

TERESA ARMENTA DEU

ESTUDIOS DE JUSTICIA PENAL

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	21
ABREVIATURAS	25

PROCESO Y PRINCIPIOS

I

NUEVO PROCESO PENAL: SISTEMAS Y VALORACIÓN DE PESOS Y CONTRAPESOS

1. INTRODUCCIÓN	29
2. PRINCIPIOS Y PROCESO PENAL: LA HERENCIA CULTURAL Y EL SISTEMA JURÍDICO	30
3. ITER HISTÓRICO EN LA APARICIÓN DE LOS GRANDES SISTEMAS DE REFERENCIA	30
4. LA «CRISIS DE LA PERSECUCIÓN PENAL»: MECANISMOS FRENTE A LA MISMA	32
5. PLANTEAMIENTO DE UNA REFORMA CON ARREGLO A PRINCIPIOS IRRENUNCIABLES Y OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL	33
5.1. Principios y derechos irrenunciables.....	34
5.1.1. Principio de igualdad.....	34
5.1.2. Principio de audiencia o contradicción	35
5.1.3. El derecho de defensa y sus garantías	35
5.1.4. Principio acusatorio.....	36
5.1.5. Presunción de inocencia.....	36
5.1.6. La llamada «doble instancia»	37
5.1.7. Publicidad, oralidad e intermediación	37
5.2. Opciones de política criminal (una selección).....	37
5.3. Premisa aclaratoria: la relación entre el sistema acusatorio y los principios de legalidad y oportunidad.....	38

	Pág.
5.4. Acusatorio, instrucción y Ministerio Fiscal	38
5.5. Fiscal instructor y principio de oportunidad	40
5.6. ¿Qué supone el principio de legalidad frente al de oportunidad?	40
6. EL CONSENSO (UN EJEMPLO CONCLUSIVO)	41
6.1. El proceso penal, como el proceso civil, sirve al derecho sustantivo correspondiente	42
6.2. De la búsqueda de la verdad material a la búsqueda de la verdad consensuada	43
6.3. La desigualdad y asimetría de las partes negociadoras.....	43
6.4. La relevancia de los derechos renunciados	44
BIBLIOGRAFÍA	45

II

PRINCIPIOS Y SISTEMAS DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL

1. INTRODUCCIÓN	47
2. LA NATURALEZA DEL DERECHO CUYO PROCEDIMIENTO INFORMA TALES PRINCIPIOS	48
3. LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES	49
4. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.....	49
4.1. Principios que derivan del derecho material al que sirven	50
4.2. La acción popular (un breve <i>excursus</i>).....	50
4.3. Principio de necesidad/legalidad-Principio de oportunidad	51
4.4. Principio de oficialidad y de investigación de los hechos	55
5. PRINCIPIOS INHERENTES A UN SISTEMA ACUSATORIO	58
5.1. Principio de igualdad.....	58
5.2. Principio de audiencia o contradicción.....	59
5.3. El derecho de defensa y sus garantías	61
5.3.1. Garantías del derecho de defensa	61
5.4. Principio acusatorio	64
6. PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL PROCESO PENAL.....	65
6.1. Principios y reglas de valoración de la prueba; la presunción de inocencia	65
6.2. Principio de la única o doble instancia en el proceso penal; el derecho a los recursos.....	66
7. PRINCIPIOS PROCEDIMENTALES.....	67
7.1. Oralidad y escritura	67
7.2. Mediación e inmediatez	67
7.3. Publicidad y secreto.....	68

III

ACUSATORIO, MIXTO Y ADVERSATIVO: MITOS Y REALIDADES

1. HIPÓTESIS DE PARTIDA.....	71
------------------------------	----

	Pág.
2. SISTEMA Y PRINCIPIO ACUSATORIO/MIXTO	72
2.1. Elementos esenciales del sistema acusatorio.....	73
2.2. Principio acusatorio, principio de contradicción y prohibición de indefensión	75
2.2.1. El principio de contradicción en el Derecho español	76
2.2.2. La garantía de la contradicción en los ordenamientos procesales penales, alemán, portugués e italiano	78
3. SISTEMA ACUSATORIO/ADVERSATIVO.....	79
3.1. Modelo anglosajón.....	79
3.2. Modelo norteamericano	80
3.3. Notas comunes del sistema adversativo: paridad y contradicción como parámetros	83
4. ADVERSATIVO Y ACUSATORIO, EQUIPARACIÓN IMPRECISA Y DIFERENCIAS RESALTABLES	84
5. ELEMENTOS DEFINITORIOS Y AUTOCRÍTICA DEL SISTEMA ADVERSATIVO	86
6. CRÍTICA Y PRECISIONES EN TORNO A LOS ERRÓNEAMENTE DENOMINADOS SISTEMAS INQUISITIVOS. RECHAZO DE DESCALIFICACIONES APRIORÍSTICAS	89
7. BIBLIOGRAFÍA.....	93

