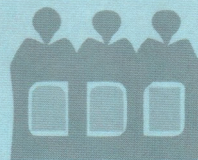



LUIS MIGUEL REYNA ALFARO  
SERGIO CUAREZMA TERÁN  
ALFREDO RENÉ URIBE MANRÍQUEZ  
(Coordinadores)

# EL PROCESO PENAL EN IBEROAMÉRICA

## VISIONES COMPARADAS



**CEDPE**  
CENTRO DE ESTUDIOS  
de Derecho Penal Económico y de la Empresa

Flores Editor y Distribuidor  
  
Editorial Flores



**INEJ**  
Fundado en 1995

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO  
SERGIO CUAREZMA TERÁN  
ALFREDO RENÉ URIBE MANRÍQUEZ  
(Coordinadores)

**EL PROCESO PENAL  
EN IBEROAMÉRICA  
VISIONES COMPARADAS**



LUIS MIGUEL REYNA ALFARO  
SERGIO CUAREZMA TERÁN  
ALFREDO RENÉ URIBE MANRÍQUEZ  
(Coordinadores)

# EL PROCESO PENAL EN IBEROAMÉRICA

## VISIONES COMPARADAS

**CEDPE**  
CENTRO DE ESTUDIOS  
de Derecho Penal Económico y de la Empresa

Flores Editor y Distribuidor  
  
Editorial Flores



**INEJ**  
Fundado en 1995

Copy Right © 2016  
Derechos Reservados:  
Luis Miguel Reyna Alfaro  
Sergio Cuarezma Terán  
Alfredo René Uribe Manríquez

Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.  
Editorial Flores  
Calle Cuauhtémoc No. 1405, Col. Del Gas  
C.P. 02950, Azcapotzalco, México, D.F.  
Tels.: (55) 5556-0590 / 5556-7020 / 5355-1108

floreseditor@prodigy.net.mx  
floreseditor@hotmail.com  
www.floreseditor.com.mx

ISBN 978-607-610-EN TRÁMITE

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico o por fotocopia, por registro u otros medios, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión o uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copy Right.

Copy Right ©:  
Luis Miguel Reyna Alfaro  
Sergio Cuarezma Terán  
Alfredo René Uribe Manríquez  
Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V.  
Editorial Flores

## CONTENIDO

Pág.

### EL PROCESO PENAL. ¿ACUSATORIO? ¿ADVERSARIAL?

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

1.	¿QUÉ ES ACUSATORIO Y QUÉ ES ADVERSARIAL? .....	1
2.	IGUALDAD DE ARMAS .....	4
3.	LOS MECANISMOS DE EQUILIBRIO PROCESAL.....	5
	a) La imparcialidad-objetividad de la actuación fiscal.....	5
	b) Presunción de inocencia.....	6
	c) El derecho de defensa .....	7
4.	EL MODELO ACUSATORIO EN LAS REFORMAS DEL PROCESO PENAL EN LATINOAMÉRICA .....	7
5.	LA TENDENCIA A LA <i>FAST JUSTICE</i> Y LA MCDONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL .....	8

### EL PROCESO PENAL EN LOS SISTEMAS DEL *COMMON LAW* Y *CIVIL LAW*: LOS MODELOS ACUSATORIO E INQUISITIVO EN PLENO SIGLO XXI

MAR JIMENO BULNES

1.	INTRODUCCIÓN.....	12
2.	CONTEXTO HISTÓRICO: ¿DOS O TRES MODELOS DE PROCESO PENAL? .....	22
	2.1 Acusatorio .....	23
	2.2 Inquisitivo.....	29
	2.3 Mixto y/o acusatorio formal <sup>65</sup> .....	33
3.	CUESTIONES TERMINOLÓGICAS Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES: ¿PROCESO PENAL ACUSATORIO Y/O ADVERSARIAL? .....	38
4.	INFLUENCIA MUTUA ENTRE EL PROCESO PENAL ANGLOAMERICANO Y EL EUROPEO CONTINENTAL .....	55
	4.1 Fase de instrucción.....	57
	4.2 Juicio oral .....	75

	<b>Pág.</b>
5. A MODO DE CONCLUSIÓN .....	88

**EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS PROCESALES  
PENALES EN LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE  
DE HABLA NO INGLESA**

