

# NUEVO PROCESO PENAL: SISTEMAS Y VALORACIÓN DE PESOS Y CONTRAPESOS

Teresa ARMENTA DEU

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Principios y proceso penal: la herencia cultural y el sistema jurídico*. III. *Planteamiento de una reforma con arreglo a principios irrenunciables y opciones de política criminal*. IV. *Sistema acusatorio. Verdades y falacias en torno al mismo: el principio de oportunidad como horizonte*. V. *El consenso (un ejemplo conclusivo)*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La reforma del proceso penal es cuestión tan actual como recurrente. Tanto la acaecida en un número de países representativos de la Europa continental en los últimos quince años, cuanto la que se ha producido o anuncia para otros de Latinoamérica, es objeto de valoraciones diversas. De ahí que pese a no ser un tema nuevo, resulta justificado acometerlo una vez más, aportando como elementos para la reflexión, no tanto novedades en el sentido estricto del término, cuanto el simple pero importante objetivo de arrojar luz sobre determinados “lugares comunes” de los que se hace uso tan frecuente como interesado.

Toda reflexión parte de dos modelos genéricos de los que la regulación procesal de la mayoría de los países resultan fieles epígonos. Me refiero, claro está, a los llamados —con la inexactitud que toda generalización supone— modelo oficialista (o mixto) y modelo acusatorio o adversativo. A partir de ahí, todos los foros y publicaciones, iniciativas legislativas, congresos, monografías, etcétera, que tratan sobre tema tan amplio, suelen usar categorías jurídicas, instituciones y conceptos que en realidad coinciden poco más que en el título. Pareciera que cada uno usa de los

mismos, en la medida y con el sentido que resulta útil para las conclusiones a las que pretende llegar. Una especie de situación parecida a la que magistralmente representaba Lewis Carroll en *Alicia en el país de las maravillas* cuando, en el proceso a Alicia, la reina reclamaba “primero la sentencia... luego el juicio”. Mi aportación en este contexto persigue ofrecer un marco uniforme y suficientemente claro de los elementos jurídicos que delimitan dicha discusión.

## II. PRINCIPIOS Y PROCESO PENAL: LA HERENCIA CULTURAL Y EL SISTEMA JURÍDICO

Como ya señalara Goldschmidt: *los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución.*<sup>1</sup>

Y parafraseando al gran maestro, continúo por mi parte: partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios en mutua lucha o confrontación. El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el derecho vigente no es más que el tránsito del derecho del pasado al derecho del futuro. Cuestión bien distinta es si tal tránsito se valora como un avance o un retroceso. Conviene terminar, en tal sentido, con el uso frecuentemente maniqueista de expresiones como “derecho de progreso” o “proceso del futuro”.

### 1. Iter histórico en la aparición de los dos grandes sistemas de referencia

El principio “actorio”, transformado luego en acusatorio, es el originario.

Resulta el adecuado a un sistema primitivo en donde no se distingue el derecho civil y el penal, y por ende el perjudicado es el único sujeto de las consecuencias jurídicas que nacen de la antijuridicidad y los hace valer ante el juez (“*nemo iudex sine actore*”).

<sup>1</sup> Goldschmidt, J., “Los principios del proceso penal”, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1935.

Al ir apareciendo los delitos públicos, el derecho penal se va separando del civil. Junto a la acción privada de la víctima, se reconoce a todo miembro del grupo el poder de ejercitar la acción en nombre de la colectividad. Hace su entrada en la historia la acción popular, coincidiendo con el progresivo reforzamiento del poder público. La sociedad no se desentiende de la persecución, pero ésta no existe si no hay acusador, quien con la iniciativa acepta la responsabilidad.

A medida que el derecho penal va pasando al Estado, se producen dos consecuencias de largo alcance tanto para la configuración del proceso como para la peculiar relación de éste con el derecho, para cuya realización actúa. La última subsiste hoy en la gran mayoría de ordenamientos, y es objeto actual de discusión en torno a su utilidad y conveniencia. Se trata del principio *nulla poena sine judicio*, la garantía jurisdiccional, en términos de la doctrina penal sobre el principio de legalidad.

En cuanto a la configuración del proceso, la posición jurídica del Estado, en su papel de juez que dirime imparcialmente una contienda entre partes, proviene de un tiempo en el que el juicio tiene como objeto una relación en la que el propio Estado no estaba implicado. La subsistencia y posterior incremento del principio acusatorio en estas condiciones ha sido sólo posible a través de una construcción artificial, en virtud de la cual la incorporación al proceso de un órgano como el ministerio fiscal permite salvaguardar la imparcialidad judicial a través de encomendar la acusación y el enjuiciamiento a sujetos diferenciados. La introducción del fiscal en el proceso penal —que implica una quiebra incuestionable en la concepción estricta del sistema acusatorio como contienda entre partes con intereses contrapuestos— se justifica, no obstante, de manera plena en atención a diversas consideraciones. Por una parte, asegurar la persecución penal, y con ello la realización del derecho penal. Por otra, garantizar la separación de las funciones acusadora y juzgadora.

Resulta irrelevante a estos efectos cuál de las dos posibles formas de atribución de estas funciones se acoja: un régimen de monopolio (sistema continental francés, italiano o alemán, por ejemplo) o un ejercicio compartido (sistema continental español).

No lo es, en cambio, en torno a la función garantizadora de la persecución penal implícita en el principio de oficialidad. El sistema de monopolio se compadece en mayor medida con la misma al permitir un control más directo sobre el efectivo cumplimiento de la norma penal. De

hecho, los países que han optado por el monopolio del fiscal en el ejercicio de la acción penal, adoptaron tal modalidad en atención tanto a una concepción pública del derecho penal que obligaba al Estado a procurar su realización, cuanto a la relegación de los órganos jurisdiccionales a su estricta función, y simultáneamente a la configuración del fiscal como sujeto representativo de los intereses públicos. A partir de tal monopolio, por otra parte, resulta más sencillo incorporar ámbitos de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. De hecho, la existencia de otros acusadores junto al Ministerio Público se percibe como un obstáculo, si bien no cabe negar que así se refuerza el ejercicio de la acción y con ello la “acusatoriedad” del sistema.

