

# EL JUEZ Y EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL NICARAGUENSE

*Dra. M<sup>a</sup> Isabel González Cano*  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Sevilla

## I. INTRODUCCIÓN

El nuevo sistema instaurado por el Código Procesal Penal de Nicaragua (en adelante CPP), se caracteriza, a nuestro modo de ver, por cuatro notas esenciales, que pueden considerarse, a su vez, como argumentos a favor de la oportunidad del modelo de enjuiciamiento penal que acoge este novedoso cuerpo legal.

\* Así, en primer lugar, estamos ante un sistema procesal penal plenamente adecuado a las necesidades del Estado de Derecho<sup>1</sup>.

\* En segundo lugar, el CPP constituye una manifestación esencial de la necesaria protección de los derechos humanos en el seno del proceso penal, consagrando la oralidad, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, la contradicción, etc.

\* En tercer lugar, el nuevo modelo de enjuiciamiento penal entendemos que va a suponer una considerable descarga de trabajo para la Administración de Justicia, básicamente porque se basa en un sistema de justicia rápida y eficaz, en un proceso presidido por la oralidad, la inmediación y la concentración, además de potenciar el principio de oportunidad reglada y por tanto la terminación anticipada del proceso, y de concebir al Ministerio Público como órgano encargado de la investigación oficial, lo que contribuye decididamente a evitar dilaciones indebidas en el proceso.

\* En cuarto lugar, el nuevo modelo procesal penal del CPP de 2001, que entrará en vigor en diciembre de 2002, implica la escisión de tres funciones, como son la investigación, la acusación y la decisión o enjuiciamiento, con una primera fase no judicializada de investigación, realizada por la Policía Nacional, en la que interviene activamente el Ministerio Público, que, además, evalúa jurídicamente dichas investigaciones como base para el ejercicio de la acusación; una segunda fase judicializada de control sobre la acusación postulada, que se incardina en la audiencia inicial, y, en su caso también en la audiencia preliminar; y, una tercera fase, plenamente jurisdiccional, que es el juicio oral, público y contradictorio.

Así, el art. 10 CPP diferencia entre el ejercicio de la acción penal, encomendado, aunque no en régimen de exclusividad, al Ministerio Público, y la función jurisdiccional, encomendada al Juez o Tribunal competente, que no investiga, ni persigue ni acusa, sino que enjuicia o ejerce la potestad jurisdiccional.

---

<sup>1</sup> .- Frente al anterior Código de Instrucción Criminal de 1879, inspirado directamente en la Novísima Recopilación española de 1805 y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1872 (en adelante LECRIM), que no son ajenas al modelo inquisitivo.

Esta tajante separación de funciones, pieza esencial del sistema acusatorio, supone que el Juez asume esencialmente cuatro funciones en el nuevo CPP.

En primer lugar, aunque cronológicamente la última, tras el juicio oral, el Juez o Tribunal decide el fondo del asunto o enjuicia y dicta sentencia absolviendo o condenando. En segundo lugar, y en la audiencia inicial, realiza el control de los presupuestos de la acusación, y por tanto decide la oportunidad de la apertura de la fase de juicio oral o del sobreseimiento de la causa, con base en la admisibilidad formal de la acusación, la perseguibilidad del hecho presuntamente delictivo, el objeto del juicio y su calificación jurídica, y el sustento de la acusación o indicios de criminalidad o base probatoria del caso. En tercer lugar, controla la legalidad formal u homologa determinadas manifestaciones del principio de oportunidad. Y en cuarto lugar, controla, fiscaliza y decide sobre determinadas medidas cautelares o actos de investigación que inciden en los derechos fundamentales del imputado.

Por su parte, el Ministerio Público tiene encomendada la investigación oficial de los delitos de acción pública, ejercitando, aunque no en régimen de monopolio o exclusividad, la acción penal mediante la acusación; ejercita, en determinados casos, la acción civil dimanada de los hechos delictivos, y controla y promueve las diversas manifestaciones del principio de oportunidad recogidas en el CPP.

## **II. EL JUEZ PENAL**

### **II.1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PODER JUDICIAL Y LA JURISDICCIÓN**

#### **II.1.1. PODER JUDICIAL Y POTESTAD JURISDICCIONAL**

\* Respondiendo a la que en su día se denominó trilogía estructural del Derecho Procesal, la Jurisdicción, junto con la acción y el proceso, es uno de los tres conceptos básicos de nuestra disciplina.

De tal manera que partimos de un concepto de Jurisdicción y de Poder Judicial, como manifestación de la soberanía nacional, tal y como consagra el art. 158 de la Constitución Política de Nicaragua (en adelante CPN), al disponer que “La justicia emana del pueblo y será impartida en su nombre y delegación por el Poder Judicial, integrado por los Tribunales de justicia que establezca la ley”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> .- En parecidos términos el art. 1.1 y 1.2 de la Constitución española (en adelante CE), en el que se establece que la justicia es valor superior del ordenamiento jurídico, y que la soberanía reside en el pueblo, del que emanan los Poderes del Estado.

En idéntico sentido, el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua (en adelante LOPJ), que conceptúa la “legitimidad democrática” del Poder Judicial, engarzándola con el principio de soberanía popular, al disponer que “la justicia emana del pueblo y es impartida en su nombre y delegación de manera exclusiva por los Tribunales de Justicia del Poder Judicial”<sup>3</sup>.

\* Ello, a su vez, se traduce en que la potestad jurisdiccional, o lo que es lo mismo, la facultad jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado, será ejercitada conforme a los principios de exclusividad y unidad jurisdiccional<sup>4</sup>, es decir, será ejercitada en exclusiva por el Poder Judicial (art. 159, párrf. 2 de la CPN), como cuerpo único que integra la jurisdicción ordinaria, de manera que “los tribunales de justicia forman un sistema unitario cuyo órgano superior es la Corte Suprema de Justicia” (art. 159, párrf. 1 CPN)<sup>5</sup>.

En idéntico sentido, el art. 3 de la LOPJ, recoge tales principios de exclusividad y unidad jurisdiccional, estableciendo respecto al primero de ellos que “exclusivamente corresponde al Poder Judicial la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado” (exclusividad en sentido positivo), “así como conocer todos aquellos procedimientos no contenciosos en que la ley autoriza su intervención” (principio de exclusividad en sentido negativo).

Por su parte, el citado precepto consagra el principio de unidad jurisdiccional, por un lado definiéndolo positivamente en cuanto “la función jurisdiccional es única y se ejerce por los juzgados y tribunales previstos en esta ley”; y, por otro, circunscribiendo la única jurisdicción especial permitida por el art. 159, párrf. 2 de la CPN, es decir, la jurisdicción militar, al ámbito estrictamente castrense, al preceptuar que “los tribunales militares sólo conocen de las faltas y delitos estrictamente militares, dentro de los límites que establece la CPN y sus leyes”.

Los principios de exclusividad y unidad jurisdiccional<sup>6</sup> definen a la Jurisdicción como un método heterocompositivo<sup>7</sup> de resolución de conflictos, cualidad más acusada en el orden penal, en el que en principio, aunque existen manifestaciones de autotutela o autocomposición<sup>8</sup>, éstas siempre están enmarcadas en el ámbito del proceso jurisdiccional penal. Así, por ejemplo, la legítima defensa como manifestación de autotutela, que no tiene relevancia si no es apreciada motivadamente por el Juez, o las variantes del principio de oportunidad tales como la mediación o el acuerdo (arts. 14 y 55 y ss. CPP), que no se producen sino en el seno del proceso y con requisitos diversos para la homologación o autorización judicial.

---

<sup>3</sup> .- GIMENO SENDRA (con MORENO CATENA y CORTES DOMÍNGUEZ), *Introducción al Derecho Procesal*, 3ª ed., Madrid, 2000, pág. 25.

<sup>4</sup> .- Sobre la unidad jurisdiccional, GIMENO SENDRA, *Introducción...*, op- cit., págs. 59 y ss.; sobre la exclusividad jurisdiccional, MORENO CATENA, *Introducción...*, op. cit., págs. 71 y ss.

<sup>5</sup> .- En términos muy parecidos, el art. 117.1 y 3 de la CE.

<sup>6</sup> .- Arts. 117.3 y 5 de la CE.

<sup>7</sup> .- Sobre los mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos, GIMENO SENDRA, *Introducción...*, op. cit., págs. 19 y 20. La heterocomposición es un medio de solución de conflictos en el que la resolución definitiva del litigio la impone el Juez. El proceso jurisdiccional es un medio heterocompositivo, indisolublemente unido a la existencia del Estado.

<sup>8</sup> .- La autotutela o autodefensa es la imposición coactiva de la solución del conflicto por la parte más fuerte, mientras la autocomposición es la solución devenida de un acuerdo de voluntades bilateral o en la que ha intervenido un amigable componedor o mediador.

\* Por otro lado, es necesario tener presente que no estamos ante un concepto absoluto de Poder Judicial, con arreglo al cual jurisdicción es la determinación irrevocable del derecho en el caso concreto, poniéndose el acento en el enjuiciamiento y en el efecto de la cosa juzgada.

Más bien, se trata de un concepto relativo, porque aunque el aspecto ontológico es relevante, también lo es el aspecto estrictamente subjetivo del concepto, es decir, la perspectiva de las personas que administran justicia, y este es un aspecto relativo y variable históricamente desde el punto de vista del nombramiento de jueces y magistrados, su régimen de inamovilidad y su independencia orgánica y funcional<sup>9</sup>.