JOSÉ SAEZ CAPEL

I .....	97
II .....	99
III .....	103
IV .....	111

**INTRODUCCIÓN AL PROCESO  
PENAL NORTEAMERICANO**

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

I. EL SISTEMA JURÍDICO NORTEAMERICANO.....	113
1. Antecedentes .....	113
2. Fuentes del derecho norteamericano.....	114
a) La Constitución Federal.....	114
3. La jurisdicción penal.....	116
4. Los límites de la jurisdicción y la competencia.....	116
5. El modelo procesal .....	117
6. Las fuentes del derecho y la importancia del precedente judicial .....	118
7. Fases o etapas del proceso penal norteamericano .....	120
a) La investigación preliminar .....	120
b) El gran jurado (o jurado de acusación) y la audiencia preliminar .....	121
c) La instrucción de cargos.....	122

**EL MODELO PROCESAL PENAL CHILENO**

LEONARDO MORENO HOLMAN

FRANCISCO GARCÍA MANZOR

1. ANTECEDENTES PREVIOS.....	125
2. MODELO PROCESAL PENAL VIGENTE.....	127
3. RELACIÓN CON EL MODELO ANTERIOR.....	127
4. PRINCIPIOS DEL NUEVO PROCESO PENAL.....	128
5. PRODUCCIÓN Y CONTROL DE INFORMACIÓN.....	135

**VI**

	<b>Pág.</b>
6. NUEVAS INSTITUCIONES PROCESALES .....	137
A. La cautela de garantías .....	137
i. Acceso a la información y derecho a la defensa técnica .....	139
ii. Otros casos de común aplicación de la cautela de garantías .....	141
B. Procedimiento simplificado.....	142
C. Recurso de nulidad.....	145
D. Restricción de causales de exclusión de prueba.....	148
E. Dos comentarios finales en base a experiencia de implementación del sistema .....	150
i. Necesidad de apoyo a los litigantes, ejemplo, unidades de estudios técnicas .....	151

**UN ENSAYO SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN  
DEL SISTEMA PROCESAL PENAL  
ACUSATORIO EN MÉXICO**

ALFREDO RENÉ URIBE MANRÍQUEZ

1. LEGISLACIÓN VIGENTE Y SUS ANTECEDENTES. (LO QUE SE ES) .....	154
2. EL MODELO PROCESAL VIGENTE. (LO QUE SE TIENE) ....	157
3. INSTITUCIONES PROCESALES A PARTIR DE LA PROMULGACIÓN DEL <i>CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN MÉXICO.</i> (LO QUE SE TIENE) .....	162
a) Investigación .....	162
b) Intermedia .....	165
4. INSTITUCIONES PROBLEMÁTICAS. (LO QUE ES DEBIDO) .....	168
5. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	171
Legislación .....	171
Libros .....	171
Otros .....	172

**EL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN VENEZUELA**

WILMER DE JESÚS RUIZ CARRERO

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA .....	173
-------------------------------	-----



	<b>Pág.</b>
2. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA ACUSATORIO VENEZOLANO .....	175
3. PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL PROCESO PENAL.....	176
Juicio previo y debido proceso .....	176
Principio del juez natural.....	177
Principio de afirmación de la libertad.....	178
Principio de presunción de inocencia .....	179
Principio del indubio pro reo .....	179
Defensa e igualdad entre las partes .....	179
Principio del respeto a la dignidad humana.....	180
Principio de única persecución.....	181
Principio de cosa juzgada .....	181
Principio de oportunidad.....	181
Principio de apreciación de la prueba .....	182
Principio de oficialidad .....	182
Principio de doble instancia .....	183
Principio de oralidad .....	183
El principio de publicidad .....	184
Excepciones al principio de publicidad .....	184
Principio de inmediación.....	185
Principio de concentración .....	185
Principio de contradicción .....	185
Principio de autonomía, independencia y autoridad de los jueces .....	186
Principio de la participación ciudadana .....	186
Principio de la carga de la prueba .....	187
4. FASES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO .....	187
Fase preparatoria .....	187
Fase intermedia.....	188
Fase de juicio .....	189
5. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA INVESTIGACIÓN .....	190
6. LOS ÓRGANOS DE INVESTIGACIÓN PENAL.....	193
7. EL JUICIO ORAL Y PÚBLICO .....	195
El Auto de apertura a juicio .....	196
Desarrollo del debate. Apertura.....	197
Recepción de pruebas .....	198
Discusión final y cierre del debate.....	198
La sentencia .....	199
8. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.....	199