Entre finales del siglo XVIII y a través del siglo XIX, diversos movimientos irán introduciendo cambios sustanciales en la orientación del derecho penal, y algo más adelante del enjuiciamiento criminal. La búsqueda de una finalidad a la pena a partir de Beccaria, su fundamento en el contrato social, y la codificación como instrumento que impida la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, fijando los presupuestos formales y materiales de aplicación del derecho penal, cumplieron una función estabilizadora de las condiciones de aplicación del mismo, que consagran una serie de límites abarcados por la ya citada máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

A esta legalidad del derecho sustantivo corresponde la legalidad del proceso penal: no hay proceso sin ley; el proceso es una regulación legal. Tras la superación del *ancien régime* se consagra el principio de legalidad en su vertiente jurisdiccional, sentando junto al mismo el principio previo de necesidad: “*nulla poena sine iudicio*”. En consecuencia, para que pueda imponerse una pena no sólo es necesario que haya una acción u omisión dolosa o culposa penada por la ley, sino también que haya un proceso. La pena no es así sólo un efecto del delito o falta sino a la vez del proceso.

## 2. La “crisis de la persecución penal”: mecanismos frente a la misma

A partir de la Primera Guerra Mundial, pero especialmente tras la segunda conflagración mundial, se sitúa el aspecto más negativo del orden procesal penal en su lentitud, lo que unido a una creciente incriminación abocó a un incremento y ocasional colapso de la administración de

justicia, que redundó inevitablemente en una pérdida de confianza en la misma y una ausencia de eficacia de la pena, con negativas consecuencias desde el punto de vista de la prevención general.

El proceso penal, la justicia penal, se empezó a sostener; no funciona, resulta imposible cumplir con la aplicación del principio de legalidad. El aumento de la pequeña criminalidad y la progresiva incriminación justificaron una limitación de aquél a través de diversas manifestaciones del principio de oportunidad, mejor o peor interpretado. A su vez, el carácter altamente formal del proceso provocaba una duración de los procesos evaluada como excesiva.

Las reacciones fueron diversas. Desde la huida del proceso hacia mecanismos alternativos, que abarcan: la despenalización de las conductas; la remisión de las mismas a otros ordenamientos (singularmente el administrativo y el civil); o el traslado de la resolución del conflicto a vías extrajudiciales de muy diversa índole, como el arbitraje, la mediación o la reparación.

Sin abandonar el proceso, pero modificándolo más o menos sustancialmente, se adoptan medidas como: 1) reducir al mínimo la fase instructora —o incluso eliminarla— ante la ausencia de necesidad de continuar la investigación, en atención a cuatro eventuales circunstancias: *a*) haberse reconocido los hechos; *b*) la flagrancia de estos últimos; *c*) la escasa reprochabilidad de la conducta, que se tipifica como falta, o *d*) resultar de la denuncia, querella o cualquier actuación procesal la imputación de un delito, confirmada su verosimilitud; 2) diluir la aplicación del principio de legalidad, lo que equivale a un incremento de los casos de aplicación del principio de oportunidad.

Toda esta dinámica, que se enmarca en tendencias comunes de las últimas reformas de ordenamientos procesales como el portugués, el italiano, o el español, implica, no obstante, una reducción de garantías que debe ponderarse en relación, precisamente, con las citadas finalidades de la pena. Evaluación que ha de atender, en definitiva, a los fines en tensión: del derecho penal (de lo punitivo), y del derecho procesal de las garantías. La meta, el objetivo común, consiste en procurar reducir la tensión existente en ámbitos de no siempre fácil conciliación: la necesidad de protección de la sociedad, de la víctima y del delincuente, desde una perspectiva penal, y los postulados que exige el Estado de derecho en relación con la administración de justicia y el irrenunciable reconocimien-

to de los derechos de los ciudadanos consagrado en Constituciones y declaraciones internacionales: Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, textos constitucionales, etcétera.

Frente a las mismas, parece elemental someter a consideración el peso de la historia, de una teoría del proceso elaborada en los dos últimos siglos, y del recordatorio de los abusos que marcaron la necesidad de un proceso garantista como instrumento elemental para la justicia penal. El esfuerzo de depuración conceptual y de juridificación descrito al inicio de este trabajo, singularmente a partir del siglo XIX, o la desaparición de una concepción privada del derecho penal, deben al menos situarse en la balanza frente a otros elementos de signo más utilitarista. Máxime cuando, a la postre, la mayoría de soluciones alternativas terminan buscando su legitimación en el cumplimiento de una serie de garantías tomadas directamente del derecho procesal. Éste es el núcleo de la reflexión que propongo.

### III. PLANTEAMIENTO DE UNA REFORMA CON ARREGLO A PRINCIPIOS IRRENUNCIABLES Y OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Hasta aquí la perspectiva y las enseñanzas que nos ofrece la historia y que contemplan en términos necesariamente amplios y generales los sistemas jurídico-procesales existentes y la situación actual. Frente al reto de configurar un nuevo proceso penal, corresponde ahora formular las siguientes cuestiones: ¿existen líneas maestras para la configuración del proceso penal conforme a las exigencias propias de un Estado de derecho?, ¿son exigibles por igual a tales efectos los principios procesales que informan los procedimientos penales actuales?, ¿cuál o cuáles son los ámbitos que, lejos de tal presupuesto, pertenecen al marco de la mera opción de política criminal?

