

ESI XIV G

LORENA BACHMAIER WINTER
(Coord.)

PROCESO PENAL Y SISTEMAS ACUSATORIOS

Lorena BACHMAIER WINTER
Kai AMBOS
Marien AGUILERA MORALES
Teresa ARMENTA DEU
Giulio ILLUMINATI
Stephen C. THAMAN
Richard VOGLER

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2008

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

Zentralbibliotheken
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität

© Los autores

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

Telf.: 91 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9768-558-0

Depósito legal: M-33679-2008

Fotocomposición: Medianil Composición, S. L.

Impresión: ELECÉ, Industria Gráfica, S. L.

Polígono El Nogal. C/ Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2008

2008/5934

PRESENTACIÓN¹

La promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española en 1882 supuso un decisivo avance de nuestro proceso penal hacia un proceso contradictorio y respetuoso con las garantías de la imparcialidad, instaurando el denominado proceso acusatorio mixto. Las palabras de ALONSO MARTÍNEZ en su Exposición de Motivos gozan aún de vigencia y denotan una clara comprensión de lo que un proceso moderno debe perseguir y respetar. Ello ha permitido que el texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con sucesivas reformas parciales, más o menos extensas, se haya adaptado al marco constitucional iniciado en 1978 y consolidado a través de la interpretación de los derechos fundamentales que han elaborado nuestros tribunales, particularmente el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A pesar de ello, existe un amplio consenso acerca de la necesidad de elaborar un nuevo código de enjuiciamiento penal, que dé cumplida respuesta a las exigencias actuales en la represión de la criminalidad, regule de manera completa las medidas de investigación penal —especialmente las que implican una mayor afectación de los derechos fundamentales— y revise el papel que han de desempeñar cada uno de los sujetos que intervienen en el sistema de justicia penal. Esos intentos de reforma integral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se han sucedido desde hace más de dos décadas sin que se haya acometido una modificación de la estructura básica del modelo de proceso penal —salvando importantes reformas puntuales como la introducción del proceso abreviado, la regu-

¹ El presente trabajo sobre los sistemas acusatorios penales ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Integración europea y armonización de las garantías fundamentales en el proceso penal» (SEJ2005-05719/JUR), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

del proceso penal español, pues esas garantías ya están más que asentadas sin necesidad de importar formalmente —y a veces acriticamente— modelos extranjeros de *adversary system*.

En el presente, un debate serio acerca de la articulación del proceso penal necesariamente ha de tomar en cuenta las soluciones adoptadas en otros países. El recurso al derecho comparado es insoslayable en la ciencia jurídica e imprescindible para legislar con acierto. Para ello han de analizarse cómo operan las instituciones jurídicas en los países objeto de estudio, cuáles son los problemas que han generado, y en qué medida han servido para dar una respuesta eficaz a las necesidades del sistema de justicia penal⁷⁷. Sin olvidar que las soluciones jurídicas no pueden sacarse sin más fuera del contexto en el que operan.

El análisis del proceso penal debe acudir al Derecho comparado, cada vez más relevante en un espacio jurídico europeo en el que se aprecian las ventajas de un proceso de armonización de sistemas y garantías procesales. Pero, sin duda, lo verdaderamente relevante para avanzar en el diseño de un proceso penal es partir de una profunda comprensión de cómo ha de configurarse el equilibrio entre dos elementos: de un lado, la protección del ciudadano frente al Estado y el respeto a los derechos fundamentales, y de otro, la eficacia en la represión de la criminalidad y la adecuada protección de la víctima. Frente a quienes demonizan el proceso denominado acusatorio-mixto por no ser suficientemente «acusatorio», son ilustrativas las palabras de un autor como Langbein⁷⁸, con un gran conocimiento actual e histórico tanto del proceso penal del *common law* como del proceso continental europeo. Indica este autor que un proceso técnicamente muy superior al acusatorio medieval, como era el inquisitivo, se hizo, sin embargo, digno del desprecio que recibió por parte de los juristas ingleses, debido a la utilización de la tortura en el mismo. Pero si, con el tiempo, fundamentalmente a lo largo del siglo XIX, ese proceso surgido del Derecho romano-canónico fue superando los defectos que lo hacían indigno de ser emulado, el proceso adversarial mantiene uno de las principales deficiencias que lo caracterizan desde el siglo XVIII: la falta de un sistema objetivo de búsqueda de la verdad en la fase previa al juicio, «the failure to develop institutions and procedures of criminal investigation and trial that would be responsible for and capable of seeking the truth».

⁷⁷ Es preciso citar aquí nuevamente como ejemplo magnífico de estudio de derecho comparado el trabajo de L. M. Díez-PICAZO, *El poder de acusar*, cit. Ejemplos de valiosos estudios de Derecho comparado relativos al sistema de justicia penal y, en particular, sobre la figura del Ministerio Fiscal son, entre otros, el ya citado J. M. JEHL y M. WADE, *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, cit. Vid. también, T. VANDER BEKEN y M. KILCHLING (eds.), *The Role of the Public Prosecutor in the EU Criminal Justice Systems*, Brussels, 2000, y P. TAK (ed.), *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, Nijmegen, 2004.

⁷⁸ Vid. J. H. LANGBEIN, *The Origins of Adversarial Criminal Trial*, cit., pp. 342-343.

EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y EL PROCESO ACUSATORIO: UN INTENTO DE COMPRENDER SU SIGNIFICADO ACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Kai AMBOS*

SUMARIO: I. LA ANTIGÜEDAD: PROCESO PENAL EN GRECIA Y ROMA.— II. LA EDAD MEDIA: DERECHO GERMÁNICO Y DERECHO CANÓNICO.— III. LA BAJA EDAD MEDIA Y LOS INICIOS DE LA EDAD MODERNA: ESTATALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL Y VERDAD MATERIAL.— IV. EL CAMINO HACIA EL PROCESO PENAL REFORMADO.— 1. Evolución histórica.— 2. La distinción dogmática entre el principio acusatorio y el principio de averiguación.— V. PRINCIPIO ACUSATORIO Y PROCESO ACUSATORIO DESDE LA PERSPECTIVA ACTUAL.

En la búsqueda a nivel internacional del proceso penal que sea mejor, tiende a identificarse el principio acusatorio con los atributos de «progresista» y «democrático», mientras que el principio inquisitivo es tildado de «conservador» o «autoritario». El proceso acusatorio (del latín *accusare*) se define como un proceso contradictorio (o *adversarial*) con un órgano que lleva a cabo la instrucción y la acusación (Ministerio Fiscal y/o Juez

* Catedrático de Derecho penal, procesal penal, Derecho comparado y penal internacional en la Georg August Universität Göttingen, Alemania; director del Dept. de Derecho penal extranjero e internacional del Instituto de Ciencias Criminales. Magistrado del Tribunal estatal de Göttingen. Agradezco al Dr. Shahryar Ebrahim-Nesbat por su apoyo en la búsqueda del material y sugerencias importantes y al Prof. Dr. Wolfgang Sellert, Göttingen, por sus observaciones valiosas. Traducción del alemán realizada por la Prof. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Universidad Complutense de Madrid.

de Instrucción) y en el que dos partes se enfrentan ante un órgano decisor (el tribunal). Por el contrario, el modelo inquisitivo (del latín *inquirere* = inquirir, indagar) se caracteriza, en primer lugar, porque el mismo órgano que instruye decide sobre la causa (el Inquisidor), en segundo lugar porque el fin del proceso es la búsqueda de la verdad material (*veritas delicti*) y también porque en la investigación rige el principio de oficialidad (*indagatio*). La historia, sin embargo, nos demuestra que las cosas revisten una mayor complejidad. Por un lado, el concepto de «principio acusatorio» ha sido durante largo tiempo utilizado para referirse al modo de iniciarse el proceso, en particular al proceso iniciado a instancia de parte (privada)¹, y por otro lado, la «estatalización» del proceso penal que se produjo en la Edad Media y que supuso la implantación del proceso inquisitivo, en aquel momento trajo consigo importantes avances respecto del anterior modelo acusatorio privado.

I. LA ANTIGÜEDAD: PROCESO PENAL EN GRECIA Y ROMA

El proceso penal en Grecia (del s. VI al IV a.C.) —más exactamente, el proceso en la ciudad de Atenas²— respondía al modelo acusatorio puro, pues cualquier ciudadano ateniense (en torno al 399 a.C.) podía formular la acusación ante el oficial competente (*arconte*)³, por lo que existía una verdadera *acusación popular*⁴. Aristóteles destaca la existencia de la acusación popular como uno de los elementos principales del sistema jurídico de Solón⁵. El arconte competente controlaba si concurrían los presupuestos de admisibilidad de la acusación —entre otros que no había óbices de procedibilidad (en particular la amnistía)—. Una vez admitida la querrela fijaba fecha para el juicio y daba publicidad a la querrela⁶. Interponer una querrela suponía para el acusador privado asumir unos costes nada desdeñables. De un lado debía prestar caución para responder frente a una posible indemnización por querrela falsa. De otro lado, en el caso de que el acusador no obtuviera al menos una quinta parte de los votos del tribunal —tribunal que podía ser de muchos miembros— a su favor, debía pagar una multa de 1.000 dracmas⁷. Se trataba en definitiva de un *proceso acu-*

¹ En este sentido, E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.^a ed. 1965, p. 198: «hat seinen Namen von der Prozeßeinleitungsform».

² En Grecia sólo existían derechos particulares, y la situación de Atenas como fuente de los mismos la hace de especial interés (U. WESEL, *Geschichte des Rechts*, 1997, p. 117 y ss.)

³ Así, U. WESEL, *op. cit.*, en la nota 2, p. 123.

⁴ M. BREITBACH, «Der Prozess des Sokrates—Verteidigung der oder Anschlag auf die athenische Demokratie», *Gymnasium* 112 (2005), p. 321; U. WESEL, *op. cit.*, p. 125.

⁵ «Aristoteles, Staat der Athener», en Hellmut Flashar (ed.), *Aristoteles, Werke in Deutscher Übersetzung*, 1990, vol. 10, parte I, capítulo 9 (pp. 18-19).

⁶ M. BREITBACH, *op. cit.*, en nota pie 4, p. 330.

⁷ U. WESEL, *op. cit.*, en nota pie 2, p. 125.

satorio privado, pues más allá del modo de iniciación del proceso, el acusador podía ver sostenida su acusación por otros ciudadanos, mientras que por su parte, el acusado debía defenderse a sí mismo, pudiendo su defensa también ser apoyada por otros ciudadanos⁸. El proceso estaba regido por el *principio dispositivo*, lo cual se manifestaba, entre otros, en el hecho de que los jueces estaban vinculados a las peticiones formuladas por las partes en sus respectivos escritos de acusación y defensa, hasta tal punto que ni siquiera tenían discrecionalidad para determinar el alcance de la pena⁹. Los miembros del tribunal eran elegidos a través de un complejo sistema de sorteo entre los ciudadanos romanos. El número de jueces que formaban el tribunal dependía de la gravedad del asunto, pudiendo estar compuesto por 501 jueces hasta 6.000 (¡)¹⁰. El proceso penal se caracterizaba por su carácter plenamente privado —por cuanto la iniciación, el enjuiciamiento y las partes del proceso eran ajenos a la intervención pública—, lo cual explica que la sentencia fuese considerada como expresión directa de la soberanía popular y que la justicia ateniense fuese considerada como un ejemplo de absoluta democratización de la justicia¹¹.