**RESPONSABILIDAD DEMOCRÁTICA Y PARTICIPACIÓN  
DE LEGOS EN LOS PROCESOS PENALES**

TATJANA HÖRNLE

1.	INTRODUCCIÓN: JURADOS Y JUECES LEGOS EN INGLATERRA Y ALEMANIA .....	201
2.	EL RECLAMO ENÉRGICO: LA PARTICIPACIÓN LAICA ES UNA CONDICIÓN NECESARIA PARA FALLOS LEGÍTIMOS .....	204
	a) Responsabilidad Democrática ¿Por qué solamente en algunos procesos? .....	205
	b) El antecedente histórico.....	206
	c) El significado de democracia hoy.....	208
3.	LA DÉBIL OBJECCIÓN: LA PARTICIPACIÓN LEGA ES VALIOSA .....	213
	a) Aumento de la confianza pública.....	213
	b) Ciudadanos activos .....	215
	c) Influencia en el desarrollo de la ley.....	216
	d) Valores locales.....	218
	e) Autonomía de los acusados .....	220
	f) La participación laica para contrabalancear los hábitos de los jueces profesionales.....	222
4.	CONCLUSIÓN .....	223

**¿LA JUSTICIA PENAL PARA LA ECONOMÍA?**

SERGIO J. CUAREZMA TERÁN

I.	INTRODUCCIÓN: UN PROCESO DE MARCHA Y CONTRAMARCHA .....	227
II.	CRISIS Y FUNDAMENTO PARA SU REFORMA.....	229
III.	LA NATURALEZA DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA.....	230
IV.	RIESGOS DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA EN UNA SOBERANÍA LIMITADA .....	233
	A. El <i>plea bargaining system</i> .....	235
	1. La posición del juez en el <i>plea bargaining</i> .....	239
	B. El retorno de las viejas políticas autoritarias .....	241
V.	CONSIDERACIONES FINALES.....	244
	BIBLIOGRAFÍA .....	245

**ALGO SOBRE JUECES Y DERECHOS HUMANOS:  
LOS VÍNCULOS INEVITABLES**

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA

1.	EL JUEZ EN TRES DIMENSIONES .....	249
2.	PERFIL POLÍTICO Y CIENTÍFICO DEL JUEZ .....	250
3.	ALGO MÁS SOBRE EL PERFIL POLÍTICO DEL JUEZ.....	251
4.	ALGO MÁS SOBRE EL PERFIL CIENTÍFICO DEL JUEZ.....	252
5.	LA VISIÓN INTEGRADORA.....	253
6.	LA BRÚJULA DEL JUEZ.....	253
7.	EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA .....	255
8.	EL JUEZ Y LOS DERECHOS HUMANOS .....	258
9.	A MODO DE CONCLUSIÓN.....	263

**REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE EL JUEZ  
DE LA FASE PREJURISDICCIONAL  
EN EL NUEVO MODELO DE JUSTICIA PENAL**

MARTÍN EDUARDO BOTERO

RESUMEN.....	267
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS .....	268
1. Definición de los roles de los sujetos que intervienen en el proceso penal .....	270
II. LA FASE DE LAS INVESTIGACIONES COMO MERA PREPARACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.....	273
1. El principio de la obligatoriedad de la acción penal en Italia .....	275
III. LA SUSTITUCIÓN DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN POR LA FASE DE LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES: LA SUPRESIÓN DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN .....	277
IV. EL JUEZ PARA LA ETAPA PRELIMINAR COMO ÓRGANO DE LA JURISDICCIÓN.....	283
V. JUEZ “PARA” LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES O JUEZ “DE” INVESTIGACIONES PRELIMINARES .....	285
VI. EL JUEZ PARA LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES .	286

