



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas

de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

México

Moreno Catena, Víctor

EL MARCO DE LAS REFORMAS DEL PROCESO PENAL EN EUROPA Y EN AMÉRICA LATINA

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 215-235

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL MARCO DE LAS REFORMAS DEL PROCESO PENAL EN EUROPA Y EN AMÉRICA LATINA*

THE REFORMS SURROUNDINGS FROM THE CRIMINAL PROCESS IN EUROPE AND IN LATIN AMERICA

Víctor Moreno Catena**

RESUMEN

Se abordan las grandes líneas que marcan la reforma del proceso penal en Europa y América Latina, las garantías que deben darse en el enjuiciamiento criminal moderno y la polémica no superada sobre la figura del juez de instrucción a cargo de la investigación sumarial, así como el papel preponderante que en los nuevos ordenamientos se le concede al Ministerio Fiscal como protagonista de la investigación y la persecución penal pública.

ABSTRACT

It addresses the greats delineation lines on the criminal reform process in Europe and Latin America, guarantees that must be given in modern criminal procedure and the controversy unsurpassed on the figure of the judge in charge of the preliminary investigation and the dominant role in the new legislation is granted the prosecutor as the leading role of the investigation and public prosecution.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal, enjuiciamiento criminal, derechos fundamentales, garantías procesales, reforma procesal, poder judicial, juez de instrucción, Ministerio Fiscal, principio de legalidad, principio de oportunidad, derechos del imputado, presunción de inocencia

KEY WORDS: Criminal proceedings, criminal procedure, fundamental rights, procedural safeguards, procedural reform, judiciary power, instruction judge, prosecutor, principle of legality, principle of opportunity, rights of the accused, presumption of innocence

* Conferencia magistral pronunciada en el Aula Magna de la Universidad de La Habana el día 7 de abril del 2009, en el acto de apertura del II Congreso Internacional de Derecho Procesal.

** Catedrático de derecho procesal. Secretario general de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos.

SUMARIO

1. Sistema penal y reformas normativas
2. La garantía de los derechos a través del proceso
3. La garantía de la libertad
4. Los derechos del imputado
5. La distribución de funciones y responsabilidades entre los órganos públicos en el proceso penal
6. El principio de oportunidad en la persecución penal

1. Sistema penal y reformas normativas

No parece aventurado afirmar que atravesamos en la actualidad por unos momentos de profunda reflexión y discusión en la mayoría de los países europeos y de América Latina acerca del derecho y del proceso penal; en definitiva, de todo el sistema penal.

Por una parte, se discute de forma encendida sobre los fines y la propia esencia del derecho penal con argumentos de gran solidez, y aquí encontramos un amplio abanico de posiciones doctrinales que va desde quienes defienden lo que podríamos llamar neorretribucionismo, a quienes abogan por la desaparición del derecho penal formal, por la desformalización o abolición de la respuesta represiva.

Pero, al propio tiempo, en el orden procesal se plantea una viva polémica acerca de la adecuación del proceso penal respecto de las exigencias constitucionales, o, dicho de otro modo, si el proceso actual cuida las garantías que se han ido construyendo tanto desde las normas constitucionales como desde los textos internacionales sobre derechos humanos.

Además, dentro de los problemas del proceso penal, cabe llamar la atención sobre el importante debate de la eficacia del proceso penal, que debe dar una respuesta cumplida, ágil y eficaz a las infracciones contra los bienes jurídicos que se protegen con las normas penales, a partir de la defensa de la libertad y de las garantías en favor del imputado. Es esa finalidad la que debe primar en el orden procesal penal.

La evolución del sistema penal, del conjunto de disposiciones represivas (normas penales materiales) y garantes de los derechos (normas procesales penales) nos coloca actualmente en una coyuntura difícil.

En el ámbito de las normas penales materiales se han empezado a propugnar diversas soluciones para hacer frente al incremento cada vez mayor del número de delitos. Por una parte, se aboga por la salida del derecho penal de las

infracciones menores, es decir, por la desriminalización de las conductas que presentan menor gravedad, de forma que el derecho penal sólo alcance aquellos conflictos que no se puedan resolver con el mismo provecho, o con mayor beneficio, por otras vías. Esta desriminalización viene defendida en ocasiones como criterio esencial de la propia legitimación y de los principios que deben regir la respuesta punitiva, como consecuencia de una aplicación más rigurosa del principio de intervención mínima; pero en otros casos aparece como una solución de índole estrictamente económica a los problemas que el sistema penal tiene planteados a partir del incremento exponencial del número de procesos penales en los últimos tiempos.

Junto con la desriminalización, y a caballo entre el derecho penal material y el proceso penal, se defiende el incremento de los delitos semipúblicos, es decir, de aquellos en los que se exige la intervención del ofendido como presupuesto de procedibilidad, de modo que la represión, al menos para la iniciación del procedimiento, se deja en manos de la víctima del delito, cuya voluntad es determinante de la apertura de las diligencias. Se trata sin duda de una medida que sirve para descargar al sistema de un considerable número de procedimientos; pero, al propio tiempo, esta vía introduce una solución de consenso, de conciliación, poniendo en valor la posición material de la víctima, de modo que el proceso no se iniciará cuando se haya reparado enteramente o se haya paliado con una satisfacción parcial el daño infligido a la víctima.

También en el orden procesal el sistema penal está sujeto a no pocas controversias, con independencia de reclamar más medios, y más idóneos, que le permitan articular con eficacia la respuesta judicial a la criminalidad.

Por un lado, se plantea la necesidad de reformas que refuercen una política criminal represiva, sobre todo en relación con los delitos más graves y complejos, en la lucha contra la gran criminalidad.

Por otro lado, respecto de los delitos menos graves, se está abriendo camino un movimiento que pugna por vías de escape del proceso penal, bien no promoviendo su incoación o poniendo fin al proceso sin acusación aun cuando exista la convicción de que el delito se produjo (aquí se inscribe el ejercicio de soluciones que dimanan del principio de oportunidad), bien terminando el proceso mediante una solución condenatoria consensuada entre la acusación y la defensa, para la que se exige solamente una homologación judicial.

