las leyes procesales los principios de respeto y salvaguarda de los derechos básicos de la persona en el tratamiento que los órganos públicos que intervienen en el procedimiento han de dispensar al imputado y, además, se reconocen algunos derechos fundamentales

de contenido procesal que, como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar o el derecho a la defensa, dan un vuelco definitivo al proceso penal.

El gran principio de la libertad individual tiene que impregnar también las actuaciones procesales y, de acuerdo con él, se han de establecer los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, poniéndose coto a las ilimitadas facultades que se conferirían a la autoridad judicial para la privación de libertad del imputado durante el procedimiento. La presencia de un Juez Instructor permitió diseñar la intervención de un órgano imparcial para adoptar en la investigación las medidas que pudieran suponer un menoscabo de los derechos del imputado, de tal modo que así se garantizase que tales medidas se ordenaran sólo en cuanto resultaran indispensables.

En otro orden de cosas, con el proceso surgido de la Revolución francesa se atribuyó al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal, de acuerdo con los principios de legalidad e imparcialidad, de modo que había de promover el proceso cuando entendiera que se habían producido unos hechos delictivos, instando su represión, y, al propio tiempo, debía pedir la terminación del procedimiento para quien considerase inocente, o solicitar su absolución al final de juicio. Se restituía de este modo el enjuiciamiento penal a la estructura que nunca debió perder, y quedaba garantizado que, ante la agresión que el delito entraña, la sociedad situaba a un valedor de los bienes públicos y de los intereses generales, que estaba fuera de la estructura judicial, para formular la acusación.

Por tanto, el acusador no podrá en adelante enjuiciar y su función procesal se limitará precisamente a la de postular, a intervenir en el proceso desde una posición de parte, pidiendo la aplicación de la ley penal al caso concreto conforme entienda que se han producido los hechos, y de acuerdo con su visión y valoración de los mismos. Es decir, el acusador público interviene en el proceso y formula la acusación con un interés objetivo en la represión, aunque no pueda sustraerse al resultado de la actividad procesal y, al carecer de derecho o interés subjetivo o personal que defender en el proceso (por eso no se puede recusar al representante del

Ministerio Fiscal, pero sí instar su separación del procedimiento), debe solicitar la absolución de quien considere inocente. Por su lado, al juzgador le está vedada cualquier intervención que pueda suponer ejercicio de acusación, de modo que no podrá formular imputación, ni introducir hechos nuevos en el proceso, sino que habrá de atenerse a lo alegado y probado por las partes.

En este proceso penal, que toma como referencia el modelo inglés, el imputado, tradicionalmente considerado objeto del proceso, pasó a ser su protagonista y podía intervenir en él desde el momento en que se formulara la imputación por el instructor. Al propio tiempo, como consecuencia de la implantación del jurado, se modificó de un modo radical la forma de enjuiciamiento, que pasó a convertirse en un proceso oral y público, de instancia única, en donde iba a regir el principio de libre valoración de las pruebas; pues no era exigible que los jurados se hubiesen de sujetar a las complejas normas legales de valoración probatoria entonces vigentes. Finalmente, se distinguió de un modo nítido las funciones de acusación, investigación y enjuiciamiento, pero encomendando estas dos últimas a órganos del Poder Judicial.

En lo que se refiere a la respuesta pública ante la comisión de un hecho delictivo, la Revolución francesa atribuyó en un primer momento la función de iniciación del procedimiento penal y la investigación de los delitos al juez de paz, elegido por el pueblo, y creó la figura de los acusadores populares, precisamente por la desconfianza que suscitaban en los revolucionarios los comisarios o acusadores del Rey, que luego fueron suprimidos. El modelo procesal penal que se adopta definitivamente en la codificación napoleónica modificó de modo sensible aquella situación, pues el sistema ya había convertido a los jueces en funcionarios burocratizados.

La inercia de los años revolucionarios y el control que ejercía de facto el Ejecutivo sobre los jueces y, por tanto, sobre la instrucción, permitió mantener el modelo de Juez de Instrucción, a quien se encomendaba realmente la dirección de las actuaciones de investigación de los hechos delictivos, al tiempo que se le sustraía la facultad exclusiva de iniciación del procedimiento. Ello era debido precisamente a la recreación de un órgano del antiguo

régimen, el acusador oficial, el Ministerio Público, con el cometido esencial de diferenciar estructuralmente las funciones de acusación y decisión, de modo que obviamente ha de concedérsele intervención en la primera fase del procedimiento.

La fase de investigación es característica propia del proceso penal, pues los acusadores desconocen normalmente la dinámica comisiva del delito perseguido, las circunstancias en que se produjo y las personas que participaron en el mismo, ya que, con carácter general, se habrá tratado tanto de ocultar la perpetración del delito como de destruir u ocultar los elementos o efectos del mismo, y las piezas de convicción que puedan indicar o acreditar las responsabilidades penales.

La garantía de la imparcialidad del órgano que ha de dictar la sentencia penal, resolviendo en el proceso sobre la acusación, exige desde luego que se le preserve de posibles influencias derivadas de sus relaciones con los sujetos que intervienen en el proceso, a través de las tradicionales causas de abstención por consecuencia de las situaciones subjetivas del juzgador (parentesco, dependencia, interés o amistad). Pero a esa clásica imparcialidad se había de unir luego otra, derivada de la nueva estructura del proceso, que puede calificarse como imparcialidad objetiva, porque, en efecto, la garantía básica de la imparcialidad del juzgador puede verse amenazada o conculcada por su intervención en una fase anterior del procedimiento, en la que pudo o debió realizar cualquiera de las tres actuaciones que como juzgador le están absolutamente vedadas: formular acusación, aportar hechos a consecuencia de su investigación, o tomar conocimiento de las pruebas sin la imprescindible contradicción.

En efecto, el que instruye queda inhabilitado para intervenir como juzgador decidiendo sobre la acusación planteada siempre que con anterioridad hubiera formulado por sí mismo una imputación, atribuyendo responsabilidad criminal a una persona aunque sea indiciariamente —o hubiera acogido la formulada por alguna de las partes—. Una decisión de este tipo, de la que normalmente se derivan graves consecuencias para el imputado, supone un avance o adelanto del resultado del proceso, y acredita

un prejuicio de todo punto incompatible con la imprescindible imparcialidad del llamado a dictar sentencia, que se ha contaminado por la decisión que ha debido adoptar en la anterior fase procesal, puesto que el juzgador sólo debe tomar conocimiento de lo que es objeto del proceso cuando se haya implantado la dialéctica procesal y se hayan configurado las posiciones de parte. Esta pérdida de imparcialidad, que convierte al juez en personal o subjetivamente interesado en el resultado del proceso, se refuerza cuando debió ordenar durante la instrucción medidas cautelares, sobre todo de naturaleza personal que, al privar al imputado de su libertad o limitarla, resultan ser materialmente idénticas a las penas; tales medidas, y la inevitable inclinación a sostener el anterior convencimiento, inhabilitan al instructor para decidir en definitiva sobre la pretensión penal.

También queda inhabilitado el instructor para dictar sentencia si ha ordenado con anterioridad diligencias de investigación, sea por propia iniciativa o aceptando la instancia de las partes, puesto que tales decisiones implican el ejercicio de opciones para el descubrimiento de los hechos delictivos y, lo que es más importante, supone desechar otras posibilidades de lograr ese conocimiento, cualquiera que hubiera sido el resultado de las actuaciones.

Por último, toda decisión judicial ha de basarse en una previa actividad probatoria. Pues bien, durante la instrucción, con una intervención limitada de las partes, o con imposibilidad de hacerlo por no estar aún determinadas, no puede decirse que tenga lugar la práctica de verdaderos medios de prueba, que requieren tanto la presencia judicial como el escrupuloso respeto a una efectiva contradicción. De aquí que la decisión del proceso no pueda estar sustentada en una actividad probatoria practicada sin la presencia tanto del juzgador como de las partes y con la imprescindible publicidad.

III. LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS Y LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL

La instrucción se había diseñado como una actividad de mera preparación del juicio oral y, por tanto, subordinada a este

momento culminante del procedimiento; como dispone el art. 299 de la LECRIM, "constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos". Se trata, pues, de diferentes finalidades que en todo caso tienden a la preparación del juicio oral.

Desde esta perspectiva, la instrucción había de ser rápida (el art. 324 de la LECRIM prevé que el sumario no dure por regla general más de un mes) y secreta, para respetar la presunción de inocencia de quienes, en muchos casos sin imputación judicial, se hallan sometidos a un proceso penal.

Sin embargo, en la actualidad esta fase del procedimiento ha cobrado en todos los países europeos una relevancia desmesurada, que ha logrado eclipsar en la inmensa mayoría de los casos al momento procesal del enjuiciamiento. La instrucción se ha convertido en la piedra angular del proceso penal, no sólo por lo que en ella se obtiene, sino por su trascendencia en la represión, con lo cual se han traicionado sin un ápice de resistencia los dos principios básicos de este momento del procedimiento.

En efecto, una de las razones que provoca en la práctica la desmedida duración de la instrucción ha sido precisamente su exhaustividad, debido en buena medida al hecho de que el juez no investiga para sí, y no puede conocer qué busca y cuándo ha obtenido lo suficiente para formular acusación, sino que normalmente investiga para la acusación, y el fiscal tradicionalmente no ha puesto coto a las diligencias instructorias que el juez ordenaba. Esta circunstancia eterniza la investigación de los delitos con grave quebranto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pues indebida es la demora en la resolución cuando las diligencias y actuaciones que se practican, por muchas que sean, no son conducentes de forma inmediata o mediata a la obtención de la respuesta judicial.