IV

PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: UNA PONDERACIÓN NECESARIA

1. RECORDATORIO IMPRESCINDIBLE HOY EN DÍA.....	95
1.1. Referencia conceptual: limitación del principio de legalidad al ámbito del Derecho público.....	97
1.2. Origen y significado del principio de legalidad en el proceso penal.....	98
1.3. Concepto de principio de oportunidad: ventajas y críticas	99
1.3.1. Concepto de principio de oportunidad	102
1.3.2. Ventajas del principio de oportunidad.....	102
1.3.3. Críticas al principio de oportunidad.....	104
1.4. Contexto actual	106
2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA REGULACIÓN LEGAL ESPAÑOLA ...	107
3. EL REPLIEGUE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA APARICIÓN Y DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	108
4. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA ESPAÑOLA	109
5. EL BORRADOR DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2013.....	111
6. LOS PELIGROS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: «OPORTUNIDAD REGLADA», DISCRECIONALIDAD Y OTROS ELEMENTOS CONCURRENTES ...	114

LA INVESTIGACIÓN Y SU DIRECCIÓN

V

LA INVESTIGACIÓN PENAL. ¿JUECES O FISCALES?

1.	INTRODUCCIÓN. LA INSTRUCCIÓN: DEBATE Y SIGNIFICADO	119
2.	REFORMAS RELEVANTES PARA CONSAGRAR UN SISTEMA ACUSATORIO Y ALCANZAR UN «DEBIDO PROCESO».....	121
3.	¿CUESTIÓN DE PRINCIPIOS O CUESTIÓN DE MODELOS?	122
4.	SOBRE EL FISCAL INSTRUCTOR Y EL JUEZ DE GARANTÍAS: EN TORNO A LA IMPARCIALIDAD	122
5.	INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA INVESTIGACIÓN Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN: MONOPOLIO OFICIAL O INTERVENCIÓN DE OTROS ACUSADORES. INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA Y BÚSQUEDA DE LA IGUALDAD	125
6.	A MODO DE CONCLUSIONES.....	126
6.1.	Sobre la instrucción.....	126
6.2.	Sobre el fiscal investigador: valoraciones y reforma previas	126
6.3.	Juicio valorativo sobre la incidencia de la reforma en cuerpo social y en el conjunto del sistema jurídico	127
6.4.	Reformas previas al fiscal investigador	127

VI

EL FISCAL INSTRUCTOR. ¿ES NECESARIO?

1.	PLANTEAMIENTO	129
2.	SITUACIÓN ACTUAL.....	130
2.1.	La posición del fiscal en la instrucción y el ejercicio de la acusación a través de las últimas reformas procesales	130
2.1.1.	Con carácter previo: breve referencia a su integración orgánica ...	130
2.1.2.	Funciones investigadoras y acusadoras del fiscal en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1988	133
2.1.3.	Funciones investigadoras y acusadoras del Ministerio Fiscal en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.....	137
2.1.4.	La Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su eventual carácter de modelo para la reforma del proceso penal de adultos	138
2.1.5.	La reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de enjuiciamiento rápido y del procedimiento abreviado, de 24 de octubre de 2002	141
3.	DOS OPCIONES DIFERENTES EN SENDOS EJEMPLOS DE DERECHO COMPARADO	143
3.1.	Francia.....	143
3.2.	Alemania.....	144
4.	REFLEXIONES FINALES: OMISIÓN DE LA CUESTIÓN EN LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS MÁS RECIENTES Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS ARGUMENTOS UTILIZADOS CON MAYOR FRECUENCIA	146

	Pág.
4.1. Primera.....	146
4.2. Segunda: algunos argumentos.....	149
4.2.1. La consagración del acusatorio.....	149
4.2.2. Imparcialidad y juicio de acusación.....	150
4.2.3. Ministerio Fiscal, acusación popular y acusación particular.....	151
4.2.4. Fiscal instructor y principio de oportunidad.....	153
4.3. Tercera. ¿Es realmente necesario un fiscal instructor?.....	153