Por último, no faltan quienes plantean un recorte de las garantías procesales, directa o veladamente, considerando que no siempre una recta administración de justicia penal exige el respeto de todas las medidas de protección que han blindado la posición del imputado, ni de todos los derechos, que deben ceder en aras de la eficacia del proceso, de modo que pueden introducirse para ciertos

delitos o en ciertas circunstancias excepciones que permitan una mejor defensa de la sociedad.

Toda esta polémica se inscribe en una realidad procesal que no ha parado de crecer en los últimos tiempos, pues la administración de justicia se ha encontrado de improviso con una avalancha de procesos penales. Esta situación general no se ha conseguido resolver en muchos países, a pesar de que se han puesto en marcha medidas de política judicial: desde el incremento en el número de jueces, a la introducción de soluciones ofimáticas e informáticas en los juzgados, pasando por la medida más económica, la reforma de las leyes procesales, que se suele vender políticamente como la panacea del mejor funcionamiento de la justicia, aunque en la realidad poco o nada suele arreglar si no se acompaña de incrementos de presupuesto y de mejoras en la organización de las oficinas judiciales, normalmente ancladas en tradiciones seculares.

2. La garantía de los derechos a través del proceso

Pues bien, atendiendo a estas premisas, cuando deba perseguirse una conducta delictiva, el proceso penal se establece como el instrumento imprescindible para actuar el derecho penal, de modo que sólo pasando por el proceso puede imponerse una sanción de esta naturaleza.

El actual modelo de proceso penal de los estados constitucionales de derecho, es decir, en toda la cultura jurídica europea y americana, se inscribe dentro del proceso de partes.

Bien es verdad que en un buen número de países todavía la investigación de los delitos se mantiene bajo el principio inquisitivo, con un juez encargado de dirigir o controlar la averiguación de los hechos y asegurar las responsabilidades de los imputados. Pero el juicio y la decisión respetan el principio acusatorio, de modo que la potestad jurisdiccional se ha de mover en los límites marcados por las partes acusadoras, sin que el tribunal pueda modificar los hechos que sustentan las posiciones de las partes ni introducir elementos de prueba que no hayan sido propuestos por ellas.

El juez instructor, en aquellos países donde pervive esta figura del tipo procesal penal mixto —que se instauró en Francia tras la Revolución burguesa, cuando no se atrevieron a diseñar un verdadero proceso de partes—, tiene a su cargo no sólo la decisión sobre la apertura del procedimiento, que puede incluso acordar de oficio, sino que asume la responsabilidad de ordenar las concretas diligencias de investigación que considere útiles y pertinentes, dirigiendo, por tanto, la marcha de la investigación, y de cerrar esta fase del procedimiento cuando lo entienda oportuno. Pero, junto con todo

esto, el juez de instrucción tiene a su cargo una tarea aún más importante y trascendente desde el punto de vista de la propia estructura del proceso: es él quien ha de formular una imputación contra una determinada persona, y sólo se puede abrir el juicio una vez que se haya establecido la imputación judicial.

A este cometido se añade la atribución expresa a los jueces de la función de garantizar los derechos de los ciudadanos, lo que se hace especialmente presente en el desarrollo del proceso penal, y no sólo en la sentencia que le ponga fin, sino precisamente durante la fase de investigación, cuando el imputado viene amparado por el derecho a la presunción de inocencia; en esa fase del procedimiento se produce un enfrentamiento de este derecho fundamental con el interés público en el descubrimiento y en la represión de los delitos, que puede aconsejar la adopción de medidas que suponen intromisiones en el ámbito de la libertad, de la intimidad o del secreto de las comunicaciones.

De todo lo dicho es fácil colegir que la función de garantizar los derechos de quienes intervienen en esa primera fase del procedimiento penal —y, muy señaladamente, los derechos del imputado— cuando subsiste la figura del juez de instrucción corre el riesgo de convertirse en algo colateral y, lo que es peor, esencialmente incompatible con el resto de cometidos que ese juez tiene atribuidos. Es esencialmente contradictorio dirigir la investigación, u ordenar de oficio diligencias para averiguar los hechos y establecer inicialmente las responsabilidades, acordar medidas restrictivas de cualquier derecho —incluida la medida de prisión— y, al propio tiempo, desempeñar el genuino papel de garante de los derechos fundamentales de todos los sujetos afectados por el proceso penal y, sobre todo, de la persona a quien se han decomisado los bienes, se han intervenido las comunicaciones, se ha allanado el domicilio o se le ha privado de la libertad.

En todo caso, pasando por encima de este diseño de la fase inicial del procedimiento, que es en buena medida diferente en los distintos ordenamientos de la cultura jurídica occidental, tanto de corte romanista como anglosajón, en lo que concuerdan todos ellos es en el reconocimiento y estricto respeto del principio de que el ejercicio de la acción penal ha de venir encomendada a un sujeto diferente del tribunal que ha de dictar sentencia.

Porque la sanción penal encuentra su legitimación, entre otras cosas, en la intervención de un juez, que ha de ser un tercero imparcial e independiente, ante el que se presenta una acusación, formulada y sostenida por un tercero, diferenciado de quien debe dictar la sentencia. De este modo, sin acusación, que es el acto procesal en que se concreta el ejercicio de la acción penal, no puede haber condena y ni tan siquiera puede abrirse el juicio.

3. La garantía de la libertad

Cuando en el siglo XIX se modifica el proceso penal en la Europa continental y en Latinoamérica, se parte del modelo napoleónico, que hunde sus raíces en los postulados revolucionarios de la libertad del individuo y del respeto por la persona humana, y una de las primeras y más importantes derivaciones es situar al hombre en el centro del procedimiento penal. Este cambio de paradigma vino acompañado del tránsito del derecho penal de autor al derecho penal del hecho, de modo que la represión no tuviera ya como referente una persona, sino un hecho delictivo, superando de ese modo la infame etapa de las *inquisiciones generales*.