En el Derecho romano ha de diferenciarse entre la época de la *República* (510 a 27 a.C.) de la época del Imperio (desde el año 27 a.C. hasta el siglo XI d.C.). El antiguo Derecho penal romano (tras la fundación de la República en el año 510 a.C.) distinguía entre los delitos capitales, el denominado *percidium* (*böse Tötung*) y el *perduellio* (alta traición), y los demás delitos. Formulada la acusación privada (*accusatio*), los delitos ordinarios eran enjuiciados por la asamblea popular a través del *iudicium populum* contra ciudadanos romanos. Con la presentación de la *accusatio* el acusador asumía la obligación ética de presentar una acusación justa frente al acusado y a su vez asumía que el proceso pudiera dirigirse contra el propio acusador¹². Para los delitos de alta traición en los que existía un interés público en que fueran perseguidos, existía un proceso de instrucción oficial (la denominada *inquisitio*), llevada a cabo por un funcionario nombrado por el cónsul para el caso concreto, denominado *questor*¹³. En consecuencia, este proceso estaba regido por el principio de oficialidad pero su objetivo no se centraba en la averiguación de la verdad material, sino únicamente en la determinación

⁸ M. BREITBACH, *op. cit.*, en nota pie 4, p. 330.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.* según U. WESEL, *op. cit.*, en nota pie 2, p. 125 en el proceso penal el tribunal estaba compuesto de ordinario por 500 jueces.

¹¹ Cfr. M. BREITBACH, *op. cit.*, en nota pie 4, pp. 112, 330.

¹² Vid. R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. I, 1925, p. 59; T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1961, p. 152, así como los comentarios a esta obra de H. F. HITZIG, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 13, p. 182-229 (1900); H. ZILKENS, «Entwicklung und Verfahren der Inquisition», *Die neue Ordnung* núm. 6/1999, I (sin página).

¹³ Cfr. T. MOMMSEN, *op. cit.*, en nota pie 12, p. 154; también H. ZILKENS, *op. cit.*, en nota pie 12 (sin página).

de la culpabilidad o no del imputado por el hecho delictivo utilizando para ello medios de prueba de carácter irracional como el «*Reinigungseid*» (o juramento purgador), los «*Eidshelfer*» (jurados de apoyo,) y ordalías o juicios de Dios¹⁴. Por tanto puede afirmarse que en el Derecho romano, al faltar la máxima de la instrucción no existía un proceso inquisitivo en el sentido inicialmente indicado¹⁵. Con la expansión de Roma se hizo patente la necesidad de institucionalizar la persecución penal. Ello dio lugar a que en el siglo III a.C. se crearan los *tresviri capitales*, una especie de órgano de persecución penal¹⁶. Aproximadamente un siglo después se establecieron, al igual que en Atenas, tribunales de mayor tamaño, integrados por jurados, al tiempo que la atribución de la instrucción a un funcionario profesional (*questor*) se convirtió en la regla general. No obstante, la iniciación del proceso seguía dependiendo del ejercicio de la acción por algún ciudadano, por lo que en el proceso seguía vigente el principio acusatorio, entendido éste en su acepción estricta¹⁷. La decisión acerca de esa acusación privada correspondía a un tribunal de jurados, presidido por un pretor designado para el caso —el pretor era hasta el establecimiento de los cónsules, el funcionario más alto de la República romana—¹⁸.

La *época imperial romana* que se extiende hasta la Edad Media llevó a una dominación absoluta que se plasmó también en el Derecho penal. El principio acusatorio y el de oficialidad comenzaron a coexistir de tal manera que el proceso podía iniciarse tanto a instancia de un particular (*accusatio*) como de oficio (*cognitio*). Hasta qué punto puede calificarse este proceso de inquisitivo es una cuestión debatida y requiere como premisa lógica definir previamente el concepto de «inquisitivo». Según BIENER, el Derecho romano ya conocía el proceso inquisitivo¹⁹. De acuerdo con ROFREDDUS el Derecho justinianeo (calificado así por el emperador Justiniano I, aprox. del 482 al 565) ya preveía una investigación y enjuiciamiento de oficio para determinados delitos, sin necesidad de acusador particular²⁰. En

¹⁴ En el juramento purgador el acusado podía liberarse de las acusaciones formuladas, mediante juramento sobre su propia integridad. Le era, por tanto, reconocida su propia integridad mientras que en el caso de los procesos en que se recurría a jurados de apoyo el acusado se servía de la integridad y credibilidad reconocida a otros. En los juicios de Dios o por ordalías, la fama y nombre del acusado era ya tan mala, que ya sólo Dios podía acudir en su ayuda (cfr. A. IGNOR, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*, 2002, pp. 48, 59, 99 y ss.; E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 39 y ss.)

¹⁵ W. TRUSEN, «Strafprozeß und Rezeption» en su obra *Gelehrtes Recht in Mittelalter und in der frühen Neuzeit*, 1997, p. 145 (230).

¹⁶ U. WESEL, *op. cit.*, en nota pie 2, p. 167.

¹⁷ U. WESEL, *op. cit.*, en nota pie 2, pp. 168 y ss.

¹⁸ VON HIPPEL, *op. cit.*, en nota pie 12, p. 63; H. F. HITZIG, *op. cit.*, en nota pie 12, p. 197.

¹⁹ F. A. BIENER, «Beitrag zur Theorie des neueren Kriminalprozesses», *Das Gerichtssaal* («GS») 1855, p. 420; del mismo también *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitions-Processes und der Geschworenen-Gerichte*, 1827, pp. 11-15.

²⁰ Citado por F. A. BIENER, *Beiträge...*, cit., nota pie 19, pp. 82 y ss.

el Derecho romano existían también procesos incoados de oficio, como era el caso para los delitos graves de incendios, robos y análogos. En ellos, el *praefectus vigelum*, máximo responsable de la extinción de incendios con 7.000 hombres a su mando, iniciaba de oficio el proceso y presentaba el caso al *praefectus urbi*, equivalente al jefe de la policía, para que procediera a su investigación²¹. También en el área del Derecho civil se admitió, si bien con carácter excepcional, la inquisición, sistema de enjuiciamiento que se instauró en la práctica de los tribunales civiles de las ciudades italianas sin diferencias²². En definitiva, para los casos por delitos graves existía un proceso regido por el principio de oficialidad, el cual, sin embargo, no podemos calificar como proceso inquisitivo *stricto sensu*, por no estar encaminado a la búsqueda de la *veritas delicti*.

II. LA EDAD MEDIA: DERECHO GERMÁNICO Y DERECHO CANÓNICO

En el derecho germánico (siglos V a IX)²³ regía el principio clásico del modelo acusatorio *nemo iudex sine actore* (sin acusador no habrá juez)²⁴. La persecución penal estaba supeditada a la formulación de una acusación particular o popular. El particular agraviado o sus parientes perseguían la reparación del daño bien a través de un contrato de vindicación o reparación (*Sühnevertrag*) previo al proceso, o a través de una demanda de reparación²⁵. En ordenamiento jurídico del las estirpes²⁶ de la *época de los francos* (aproximadamente del siglo V al IX)²⁷, en las denominadas *leges barbarorum*²⁸ la «compositio»²⁹ —ya

²¹ F. A. BIENER, *Beiträge...*, cit., nota pie 19, pp. 11 y ss. Sobre el *praefectus vigelum* y el *praefectus urbi*, vid. también U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, p. 169.

²² F. A. BIENER, GS cit., nota pie 19, p. 420; y del mismo *Beiträge...*, cit., nota pie 19, pp. 103 y ss.

²³ Sobre la ordenación cronológica del derecho de los germanos, vid. U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, p. 262, que no coincide con la fecha de surgimiento del pueblo de los germanos (época germánica hasta la migración en el siglo V) y la sucesiva época de los francos (vid. *infra* nota pie 27).

²⁴ W. SELLERT (ed.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. II, 1978, columnas 853 y ss.; del mismo autor, *Studien und Quellenbuch*, vol. I, 1989, p. 51, quien indica la existencia de una laguna en las fuentes.

²⁵ E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 37 y ss.

²⁶ Agradecemos aquí la indicación de Wolfgang SELLERT sobre la denominación de los derechos de la estirpe (*Stamm*) en vez de a los derechos del pueblo (*Volk*), puesto que las *leges barbarorum* no eran derechos acordados por el pueblo, sino actos legislativos del rey.

²⁷ Los francos como parte de la familia de las lenguas indogermánicas, se encuadran dentro de los germanos (*Rüping/Jerouschek*, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 4.^a ed. 2002 § 1, Rn. 4) y su reino estaba constituido por las dinastías de los merovingios (que comenzaba con Clodoveo, años 481-511, hasta el siglo VIII) y los carolingios (siglos VIII a IX). Vid. U. WESEL, *op. cit.*, en nota pie 2, pp. 273 y ss.

²⁸ *Rüping/Jerouschek*, *op. cit.*, nota pie 27, Rn.8.

²⁹ En el capítulo 21 de la obra «Germania» de Tácito se menciona cómo mediante la «compositio», a través del pago de una multa (en calidad de pena o de indemnización) se cas-

mencionada por Tácito— se desarrolla para convertirse en un «sistema» de resolución de conflictos, que podía servir tanto para la compra del derecho de venganza (*Wergeld*)³⁰ como para la reparación del daño causado³¹. Al igual que no se distinguía entre la reparación del daño y la pena, tampoco se diferenciaba entre la demanda civil y la acusación penal; la reparación del daño se produce dentro del proceso penal —de manera análoga a la idea que subyace en el actual *Adhäsionsprozess* alemán (§§ 403 y ss. StPO)³²—. Pero como sucedía en el Derecho romano, en el Derecho de los francos el proceso penal no se centraba en la búsqueda de la verdad material, sino en la determinación de la culpabilidad o inocencia del sospechoso dentro de un proceso estrictamente formal:

«El proceso acusatorio ha evolucionado a partir del proceso germánico que estuvo vigente a los largo de toda la Edad Media para la resolución de acusaciones relativas a ilícitos. El acusatorio es un proceso que, como regla, se inicia a instancia del ofendido o de sus parientes mediante la formulación de una acusación (*Klage*) y en el que no se busca la verdad material ni se investigan todos los hechos para extraer de los mismos un juicio fáctico definitivo. El objeto de la prueba en este proceso se centra fundamentalmente en la cuestión jurídica relativa a la culpabilidad o inocencia y la prueba se presenta unilateralmente por una de las partes, aquella que se encuentre más próxima al elemento de prueba»³³.

Lo característico de este proceso (siempre y cuando el acusado no hubiera sido aprehendido *in flagranti*)³⁴ radica en que se lleva a cabo un proceso probatorio formal —ya sea juramento con o sin jurados de apoyo, juicios de Dios o duelos— cuyo resultado determinaba de manera defini-

tiva la ofensa (cfr. K. O. SCHERNER, ed.), vol. 2, columnas 995 y ss.; W. SELLERT, *Studien und Quellenbuch*, nota pie 1, pp. 56 y ss.