Pero la elephantiasis de la instrucción ha acarreado otras consecuencias, quizás más perniciosas aún que la apuntada. En efecto,

lo que en un principio se estableció como una fase corta y secreta se ha convertido en interminable y pública. La contradicción y el desmentido de la práctica forense a las previsiones de la ley no sólo suponen un nuevo ejemplo del menosprecio a las normas sino que en este caso puede quedar afectada incluso la presunción de inocencia.

Parece haberse asumido en la actualidad que la publicidad de la instrucción, de todas las actuaciones y las diligencias que en ella se practican, es la regla, sin parar mientes en las consecuencias que se derivan de tal concepción. El reproche que implica la condena penal, cuando declara la responsabilidad del acusado, y que viene sustentado y legitimado por el juicio contradictorio y público, en la generalidad de los casos se ha logrado mucho antes, desde el momento en que el procedimiento penal se incoa y el imputado se encuentra desde luego amparado por el derecho a la presunción de inocencia.

La práctica de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad ha logrado no sin dificultades mantener en secreto la identidad de las personas que se ven sometidos a las diligencias policiales de prevención, a las diligencias preprocesales. Sin embargo, cuando la autoridad judicial ordena la apertura del procedimiento penal se abren de par en par las puertas, se levantan todas las cautelas y se olvidan todas las garantías, aunque persista el mismo status para el imputado, y deba rodeársele de todos los derechos, también la presunción de inocencia como regla de tratamiento. El reproche social se anticipa así a un temprano momento del procedimiento, cuando se está actuando sólo a partir de indicios o de imputaciones que la autoridad judicial puede no haber hecho suyas, quedando afectados de forma muchas veces irreversible bienes enormemente valiosos para el imputado.

Por último la instrucción, concebida como una fase instrumental del juicio, que comprendía actuaciones meramente preparatorias, ha acrecentado su valor y adquiere una gran relevancia en el resultado del proceso. Aunque se haya acabado con la tradicional práctica de asumir en el acto del juicio todo el material obtenido durante la instrucción sin una verdadera contradicción, y se hayan

logrado perfilar los supuestos en que pueden ser valoradas en la sentencia actuaciones de la fase anterior del procedimiento, el valor de la instrucción no es escaso. No sólo por la trascendencia pública de todo lo que en ella acontece, con las repercusiones afflictivas que antes se apuntaron, sino por la eficacia en el juicio y la sentencia de las diligencias instructoras, en cuanto realizadas con la garantía de la presencia judicial la instrucción, apartándose de los principios que la debían regir, ha adquirido un carácter y decisivo en el curso del enjuiciamiento penal.

Parece llegado el momento de reflexionar sobre todas estas circunstancias que rodean a la instrucción, y que suponen una modificación radical de su esencia: sobre su desmedida duración, sobre sus consecuencias afflictivas y sobre su relevancia en el momento de la sentencia, pues el modelo de proceso penal se ha adulterado hasta el punto de que resulta difícilmente reconocible y no se sostiene por más tiempo. Es verdad que el ataque de la delincuencia no es el mismo que a comienzos del siglo XIX, pero no podemos engañarnos por más tiempo; el proceso penal que ahora tenemos es un remedo del modelo diseñado por el Estado liberal; porque cuando se subvierten elementos esenciales de un orden procesal, cuando se cambian piezas relevantes, lo que antes era un retrato se convierte en una caricatura.

A estos efectos las respuestas pueden llegar desde dos vías, que no resultan en absoluto excluyentes: por una parte, atacando directamente cada uno de los defectos aludidos; por otra parte, modificando la distribución de responsabilidades de los órganos públicos que intervienen en el proceso penal.

En la primera aproximación se trataría de acometer varias propuestas de solución: por un lado, podría establecerse un plazo máximo de duración de la instrucción de los procesos penales, una vez que ésta se dirige contra una persona determinada. De ese modo, se impediría mantener al imputado sometido a una investigación que se adivina en muchos casos como eterna, olvidando la aflicción que ello supone, de la que le resulta imposible desprenderse porque el cierre de la instrucción depende del criterio ajeno, sea del Ministerio Fiscal, sea del instructor. Con la medida del

plazo máximo se exige la apertura del juicio oral antes de que se supere el mismo, o se perderá la persecución de la conducta irremediadamente; de esta forma, el Estado se compromete a agilizar los trámites, disminuyendo la incertidumbre y la zozobra para el imputado.

Por otro lado, debería procurarse que se limitaran las informaciones sobre el sometimiento de una persona a un proceso penal, dada la trascendencia que para el imputado tiene el conocimiento general de esa noticia, puesto que normalmente se da y se lee como equivalente a una sentencia condenatoria.

Finalmente, y en tercer lugar, debería limitarse la instrucción a las diligencias imprescindibles y evitar por todos los medios que en el juicio se pueda tener presente cualquier actuación instructora, salvo que se trate de una prueba anticipada o de preconstitución probatoria.

Junto con estas medidas, que respetan la actual organización de la justicia penal, tal vez resulte más interesante aproximarse a los problemas de la instrucción desde una solución estructural, que permitiría responder a todos ellos sin detrimento de la primitiva virtualidad atribuida a esta primera fase del procedimiento. Esta vía supondría, en efecto, expropiar al juez de la responsabilidad de dirigir la instrucción, atribuyéndola al Ministerio Fiscal.

El modelo procesal liberal ha conocido en las últimas décadas —después de la Segunda Guerra Mundial— un importante movimiento de reforma que se ha extendido por diferentes países europeos, tomando como referencia el proceso anglonorteamericano y, esencialmente, en la idea de reasignar los papeles que desempeñaban durante la instrucción el Juez y el Ministerio Fiscal, dejando al primero los cometidos estrictamente jurisdiccionales, y encomendando al segundo la responsabilidad y el peso de la investigación. Junto con este nuevo reparto se pretendía llevar el principio acusatorio a la fase de investigación y hacer valer los principios de publicidad, contradicción e igualdad en el inicio del procedimiento.

Las dos modificaciones esenciales se refieren, pues, a lo siguiente: por un lado, se atribuye la responsabilidad en la inves-

tigación de los hechos delictivos, se encomienda la instrucción al Ministerio Fiscal, convirtiéndole en protagonista esencial de toda esta fase del procedimiento. Por otro lado, de acuerdo con los textos internacionales sobre derechos humanos —en Europa el CEDH y el PIDCP— se pretende garantizar desde el inicio de las actuaciones el derecho de defensa que debe asistir al imputado.

El movimiento innovador, se inicia en Alemania con la Gran reforma del proceso penal de 1974, y ha encontrado eco más tarde en Portugal —*Ley Orgánica del Ministerio Público* de 1986 y *Código de proceso penal* de 1987— y en Italia —*Codice di procedura penale* de 1988—. El Ministerio Fiscal deja de ser el pasivo espectador de la investigación, que debía pasar por una instrucción dirigida por el juez, para luego presentar su acusación, y a quien sólo le venía dada la facultad de vigilar o inspeccionar el curso de las actuaciones y solicitar del instructor la práctica de las diligencias que considerase necesarias. La evolución legislativa en estos tres países europeos ha colocado al procedimiento penal bajo una óptica distinta, al producirse un cambio en su estructura, ya que se pasa del modelo acusatorio formal o mixto (o inquisitivo formal) a un modelo en que la igualdad y la contradicción se respetan desde el comienzo de la persecución penal y el juez no toma la iniciativa ni debe posicionarse en ningún momento de la instrucción respecto de las líneas y de las estrategias de investigación.

La evolución que se experimentó en los países europeos tuvo también reflejo en nuestro país y en la Memoria que acompañaba el Proyecto de ley del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado finalmente como Ley 50/1981, de 30 de diciembre, se decía que el proyectado art. 5 "confiere al Ministerio Fiscal facultades de investigación de los hechos delictivos, pudiendo recibir declaraciones a testigos, practicar reconocimientos e inspecciones, ordenar la emisión de informes y dictámenes periciales, practicar careos y ordenar en general, cuantas diligencias prevean las Leyes que no supongan inculpación de persona alguna o adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos respecto de la misma, facultades que quedan lógicamente reservadas a los jueces y tribunales. También puede ordenar la detención preventiva

y podrá recibir denuncias y atestados, cursándolos a la Autoridad judicial o acordando su archivo definitivo o provisional cuando los hechos no fueran constitutivos de delito o careciesen de autor conocido". Como fundamento de estas disposiciones se afirmaba que se trataba de dar "agilidad al proceso penal y de ajustar las normas legales a la propia lógica procesal. Si el Fiscal es quien titulariza la, acción penal es lógico que sea él quien dirija la preparación de los elementos que necesite para su ejercicio".

Todo esto hizo plantearse a la doctrina española la posibilidad de que el Ministerio Fiscal jugara un papel diferente en el proceso penal. El debate científico salió a la luz y tuvo un amplio eco a mediados de los años 80, reclamando algunos para el Ministerio Fiscal una mayor responsabilidad en la investigación de los hechos delictivos.

El Gobierno acogió tímidamente la iniciativa, y cuando hubo de modificarse el proceso penal por la declaración de inconstitucionalidad de la STC 145/1988, se articuló un nuevo rol para el Ministerio Fiscal. Esta solución normativa implicaba desapoderar a los jueces de instrucción de su papel hegemónico en la instrucción penal, donde hacían y deshacían de acuerdo sólo con su criterio, y con una tímida y escasa intervención del Ministerio Fiscal para corregir alguna vez excesos judiciales. Las reacciones contrarias a este cambio no se hicieron esperar y provinieron tanto de los jueces como de los fiscales y, a la postre, la idea primera perdió todo su vigor, y quedó un tímido art. 785 de la LECRIM en la reforma de 28 de diciembre de 1988, donde se alude a una investigación del Ministerio Fiscal preliminar al inicio de las actuaciones judiciales, y que debe cesar tan pronto como éstas den comienzo.