En el nuevo modelo de enjuiciamiento penal el tratamiento del imputado presenta un cambio radical, pues se trasladan a las leyes procesales los principios de respeto y salvaguarda de los derechos básicos de la persona en el tratamiento que los órganos públicos han de dispensar al imputado y, además, se reconocen algunos derechos fundamentales de contenido procesal que, como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar o el derecho a la defensa, dan un vuelco definitivo al proceso penal.

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

En este proceso penal, que toma como referencia el modelo inglés, el imputado, tradicionalmente considerado objeto del proceso, pasó a ser su figura principal y podía intervenir en él desde el momento en que se formulara la imputación por el instructor.

Asimismo se distinguió de un modo nítido entre la función de acusación, que se atribuyó al Ministerio Fiscal actuando de acuerdo con los principios de legalidad e imparcialidad, y las funciones de investigación y enjuiciamiento, que se encomendaban a órganos del poder judicial.

Por tanto, el acusador no podrá en adelante enjuiciar, y su función procesal se limitará precisamente a la de postular, interviniendo en el proceso desde una posición de parte, pidiendo la aplicación de la ley penal conforme entienda que se han producido los hechos, y de acuerdo con su visión y valoración de los mismos.

Es decir, el acusador público interviene en el proceso y formula la acusación

con un interés objetivo en la represión, pero partiendo del resultado de la actividad procesal y, al carecer de derecho o interés subjetivo o personal que defender en el proceso, debe solicitar la absolución de quien considere inocente. Por su lado, al tribunal que ha de juzgar le está vedada cualquier intervención que pueda suponer ejercicio de acusación, de modo que no podrá formular imputación, ni introducir hechos nuevos en el proceso, sino que habrá de atenerse a lo alegado y probado por las partes.

Se restituía de este modo el enjuiciamiento penal a la estructura que había perdido con el procedimiento inquisitivo, y quedaba garantizado que, ante la agresión que el delito entraña, la sociedad situaba a un valedor de los bienes públicos y de los intereses generales, que estaba fuera de la estructura judicial, para formular la acusación.

4. Los derechos del imputado

El proceso penal representa probablemente el principal campo de tensión entre la protección de la seguridad pública presuntamente quebrantada por la comisión de un delito, y el derecho a la libertad de quien se ve sometido al proceso. Por esa razón, el imputado ha sido rodeado de un conjunto de garantías que configuran un estatus procesal que con enormes esfuerzos se ha conseguido asentar en la cultura jurídica occidental. Aquí reside precisamente el mayor avance de la civilidad, de la cultura democrática occidental, que se enfrenta a la respuesta penal pasando por la salvaguarda de los derechos de la persona a la que somete al proceso.

En resumen, el imputado tiene, desde su consideración como una parte del proceso penal, derecho a su defensa, lo que significa el derecho a conocer que se está siguiendo un proceso contra él, al derecho a intervenir activamente en el procedimiento o el derecho a recurrir la resolución desfavorable. La mera imputación policial confiere al sujeto una serie de derechos de defensa, que deben ser escrupulosamente respetados: en primer lugar, a tener conocimiento de que se está siguiendo una investigación que le apunta como presunto responsable; en segundo lugar, a la asistencia de abogado. Por eso, también cuando las actuaciones de la policía o las diligencias del fiscal finalizan con el archivo y no se inicie procedimiento judicial alguno, hay que darlas a conocer al imputado, pues no cabe sustraer estas diligencias por lo menos a la garantía de la contradicción y la defensa, del control de quien ha estado sometido a ellas.

Para superar el proceso penal inquisitivo, un elemento capital del moderno proceso penal es el derecho a ser informado de la acusación en todo momento; de esta manera se evitan las inquisiciones generales y se impide la actuación secreta e ignorada del aparato estatal, que pudiera durar indefinidamente, y mantener

viva la sospecha sobre el investigado, para luego caer sobre él en el momento más inesperado. En el proceso inquisitivo el instructor inquiría sin comunicar lo que buscaba, y podía interrogar a un sospechoso sin hacerle saber de qué y por qué sospechaba de él; muchas veces no se le interrogaba porque se presumiera que había cometido un hecho delictivo, sino para saber si había hecho algo.

De la imputación se debe informar inmediatamente, sin que sea legítimo ningún género de demora, ni siquiera para practicar diligencia de investigación alguna que pretendiera corroborar *a limine* los hechos presuntamente delictivos. La comunicación de la imputación consistirá en darle a conocer, de modo que le sea comprensible (lo que impide tanto las comunicaciones formularias como las que no permitan un cabal entendimiento de aquéllas), todos y cada uno de los hechos delictivos que se le atribuyen y están siendo investigados, el sentido de la investigación y las posibles consecuencias del proceso penal, de forma suficiente para que se pueda defender con eficacia, lo que comprende al propio tiempo la ilustración acerca de todos los derechos que integran la defensa.

Frente al derecho a la acusación el ordenamiento jurídico inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: el derecho del acusado a articular una adecuada defensa, derecho a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad.

Porque es evidente que la defensa opera como factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal, y con tal perspectiva se deben ordenar determinadas garantías para la tramitación del proceso, y exige la contradicción procesal, trasunto del derecho a un proceso con todas las garantías, para su intervención en el proceso.

En definitiva, el derecho de defensa, que se traduce además en otros derechos instrumentales, como el derecho a la asistencia de abogado, a la utilización de los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpable, se concreta en las actuaciones de quien ve amenazada o limitada libertad, por causa de unas actuaciones penales.

5. La distribución de funciones y responsabilidades entre los órganos públicos en el proceso penal

En el proceso penal de la Europa continental se atribuyó al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal, de acuerdo con los principios de legalidad e imparcialidad, de modo que había de promover el proceso cuando entendiera que se habían producido unos hechos delictivos, instando su represión, y, al propio tiempo, debía pedir la terminación del procedimiento para quien considerase inocente, o solicitar su absolución al final de juicio.