VII

**JUICIO DE ACUSACIÓN, IMPARCIALIDAD DEL ACUSADOR
Y DERECHO DE DEFENSA**

1. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL TEMA.....	155
2. EL PROCESO HASTA EL JUICIO DE ACUSACIÓN EN LOS SISTEMAS DEL <i>COMMON LAW</i>	158
3. EL PROCESO HASTA EL JUICIO DE ACUSACIÓN EN LOS SISTEMAS CONTINENTALES.....	160
4. DOS MODELOS DE ÁMBITO INTERNACIONAL EN SENDOS PROYEC- TOS EUROPEOS Y EL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	163
4.1. <i>Corpus Iuris</i> de disposiciones penales para la protección de los intere- ses financieros de la Unión Europea.....	163
4.2. Libro Verde sobre la protección de los intereses financieros y comuni- tarios y la creación de un Fiscal Europeo.....	165
4.3. Tribunal Penal Internacional.....	166
5. JUICIO DE ACUSACIÓN EN LOS PROCESOS PENALES ESPAÑOLES RE- CIENTEMENTE REFORMADOS: LA POSICIÓN DEL IMPUTADO.....	168
5.1. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de octubre de 2002.....	170
6. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL.....	173

PARTES

VIII

**EL DERECHO A SER PARTE DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO
ESPAÑOL: VÍCTIMAS «DE GÉNERO» Y MENORES**

1. INTRODUCCIÓN: DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUDIEN- CIA AL DERECHO DE LA VÍCTIMA A CONSTITUIRSE COMO PARTE EN EL CASO DE LOS MENORES Y LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	179
2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS INTERNACIONALES SOBRE LA PRO- TECCIÓN A LA VÍCTIMA.....	180
3. NORMAS INTERNACIONALES PROTECTORAS DEL MENOR, TUTELA REFORZADA Y DERECHO DE AUDIENCIA.....	181
4. EL DERECHO A SER PARTE DE LA VÍCTIMA EN EL ÁMBITO PENAL.....	182

	Pág.
4.1. El derecho a constituirse como parte en el ordenamiento procesal penal español y sus diversas manifestaciones: Ministerio Fiscal (acusador particular, acusador privado y actor popular)	183
4.1.1. La acusación oficial: el Ministerio Público.....	183
4.1.2. La acción popular: el ejercicio particular de una acción pública...	184
4.1.3. El acusador particular	185
4.1.4. El actor civil.....	186
5. ACCIONES ESPECÍFICAS PARA PROTEGER EL DERECHO DE ACCESO, EL CONOCIMIENTO DEL PROCESO Y LA CONSTITUCIÓN COMO PARTE DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL	186
6. EL DERECHO DE ACCESO EN LA LEY DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA ORDEN DE PROTECCIÓN INTEGRAL.....	188
6.1. La legitimación para solicitar las medidas.....	189
6.2. La víctima como parte en la Orden de Protección Integral (OPI)	189
6.3. La orden de alejamiento y otras medidas.....	191
7. EL DERECHO DE ACCESO EN LA LEY DEL MENOR: DE LA PRIMITIVA EXCLUSIÓN DE LA VÍCTIMA A SU POSTERIOR INCORPORACIÓN.....	191
7.1. La configuración originaria en la primitiva redacción de la Ley Orgánica de Protección del Menor.....	192
7.2. Las sucesivas reformas de la LORPM y la víctima como acusador privado	194
7.2.1. Primera reforma: la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de Reforma del Código Penal	195
7.2.2. Segunda reforma: LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores	196
7.2.3. Sobre la incorporación de la acusación particular en el proceso de menores: reflexiones generales.....	197
7.2.4. Sobre la incorporación de la acusación particular en el proceso de menores: cuestiones singulares	199
7.2.5. El derecho de la víctima a ser parte como actor civil	204

IX

LA VÍCTIMA COMO EXCUSA: DIVERSAS POSICIONES EN TORNO A SU FIGURA Y TRATAMIENTO EN LOS SISTEMAS PROCESALES

1. INTRODUCCIÓN	207
2. UN BREVE ANÁLISIS RETROSPECTIVO	208
3. LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN UNA REVISIÓN DE LA HISTORIA MÁS RECIENTE	209
4. LA VÍCTIMA EN PAÍSES DE CONFIGURACIÓN ADVERSATIVA Y MIXTA: EL CASO DEL CPP ITALIANO Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL	209
5. TENDENCIAS ARMONIZADORAS E INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES.....	212

	Pág.
5.1. El ordenamiento comunitario.....	213
5.2. La jurisprudencia del TEDH (síntesis)	213
6. EJERCICIO EXCLUSIVO DE LA ACCIÓN PENAL, OFICIALIDAD Y SISTEMAS PROCESALES	215
7. LA VÍCTIMA COMO EXCUSA PARA UNA REFLEXIÓN GENERAL A TRAVÉS DE DOS EJEMPLOS CONCRETOS: CRÍTICAS CONTRA LA INCORPORACIÓN DE LA VÍCTIMA AL PROCESO, LA LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES Y LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ	217
7.1. La Ley Orgánica de protección del menor	218
7.2. Las reformas de 2003 y 2006 de la LOPM y la incorporación de la víctima como acusador privado.....	220
7.3. La víctima en el proceso penal colombiano.....	224