Con posterioridad, en la modificación de 1992, cuando se introdujeron en la LECRIM medidas de aceleración del procedimiento abreviado también tímidamente se pretendió otorgar mayor protagonismo al Ministerio Fiscal, con poco éxito, salvo en lo que se refiere a la negociación con el imputado.

Más recientemente, la Ley orgánica 5/1995, del tribunal del jurado, también ha terciado en el problema de la instrucción, aun cuando era éste en principio un campo ajeno a la regulación de

este procedimiento. Parece que debe destacarse sobre todo el deseo ferviente del legislador de seguir avanzando en otorgar responsabilidades de instrucción al fiscal, aunque sin decidirse a abordar definitivamente una nueva estructura del proceso penal en España.

Esta ley orgánica pretende de forma velada dar un mayor protagonismo al Ministerio Fiscal e implicarlo en la formulación y sostenimiento de la imputación, de tal forma que el juez de instrucción se limite a valorar la verosimilitud de la imputación, se pronuncie sobre la fundamentación de la imputación, etc., pero no la formule. Se trata de una modificación de gran calado, que viene luego reconocida en la disp. final 4.^a, rubricada "futuras reformas procesales", cuando se ordena al Gobierno que presente un proyecto de modificación de la LECRIM "generalizando los criterios procesales instaurados en esta ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución, simplificando asimismo el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva". Con el mismo criterio se sigue disponiendo que se deben adoptar las reformas legales necesarias para adaptar a ese procedimiento el Estatuto y las funciones del Ministerio Fiscal.

Por último, la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, da un paso decisivo en el procedimiento para depurar las infracciones cometidas por menores y deja en manos del Ministerio Fiscal todas las actuaciones que no sean las de puro enjuiciamiento o la necesaria intervención judicial en garantía de derechos fundamentales del menor.

Así pues, la polémica sobre el papel del Ministerio Fiscal como responsable de la instrucción penal sigue abierta, por lo que es imprescindible en este momento una respuesta clara y definitiva por parte del legislador que despeje una incógnita que tiene consecuencias muy importantes en la organización del enjuiciamiento penal y en la provisión de los medios necesarios para responder a las exigencias de la represión penal.

De todos modos, cuando se trata de la responsabilidad del Ministerio Fiscal en la instrucción penal en ocasiones se mezclan

argumentos coyunturales con problemas estructurales. Por eso hay que considerar que o bien se mantiene la figura y las funciones del juez de instrucción, con las correcciones que determinados derechos fundamentales exigen, o bien se encomienda la investigación de los delitos al Ministerio Fiscal.

Con independencia de la aptitud del Ministerio Fiscal para asumir la instrucción de los procesos penales, se barajan una serie de argumentos en favor de mantener la situación presente, en la que siempre ha de intervenir como instructor un juez. El primero de ellos alude a la naturaleza de la instrucción, que es considerada una función judicial (ORTELLS), porque no se agota en la búsqueda de las pruebas sino que se extiende a su valoración, y hay actuaciones típicas de ejercicio de la potestad jurisdiccional, como ordenar la prisión o la libertad, inadmitir la querrela o practicar anticipadamente la prueba (CARNELUTTI y, en España, DE LA OLIVA).

Pues bien, aceptando que esas concretas actuaciones tengan naturaleza jurisdiccional porque o bien suponen una labor de enjuiciamiento o bien se realizan en protección de derechos fundamentales (y a las dos finalidades o contenidos se refiere el art. 117.3 CE), es lo cierto que la instrucción comprende otras muchas actuaciones que escapan de la esfera jurisdiccional por mucha extensión que pretenda darse al término. Naturalmente que la adopción de medidas cautelares personales, la práctica anticipada de la prueba o las diligencias que supongan restricción o privación de derechos fundamentales deberá seguir atribuida a la autoridad judicial, pero no necesariamente a un juez de la investigación sino a un juez defensor de los derechos de las partes mientras duran aquellas actuaciones previas al juicio.

En segundo término se aduce que la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo sería peligrosísima para la investigación objetiva e imparcial (FAIRÉN y GÓMEZ COLOMER). Sin embargo, la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno es relativa. El Ministerio Fiscal no pertenece desde luego al Poder Judicial por mucho que en el Estatuto de 1980 se dijera que está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ya que ni juzga ni hace ejecutar lo juzgado; pero

tampoco el Ministerio Fiscal en España pertenece al Ejecutivo, como una suerte de apéndice del Ministerio de Justicia. El Ministerio Fiscal sólo actúa ante los tribunales impulsando la acción de la justicia, y lo hace con órganos propios, que no son los del Ejecutivo, por más que la designación del Fiscal General del Estado corresponda al Gobierno (art. 124 CE). Parece necesario insistir, finalmente, en que la situación del Ministerio Fiscal en la órbita del Poder Ejecutivo no implica sumisión a órdenes del Gobierno, que sólo podrá, de acuerdo con el Estatuto, "interesar" su actuación (art. 8). Es verdad, por otra parte, que la Constitución atribuye al Gobierno la responsabilidad de la política interior (art. 97), y dentro de ella se comprende sin lugar a dudas la política criminal; así pues, la acción política del Gobierno en este punto no puede quedar reducida a la actuación de la policía de seguridad ni a la iniciativa legislativa; ninguna de estas actuaciones es propiamente política criminal. Por consiguiente, si convenimos en que existe la política criminal, y que no puede reducirse a asistir como un espectador pasivo a lo que ocurra en los órganos jurisdiccionales para la persecución de las conductas delictivas, será preciso permitir al Gobierno que realice algún género de indicaciones e incluso pueda conocer de primera mano e intervenir en los procesos penales, no ya defendiendo los intereses patrimoniales del Estado, sino ejerciendo la acción política.

De todos modos, frente a esta objeción, no cabe olvidar que precisamente en España el monopolio de la acción penal no le corresponde al Fiscal, de modo que en el ámbito de la instrucción habría de permitir siempre la intervención no sólo del imputado, sino también de quienes pretendan constituirse en partes acusadoras. Asimismo, y en último término, su responsabilidad para dirigir la instrucción no significaría por supuesto que se pudiera prescindir de la intervención judicial en todos aquellos casos en que fuera necesario, a saber, tanto para adoptar medidas restrictivas de derechos cuanto para exigir la realización de diligencias que hubieran sido negadas por el Ministerio Fiscal.

También se ha argumentado para mantener el *status quo* que el cambio provocaría múltiples inconvenientes prácticos. Entre ellos

se aduce que entonces instruiría de facto la policía judicial, sin tener en cuenta que, como se ha dicho, precisamente sería con la instrucción del Ministerio Fiscal y la dependencia respecto de él como podría llegar a funcionar una verdadera policía de investigación criminal, lo que resulta imposible si la dependencia se sigue estableciendo respecto de los jueces. Se señala también que hay peligro de impunidad para personas "gubernamentales"; sin embargo, la reciente experiencia de nuestro país acredita precisamente lo contrario: sea de la mano de los jueces instructores, sea de la mano de fiscales investigadores es lo cierto que en nuestro país se ha llegado a una situación donde no parecen tener cabida zonas de impunidad.

Se aduce como objeción, de otro lado, que el número de fiscales en nuestro país es escaso y que existe grandes carencias funcionales en la Fiscalía (VÁZQUEZ SOTELO). Sin embargo, no se trata de un problema de concepto sino de recursos humanos y materiales; no es una imposibilidad esencial sino circunstancial. Para superar el inconveniente bastaría con dotar el suficiente número de plazas con una adecuada planificación, que podría comprender incluso la facultad de que los titulares de los puestos judiciales que eventualmente se amortizaran pudieran optar por ocupar plaza de fiscal. Es claro que con un fiscal por cada 31.000 habitantes no puede pensarse en atribuirle la instrucción penal.

Finalmente, se dice que si se atribuye la instrucción al Ministerio Fiscal estaríamos abocados a un encarecimiento del proceso y a una privatización de la justicia penal, puesto que tanto el acusador particular como el imputado deberían buscar fuera de la instrucción del Fiscal los elementos precisos para sustentar su posición en el proceso. Este problema debería paliarse sin lugar a dudas con un acceso rápido y efectivo a la autoridad judicial que, a la vista de las alegaciones del solicitante y de las razones de la negativa del Ministerio Fiscal, pudiera ordenar la práctica de la diligencia requerida. A mi juicio, esta opción no implica dejar en desamparo al imputado, pues hemos de partir de que el encargo de la instrucción ha de respetar escrupulosamente todos los derechos procesales de aquél, garantizando el ejercicio del dere-

cho de defensa y todos los reconocidos en nuestras normas procesales, a lo largo de la instrucción. La infracción de estos derechos puede encontrar un mecanismo de petición o de recurso a la autoridad judicial, quien, como garante de los derechos de los ciudadanos (art. 117.3 CE), habrá de resolver contradictoriamente, preservando su propia imparcialidad.

Como es obvio, encomendar a un mismo órgano toda la actividad que se ha de realizar durante la investigación de un hecho delictivo, sin tener en cuenta la naturaleza de cada actuación, carece de justificación y de sentido. El juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales realizados por el fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de recursos (VIVES), porque el papel que debe desempeñar el juez durante la instrucción no es más (ni menos) que el de garante de los derechos de las partes, esencialmente del sujeto pasivo del proceso. De este modo se fortalece el principio de imparcialidad judicial y se aplica mejor el principio de exclusividad jurisdiccional por el Poder Judicial.

El modelo de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal introduce no sólo mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, suprimiéndose la duplicidad de diligencias, sino que sitúa estas actuaciones en su verdadera dimensión, otorgando las facultades de esclarecimiento de los hechos y la iniciativa de aseguramiento del delincuente tanto al órgano público de la acusación como a quien, con el carácter de actor popular o de acusador particular, pretenda intervenir en el procedimiento y asegurar las fuentes de prueba.