³⁰ *Wergeld*, del latín «vir» o en el sentido del alemán antiguo «wer»= *Mann* (hombre), por tanto, *Manngeld* en el sentido de un «pago de expiación» o multa (*Sühnegeld*).

³¹ G. BUCHDA, *HRG*, vol. I, 1971, columna 172; *Rüping/Jerouschek*, op. cit., nota pie 27, Rn.8 y ss.

³² En este sentido, sobre el derecho penal privado, vid. también U. WESEL, op. cit., nota pie 2, pp. 269, 287.

³³ E. SCHMIDT, «Inquisitionsprozess und Rezeption», en *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät*, 1941, pp. 99 y ss. La cita original reza: «Ein Anklageverfahren ist zunächst der aus dem germanischen Verfahren erwachsene Prozess, der für Klagen um Ungerichte sich während des ganzen Mittelalters erhalten hat. Es ist jenes Verfahren, das in der Regel vom Verletzten oder einem Sippegenossen durch Klage eingeleitet wird, in dem nicht nach der materiellen Wahrheit geforscht, nicht alle Einzelzüge eines Sachverhalts ermittelt werden, um daraus ein geschlossenes Tatbild zu gewinnen, in dem vielmehr die Rechtsfrage schuldig oder unschuldig den Gegenstand eines formalen Beweisverfahrens mit nur einseitiger Beweisführung desjenigen ausmacht, der zum Beweis näher ist».

Vid. también W. SELLERT, «Die Bedeutung und Bewertung des Inquisitionsprinzips aus rechtshistorischer Sicht», en Norbert Achterberg et al. (eds.), *Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Ulrich Scupin*, 1983, p. 166.

³⁴ Sobre este «proceso de detención in flagranti» (*Handhaftverfahren*) sin apenas formalidades, vid. E. SCHMIDT, op. cit., nota pie 1, pp. 40, 81 y ss.

tiva y sin necesidad de practicar ulterior prueba, la culpa o la inocencia del acusado³⁵. Pero, al igual que sucedió en el proceso penal romano, también en el germánico fue adquiriendo un mayor significado la persecución de oficio, con una creciente influencia del poder del rey:

«El principio inquisitivo lo encontramos como muy tarde desde la época carolingia [751-911, K.A.] en las diversas fases de los procesos medievales: en el proceso de reprensión (*Rügeverfahren*) para el esclarecimiento de los delitos capitales según el derecho de los *Kapitularen* [órdenes reales, en particular, bajo el mandato de Carlos el Grande, K.A.], en los Tribunales de Vehma (Send- und Femegericht), más tarde reducido a la reprensión del campo y del bosque» (*Feld- und Forstrüge*)³⁶.

En conclusión, el proceso germánico era un proceso acusatorio, en la medida en que se iniciaba mediante una querrela particular y el concepto de «acusación» se utilizaba referido únicamente al modo de iniciarse el proceso»³⁷.

Con el papa Inocencio III (1161-1216) logra implantarse en el Derecho canónica del siglo XIII el proceso inquisitivo *stricto sensu*³⁸. Este nuevo proceso se diferenciaba del proceso canónico anterior en que ya no era necesaria la querrela de un particular —que en la práctica rara vez llegaba a formularse debido a los riesgos que ello implicaba—, sino que bastaba la denuncia (*denunciatio*) o un rumor extendido de la mala fama—aquí puede verse la analogía con el proceso de difamación franco—, para que se produjera una actuación oficial: se abría en consecuencia la *inquisitio*

³⁵ Ver lo dicho ya en la nota pie 14, así como G. BUCHDA, cit., nota pie 31, columna 173; E. SCHMIDT, op. cit., nota pie 1, p. 39.

³⁶ H. SCHLOSSER, *HRG* vol. II, 1978, columna 380 y ss. La cita original reza: «Das inquisitorische Prinzip als Verfahrenscharakteristikum ist spätestens seit der Karolinger Zeit [751-911, K. A.] in verschiedenen Funktionen in den mittelalterlichen Prozessstypen anzutreffen: Im Rügeverfahren bei der Aufklärung von Kapitalverbrechen nach dem Recht der Kapitularen [königliche Anordnung insbes. unter Karl dem Großen, K.A.], in den Send- und Femegerichten, später verkümmert in der Feld- und Forstrüge».

Cfr. también E. SCHMIDT, op. cit., nota pie 1, pp. 41 y ss.; W. SELLERT en *Festschrift für Ulrich Scupin*, cit., nota pie 33, p. 165, según el cual aparece por primera vez el verbo *inquirere* y se comienza a aplicar la tortura para la búsqueda de la verdad; *Rüping/Jerouschek*, op. cit., nota pie 27, Rn.22 ven en la exigencia de que los jurados que apoyan la acusación no sean todos miembros de su familia, «la bases para la penetración del principio de la verdad material».

³⁷ Acerca del controvertido tema del surgimiento y evolución del proceso canónico inquisitivo vid. G. KLEINHEYER «Zur Rolle des Geständnisses im Strafverfahren des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit», en Kleinhayer/Mikat (eds.), *Beiträge zur Rechtsgeschichte. Festschrift für Hermann Conrad*, 1979, p. 369; también H. ZILKENS, op. cit., nota pie 12, vol. III (sin página).

³⁸ *Rüping/Jerouschek*, op. cit., nota pie 27, Rn. 33; D. OEHLER, «Zur Entstehung des strafrechtlichen Inquisitionsprozesses», en H.-J. Hirsch et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 847, 849 y ss. y 860; A. IGNOR, op. cit., nota pie 14, p. 48; R. VOGLER, *A world view of criminal justice*, 2005, p. 27.

con el objeto de la averiguación de la verdad material (*veritas delicti*)³⁹. El juramento purgador habitual en el proceso de difamación —que producía la limpieza de la mala fama a través del *iuramentum*— pasó a jugar un papel secundario, pues sólo se recurría al mismo cuando la *inquisitio* no arrojaba un resultado convincente⁴⁰. Por otro lado, el proceso inquisitivo pasó a iniciarse como el proceso de difamación (basado en el rumor de la *mala fama*), de tal manera que no constituía un proceso completamente novedoso, sino una corrección del proceso anterior que se había instaurado para la averiguación de la verdad material a través de la *inquisitio*⁴¹. El *proceso inquisitivo de la iglesia* serviría así también para introducir un mayor control disciplinario entre los clérigos infractores o corruptos, en una época en la que la Iglesia había perdido prestigio, debido en parte al problema de las simonías o compra-venta de cargos eclesiásticos (y también de beneficios, sacramentos, reliquias y otros)⁴². Sólo posteriormente con la implantación de los procesos de la inquisición contra herejes se aplicó la violencia y la tortura con el objeto de reconducir a los herejes a la —pretendida— verdadera fe⁴³. El recurso a estos métodos, en particular a la tortura⁴⁴, se extendería también plenamente al proceso penal⁴⁵. Se considera incluso que el proceso inquisitivo secular tiene sus raíces en la inquisición del proceso canónico⁴⁶. El proceso de la inquisición y el recurso a la

³⁹ Vid. *supra* nota pie 14.

⁴⁰ W. TRUSEN, «Der Inquisitionsprozeß», en su obra citada en la nota pie 15, pp. 81, 87 y ss. y 142; Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 35; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 48; H. ZILKENS, *op. cit.*, nota pie 12, vol. IV (sin página).

⁴¹ Vid. principalmente W. TRUSEN, *op. cit.*, nota pie 40, pp. 123 y ss.; en igual sentido D. OEHLER, *op. cit.*, nota pie 38, p. 853 (bajo la referencia a Tancredo); y H. ZILKENS, *op. cit.*, nota pie 12, vol. IV (sin página).

⁴² Cfr. D. OEHLER, *op. cit.*, nota pie 38, pp. 851 y ss., y 860 y ss.; W. TRUSEN, *op. cit.*, nota pie 40, pp. 142 y ss.; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 47 y ss.; sobre el derecho penal canónico vid. W. M. BLÖSCHEL, *Geschichte des Kirchenrechts*, 2.^a ed., 1962, p. 374.

⁴³ En detalle vid. A. ERLER, *HRG* vol. II, 1978, columna 371; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 51 y ss.; y también Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 35. Sobre la controvertida relación entre la persecución de clérigos y la inquisición contra herejes, cfr. A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 53 con ulteriores referencias. Sobre la herejía como *crimen laesae majestatis* público cfr. H. ZILKENS, *op. cit.*, nota pie 12, vol II (sin página).

⁴⁴ El papa Inocencio IV en el año 1252 autorizó la tortura en la bula «Ad extirpanda», cfr. G. KLEINHEYER, *op. cit.*, nota pie 37, pp. 367-368; D. OEHLER, *op. cit.*, nota pie 38, p. 861; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 53; J. H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof* (2006), pp. 3 y 7; R. VOGLER, *op. cit.*, nota pie 38, p. 27.

⁴⁵ Admiten sin controversia esta relación, entre otros, Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 82 y 128; D. OEHLER, *op. cit.*, nota pie 38, p. 861; U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, p. 336; R. VOGLER, *op. cit.*, nota pie 38, pp. 23 y 25. Sin embargo, otros autores aluden a la suma de diversos factores vid. G. KLEINHEYER, *op. cit.*, nota pie 37, p. 368; y otros al desarrollo autónomo en el derecho alemán, E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 92 y ss.; y en el mismo sentido J. H. LANGBEIN, *op. cit.*, nota pie 44, p. 8.

⁴⁶ W. TRUSEN, *op. cit.*, en la nota pie 40, pp. 132 y ss.; en igual sentido W. SELLERT, *op. cit.*, nota pie 36, pp. 847 y ss.; D. OEHLER, *op. cit.*, nota pie 38, p. 861; F. A. BIENER, *Beiträge...*, *cit.*, nota pie 19; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 47; mantiene una evolución independiente en Alemania E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, p. 93 y en *FS Leipzig cit.*, nota pie 33, pp. 99 y ss.;

tortura se hizo indispensable en los procedimientos contra la brujería que comenzaron a celebrarse a partir del siglo XV, pues sin la confesión (forzada) no podía quedar probado el ficticio *corpus delicti* de la brujería⁴⁷.