PRUEBA ILÍCITA

X

LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRUEBA ILÍCITA

1. UNA REFLEXIÓN DE PARTIDA.....	229
2. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE AL PODER DE INTERVENCIÓN ESTATAL A TRAVÉS DEL PROCESO PENAL E ILICITUD PROBATORIA.....	230
3. RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: PRESUPUESTOS Y LÍMITES	232
4. CONFLICTO DE INTERESES Y <i>BALANCING TEST</i>	235
5. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA PRUEBA ILÍCITA: EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL COMO EJEMPLO SIGNIFICATIVO	238
6. INEFICACIA INDIRECTA Y DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO.....	241
6.1. Nulidad, ineficacia y doctrinas atemperadoras.....	241
6.2. Efectos reflejos y doctrina de los frutos del árbol envenenado: la teoría de la conexión de antijuridicidad.....	243
6.3. Aplicación mayoritaria de la doctrina de la conexión de antijuridicidad. Críticas, nuevo rumbo jurisprudencial y matizaciones.....	245
7. LA PRUEBA ILÍCITA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.....	246
7.1. La sentencia <i>Hudson v. Michigan</i>	247
7.2. Posiciones frente a la sentencia <i>Hudson v. Michigan</i>	248
7.3. Una nueva vuelta de tuerca: <i>Herring v. United States</i> y nuevas restricciones en la aplicación de la <i>Good Faith Exception</i>	248
7.4. Lecciones posibles	249
8. REFLEXIÓN FINAL	249
9. BIBLIOGRAFÍA.....	251

XI

**EXCLUSIONARY RULE: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS
ENTRE EUROPA Y AMÉRICA**

1. INTRODUCCIÓN	253
2. PERSPECTIVA SUBJETIVA: ÓRGANOS PÚBLICOS; SUJETOS PRIVADOS A LAS ÓRDENES DE AQUÉLLOS Y AGENTES INFILTRADOS	254
2.1. La condición de funcionario público.....	255
2.2. Sujetos privados a las órdenes de órganos oficiales de la investigación	255
2.3. Agente encubierto e infiltración.....	256
3. PERSPECTIVA OBJETIVA: PROHIBICIONES RELATIVAS A LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN: PROHIBICIONES DE PRODUCCIÓN Y PROHIBICIONES DE UTILIZACIÓN. EL CARÁCTER DE LAS NORMAS VULNERADAS Y LA INCIDENCIA DE LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	258
3.1. Prohibiciones probatorias de obtención, de valoración y de utilización	258
3.2. El carácter de las normas vulneradas.....	259
4. FUNCIONAMIENTO DE LA <i>EXCLUSIONARY RULE</i> ; PROHIBICIONES PROBATORIAS, PROHIBICIONES DE USO, NULIDADES, <i>INUTILIZZABILITÀ</i>	260
4.1. Constitucionalización de la regla de exclusión	260
4.2. La ineficacia probatoria y nulidad.....	261
4.3. El recurso a una categoría procesal propia: la <i>inutilizzabilità</i>	262
4.4. Posición intermedia: sopesar y reequilibrar	262
4.4.1. Ponderación de los intereses en juego: diversas teorías	262
5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	264
6. A MODO DE CONCLUSIÓN	265
7. BIBLIOGRAFÍA.....	266

ACELERACIÓN DEL PROCESO Y RECURSOS

XII

PROCESO ABREVIADO, JUICIO RÁPIDO Y PRISIÓN PROVISIONAL

1. INTRODUCCIÓN	271
2. LOS PROCESOS MODIFICADOS.....	274
2.1. El nuevo procedimiento abreviado.....	274
2.1.1. Actuaciones de la policía judicial y del Ministerio Fiscal.....	274
2.1.2. Diligencias previas (Fase de instrucción)	275
2.1.3. Preparación del juicio, fase intermedia o juicio de acusación ...	275
2.1.4. Juicio, sentencia y recursos	275
2.2. El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.	276