La polémica en torno a la instrucción del Ministerio Fiscal no puede hacernos perder de vista lo que sucede con carácter general en la investigación de los delitos, pues la dirección de instrucción no supone encomendar ni al juez ni al fiscal conocimientos que son ajenos a su formación. La Policía Judicial es responsable constitucionalmente de la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, y en el ejercicio de tales funciones depende de los jueces y tribunales y del Ministerio Fiscal (art. 126 CE). En verdad los funcionarios policiales son quienes han sido

adiestrados profesionalmente para investigar los hechos delictivos, si bien el modelo español se ha desarrollado con notables carencias, creando una policía judicial de doble dependencia, orgánica del Ministerio del Interior (y de las Consejerías de Interior de las Comunidades Autónomas con policía foral) y funcional de los jueces y tribunales y del Ministerio Fiscal. En todo caso, como pilar básico de la investigación penal, debe clarificarse la posición de la Policía Judicial, poniendo remedio, de un lado, a la calculada ambigüedad que supone la dependencia funcional, sobre todo en relación con los jueces, titulares cada uno de ellos de la potestad jurisdiccional e independientes y, de otro lado, a la entrada de cuerpos policiales diferentes a las Unidades Orgánicas o Adscritas en funciones de policía judicial, como sucede con Cuerpos de Policía Local o con el Servicio de Vigilancia Aduanera.

No parece posible articular una dependencia real de la policía judicial respecto de los jueces en el actual modelo de proceso penal, porque toda la policía estaría subordinada al criterio de todos y cada uno de ellos, organizados precisamente de acuerdo con el principio de independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, de modo que una adscripción de ese tipo sería sencillamente un caos. Otra cosa bien distinta sucedería si la dependencia se estableciera respecto del Ministerio Fiscal, que actúa de acuerdo con el principio de unidad y dependencia jerárquica (art. 124 CE), de modo que los superiores en rango podrían determinar los criterios y dictar las órdenes que rigieran la actividad de la policía judicial. Así pues, una solución de este tenor permitiría al tiempo atribuir en exclusiva las funciones de investigación criminal a un cuerpo específico, suprimiendo las intromisiones o interferencias que en ocasiones han provocado la competencia entre distintos cuerpos policiales en detrimento de la persecución penal.

IV. LA ACCIÓN POPULAR

España se incorporó muy tardíamente, nada menos que en la década de los 80 del siglo XIX, al movimiento codificador que

había permitido articular el Estado liberal en el resto de los países europeos continentales, a partir de la obra de Napoleón. Tras el revulsivo que supuso la Constitución de 1812, los vaivenes políticos que se sucedieron en nuestro país repercutieron de una forma decisiva y negativa en la modernización del sistema jurídico, debido a la absoluta incapacidad de responder a las demandas de los nuevos tiempos ante la falta de una decisión política mínimamente duradera. Tras la reforma orgánica operada por el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835, se suceden uno tras otro proyectos, borradores, discusiones, que no llegan a cristalizar en nada hasta unas normas provisionales para la aplicación del Código Penal de 1850, y luego la Ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872, para aprobarse en 1879 una Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento penal.

En la LECRIM de 1882 el legislador se proclama inspirado en los ordenamientos europeos más avanzados, y ciertamente consigne dotar a España de un Código procesal penal respetuoso con los derechos de los litigantes, sobre todo con los derechos del imputado, moderno y bien estructurado. Sin embargo, a pesar de haber dado pasos muy importantes en el sistema procesal, el legislador no se atrevió a ir más allá de las instituciones que ya habían sido probadas en otros países, aunque el ideal de la ciencia viniera exigiendo, según reconoce en la Exposición de Motivos, la introducción de reformas, especialmente la de llevar el principio acusatorio y el reconocimiento del derecho de defensa del imputado a la fase de instrucción.

Así pues, la Ley procesal penal española puede considerarse como uno de los cuerpos legales más importantes, innovadores y progresistas de nuestra codificación. No obstante, así como fue conservador con lo ya probado respecto de la mayoría de las instituciones procesales, el legislador, tal vez como consecuencia de una mala conciencia por el atraso en dotarnos de los oportunos instrumentos, y en contra del criterio de la ciencia y de los demás ordenamientos jurídicos europeos, adopta alguna institución que distorsiona toda la concepción del proceso penal. Así sucede con

la acción popular que, sin embargo, rectamente entendida, puede proporcionar al sistema procesal un elemento de enorme importancia para salir al paso de ciertas deficiencias.

La acción popular surge en nuestro ordenamiento jurídico en el campo del proceso penal y para la persecución de ciertos tipos delictivos que se consideraban más altamente reprochables, o de más amplia repercusión social. En esta consideración, la Constitución de 1812 reconoce la acción popular para la persecución de los delitos cometidos por los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones: el soborno, el cohecho y la prevaricación (art. 255).

En el ámbito del proceso penal la acción popular se generaliza para todos los delitos públicos con la aprobación de la vigente LECRIM de 1882, tal vez por un movimiento de reacción frente al oscurantismo de siglos anteriores y frente al peso de la Inquisición española y su propia dinámica procesal. Con esta ley se quiso romper de una vez por todas la imagen caduca y desacreditada de nuestro proceso penal en aquellos momentos, como se expresa en la Exposición de Motivos. Por eso mismo se "otorga una acción pública y popular para acusar, en vez de limitarla al ofendido y sus herederos", y se mira a Inglaterra como modelo de Administración de Justicia, pues, según se dice, los españoles han sido educados durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, de modo que no tienen confianza en la justicia ni coadyuvan "activamente a su recta administración, haciendo como el ciudadano inglés inútil la institución del Ministerio Público para el descubrimiento y castigo de los delitos". Se trata, pues, de poner a disposición de los ciudadanos un mecanismo honesto y pacífico de participación en la justicia penal, instando la persecución de las conductas que pudieran resultar socialmente más reprochables, que no tiene reflejo ni parangón en los otros ordenamientos jurídicos europeos continentales, con los que el Derecho español guarda semejanza.

Puede caerse en la tentación de buscar precedentes de la acción popular en la Grecia antigua o en el Derecho romano. Sin embargo, no es posible realizar un trasvase histórico de este calado si al propio tiempo no logramos situarnos en la filosofía política de la

antigua Grecia, que rechazaba cualquier organización superior a los individuos, que mermara la superioridad de la ciudadanía. En Roma, que también conoce la acción popular, es lo cierto que, de un lado, al tiempo que crece la organización política van surgiendo funcionarios imperiales que se encargan de sostener la acusación; de otro lado, la acción popular fue degenerando, al punto de convertirse en un instrumento de lucimiento político y, con posterioridad, cuando se acepta la denuncia anónima, en un instrumento de venganza o de coacción, ajeno e incluso contrario a la idea de moral pública que presidió su instauración en Grecia, donde Solón pudo decir que la ciudad mejor regida es aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa.

Así pues, fuera de los lejanos de la antigüedad greco-romana, que difícilmente pueden ser considerados como antecedentes, en Europa no existen más supuestos de acción popular que en el Reino Unido y en España, habiendo sido rechazada en el resto de los países, entre otras poderosas razones porque abre la puerta al interés individual en un proceso, como el penal, absolutamente marcado por el interés público, donde públicos son los delitos y el *ius puniendi*; pública la política criminal; público el sentido, fundamento y fin de la pena, y pública la ejecución penal.

Con todo, no puede olvidarse que en el Derecho inglés la acción popular ha convivido desde siempre con las facultades de investigación de la policía y que desde 1985 se ha creado una suerte de Ministerio Público (*Crown prosecution service*) al que se encomienda el ejercicio de la acción penal. De otra parte, en Gran Bretaña no existe la distinción entre delitos públicos y privados, y la reparación patrimonial no se persigue en el proceso penal.

Hace años denunciaba GÓMEZ ORBANEJA el grave peligro que supone colocar en la misma posición procesal al acusador-ciudadano y al acusador-oficial (Ministerio Fiscal), hasta el punto de permitir la Ley la apertura del juicio oral por la sola petición de la acción popular, sin la conformidad o contra el criterio del Ministerio Fiscal y señalaba que debía procurarse que eso no pudiera suceder. En efecto, concluida la instrucción, el juez de

instrucción en el proceso abreviado y la Audiencia Provincial en el proceso por delitos más graves se encuentran vinculados a la petición de apertura de juicio oral realizada por el acusador popular, viéndose obligados a "sentar en el banquillo" al acusado aunque entiendan que los hechos no habían acaecido o que el acusado no tiene responsabilidad criminal alguna; el órgano jurisdiccional sólo puede apartarse de la petición de los acusadores y decretar el sobreseimiento libre en el supuesto del art. 637.2.º de la LECRIM, cuando los hechos no sean constitutivos de delito.

En la actualidad se han superado con creces los temores y peligros advertidos por el procesalista. Además de las disfunciones, algunas ya intuidas entonces, hoy el proceso penal está siendo empleado para fines ajenos a la utilización de la iniciativa ciudadana como una vía legítima para poder obtener la oportuna represión de los delitos cuando el Ministerio Fiscal incumpla con su deber de ejercer la acción penal, o como manifestación de solidaridad con las víctimas de un delito. Hoy el proceso penal se ha convertido en un campo en donde proliferan dos especímenes nuevos: los profesionales de la acción popular, que utilizan el proceso con afán de notoriedad (memento Ciceronis) o con otros móviles en todo caso privados, y los "vengadores" de los presuntos desmanes que se hayan podido cometer en la vida pública, lo que en definitiva arrastra a la esfera jurisdiccional todo el debate político, y sirve como instrumento de presión ante la opinión pública contra la formación o el partido que tenga a uno de sus miembros sometido a un proceso penal.