III. LA BAJA EDAD MEDIA Y LOS INICIOS DE LA EDAD MODERNA: ESTATALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL Y VERDAD MATERIAL

El desarrollo de las ciudades durante la Baja Edad Media trajo consigo nuevas formas de vida en las que la individualidad y un mayor sentido de la realidad comenzaron a cobrar fuerza⁴⁸. Con la transformación de las realidades sociales que produjo una progresiva sustitución de las arcaicas formas sociales, basadas en lazos familiares, por estructuras estatales y urbanas centralistas, con núcleos de población más grandes (territorialización) y el crecimiento de la criminalidad de masas, también comenzó la transformación del proceso penal hacia un proceso más oficial y «estatal»⁴⁹:

«Las antiguas formas de persecución penal estaban concebidas para ámbitos reducidos limitados y abarcables. El viejo proceso quedó obsoleto y se tornó ineficiente. A partir del siglo XIII y XIV, como consecuencia de las luchas por la tierra y las guerras de religión, se hace patente la necesidad de combatir de manera contundente los delitos violentos y habituales (“gente nociva del campo”, *novicia terrae*) de manera más eficaz, convirtiéndose la lucha contra la delincuencia en una prioridad. La lucha contra la criminalidad que crecía de manera amenazante ganaba protagonismo frente al sistema vigente hasta entonces, basado en la iniciativa del sujeto particular de vindicar sus derechos lesionados. Así, gracias a la sencillez y eficacia del nuevo proceso implantado en las ciudades, caracterizado por su celeridad y urgencia (tribunal *ad hoc*), comenzó a modificarse también el objetivo y la finalidad del proceso penal»⁵⁰.

en igual sentido J. H. LANGBEIN, *Prosecuting crime in the Renaissance. England, Germany, France*, 1974, pp. 140 y ss.; R. VOGLER, *op. cit.*, nota pie 38, p. 33.

⁴⁷ Cfr. Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 139 y ss. y 172 y ss.; U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, pp. 394 y ss. (en el que incluye la impresionante carta del alcalde Johann Junius quemado en la hoguera por brujería); también A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 101.

⁴⁸ W. SELLERT *op. cit.*, nota pie 36, pp. 166 y ss.

⁴⁹ W. SELLERT, *op. cit.*, nota pie 36, pp. 166 y ss.; E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, p. 84; Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 36, 43; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 54 y 58. Acerca de las bases estructurales de la institucionalización de la persecución penal, vid. también Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 25; U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, pp. 333 y ss. En relación con la progresiva separación del derecho civil y el derecho penal, vid. U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, pp. 318 y 329 y ss.

⁵⁰ H. SCHLOSSER, *op. cit.*, nota pie 36, p. 379. La cita original reza: «Die antiquierten Formen der Strafverfolgung waren auf enge und überschaubare Lebensbereiche zugeschnitten. Das alte Verfahren musste sich alsbald als ineffizient und überholt erweisen. Ausgelöst durch Gottes- und Landfriedensbewegung trat seit dem 13. Jahrhundert und 14. Jahrhundert die Forderung nach schlagkräftiger Bekämpfung der Gewalt- und Gewohnheitsverbrechen (landschädliche Leu-

En contraposición con el proceso acusatorio *privado* de Grecia y Roma —que fue el proceso predominante hasta la codificación del «Sachsenspiegel» de la Alta Edad Media⁵¹—, el nuevo proceso constituía un asunto o conflicto de carácter *público* y como tal, dirigido a averiguar la verdad material con la ayuda de medios de prueba racionales⁵². Es cierto que junto a este nuevo proceso continuaba existiendo el proceso acusatorio privado, el cual, sin embargo, iba progresivamente perdiendo relevancia, debido fundamentalmente a dos razones: en primer lugar, porque en este proceso el acusador particular tenía que llevar a cabo por sí mismo toda la instrucción previa al juicio, además de constituir la caución establecida⁵³; y en segundo lugar, este proceso no afectaba al derecho de la inquisición —«remedium accusationis non faciat cessare remedium inquisitionis»⁵⁴—, por lo que el proceso acusatorio privado fue quedando arrinconado frente al proceso inquisitivo⁵⁵. La querrela en numerosos derechos particulares correspondía al «Fiskalat», un funcionario especial directamente sometido al señor feudal⁵⁶. La competencia del tribunal se limitaba al desarrollo del interrogatorio, aunque incluía la tortura (la así llamada «*peinliche Befragung*»). Sólo aquél que hubiese cometido un delito debería ser juzgado, al igual que todo aquél que hubiese cometido sería juzgado, con independencia de cuál fuese la voluntad o posición de la víctima, en cuanto a la persecución penal. Ello constituía, sin duda, un importante avance, pues este proceso representaba ya un intento para diferenciar entre culpables e inocentes⁵⁷; y por otro lado, era manifestación de una concepción igualitaria del derecho⁵⁸. Desde la perspectiva de la prueba la *búsqueda de la verdad*⁵⁹ —en sí misma positiva—, pasa a si-

te, novici terrae) immer stärker in den Vordergrund der Kriminalpolitik. Der Kampf gegen die bedrohlich wachsende Kriminalität schlechthin gewann gegenüber der bislang auf privater Rechtsschutzinitiative beruhenden Ahndung von Rechtsbrüchen unbedingt Vorrang. Begünstigt durch die Praktikabilität des neuen, relativ modernen stadtgerichtlichen Schnell- und Notverfahrens (Gastgericht) änderte sich nunmehr auch der Zweck des Strafverfahrens, des Prozessziels».

⁵¹ Sobre el *Sachsenspiegel* (1220-1235), que se configuraba de manera acusatoria en el sentido tradicional y distinguía entre acusador particular y el juez, *vid. Rüping/Jerouschek, op. cit.*, nota pie 27, Rn. 58; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 56.

⁵² E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 33, pp. 100 y ss.; del mismo autor, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 76 y ss., 86 y 89 y ss.

⁵³ Cfr. W. TRUSEN, *op. cit.*, en la nota pie 15, pp. 229 y ss.; G. KLEINHEYER, *Zur rechtsgestalt von Akkusationsprozeß und peinlicher Frage in frühen 17. Jahrhundert: ein Regensburger Anklageprozeß vor dem Reichshofrat*, 1971, p. 16.

⁵⁴ G. KLEINHEYER, *op. cit.*, nota pie 53, p. 18.

⁵⁵ E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 198 y ss.

⁵⁶ *Idem*, p. 180.

⁵⁷ Cfr. A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 30, 32, 91 y ss., 154, 175 y 191 y ss., para quien esta diferenciación se extiende a lo largo de toda la evolución del proceso penal como una señal característica. *Vid.* también Jerouschek, «Die Carolina-Antwort auf ein "Feindstrafrecht?"», en Hilgendorf/Weitzel (eds.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, p. 79 (96).

⁵⁸ Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 76.

⁵⁹ Cfr. también W. SELLERT, *op. cit.*, nota pie 36, p. 167: «edles Motiv»; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 79.

tuarse en un primer plano. Así, los jurados de apoyo y el testimonio sobre la reputación o fama, son reemplazados por el testimonio de conocimiento de los hechos. En el nuevo proceso la prueba ya no se centraba en apoyar la credibilidad de la declaración del acusador particular, sino en el interrogatorio de al menos dos testigos sobre su percepción de los hechos⁶⁰. Pero la introducción de la prueba de los dos testigos implicaba una alta exigencia para la convicción⁶¹, por lo que en la práctica, como regla, la prueba dependía de la confesión, la cual pasó a convertirse en el medio de prueba principal: «¡Confessio est regina probationum!»⁶². Para poder emitir el juicio se recurría a la tortura con el fin de obtener la confesión⁶³. El recurso a la tortura era consecuencia de la formalización o tasación de las reglas de la prueba y no estaba determinado por el modo en que se iniciara o desarrollara el proceso, ya fuera de forma inquisitiva o acusatoria⁶⁴. Ello produciría que con la abolición de la tortura en el siglo XVIII y principios del XIX se eliminara también el formalismo de las reglas de prueba, admitiéndose la posibilidad de fundar la condena no sólo en indicios, sino principalmente en la libre valoración de la prueba⁶⁵. No está claro, sin embargo, si lo último condicionó lo primero o a la inversa⁶⁶. Este proceso inquisitivo basado en el principio de oficialidad —a semejanza del precedente proceso canónico (*supra* II)— se implantó a nivel general primero en las constituciones de Melfi, un ambicioso proyecto de codificación del Derecho público y del Derecho penal de Sicilia, por obra del emperador Federico II (1194-1250). Sucedió, sin embargo, que cada vez más fue utilizado de manera abusiva —precisamente en el marco de la persecución la inquisición contra herejes— con fines de persecución política contra determinadas personas⁶⁷. Posteriormente se regularía con detalle en la *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507 («Bamberger Halsgerichtsordnung») y en la *Constitutio Criminalis Carolina*

⁶⁰ Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 69 y ss.

⁶¹ *Ibid.*, Rn. 84.

⁶² E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, p. 90; Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 78; U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, p. 335.

⁶³ E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, p. 91; W. SELLERT *op. cit.*, nota pie 36, pp. 168 y ss.; G. KLEINHEYER, *op. cit.*, nota pie 44, p. 378; Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 84; U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, pp. 335 y ss.; R. VOGLER, *op. cit.*, nota pie 38, p. 29. Acerca de la implantación de la tortura en general, *vid.* también E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 91 y ss.; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 63 y ss. y 100; W. SELLERT, *op. cit.*, nota pie 36, pp. 167; Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 53, 69, 79 y ss.; relativizando, entre otros, por influencia de las inmunidades, *vid.* también Rn. 127. Acerca de la conexión entre la tortura y el sistema de prueba tasada, *vid.* también J. H. LANGBEIN, *op. cit.*, nota pie 44, pp. 4 y ss.

⁶⁴ Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 84; de otra opinión U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, pp. 335 y ss.

⁶⁵ A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 165 y ss.; J. H. LANGBEIN, *op. cit.*, nota pie 44, p. 10.

⁶⁶ *Vid. infra* nota pie 98 y ss., y en el texto principal.

⁶⁷ A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 50 y ss.; D. OEHLER, *op. cit.*, nota pie 38, p. 854.

(CCC) de 1532 («*Peinliche Halsgerichtsordnung* de Carlos V») ⁶⁸, —la «madre del proceso de inquisición» ⁶⁹—. La *Constitutio Carolina* recogía dos tipos de proceso, el clásico proceso acusatorio privado y el proceso inquisitivo oficial (el «*Annemen der vbelthäter von der oberkeit vnnd Amts wegen*») ⁷⁰. Conforme a los arts. 11 y ss. de la CCC el proceso acusatorio iniciado mediante la querrela del agraviado, constituía el proceso ordinario (*processus ordinarius*), pero en la práctica predominaba el proceso inquisitivo «extraordinario» (*processus extraordinarius*). En suma, en la práctica podía hablarse de un proceso inquisitivo encubierto en la medida en que si el proceso acusatorio iniciado por un particular concluía sin condena por falta de pruebas, el acusado no era absuelto, sino que el proceso continuaba como proceso inquisitivo contra el mismo ⁷¹. De esta manera, de hecho sólo existía un único proceso (el inquisitivo), el cual se iniciaba por diversos cauces, bien de oficio o bien a instancia de parte ⁷². En cuanto a la prueba, conforme a la mencionada regla de los dos testigos ⁷³, si el acusado no confesaba (los hechos principales) y existían indicios sobre su autoría, se le torturaba con el fin de obtener la confesión que confirmara los indicios existentes ⁷⁴. El tipo de tortura, su duración e intensidad se confiaba al «criterio de un juez sensato y bueno» (art. 58 CCC). No obstante, la tortura estaba en cierta medida regulada, pues sólo podía aplicarse si existía un determinado grado de sospecha o indicios. En la práctica la citada *regla probatoria* y la doctrina acerca de los *indicios* constituían el corazón (frío) de la *Constitutio Carolina* ⁷⁵; según el art. 69 CCC se podía renunciar a la confesión en el proceso acusatorio en

⁶⁸ Acerca de los orígenes históricos, Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 94 y ss.; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 41 y ss. y 45 y ss.; G. JEROUSCHEK, *op. cit.*, nota pie 57, pp. 98 y ss. La CCC se basaba en gran medida en la anterior *Bambergensis* y esto lleva a Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 57, p. 93 a denominar a la *Bambergensis* como *Mater carolinae* y a la Carolina como «madre del proceso de inquisición». A su vez, A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 129, esto haría de la *Bambergensis* «la abuela» del proceso de inquisición.