También hay que tener en cuenta que no en todo sistema jurídico se acoge el mismo esquema o modelo de legitimidad de la jurisdicción, ya que algunos se basan en una legitimación a través del Ejecutivo, otros en un sistema democrático directo o de elección popular, y otros, como entendemos que es el caso de Nicaragua, y también el de España, en los principios que rigen la actuación de jueces y magistrados, que son el de sumisión al imperio de la Ley y el de independencia funcional de los mismos e independencia orgánica del Poder Judicial frente al resto de los poderes del Estado.

En tal sentido, la independencia judicial es una nota esencial de la Jurisdicción, sin la cual no estaríamos ante un verdadero proceso, sino ante una simple vía autocompositiva. Y la sumisión a la ley es resolución de los conflictos con arreglo al Derecho objetivo y al principio de jerarquía normativa.

Este es el sentido que inspira la redacción del art. 165 de la CPN, al establecer que “los magistrados y jueces en su actividad judicial, son independientes y sólo deben obediencia a la Constitución y a la ley”<sup>10</sup>.

En parecidos términos, los arts. 6 y 8 de la LOPJ consagran la autonomía o independencia externa u orgánica del Poder Judicial respecto a los otros Poderes del Estado, y la independencia funcional o personal de los magistrados y jueces en su actividad jurisdiccional, con el único sometimiento u obediencia a la CPN y a la ley.

\* Dichos Juzgados y Tribunales, determinados en cuanto a los tipos en la propia CPN (art. 159, párrf. 1), son la Corte Suprema de Justicia, los tribunales de apelación, los jueces de distrito y los jueces locales, que constituyen, siempre que cumplan con determinados presupuestos en orden a su constitución y estatuto personal e imparcialidad para el caso concreto, los jueces legales predeterminados por la ley, que es un auténtico derecho fundamental de todo ciudadano como derecho al juez legal e imparcial. Este es el sentido del art. 11 del CPP, cuando afirma que “nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados conforme a la ley anterior a los hechos por los que se juzga”. Por tanto, y para preservar la imparcialidad o independencia funcional a la que nos referíamos antes, “nadie puede ser sustraído de su juez competente establecido por la ley ni llevado a jurisdicción de excepción”.

---

<sup>9</sup> .- De ahí las diferentes tesis en orden a la legitimación histórica de la jurisdicción (justicia popular, designación ministerial, legitimación a través del proceso, etc.). GIMENO SENDRA, *Introducción...*, op. cit., págs. 21 a 25.

<sup>10</sup> .- En el mismo sentido, el art. 117.1 CE.

En el mismo sentido, el art. 22 de la LOPJ contiene el mismo organigrama judicial que compone el Poder Judicial o jurisdicción ordinaria, y, además, y de acuerdo a la previsión constitucional en orden a la determinación de atribuciones y competencias de cada órgano jurisdiccional, los arts. 23 a 59 desarrollan minuciosamente la demarcación territorial de los mismos (ubicación), así como la integración de los tribunales y juzgados, la composición de sus salas de justicia, y las competencias en cada orden jurisdiccional.

En concreto, y respecto a los órganos jurisdiccionales en el orden penal, hay que tener presente la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (arts. 31 y 33 de la LOPJ), las Salas de los Tribunales de apelación (arts. 40 y 41 LOPJ), los Juzgados Penales de Distrito (art. 48 LOPJ) y los Juzgados Locales de lo Penal (art. 56 LOPJ). Estas normas se completan con las normas de competencia previstas en el CPP, es decir normas de competencia objetiva o por materia (art. 20 CPP), competencia funcional (art. 21 CPP), y competencia territorial de cada órgano en el orden jurisdiccional penal (art. 22 CPP).

## II.1.2. NOTAS BÁSICAS DE LA JURISDICCIÓN

\* Por tanto, la Jurisdicción, en primer lugar, constituye el Poder Judicial.

\* Dicho Poder Judicial, en segundo término, conforma la jurisdicción ordinaria integrada por los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley y con la ubicación y atribuciones y competencias determinadas por ésta.

\* En tercer lugar, la Jurisdicción se rige y configura a partir de dos principios esenciales, que son la unidad jurisdiccional, no existiendo ni pudiendo preverse otra jurisdicción especial que la contemplada en el ámbito militar por la CPN y la LOPJ; y la exclusividad jurisdiccional que, además, en el ámbito penal es perfectamente definida por el art. 18 del CPP, al establecer que “la jurisdicción penal se ejerce con exclusividad por los tribunales previstos en la ley, a quienes corresponde la potestad pública de conocer y decidir los procesos que se instruyan por delitos y faltas, así como de ejecutar las resoluciones emitidas”.

Además, el citado precepto, completa acertadamente esta definición del principio mediante la proclamación de que dicha jurisdicción penal es “improrrogable e indelegable”, es decir, que sólo es ejercitable por los órganos del orden jurisdiccional penal con arreglo a las atribuciones y competencias determinadas en la CPN, la LOPJ y el propio CPP.

Se trata de la vertiente positiva del principio de exclusividad jurisdiccional o del principio de reserva de jurisdicción<sup>11</sup>, más acentuada evidentemente en el ámbito penal ya que, a diferencia del orden civil o laboral, en la aplicación del Derecho Penal no existen alternativas al proceso jurisdiccional, mientras que en el resto de las esferas del Derecho sustantivo o material no hay monopolio en la aplicación del derecho privado, que está basado en la autonomía de la voluntad y son los propios ciudadanos titulares de los derechos subjetivos o derechos e intereses legítimos sus aplicadores normales u operadores jurídicos. Sin embargo en el Derecho penal sí existe este monopolio jurisdiccional “improrrogable o indelegable”, y su actuación o aplicación no se concibe fuera del proceso

---

<sup>11</sup> DÍEZ – PICAZO JIMÉNEZ, *Derecho Procesal. Introducción* (con DE LA OLIVA SANTOS y VEGAS TORRES), Madrid, 1999, pág. 155.

jurisdiccional, incluso cuando dicha aplicación implique fórmulas autocompositivas basadas en el principio de oportunidad, tales como la mediación o el acuerdo.

\* En cuarto y último lugar, la Jurisdicción cumple como función genérica y esencial, por derivación directa de la soberanía nacional y en régimen de exclusividad, el ejercicio de la facultad o potestad jurisdiccional, es decir, juzgar y ejecutar lo juzgado, o lo que es lo mismo, la resolución del conflicto penal de manera jurídica, motivada, definitiva e irrevocable, así como la ejecución de dicha resolución.

\* Con todo ello se completa una de las garantías básicas del principio de legalidad penal, como es la garantía jurisdiccional.

Efectivamente, el principio de legalidad penal se articula en cuatro garantías básicas, que son la criminal o tipificación previa del delito o falta; la penal, en cuanto a la concreción de la pena; la jurisdiccional, en orden al desarrollo y actuación del Derecho penal a través de un proceso debido y con todas las garantías que culmina en una sentencia firme; y la de ejecución, es decir, el cumplimiento de dicha sentencia de acuerdo a lo establecido en la ley.

La garantía jurisdiccional penal está integrada por tres monopolios escalonados<sup>12</sup>. En primer lugar, un monopolio estatal, es decir, la asunción del *ius puniendi* en exclusiva por el Estado, lo que a su vez implica la prohibición o interdicción de la autotutela y la no disponibilidad de ese *ius puniendi* o derecho a castigar.

Esa prohibición de la autotutela o autodefensa se traduce, a nuestro entender, en la consagración del principio de legalidad en el art. 1 del CPP, que dispone que “nadie podrá ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad, sino mediante una sentencia firme, dictada por un tribunal competente en un proceso conforme a los derechos y garantías consagrados en la CPN, a las disposiciones de este Código y a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República”.

Pero además, la interdicción de fórmulas de autotutela implica el reconocimiento de la presunción de inocencia (art. 2 CPP), que no puede quedar desvirtuada si no es a través de la declaración de culpabilidad contenida en una sentencia firme dictada por un tribunal competente.

En cuanto a la indisponibilidad del *ius puniendi*, ello implica con carácter general que no caben formas anticipadas de terminación del proceso distintas de la sentencia absolutoria o condenatoria, que rige con carácter inexpugnable el principio de legalidad y que no tiene trascendencia la admisión de hechos. Sin embargo, y como tendremos ocasión de analizar más adelante, el proceso penal cuenta con importantes manifestaciones del principio de oportunidad, tales como la existencia de delitos de acción pública pero de persecución privada, que requieren denuncia del ofendido o agraviado como requisito de perseguibilidad (arts. 51 y 53 CPP); causas de extinción de la acción penal como el perdón del ofendido (art. 72.9 CPP); admisión de los hechos (art. 271 CPP); y las distintas variantes de terminación anticipada del art. 55 CPP, tales como la mediación, el acuerdo, la prescindencia de la acción y la suspensión condicional de la persecución.

---

<sup>12</sup> .- MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional. III. Proceso penal* (con ORTELLS, GOMEZ COLOMER y MONTON REDONDO), 3ª ed., Valencia, 1998, págs. 12 a 14.

El segundo monopolio de la garantía jurisdiccional es el judicial, de manera que el Derecho Penal sólo se actúa por los órganos jurisdiccionales con atribuciones en el orden penal, independientes, responsables<sup>13</sup> y sometidos a la CPN y a las leyes.

Y, finalmente, el tercer monopolio es el relativo al proceso jurisdiccional, única manera de actuación del Derecho Penal, caracterizado por el respeto escrupuloso de las garantías del proceso debido.

## II.2. CONTENIDO DEL DERECHO AL JUEZ LEGAL

El derecho al Juez legal o juez natural, o Juez predeterminado por la ley, implica una serie de notas fundamentales, cuya observancia supondrá el respeto hacia este derecho fundamental.

\* En primer lugar, y como veíamos, debe tratarse de un Juez o tribunal integrado en el Poder Judicial, o, lo que es lo mismo, perteneciente a la Jurisdicción ordinaria<sup>14</sup>, responsable e inamovible.