Ante esta realidad cabe preguntarse si el art. 125 de la CE, donde se reconoce su existencia como un modo de participación ciudadana en la Administración de Justicia, permite otra inteligencia acerca de la acción popular. Si bien se mira, la norma constitucional sólo prescribe la acción popular, igual que sucede con el jurado, para los procedimientos penales y, dentro de ellos, los que la ley determine, siempre que se haga en la forma establecida por la propia ley. De este modo, el legislador tiene en su mano la entera regulación de la acción popular que, sin negarla, logre reconducirla a unos límites más certeros.

Una de las vías que permite adaptar la acción popular a sus justos términos es la relación del actor con el bien jurídico lesionado por el delito, puesto que se admite la existencia de hechos delictivos en los que la voluntad o el criterio de la víctima es determinante de su persecución, quedando impedidos los órganos públicos de la persecución penal para iniciar cualquier actuación represora.

Partiendo de estas consideraciones, si se conjuga de un modo más afinado el criterio de la titularidad del bien jurídico lesionado (no se olvide que el elenco de los delitos semipúblicos se ha ampliado de un modo muy notable en el Código penal de 1995), y se anuda a la legitimación para el ejercicio de la acción penal, podría estudiarse una reestructuración de la acción popular que no traicionara su primitivo sentido; ello no obstante, tal vinculación con la titularidad del bien jurídico no puede hacer desaparecer la acción popular, embebiendo todos los supuestos en acusaciones particulares, sino que debe atribuirse también en todos los casos de titularidades mediatas o difusas.

Una segunda vía para conseguir una definición legislativa más idónea de la acción popular es analizar la relación que pueda guardar el actor popular con los restantes acusadores. De este modo, podría convenirse en que, salvo que el ofendido por el delito y el Ministerio Fiscal no se hubieran personado en las actuaciones, o se denuncie una actuación dilatoria, entorpecedora o fraudulenta de su parte, el actor popular debería adoptar una posición procesal subordinada a éstos, pues no se entendería la utilización del aparato estatal en una posición encontrada a los que personal o institucionalmente tienen legitimación para acusar e interés preeminente por parte de quien en nada ha sido afectado por el delito.

Por muchas críticas que pretendan verterse sobre el Ministerio Fiscal, a este órgano le corresponde constitucionalmente el ejercicio de las acciones ante los tribunales en defensa de la legalidad y del interés público y social, de modo que parecen superados los tiempos en que se denunciaba una excesiva burocratización del Ministerio Fiscal, que había conducido a la idea, desde los propios

textos legales, de suprimirlo, sustituyéndolo con la acción popular (como se hace en la Exposición de Motivos de la LECRIM).

Por último, cabe hacer una reflexión sobre una medida procesal de garantía, que contribuya a paliar algunos perniciosos efectos de la acción popular tal y como en la actualidad se encuentra regulada. Con ser de una extrema gravedad, en realidad el problema más importante en el ejercicio abusivo de la acción popular se advierte no exactamente con la iniciación del proceso penal, sino con la apertura del juicio oral. Es verdad que el conocimiento público de la apertura de un proceso penal contra una persona, o su citación como imputado, suponen efectivamente una grave repercusión en la vida social y familiar de una persona que debe gozar de la presunción de inocencia. Sin embargo, la "pena de banquillo", el sometimiento como acusado a un juicio oral, es sin duda lo que representa una real anticipación de la condena, si no una forma más cruel y refinada de pena, pues si la sentencia al final del juicio llega a ser absoluta resultaría imposible borrar las secuelas que el juicio ha producido en el acusado. Es necesario, pues, que de manera inmediata se instaure en nuestro país la garantía del juicio de acusación, de modo que la apertura del juicio oral solicitada por todas o alguna de las partes acusadoras pueda ser rechazada por el órgano jurisdiccional, impidiendo su celebración. Adecuadamente regulado, el juicio de acusación podría hacer desaparecer, o disminuir de un modo notable, las acciones populares infundadas, fraudulentas o motivadas por inconfesables razones personales o políticas.

V. LA INTRODUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. *El principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal*

Cuando se alude a la oportunidad lo primero que se debe hacer es delimitar su concepto y su ámbito, porque normalmente se

viene haciendo referencia a este principio para designar supuestos y actuaciones que responden a fines bien distintos y se manifiestan de diferente modo. Para clarificar el concepto, probablemente sea útil tomar en consideración y englobar bajo el principio de oportunidad, por exclusión, todos aquellos casos en que se produce una quiebra de su contrario, el principio de legalidad.

Por consiguiente, las concretas manifestaciones que rompen con el principio de legalidad, y dejan en manos de la acusación una actuación procesal concreta, o la persecución penal misma, deben ser analizadas partiendo del alcance y del contenido tanto del principio de oportunidad como del principio de legalidad, su antagonista, principios que hacen referencia a las condiciones de ejercicio y extinción de la acción penal (incoación y finalización del proceso penal).

Aunque no se trata de un principio directamente derivado o exigido por la Constitución, como luego se argumentará, el principio de legalidad es el que rige por lo general en nuestro actual proceso penal, donde se exige al Ministerio Fiscal que promueva su iniciación y que presente la acusación siempre que considere que existen motivos para ello (arts. 100 y 105 LECRIM). Por consiguiente, la ley procesal no parece dejar en principio margen alguno a la apreciación de las circunstancias específicas de cada caso, que sean ajenas a las establecidas en la ley penal sustantiva o en la ley procesal para eludir esa actuación.

Este principio de legalidad hunde sus raíces tanto en el positivismo legalista propio del movimiento codificador del siglo XIX, como en las doctrinas retribucionistas de la pena, de modo que la ley ha de proporcionar al órgano público de acusación los parámetros seguros para el ejercicio de la acción.

Sin embargo, el principio de legalidad, entendido como necesidad de promover la acción penal en todos los casos en que se tenga noticia de la comisión de un hecho delictivo, lo que algunos denominan principio de estricta legalidad penal, encierra al sistema penal en una especie de trampa sin escapatoria, pues implica aislarlo de todo el resto del ordenamiento, en una especie de burbuja impenetrable, con vida propia y valores autónomos e inde-

pendientes de los que puedan imperar en los restantes ámbitos del derecho, o puedan incluso derivar directamente de la Constitución, pues con esta idea del principio de legalidad sólo atendiendo a las normas penales, y no a otras normas incluso del mismo rango, puede definirse el marco de actuación del sistema penal. Así expuesto, este principio de estricta legalidad exigiría una vez que una conducta ha tenido entrada en el Código penal, cuando ha ingresado en el elenco de delitos, el sistema represivo queda definitiva e irremediamente atrapado, sin escapatoria posible, pues para funcionar legítimamente no queda otra solución que perseguir todas las conductas delictivas, y si se pretenden hacer excepciones, es que entonces el reproche penal no llega a alcanzar a esa conducta y la única solución sería la descriminalización; todo delito debe ser efectivamente perseguido y sancionado, puesto que su comisión ha puesto en peligro o ha atacado un bien jurídico considerado digno del singular reproche que implica la sanción penal, o en otro caso se estaría traicionando uno de los principios esenciales del Estado de Derecho.

La obediencia a una interpretación tan estricta del principio de legalidad resulta imposible, incluso en supuestos de férreos y odiosos Estados policiales; de un lado, siempre existirá un cifra negra de criminalidad, pues algunos delitos nunca se llegan a conocer, bien porque directamente su comisión jamás es sabida, como ocurre en los casos de delitos de peligro, bien porque a pesar de conocerse no se denuncian, y por mucho que se pretenda contar con la colaboración ciudadana, e incluso se amenace con una multa en verdad ridícula (art. 259 de la LECRIM), es obvio que no se puede convertir a cada persona en un gendarme. De otro lado, sólo un mínimo porcentaje de los delitos que ingresan al sistema llegan a ser enjuiciados; los datos españoles apuntan a que sólo el 15% de los procedimientos penales iniciados llegan a juicio, lo que deja fuera del pronunciamiento judicial, sea con conformidad del acusado o sin ella, y se dicte sentencia condenatoria o absolutoria, a cerca de 3,8 millones de conductas presuntamente delictivas.

No cabe duda de que todo sistema represivo se ve en la necesidad de utilizar mecanismos de descompresión para una admi-

nistración más eficiente de la carga que reciben, que bien pueden venir establecidos en la ley o bien pueden crearse de una manera informal, generados por el propio sistema. Cabría plantearse como pura elucubración un sistema tan depurado que consiguiera llegar a sancionar todos los delitos, pero es evidente que esta eficiencia llevaría aparejado un coste insoportable; partiendo de la hipótesis de que todo delito pudiera ser descubierto, no es defendible que, por ejemplo, para perseguir un hurto en un tren se proceda a su hermético cierre, de modo que ningún pasajero pueda escapar, y se proceda al registro de todos los que viajen en él; así es posible que se descubriera al que se apropió de la cartera ajena, pero resultarían a todas luces desproporcionados los medios empleados para lograr la sanción de ese delito.

Pues bien, el sistema penal español, que hace aflorar más de 4,5 millones de delitos cada año, administra realmente algo más 1,8 millones, porque el resto de los procesos salen del sistema, normalmente de forma inmediata, por desconocimiento de autor, lo que supondría por cierto, en términos del principio de legalidad estricto, un fracaso de la respuesta penal. Así las cosas, podría propugnarse un incremento de los medios para luchar contra la criminalidad, pero habría que tener en cuenta que las dificultades de persecución de los delitos se encuentran esencialmente en el momento de la investigación, con lo que las dotaciones habrían de ir encaminadas a mejorar los instrumentos policiales.