⁶⁹ A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 129.

⁷⁰ E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, p. 125; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 43; H. SCHLOSSER, *op. cit.*, nota pie 36, columna 381 y ss.; Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 96; G. JEROUSCHEK, *op. cit.*, nota pie 57, pp. 89 y ss.

⁷¹ E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, p. 126; W. SELLERT *op. cit.*, nota pie 36, p. 171; Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 103, 127 (si bien estos autores rechazan la denominación «*verklapptes Inquisitionsverfahren*»); G. BUCHDA, *op. cit.*, nota pie 31, columna 173; H. SCHLOSSER, *op. cit.*, nota pie 36, columna 381. D. OEHLER, *op. cit.*, nota pie 38, p. 854; U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, pp. 385.

⁷² E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 126 y ss.; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 60.

⁷³ Un testigo valía sólo como media prueba (art. 23, 30 CCC), cfr. A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 28 y 62. G. JEROUSCHEK, *op. cit.*, nota pie 57, pp. 88 y ss.

⁷⁴ RÜPING/JEROUSCHEK, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 104; U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, pp. 385 y ss.

⁷⁵ Según el art. 69 de la CCC en el proceso acusatorio si había dos testigos de conocimiento podía incluso prescindirse de la confesión. Sobre la CCC, *vid.* G. JEROUSCHEK, *op. cit.*, nota pie 57, p. 90; E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 127 y ss.; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 62; R. VOGLER, *op. cit.*, nota pie 38, p. 35. Acerca de la regulación de la tortura en Francia, *vid.* asimismo R. VOGLER, *op. cit.*, nota pie 38, pp. 28, 40 y ss.

caso de la presentación de dos testigos ⁷⁶. A pesar de ello la confesión tenía un valor preeminente respecto de la prueba de los dos testigos —siendo la *regina probationum*— y no sólo servía como «garantía de la verdad» ⁷⁷, sino que la verdad confesada constituía el presupuesto para la reconciliación del acusado con Dios ⁷⁸. Es por ello por lo que una vez lograda la confesión debía ser verificada por el tribunal mediante la ratificación voluntaria del acusado. Ha de tenerse presente, sin embargo, que no ratificar la confesión ante el tribunal, traía como consecuencia para el acusado que se reanudase el cruel procedimiento de la tortura ⁷⁹.

Las posteriores codificaciones, como el *Codex Iuris Bavarici Criminalis* de 1591 o la *Peinliche Halsgerichtsordnung* de José I para Bohemia, Moravia y Silesia de 1709 mantuvieron aún el proceso acusatorio ⁸⁰. Pero la *Constitutio Criminalis Theresiana* (CCT) de 1768, la cual constituyó una de las legislaciones penales más regresivas de las promulgadas en el siglo XVIII como consecuencia de la Ilustración ⁸¹, representó un primer paso para la desaparición del proceso acusatorio. El triunfo del proceso inquisitivo *stricto sensu* se debe a diversos factores, los cuales ya hemos mencionado al principio de este capítulo: la disolución de una sociedad arcaica, basada en los vínculos familiares y la aparición del Estado fueron el presupuesto necesario para que se estableciera la centralización y la «oficialización» de la justicia penal ⁸². Se buscaba fortalecer tanto la seguridad jurídica como la eficacia de la justicia penal. Así se dio paso a una nueva concepción de la pena: ésta ya no estaría al servicio de la satisfacción del deseo de venganza, de la ira o de otros intereses particulares, sino que la pena habría de servir para disuadir y, en su caso, rehabilitar al delincuente: «*Non quia peccatum, sed ne peccetur*». La *Constitutio Theresiana* contribuyó con la introducción de la pena disuasoria un avance del triunfo de la razón de la Ilustración ⁸³. A la postre fueron decisivas las demandas derivadas de la necesidad de luchar contra la criminalidad existente: el proceso acusatorio puro, que dejaba la interposición de la querrela en manos de la decisión

⁷⁶ G. JEROUSCHEK, *supra* nota 57, p. 90.

⁷⁷ A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 67; G. JEROUSCHEK, *op. cit.*, nota pie 57, p. 90. Sobre el papel desempeñado por la confesión en la regulación de los demás procesos de los siglos XIII a XVI, *vid.* G. KLEINHEYER, *op. cit.*, nota pie 44, pp. 370 y ss.;

⁷⁸ Sobre el significado y fundamento religioso de la confesión, *vid.* en detalle A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 68 y ss. y en p. 166 sobre el art. 102 CCC.

⁷⁹ Cfr. E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, p. 129; W. SELLERT, *op. cit.*, nota pie 36, p. 173; Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 105 y ss.; G. KLEINHEYER, *op. cit.*, nota pie 44, pp. 373 y ss.; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 67; J. H. LANGBEIN, *op. cit.*, nota pie 44, p. 5; críticos en relación con el proceso de verificación E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 100 y ss.; y U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, p. 385.

⁸⁰ G. KLEINHEYER, *op. cit.*, nota pie 53, p. 22, y *op. cit.*, nota pie 26, p. 23.

⁸¹ *Id.* W. SELLERT, *Studienbuch*, cit., nota pie 24, p. 459.

⁸² W. SELLERT, *op. cit.*, nota pie 36, p. 166.

⁸³ G. KLEINHEYER, *op. cit.*, nota pie 53, p. 24.

discrecional del ciudadano, ya no era suficiente para articular la lucha contra la criminalidad y por tanto tampoco servía para dar respuesta adecuada a los intereses de los poderosos⁸⁴.

Tal y como se deduce de las citadas codificaciones, los procesos inquisitivo y acusatorio existían simultáneamente, lo cual generaba puntos de contacto e influencias recíprocas que hacían surgir formas procesales mixtas⁸⁵. Ello explica que la tortura no fuera aplicada exclusivamente al proceso inquisitivo⁸⁶, sino que también fuera utilizada en el proceso acusatorio, como por ejemplo, en el proceso basado en la reforma jurídica de Worms (1498)⁸⁷, así como en los posteriores procesos penales —si bien de facto— de los regímenes totalitarios como el régimen nacionalsocialista⁸⁸. Finalmente en este contexto hemos de recordar el debate surgido en los Estados Unidos de Norteamérica —donde como es sabido rige un proceso adversarial acusatorio!— acerca de la conveniencia de autorizar interrogatorios más «duros» en los procesos penales por terrorismo⁸⁹. En consecuencia creemos que la posición de EKKEHARD KAUFMANN, según el cual habría una relación causal entre la forma inquisitiva de iniciar el proceso y la utilización de la tortura para obtener la prueba, no parece defendible⁹⁰. Tampoco puede establecerse una conexión causal en relación con la confesión: su significación desborda cualquier forma procesal, es una institución que comparten el proceso inquisitivo y el acusatorio y, por último constituye al mismo tiempo un medio de prueba material y formal (por ser indispensable)⁹¹. La confusión entre el proceso acusatorio y el inquisitivo se manifiesta finalmente también en el hecho de que un proceso comenzase mediante una acusación particular, no excluía que su desarrollo se ajustara a la forma inquisitiva; y, a la inversa, también era posible que el acusador público iniciara un proceso con el objeto de defender un interés privado (análogamente al actual *Privatklageverfahren* alemán, §§ 374 y ss. StPO, en el cual la fiscalía puede hacerse cargo de la acusación en un proceso instado a instancia de parte, § 377 II StPO). Pero el proceso in-

⁸⁴ E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, p. 207; Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 43.

⁸⁵ Cfr. E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 73, 123, 194 y ss., y 202 y ss.

⁸⁶ Cfr. esencialmente W. TRUSEN, *op. cit.*, en la nota pie 40, p. 143 y *passim*; también A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 16: «...nicht typischer-und sozusagen begrifflicherweise damit verbunden...». Vid. también *supra* la cita pie 64 y su texto.

⁸⁷ W. TRUSEN, *op. cit.*, en la nota pie 15, p. 206. Sobre este proceso en general vid. E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 123 y ss.

⁸⁸ Al respecto vid. E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 442 y ss.; Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 286.

⁸⁹ Cfr. M. DANNER, *Torture and Truth: America, Abu Ghraib and the War on Terror*, 2004; J. H. LANGBEIN, *op. cit.*, nota pie 44, pp. IX, XI ss., quien en la reedición de su obra se ocupa del debate actual acerca de la tortura que tiene lugar en los EEUU.

⁹⁰ E. KAUFMANN, *HRG*, vol. IV, 1990, columna 2030.

⁹¹ G. KLEINHEYER, *op. cit.*, nota pie 44, pp. 377 y ss.

quisitivo tampoco se mantuvo a lo largo del tiempo invariable. Entre otros, desapareció la inicial diferenciación prevista en el Derecho común entre la inquisición general para la determinación de los hechos (*corpus delicti*) y la subsiguiente inquisición especial con la imputación del hecho a un concreto autor (*auctor delicti*). Esta distinción, que por influencia de la *Constitutio Carolina* se encontraba en los procesos penales de los derechos particulares del siglo XVIII⁹², confería al acusado una protección específica frente a un posible juicio sumario, pues antes de imputar el hecho a un concreto sujeto, ese hecho debía estar ya fijado⁹³. Esta distinción fue desapareciendo a lo largo del siglo XVIII y principios del siglo XIX —siendo quizás el ejemplo más relevante la legislación penal prusiana de 1805⁹⁴—, dando paso a un proceso de instrucción unitario, que algunos han calificado como proceso inquisitivo general sumario⁹⁵.

IV. EL CAMINO HACIA EL PROCESO PENAL REFORMADO

1. Evolución histórica

A principios del siglo XIX la doctrina jurídica alemana —en parte influida por la evolución en Francia y su *Code de Instruction Criminelle* (CIC) de 1808⁹⁶— impuso la idea de que era imprescindible acometer una reforma integral del proceso inquisitivo heredado. Por encima del proyecto impulsado por la «pérfida *Jagdwissenschaft*» («ciencia a la caza»)⁹⁷ de elaborar una instrucción que incidiera en lograr la confesión del acusado, habría de imponerse la teoría que reconocía al acusado su condición de

⁹² E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 195 y ss.; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 131.

⁹³ E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 196 y ss.; W. SELLERT, *op. cit.*, nota pie 36, pp. 17 y ss.; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 95. Acerca de la difícil delimitación entre estas fases procesales y las continuas reformas experimentadas, vid. A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 94 y ss. y 132; cfr. también K. AMBOS, «100 Jahre Belings "Lehre vom Verbrechen": Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?», *ZiS* 2006, 464 (464) www.zis-online.com.