Y se atribuyó al juez de instrucción la preparación del juicio, responsabilizándolo de la fase de investigación. Esta fase es característica propia del proceso penal, pues normalmente se desconoce la dinámica comisiva del delito, las circunstancias en que se produjo y las personas que participaron en él, ya que, por lo general, se habrá tratado tanto de ocultar su perpetración como de destruir u ocultar los elementos o los efectos del delito.

Con estas premisas estructurales, y con el respeto de las garantías de defensa del imputado, para dispensar una respuesta estatal a los delitos que se cometen, se exige un proceso penal eficaz. Y la eficacia ha quedado muy seriamente en entredicho en estas últimas décadas.

Porque es verdad que la vida social se ha ido haciendo más compleja, y los objetos de enjuiciamiento han cambiado de un modo notable. De los procesos penales por delitos contra la vida con un componente afectivo (los llamados delitos pasionales) o los delitos contra la propiedad en una economía rural, los tribunales se han visto ante el reto de enjuiciar el crimen organizado, con relaciones y contactos trasnacionales, con una trama compleja y métodos sofisticados; la criminalidad económico-financiera; los delitos de cuello blanco o las acciones de corrupción política, o los delitos de terrorismo continuado y organizado.

Además, es cierto que el volumen de procesos penales ha crecido extraordinariamente, y que no es ajeno a esta circunstancia el crecimiento de las desigualdades sociales.

En definitiva, los tribunales penales se enfrentan ahora con nuevos desafíos y ni disponen de los conocimientos especializados que resultan imprescindibles, pues no se les capacitó para ello, ni siempre encuentran el suficiente apoyo del personal técnico de investigación criminal.

Es verdad que no faltan ocasiones en que la demanda social de justicia, también de justicia penal, puede impulsar al juez en un determinado sentido, intentando condicionar o mediatizar sus resoluciones. La presión de los medios de comunicación sirve además de eficaz aliado de esa sensibilidad social que no es indiferente al resultado de los procesos, como sucede cuando se trata de casos de terrorismo o de narcotráfico, que se contaminan de la “jurisprudencia prospectiva”. Sin embargo, el poder judicial debe mantenerse como un celoso guardador de su independencia, impidiendo absolutamente cualquier injerencia o intromisión en sus decisiones, ni siquiera como aliado o cómplice de la mayoría de la población, pues ha de defender, sobre todo, los derechos de los justiciables y debe ser el incondicional servidor de la ley.

El sentido de su papel como garante de los derechos de los ciudadanos aplicando la ley, conseguirá colocar al juez por encima de críticas o presiones, aunque ahí ha de encontrarse con valedores dentro del propio cuerpo judicial, si es que

actuó en los límites del ejercicio de su potestad: ajustándose a los márgenes de la ley y respetando las garantías del proceso. Porque no se puede, a pretexto de subirse en la cresta de una ola favorable, y a sabiendas del aplauso social, pasar por encima de los derechos de los justiciables; el juez que no protege esos derechos sencillamente está quebrantando la esencia de su labor y su razón de ser.

Pues bien, en estas últimas décadas se ha iniciado lo que parece ser un imparable movimiento reformador de los procesos penales tanto en Europa como en toda Latinoamérica. Ese movimiento reformador comenzó en Alemania en 1974, con un sentido esencialmente economicista, pero se ha ido extendiendo a Portugal e Italia, y en la década de los noventa, a la práctica totalidad de los países de Latinoamérica.

Estas reformas tienen claras influencias del sistema procesal penal norteamericano y se fundamentan en un elemento sustancial: la base para el ejercicio del *ius puniendi* ha de ser el juicio oral, de modo que toda la fase de investigación debe quedar subordinada a este momento procesal. Pese a quien pese estamos casi al principio, dos siglos atrás, porque es la base del sistema de enjuiciamiento penal del Código Napoleónico de 1808. Lo que sucede es que la práctica procesal ha discurrido por derroteros diferentes de los que ley estableció, de modo que la fase de investigación se había convertido en realidad en la piedra angular del procedimiento, y el juicio oral había pasado a ser una suerte de reproducción formularia (en muchas ocasiones, ni siquiera eso) de las actuaciones que se habían realizado ante el juez de instrucción en secreto.

La fase de instrucción del proceso penal recibe en la actualidad una atención esencial en todos los ordenamientos jurídicos, porque, cumpliendo con su finalidad de depurar la *notitia criminis*, de esclarecer su correspondencia con la realidad y la identidad de los posibles autores, no sólo consigue *preparar el juicio oral* sino que, por encima de eso, permite *evitar el juicio oral*, en la medida en que proporciona a todos los sujetos los elementos para decidir si procede o no la continuación del proceso penal con la apertura del juicio, al haberse obtenido una representación de los hechos que se intenta sea lo más aproximada posible a la realidad.

Sin embargo es lo cierto que, en los países en que se ha mantenido la figura del juez de instrucción, tempranamente la realidad procesal se apartó de la genuina esencia y justificación de esta fase del procedimiento, establecida legalmente como una etapa de corta duración. En estos países la instrucción se ha convertido desde luego en la piedra angular del proceso penal, no tanto por lo que se puede obtener durante ella, que también, sino sobre todo por su singular trascendencia desde el punto de vista de la represión.

Con la instrucción se pretenden obtener los elementos que las partes precisan para sustentar sus posiciones en el juicio; sin embargo, concebida como una fase

instrumental del juicio, que comprendía actuaciones meramente preparatorias, ha acrecentado su valor intrínseco y adquiere una gran *relevancia en el resultado del proceso* y su valor en la práctica es enorme. No sólo por la trascendencia pública de todo lo que en ella acontece, con unas graves repercusiones aflictivas, sino por la eficacia en el juicio y en la sentencia de las diligencias instructorias, al tomarse en consideración que han sido realizadas con la garantía de la presencia judicial, y en muchos casos con la presencia del propio imputado.