Pero lo cierto es que la justicia penal puede decirse que funciona en niveles aceptables de eficacia en España. Por tanto, las actuales demandas de reformas, procesales o penales materiales, fuera de algunas exigencias de responsables políticos, que acuden a la justicia penal para paliar los defectos de una ineficaz gestión de la seguridad pública, que ha provocado un incremento coyuntural del número de delitos, o de algunas formas de delincuencia que se han reiterado con gran alarma social, como en el caso de violencia de género, no responden a criterios económicos, de disminución de los asuntos que entran en el sistema, o de liberación de efectivos con el fin de utilizar los recursos disponibles dedicándolos a otros menesteres. No falta capacidad institucional para

administrar todos los asuntos que llegan a conocimiento de los tribunales; con la vigencia del principio de legalidad, que en la actualidad conoce ciertas concesiones a la negociación, permitiendo en algunos casos el consenso en el proceso penal, aunque su porcentaje ha descendido en los últimos dos años, se puede dar una respuesta satisfactoria. Además, la evolución de la inversión en Justicia en España debe ser suficientemente ponderada, pues se ha incrementado en el 200% en los últimos diez años.

El problema es otro, y se trata de lograr una optimización de los recursos públicos que actualmente se dedican a la justicia penal, lo que se plantea en términos similares a los que imperan actualmente; en definitiva, se busca una mejor gestión del sistema penal, análisis que con frecuencia se suele minusvalorar, como si el coste de la justicia, de la justicia penal, pudiera sustraerse de los recursos públicos, o estos carecieran de límites, pretendiendo liberarla de un excesivo número de asuntos.

Con frecuencia se sostiene que el principio de legalidad, de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Fiscal, responde a exigencias constitucionales (DE LA OLIVA, Andrés IBÁÑEZ), y se hace derivar de los arts. 9.3 (principio general de legalidad), 25.1 (legalidad de las penas) y 124 (el Ministerio Fiscal debe promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad), además de acudir al art. 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y 117.1 (los jueces y magistrados están sometidos al imperio de la ley). Así pues resulta necesario intentar algunas precisiones al respecto.

En primer lugar, parece evidente que tanto la legalidad que garantiza el art. 9.3 de la Constitución, como el art. 25.1 se vinculan con el principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), pero no se refieren al ejercicio de la acción penal, cuya obligatoriedad tiene rango legal (art. 105 de la Ley procesal), pero no viene exigido por la Constitución.

En segundo lugar, la referencia al art. 124 del texto constitucional, donde se regula el Ministerio Fiscal, no puede acogerse del modo en que viene formulado, no sólo porque la norma fundamental inmediatamente después de ordenar que el fiscal pro-

mueva la acción de la justicia en defensa de la legalidad añade "y del interés público tutelado por la ley", de modo que ese interés ya no es exactamente la ley o, al menos, no aparece explícita y directamente en la ley porque, si así fuera, el inciso holgaría; pero es que, además, el Ministerio Fiscal, que sin duda ha de ser guardián de la ley, debe atender la satisfacción de otros intereses, como el interés social al que también menciona el art. 124, de modo que una lectura completa del precepto constitucional conduce a atribuir al Ministerio algo más y algo distinto del mero ejercicio del principio de legalidad. Por otra parte, se sostiene que la sujeción del fiscal a la ley no puede ser ni menor, ni de otro género que la del juez, y que el ejercicio obligatorio de la acción penal es algo connatural al principio de legalidad, pero en estas consideraciones se pierde de vista que el sometimiento del juez a la ley, más allá de la interpretación de las normas, es una característica esencial del mismo y un correlato de su independencia, pero no cabe referirse en los mismos términos al Ministerio Fiscal, pues precisamente la Constitución, ni ordena que esté sometido únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 para los jueces y magistrados) ni proclama su independencia, sino, al contrario, que está sometido al principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

De este modo queda contestada la tercera línea de argumentos constitucionales, pues no cabe desde la norma suprema equiparar la actuación de los jueces y magistrados con la de los miembros del Ministerio Fiscal, ni puede derivarse del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva el deber de ejercitar la acción penal en todos los casos en que el Ministerio Fiscal lo considere procedente, como en el nivel de la legislación ordinaria, manda nuestra Ley de enjuiciamiento criminal.

Se argumenta, por otra parte, que la esencia del proceso penal es el principio de búsqueda de la verdad material, por lo cual la oportunidad, al obtener una resolución judicial prescindiendo del juicio y de la prueba, representaría una quiebra insoportable de este principio. Sin embargo, y con independencia de que pueda discutirse la esencia de esa afirmación, se está colocando el acento en un ele-

mento meramente estructural del proceso, de forma de ser del proceso, sin atender a su propia esencia, por lo que debe tomarse en consideración que el proceso —también el proceso penal— representa un mecanismo para resolver un conflicto jurídico, y el conflicto se encuentra en la base de todo proceso, lo que no impide ni desaconseja preferir otras formas de obtener las soluciones.

Por último, se objeta que el principio de oportunidad puede suponer una vulneración del principio de igualdad. Esta oposición al principio de oportunidad debe considerarse esencial, porque efectivamente se trata de un principio que tiene reconocimiento constitucional y que resulta esencial en un sistema democrático. Sin embargo, desde ahora conviene adelantar que el logro de la justicia penal del caso concreto, utilizando la oportunidad sin atender a una estricta mentalidad retributiva, no lleva consigo la quiebra del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que exige un tratamiento igual en los casos iguales y desigual en los desiguales (LANZAROTE), pero no puede venir de la mano de la arbitrariedad, ni permitir, por tanto, la discriminación en las posibles respuestas penales.

Para que el principio de oportunidad tenga cabida en un sistema de justicia penal burocratizada, como son tanto el europeo continental como el latinoamericano, se necesita de un marco jurídico preciso dentro del cual desenvolverse, de modo que el legislador establezca con una referencia normativa suficientemente clara el ámbito y los presupuestos de aplicación. Eso no haría desaparecer la oportunidad convirtiendo todos los supuestos en manifestaciones del principio de legalidad penal, pues al hablar del principio de oportunidad siempre estamos aludiendo a los casos de no ejercicio de la acción penal, atendiendo a fines distintos de la respuesta meramente represiva.

2. *El principio de oportunidad: justificación y ámbito*

El entendimiento del principio de oportunidad en los diferentes ordenamientos jurídicos es muy variado; como antes se

dijo, se pretende comprender bajo este gran epígrafe todos aquellos casos en que el acusador público, legitimado para el ejercicio de la acción penal, viene autorizado, con motivo legalmente tasado o sin él, para abstenerse de ejercitar la acción penal, o para hacerlo sin sujetarse a los estrictos términos que marca la ley penal. En este último caso los supuestos van desde la solicitud de sobreseimiento de la causa por razones de política criminal, de utilidad pública o de interés social, o bien la posibilidad de instar la finalización del proceso en forma de sobreseimiento bajo condición impuesta al imputado, que se vería entonces obligado al cumplimiento de determinadas condiciones o prestaciones, o bien la solicitud de una condena en términos que previamente se han pactado con el acusado.

Así entendido, el principio de oportunidad, con carácter general y sin concesiones a la pura arbitrariedad, supone la satisfacción de la norma del art. 25 de la Constitución española en cuanto a los fines de la pena, aunque pase por encima incluso del principio de seguridad jurídica. Porque sólo la aplicación de la oportunidad entendida correctamente puede permitir a la acusación calibrar las circunstancias que concurren en el caso concreto y proporcionar la respuesta penalmente más justa a los hechos delictivos.

Es cierto que en la base de la introducción del principio de oportunidad en Alemania estuvieron muy presentes las dificultades que tenía planteadas el sistema penal por el incremento cuantitativo de los procesos penales (ARMENTA); por tanto, fueron esencialmente razones de eficacia en la gestión de la carga de trabajo que habían de administrar jueces y fiscales las que determinaron el cambio y permitieron que en ciertos casos y bajo ciertas condiciones el Ministerio Fiscal no ejercitara la acción penal.

No obstante, la situación actual de la justicia penal, que desde luego en España no presenta como principal problema el del exceso en la carga de trabajo de los órganos del enjuiciamiento, aconseja abordar desde una óptica diferente el análisis sobre una mayor profundización en el principio de oportunidad, o su rechazo, sin que el debate venga lastrado por exigencias coyunturales de una mayor eficacia del sistema penal.

Lo cierto es que la introducción del principio de oportunidad, o el reconocimiento de ciertas quebras o excepciones del principio de legalidad, o de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, debe responder en la actualidad a finalidades ajenas a las meramente económicas, de eficaz gestión de los recursos, sin menospreciar esta perspectiva, porque con frecuencia parece que las posibilidades de actuación de los tribunales no conoce límites y que la sola letra de una norma funciona como un milagroso ensalmo que logra estirar hasta el infinito la capacidad de los tribunales.

Pues bien, la desatención a la legalidad estricta, absteniéndose el órgano público de acusación del ejercicio de acciones penales, permite al sistema penal, sin abandonar la prevención, y sirviendo como instrumento de control social y de respuesta a la delincuencia, cumplir con otros fines que se han enunciado al principio, pues teniendo en cuenta la composición de la criminalidad de un país, sin olvidar el respeto de los derechos del imputado en el proceso, debe al propio tiempo atenderse a la reparación de las víctimas sin olvidar que constitucionalmente las penas privativas de libertad deben servir para la reinserción social.

Como se indicaba en el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992, el principio de legalidad concebido retributivamente coloca al Estado en la necesidad de reaccionar ante los delitos con la pena adecuada a la culpabilidad del autor, por más que pueda ser inútil o contraproducente; sin embargo, la legalidad "no se quebranta porque, allí donde la pena adecuada a la culpabilidad no cumple sus fines, pueda ser sustituida por otras más leves, o por medidas o simplemente pueda renunciarse a ella. Y esta conclusión se proyecta sobre el proceso: el principio de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Público –actualmente proclamado en el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– debiera paliarse de forma que, sin merma del principio de legalidad proclamado en la Constitución, pudiera evitarse el juicio (que ya es, por sí, una pena) en las infracciones menores, cuando ha desaparecido el interés social en el castigo, o el presunto culpable ha sufrido ya una *poena*

naturalis u otro tipo de circunstancias o compensaciones hacen innecesario el recurso al Derecho criminal, siempre desde luego, con la posibilidad de ulterior control judicial".