De la respuesta a este examen debería surgir un elenco de principios, por así decirlo, “no negociables”, y otros que a partir de los condicionantes históricos, culturales, sociales y económicos propios de cada país pueden ser objeto de diferentes opciones político-criminales, y aun a partir de ahí (siempre y cuando salvaguarden las garantías irrenunciables que después señalaremos, y en caso de ineludible atemperación de alguna) articulen los necesarios mecanismos jurídicos compensatorios. Nada más y nada menos.

En todo caso, existirán con carácter previo dos condicionantes: la naturaleza del derecho sustantivo, a cuya realización sirve, y las normas internacionales y constitucionales que constituyen el marco normativo básico (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano; Pacto Internacional de Derechos Civiles, convenciones, Constitución de cada país, etcétera). Ello sin perjuicio, claro está, del ya citado sello y el peso trascendental que la historia y la tradición cultural y jurídica dejan en cada país, y otras circunstancias tan determinantes como los diversos sistemas de acceso a su función de quienes protagonizan la administración de justicia, singularmente los jueces o los fiscales.

### 1. *Principios y derechos irrenunciables*

Actualmente no se cuestiona la adopción de un sistema comúnmente calificado como acusatorio. Ocurre, sin embargo, que el significado que se da a ésta denominación no es siempre equiparable entre los países de tradición “continental” y aquellos otros del *Common Law*. Sin perjuicio de lo que se señale en el siguiente epígrafe respecto al significado y sobre todo a la finalidad última con que se usa la necesidad de implementación de este sistema, el significado del que partiré es aquel que supone su contraste con un sistema inquisitivo, entendiendo por este último un proceso en el que la investigación, la acusación y el enjuiciamiento resultan atribuidos a un único sujeto.

A partir de dicha exigencia, el sistema acusatorio supone salvaguardar: el principio de igualdad; el principio de audiencia y contradicción; el derecho de defensa y sus garantías (a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo, y a la asistencia letrada o a la autodefensa); el principio acusatorio y sus epígonos (necesidad de existencia de una acción, exigencia de correlación entre acusación y sentencia, y prohibición de *reformatio in peius*); la presunción de inocencia; la doble instancia penal; la oralidad; inmediación y publicidad.

En el terreno de las opciones y de los necesarios equilibrios que deben articularse, voy a centrar mi atención en los siguientes: el grado de acomimiento de los principios de legalidad y oportunidad; la atribución de las funciones instructoras o investigadoras (Ministerio Fiscal, policía, imparcialidad, etcétera); y la búsqueda de la verdad material o la consensuada en relación con la consecución de la justicia.

Pero empecemos por un breve examen del significado de cada uno de los principios y las opciones a las que se ha hecho referencia.

### *A. Principio de igualdad*

Como situación tendencial, alcanzada en la fase de enjuiciamiento, ofrece diferentes grados en la fase investigadora y en el juicio oral. Por otra parte, y en la medida en que se contemplen, como en España, diferentes sujetos entre las partes acusadoras, ofrece una configuración más adecuada a la formulación de “tratar desigualmente a los desiguales” que “igual a todas las partes que intervienen en el proceso”. Desde la perspectiva del acusador y defensor debe informar la oportunidad de las actuaciones en las diferentes fases procesales. Circunstancia que ocurre en la citada de enjuiciamiento, pero que cede en ocasiones en la de investigación y de acusación, en razón de la oficialidad. La igualdad no admite limitaciones en la fase de juicio oral.

En la concepción del proceso adversativo, a pesar de ofrecer una aplicación aparentemente más indiscutible, conviene tener presente que en los países donde éste impera, el mayor número de conflictos de origen criminal se resuelve a través de mecanismos que aplican el principio del consenso. Y en este punto la vigencia del principio de igualdad resulta, cuando menos, dudosa.

### *B. Principio de audiencia o contradicción*

Este principio, resumido en la frase “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”, constituye uno de los grandes avances en la erradicación de una justicia primaria o inquisitorial. A medida que las garantías del juicio, singularmente el derecho de defensa y más específicamente la más pronta “imputación”, se han ido incorporando al periodo de instrucción; la audiencia o contradicción informa en gran medida este periodo. En todo caso, el principio de audiencia rige en toda su plenitud en la fase de enjuiciamiento o de juicio oral. Ésta no podrá iniciarse sin la existencia de un acusado, que además esté a disposición del órgano enjuiciador. En caso de declaración de rebeldía, el juicio debe suspenderse; al igual que la enfermedad del imputado es causa de suspensión e incluso de interrupción del juicio.

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

### *C. El derecho de defensa y sus garantías*

El principio de audiencia guarda una estrecha relación tanto con el derecho de defensa (faceta positiva) como con la prohibición de indefensión (faceta negativa). El derecho de defensa se pertrecha de una serie de garantías, corolario ineludible de su propia salvaguardia. Dichas garantías son las siguientes:

- 1) *El derecho a ser informado de la acusación formulada*, cuyo contenido es diverso en la fase instructora, en la detención o en aquel otro momento en que se debe dar traslado y conocimiento al titular del hecho punible del que se le considera autor, con todas sus circunstancias y los derechos que le asisten (artículos 2o., 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante LECrim—); y en la de juicio, donde se formula la acusación formal (artículos 652 y 791.1, LECrim). Naturalmente, tanto en uno como en otro supuesto, se integra en esta garantía la asistencia de un intérprete, generalmente por ser extranjero (artículos 6o., CEDH; 14, CDCP, y 24, Constitución española —en adelante CE—).
- 2) *El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable*, en atención al cual los órganos judiciales deben ilustrar, desde el primer acto procesal que se dirija contra una persona concreta, de su derecho a no prestar declaración en contra suyo y de no declararse culpable; si es posible, antes de la toma de declaración.
- 3) *Derecho a la defensa y a la asistencia de letrado*. Como parte del derecho de defensa, constituye un derecho de doble proyección que

garantiza: *a) la asistencia letrada al detenido* (artículo 17.3 CE), y *b) la asistencia letrada al imputado o acusado* (artículo 24.2 CE), y cuyo contenido, a veces solapado (cuando el detenido adquiere la condición de imputado) no es idéntico sino mucho más amplio en el segundo de los casos (STC 196/1987).<sup>2</sup>