El modelo de proceso penal se ha adulterado hasta el punto de que su planteamiento original resulta difícilmente reconocible, y no se sosténía por más tiempo. No podemos engañarnos por más tiempo: el proceso penal que ahora tenemos es un remedio del modelo diseñado por el Estado liberal; porque cuando se subvierten elementos esenciales de un orden procesal, cuando se cambian piezas relevantes, lo que antes era un retrato se convierte en una caricatura.

La fase de instrucción, que en un principio se estableció como una fase del procedimiento corta y secreta, se ha convertido en actuaciones interminables y públicas. La permanente contradicción y el desmentido de la práctica forense a las previsiones de la ley, que parece aceptarse sin resistencia, no sólo suponen un apartamiento de las previsiones normativas, lo que de por sí sería algo grave; el problema viene de que tal y como se realiza la instrucción queda irremediablemente afectada incluso la *presunción de inocencia* como regla de tratamiento del imputado, que ha de ser tratado como inocente durante todo el proceso.

Se ha querido, por tanto, atajar la causa que había pervertido el sistema y se ha optado por introducir el otro gran pilar de la reforma: la fase de investigación (que no puede ser otra instrucción) se atribuye al Ministerio Fiscal. No se trata, pues, de sustituir el juez por un fiscal instructor, reproduciendo los anteriores esquemas procesales, cambiando a uno por el otro, sino de superar el modelo que ha regido en nuestros países por más de un siglo. De otra manera, la reforma no supondría más que modificar la ubicación y el centro de imputación de los males que aquejan al actual modelo de proceso penal, pero poco o nada se habría avanzado.

Precisamente la posible asunción de las tareas investigadoras por el fiscal pone sobre la mesa la inhabilidad del juez de instrucción para ocuparse de todo el complejo entramado de actuaciones que se producen en esta fase del procedimiento. Pero la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal no supone que este órgano pueda asumir de propia autoridad la práctica de cualquier diligencia o actuación con objeto de esclarecer los hechos delictivos. Resulta obvio que, cuando menos, las medidas restrictivas de derechos fundamentales vienen reservadas a la autoridad judicial; porque, como regla general, las limitaciones de derechos fundamentales exigen para su validez constitucional de

una previa resolución judicial suficientemente motivada, y proporcional al fin lícito que se persiga.

A lo largo de un procedimiento penal cabe adoptar determinadas medidas y cómo practicar ciertas diligencias que, si bien representan un efectivo sacrificio de los derechos individuales, resultan sin embargo indispensables para los fines de la investigación de los delitos o para el desarrollo normal del proceso; en definitiva para la realización del derecho penal. Por consiguiente, el fiscal se encuentra con la necesidad de acudir a la autoridad judicial para que se autoricen ciertas medidas o se practiquen algunas diligencias, interviniendo entonces el juez como garante de los derechos, pero desde una posición procesal imparcial, sin implicarse en la investigación y sin poder ordenar de oficio diligencias o medidas cautelares, tutelando los derechos de todos los implicados en un proceso penal.

Ahora bien, cuando se atribuye la responsabilidad de la investigación al Ministerio Fiscal no se puede caer en un encarecimiento del proceso o en una privatización de la justicia penal, puesto que tanto la víctima que quiera acusar como el imputado deberían buscar fuera de esa investigación oficial del fiscal los elementos precisos para sustentar su posición en el proceso.

Esta posibilidad tiene que rechazarse de modo terminante en nuestros sistemas jurídicos (por más que esté vigente en otros ordenamientos, como en Estados Unidos, que en este sentido no puede ser el referente) y debería paliarse sin lugar a dudas con un acceso rápido y efectivo a la autoridad judicial que, a la vista de las alegaciones del solicitante y de las razones de la negativa del Ministerio Fiscal, pudiera ordenar la práctica de la diligencia requerida.

Tal opción no implica dejar en desamparo al imputado, pues el encargado de la investigación ha de respetar escrupulosamente, a lo largo de toda ella, los derechos procesales, garantizando el ejercicio del derecho de defensa y todos los derechos reconocidos en las normas procesales; no en vano el Ministerio Fiscal debe velar por el cumplimiento de la ley.

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

El modelo de investigación penal a cargo del Ministerio Fiscal introduce no

sólo mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, suprimiéndose la duplicidad de diligencias, sino que sitúa estas actuaciones en su verdadera dimensión, otorgando las facultades de esclarecimiento de los hechos y la iniciativa de aseguramiento del delincuente tanto al órgano público de la acusación como a quien, con el carácter de actor popular o de acusador particular, pretenda intervenir en el procedimiento y asegurar las fuentes de prueba.

6. El principio de oportunidad en la persecución penal

Desde el momento en que se conozca la existencia de un delito, de un grave atentado contra la sociedad, el Ministerio Fiscal debe intervenir para su defensa y, de haberse consumado la agresión, instar lo que sea procedente en derecho.

En la concepción del estado de derecho el principio de legalidad, la sumisión y adoración de la ley como manifestación de la soberanía popular, hacía entender que el sistema normativo era completo, que regulaba todas las posibilidades de actuación. De modo que si se producía un hecho subsumible en una norma penal se había cometido un delito, y no se podían apreciar otros hechos u otras circunstancias más que aquellas que la propia ley preveía; todo debía estar en la ley y todos habían de servir a la ley.

Sin embargo, la evolución del sistema penal se ha venido inclinando por la reducción del ámbito punitivo –el principio de intervención mínima– de modo que el derecho penal se aplique sólo cuando no haya otro medio para responder jurídicamente a una conducta *–ultima ratio–*. Porque la solución del derecho penal no es probablemente ni la única ni la mejor solución para el conflicto jurídico y humano que provoca la comisión de un delito, y sin caer en una concepción abolicionista, de desaparición del derecho penal, es lo cierto que los fines del sistema penal y de la pena se alcanzan mejor, con más porcentaje de éxito y, en todo caso, con una mayor salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, por otras vías (la prevención, la asistencia social, etc.), de modo que el derecho penal en muchas ocasiones puede y debe ser inhibido.