⁹⁴ En este crítico vid. E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 271 y ss.

⁹⁵ E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 205 y ss.; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 130. Acerca de la persecución de herejes, vid. A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 53.

⁹⁶ En el año 1816 una comisión de juristas prusianos apoyaban el mantenimiento de la CIC en aquellas provincias renanas que tras la conquista de Napoleón volvieron a pertenecer a Prusia (A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 34 y 215 y ss.). Acerca del debate en Francia, vid. *in extenso* G. HABER, *Strafrechtliche Öffentlichkeit und öffentlicher Ankläger in der französischen Aufklärung*, 1979; vid. también E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 325 y ss. En relación con la influencia francesa, vid. también A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 211 y ss.

⁹⁷ R. KÖSTLIN, *Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert, kritisch und geschichtlich beleuchtet, nebst ausführlicher Darstellung der Entstehung des Geschworenengerichts*, 1849, p. 94.

sujeto del proceso, con la posibilidad de defenderse en un juicio público⁹⁸. La implantación del sistema de libre valoración de la prueba (*intime conviction*)⁹⁹ generó la desaparición de las reglas sobre la prueba tasada y ello haría que la práctica de la tortura dejara de ser necesaria¹⁰⁰. La creación de un *órgano público acusador* permitiría diferenciar entre las funciones de acusar y juzgar al mismo tiempo que representaría un control frente al arbitrio judicial. Con lo anterior se evidencian los principales puntos de crítica frente al proceso inquisitivo moderno de los siglos XVIII y XIX que recordemos son el secreto de la instrucción, la utilización de la tortura y el poder omnímodo y arbitrario del juez¹⁰¹. No obstante, no deben olvidarse los elementos positivos del proceso inquisitivo original como eran: la igualdad en la persecución penal¹⁰²; la búsqueda de la verdad fáctica y la identificación del autor de los hechos (verdad material)¹⁰³; una cierta protección del acusado a través de la reglamentación del proceso, especial-

⁹⁸ Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 245.

⁹⁹ Que en Alemania se introdujo con el § 19 de la Ley del Proceso Penal prusiana de 17 de julio de 1846 (acerca de los orígenes históricos de esta ley, *vid.* W. C. VON ARNSWALDT, *Savigny als Strafrechtspraktiker*, 2003, pp. 249 y ss. y *passim*; también A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 263 y ss. y pp. 280 y ss. acerca del contenido de esa ley). Este precepto equivale al actual § 261 StPO (cfr. A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, p. 252). Conforme a A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 252 y ss., el camino hacia la libre valoración de la prueba transcurrió en tres etapas: abolición de la tortura, admisión de la prueba por indicios y libre valoración de la prueba. Según J. H. LANGBEIN, *op. cit.*, nota pie 44, pp. 10, 11 y ss., 47 y ss., y 64 y ss., en primer lugar se flexibilizó el rígido sistema de pruebas tasadas y se introdujo la libre valoración de la prueba (en concreto ya en los siglos XVI y XVII) y con ello la práctica de la tortura devino innecesaria; lo argumenta también sobre la base de que en el proceso penal inglés nunca llegó a utilizarse la tortura (no en la dimensión continental europea), porque desde un principio existieron unas reglas probatorias más flexibles (pp. 73 y ss.). En contra de esta apreciación, M. SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison*, 2000, pp. 504 y ss. y 567 y ss., para quien la eliminación de la tortura hunde sus raíces en las diferentes corrientes de la Ilustración —entre el humanismo y la razón de estado— [pp. 507 y ss. y 569 y ss.; comentado por W. SELLERT, en *ZRG (GA)*, vol. 119 (2002), pp. 605-612].

¹⁰⁰ *Vid. supra* nota pie 65 y el texto principal; *vid.* también Rüping/Jerouschek, *op. cit.*, nota pie 27, Rn. 175 y ss.; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 163 y ss., quien advierte que la tortura no sólo fue considerada de manera creciente como una práctica inhumana sino también como inútil en cuanto que resultaba ineficiente de cara al enjuiciamiento de los verdaderos criminales. En Alemania, la primera abolición (formal) de la tortura (a excepción de los delitos contra la seguridad del Estado) se produce por Federico II de Prusia ya en el año 1740 y la última en el año 1831 en el territorio alemán de Baden, cfr. E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, p. 269; J. H. LANGBEIN, *op. cit.*, nota pie 44, pp. 61 y ss.; U. WESEL, *op. cit.*, nota pie 2, pp. 393 y ss.; en particular acerca de los motivos de Federico II, *vid.* M. SCHMOECKEL, *op. cit.*, nota pie 98, pp. 597 y ss. y *passim*.

¹⁰¹ En extenso acerca de los principales argumentos críticos, A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 154 y ss.; crítico también con el proceso inquisitivo originario se muestra E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 99, 106 y ss. y 122 y ss. Sobre el terror generado por la Inquisición del siglo XX, en particular en el sistema de justicia penal estalinista y nacionalsocialista, cfr. R. VÖGLER, *op. cit.*, nota pie 38, pp. 61 y ss.

¹⁰² *Vid. supra* nota pie 58 y el texto principal.

¹⁰³ *Vid. supra* notas pie 57 y 59 y el texto principal.

mente a través de la diferenciación entre la *inquisitio* general y la especial¹⁰⁴; y el reconocimiento de derechos de la defensa¹⁰⁵. Tampoco puede perderse de vista que las críticas vertidas contra el proceso inquisitivo —que finalmente culminarían en la reforma integral del proceso penal— no se dirigían tanto contra el proceso inquisitivo originario, sino más bien contra el proceso inquisitivo «desnaturalizado», a saber: aquél que se había convertido en un mero proceso secreto al servicio de un estado policial¹⁰⁶. La justicia penal llega a su nivel más bajo, desde la perspectiva del respecto a los principios del Estado de Derecho, a principios del siglo XIX, cuando el proceso penal se convierte en un instrumento de persecución política¹⁰⁷. Sea como fuere, en el § 179 de la Constitución de la *Paulskirche* de 1849* finalmente se reclama la instauración del proceso acusatorio¹⁰⁸. Con ello, sin embargo, no estaba todo ganado, pues de una lado, la implantación de este proceso requería que previamente se creara un órgano público de acusación¹⁰⁹; y, de otro lado, en aquel momento no existía unanimidad acerca del alcance que debía tener la reforma del proceso inquisitivo¹¹⁰.

Las bases institucionales del proceso acusatorio se crearon con la aprobación de la Ordenanza Procesal Penal de Prusia de 1846 y a través de la ley de desarrollo de esta Ordenanza, que creaba la fiscalía asignada al Tribunal Superior (*Kammergericht*) de Berlín¹¹¹. Si bien la creación de la fiscalía no estuvo motivada por deseos de reforzar los principios del Esta-

¹⁰⁴ *Vid. supra* nota pie 92 y el texto principal.

¹⁰⁵ Cfr. W. SELLERT *op. cit.*, nota pie 36, p. 174; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 81 y ss. 110 y ss. y 175 (precisamente las críticas que surgieron en el siglo XIX fueron por motivos de eficiencia, pp. 172 y ss.); *vid.* también E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 197 y ss., y G. JEROUSCHEK, *op. cit.*, nota pie 57, p. 93.

¹⁰⁶ Cfr. E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 203 y ss. y 207 y ss., quien ciertamente calificaba ya el proceso inquisitivo originario como «justicia policial sumaria» (p. 106) y también se lamentaba de la influencia de un absolutismo propio del estado policial (p. 179); A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 130, 191 y ss.

¹⁰⁷ Al respecto, *vid.* A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 223 y ss.

* *N. del T.*: Primera Constitución aprobada democráticamente para todo el imperio alemán, por una Asamblea Nacional reunida en la *Paulskirche* de Frankfurt a. M.

¹⁰⁸ W. SELLERT, *HRG*, vol. IV, 1990, columna 2038. Ya anteriormente las Ordenanzas del proceso penal de Württemberg (1843) y de Baden (1845) regularon los primeros procesos acusatorio públicos y orales (*vid.* E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, p. 329; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 230, 237 y ss., 248 y ss., 280 y ss.).

¹⁰⁹ Acerca de esta concepción del principio acusatorio, *vid.* básicamente A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 19 y 244 y ss.

¹¹⁰ Acerca de esta falta de unanimidad, *vid.* entre otros H. A. ZACHARIAE, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens dargestellt auf der Basis einer konsequenten Entwicklung des inquisitorischen und des akkusatorischen Prinzips*, 1846, p. 10.

¹¹¹ En relación con los orígenes históricos de la ley de 17 de julio de 1846 (*vid.* nota pie 98) y A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 269 y ss. La influencia francesa resulta patente en este contexto, pues ya en 1303 —al hilo de la profesionalización del proceso penal francés del siglo XIV— con Felipe el Hermoso se implantaron los «procureurs du roi» (*vid.* en detalle L. SCHULZ, «Die Teilung der erkennenden Gewalt», en B. Durand (ed.), *Staatsanwaltschaft-Europäische und amerikanische Geschichten*, Frankfurt/Main 2005, pp. 311 y 312).

do de Derecho —el objetivo principal de esta ley era agilizar el enjuiciamiento de un número de personas (aprox. 254) que habían tomado parte en el levantamiento de Polonia de 1846 y estaban acusadas de delito de alta traición—¹¹², con ello, sin embargo, se logró instaurar un órgano público de control de la policía, policía que se encontraba entonces muy desprestigiada por sus actuaciones abusivas¹¹³. Más aún, la creación de la fiscalía supuso la transformación definitiva del principio acusatorio privado hacia una concepción pública o estatal de este principio. Además, implicó también separar las funciones de acusar y juzgar, lo cual generó que ganara en relevancia el papel de la acusación como elemento delimitador y vinculante del poder del juzgador¹¹⁴. El § 5 del Reglamento relativo a la introducción del proceso oral y público con jurados («Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen») de 3 de enero de 1849, fijó el monopolio de la fiscalía en el ejercicio de la acción penal: «Los tribunales están obligados a comunicar inmediatamente a la fiscalía aquellos delitos que, por razón de su cargo, lleguen a su conocimiento»¹¹⁵.

2. La distinción dogmática entre el principio acusatorio y el principio de averiguación

El tema de la distinción dogmática entre el principio acusatorio y el principio de averiguación (*Untersuchungsprinzip*) continuó siendo una cuestión controvertida en la doctrina científica jurídica. Desde la perspectiva formal se prestaba atención al número de partes procesales y sus funciones. Así FEUERBACH distinguía todavía entre iniciación del proceso a instancia de un particular o de oficio:

¹¹² P. COLLIN, «Wächter der Gesetze "oder" Organ der Staatsregierung?» *Konzipierung, Einrichtung und Anleitung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium*, 2000, p. 83; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 34 y ss., 272 y ss., y 285 y ss.; C. ROXIN, «Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute», *Deutsche Richterzeitung*, 1997, p. 111.