- 4) *Derecho a utilizar todos los medios pertinentes para la defensa.* Con un contenido básico configurado en tres aspectos: *a) derecho a proponer la práctica de medios de prueba; b) derecho a obtener un pronunciamiento motivado sobre la inadmisión de alguno o todos los medios de prueba propuestos, y c) derecho a la práctica de la prueba propuesta, salvo su valoración como “prueba ilícita”.*

#### D. *Principio acusatorio*

Se resume en una idea importante pero bien simple: “no hay proceso sin acusación”, lo que si bien se piensa comprende que “quien acusa no puede juzgar” (“Wo kein Kläger, da kein Richter”). El principio acusatorio, como tal, comprende:

- a) La necesidad de la existencia de una acción como presupuesto del juicio y de la condena.
- b) La correlación entre acusación y sentencia, en cuanto esta última no puede condenar por hecho punible distinto del que fue objeto de la acusación, ni a sujeto diferente de aquel a quien se imputó y posteriormente se acusó —según la delimitación formal— en los escritos de calificación o acusación, a tenor de lo señalado líneas más arriba.
- c) La prohibición de *reformatio in peius*, en cuya virtud, la exigencia de acusación se extiende a las diferentes instancias, sin que la existente en la primera sirva a tales efectos, y exigiéndose así la formulación en la segunda instancia a través de apelación principal o de adhesión a la misma.

<sup>2</sup> Forma parte del contenido de este derecho el de poder designar libremente a un abogado, desechando la posibilidad de que se le imponga uno de oficio (artículos 14.3, inciso *d*, PIDCP y 6.3, inciso *c*, CEDH y STC 196/1987). Esta nota es aplicable a la asistencia letrada del artículo 24.2 CE (defensa del imputado), pero no a la del artículo 17.3 CE (asistencia al detenido) (STC 196/1987).

### *E. Presunción de inocencia*

El concepto de “presunción de inocencia” es polisémico. Como “regla de tratamiento” es un postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual ha de partirse de la idea de que el imputado es inocente y, por ende, reducir al mínimo las medidas restrictivas. Como “regla de juicio” (referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el juicio probatorio) exige que la prueba completa de culpabilidad debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución si la culpabilidad no queda totalmente demostrada. Finalmente, como “regla del juicio fáctico” se establece una serie de requisitos que deberán cumplirse para alcanzar legítimamente un juicio de culpabilidad del acusado en el proceso penal:

- a) Sólo la actividad probatoria de cargo, debidamente practicada, puede conducir al juzgador al convencimiento de la certeza de la culpabilidad. Si no se produce tal convencimiento debe operar la presunción de inocencia.
- b) Dicha “mínima actividad probatoria de cargo” significa la existencia de una actuación probatoria, objetivamente incriminatoria, que sometida posteriormente a valoración judicial consigue la íntima convicción de la culpabilidad.
- c) La prueba con las características reseñadas debe haber cumplido todas las garantías, es decir haberse practicado en el seno del juicio oral, con inmediación, oralidad, concentración y publicidad, sometiéndola a contradicción, y habiéndose obtenido sin vulneración de derechos fundamentales.

### *F. La llamada “doble instancia”*

En virtud de diversos convenios internacionales, toda resolución condenatoria debe ser objeto de revisión por un tribunal superior. Sin que resulte el lugar adecuado para una mayor profundización del tema, sí conviene dejar constancia de las dificultades que tal mandato ha originado en la configuración del proceso oral a efectos de prueba en la segunda instancia, y en la concepción mayoritaria del recurso de apelación como revisión circunscrita tan sólo a determinadas cuestiones.

### *G. Publicidad, oralidad e inmediación*

La publicidad externa y la interna, la que afecta a las partes procesales, es uno de los requisitos propios de un proceso garantista. Su vigencia sólo puede justificarse en atención a circunstancias muy concretas, como son aquellas que fundan el secreto del sumario, y siempre con carácter temporal; o las que permiten, en atención a los intereses de las víctimas, la celebración del juicio “a puerta cerrada”.

Con diferente gradación, la oralidad debe informar las actuaciones, especialmente las del juicio oral y aquellas que por esencia se realizan en presencia del juez. De su aplicación surge la inmediación, como característica formal del repetido proceso.

### *2. Opciones de política criminal (una selección)*

Hasta aquí los principios que deben informar un proceso adecuado a los postulados de un Estado de derecho y requerido por los artículos correspondientes de los convenios internacionales. Restan, sin embargo, cuestiones ciertamente importantes que permitirían teóricamente adoptar sistemas procesales diferentes. De un elenco imposible de tratar aquí y ahora, he elegido dos cuestiones conexas entre sí que no han dejado de ser objeto específico y constante de discusión en muchos países, desde luego en España y también en Latinoamérica, y que creo resultan perfectos ejemplos de aquellas cuestiones entre las que, primero, cabe optar, y en segundo lugar, en caso de tal cambio, deben ir acompañadas de los consiguientes mecanismos compensatorios. Se trata de la atribución de la dirección de la fase investigadora del proceso penal y el “juego” y aplicación de los principios de legalidad y oportunidad.