\* En segundo lugar, deben concurrir en este órgano jurisdiccional las garantías de la independencia y la sumisión al imperio de la ley.

En cuanto a la independencia funcional o imparcialidad, quedan garantizadas en el ámbito del proceso dos cautelas imprescindibles como son, por un lado, la concreción legal de las normas de competencia objetiva, funcional y territorial del Juez penal, con su correspondiente incidente para el análisis de las cuestiones de competencia (arts. 20 a 31 CPP), así como los motivos de inhibición y recusación y la regulación minuciosa del trámite de la recusación, tendente a evitar los riesgos de parcialidad en relación con las partes procesales o con el objeto litigioso (arts. 32 a 40 CPP)<sup>15</sup>.

Y, por otro lado, y para garantizar la independencia funcional respecto a los otros Juzgados y Tribunales, la prohibición, contenida en el art. 8 de la LOPJ, de que magistrados, jueces o tribunales, actuando individual o colectivamente, dicten instrucciones o formulen recomendaciones dirigidas a sus inferiores acerca de la aplicación o interpretación del orden jurídico en asuntos sometidos a su conocimiento, de manera que la única influencia de un órgano superior sobre las resoluciones de un órgano inferior se traduce en los recursos previstos en la ley y utilizados por las partes procesales.

Respecto a la sumisión a la ley, garantizada en el art. 165 de la CPN y en el art. 8 de la LOPJ, se traduce también en dos aspectos trascendentales. Por un lado, en la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas<sup>16</sup> con arreglo a Derecho y

---

<sup>13</sup> .- Arts. 19 y 163 a 168 LOPJ, sobre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de jueces y magistrados.

<sup>14</sup> .- GIMENO SENDRA, *Introducción...*, op. cit., pág. 97.

<sup>15</sup> .- La independencia funcional se garantiza igualmente a través de la configuración de causas de ineligibilidad, incompatibilidades y prohibiciones (arts. 140, 141 y 144 LOPJ).

<sup>16</sup> .- Toda resolución judicial debe estar motivada, a excepción de las providencias de mero trámite. Esta motivación implica la exposición clara de los motivos que fundamentan la resolución de conformidad con los supuestos de hecho y normativos involucrados en el caso, debiéndose analizar los argumentos expresados por las partes en defensa de sus derechos.

congruentes. En tal sentido, el art. 191 del CPP exige la fundamentación probatoria de la sentencia, basada en la aceptación de la responsabilidad o en la prueba lícita<sup>17</sup> practicada en el juicio oral (arts. 15 y 16 CPP). Y, por otro, en el derecho al recurso, garantizado para todas las partes procesales en el art. 17 CPP.

\* En tercer lugar, Juez legal es aquel predeterminado a los hechos objeto del proceso, es decir, designado conforme a una ley anterior a los hechos a juzgar (art. 11 CPP), que no será otra que la LOPJ, sin que quepan Juzgados o Tribunales creados *ex post factum*.

\* En cuarto lugar, y en coherencia con la nota anterior, existe reserva de ley para la creación, instauración y determinación de los tipos de órganos jurisdiccionales, así como para la determinación de sus atribuciones genéricas, ubicación, integración, y su concreta competencia objetiva, funcional y territorial. Juez legal es el Juez competente establecido por la ley, tal y como establece el art. 11 CPP.

\* Y, en quinto lugar, la concreción del derecho al juez legal implica el respeto al derecho a la igualdad, de manera que no caben ni tribunales especiales (art. 11 CPP), ni tribunales creados *ad hoc o ad personam*, por lo que que, como establece el citado art. 11 CPP nadie puede ser sustraído de su juez competente y ser sometido a un tribunal de excepción.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que este principio general cuenta con dos excepciones de interés. Por un lado, el Presidente y el Vicepresidente de la República, con arreglo al art. 130 de la CPN, gozan de inmunidad en orden al enjuiciamiento, de la que pueden resultar privados si la Asamblea Nacional así lo decide mediante aprobación por dos tercios de votos. Para el resto de funcionarios que gocen de inmunidad, se exige resolución aprobada por el voto favorable de la mayoría. Sin este procedimiento de privación de inmunidad, no pueden ser detenidos, ni procesados, salvo en materia de derechos de familia y laborales, a no ser que renuncien a esta inmunidad.

Este decreto de privación de inmunidad se convierte así en presupuesto imprescindible para formular la acusación contra alguno de estos cargos institucionales (arts. 334 y 335 CPP)<sup>18</sup>.

Además de estos supuestos en los que la acusación queda condicionada a un presupuesto de perseguibilidad como es la petición y el decreto de privación de inmunidad, hay que tener presente que respecto al Presidente y Vicepresidente de la República, existe un aforamiento predeterminado en la ley, de manera que no son enjuiciados por el órgano jurisdiccional competente objetiva y territorialmente con arreglo a la materia y al *forum*

---

<sup>17</sup> .- Con arreglo al art. 16 LOPJ, la prueba ilícita es la substraída ilegalmente, u obtenida violentando directa o indirectamente los derechos y garantías constitucionales.

<sup>18</sup> .- La prerrogativa de la inmunidad implica que la falta de solicitud de su privación, o la denegación de ésta, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, y, por tanto, la necesidad de dictar auto de sobreseimiento por extinción de la acción penal, en cuanto excepción de falta de condición de procedibilidad (arts. 69.4 y 71, párrf. 1 del CPP). En tal sentido, sobre la incidencia de la inmunidad en el derecho al juez legal penal, ver la Sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante STCE) 123/2001, de 4 de junio de 2001.



*delicti commisi*, sino en cualquier caso por la Corte Suprema de Justicia en pleno (arts. 130 CPN, 27.3 LOPJ y 334 CPP)

### II.3. JUEZ PENAL, PROCESO Y APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL

\* Ya hemos afirmado que el *ius puniendi* es de titularidad estatal y se ejercita por los tribunales en régimen de monopolio o exclusividad.

Por tanto, dicho ejercicio no puede quedar en manos de los particulares, sean o no ofendidos por el delito. De ahí que el art. 7 CPP disponga, acorde con esa trascendencia social de la infracción penal, que el proceso penal, como instrumento de la jurisdicción, “tiene por finalidad solucionar los conflictos de naturaleza penal y restablecer la paz jurídica y la convivencia social armónica”.

En definitiva, no hay relación jurídico material penal, ni el delito da lugar a la creación de derechos subjetivos, al modo del Derecho privado, sino que rige hasta sus máximas consecuencias el principio de legalidad, consagrado en el art. 1 CPP, de manera que, además, nadie será sometido a una pena si no es a través de sentencia firme dictada por tribunal competente en el proceso debido.

A partir de estas consideraciones, llegamos a una primera conclusión que no es otra que la vigencia en el proceso penal del principio de necesidad, preponderante frente a los principios de oportunidad y dispositivo, lo que implica que ante un hecho aparentemente delictivo, como regla general se pone en marcha la actividad procesal y jurisdiccional, y que, iniciado el proceso, su fin normal es el de una sentencia contradictoria, absolutoria o condenatoria<sup>19</sup>.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta vigencia del principio de necesidad, fruto de la consideración o repercusión social de la infracción penal, convive con otras alternativas, sobre las que trataremos más adelante, que son las soluciones basadas en el principio de oportunidad, expresamente contempladas como instrumentos para la consecución de las finalidades del proceso penal en el art. 7 CPP, como “soluciones basadas en la disposición de la acción penal, la mediación y los acuerdos entre las partes en los casos autorizados por este Código”.

\* Por otro lado, un proceso penal como sistema de solución del conflicto social penal, encomendado en exclusiva a jueces y tribunales, implica la creación de una parte acusadora que podemos calificar como “artificial”, diferente del agraviado u ofendido, de quien no depende generalmente la iniciación del proceso y su conclusión, que es el Ministerio Público<sup>20</sup>. Efectivamente, al no existir monopolio de la acción penal por el ofendido, como consecuencia del principio de legalidad que impregna un proceso penal necesario ante el conflicto social que supone el delito, y al asumir el Estado esa función pacificadora en exclusiva, el Ministerio Público se convierte en parte acusadora regida por el principio de legalidad.

Así, el Ministerio Público responde, como figura pública, a la idea de que el delito afecta a toda la sociedad, y actúa conforme al principio de legalidad, en algunos

---

<sup>19</sup> .- MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional...*, op. cit., pág. 17.

<sup>20</sup> .- MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional...*, op. cit., pág. 18.

ordenamientos asumiendo el monopolio de la acción penal, y en otros, como el nicaragüense, junto con la víctima o acusador particular, y junto con cualquier ciudadano que ejercite la acción por un delito público (arts. 51 y 91 a 93 CPP).

En tal sentido, el art. 89 CPP dispone que el Ministerio Público promoverá y ejercerá la acción penal pública, así como la acción penal pública que requiera instancia particular, aunque sin perjuicio de las diversas manifestaciones del principio de oportunidad. Y en esta función esencial, el Ministerio Público, como tendremos ocasión de analizar más adelante, actuará con arreglo al principio de legalidad, tanto en su vertiente de absoluto respeto a los derechos y garantías de las partes (art. 88 CPP), como en la relativa a la adecuación de sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley penal (art. 90 CPP).

\* Por último, hay que tener presente que, como buen reflejo de un sistema acusatorio mixto o formal, el proceso cuenta con dos fases bien diferenciadas, que son, en primer lugar, la preparatoria, de instrucción, sumarial o de investigación; y, en segundo lugar, el juicio oral o enjuiciamiento en sentido estricto.