	Pág.
2.2.1. Actuaciones de la policía judicial.....	278
2.2.2. Diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia.....	278
2.2.3. La modalidad de conformidad en la guardia	279
2.2.4. Fase intermedia o juicio de acusación.....	280
2.2.5. Escrito de defensa, vista, sentencia e impugnación.....	280
3. ASPECTOS DESTACABLES DE LA REFORMA EN PLANO MÁS GENERAL.....	280
3.1. Reforzamiento del derecho de defensa y de la atención a las víctimas..	280
3.2. Consagración de la conformidad como uno de los instrumentos básicos del proceso penal.....	281
3.3. La prueba preconstituida y el acusatorio	282
4. LA REFORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.....	283
4.1. Naturaleza y características	283
4.2. Presupuestos de la prisión provisional.....	283
4.3. Provisionalidad de la medida: duración de la prisión provisional	286
4.3.1. Plazos máximos de duración de la medida: la doctrina del «plazo razonable».....	286
4.3.2. Prórroga del plazo: necesidad de celebrar una audiencia y de que solicite la medida algún acusador.....	287
4.3.3. Cómputo del plazo	287
4.3.4. Libertad por expirar el plazo máximo: cautelas ante tal situación.....	288
4.4. Procedimiento para la adopción o prórroga de la prisión provisional: tribunal competente, la preceptiva audiencia, resolución y recursos	288
4.4.1. Tribunal competente	288
4.4.2. Necesidad de celebrar una audiencia y que se solicite la prisión por una parte acusadora	289
4.4.3. Resolución sobre la prisión provisional.....	290
4.4.4. Recursos contra la adopción de la medida.....	290
4.4.5. La resolución sobre prisión provisional en caso de que se haya decretado el secreto del sumario.....	290
4.4.6. Ejecución de la resolución: mandamientos a la policía judicial y al director del establecimiento penitenciario	291
4.5. Clases de prisión provisional: comunicada e incomunicada	291
4.6. Medidas alternativas en caso de enfermedad y de tratamiento de desintoxicación	292
4.6.1. Pulsera y otros medios de localización.....	292
4.6.2. El ingreso del drogadicto sometido a tratamiento de desintoxicación.....	292
5. REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA REFORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.	292

XIII

**RECURSO DE APELACIÓN Y SEGUNDA INSTANCIA,
ACUERDOS INTERNACIONALES E INMEDIACIÓN**

1. INTRODUCCIÓN	293
-----------------------	-----

	Pág.
2. DOS CUESTIONES PREVIAS.....	294
2.1. Terminología y conceptos.....	294
2.2. Antecedentes históricos (breve referencia)	296
3. NORMAS INTERNACIONALES REFERIDAS A LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES CONDENATORIAS: CONTENIDO Y VINCULACIÓN. LOS DICTÁMENES DE LA ONU Y LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO	297
3.1. Normas internacionales	297
3.2. Los Dictámenes del Comité de Derechos de la ONU.....	299
3.3. Resoluciones del Tribunal Supremo.....	300
3.4. Las dificultades de una incorporación acrítica e inadecuada al sistema: suficiencia del actual y previsiones de reforma	301
4. EL MARCO GENERAL DEL DERECHO PROCESAL PENAL EN ESPAÑA ..	304
4.1. La configuración constitucional del derecho a los recursos	304
4.2. El sistema procesal penal español como un ejemplo: el doble grado de conocimiento y los problemas de la inmediación en el fondo de la cuestión	306
4.3. El doble grado de conocimiento y la progresiva aproximación entre los recursos de apelación y casación penal.....	307
4.4. La cuestión de la inmediación: significado desde el punto de vista de las exigencias de la teoría de la prueba.....	310
4.4.1. La inmediación como criterio de política legislativa.....	313
4.4.2. La opción entre apelación plena y apelación limitada	314
4.4.3. El uso de mecanismos de reproducción: la reforma del art. 229 LOPJ.....	314
5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	316

JUSTICIA PENAL SUPRANACIONAL

XIV

EL PROCESO PENAL EN EUROPA: PROCESO PENAL EUROPEO Y EUROPEIZACIÓN DE LOS PROCESOS PENALES

1. INTRODUCCIÓN	323
2. EL DEVENIR HISTÓRICO COMO GUÍA.....	326
2.1. Hasta el Tratado de Maastricht.....	326
2.2. Tratado de Maastricht	327
2.3. Tratado de Ámsterdam, Consejo Europeo de Tampere y Tratado de Niza.....	328
2.4. El proyecto de Constitución europea	329
2.5. El Tratado de Lisboa.....	330
3. PROCESO PENAL EUROPEO: INTERESES ECONÓMICOS, TERRORISMO Y DELITOS PENALES EN LA GLOBALIZACIÓN	331
3.1. En el Derecho penal.....	332
3.2. En el ámbito del proceso penal y de creación de un fiscal europeo	334