	<b>Pág.</b>
VII. LA PECULIARIDAD DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LA FASE PREVIA AL PROCESO .....	287
VIII. LA FUNCIÓN DE “CONTROL” Y LA FUNCIÓN DE “GARANTÍA” .....	293
X. BREVES APUNTES SOBRE LA POTENCIAL “INCOMPATIBILIDAD FUNCIONAL” DEL JUEZ DE CONTROL (MÉXICO) A PRESIDIR LAS AUDIENCIAS DE LA ENTERA FASE DE LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES: ETAPA PRELIMINAR Y ETAPA INTERMEDIA .....	297
1. La potencial “incompatibilidad funcional” del juez de control .....	301
CONCLUSIÓN .....	310
BIBLIOGRAFÍA GENERAL .....	311

**LA ENSEÑANZA DE LA DOGMÁTICA PENAL  
COMO *CONDITIO SINE QUA NON* PARA EL ÉXITO  
DE LA ORALIDAD**

DINO CARLOS CARO CORIA

§1. LA ORALIDAD EN RIESGO .....	317
§2. LÍMITES DE LAS SOLUCIONES DE GESTIÓN Y LEGISLATIVAS.....	319
§3. TEORÍA DEL DELITO Y ORALIDAD .....	323

**LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES  
DEL PROCESO PENAL**

DINO CARLOS CARO CORIA

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	327
II. FUNCIÓN DE EQUILIBRIO DE INTERESES Y DE LIMITACIÓN DEL PODER ESTATAL .....	329
III. GARANTÍAS PROCESALES GENÉRICAS .....	330
III.1 Derecho a la tutela judicial efectiva.....	331
a) Derecho de libre acceso a la jurisdicción .....	333
b) Derecho de libre acceso al proceso en las instancias reconocidas.....	336
c) Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso.....	336

	<b>Pág.</b>
d) El derecho a la efectividad de la tutela judicial (derecho a la ejecución) .....	338
III.2 Derecho al debido proceso penal .....	340
a) Interdicción de la persecución múltiple (principio de <i>ne bis in idem</i> ).....	341
b) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas .....	344
c) Derecho a un juez imparcial .....	349
d) Prohibición de compeler a declarar o a reconocer la culpabilidad.....	352
III.3 Derecho a la presunción de inocencia .....	353
III.4 Derecho a la defensa.....	356
IV. LAS GARANTÍAS PROCESALES ESPECÍFICAS .....	358
IV.1 Principios referidos a la relación entre el juez y las pruebas (inmediación y mediación) .....	358
IV.1.1 Derecho a probar .....	359
IV.2 Principio referente al conocimiento de los actos procesales (publicidad y secreto) .....	359
IV.3 Principios referidos a la marcha de los actos procesales (celeridad).....	360
V. GARANTÍAS PROCESALES DE LA VÍCTIMA.....	361
VI. LAS GARANTÍAS MÍNIMAS DEL PROCESO PENAL EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	363
VI.1 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	364
VI.2 La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José .....	365
VII. CONCLUSIÓN .....	366

## **TEORÍA DE LA IMPUGNACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO DE 2004**

LUIS FERNANDO IBERICO CASTAÑEDA

I. ASPECTOS GENERALES DE LA IMPUGNACIÓN .....	367
1. Definición .....	367
2. Naturaleza jurídica .....	371
• Impugnación y el Derecho de acción .....	371
• Impugnación y los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva .....	372