## IV. SISTEMA ACUSATORIO. VERDADES Y FALACIAS EN TORNO AL MISMO: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO HORIZONTE

Parece existir acuerdo en configurar el proceso penal conforme a las líneas correspondientes a un sistema denominado “acusatorio”, así se defiende por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la totalidad de la doctrina. A partir del hecho incontestable de su desaparición en el modo en que fue configurado originariamente, su implementación en muchos

ordenamientos, y desde luego la apelación al mismo en aquellos objeto actual o futuro de reforma, tiene lugar en muy diversas variantes que giran alrededor de los dos extremos que se acaban de señalar como objeto de diversas opciones de políticas criminales, y cuya finalidad, no siempre confesada, es la ampliación de ámbitos de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

### *1. Premisa aclaratoria: la relación entre el sistema acusatorio y los principios de legalidad y oportunidad*

Vaya por delante la afirmación, frecuentemente olvidada o tácitamente negada, de que la decisión entre la configuración acusatoria o inquisitoria del proceso no lleva consigo una decisión de la cuestión si, en todos los casos en que hay hecho punible, la persecución ha de resultar obligatoria (principio de legalidad) o si hay que tomar en cuenta también consideraciones de oportunidad.

En tanto la retribución de la antijuridicidad no incumbe al Estado, sino exclusivamente a la persona ofendida, no hay base para el contraste del principio de legalidad y oportunidad. Pero desde que el poder de pena correspondió al Estado, se planteó si todos los hechos punibles debían perseguirse o si la persecución había de hacerse depender de diversos factores (discrecionalidad del acusador, del juez o acuerdo entre las partes).

La experiencia histórica permite observar que el principio de legalidad continúa siendo el que garantiza la legalidad estricta de la justicia punitiva. De ahí que generalmente haya ido unido a épocas donde prime la Constitución del Estado de derecho y las garantías del mismo. Frente a ello, el principio de oportunidad puede justificarse de dos modos: por un lado, partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del gobierno sobre la justicia penal; por otro, en el interés de la verificación de la justicia material, en contraste con otros formalismos (Goldschmidt).

### *2. Acusatorio, instrucción y ministerio fiscal*

El repetido sistema acusatorio se estructura de manera bien diferente en los diversos países de la Unión Europea y en los Estados Unidos de América. En este último país, como en Inglaterra, las diferencias son tan

sustanciales que el modelo es difícilmente trasladable sin mayores análisis y reformas orgánicas de mucha mayor amplitud (entre ellas, por ejemplo, el acceso a la función judicial o a la del órgano oficial de la persecución penal).

En cuanto a la llamada Europa continental, pese a que sucesivas reformas han encomendado la instrucción formalmente al fiscal, y no sin recurrir en ocasiones a verdaderas “ficciones jurídicas” como en el Código de Procedimientos Penales de Portugal, tal opción debe examinarse en el conjunto del sistema en que se integra, con los contrapesos adoptados para equilibrar el sistema y sin olvidar que, como el Código de Procedimientos Penales francés y la propia LECrim ponen en evidencia, no es la única opción posible.<sup>3</sup>

Puede afirmarse que hoy en día se atisba que el verdadero peligro para las garantías constitucionales del ciudadano subyace en el equilibrio a lograr entre la instrucción y la acusación, así como en la protección de los derechos del acusado, de manera que el órgano acusador no pueda adoptar determinadas medidas que arrojen una carga excesiva de parcialidad y se ponga de relieve la falta de distanciamiento psicológico de quien habiendo conducido la investigación debe luego sostener la acusación. De no atemperarse dichos riesgos de parcialidad, los rasgos inquisitorios se trasladarían al juicio de acusación, acarreando el riesgo de arbitrariedades en la investigación y peligro de invasión indebida de la vida privada.

<sup>3</sup> Francia, que respeta la esencia del sistema acusatorio (quien acusa no juzga) incorpora la figura del Ministerio Fiscal, pero encomienda la instrucción a un juez (artículo 81, Código de Procedimientos Penales), no sólo por motivos tradicionales, sino también por las concretas experiencias históricas relacionadas con la falta de independencia del fiscal frente al ejecutivo y sus competencias respecto a la llamada “opportunité des poursuites” (ex artículo 40). La reforma procesal de enero de 1993, inspirada en el “informe Delmas Marty” que postulaba encomendar a la Fiscalía las funciones de investigación y a otro juez las decisiones sobre derechos fundamentales, fue modificada por otra de 24 de agosto de 1993, devolviendo al juez de instrucción las facultades para decidir sobre la prisión preventiva. La sospecha de prejuicios recaída en el juez por ser quien investiga y debe decidir sobre la existencia de la acción penal (hechos presuntamente delictivos e imputado) se traslada al fiscal, quien concentraría en su persona la investigación sobre la concurrencia de tales hechos y sujetos y la decisión sobre el ejercicio de la acción. Esta es una de las principales conclusiones de la llamada “Comisión Truché”.

En España, donde se ha discutido en los últimos años al respecto, la última reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aparta la cuestión, al entender que el fiscal carece de la independencia necesaria para garantizar el necesario equilibrio entre las facultades investigadoras y el ejercicio de la acción.

Si acudimos, por otro lado, a las más recientes reformas de corte internacional, concretamente al modelo adoptado por la Corte Penal Internacional, si bien la iniciativa —y no exclusiva— corresponde al fiscal, el ejercicio de la acción o incluso la decisión de no perseguir, se supedita al control directo de la Sala de Cuestiones Preliminares, órgano jurisdiccional de la Corte Penal Internacional.

Unido a todo ello y para concluir, el fiscal investigador tampoco supone, en puridad, llevar el principio acusatorio a la instrucción. En primer término, porque dicha fase se encamina a investigar, preparar el juicio y hacer constar la perpetración de los delitos y las circunstancias que puedan influir en la calificación y culpabilidad (artículo 299, LECrim). Y de ahí, en segundo término, porque en dicha fase no se ejercita acción penal alguna.