¹¹³ Cfr. en particular la «Promemoria der Staats- und Justizminister v. Savigny und Uhden über die Einführung der Staatsanwaltschaft» aprobada el 23 de marzo de 1846, según la cual la fiscalía «como guardián de la ley habrá de estar facultado... para actuar desde el inicio del proceso contra el acusado, para satisfacer la ley en todo momento»; y esta función de control debía extenderse expresamente «a todas las actuaciones de las autoridades policiales», pues sino «quedaría fuera de su control una parte muy importante y a veces muy gravosa del proceso» (cita recogida por G. OTTO, *Die preussische Staatsanwaltschaft*, Berlin 1899, pp. 40 y ss.; *vid.* también E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 330 y ss.; en sentido crítico respecto de esta memoria (*Promemoria*) P. COLLIN, *op. cit.*, nota pie 111, p. 79; cfr. también K. AMBOS, «Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei, Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens und organisierte Kriminalität», *Jura* 2003, pp. 674, 676 con ulteriores referencias).

¹¹⁴ A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 232, 247 y ss.

¹¹⁵ *Vid. Gesetzessammlung für die Königlich Preussischen Staaten* (Recopilación legislativa de los Estados del Reino de Prusia), 1846, p. 15.

«I. Si un ciudadano (el ofendido u otro) persigue ante el tribunal sus derechos en nombre del Estado, proceso acusatorio.

II. Si el juez mismo, en el ejercicio de sus funciones como juez, persigue en nombre del Estado al infractor, proceso inquisitivo»¹¹⁶.

Conforme a ZACHARIAE y MITTERMAIER en el proceso acusatorio público —considerado como el preferible— habría tres sujetos, el acusado, el acusador (público) y el juez, y el proceso sólo podría ser incoado a instancia de un sujeto diverso del juez. En contraposición en el proceso inquisitivo sólo habría un sujeto procesal, el inquisidor, el cual iniciaría el proceso y enjuiciaría el caso, siendo el acusado únicamente un objeto del proceso¹¹⁷. Según exponía GOLTDAMMER:

«El proceso acusatorio se diferencia, en este sentido, del inquisitivo en que las funciones que en el proceso inquisitivo se encuentran unidas en un mismo órgano, en el proceso acusatorio se reparten entre dos órganos públicos diferentes. En la instrucción no se pierde la esencia del proceso inquisitivo, puesto que el juez sólo se ve limitado en cuanto al objeto de la instrucción, a través de las peticiones del Ministerio público; sólo instruye y actúa respecto de aquello que le es planteado. Pero no por ello incurre la instrucción en el llamado principio dispositivo, pues el juez no se limita a escuchar aquello que las partes alegan; él mismo investiga de manera autónoma, en definitiva inquiriere»¹¹⁸.

Otra posición pretende trazar una distinción en un sentido material —o más material—, de manera que si «la incoación y desarrollo del proceso penal depende de la libre decisión de un acusador particular» y «el

¹¹⁶ P. J. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14. ed. 1847, 2.ª reimpresión 1986 (Scientia), § 520, pp. 794 y ss. La cita original reza: «I. Ein Bürger (der Beleidigte oder ein anderer) verfolgt vor Gericht im Namen des Staates die Rechte desselben-Anklageprozeß.

II. Der Richter selbst verfolgt als Richter die Rechte des Staates gegen den Übertreter-Inquisitionsprozess».

¹¹⁷ Cfr. W. WOHLERS, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*, 1994, p. 57, refiriéndose a H. A. ZACHARIAE, *op. cit.*, nota pie 109, p. 53; así como a C. J. MITTERMAIER, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen*, 1945, p. 282.

¹¹⁸ T. GOLTDAMMER, «Über das Institut der Staatsanwaltschaft», *GA*, 1859, pp. 577 (583). La cita original reza: «Der Anklageprozeß unterscheidet sich in dieser Beziehung vom Inquisitionsprozess nur dadurch, daß dort die Funktionen unter zwei Staatsbehörden vertheilt sind, welche sich hier [beim Inquisitionsprozeß, K.A.] in einer Behörde vereint finden. In der Untersuchung selbst geht das Wesen des Inquisitionsprozesses nicht verloren, der Richter wird nur in Beziehung auf den Gegenstand der Untersuchung durch die Anträge des öffentlichen Ministeriums beschränkt; er untersucht und richtet nur, was dasselbe vor seinem Richterstuhl bringt. Aber darum verfällt die Untersuchung nicht in die s.g. Verhandlungsmaxime; der Richter hört nicht bloß, was man ihm von beiden Seiten vortragen will; er forscht selbstständig, er inquirirt».

En términos parecidos, E. V. STEMANN, «Ueber die Fortbildung des Instituts der Staatsanwaltschaft», *GA* 1860, p. 42; A. DALCKE, «Ueber die gegenwärtige Stellung der Staatsanwaltschaft im preussischen Strafverfahren und ihre Reform», *GA* 1860, pp. 145 y ss.

juez... se encuentra vinculado a los fundamentos fácticos aportados por las partes», entonces puede hablarse de vigencia del principio acusatorio¹¹⁹. En contraposición la esencia del principio inquisitivo se plasmaría en que el hecho de que el Estado no encomienda la persecución de los ilícitos y el ejercicio del *ius puniendi* a cada sujeto particular, sino que establece órganos estatales que desempeñarán esas funciones de oficio en defensa del interés público¹²⁰. En consecuencia, este proceso penal basado en el principio de averiguación material podría desarrollarse conforme a la forma acusatoria o con la participación de un único órgano estatal¹²¹. Se trataría de un «proceso de inquisitivo con forma acusatoria»¹²². En este proceso se plasma la tendencia de desplazar la acusación privada a favor de la acusación estatal, es puesta de relieve por Biener, quien ve en la fiscalía un «promovens inquisitionem»¹²³ y, a su vez, la instrucción como un «presupuesto previo del juicio oral»¹²⁴. La inquisición, conforme a esta concepción, no es una fase independiente del proceso, sino meramente un presupuesto para la interposición de la acusación; sólo con este acto comenzaría el proceso acusatorio:

«La inquisición previa puede interpretarse como una preparación para la acusación que permitiría decidir acerca de la interposición de la misma..., con el fin de no aventurarse a formular una acusación precipitada que pudiera resultar falsa o que resultase insuficientemente fundamentada... Podría decirse entonces que en la fase de instrucción se sigue la forma inquisitiva, pero con una tendencia hacia la acusatoria»¹²⁵.

Esta discusión confirma como elementos del proceso inquisitivo la *indagatio criminis*, esto es, la persecución de oficio de los delitos (principio de oficialidad) a través de un proceso (secreto) de instrucción (*inquisitio*), la *veritas delicti* o principio de la verdad material y el principio de averiguación, principio implícito o resultante de la búsqueda de la verdad ma-

¹¹⁹ R. KÖSTLIN, *op. cit.*, nota pie 96, p. 46, citado conforme a W. WOHLERS, *op. cit.*, nota pie 116, p. 58; *vid.* también H. ABEGG, *Beiträge zur Strafprozess-Gesetzgebung*, Neustadt an der Orla, 1841, p. 43.

¹²⁰ H. ABEGG, *op. cit.*, nota pie 118, p. 44, citado conforme a W. WOHLERS, *op. cit.*, nota pie 116, p. 58; *vid.* también R. KÖSTLIN, *op. cit.*, nota pie 96, p. 44, E. v. STEMANN, *op. cit.*, nota pie 117, p. 41; A. DALCKE, *op. cit.*, nota pie 117, pp. 734 y 741.

¹²¹ W. WOHLERS, *op. cit.*, nota pie 116, p. 58, el cual se remite a R. KÖSTLIN, *op. cit.*, nota pie 96, p. 44.

¹²² W. WOHLERS, *op. cit.*, nota pie 116, p. 59.

¹²³ F. A. BIENER, *op. cit.*, nota pie 19, p. 428.

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ *Ibid.* ob. ult. cit., p. 428 y ss. La cita original reza: «Es kann vielmehr die Voruntersuchung gedeutet werden, als eine Vorbereitung zur Anklage nebst dem Entschluss zur Anstellung des letzteren..., um nicht übereilt eine falsche oder unzureichend bewiesene Anklage zu wagen... Man könnte also sagen, dass bei der Voruntersuchung inquisitorische Form angewendet wird mit akkusatorischer Tendenz».

terial¹²⁶. En definitiva se trata del proceso inquisitivo *stricto sensu* ya descrito más arriba. Ahora bien, si los elementos nucleares de este proceso —la *indagatio* y la *veritas delicti*— se incorporan al nuevo proceso penal reformado, nos encontramos con un proceso en el que el único elemento acusatorio radica en la atribución al Ministerio público del ejercicio de la acción penal. Por tanto, la única diferencia con el proceso inquisitivo *stricto sensu* —al margen de la intermediación y de la publicidad del juicio oral—, radicaría en la intervención adicional de la fiscalía. En otras palabras, rigen los conocidos principios (principio de averiguación, de oficialidad y verdad material), complementados con el principio acusatorio y con la intermediación, oralidad y publicidad del juicio oral¹²⁷. En definitiva estamos ante un proceso mixto —que, tal y como habían reclamado los reformadores, principalmente ZACHARIAE—¹²⁸, configurado como *inquisitivo-acusatorio*¹²⁹. En este proceso mixto la incoación de la fase previa se dejaría en manos exclusivamente de la fiscalía, si bien la instrucción continuaría siendo judicial; y la fase de juicio oral se caracterizaría porque la potestad del juez se encuentra objetivamente delimitada por la acusación, no obstante lo cual, el juez no se encuentra vinculado a la misma, de tal manera que puede investigar de manera autónoma, puede por tanto, inquirir¹³⁰.

V. PRINCIPIO ACUSATORIO Y PROCESO ACUSATORIO DESDE LA PERSPECTIVA ACTUAL

El proceso inquisitivo en el cual el inquisidor ejerce el monopolio de la acción, dirige y desarrolla como única parte todo el proceso penal, mientras el acusado constituye un mero objeto del proceso, sigue siendo objeto de una valoración negativa por parte de la literatura científica que estudia el proceso penal¹³¹. El vigente proceso penal regulado en la StPO es denominado «proceso acusatorio con principio de averiguación» («Anklagever-

¹²⁶ W. SELLERT, *op. cit.*, nota pie 36, p. 163; E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 86 y ss.; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 7 y ss., y 49 (con referencia a la correspondiente decretal del papa Inocencio III de 26 de febrero 1206); *op. cit.*, nota pie 36, p. 163; *vid.* también J. H. LANGBEIN, *op. cit.*, nota pie 46, p. 131; del mismo autor «The Constitutio Criminalis Carolina in comparative perspective», en P. Landau (ed.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Rezeption*, 1984, pp. 215 y ss.; en igual sentido R. VOGLER, *op. cit.*, nota pie 38, p. 27.

¹²⁷ A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 231 y ss.

¹²⁸ Cfr. al respecto E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 292 y ss., 328.

¹²⁹ *Idem.* también E. SCHMIDT, *op. cit.*, nota pie 1, pp. 327 y ss.: «Zweiteilung des Strafprozesses in ein inquisitorisches Vorverfahren und ein akkusatorisches Hauptverfahren»; A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 231 y 281: «Verbindung von inquisitorischem und accusatorischem Prinzip».

¹³⁰ En este sentido ya T. GOLTDMAMMER, *op. cit.*, nota pie 117.