	Pág.
3.3. La lucha contra el terrorismo, los delitos relacionados con la sociedad de la información y los delitos transfronterizos	338
4. ASISTENCIA JUDICIAL Y MUTUO RECONOCIMIENTO, PASOS SUCESIVOS EN EL PROCESO DE APROXIMACIÓN: EL CONVENIO RELATIVO A LA ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE (2000) Y OTROS INSTRUMENTOS. LA COOPERACIÓN REFORZADA DEL TRATADO DE LISBOA.....	340
4.1. El Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE (2000) y otros textos complementarios	341
4.2. El reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y sus límites	343
4.3. La cooperación reforzada en el Tratado de Lisboa.....	346
4.3.1. Ámbito objetivo de aplicación	346
4.3.2. Requisitos	347
4.3.3. Procedimiento	347
5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO GUÍA EN LA EUROPEIZACIÓN: TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE Y POSIBLES COLISIONES CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS.....	348
6. ELEMENTOS PARA LA REFLEXIÓN Y ACTUALIZACIÓN.....	352
6.1. Elementos para la reflexión.....	352
6.2. Normativa reciente y proyectos en desarrollo	356

XV

TRIBUNALES SUPRANACIONALES, DECLARACIONES INTERNACIONALES Y NORMAS ARMONIZADORAS

1. NECESIDAD DE NORMAS COMUNES O COMÚNMENTE RESPETADAS..	359
2. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS Y SU INCLUSIÓN EN LAS RESPECTIVAS CONSTITUCIONES.....	361
2.1. En general	361
2.2. Efecto de su inclusión en las respectivas constituciones	363
3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO GUÍA EN LA EUROPEIZACIÓN: DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO COMUNITARIO	366
4. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA INCIDENCIA DE SU JURISPRUDENCIA.....	369
5. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES (UNA COLISIÓN PREVISIBLE).....	373
5.1. La carencia de una normativa común como justificación	374
5.2. El papel otorgado al TJUE en el marco de la tutela de las garantías fundamentales y el futuro de éstas	375
5.3. Conflicto entre el TJUE y los tribunales constitucionales.....	376
5.4. Otras colisiones en el marco internacional.....	379
6. EL TRATADO DE LISBOA Y LA NUEVA ARTICULACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DE LOS DDFF EN EL ÁMBITO COMUNITARIO Y NACIONAL: ALGUNAS INCÓGNITAS.....	381

	Pág.
7. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CARTA AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU INCORPORACIÓN A LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES AMERICANOS	383
8. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA Y SU INCIDENCIA EN LOS TRIBUNALES INTERNOS, ESPECIALMENTE EL CONSTITUCIONAL (UNA CUESTIÓN DISCUTIDA)	389
9. UNA BREVE REFLEXIÓN AÑADIDA.....	393

TENDENCIAS DE LA JUSTICIA PENAL

XVI

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA CONVERGENCIA ENTRE LOS PROCESOS CIVIL Y PENAL Y LA DERIVA COMÚN HACIA MÉTODOS EXTRAJURISDICCIONALES

1. INTRODUCCIÓN	397
2. TENDENCIAS EN EL PROCESO PENAL: ACUSATORIO, DISPOSITIVO Y ADVERSATIVO, SIGNIFICADO Y ALCANCE.....	398
2.1. Significado de «proceso acusatorio»	399
2.2. Acusatorio y dispositivo, ¿son equiparables?.....	400
2.3. Acusatorio y adversativo.....	400
3. TENDENCIAS EN EL PROCESO CIVIL: REFORMAS Y EVENTUAL SIGNIFICADO JURÍDICO-POLÍTICO; LA JUSTICIA COMO ADMINISTRACIÓN Y LA CONSECUCCIÓN DE UNA JUSTICIA MÁS EFICAZ.....	402
3.1. Reformas en el proceso civil y posición del juez: su eventual significado jurídico-político	402
3.2. La diferencia entre una relación jurídico-procesal y otra jurídico-material.....	405
3.3. Principio dispositivo y principio de aportación de parte: alcance.....	406
3.4. <i>Procedural justice</i> y justicia de la decisión.....	407
3.5. La justicia como administración para conseguir una justicia mejor y el papel del juez	408
4. CONVERGENCIAS Y PARADOJAS: ALGUNOS EJEMPLOS	409
4.1. La fase inicial o preparatoria del proceso	410
4.2. Iniciativa probatoria y verdad en el proceso penal y civil.....	411
4.2.1. Proceso penal	411
4.2.2. Proceso civil.....	412
4.3. Las acciones colectivas.....	414
5. LA DECISIÓN INDIVIDUAL, ACUERDOS Y ABANDONO DEL PROCESO ..	416
6. CONSTATACIÓN DE LAS LÍNEAS DE LAS REFORMAS.....	421

PRESENTACIÓN

Los estudios que se han seleccionado para este libro recopilatorio abarcan un periodo de reformas procesales en profundidad registradas en la mayor parte de los Estados a los dos lados del Atlántico. El libro encuentra en ello su coherencia, unidad temática y también su perspectiva metodológica, dividida según las partes esenciales del proceso penal.