Para GIMENO mediante la oportunidad se deben evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación, a cuyo cumplimiento efectivo queda condicionado el sobreseimiento por razones de oportunidad; estimular la pronta reparación del daño, y finalmente evitar juicios orales innecesarios, atendiendo a razones de economía procesal.

Uno de los principales problemas que plantea la implantación del principio de oportunidad es definir su ámbito de aplicación, pues parece difícilmente aceptable que se llegue a aplicar a las conductas criminales, incluidas las que presentan una mayor gravedad y reproche punitivo, sobre todo porque de ese modo no se estaría atendiendo a todas las finalidades a que antes se ha hecho referencia. Con esta base, la mayoría de la doctrina limita el ámbito de oportunidad a las infracciones menos graves, a la criminalidad menor, que se definirá normalmente por la gravedad de la sanción, de modo que no podría aplicarse a los delitos más graves (crímenes), y acerca del resto de infracciones cabe atemperar su aplicación en razón de las circunstancias, incluso penológicas, de cada ordenamiento, pues a ello responde también el principio de intervención mínima, que conduce a la descriminalización de un buen número de conductas que están aún dentro de los Códigos penales (*minima non curatpraetor*).

Por esta senda transitan los países europeos que han abordado en las últimas décadas reformas importantes del derecho y del proceso penal, y asimismo la Recomendación (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 septiembre de ese año, sobre la simplificación de la justicia penal, sugiere para las infracciones menores y más extendidas, entre otras medidas, la adopción del principio de oportunidad, el establecimiento de procedimientos sumarios y simplificados y la transacción, así como la descriminalización de ciertas conductas. En lo que hace al prin-

cipio de oportunidad en la persecución, advierte la Recomendación que tal facultad debe estar prevista en la ley y adoptada cuando existan indicios suficientes de culpabilidad, y teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, las circunstancias y consecuencias de la misma, la personalidad del infractor, los efectos de una eventual condena, la situación de la víctima, garantizándole siempre el derecho a la reparación de los daños. Al propio tiempo, previene que el archivo pueda ser incondicionado o sujeto a determinadas condiciones y previa audiencia del imputado.

Con todo, el principio de oportunidad puede presentar también inconvenientes que será necesario conjurar, como la exagerada atenuación del rigor de la norma penal, con lo que padecería la prevención general, en cuyo caso se estaría burlando la norma penal y los designios del legislador. Sin embargo, la oportunidad implica por lo general una más cuidada atención a las víctimas, pues la ley debe prever entre las cautelas para abandonar la sanción de una conducta que los daños hayan sido suficientemente reparados.

En segundo lugar, el principio de oportunidad podría desvirtuar el papel de las partes en el proceso penal, con un fiscal que no busque ni la reeducación del imputado ni el resarcimiento de la víctima, sino la simple liberación de su carga de trabajo, y un abogado que, en vez de defender al imputado, se transforme más bien en un mediador entre fiscal y su "defendido", en provecho no de éste, sino del abogado que le aconseja.

En tercer lugar, se apunta también que la oportunidad podría mermar gravemente las garantías del imputado, pues los acuerdos se suelen lograr en momentos muy prematuros de la investigación, con escasos datos sobre el sujeto y sin que el Juez suela pedir informe alguno, con excesiva rutina y una reducción casi automática de las penas en delitos menores (precisamente este "premio" a la conformidad aparece en la reciente Proposición de Ley de juicios rápidos en España).

Asimismo, se argumenta que con la renuncia a la prueba y a la contradicción en caso de sentencia condenatoria, como ocurre en los supuestos de conformidad, se podría afectar al derecho a la

presunción de inocencia, sobre todo cuando el acusado haya accedido a la finalización anticipada del proceso por el temor a la expectativa a una condena más grave después del juicio, o cuando se vea compelido por los graves efectos de la publicidad del juicio, como ocurre en los delitos sexuales.

3. *El proceso de menores*

A diferencia de lo que comúnmente se objeta respecto de la aplicación del principio de oportunidad, cuando se trata del proceso penal de menores se acepta sin resistencia un reconocimiento extraordinariamente amplio del mismo, que en muchas ocasiones puede decirse que integra un ejercicio de la pura oportunidad, porque la regla es tan escasa, que resulta difícil encuadrarla en esta categoría. La primacía del interés del menor justifica todo el conjunto de medidas que la ley española ha introducido.

En efecto, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, en razón de criterios educativos y del interés de éste, haciendo un uso flexible del principio de intervención mínima, recoge variadas manifestaciones del principio de oportunidad a las que dota de especial relevancia.

Por un lado, reconoce la posibilidad de poner fin al proceso bajo condición, como la conciliación entre víctima e infractor, y la reparación de los efectos dañosos del delito, con sobreseimiento del expediente (art. 19), o la posibilidad de suspensión condicional de la ejecución del fallo (art. 40)

Por otro lado, aparecen otras manifestaciones de este principio, como el sobreseimiento puro por razones de oportunidad en interés del menor (art. 27.4), que es diferente y convive con el sobreseimiento por los motivos generales de la ley de enjuiciamiento criminal (art. 30.4), o la conformidad (arts. 32 y 36).

Asimismo, puede el fiscal abstenerse de la apertura del procedimiento mismo o desistir de la incoación por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18), así como sustituir la

medida impuesta durante la ejecución de la misma, dejándola sin efecto (art. 51).

Así las cosas, parece que el principio de oportunidad no debiera permanecer como algo ajeno e indeseable en el proceso penal de adultos, de modo que sólo cuando se actúe en los estrechos márgenes que la ley imponga inexorablemente, se estará dando satisfacción a una persecución penal justa e igualitaria. Esta afirmación parece olvidar que el ordenamiento jurídico no puede considerar la realidad por entero, porque sus aristas escapan indefectiblemente de la mirada del legislador. Por consiguiente, debe introducirse el principio de oportunidad, aunque sin duda deberán adoptarse también las cautelas necesarias, que pasan por establecer la responsabilidad de la acusación por los abusos que hubieran cometido, si fuera el caso. Al propio tiempo, la apertura de nuestro proceso penal a las acusaciones particulares, extrañas al Ministerio Fiscal, permite articular contrapesos que impidan arbitrariedades o excesos por parte de éste, en beneficio de la propia justicia penal.

VI. EL DERECHO A LOS RECURSOS EN EL PROCESO PENAL

No es ajeno a la jurisprudencia del TC el tratamiento y concreción del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en el que se entiende incluido el derecho a los recursos, derecho de configuración legal, que no exige establecer impugnaciones en todos los casos, sino que impone el acceso a los mismos cuando el legislador los hubiera previsto para un proceso en concreto, de manera que el derecho a los recursos se vulneraría cuando su admisibilidad se hiciera depender de presupuestos meramente formalista o cuando el órgano judicial interpretara la norma impidiendo de hecho la utilización del recurso (entre otras, SSTC 59/84, 5/88, 20/91 y 161/92).

Sin embargo, en el proceso penal hay que tener en cuenta que el art. 14.5 del PIDCP reconoce el derecho del condenado a que su causa sea revisada por un tribunal superior, y que en el art. 2.1 del Protocolo Adicional n.º 7 del CEDH se dispone que "toda per-

sona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o la condena. Por tanto, aunque con carácter general la Constitución no reconoce un derecho al recurso, en el proceso penal parece que ese derecho debe entenderse incluido en el art. 24 CE, pues, interpretado desde la perspectiva del PIDCP, exige ese reconocimiento, de modo que existe una sustancial diferencia entre el orden penal y el resto de órdenes jurisdiccionales.

Por tanto, el derecho al recurso en el proceso penal forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 116/88), o, como en alguna ocasión ha sostenido el TC, del conjunto de garantías y derechos procesales del art. 24.2 (STC 42/82), existiendo en cualquier caso un auténtico deber constitucional de prever un recurso (SSTC 42/82, 76/82, 3/83, o 230/93).

Sin embargo, es cuestión ampliamente debatida la amplitud de ese recurso en cuanto a los hechos, la actividad probatoria y la valoración de los resultados de la misma, es decir, si se impone una doble instancia generalizada, o se deja en manos del legislador la configuración del recurso.

El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 11 de agosto de 2000, parece sostener que el art. 14.5 del PIDCP exige una segunda instancia generalizada, una "revisión íntegra del fallo y la condena" (apartado 11.1), expresión que utiliza para describir el significado del "sometimiento a un tribunal superior" que establece el art. 14.5.

¿Puede ser que el propio CDH vaya de forma desmesurada más allá del tenor literal del art. 14.5 del Pacto? ¿Sometimiento a tribunal superior implica revisión íntegra del fallo y la pena, o ese sometimiento a órgano jurisdiccional superior permite la discrecionalidad de los Legisladores estatales a la hora de optar por un tipo de recurso más o menos amplio en cuanto al conocimiento del tribunal, ya que el propio precepto reconoce que ese sometimiento se hará "conforme a lo prescrito por la ley"?

Nuestro sistema de recursos en el proceso penal parte del principio de única instancia, incluyendo el recurso de casación. Sin

embargo, en la actualidad las sentencias dictadas en los juicios de faltas y en los procedimientos abreviados competencia de los Juzgados de lo Penal, que representan con gran diferencia el mayor número de resoluciones, así como las sentencias dictadas por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado, puedan ser recurridas en apelación, mientras las sentencias dictadas en los procesos por delitos más graves sólo pueden recurrirse en casación.