¹³¹ C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25.ª ed. 1998, § 17 Rn. 3; W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, 9.ª ed. 2006, Rn. 18; U. KINDHAUSER, *Strafprozessrecht*, 2006, § 4 Rn. 16.

fahren mit Ermittlungsgrundsatz»), que no se identifica ni con el proceso inquisitivo del Derecho común ni con el proceso acusatorio puro¹³². El *elemento acusatorio* —en el sentido de la tradición histórica del proceso penal reformado¹³³— se encuentra en la función y posición que ocupa la fiscalía, como única autoridad que incoa el proceso y formula la acusación (principio acusatorio en el sentido de necesidad de existencia de una acusación penal para la incoación y desarrollo del proceso, conforme a los §§ 151, 155, y 264 StPO)¹³⁴, el *elemento inquisitivo* consistiría en que tras la incoación del proceso a instancia de la fiscalía, el juez investiga y practica las pruebas¹³⁵. KELKER considera que el proceso continental-europeo, que toma como modelo el proceso penal francés, combina «elementos de un proceso inquisitivo con elementos del denominado proceso acusatorio»; mientras que el proceso angloamericano se estructura como un proceso puramente contradictorio de partes enfrentadas entre sí¹³⁶. Conforme a esta posición, el proceso penal alemán sería un proceso acusatorio —en el sentido antes mencionado— con elementos inquisitivos o bien un *proceso acusatorio inquisitorial*.

Si nos centramos más en el desarrollo del proceso en sí, como, tanto en la fase preliminar como en la de enjuiciamiento, «se procede», siguiendo la distinción internacional entre modelo contradictorio (adversarial) y modelo inquisitivo, llegamos a la conclusión de que el vigente proceso penal alemán se enmarca más bien dentro de los procesos «inquisitivos». Y ello, porque si atendemos a sus características estructurales básicas —nuevamente: principio de oficialidad (*indagatio*) y búsqueda de la verdad material (*veritas*)¹³⁷, se «procede» de manera más bien inquisitiva¹³⁸. Si observamos el proceso desde la perspectiva de la *prueba*, esta afirmación se ve confirmada: tanto en la obtención de elementos probatorios, como en la presentación y valoración de la prueba rige el principio de la búsqueda de la verdad o esclarecimiento de los hechos (*Aufklärungsprinzip*, § 244 StPO). Es al Estado a quien compete la prueba, Estado que se encuentra representado por el Ministerio público (y el juez de instrucción) en la fase de preliminar y adicionalmente por el tribunal en la fase intermedia y del

¹³² C. ROXIN, *op. cit.*, nota pie 130, § 17 Rn. 6.

¹³³ Cfr. nota pie 108 y el texto principal.

¹³⁴ Al respecto en extenso *vid.* C. ROXIN, *op. cit.*, nota pie 130, § 13; K. VOLK, *Grundkurs StPO*, 5.^a ed. 2006, § 18 Rn. 5; H.-H. KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 7.^a ed. 2007, § 19; F.-C. SCHROEDER, *Strafprozessrecht*, 4.^a ed. 2007, Rn. 58; U. HELLMANN, *Strafprozessrecht*, 2.^a ed. 2006; W. BEULKE, *op. cit.*, nota pie 130, Rn. 18 y ss.; U. KINDHÄUSER, *op. cit.*, nota pie 130, § 4 Rn. 16 y ss., y § 25 Rn. 3.

¹³⁵ C. ROXIN, *op. cit.*, nota pie 130, § 17 Rn. 5.

¹³⁶ B. KELKER, «Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren», *ZStW* 118 (2006), p. 389 (392). Sobre los orígenes de este proceso *vid.* básicamente J. H. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, 2003; R. VOGLER, *op. cit.*, nota pie 38, pp. 131 y ss.

¹³⁷ W. SELLERT, *op. cit.*, nota pie 36, p. 181.

¹³⁸ Con todo acierto, K. VOLK, *op. cit.*, nota pie 133, § 18 Rn. 5, p. 167.

juicio oral. En sentido contrario, un proceso acusatorio puro deja esta actividad probatoria en manos de las partes¹³⁹, si bien en la variante moderna del proceso acusatorio, el proceso de partes angloamericano, la incoación del proceso no se hace depender de la acusación de un sujeto privado —como sí sucedía en sus predecesores, los procesos acusatorios de Grecia y Roma—. La forma inquisitiva del proceso continental-europeo se corresponde con la atribución de la instrucción y la acusación a un órgano públicos (Ministerio público y juez de instrucción, con facultades más o menos amplias)¹⁴⁰. Pero los miembros de este órgano público no coincidirán con las personas que forman el tribunal competente para el enjuiciamiento por lo cual, *en este respecto*, puede hablarse de la presencia del principio o del proceso acusatorio —si bien sólo en la acepción más limitada del término—¹⁴¹. Esto corresponde a una perspectiva de Derecho comparado que diferencia entre tres diferentes *estructuras* procesales que se ajustarían al principio acusatorio:¹⁴²

- El proceso *inquisitivo*, en el cual el órgano judicial interviene en la obtención de las pruebas, porque el proceso está encaminado al esclarecimiento de los hechos (*Aufklärungsprinzip*) y en el cual el juicio oral puede prepararse sobre la base de lo que consta en los autos relativos a la instrucción (Alemania, Francia, Países Bajos, Austria y Portugal).
- El proceso *adversarial* o contradictorio, en el cual las partes obtienen por sí mismas los elementos de prueba y son ellas también las encargadas de presentar las pruebas relativas a la cuestión de culpabilidad en el juicio oral —juicio que en la práctica cada vez se celebra menos—.
- El proceso *mixto*, en el cual se conjugan elementos inquisitivos y contradictorios (adversariales) (Italia, Japón, Suecia)¹⁴³.

En todo caso, por muy importantes que sean todos estos intentos de crear unas categorías o sistemas desde la perspectiva de una concreta dogmática del derecho procesal penal, no puede perderse de vista que esta dicotomía entre modelo inquisitivo y modelo contradictorio o adversarial

¹³⁹ En este sentido también A. IGNOR, *op. cit.*, nota pie 14, pp. 43 y ss.

¹⁴⁰ Acerca de la estructura jerárquico-burocrática *vid.* R. VOGLER, *op. cit.*, nota pie 38, p. 19.

¹⁴¹ Así la doctrina dominante alemana, cfr. las citas en nota pie 133.

¹⁴² Cfr. W. PERRON, «Rechtsvergleichender Querschnitt», en el mismo (ed.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands*, 1995, pp. 560 y ss.

¹⁴³ Entre estos procesos existen sin duda muchas más diferencias, en particular en lo que respecta a la configuración e importancia de cada una de las fases procesales, en concreto y simplificando: investigación previa (judicial o no judicial), proceso principal (judicial) y los recursos (cfr. W. PERRON, *op. cit.*, nota pie 141, p. 552, así como los informes nacionales que en ese volumen se publican).

es cuestionado a nivel internacional, al menos desde el trabajo de DAMAŠKA¹⁴⁴ sobre las bases para una comparación estructural del sistema de justicia penal¹⁴⁵. Por otro lado, la práctica procesal penal internacional muestra cómo —más allá de finuras conceptuales— interesa centrarse en las ventajas o desventajas prácticas de cada uno de los modelos del proceso penal. Es éste un tema en el cual no podemos profundizar aquí, pero que, en todo caso, merece ser mencionado, en la medida en que en el proceso penal internacional, tal y como se está aplicando en los tribunales internacionales, se ha producido una evolución desde el proceso adversarial hacia un proceso cada vez más inquisitivo («instructor»), con una presencia cada vez más activa del juez en la obtención de las pruebas. En esos tribunales puede hablarse —por lo menos desde el punto de vista de la normatividad vigente— de un proceso *mixto adversarial-inquisitivo*¹⁴⁶. Y resulta interesante que uno de los argumentos esgrimidos en contra del proceso penal puramente adversarial (como enfrentamiento entre partes), y a favor de que el juez desempeñara un papel más activo, en el sentido inquisitorial, se adujera «the belief that the prolonged nature of Tribunal proceedings was attributable (...) to not enough control (...) over the proceedings by the judges»¹⁴⁷.

¹⁴⁴ M. R. DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority*, 1986, pp. 16 y ss.: «coordinated two cases» versus un «judge led» o «hierarchical one case approach».

¹⁴⁵ Muy ilustrativo R. VOGLER, *op. cit.*, nota pie 38, pp. 3 y ss., quien traza a su vez una distinción entre tres tipos de procesos, en función del tipo de organización humana de la convivencia y de las principales partes que toman parte en el proceso.

¹⁴⁶ Cfr. la síntesis de K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 2nd. ed. 2008, § 8 Rn. 20 y ss. (49), con ulteriores referencias; más en detalle, del mismo autor, «The structure of International Criminal Procedure: "Adversarial", "Inquisitorial" or Mixed?», en M. Bohlander (ed.), *International Criminal Justice: A critical analysis of institutions and procedures*, London, 2007, pp. 429-503.

¹⁴⁷ Report of the Expert Group to Conduct a Review of the Effective Operation and Functioning of the ICTY and the ICTR, 22 November 1999, UN Doc. A/54/634, para. 77. En sentido similar M. BOHLANDER, *Evidence before the ICC - basic principles*, ERA-Forum 4/2005, 543 (553).

REGLA DE EXCLUSIÓN Y ACUSATORIO*

Marien AGUILERA MORALES¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y SU VINCULACIÓN CON EL ACUSATORIO: 1. La falta de relación esencial entre la regla de exclusión y el principio acusatorio.—2. La regla de exclusión en el proceso penal acusatorio: 2.1. El fundamento de la regla en el *adversary system* estadounidense.—2.2. El fundamento de la regla en el sistema contradictorio continental.—2.3. El fundamento de la regla en el sistema procesal español: entre un imperativo constitucional y una opción de política legislativa.—III. LA PRUEBA ILÍCITA EN NUESTRO PROCESO PENAL ACUSATORIO: 1. El desconcertante tratamiento de la prueba ilícita: 1.1. Tratamiento doctrinal.—1.2. Tratamiento legal: en particular, el art. 11.1 LOPI.—1.3. Tratamiento jurisprudencial: las excepciones a la regla de exclusión.—A) Las excepciones a la eficacia refleja o indirecta de la prueba ilícita.—B) Las excepciones a la eficacia directa de la prueba ilícita: la buena fe.—2. A modo de conclusión: algunas propuestas sobre la regla de exclusión en el proceso penal con miras a su futura regulación legal.

I. INTRODUCCIÓN

El título elegido para este trabajo es ilustrativo del propósito que nos guió al elaborarlo. Este objetivo consistía, llanamente, en averiguar qué relación existe entre el acusatorio y la regla que proscribe —ya de forma absoluta, ya matizadamente— otorgar eficacia en el proceso a aquellos elementos probatorios en cuya obtención o práctica se ha producido un

* Este trabajo ha sido elaborado dentro del Proyecto de Investigación «Integración europea y armonización de las garantías fundamentales en el proceso penal» (SEJ2005-05719/JURI), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

¹ Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad Complutense de Madrid).