La defensa del derecho penal como *ultima ratio* del sistema jurídico aconseja utilizar instrumentos sólo recientemente ensayados, tendentes a mejorar la respuesta social frente al delito y la satisfacción de la pretensión reparatoria a la víctima, que se ha colocado en un punto focal de todo el sistema penal. Estos instrumentos, como la mediación penal, persiguen una más adecuada y justa solución tanto al conflicto entre el delincuente y la sociedad como al conflicto civil entre el responsable y la víctima, de modo que no se cierre en falso el proceso penal con insatisfactorias decisiones que se dictan en el estrecho cauce del principio estricto de legalidad.

Sin embargo, este movimiento del derecho penal mínimo es, sin duda alguna, ajeno a una circunstancia que por desgracia ha coincidido en el tiempo, el notabilísimo incremento de la criminalidad y, por tanto, de la carga de trabajo en los tribunales. Esta coincidencia ha llevado frecuentemente a deslegitimar el principio de intervención mínima a base de vincularlo a un sentido eminentemente economicista de la justicia penal, como si su principal objetivo fuera aligerar la administración de justicia de los expedientes judiciales que se acumulan en ella.

No se deben confundir las medidas que tienden a hacer más eficaz a la justicia penal, intentando agilizar los procedimientos e incluso sacando de la actividad jurisdiccional aquello que no merezca o no deba estar, de aquellas otras medidas que sirven para obtener una respuesta más satisfactoria en términos de la decisión de fondo del conflicto, profundizando al propio tiempo en los mecanismos de justicia social.

Ambas medidas son esenciales, pero la actuación del legislador en esta última clave de mejora del resultado de fondo, es lo que ha de tener en cuenta la parte acusadora y, desde luego, el acusador público a la hora de ejercitar la acción penal; de un lado, formulando acusación sólo cuando esté persuadido de la existencia de delito y de que puede aportar elementos probatorios que acrediten la responsabilidad del acusado; de otro lado, de acuerdo también con la ley, formulando la acusación sólo cuando el interés público lo demande, y esta ponderación es la que permite al acusador público abstenerse de acusar, aun cuando entienda que se produjeron hechos delictivos y cuente con suficientes elementos probatorios de cargo, porque concurren en el caso concreto circunstancias que aconsejan o autorizan a realizar una ponderación de la ley penal que tome en cuenta factores o elementos que no pudieron ser valorados y fijados por el legislador penal.

En este orden de ideas se inscribe el principio de oportunidad, que autoriza al Ministerio Fiscal para no formular acusación en ciertos casos, sustituyendo un necesario ejercicio de la acción penal derivado del principio de legalidad, entendido como necesidad de promover la acción penal siempre que se tenga noticia de la comisión de un hecho delictivo; lo que algunos denominan “principio de estricta legalidad penal”, encierra al sistema penal en una especie de trampa sin escapatoria. Porque el imperio del principio de legalidad radical conduce a la definición del marco de actuación de las normas penales y procesales a partir sólo de este conjunto de disposiciones, desentendiéndose del contenido de otras normas incluso del mismo o superior rango.

La aplicación de este principio de estricta legalidad, obligando siempre a ejercitar la acción penal, exigiría que una vez que una conducta ha tenido entrada en el Código Penal, cuando ha ingresado en el elenco de delitos, el sistema represivo queda definitiva e irremediablemente atrapado, sin escapatoria posible;

de este modo, para que se pueda entender que el sistema funciona de una forma legítima no queda otra solución que perseguir todas las conductas delictivas. No caben excepciones, porque sólo se puede excluir aquello que el Código Penal excluye, de modo que si se considera que el reproche penal no debe alcanzar una conducta, la única solución sería la descriminalización. En esta concepción todo delito debe ser efectivamente perseguido y sancionado, puesto que su comisión ha puesto en peligro o ha atacado un bien jurídico considerado digno del singular reproche que implica la sanción penal, o en otro caso se estaría traicionando uno de los principios esenciales del estado de derecho.

La obediencia a una interpretación tan estricta del principio de legalidad resulta imposible, incluso en supuestos de ferreos y odiosos estados policiales; de un lado, siempre existirá una cifra negra de criminalidad; de otro lado, sólo un mínimo porcentaje de los delitos que ingresan al sistema llegan a ser enjuiciados.

Los datos españoles apuntan a que sólo el 10% de los procedimientos penales iniciados llegan a sentencia, lo que deja fuera del pronunciamiento judicial a la escandalosa cifra de casi 6 millones de conductas presuntamente delictivas, sea con la conformidad del acusado, o sin ella, y se termine dictando sentencia condenatoria o absolutoria,¹ lo que por cierto supondría, en términos del principio de obligatoriedad estricto, del deber de perseguir todos los delitos, un auténtico fracaso de la respuesta penal.

Pueden considerarse como supuestos de aplicación del principio de discrecionalidad todos aquellos en que, a pesar de entender que se ha cometido un hecho delictivo y que existen elementos de prueba para lograr la condena del responsable, el Ministerio Fiscal renuncia a la acusación o insta una condena deliberadamente menor que la prevista en la ley penal. Los supuestos van desde la solicitud de sobreseimiento de la causa por razones de política criminal, de utilidad pública o de interés social, o bien la posibilidad de instar la finalización del proceso en forma de sobreseimiento bajo condición impuesta al imputado, que se vería entonces obligado al cumplimiento de determinadas condiciones o prestaciones, o bien la solicitud de una condena en términos que previamente se han pactado con el acusado.

Para que opere la discrecionalidad, y salvo algún supuesto de sobreseimiento sin condiciones, se requiere comúnmente un acuerdo del acusado con

¹ En España el sistema penal hace aflorar más de 6.5 millones de delitos en 2008 –exactamente, 6,570,159 asuntos penales ingresados. Sin embargo, la justicia penal administra en realidad hasta el momento de la sentencia sólo un 10% aproximadamente de los asuntos ingresados –exactamente, en 2008 se dictaron 676,028 sentencias, lo que significa alrededor del 10%, dado que la cifra de procesos ingresados y resueltos en 2008 es coincidente, pues frente a los 6,570,159 asuntos ingresados fueron resueltos 6,516,094 asuntos (Proyección de datos para el año 2008 proporcionada por el CGPJ).

la acusación, lo que se suele concretar en una declaración de culpabilidad o de conformidad con los cargos *guilty plea* (confesión), con renuncia al juicio oral y a la prueba y, por tanto, al derecho a no declarar contra sí mismo, al derecho de interrogar a los testigos o al derecho al jurado.