Cuestión diferente sería reclamar la instauración de un sistema acusatorio tripartito (acusador-acusado-órgano imparcial) también en este periodo procesal —que es al que parecen referirse en realidad algunos autores—, pero en tal hipótesis, el análisis debe centrarse en la imparcialidad, que respecto del fiscal y el enjuiciamiento quedan aparentemente garantizados, pero pueden ponerse fácilmente en entredicho si se refieren a lo que constituye la esencia y finalidad de la instrucción: el juicio sobre la acusación. Y todo, volviendo a recalcar que la garantía del acusatorio se cumplimenta también siempre que el juez que instruye no juzgue.

Finalmente, respecto a la figura del juez de garantías, si bien resulta incuestionable que contribuiría a dar una imagen más neutral a la hora de adoptar medidas, especialmente aquellas que inciden en bienes jurídicos sobre los que existe una sensibilidad más alta y salvaría la necesaria “jurisdiccionalidad” de actuaciones como la recepción y dirección de la prueba anticipada; debe analizarse tomando en consideración, al menos, dos cuestiones. Por una parte, la necesidad de que dicho órgano actúe paralelamente aunque sin inmiscuirse en la instrucción, ya que de otra manera difícilmente podrá adoptar las resoluciones que se le encomiendan con el necesario conocimiento de causa. Por otro, implica un notable incremento de una planta judicial, que siempre se afirma resulta insuficiente.

### *3. Fiscal instructor y principio de oportunidad*

El sistema acusatorio y el principio de oportunidad no son, como se ha repetido, en absoluto inescindibles. Ambos operan en planos diferentes.

El primero implica una opción de política criminal que configura el ejercicio de la acción penal con mayores o menores ámbitos de discrecionalidad. El segundo se sintetiza en el ejercicio por sujetos diferentes de las funciones investigadora y juzgadora (y, en su caso, acusadora).

Que quede garantizada la atribución a órganos diferentes de la instrucción y el enjuiciamiento, o a la investigación y la acusación, no beneficia ni perjudica la concesión de ámbitos más o menos amplios de discrecionalidad. Otra cosa es la configuración en régimen de exclusiva del ejercicio de la acción, máxime si éste se atribuye al órgano oficial. En este caso, es obvio que presenta menos obstáculos instaurar o ampliar la aplicación del principio de oportunidad, si quien investiga y acusa es el Ministerio Fiscal, pero sólo si, además, es el titular exclusivo del ejercicio de la acción penal. De no ser así, el ejercicio de la discrecionalidad resulta indudablemente mediatisado por el ejercicio de las facultades y derechos de las restantes partes acusadoras. Mas no es esa ahora la cuestión.

#### 4. ¿Qué supone el principio de legalidad frente al de oportunidad?

Conforme a un concepto amplio de principio de oportunidad, se entiende todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo, esto es, tanto las técnicas despenalizadoras cuanto las específicamente procesales. Con arreglo a un sentido más estricto, el principio de oportunidad se limita en el aspecto subjetivo a los sujetos públicos, y desde el objetivo al marco del proceso, abarcando, o bien la obligación de incoación ante todo conocimiento de una “*notitia criminis*”, que se enerva; o bien el desarrollo del proceso, que puede verse interceptado por acuerdo de acusador y acusado u otro mecanismo distinto a la resolución judicial al final del mismo.

Tampoco es oportuno ahora detenerse en un análisis a fondo de temas de tan hondo calado. Sirva una brevíssima relación de las razones en favor y en contra de ambos principios como parámetro comparativo.

Los partidarios de incorporar el principio de oportunidad alegan, básicamente: 1) razones de interés social o utilidad pública en una triple vertiente: *a)* falta de interés público en la persecución del delito por su escasa lesión social; *b)* estimular la pronta reparación de la víctima, y *c)* evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; 2) contribuir decisivamente a la consecución de la justicia material por encima de

la formal; 3) favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y 4) constituir el único instrumento —desde una perspectiva eminentemente práctica— que permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, y aquellos otros en que se considera que la mínima lesión social debe conducir a su no persecución.

En contra se utiliza un doble tipo de motivos. De una parte, aquellos que atienden al punto de vista constitucional y que se centran en la lesión del principio de igualdad y de la administración de justicia como función encomendada exclusivamente a los órganos jurisdiccionales. De otra, los que rechazan el principio de oportunidad bajo la acusación de poner en peligro los logros que conlleva la estricta sujeción al principio de legalidad; especialmente, el efecto conminatorio de la sanción penal o la seguridad jurídica implícita en la certidumbre de que todo hecho que revista los caracteres de delito será perseguido en términos de igualdad.

## V. EL CONSENSO (UN EJEMPLO CONCLUSIVO)

No podemos en modo alguno detenernos en las muy diversas manifestaciones que comprende la aplicación del principio de oportunidad.

Puestos a elegir, y por tratarse de la más utilizada, incluso en países de larga tradición en la aplicación del principio de legalidad (España, Portugal e Italia) u otros como Estados Unidos, en donde, si bien sólo a partir del siglo XIX, ocupa un lugar que, junto a las restantes manifestaciones de *pleas* (*guilty pleas*, etcétera), constituyen hasta el 92% de la persecución de *felonys* (delitos), el consenso parece una opción idónea.