Esa instrucción o fase de investigación oficial tiene dos finalidades que son, la actividad averiguatoria sobre la perpetración del delito y las circunstancias del presunto autor, es decir, el esclarecimiento de los hechos; y, por otra parte, la actividad de aseguramiento del autor y de las posibles responsabilidades pecuniarias.

Por su parte, el juicio oral tiene como finalidad el desarrollo de la actividad probatoria y el enjuiciamiento, y sólo se entrará en él si hay elementos suficientes o indicios sobre los hechos y sobre la responsabilidad de los mismos, y si existe acusación

## **II.4. PROCESO PENAL Y PRINCIPIO ACUSATORIO**

I. \* Sólo respecto a épocas muy alejadas (Grecia, Roma), podemos hablar de un sistema acusatorio puro. Se trataba de sistema penales en los que el concepto de delito era eminentemente privado, y existía una nula diferencia entre proceso civil y penal, ya que en ambos casos la actividad procesal era concebida como contienda entre partes frente a un tercero imparcial, y el acusador era el ciudadano víctima del delito<sup>21</sup>.

De ahí que el proceso se iniciase por la víctima, la misma formulase la acusación, el Juez no desarrollaba actividad indagatoria alguna ni intervenía en la actividad probatoria, la sentencia era absolutamente congruente con las peticiones de las partes, y quedaba garantizada la dualidad, la contradicción y la igualdad de partes.

Por tanto el acusatorio puro implica tribunales populares, una acción popular indispensable para la realización del proceso, unas partes que actúan en contradicción e igualdad, una sola instancia judicial, unos muy limitados poderes del juez para dirigir la contienda, el predominio de la libertad del acusado durante el proceso, un Juez que no investiga y un proceso en el que las partes introducen los hechos y practican la prueba, que es libremente apreciada por el Juez, y un procedimiento oral, inmediato, concentrado y público.

---

<sup>21</sup> MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional...*, op. cit., págs. 14 a 16.

\* Este idílico modelo acusatorio empieza a desvanecerse cuando, por un lado, se empieza a concebir el delito como algo que trasciende del ámbito privado, y que afecta a los intereses sociales o de la colectividad, por lo que comienza la preponderancia del principio de legalidad y la solución del conflicto es asumida en exclusiva por el Estado, con lo que comienza la ruptura entre proceso civil y proceso penal. Además, y por otra parte, en aras de la efectividad de ese principio de legalidad, la acusación se atribuye a un órgano público.

Se fue pasando pues a un modelo inquisitivo en el que desaparece la figura del ciudadano – acusador, o queda desdibujada frente a la figura del Juez – acusador, y en el que, además, el Juez acusa, juzga, investiga, prueba y determina en definitiva el objeto del proceso, por lo que este inquisitivo se llega a convertir en un sistema de aplicación del Derecho penal típicamente administrativo.

Por tanto, un modelo inquisitivo puro supone jueces profesionales y permanentes, un proceso en el que no hay libertad de acusación, sino que el Juez acusa, y en el que además no hay parte acusadora diferente del Juez, y el acusado no es un sujeto procesal sino un objeto de la indagación. Un proceso en el que impera la prisión preventiva, en el que el Juez investiga de oficio y valora la prueba legal o tasadamente, y un procedimiento escrito, mediato, disperso y secreto<sup>22</sup>.

\* Este último esquema inquisitivo se modera considerablemente a partir del modelo que surge de la Revolución Francesa, el acusatorio formal o mixto, con dos fases muy diferenciadas, la instrucción, eminentemente inquisitiva, y el juicio oral, básicamente acusatorio, frente al proceso penal inquisitivo del Antiguo Régimen, en el que tan sólo existía un Juez inquisidor y decisor y un objeto de su actuación, el inquerido<sup>23</sup>.

Un hito fundamental en esta evolución lo marca la constitucionalización del derecho al proceso debido, o al proceso con todas las garantías, que conviene analizar desde el punto de vista del Juez legal, de las partes, y del proceso jurisdiccional.

\* Desde el punto de vista de la Jurisdicción, el principio acusatorio implica y potencia la figura del juez sentenciador imparcial, lo que supone:

1. La distinción entre juez instructor u órgano público investigador, y órgano jurisdiccional decisor, ya que lo contrario, es decir, la unificación en el Juez de ambas funciones y fases procesales supone la infracción del derecho a un juez imparcial o independiente funcionalmente, al ser la fase de investigación un conjunto de actividades de investigación o indagatorias que pueden crear en el ánimo del juzgador prejuicios o impresiones a favor o en contra del acusado (prejuzgamiento).

De ahí que, con arreglo al art. 10, párrf. 1 CPP, se consagra el desdoblamiento de la función instructora y decisora, al establecer que “los jueces no podrán proceder a la investigación, persecución ni acusación de ilícitos penales”

2. En segundo lugar, el que juzga no puede acusar, de ahí que el citado precepto establezca rotundamente que “el ejercicio de la acción penal es distinto de la función

---

<sup>22</sup> .- DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal...*, op. cit., págs. 68 y 69.

<sup>23</sup> .- GIMENO SENDRA, *Introducción...*, op. cit., pág. 260.

jurisdiccional”, es decir, del ejercicio de la potestad jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado. Por tanto, también hay desdoblamiento de las funciones de acusación y decisión (*nemo iudex sine accusatore*). Ello teniendo en cuenta que esta diferenciación no sólo viene referida a la iniciación del proceso, sino también a la interposición de la pretensión penal (acusación).

Para que quede garantizada mayormente esta imparcialidad del juzgador, la acusación se encomienda a un órgano público imparcial, que es el Ministerio Público, directamente sometido al principio de legalidad, aunque no tenga el monopolio de la acusación (oficialidad), sino que el CPP contempla también al acusador particular y al querellante privado.

3. En tercer lugar, no hay proceso sin que alguien diferente del Juez formule acusación, tal y como dispone el art. 10, párrf. 2 CPP, cuando establece que “no existirá proceso penal por delito sin acusación formulada por el Ministerio Público, el acusador particular o el querellante en los casos y en la forma prescritos en el presente Código”.

\* Desde el punto de vista de las partes, el modelo acusatorio mixto implica la conjunción en muchos casos de la atribución de la actuación de la legalidad penal al Ministerio Público, para que ejercite la acción penal, y, al no existir monopolio en la acusación, la posibilidad de que haya acusadores particulares e incluso ciudadanos que ejerciten la acción popular (arts. 51, 53 y 54 CPP)<sup>24</sup>.

Ahora bien, el acusador particular o Ministerio Público, no son titulares del derecho subjetivo material de penar, no hay para ellos un derecho a la tutela concreta, sino que el derecho a la acción es el derecho al proceso y a la sentencia, el derecho de iniciación del proceso, como tutela abstracta.

No hay un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino sólo a un pronunciamiento motivado en fase de instrucción sobre la calificación jurídica de los hechos. De ahí que en el art. 155 CPP se establezcan las causas de sobreseimiento, que cierra definitivamente el proceso en relación con el acusado (art. 156 CPP) e impide una nueva persecución de éste por los mismos hechos.

---

<sup>24</sup> .- Con arreglo a los arts. 51 y 53 CPP, la acción penal se ejercitará:

- a) respecto a los delitos de acción pública, por el Ministerio Público de oficio, por el ofendido que se convertiría en acusador particular, y por cualquier ciudadano que se convertiría en actor popular. El ofendido o víctima adquiere la condición de acusador particular, con arreglo al art. 78 CPP, adhiriéndose a la acusación del Ministerio Público, mediante escrito de acusación autónomo, o mediante acción directa si el Ministerio Público declina o desestima la denuncia (art. 226 CPP); recuérdese que el concepto de víctima está contenido en el art. 109 CPP, y que entre sus derechos (art. 110) está la posibilidad de ser acusador particular o, en su caso, querellante;
- b) respecto a los delitos de acción pública a instancia particular, por el Ministerio Público previa denuncia del ofendido, por el ofendido que se convierte en acusador particular, o de oficio por el Ministerio Público en los casos del art. 54;
- c) respecto a los delitos de acción privada, por el querellante ofendido; tanto el acusador particular como el querellante pueden abandonar o desistir de la acción (arts. 75 y 76 CPP), lo que en algunos casos puede llegar a constituir causa de extinción de la acción penal (art. 72.4 CPP);
- d) y, respecto a las faltas, por la víctima, autoridad administrativa o Policía nacional.

Por ello, puede afirmarse que en el proceso penal no hay una pretensión en sentido estricto, aunque sea imprescindible una acusación y un acusador que pida la apertura del juicio oral<sup>25</sup>.

Desde esta perspectiva de las partes, el principio acusatorio implica varias consideraciones.

1. El derecho al libre acceso al proceso, ejercitando la acción penal, no encomendada en exclusiva al Ministerio Público.
2. El derecho a una resolución de fondo motivada y congruente con lo pedido, es decir la necesidad de correlación entre pretensión o acusación y fallo, ya que la incongruencia va en contra del principio acusatorio y del derecho de defensa, de manera que no puede condenarse por hechos diferentes de los que han sido objeto de acusación, ni a persona diferente de aquella contra la que se ha dirigido la acusación. La congruencia penal juega en principio respecto a la fundamentación fáctica (hechos punibles) de la sentencia, tal y como dispone el art. 157 del CPP, al establecer que ésta “no podrá dar por probados otros hechos que los de la acusación, descritos en el auto de convocatoria a juicio, en su caso, en la ampliación de la acusación”. Respecto a la vinculación de la fundamentación jurídica, el citado precepto dispone en cambio, entendemos que sin una adecuada acomodación al derecho de defensa, que “el juez podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, aun cuando no se haya advertido con anterioridad y aplicará la pena que corresponda”<sup>26</sup>.
3. Y, el derecho al recurso ante un órgano jurisdiccional superior para la revisión de la condena y la pena.