Se puede llegar a esta conformidad bien de forma voluntaria, en casos de espontánea manifestación de acusado, e incluso de arrepentimiento, o bien de forma inducida por el deseo o el interés de evitar una pena más grave, lo que puede implicar una auténtica negociación con el Ministerio Fiscal.

Además de la conformidad sin una formal negociación, en otros ordenamientos jurídicos se permite con toda amplitud la vía negociada o acuerdo del fiscal con el acusado sobre el delito o la pena, a través del llamado *plea bargaining*, que a su vez contempla diferentes posibilidades, desde el acuerdo con la condena más benigna, la modificación de la acusación a través de la reducción de los hechos imputados o la sustitución por otros más leves, o los llamados *cambios o permutas*, como el cumplimiento de la condena en determinados centros o establecimientos, la permanencia en centros de curación, e incluso la omisión de la acusación por considerar que las circunstancias del caso concreto la desaconsejan.

Desde luego que este principio supone una sustancial quiebra del sistema procesal penal tradicional, basado en el monopolio estatal del *ius puniendi* y en la exclusividad jurisdiccional (prohibición de la autotutela e indisponibilidad de la pena), pero con él se logra traer al proceso los derechos e intereses de quien tradicionalmente se había visto apartado del enjuiciamiento penal, como si lo que sucediera en él le resultara del todo ajeno: la víctima. En efecto, el título de haber padecido los efectos del delito, de haber sufrido en primera persona en un bien propio la agresión de la acción criminal, quedaba al margen del proceso penal en su concepción tradicional, pues la represión se desarrollaba exclusivamente entre el Estado y el imputado, lo que, bajo el manto de la igualdad, provocaba manifiestas situaciones de injusticia.

En cualquier caso, es claro es que la apreciación de las circunstancias que se han de tener en cuenta para separarse de la aplicación estricta de la ley penal por parte del acusador público, el uso de una libérrima facultad discrecional o de utilizar los márgenes que la ley le marca, debe ser ponderada tomando en cuenta la legitimación del Ministerio Fiscal, pues de esa manera se podrán apreciar los márgenes que se conceden desde el punto de vista político, es decir, la discrecionalidad que se pone en sus manos.

Esta consideración es muy relevante. La atribución de facultades discrecionales, que no están descritas en una norma, supone la adopción de decisiones políticas, elegir de entre distintas opciones lícitas por razones que no están

previstas en la ley. Así las cosas, el campo de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal o, más precisamente, la facultad para no perseguir delitos cuando se considera que se han cometido, debe correr en paralelo con la responsabilidad política que se pueda exigir al titular de aquella facultad por el mal uso o los excesos que hubiera podido cometer.

Y a este respecto es necesario advertir una esencial línea divisoria, establecida por la distinta legitimación del acusador público, diferenciando desde el principio dos modelos básicos de organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal: por una parte, un Ministerio Fiscal de marcada legitimación política, cuyo nombramiento viene dado por la elección popular, que es el modelo vigente para un buen número de puestos fiscales de los Estados Unidos de América. Por otra parte, un Ministerio Fiscal burocrático, inserto en una organización que goza de una cierta autonomía y generalmente con cierta vinculación con el poder ejecutivo, como sucede en los países continentales europeos y de América Latina, excepción hecha del sistema italiano y el brasileño, donde los fiscales gozan de independencia y vienen asimilados enteramente a los jueces.

En el primer caso, como cargo político, cuya legitimación deriva y se sustenta en la elección directa de los ciudadanos y ante ellos tiene que rendir cuentas, se suelen —y se pueden— poner en manos del fiscal unos márgenes de discrecionalidad amplios, puesto que en las periódicas citas electorales habrá de rendir cuentas ante los ciudadanos de la política criminal que se haya seguido y, en su caso, del abandono de la acción penal, dejando de perseguir delitos. Precisamente la modulación de la legalidad en la persecución penal debe residenciar en la sociedad afectada por el delito y es el fiscal quien traslada esa conciencia social ante los tribunales.

Frente a este modelo, con un Ministerio Fiscal burocratizado, compuesto de funcionarios públicos profesionales, que se legitiman por su ingreso en una carrera y que se amparan en un estatuto funcionarial y en una organización normativizada y altamente formalizada, carecen de iniciativa política y, por eso mismo, de responsabilidad política. Al ser funcionarios dentro de la organización burocrática han de limitarse a cumplir las normas y no pueden diseñar estrategias o iniciativas políticas.

Para que el principio de discrecionalidad tenga cabida en un sistema burocratizado se necesita de un marco jurídico preciso dentro del cual desen volverse, de modo que el legislador establezca con una referencia normativa suficientemente clara el ámbito y los presupuestos de aplicación. Así entendido, el principio de discrecionalidad, con carácter general y sin concesiones a la pura arbitrariedad, satisface plenamente los fines que debe cumplir la pena,

calibrando las circunstancias que concurren en el caso concreto y proporcionando la respuesta penalmente más justa a los hechos delictivos.

Aunque es cierto que en la base de la introducción del principio de discrecionalidad en Alemania estuvieron muy presentes las dificultades que tenía planteadas el sistema penal por el incremento cuantitativo de los procesos penales, la introducción del principio de discrecionalidad, o el reconocimiento de ciertas quiebras o excepciones del principio de legalidad, o de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, debe responder en la actualidad a finalidades ajenas a las meramente económicas, de una mejor gestión de los recursos.