De este modo, el condenado por delito más grave ve reducidas sus posibilidades de impugnación al recurso de casación, limitándose la amplitud de la revisión del órgano *ad quem*, por lo que no hay una consideración semejante del derecho al recurso penal cuando se permite una nueva cognición más o menos amplia (como la apelación), y cuando sólo puede interponerse un recurso extraordinario (como la casación), por lo que la garantía procesal es inversamente proporcional a la gravedad de la pena.

Debe hacerse notar que, a diferencia de lo que han hecho otros países, como Alemania, excepcionando la aplicación del art. 14.5 del PIDCP a ciertas infracciones, España ratificó el pacto sin reserva ni declaración alguna, por lo que a ello debemos atenernos.

Pues bien, parece claro que el aludido precepto parte de un modelo procesal en el que necesariamente ha de reconocerse al condenado el derecho a un recurso, con independencia de lo que se prevea para las partes acusadoras, que podrían resultar excluidas de recurso en caso de sentencia absolutoria o condenatoria sólo parcialmente.

La referencia exclusiva al condenado y a la sentencia de condena (la revisión del fallo y de la pena impuesta) evidentemente no limita en el orden interno ni el derecho al recurso para el resto de partes procesales, ni la posibilidad de recurrir la sentencia absolutoria. En este último caso también se ha señalado que una interpretación literal del art. 14.5 PIDCP obligaría a arbitrar un nuevo recurso para quien resulta condenado por vez primera en segunda instancia, lo que sería para algunos un absurdo irresoluble.

Precisamente este absurdo obliga a integrar lógicamente el art. 14.5, tal y como hacen algunos Estados, como Alemania, Austria,

Bélgica, Dinamarca y Francia, que en sus Declaraciones y Reservas se refieren a la innecesariedad de que en todos los casos pueda interponerse un recurso por el hecho de que el acusado, habiendo sido absuelto por el tribunal inferior, sea condenado por primera vez por el tribunal de apelación. A pesar de que en la STC 50/92 se exprese que la exclusión de recurso al condenado por vez primera en la apelación, no entraña vulneración de la presunción de inocencia, es lo cierto que, como antes se dijo, la ratificación española no contuvo reserva ni declaración alguna.

Similares problemas plantea la compatibilidad del art. 14.5 con el sistema de aforamientos, por la imposibilidad orgánica de acudir a un tribunal superior en estos casos, justificada por la garantía que supone el aforamiento (STC 51/85). Sin embargo, de este problema también se hacen eco algunas Declaraciones y Reservas al Pacto, como las de Bélgica, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza, que excepcionan la aplicación del precepto a los casos en los que el acusado sea sometido directamente a un Tribunal superior en un solo grado.

El nuevo sometimiento del fallo y de la pena a un tribunal superior implica no sólo someter a una instancia superior la aplicación de la norma jurídica sino también la motivación fáctica de la sentencia, los hechos que de forma expresa y terminante se estimen probados y las pruebas en las que el tribunal se ha basado, es decir, la revisión de la actividad probatoria y la valoración probatoria de la instancia, lo que evidentemente no permite el recurso de casación ni siquiera a través del motivo del art. 949.2.º LECRIM (error en la valoración de la prueba), si no es despojándolo de su auténtico sentido y adulterándolo. Éste es el sentido de la garantía impugnatoria reforzada que para el condenado establece tanto el art. 14.5 PIDCP como el art. 2.1 del Protocolo adicional al CEDH.

La preferencia por un modelo de segunda instancia generalizada se justifica por ser más ajustado al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de proporcionalidad con la entidad de las penas impuestas en las sentencias de condena. Además, no supondría, con las debidas adaptaciones (exclusión en casos de aforamientos y de condenas en apelación) contradicción con el princi-

pio de igualdad de armas, ni con el carácter público de la acción penal y posibilidad de pluralidad de partes acusadoras.

A pesar de todo, el TC ha reiterado que la casación es suficiente formalmente para cumplir con la exigencia del Pacto, que no impone la naturaleza del recurso ni su contenido o amplitud y admisibilidad (SSTC 42/82, 76/82, 61/83, 51/85, 60/85, 88/85, 110/85, 140/85, 7/86, 57/86, 58/87, 79/87, 154/87, 37/88, 20/89), independientemente de la conveniencia de establecer la doble instancia generalizada en materia penal (SSTC 140/85, 79/87, 154/87, 6/89, 157/89, 50/90, 160/93), que, además de no chocar frontalmente con nuestro modelo procesal penal, y de la posibilidad hoy en día de articularlo, superadas ya las dificultades de reproducción del juicio oral y la inexistencia de órganos intermedios entre las Audiencias Provinciales y el TS, satisface, y esto es lo más importante, en mayor medida las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva del condenado.

En este sentido, y entre los criterios que, según la Sala Segunda del TS, deben inspirar la posible reforma de ese Alto Tribunal para potenciar su primordial función de unificar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, se encuentra la generalización de la doble instancia en el orden penal, con un recurso de apelación contra las sentencias dictadas actualmente en única instancia por las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional, del que conocerían los Tribunales Superiores de Justicia, en el primer caso, y un órgano creado "ad hoc" (Sala de Apelación) en el segundo caso.

Con todo, en el Auto de 14 de diciembre de 2001, el TS ha rechazado el recurso interpuesto por el demandante ante el Comité de Derechos Humanos, aduciendo que el PIDCP no obliga a establecer un recurso a los ordenamientos nacionales basado en la decisión del Comité, ni autoriza a fundar la nulidad por la vía de un recurso de casación, ni la creación de un motivo de revisión de sentencias firmes. Pero, además, la Sala agrega que en el caso concreto la apelación del procedimiento abreviado (art. 795 LECRIM) hubiera tenido el mismo alcance de la casación, pues no hubiera habido lugar a nueva prueba; el argumento es endeble,

y no puede compartirse que el control del error en la apreciación de las pruebas encuentre una vía hábil de acceso al recurso de casación en la actualidad, ni siquiera desde el fundamento de la prohibición de la arbitrariedad, porque error y arbitrariedad no pueden considerarse como conceptos sinónimos o equivalentes, de modo que una cosa es habilitar en aplicación del art. 9.3 de la Constitución que se ataje la arbitrariedad y otra distinta que se pueda revisar por un tribunal superior el error padecido en la apreciación de las pruebas.

Así pues, mientras se produce la modificación normativa, es lo cierto que nuestro sistema procesal no puede hacer oídos sordos a la resolución del Comité de Derechos Humanos, pues es obvio que la casación, como bien señala, no cumple con las exigencias del Pacto. Por tanto, resulta obligado considerar como la única solución posible una apertura de la casación a la revisión de los hechos, una inteligencia más laxa de la vía impugnativa del art. 849.2.º de la LECRIM, actuando el propio TS, que es un órgano jurisdiccional llamado a garantizar los derechos fundamentales, como tribunal de segunda instancia en atención a la especial protección que el derecho fundamental a los recursos en materia penal exige, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 24 de la Constitución, en relación con el art. 10 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como por cierto se argumenta en último razonamiento jurídico del Auto de 14 de diciembre de 2001.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Sobre esta materia se ha consultado, entre otras obras, el siguiente aparato bibliográfico:

- AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio Enrico de Nicola. Problemmi attuali di diritto e procedura penale, núm. 20, Giuffrè, Milano, 1997.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, "Entre política y derecho. El estatuto del actor público", en *Proceso Penal y actuación de oficio de*

- jueces y Tribunales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.
- ASENCIO MELLADO, "El imputado en el proceso penal español", en *Restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*; Cuadernos del CGPJ, XXIX, 1993.
- DÍEZ-PICAZO, L.M., "La acusación penal en Inglaterra", en *Tribunales de Justicia*, núm. 11, noviembre, 1997.
- DELMAS MARTY, "El proceso penal en Europa: perspectivas", en *Poder Judicial*, 2.ª época, marzo, 1995.
- FAIRÉN GUILLÉN, "El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988", en *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, tomo III, Madrid, 1992.
- FAIRÉN, "Ley del Jurado de 23 de mayo de 1995 y modelo inquisitivo. Un apunte", en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1996.
- GIMENO, "Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial", en *Justicia-88*.
- GIMENO, *El nuevo proceso penal*, (con MORENO, CORTÉS y ALMAGRO), Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.
- GÓMEZ COLOMER, "El Fiscal instructor", en *Justicia-96*.
- GONZÁLEZ CANO, "Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad penal en la LO 5/2000", en *Tribunales de Justicia*, n.º 4/2001.
- LORCA, "¿Es constitucional la figura del Juez instructor?", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 15 de febrero de 1996, núm. 223.
- GUARNIERI, *Pubblico Ministero e Sistema Politico*, Cedam, Padova, 1984.
- GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrapesi*, Il Mulino, Bologna, 1992.
- LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, "La inculpación. Examen especial en el procedimiento abreviado", en *Revista del Ministerio Fiscal*, II.
- MORENO CATENA, *La defensa penal*, Madrid, 1982.
- MORENO CATENA, "Dependencia orgánica y funcional de la policía judicial", en *Poder Judicial*, núm. especial VIII.

- MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, (con GIMENO Y CORTÉS), 3.^a ed., Colex, Madrid, 1999.
- NOBILI, "Accusa e burocrazia", en *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, AA.VV., Giustizia penale oggi/4, Zanichelli, Bologna, 1979.
- DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal*, Barcelona, 1988.
- "El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal", en *Tribunales de Justicia*, núm. 1, enero, 1997.
- ORTELLS RAMOS, "Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica", en *Revista de Derecho Procesal*, 1990, 2.
- ORTELLS RAMOS, *El proceso penal abreviado (nueve estudios)*, Granada, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, "¿El Juez de instrucción es constitucional?", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VI, núm. 261, 19 de septiembre de 1996.
- VERGER GRAU, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994.
- VIVES ANTÓN, *Comentarios a la Ley de medidas urgentes de reforma procesal. II. La reforma del proceso penal*, Valencia, 1992.