Adviértase de antemano que las líneas que siguen no pueden ni quieren ser una valoración con vocación de conclusión general e indiscutible. Pretenden poner de relieve un elenco de consideraciones críticas sobre el consenso, utilizando éste como ejemplo de las disfunciones generalmente anudadas al principio de oportunidad, que por otro lado constituye un elevado número de supuestos de resolución procesal del conflicto originado por la comisión de un ilícito penal. Su valor se contrae, pues, a reunir en unas líneas un conjunto sistematizado de las cuestiones que deberían tomarse en cuenta a la hora de incorporarlo al ordenamiento procesal. Más allá, dicha implementación es, a la postre, una de las opciones de política criminal tan posibles como necesitadas de contrapesos que atemperen las disfunciones que seguidamente se señalan.

El tránsito de un sistema mixto a uno adversativo se ha convertido en un lugar común a la hora de plantear la reforma del proceso penal. El modelo angloamericano aparece así como guía que orienta tales movimientos de reforma, como manifestación de una innegable influencia cultural y jurídica. Tal orientación se asume en ocasiones acríticamente, en tanto otras veces sin contemplar el conjunto del sistema en donde deberían acomodarse, olvidando la necesidad de otras reformas orgánicas o incluso constitucionales, y en todo caso sin articular el preciso sistema compensatorio de pesos y contrapesos. Las líneas que siguen, para concluir, persiguen ofrecer un corolario de elementos para la reflexión, fruto de otros análisis más pormenorizados.<sup>4</sup>

Todo cambio se orienta hacia un modelo que se valora como mejor; para lo que se exige, en primer lugar, un análisis suficientemente profundo y contrastado, tras el cual la ponderación de ventajas e inconvenientes arroje un resultado favorable al citado principio. Pues bien, el análisis de los modelos angloamericanos no se ha hecho con la suficiente profundidad, al menos en España y otros países europeos. Pero si así hubiera sido, el resultado de una primera aproximación a los autores angloamericanos que analizan las diversas variantes de *guilty pleas* y *plea bargaining*, no hubiera conducido precisamente a percibir un entusiasmo ante el mismo. Casi al contrario. La valoración equivaldría, en palabras llanas, a constituir “el mejor de los malos remedios”.<sup>5</sup>

Por otra parte, y dejando de lado, pese a su trascendencia, que todo sistema, como hemos visto, procede de un largo proceso de decantación

<sup>4</sup> Armenta Deu, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991; *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1995; “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, *Estudios sobre derecho procesal*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, vol. IV, pp. 4609-4647; “Pena y proceso: fines generales y fines específicos”, *Política criminal y nuevo derecho penal. Estudios en homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997; “Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no es)”, *Revista de Derecho Procesal*, 1996; “El fiscal instructor ¿es necesario?”, número monográfico dedicado al Ministerio Público, *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, núm. 16, 2003.

<sup>5</sup> Entre la abundante bibliografía, como libro de texto, Allen *et al.*, *Comprehensive Criminal Procedure*, Gaithersburg-Nueva York, Aspen Law & Business, 2001. Con carácter monográfico, en torno a su admisión por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Bradley, Graig M., *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*, University of Pennsylvania Press, 1993 y Grano, *Confessions, Truth and the Law*, University of Michigan Press, 1993.

de la tradición histórica, cultural y jurídica, la modificación no incide únicamente en el proceso, como tramitación procedural, sino en toda una serie de circunstancias orgánicas, constitucionales y políticas. Sirva como ejemplo la diversa configuración constitucional del *public prosecutor* en los Estados Unidos de América o en los países europeos. Y no cabe negar que cuando se promueve el cambio procesal ni se menciona el orgánico ni de fiscales ni de jueces ni del sistema persecutorio en general.

Concretemos seguidamente algunos aspectos cruciales.

*1. El proceso penal, como el proceso civil, sirve al derecho sustantivo correspondiente*

En la medida en que la configuración del derecho civil y penal es diversa, parece justificado preservar la diferencia entre la estructura y más aún los principios inspiradores, y la situación de sus sujetos. Parece que incorporar el principio del consenso parte de la hipótesis contraria. Esta circunstancia es la primera que surge al tratar de la disponibilidad del *ius puniendi* respecto del acusador oficial y la naturaleza pública de los derechos en juego.

*2. De la búsqueda de la verdad material a la búsqueda de la verdad consensuada*

Este tránsito conlleva un vuelco total en las funciones jurisdiccionales y del órgano oficial de la acusación, así como en el entendimiento de una gran parte de los principios que hemos analizado (de oficialidad, de instancia de parte, especialmente en lo referido a la incorporación al proceso del material probatorio...).

No es posible ahora elevar el tono de la discusión hasta los fundamentos filosóficos de la decisión judicial y con ello dilucidar “qué se entiende como una solución correcta” a modo de antecedente necesario para determinar el tipo de proceso adecuado. Tanto se entienda “como correspondencia con una verdad puramente objetiva”, o como “teoría consensual de la verdad”.

Por otra parte, renunciar a la búsqueda de la verdad material, como finalidad del proceso, debería ir al menos precedido de una reflexión seria

sobre la consiguiente eliminación de aquellos peligros que el legislador pretendió conjurar al convertirla en una de las claves diferenciadoras entre el proceso penal y el civil. Concretando. Si como señala la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, la sujeción a dicha finalidad en la fase investigadora procuraba un doble objetivo: en primer lugar, que los esfuerzos del instructor no se centraran exclusivamente en la confesión del imputado, desatendiendo otras diligencias o futuros medios de prueba o simplemente comprobar la veracidad de la misma; y en segundo lugar, impedir un uso indebido de dicha admisión por el acusado, que propiciara el uso de mecanismos tendentes a su consecución, desde las presiones leves hasta otras más graves o incluso la tortura; dichos riesgos volverían a quedar nuevamente sin cobertura.