En primer término, no cabe cerrar los ojos a la existencia de una evidente discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, en la medida en que la calificación jurídica, la proposición de pruebas o la petición de pena no responden a criterios automáticos, sino que precisan la integración de acuerdo con el criterio del acusador, que debe valorar los hechos e interpretar las normas para decidir si está técnicamente en condiciones de ejercer la acción penal; por tanto, se trata de lo que se denomina *discrecionalidad técnica o interpretativa*.

Junto a ella aparece la llamada discrecionalidad *sumergida* o discrecionalidad *implícita*, derivada de la imposibilidad efectiva de perseguir todas las infracciones penales conocidas. Se trata de decisiones que traducen prioridades, es decir, elección entre alternativas, sustrayendo del sistema la represión de ciertas conductas que se consideran menos graves. Esta discrecionalidad se puede atribuir al órgano público de acusación junto con el juez instructor en los países donde se mantiene este modelo.

Ahora bien, el factor esencial es que la existencia de márgenes ineliminables de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal implica que la política criminal, que consiste en la prevención, investigación, persecución y castigo de los delitos, no puede quedar reducida al momento legislativo, sino que debe comprender también su modo de aplicación.

Por lo tanto, es dudoso que la orientación de la política criminal pueda dejarse en manos de una institución pública que no sea representativa de la conciencia social ni políticamente responsable, sustrayéndola del ámbito en donde se encuentra residenciada: en el gobierno, que dirige la política interior.

Parece evidente que en un moderno estado democrático de derecho el ejercicio de la acción penal debe estar presidido por la compaginación entre las exigencias de la legalidad y la política criminal, que no siempre resulta fácil. El problema es, naturalmente, encontrar el modelo y los instrumentos que permitan conciliar dos vertientes –defensa objetiva de la legalidad y actuación de la política criminal– en la configuración del moderno Ministerio Fiscal.

Pues bien, la desatención a la legalidad estricta, absteniéndose el órgano público de acusación del ejercicio de acciones penales, permite al sistema penal, sin abandonar la prevención, y sirviendo como instrumento de control social y de respuesta a la delincuencia, cumplir con otros fines a los que igualmente debe servir el sistema de justicia penal.

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

Uno de los principales problemas que plantea la implantación del principio de discrecionalidad es definir su ámbito de aplicación, pues parece difícilmente aceptable que se llegue a aplicar a todas las conductas criminales, incluidas las que presentan una mayor gravedad y reproche punitivo, sobre todo porque de ese modo no se estaría atendiendo a todas las finalidades a que antes se ha hecho referencia.

Con esta base, la mayoría de la doctrina limita el ámbito del discrecionalidad a las infracciones menos graves, a la criminalidad menor, que se definirá normalmente por la gravedad de la sanción, de modo que no podría aplicarse a los delitos más graves (crímenes) y, acerca del resto de infracciones, cabe atemperar su aplicación en razón de las circunstancias, incluso penológicas, de cada ordenamiento, pues a ello responde también el principio de intervención mínima, que debería conducir a la descriminalización de un buen número de conductas que están aún dentro de los códigos penales.

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

En lo que hace al principio de discrecionalidad en la persecución, advierte la Recomendación que tal facultad debe estar prevista en la ley y adoptada cuando existan indicios suficientes de culpabilidad, y teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, las circunstancias y consecuencias de la misma, la personalidad del infractor, los efectos de una eventual condena, la situación

de la víctima, garantizándole siempre el derecho a la reparación de los daños. Al propio tiempo, previene que el archivo pueda ser incondicionado o sujeto a determinadas condiciones y previa audiencia del imputado.

Es evidente que en el ámbito del Consejo de Europa, y en 1987, la discrecionalidad sólo podía entenderse como una discrecionalidad reglada, dado que la estructura y el funcionamiento del Ministerio Fiscal en los países que integraban esta organización no permitían otra cosa. Es la contrapartida de la burocratización del acusador público, que sólo responde en el marco de una ley.

Precisamente esta discrecionalidad reglada tiene que impedir las tentaciones de arbitrariedad de la acusación pública, entendida como acto o proceder dictado por la voluntad o el capricho, no sólo porque la arbitrariedad de los poderes públicos debe quedar expresamente prohibida, sino porque se carece de todo mecanismo de contrapeso para una actuación de ese tipo, pues no hay posibilidad de exigir explicaciones o de afrontar las responsabilidades por las actuaciones arbitrarias.

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

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

En tercer lugar, se apunta también que la discrecionalidad podría mermar gravemente las garantías del imputado, pues los acuerdos se suelen lograr en momentos muy prematuros de la investigación, con escasos datos sobre el sujeto y sin que el juez suela pedir informe alguno, con excesiva rutina y una reducción casi automática de las penas en delitos menores.

Asimismo, se argumenta que con la renuncia a la prueba y a la contradicción en caso de sentencia condenatoria, como ocurre en los supuestos de conformidad, se podría afectar al derecho a la presunción de inocencia, sobre todo cuando el acusado haya accedido a la finalización anticipada del proceso

por el temor a la expectativa a una condena más grave después del juicio, o cuando se vea compelido por los graves efectos de la publicidad del juicio, como puede ocurrir en los delitos sexuales.

En conclusión, no parece que el principio de discrecionalidad deba permanecer al margen del sistema penal, considerado más o menos como algo ajeno e indeseable al mismo, de modo que sólo cuando se actúe en los estrechos márgenes que la ley imponga se estará dando satisfacción a una persecución penal justa e igualitaria. Esta afirmación parece olvidar que el ordenamiento jurídico no puede considerar la realidad por entero, porque sus aristas escapan indefectiblemente de la mirada del legislador.

Por consiguiente, debe introducirse el principio de discrecionalidad reglada, aunque sin duda deberán adoptarse también las cautelas necesarias, que pasan por establecer la responsabilidad de la acusación por los abusos que hubieran cometido, si fuera el caso. Porque, al propio tiempo, hay que tener en cuenta que la apertura del proceso penal en algunos países a las acusaciones por parte de las víctimas, extrañas al Ministerio Fiscal, permite articular contrapesos que impidan arbitrariedades o excesos, en beneficio de la propia justicia penal. ■