Se trata, creo, de trabajos que mantienen la actualidad de unas modificaciones legales, que en muchos países de la órbita transatlántica siguen abiertas y en otros se están analizando sus primeras experiencias. Los estudios se proyectan sobre las líneas vertebradoras del proceso y sus conceptos fundamentales, adoptando a tal efecto una perspectiva comparatista que permite vislumbrar su orientación común en cuanto a objetivos y realizaciones de buena parte de las reformas.

* * *

La primera parte gira en torno a relevantes aspectos del sistema acusatorio en orden a aclarar su verdadero significado y los matices que lo asemejan y diferencian del modelo adversativo y del mixto, su significado y alcance. Todas las reformas procesales invocan su naturaleza acusatoria, mientras que la realidad permite percibir que no se orientan realmente hacia parámetros adversativos; al igual que los diferentes modelos que se agrupan en el sistema mixto no son realmente merecedores de muchas de las críticas sobre sus pretendidas manifestaciones inquisitoriales. Situación equiparable a la derivada del ejercicio de la acusación en una única mano —la oficial— que si bien satisface las exigencias acusatorias, no evita que surjan dudas sobre el carácter adversativo del sistema resultante, alejado de un proceso «de partes». En tanto, desde otra perspectiva, ese mismo ejercicio en régimen de monopolio, alienta suspicacias sobre la imparcialidad a la hora de formular la acusación siguiendo este razonamiento: si quien investiga no debe juzgar, conviene cuando menos plantearse si quien investiga debe acusar y no generar dudas de parcialidad.

La segunda parte se dedica a la fase investigadora del juicio y a su tan discutida dirección. A través de tres análisis se acomete la naturaleza y futuro de este relevante momento procesal, los pros y contras de encomendarla a jueces, fiscales o policías y los elementos que deben cohonestarse según la modalidad que se adopte. Algo de mucha más trascendencia de lo que pudiera pensarse a primera vista, como por otra parte han ido poniendo de relieve reformas como la italiana, chilena o portuguesa y que puede resultar altamente ilustrativo para otras como la mexicana o brasileña, por ejemplo.

Los sujetos procesales, a los que se dedica la tercera parte, se enfocan desde una perspectiva singular, la de la víctima, aun a pesar de que incluso en algunos modelos procesales siquiera recibe tal consideración. Circunstancia que sin embargo no ha impedido convertirla en objeto de discusión recurrente. Se incluyen dos artículos que cuestionan precisamente si debe ser parte o no, sus presupuestos y la incidencia de la opción adoptada en el conjunto del sistema de justicia penal resultante. En uno y otro se utilizan dos ejemplos significativos: la delincuencia de menores y de género, dos especificidades altamente ilustrativas.

La prueba se examina desde dos perspectivas que convergen en la ilicitud de la fuente probatoria. La diversidad de puntos de vista que abarca este fenómeno se acomete, en primer lugar, a partir de la limitación de derechos fundamentales, presupuesto al que muchos ordenamientos restringen la aplicación de la ilicitud probatoria. En tanto la segunda perspectiva atiende en mayor medida a la «regla de exclusión» y sus antecedentes norteamericanos, incorporando las múltiples variantes adoptadas en otros tantos ordenamientos iberoamericanos y europeos.

Se ha querido incorporar la configuración de los recursos reduciendo el punto de vista a la vieja cuestión de la apelación y la segunda instancia penal, en clave crítica, conectando este aspecto con la tendencia a la aceleración de los juicios mediante procesos abreviados o rápidos. Dos materias diversas pero claramente conexas a las que se dedica la quinta parte.

La internacionalización de la justicia y los imperativos armonizadores, como los surgidos al socaire de la construcción de un «Espacio de Seguridad y Justicia» en la Unión Europea, requieren de un examen que analice su evolución y los efectos que conforman un nuevo paradigma, mucho más allá de lo que se ha dado en llamar Derecho procesal internacional. Las incógnitas que se abren al paso del decidido esfuerzo armonizador europeo pueden servir de elemento de contraste privilegiado en el camino de una internacionalización de la justicia penal, asimismo ineludible. Desde otra óptica, la gran apuesta que han implicado las Declaraciones Universales y la creación de los Tribunales Supranacionales parecen haber encontrado un obstáculo o cuando menos un roce no previsto en los ámbitos nacional y supranacional, obligando a recomponer las líneas de vinculación jurisdiccional fuera y dentro de unas fronteras cada vez más líquidas. Ambas perspectivas se acometen en la sexta parte.