\* En cuanto al proceso jurisdiccional, el principio acusatorio garantiza la dualidad de partes, el régimen de contradicción, y la igualdad de dichas partes ante la ley procesal.

Es importante resaltar que la consideración de parte del acusado, frente a su conceptualización como mero objeto de la investigación, propia del sistema inquisitivo, implica plenas facultades de ambas partes para conformar el objeto del litigio, y por tanto para marcar los límites de congruencia del Juez sentenciador.

Además, supone el pleno reconocimiento del derecho de defensa, la necesidad de que el acusado sea oído y de que pueda alegar, demostrar, conocer la acusación y rebatirla.

Igualmente el acusatorio supone un proceso con todas las garantías, es decir, defensa, prohibición de la indefensión, información de la acusación, asistencia letrada y derecho a la utilización de los medios de prueba<sup>2728</sup>. Evidentemente el modelo opuesto al

---

<sup>25</sup> .-

<sup>26</sup> .- En el proceso penal español hay vinculación con la calificación jurídica en el procedimiento abreviado, y vinculación cuantitativa en el juicio ordinario. Así, en el abreviado, no cabe condenar con una calificación diferente si la misma supone diverso bien jurídico protegido. En el art. 733 de la LECRIM, se prohíbe, salvo que se utilice la tesis, imponer una pena superior al título de condena calificado.

<sup>27</sup> .- Dentro de los principios del proceso, cabe distinguir:

- a) garantías de incidencia constitucional (arts. 33 y 34 CPN), tales como el derecho a la presunción de inocencia, a un proceso sin dilaciones indebidas, a la intervención y defensa desde el inicio del proceso, etc. Estas garantías se encuentran recogidas con carácter general en el art. 95 del CPP

inquisitivo es el proceso contradictorio, con predominio de la oralidad y publicidad de las actuaciones judiciales.

II. \* La inquisición en el proceso penal o el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo, responde claramente a una visión absolutista del poder, a una concepción extrema sobre el valor de la autoridad, y a la concentración del poder en el juez. Ello se acompaña de una concepción del acusado como objeto procesal que pierde su consideración como sujeto de derechos, ante una aparente sobrevaloración de la defensa del interés colectivo frente la defensa del derecho individual.

\* En el sistema del Código de Instrucción Criminal de 1879, hay que tener en cuenta que la mayoría de los delitos son perseguibles de oficio, y, además, y como elemento sumamente significativo, el Juez puede proceder a la averiguación de los delitos excitado por noticias extraprocesales, es decir, la *notitia criminis* es un elemento clásico de impulso procesal.

Sin embargo, el nuevo juicio acusatorio del CPP, implica, por un lado, una estricta división de poderes dentro del proceso, con una clara diferenciación entre la acusación y la investigación, y la decisión o ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 10 CPP).

Por otro lado, también se observa un claro cambio respecto del principio de oficialidad. Efectivamente, dicho principio implica la preponderancia de criterios derivados de un interés público dominante marcado por la ley, según el cual el proceso y la sentencia no están subordinados a la disponibilidad de los sujetos.

La aplicación rigurosa de este principio implica el incremento desmesurado de las denuncias criminales por hechos, en muchas ocasiones, de escasa relevancia, es decir, por los llamados delitos bagatela, con la consiguiente sobrecarga del engranaje judicial y procesal de la Administración de Justicia.

El nuevo CPP atempera enormemente el principio de oficialidad y el de necesidad, limitando la oficialidad directa, es decir, la del Juez como sujeto activo del proceso, aunque ese interés público en la persecución e investigación de los delitos pervive, pero encomendado al Ministerio Público y a la Policía Nacional. De manera que la acusación puede llegar al Juez por tres vías:

- a) la acusación ejercida por el Ministerio Público en delitos de acción pública, o de acción pública a instancia particular previa denuncia;
- b) la acusación particular en delitos de acción pública o de acción pública a instancia particular
- c) la querrela en los delitos de acción privada

---

(derechos del imputado y del acusado), además de en otros preceptos, tales como el art. 2 (presunción de inocencia), 4 (derecho de defensa), 3 (respeto a la dignidad), 5 (proporcionalidad), 6 (única persecución), 13 (oralidad), 15 y 16 (derecho a la prueba) y 17 (derecho al recurso).

- b) Principios estructurales del proceso: contradicción e igualdad de armas.
- c) Principios que rigen el objeto del proceso: legalidad /oportunidad, principio acusatorio/inquisitivo.
- d) Principios que rigen el material fáctico: principios de aportación o de investigación de oficio.
- e) Principios que rigen la valoración de la prueba: valoración tasada o legal, o valoración libre
- f) Principios que rigen el régimen de recursos: única o doble instancia.

<sup>28</sup> .- Art. 14 LOPJ.

\* Además de esa matización del principio de necesidad mediante la restricción de la oficialidad directa, el nuevo CPP introduce el principio de oportunidad, es decir, la posibilidad, en general, de prescindir de la acción penal o de la acusación, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, y por razones de utilidad social o de política criminal. Se trata pues, como veremos más adelante, de un conjunto de excepciones al principio de legalidad, tasadas en la ley (oportunidad reglada), cuyo régimen general lo establece el art. 14 CPP, y que se concreta en los arts. 55 a 68, que regula las cuatro formas de materialización del principio de oportunidad reglada del CPP, es decir, la mediación, el acuerdo, la prescindencia de la acción penal y la suspensión condicional de la persecución.

Se trata pues de un sistema de oportunidad:

- a) reglada en la ley, como excepciones tasadas al principio de oficialidad y al de legalidad,
- b) con un control judicial que se articula a veces como simple homologación de acuerdos o mediaciones, y otras veces como control o fiscalización de la medida, llegándose a la extinción de la acción penal;
- c) con una intervención decisiva del Ministerio Público, a veces como fiscalizador, y a veces como promotor de la medida;
- d) con intervención, aunque muy limitada, de la víctima;
- e) con circunscripción en algunos casos a un ámbito delictivo concreto y determinado;
- f) y con diferentes finalidades, buscándose en algunos casos la economía procesal, en otros la consecución de finalidades de la política criminal, en otros la reinserción del acusado, o la satisfacción preprocesal o procesal de la víctima.

### **III. EL MINISTERIO PÚBLICO**

#### **III.1. DIFERENTES POSTURAS DOCTRINALES EN TORNO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Tres son las posiciones doctrinales en torno a la naturaleza y ubicación del Ministerio Público en el entorno o ámbito de los distintos poderes del Estado

I. Como superación de la tradicional dialéctica entre un Ministerio Público enmarcado en el entorno del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, hay una postura que propone un Ministerio Público vinculado al Poder Legislativo, en cuanto Poder del Estado que representa la soberanía popular y del que emana la legalidad que el propio Ministerio Público está llamado a defender<sup>29</sup>.

Se trataría de un modelo que no está realmente implantado en ningún país de nuestro entorno jurídico, aunque tiene importantes antecedentes, como son, salvando las consideraciones de tipo político, la *Prokuratura* soviética, que se extendió al resto de los países de la Europa del Este, como un órgano comisionado del Parlamento con importantes poderes de inspección sobre la legalidad de las decisiones judiciales. No hay que olvidar

---

<sup>29</sup> .- ROIG, “*El Fiscal parlamentario*”, en Revista de la Unión Progresista de Fiscales, núm. 4, diciembre de 1993, págs. 34 y ss.

tampoco como en el marco de la segunda posguerra europea, aparece también este modelo de fiscal parlamentario en los trabajos de la Constitución italiana de 1948<sup>30</sup>.

En la Ley Orgánica del Ministerio Público de Nicaragua (en adelante, LOMP), el art. 24 configura una elección parlamentaria del Fiscal General de la República así como del Fiscal General Adjunto. Concretamente la elección se realiza partiendo de ternas separadas propuestas por el Presidente de la República y los Diputados de la Asamblea Nacional, y requerirá el voto favorable del 65% del total de los diputados<sup>31</sup>.

Sin embargo, tal sistema de elección parlamentaria directa no convierte al Ministerio Público en un órgano subordinado al Parlamento, ni en un órgano de naturaleza parlamentaria, independientemente del posible consenso de las fuerzas políticas para la elección de los máximos órganos de la institución<sup>32</sup>.

Entendemos que esta vinculación con el órgano constitucional del que emana la legalidad no marca la naturaleza, ni la adscripción al mismo del Ministerio Público.

II. Las posiciones doctrinales que abogan por un Ministerio Público de naturaleza judicial, constituyen una especie de contrapunto entre quienes defienden un fiscal vinculado con el poder político frente a un fiscal dotado de un estatuto de independencia. Los argumentos son fundamentalmente dos.

Por un lado, un argumento puramente histórico, que no es otro que la constatación de la tendencia a abandonar el modelo napoleónico y a convertir esta institución de un mero instrumento procesal a un órgano independiente del resto de los poderes del Estado para el control de la legalidad<sup>33</sup>.

Por otro, entender que el Ministerio Fiscal debe, para acometer estas funciones, gozar de las garantías propias del Juez, en particular la independencia, convirtiéndose en una especie de “magistratura postulante”.

Sin embargo son varios los obstáculos para el entendimiento de esta postura. Por un lado, saber cual es el alcance de la integración del Ministerio Público en el Poder Judicial y, por otro, la problemática compatibilidad entre la garantía de la independencia esencialmente judicial, y los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, que rigen el funcionamiento jerarquizado del Ministerio Público.