### *3. La desigualdad y asimetría de las partes negociadoras*

La desigualdad inherente a toda manifestación del principio de oportunidad se quiebra al aplicar el principio del consenso en un doble plano. General, desde el momento en que el ejercicio discrecional de la acción penal impide prever circunstancias semejantes a igual comisión delictiva. Pero también en el seno del propio proceso. Las negociaciones para alcanzar una decisión consensuada parten y consagran la total asimetría de las partes. Por decirlo en palabras llanas: en tanto el fiscal se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal y con la capacidad para generar asentimiento que deriva de su *status*; para el imputado, el objeto de la negociación es su propia libertad (Tarufo).

De forma paralela, la existencia de un acusador particular o, bien, de un responsable civil (directo o subsidiario) interesado en una pretensión resarcitoria de contenido económico puede alterar sustancialmente el planteamiento adoptando un comportamiento estratégico de dureza o de flexibilidad a la transacción directamente proporcional a la satisfacción de sus intereses (Pastor, 1989).

### *4. La relevancia de los derechos renunciados*

La opción por el consenso supone, ineludiblemente, la renuncia de toda una serie de “garantías procesales” no precisamente baladíes: el dere-

cho de defensa; el derecho a recurrir y corregir eventuales errores; el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; o a la publicidad, en la medida en que las negociaciones se hacen en sesión cerrada, incluso sin presencia judicial, aunque después corresponda a éste revisar el resultado.

Y para terminar este breve examen crítico, necesariamente parcial y resumido, la negociación adolece cuando menos de estos dos defectos: exacerba los aspectos utilitarios, y en términos de análisis económico del derecho “los gastos de precaución”, “los costes de transacción” y “el grado de optimismo”, que se distribuyen desigualmente entre las partes. Con razón se ha hecho notar que si la justicia pactada es de naturaleza contractual, responderá al modelo de contrato de adhesión.

Sólo se atisba la igualdad cuando el Ministerio Fiscal, por lo controvertido del caso, o por una deficiente preparación de su presentación en juicio, se arriesga, caso de seguir adelante, a un predecible fallo absolutorio. En los demás, el *alea* se distribuye muy desigualmente. Mas aún, se duplica la discriminación, porque en la práctica, los acusados que, de un modo u otro, tienen alguna cuota de poder social o económico o han emprendido una especialidad delictiva especialmente compleja, y por lo mismo, de prueba difícil, se hallarán en mejores condiciones de negociación (Fernández Entralgo).

La propia dinámica de la negociación desplaza el rigor en la determinación de la pena. Dicho de otra manera: se acusa por lo alto. Uno puede ser condenado “por lo bajo” pero no “al alza”, porque nadie cree que la salida real del juicio dependa de una precisa valoración de la prueba. Además, cuanto más alta sea la acusación, mayor sensación de arreglo tiene el acusado y mayor éxito puede ofrecer su abogado (Schünemann).

Con todo, no cabe ignorar ni negar el atractivo que ofrece esta forma de resolver el proceso penal. Para la administración de justicia, al procurar un inmediato decrecimiento del abultado número de “casos pendientes”; para jueces y fiscales, quienes ven facilitado su trabajo, disminuyendo las exigencias técnicas y las suspensiones de los procesos e incrementando paralelamente los resultados exitosos; para los abogados, quienes siempre ofrecerán a su cliente un acuerdo tanto más favorable cuanto más posibilidades de condena existan o la pena resulte mayor; y, cómo no, para el acusado, quien salvo resultar inocente, ve reducida su condena. Tales

circunstancias explican, sin duda, el incremento de su utilización en los países a cuyo ordenamiento procesal se ha incorporado.

Para concluir, lo expuesto sólo pretende servir de catalizador de una discusión siempre abierta y necesaria, bien para reformas parciales, bien totales. Se trate de una u otra, en ella debe prevalecer el respeto a los derechos y libertades garantizados por las declaraciones de derechos humanos y las respectivas Constituciones. Sin olvidar naturalmente la peculiar idiosincrasia del país o territorio afectado y su herencia histórica, cultural y jurídica. Cambiemos, sí, cuando así lo requieran las circunstancias, sólo si realmente es así; y siempre que dicho cambio comporte una mejora. A partir de ahí, cuando menos, sopesese muy bien la necesidad de pesos y contrapesos entre derechos, garantías y sus limitaciones, y procérase simultáneamente a su articulación. Lo contrario dejará invertebrado el sistema y mermadas las garantías.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN *et al.*, *Comprehensive Criminal Procedure*, Gaithersburg-Nueva York, Aspen Law & Business, 2001.
- AGUILERA MORALES, M., *El principio del consenso*, Barcelona, 1995.
- ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991.
- \_\_\_\_\_, “El fiscal instructor ¿es necesario?”, *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, núm. 16, 2003.
- \_\_\_\_\_, “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, *Estudios sobre derecho procesal*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, vol. IV.
- \_\_\_\_\_, “Pena y proceso: fines generales y fines específicos”, *Política criminal y nuevo derecho penal. Estudios en homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997.
- \_\_\_\_\_, “Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no es)”, *Revista de Derecho Procesal*, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1995.
- BELING, *Grundriss des deutschen Strafprozess*, Beck, 1968.
- \_\_\_\_\_, *El derecho procesal penal*, trad. de Fenech, 1943.
- BRADLEY, *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*, University of Pennsylvania Press, 1993.

- FERNÁNDEZ ENTRALGO, “Psico(pato)logía y proceso penal. Aportaciones de la psicología al ámbito jurídico”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIX, 1994.
- GRANO, *Confessions, Truth and the Law*, University of Michigan Press, 1993.
- KAUSCH, E., *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter*, 1980.
- PALLIERO, *Minima non cura praetor*, 1985.
- SCHÜNEMANN, “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?”, *Cuadernos del Poder Judicial*, núm. 8, 1991.
- TARUFFO, M., *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*, Cedam, 1979.
- WARE, *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, Minn., 2001.