Termina esta recopilación con una reflexión sobre una cuestión particular, que sin embargo actúa como crisol de otras tantas manifestaciones de

tendencias actuales. Los conocidos como «otros medios de resolución de controversias» se acomodan por su naturaleza al proceso civil por la propia naturaleza de los derechos en conflicto. Ahora bien, hoy en día, el fenómeno pretende extenderse al marco de la justicia penal, apoyado, entre otros aspectos, en la emergencia de la decisión individual y la negociación, marco de una decidida apuesta por una justicia más eficaz, entendida simplemente como más rápida o en términos de mera prestación de servicio, es decir, con parámetros gestores.

* * *

En una situación tan cambiante, la justicia en general pero también la penal no puede sustraerse a un auténtico fuego cruzado de tendencias e influencias sociales, políticas y de crisis: globalización, constreñimiento del Estado y de los servicios que presta, contractualización de la justicia, y una crisis que quiere justificar la exclusividad de una perspectiva económica y gestora de aquélla. La conjunción de todos ellos, a falta de exámenes neutrales y contrastados puede avocarse a situaciones no deseables y desde luego no buscadas mediante reformas inspiradas en la legítima búsqueda de un modelo mejor. Probablemente habrá que elegir entre intereses y fines ocasional o necesariamente imposibles de compatibilizar. Cuando así sea, la elección debe cuando menos estar suficientemente informada y éste es uno de los fines buscados con estos estudios.

Girona-Barcelona, mayo de 2014.

Teresa ARMENTA DEU

I

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

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRINCIPIOS Y PROCESO PENAL: LA HERENCIA CULTURAL Y EL SISTEMA JURÍDICO.—3. ITER HISTÓRICO EN LA APARICIÓN DE LOS GRANDES SISTEMAS DE REFERENCIA.—4. LA «CRISIS DE LA PERSECUCIÓN PENAL»: MECANISMOS FRENTE A LA MISMA.—5. PLANTEAMIENTO DE UNA REFORMA CON ARREGLO A PRINCIPIOS IRRENUNCIABLES Y OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL.—5.1. Principios y derechos irrenunciables.—5.1.1. Principio de igualdad.—5.1.2. Principio de audiencia o contradicción.—5.1.3. El derecho de defensa y sus garantías.—5.1.4. Principio acusatorio.—5.1.5. Presunción de inocencia.—5.1.6. La llamada «doble instancia».—5.1.7. Publicidad, oralidad e intermediación.—5.2. Opciones de política criminal (una selección).—5.3. Premisa aclaratoria: la relación entre el sistema acusatorio y los principios de legalidad y oportunidad.—5.4. Acusatorio, instrucción y Ministerio Fiscal.—5.5. Fiscal instructor y principio de oportunidad.—5.6. ¿Qué supone el principio de legalidad frente al de oportunidad?—6. EL CONSENSO (UN EJEMPLO CONCLUSIVO).—6.1. El proceso penal, como el proceso civil, sirve al derecho sustantivo correspondiente.—6.2. De la búsqueda de la verdad material a la búsqueda de la verdad consensuada.—6.3. La desigualdad y asimetría de las partes negociadoras.—6.4. La relevancia de los derechos renunciados.—BIBLIOGRAFÍA.

1. 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 treinta 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 los 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

* Publicado originalmente en *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, pp. 27-50.

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 Carrol 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.

2. 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»¹.

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 maniqueísta de expresiones como «derecho de progreso» o «proceso del futuro».

3. ITER HISTÓRICO EN LA APARICIÓN DE LOS 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*).

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 del 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.

¹ J. GOLDSCHMIDT, «Los principios del proceso penal», *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1935.

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 iudicio*, 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 complace 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 ellos 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, nullapoena 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.

4. 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, querrela 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 reconocimiento 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 los 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.

5. 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.

5.1. 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 esta 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; intermediación 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 acogimiento 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.

5.1.1. 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 re-

suelve a través de mecanismos que aplican el principio del consenso. Y en este punto la vigencia del principio de igualdad resulta, cuando menos, dudosa.

5.1.2. *Principio de audiencia o contradicción*

Este principio, resumido en la frase «nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio», constituye uno de los grandes avances en la erradicación de una justicia primaria o inquisitorial. 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.

5.1.3. *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 (arts. 2, 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante LECrim—); y en la de juicio, donde se formula la acusación formal (arts. 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 (art. 6, 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.