III. En tercer lugar, hay muchas posturas doctrinales que abogan por la interrelación entre Poder Ejecutivo y Ministerio Público, basándose en el modelo napoleónico o bonapartista postrevolucionario que crea el acusatorio mixto, con un Ministerio Público

---

<sup>30</sup> .- DOMINIONI, “*Per un collegamento fra ministro della giustizia e Pubblico Ministero*”, en *Pubblico Ministero e accusa penales. Problemi e prospettive di riforma*, Bologna, 1978, págs. 60 y ss.

<sup>31</sup> .- Idéntica proporción de votos se exige para la destitución (arts. 26 y 27 de la LOMP).

<sup>32</sup> .- En España, y con arreglo al art. 124 de la CE, al Fiscal General del Estado lo nombra el Rey, a propuesta del Gobierno, y previo dictamen no vinculante del Consejo General del Poder Judicial. (CGPJ). Aunque no hay intervención parlamentaria directa si la hay indirecta, ya que tanto el Gobierno como el CGPJ dependen de nombramientos parlamentarios.

<sup>33</sup> .- CONDE – PUMPIDO FERREIRO, “*La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el nuevo Estatuto orgánico*”, en *El Poder Judicial*, vol. I, Madrid, 1983, pág. 847.



burocratizado y jerarquizado formalmente acusatorio en la instrucción, dirigida por el Juez de Instrucción, y sustancialmente acusatorio en el juicio oral. Al respecto cabe hacer alguna consideración

Por un lado, basta pensar en los principios de legalidad e imparcialidad, en la función de promoción de la justicia en defensa de la legalidad, y en los órganos propios del Ministerio Público en el desempeño de sus funciones, para entender que no estamos ante una institución con dependencia externa.

Sin embargo, y por otro lado, el Ministerio Público, en el marco del moderno Estado constitucional, interviene junto con el Ejecutivo en orden a la concreción de la política criminal, de la cual el propio Ministerio Público es un instrumento indispensable.

### **III.2. PRINCIPIOS FUNCIONALES Y ORGÁNICOS DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La actuación del Ministerio Público viene regida por una serie de principios funcionales, referidos al desarrollo de su actividad, y por principios orgánicos, referidos a su ubicación institucional.

I. Respecto a los principios funcionales, que no son otros que los principios de legalidad e imparcialidad, vienen recogidos en los arts. 5 y 6 de la LOMP

\* El principio de legalidad supone la garantización en términos generales de que el Derecho a aplicar sea el Derecho positivo, y de que éste sujete a los ciudadanos y a los poderes públicos.

Y ello en dos planos diferentes, que son, por un lado, el estático – formal, que implica que la producción normativa viene presidida por el principio de reserva de ley y por el principio de jerarquía normativa; y, por otro, el plano dinámico – funcional, que supone que el derecho es el límite infranqueable de la actividad pública y privada.

Desde la perspectiva del Ministerio Público, el principio de legalidad no es sólo sumisión a la ley en el desenvolvimiento de su actividad, sino una auténtica toma de postura sobre la necesidad de su actuación en el ejercicio de la acción penal.

De ahí que quepa hablar de una doble perspectiva del principio de legalidad referido al Ministerio Público. Por una parte, como objeto de su defensa, es decir, defensa de la legalidad, del ordenamiento jurídico y del interés público protegido por la ley; y, por otra, como principio de sujeción del Ministerio Público, que rige su actuación y su comportamiento, y del que se deriva el principio de necesidad en el ejercicio de la acción pública (art. 1 CPPP), matizado por el principio de oportunidad reglada (arts. 14 y concordantes CPP).

En tal sentido, el art. 5 de la LOMP (legalidad y objetividad) establece que en el cumplimiento de su funciones, el Ministerio Público “actuará apegado a la CPN y a las leyes, tendiente a garantizar un debido proceso de ley y el respeto de los derechos fundamentales y dignidad de las personas que intervienen en los procesos penales”. Es por ello por lo que los arts. 88 y 90 del CPP disponen que “el Ministerio Público adecuará sus

actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley penal” (art. 90 CPP), y que en el ejercicio de la acción penal pública “deberá guardar el más absoluto respeto a los derechos y garantías consagrados en la CPN, los tratados y convenios internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por Nicaragua y lo establecido en este Código” (art. 89 CPP)<sup>34</sup>.

\* En cuanto al principio de imparcialidad, implica que la actuación del Ministerio Público debe ser plenamente objetiva e independiente, en defensa de los intereses encomendados. Así, el art. 6 de la LOMP dispone que “actuará independientemente por su propio impulso y en cumplimiento de las funciones que le atribuye la CPN, sin subordinación a ninguno de los organismos del Estado ni a autoridad alguna, salvo lo establecido en esta Ley”.

Esta actuación objetiva e independiente no es sin embargo identificable con la objetividad que preside la actividad administrativa, ya que en el proceso, el Fiscal es imparcial respecto al conflicto jurídico – procesal, mientras la Administración es parte. Tampoco dicha imparcialidad es identificable con la que preside el status personal de jueces y magistrados, ya que la imparcialidad del juzgador es pasiva y expectante, es una separación del litigio o una no implicación material en el mismo, mientras el Fiscal ejerce una función activa, postulante o requirente, siendo en definitiva una parte procesal.

El Ministerio Público es una parte procesal cuya actividad de postulación viene regida por el principio de imparcialidad, objetividad o independencia, asumiendo un importante papel como órgano de garantía del sistema político en la estructura del Estado.

Además es una parte singular porque no actúa derechos subjetivos propios sino que actúa en defensa objetiva e imparcial de la legalidad y del interés público y social, todo ello teniendo en cuenta que la teoría de las partes en el proceso civil, regida por los principios dispositivo y de legitimación a través de la titularidad de derechos subjetivos, no rige aquí, ya que en el proceso penal la construcción del concepto de parte es puramente procesal en cuanto las partes procesales no actúan intereses propios sino la aplicación del *ius puniendi* del Estado.

En tal sentido, el último inciso del art. 90 del CPPP dispone que el Ministerio Público, adecuando sus actos a un criterio objetivo, y velando sólo por la correcta aplicación de la ley penal, “deberá formular los requerimientos e instancias conforme a este criterio, aun a favor del imputado”. Por tanto, y dependiendo de los datos que vaya arrojando la investigación respecto a la culpabilidad del imputado, el fiscal postulará una acusación o el sobreseimiento de la causa.

Esta imparcialidad implica en su vertiente más activa la acomodación, igualmente, al principio de proporcionalidad (art. 5 CPP), valorando la necesidad e idoneidad de su actuación en los actos de investigación, y en la solicitud de adopción de medidas cautelares homogéneas con la sanción prevista para los hechos imputados.

---

<sup>34</sup> .- En parecidos términos, el art. 2 del Reglamento de la LOMP (en adelante RLOMP), dispone que el Ministerio Público “está al servicio de la comunidad, garantizando la objetividad y calidad en la investigación de hechos punibles y correcto ejercicio de la acción penal, restituyendo de esta manera la seguridad y el respeto a las normas de convivencia pacífica”.

II. En cuanto a los principios orgánicos, el Ministerio Público viene presidido por un modelo concentrado, burocrático y jerárquico, regido por los principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

\* El principio de la unidad de actuación deviene del Derecho francés, y de la concepción del Ministerio Público como uno e indivisible, propia del Estado centralista y mantenida en los ordenamientos occidentales de corte demoliberal.

Dicho principio tiene tres manifestaciones esenciales:

1. Desde el punto de vista orgánico, es un instituto único e indivisible; hay un único Ministerio Público, independientemente del número de órganos o miembros de la institución, que actúan siempre por delegación de sus jefes. Así el art. 3 de la LOMP dispone que “el Ministerio Público es único e indivisible”, y que “los fiscales cumplirán sus funciones en nombre y representación del Fiscal General”. Y el art. 4 de la LOMP se refiere a un Ministerio Público “único para toda la República”. En parecidos términos, el art. 5 del RLOMP establece que “todos los fiscales tienen la misma competencia para representar al Fiscal General en cualquier asunto o proceso en que deba intervenir el Ministerio Público”.
2. Desde el punto de vista territorial, nos referimos a un Ministerio Público centralizado a nivel estatal, con distribución por territorios de los fiscales, atendiendo a un principio de racionalización o especialización en el trabajo. Así el ya citado art. 4 LOMP dispone que los representantes del Ministerio Público ejercen sus funciones conforme al principio de unidad de actuación en la materia, y en el territorio para el que han sido asignados.
3. Por último, y desde el punto de vista de la actuación, hay homogeneidad funcional y coordinación de los miembros del Ministerio Público, bajo la jefatura del Fiscal General de la República.

\* En cuanto al principio de dependencia jerárquica, consagrado igualmente en el art. 4 de la LOMP, es un principio instrumental para lograr la unidad de actuación y de criterios del Ministerio Público.

Se impone pues una organización piramidal o estructura orgánica vertical<sup>35</sup>, una unidad de actuación *ad extra* y una unidad de criterios *ad intra*. La unidad resulta así consecuencia de la adopción de criterios unitarios de actuación, que una vez fijados son seguidos por todos los miembros de la institución.

En tal sentido, el art. 5 del RLOMP dispone que “los fiscales estarán sometidos al control de sus superiores y al acatamiento de las directrices, que en forma general y por escrito imparta el Fiscal General, las que deberán ser claras, precisas, objetivas, congruentes con la función y ajustadas a la Ley”.

El superior jerárquico de cada órgano del Ministerio Público es así responsable del desempeño del servicio de los subalternos, debiendo revisar y evaluar periódicamente la gestión que éstos tienen a su cargo.

### **III.3. LA POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL**

---

<sup>35</sup> .- Estructura orgánica determinada en los arts. 11 y 12 de la LOMP y en el art. 15 del RLOMP.

I. El nacimiento del llamado sistema acusatorio formal o mixto de enjuiciamiento penal tiene su origen en el modelo contrarrevolucionario de la administración napoleónica, que se impone sobre las instituciones nacidas durante el período revolucionario inmediatamente anterior.

Ese nuevo modelo mixto combina una fase de instrucción inquisitiva y una fase de juicio oral marcadamente acusatoria, que propicia el control público de la investigación, en tanto que el juicio oral acoge los principios del sistema acusatorio.

En esta fase instructora inquisitiva, la posición del Ministerio Público es anómala, ya que al mantenerse la fórmula clásica del juez instructor, formalmente independiente, es necesario introducir un órgano público sustancialmente dependiente para sostener la acusación en nombre del Estado. De ahí que fiscal asuma una postura formalmente acusatoria, en una instrucción judicializada en la que la iniciativa era del Juez, y sustancialmente acusadora en el juicio oral.

Sin embargo, las transformaciones del Estado moderno, que conducen al modelo jurídico – político del constitucionalismo social, da lugar a una profunda crisis de este sistema acusatorio formal. Y ello porque dicho modelo constitucionalista implica la consagración del derecho a un proceso público con todas las garantías, que incluye el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho al juez imparcial, el derecho a la defensa y a la efectiva vigencia del principio acusatorio dentro de la instrucción, con las garantías de la igualdad y la contradicción no sólo en el juicio oral sino también en la fase de investigación<sup>36</sup>.

De ahí que sea necesario, a partir de aquí, una reordenación de las funciones del Ministerio Público, partiendo de esos derechos fundamentales, ya que si no, el juez instructor se convierte en un acusador parcial, la instrucción queda ausente de esas garantías y el sumario es un mero incidente administrativo falto de los principios de audiencia, contradicción e igualdad.

III. De ahí que ante un modelo acusatorio que entra en crisis porque el papel del Ministerio Público no tiene sentido en una instrucción inquisitiva contraria a los postulados del derecho al proceso debido, se plantea la opción entre un fiscal investigador o un juez instructor, o lo que es lo mismo, la titularidad y dirección de la actividad instructora en manos del Juez o del fiscal.

Y, evidentemente, la opción por la que se decanta el CPP es la del Ministerio Público director de la investigación, en la que el Juez interviene como fiscalizador de los actos de investigación que inciden en los derechos fundamentales del imputado, y como órgano decisor en materia de medidas cautelares, además de valorador de la consistencia de la acusación para decretar la apertura del juicio oral. Con ello pasamos a una investigación

---

<sup>36</sup> .- El instructor (Juez o Ministerio Público), también debe ser imparcial subjetiva y objetivamente para la investigación de los hechos de la causa, ya que el derecho al juez legal también es exigible en la instrucción. Lo contrario podría provocar la nulidad de actuaciones, la consideración de la ilicitud de las investigaciones, e incluso la nulidad de un sumario. Ver sobre este tema, la STCE 69/2001, de 17 de marzo de 2001.

preliminar procesal, aunque no jurisdiccional, regida por el principio del derecho al proceso debido.

Esta opción entendemos que cuenta con varios argumentos a su favor:

1. La instrucción no es potestad jurisdiccional, no es juzgar ni ejecutar lo juzgado, sino una actividad de preparación del juicio. Existe pues una diferencia esencial entre la iniciación del proceso y la investigación, en la que hay una imputación formal, pero cuya finalidad es ver si se dan los presupuestos para la apertura del juicio oral, y el ejercicio de la acción penal, mediante la acusación por unos hechos concretos y contra una persona determinada, que da lugar a la apertura del juicio oral, en el que se despliega la prueba y el Juez dicta sentencia, enjuiciando la culpabilidad o inocencia.
2. La investigación se agiliza enormemente, de manera que, haciendo efectivo el principio acusatorio, se sustituye la instrucción por una fase preliminar bajo control judicial (la audiencia inicial), y se da el mayor protagonismo al juicio oral en donde se debe practicar la prueba.
3. En tercer lugar, y como argumento de interés, hay que tener en cuenta que la dirección de la investigación por el fiscal, regido por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, potencia la homogeneidad de las líneas esenciales de la política criminal, evitando que las líneas de la investigación se difuminen en tantos criterios como Jueces de instrucción existan.

### **III.4. LAS PRINCIPALES FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL**

#### **III.4.1. LA INVESTIGACIÓN OFICIAL**

Con arreglo al art. 90 del CPPP, al art. 10.1 LOMP y al art. 8 del RLOMP, el Ministerio Público (Fiscal General, Adjunto, Fiscales departamentales, regionales, auxiliares o especiales) tienen como misión, con el auxilio de la Policía Nacional, procurar el esclarecimiento de los hechos en el proceso penal, debiendo actuar ámbos órganos coordinadamente, para el éxito de dicha investigación respecto a delitos de acción pública .

Dentro de esta función investigadora, destacan una serie de importantes cuestiones:

1. El fiscal remitirá a la Policía Nacional las denuncias que requieran que se practique la investigación con las correspondientes, claras y pertinentes instrucciones jurídicas (art. 10.2 LOMP y art. 9 RLOMP).
2. El Fiscal recibirá las investigaciones de la Policía Nacional para determinar el ejercicio de la acción penal (arts. 10.3 LOMP).
3. El Ministerio Público requerirá el apoyo técnico de expertos, asesores y peritos y solicitará la formación, si es necesario, de equipos interdisciplinarios (arts 10.8 LOMP y 14 RLOMP), así como de servicios forenses y de criminalística en los casos que corresponda (arts. 10.7 LOMP y 13 del RLOMP).
4. Es función del Fiscal General de la República coordinar con la Dirección General de la Policía Nacional la política general y las prioridades en la investigación de

hechos delictivos (política criminal e institucional) (arts. 14.2 LOMP y 26 del RLOMP).

5. Las relaciones con la Policía Nacional se articula en torno a varios principios generales.
  - a) La Policía realizará la investigación que corresponda en delitos de acción pública por conocimiento propio, flagrancia delictiva, denuncia y por orden del Ministerio Público, debiendo informar en todo caso a éste de los resultados de la investigación (art. 31 LOMP).
  - b) Los fiscales podrán participar en las investigaciones activamente, además de en las actividades para el aseguramiento de la prueba, sin que ello suponga realización de funciones de la Policía Nacional (art. 32 LOMP). En tal sentido los arts. 248 a 252 CPPP establecen que el Ministerio Público dará como órgano acusador directrices de orientación de la actividad investigadora en orden a dar sustento a la acción penal, llevará registros y resúmenes de las actividades para el control de la investigación, podrá realizar llamamientos y citaciones, requerir la búsqueda de elementos de convicción y valorará los informes de la Policía, pudiendo indicarle que profundice o realice otras diligencias complementarias.
  - c) El art. 33 LOMP establece el principio de coordinación directa y permanente entre ambas instituciones en todo lo relacionado con la investigación y la acción penal, con mecanismos de comunicación permanentes y sistemas operativos dinámicos.

#### **III.4.2 EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y EL CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADA**

I. Con arreglo a los arts. 1, 14, 51, 53 y 54 del CPP y al art. 10.4 y 5 de la LOMP, el Ministerio Público ejercerá la acción penal en los siguientes casos:

1. De oficio, en los delitos de acción pública

2. Previa denuncia de la víctima, en los delitos de acción pública a instancia particular, que son los delitos a los que se refiere el párrf. 2 del artr. 53 CPPP, es decir, violación cuando la víctima sea menor de diez y ocho años, estupro y acoso sexual. Sin embargo, y tal y como dispone el art. 54, en este tipo de delitos, si la víctima es menor de 18 años, incapaz o carece de representante legal, el Ministerio Público puede actuar de oficio si el delito es cometido por determinados parientes o hay conflicto de intereses de éstos con la víctima.

Por otro lado, hay que tener presente que el Ministerio Público tiene encomendado igualmente el ejercicio de la acción civil a favor de la víctima u ofendido, en estos casos del art. 54.

Por tanto queda excluida la acción penal a ejercitar por el fiscal respecto a delitos privados (calumnia e injuria graves según el art. 53 CPPP), para los que se requiere querrela privada del ofendido, y respecto a las faltas, en las que la acción penal se atribuye a la víctima, la autoridad administrativa afectada o la Policía Nacional (art. 51 CPP).

Respecto a los delitos de acción privada, hay que tener en cuenta, que el art. 10.5 de la LOMP de 2000 dispone que el Ministerio Público ejercerá la acción penal en delitos

reservados a la querrela privada, si el ofendido es incapaz y carece de representante legal, precepto que se completa en el art. 11 del RLOMP de 2001, estableciéndose que este ejercicio de la acción penal cesará cuando el representante legal se acredite y se persone en las actuaciones.

Esta posibilidad de que el Ministerio Público ejercite la acción penal en un delito privado no aparece en el CPP de 2001, pero hay que tener en cuenta que el rango de la LOMP es superior al del CPP, por lo que es un supuesto perfectamente admisible desde la perspectiva del principio de legalidad y del principio de jerarquía normativa. Lo que sí puede resultar atentatorio respecto de estos principios es la previsión del RLOMP de que la acción del fiscal cesará si aparece el representante legal, norma perfectamente lógica respecto al delito privado, pero a la que debería dársele rango de ley y no de mera norma reglamentaria.

II. El cap. II del Título II del CPP, regula las condiciones legales del ejercicio del principio de oportunidad, cuyas manifestaciones regladas son, según el art. 55, la mediación, la prescindencia de la acción, el acuerdo y la suspensión condicional de la persecución, sistemas que en cualquier caso no podrán aplicarse *ratione materiae* en los delitos contra el Estado o cometidos con ocasión del ejercicio de sus funciones por funcionarios nombrados por el Presidente de la República o la Asamblea Nacional, o por funcionarios de confianza o electos popularmente, ni abarcarán al ejercicio de la acción civil, regida por el principio dispositivo, tanto en vía penal como en sede civil ordinaria.

Sin ánimo de exhaustividad en el tratamiento de este tema, ya que podemos correr el riesgo de extralimitarnos en nuestro objeto de análisis y porque, además, el mismo es de la suficiente trascendencia teórica y práctica como para acometer un estudio más profundo, nos limitaremos a hacer unas cuantas observaciones sobre la regulación de estos sistemas de justicia penal consensuada.

1. Así, y respecto a la mediación, cuya naturaleza es conciliatoria o reparadora entre víctima e infractor, o bajo condición, y que sólo procede respecto a faltas, delitos imprudentes o culposos, delitos patrimoniales sin violencia o intimidación y delitos con penas menos graves (3 años), es decir, infracciones penales menores o de escasa entidad cualitativa y cuantitativa, puede practicarse con carácter previo al proceso o durante el mismo. Resulta cuanto menos curioso que en la modalidad previa, la terminología referida a las partes que intentan la autocomposición de sus intereses sea la de víctima, entendemos que en el concepto amplio del art. 109 CPP, e “imputado”, concepto este último que no se corresponde en absoluto con este momento preprocesal, y que sería sustituible por el de infractor o presunto ofensor, reservándose los términos imputado o inculcado para la mediación durante el proceso.

Por otro lado, y también respecto al acuerdo reparatorio previo al proceso, es de destacar la posibilidad de que el mismo quede exento de todo tipo de control de legalidad o de adecuación a las prescripciones que rodean a esta mediación preprocesal. En tal sentido, el art. 57 CPP dispone que de lograrse acuerdo total, éste se hará constar en un acta que las partes someterán a la consideración del Ministerio Público, entendemos que en orden a que se comprueben y fiscalicen los requisitos referidos a los tipos delictivos tasados a los que resulta aplicable la mediación, si el mediador institucionalizado se adecua a lo previsto en

la ley, si el acta es correcta, el acuerdo es legal y el consentimiento de las partes intervinientes se ha manifestado con plena voluntariedad.

Pues bien, si en el plazo de 5 días el fiscal no se pronuncia sobre de procedencia y validez del acuerdo, se tendrá por aprobado y podrá presentarse para que el juez competente (entendemos que el competente objetiva y territorialmente para el conocimiento de ese delito o falta) lo inscriba en el Libro de Mediación del Juzgado, junto con la suspensión de la persecución penal hasta el efectivo cumplimiento del acuerdo reparatorio, con lo que cabe perfectamente la posibilidad de que el acuerdo se inscriba sin homologación material o fiscalización, o pronunciamiento sobre la procedencia legal y validez de dicho acuerdo, ni por el fiscal, que no ha emitido resolución al respecto en ese escueto plazo de 5 días, ni por el juez, que se limita a la homologación formal y protocolización mediante la inscripción del acuerdo y la suspensión de la persecución.

Además, y en orden a los efectos del cumplimiento del acuerdo reparatorio, hay que tener presente que el mismo, a instancia de parte (víctima o infractor) da lugar a un auto motivado por el que se extingue la acción penal (arts. 57 y 72.6 CPP). Si es la víctima la que promueve este auto definitivo, no hay razón para pensar que no haya habido cumplimiento, o, lo que es lo mismo, no se hace necesario comprobar el mismo. Ahora bien, si la víctima no insta este auto de extinción de la acción penal, y lo hace el infractor, y el ofendido se opone, es lógico pensar que se hará preciso un mínimo incidente contradictorio ante el juez competente para dilucidar las circunstancias del caso.

Por otro lado, y ante la falta de cumplimiento, el art. 57 dispone que a instancia de parte el Fiscal reanudará la persecución penal. Entendemos que la verdadera intencionalidad de este párrf. 5 del art. 57 no es dejar en manos de la víctima la persecución y el ejercicio de la acción penal, ni que se private la persecución independientemente de la naturaleza del delito. La acción se ejercitará con arreglo a lo dispuesto en el art. 51 CPP. Lo que aclara el art. 57 es que el incumplimiento acreditado del acuerdo reparatorio deja abierta la puerta al ejercicio de esa acción, por quien corresponda.

En cuanto a la figura del mediador en esta fórmula autocompositiva, los arts. 57 y 58 distinguen según la mediación sea previa o durante el proceso.

En el primer caso, hay una serie de mediadores institucionalizados que son el notario, el abogado o el facilitador de justicia. Pero si la mediación es procesal, y el acusado y la víctima solicitan al Ministerio Público la celebración de un trámite de mediación, todo da a entender que el mediador es el fiscal, con lo cual asume los dos papeles esenciales, por un lado de mediador o componedor, y, por otro, de controlador de la validez y procedencia del acuerdo, para que después el juez lo homologue y dicte auto de suspensión y posterior auto de sobreseimiento y extinción de la acción penal.

Por otro lado, y de acuerdo con el art. 327 CPP, en sede de juicio de faltas, es el juez local el que en la audiencia inicial, y en el momento de admitir la acusación, interrogará a las partes y promoverá una posible mediación, por lo que, al no intervenir el fiscal, es el juez el que modera la mediación y el que a su vez dictará las resoluciones correspondientes sobre procedencia y validez del acuerdo, suspensión de la causa y sobreseimiento y extinción de la acción penal<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> .- El art. 94 de la LOPJ se refiere a la mediación penal, llevada a cabo por el Juez de la causa, quien, antes de la sentencia, citará a las partes y las invitará a la solución amigable de la pugna, haciéndoles la reflexión



2. Respecto a la prescindencia de la acción penal, que el art. 59 configura como total o parcial, o limitándola a alguna infracción o alguna persona, entendemos que es una manifestación del principio de oportunidad que coincide con la fórmula del *charge bargaining* anglosajón, es decir, una modificación o cambio de la acusación, prescindiendo de cargos o modificándolos, en algunos casos sin sometimiento a condición alguna ni a reconocimiento de hechos, y en otros bajo condición, como el supuesto del art. 59.1 CPP, en el que la modificación de la acusación e incluso la retirada de cargos se hace depender de que el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial o ayude a esclarecer los hechos.

En estos casos, aunque no hay reconocimiento de hechos ni de culpabilidad en sentido estricto, hay un trato o transacción en la que normalmente los hechos objeto del trato habrán sido admitidos de alguna forma por el acusado, además de la contrapartida, por ejemplo, del deber de testificar respecto a otro imputado. En este punto hay que tener presente que si el acuerdo se logra pero se incumple por el imputado o se rompe por el mismo, el art. 62 CPP establece que se dicte sentencia con arreglo a la aceptación de hechos. Ello implica que se tienen en cuenta para una posible condena el contenido de las conversaciones que llevaron al trato o acuerdo, lo que no se contradice con el carácter de prueba ilícita que atribuye a estas conversaciones el art. 16 CPP, ya que este precepto y el art. 62 se refieren a casos diferentes. El art. 16 considera prueba ilícita y de valoración prohibida las conversaciones conducentes a un acuerdo o trato que no se llega a lograr, mientras el art. 62 permite utilizar dicha aceptación de hechos o conversaciones autoincriminatorias si el acuerdo se logra pero se incumple por el acusado.

3. Respecto a la figura del acuerdo, que si contempla la admisión de la responsabilidad en los hechos, entendemos que podría acogerse a la figura del *charge bargaining*, en cuanto dicho reconocimiento propiciase una limitación o prescindencia de cargos; o bien, y si el reconocimiento de hechos tiene como contrapartida la disminución del grado de participación o de la sanción penal postulada en la acusación, estaríamos ante la figura del *sentence bargaining*, como modalidad respecto al objeto de la negociación que implica un acuerdo que versa sobre el contenido de la condena sin alteración de los cargos, o sobre una petición más benévola respecto a la pena.

El art. 61 requiere en estos casos que el Juez se asegure de que la aceptación de los hechos por el acusado es voluntaria y veraz. Ello, a nuestro entender, exige la aplicación en este trámite de lo preceptuado en el art. 271 CPP, aunque dicho precepto se refiere al reconocimiento espontáneo y no al reconocimiento fruto de un acuerdo con la acusación.

Por tanto el juez puede comprobar la veracidad de los hechos objeto del reconocimiento abriendo un trámite de prueba, de manera que si del resultado de esa prueba se arrojan dudas sobre la culpabilidad o la realidad de esos hechos admitidos, se rechazará el reconocimiento y se continuará el proceso; y, en caso contrario, se dictará sentencia anticipada con clausura del juicio (art. 305.2 CPP).

---

acerca del tiempo y recursos que se invertirán en el proceso judicial, y aclarándoles que su cometido es el de reconciliarlos, haciendo de mediador o amigable componedor. Si se llega a avenimiento, lo acordado y resuelto en acta judicial tendrá carácter ejecutivo y de cosa juzgada.

4. Respecto a la suspensión condicional de la persecución penal, en la que el art. 63 habla de la conformidad del acusado con los términos de la acusación antes de la convocatoria a juicio, entendemos que hay que diferenciar entre los requisitos procesales de la medida, que son que se trate de delitos imprudentes o menos graves, y que el acusado no sea reincidente; y las condiciones positivas a cumplir por el acusado para que se decrete el cierre definitivo del proceso mediante el sobreseimiento y la extinción de la acción penal (arts. 66 y 72.7 CPP), que son la conformidad con la acusación de forma voluntaria y veraz, la reparación a la víctima y el cumplimiento de determinadas condiciones, lo que asemeja esta figura a la *probation* anglosajona (art. 65).