	<b>Pág.</b>
• Impugnación y principio de control jurisdiccional.....	375
• Impugnación y reconocimiento normativo.....	377
3. Fundamento de la impugnación .....	379
• Falibilidad jurisdiccional.....	379
• Errores y vicios .....	381
4. Clasificación de los medios de impugnación.....	383
II. RECURSOS.....	388
1. Clasificación de los recursos .....	388
• Por el órgano revisor.....	388
• Por la atribución del órgano revisor.....	389
• Por las formalidades exigidas .....	389
• Por la trascendencia del acto procesal impugnado.....	390
• Por sus efectos .....	390
2. Principios aplicables a los recursos .....	391
2.1 Principio de legalidad o taxatividad.....	391
2.2 Principio de formalidad.....	391
2.3 Principio de adecuación .....	391
2.4 Principio de unicidad o especialidad o singularidad.....	392
2.5 Principio pro actione en materia recursal.....	393
2.6 Principio de trascendencia.....	393
2.7 Principio dispositivo.....	394
2.7.1 La Adhesión.....	396
2.7.2 El Desistimiento.....	398
2.8 Principio de instancia plural y la condena del absuelto	399
2.9 Prohibición de la reformatio in peius .....	402
2.10 Principio de inmediatez.....	404
3. Presupuestos de los recursos .....	405
3.1 Presupuestos subjetivos.....	405
3.2 Presupuestos objetivos.....	405
4. Efectos jurídicos de los recursos .....	407
4.1 Efecto devolutivo .....	408
Efecto suspensivo .....	408
4.2 Efecto extensivo .....	409
4.3 Efecto diferido .....	410
III. EL SISTEMA DE RECURSOS	
EN EL CÓDIGO PROCESAL DE 2004 .....	410
1. Recurso de reposición (artículo 415 al 419 del CPP).....	410
2. Recurso de apelación (artículo 420 al 426 del CPP).....	411
2.1 Tramitación del recurso de apelación	
contra autos (artículo 420 del CPP).....	415

	<b>Pág.</b>
2.2 Trámite del recurso de apelación contra sentencia (artículo 421 al 426 del CPP) .....	416
3. Recurso de casación (artículo 427 al 436 del CPP) .....	419
3.1 Concepto y características .....	419
3.2 Casación y prueba .....	421
3.3 Fines de la casación .....	424
3.4 Material casable e interés casacional.....	427
3.5 Presupuestos de la casación y la denominada voluntad impugnativa.....	429
3.5.1 Presupuestos objetivos.....	429
3.5.2 Presupuestos subjetivos.....	430
3.5.3 Presupuestos formales .....	430
3.5.4 Fundamentación y voluntad impugnativa .....	430
3.6 Causales (artículo 429 del CPP) .....	436
3.6.1 Casación constitucional (Inciso 1) .....	436
3.6.2 Casación procesal (inciso 2) .....	437
3.6.3 Casación material o sustantiva (inciso 3).....	437
3.6.4 Casación por error in cogitando (inciso 4).....	438
3.6.5 Casación jurisprudencial (inciso 5).....	438
3.7 Trámite del recurso de casación .....	438
3.7.1 Fase de interposición .....	438
3.7.2 Calificación superior .....	439
3.7.2 Competencia de la sala casatoria (artículo 432 al 435 del CPP).....	439
3.8 Irrecurribilidad de la sentencia casatoria (artículo 436 del CPP) .....	440
3.9 Corolario.....	441
4. Recurso de Queja.....	442
4.1 Concepto .....	442
4.2 Materia quejable .....	443
4.3 Trámite del recurso de queja .....	443

**LA PRUEBA INDICIARIA EN EL PERÚ.  
NOTAS SOBRE SU APLICACIÓN PENAL  
Y ADMINISTRATIVO SANCIONADORA**

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

I. INTRODUCCIÓN.....	445
II. BASE LEGAL .....	447
III. ELEMENTOS DE LA PRUEBA INDICIARIA.....	449

	<b>Pág.</b>
1. El indicio o hecho base .....	450
2. El hecho presumido, hecho consecuencia o conclusión .....	452
3. El nexa o relación causal.....	453
IV. LOS INDICIOS CONTINGENTES.....	453
1. Pluralidad de indicios .....	454
2. Concordancia de indicios.....	454
3. Convergencia de indicios.....	455
4. Ausencia de contraindicios .....	455
V. EL INDICIO DE FALSA JUSTIFICACIÓN.....	456
VI. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA. LA TRASCENDENCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE INDICIOS DÉBILES E INDICIOS FUERTES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PROBABILIDAD EN LA INFERENCIA.....	459
VII. TRASCENDENCIA DE LA INFERENCIA Y DE LA MOTIVACIÓN DEL PROCESO .....	461

**LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN  
DE CONFLICTOS EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL  
COSTARRICENSE. ORIGEN Y APLICACIÓN**

MARIO A. HOUED VEGA

INTRODUCCIÓN.....	466
I. ASPECTOS GENERALES .....	469
A. La solución del conflicto como fin primordial del sistema punitivo.....	469
B. Derecho y cambio socio-jurídico.....	471
C. Importancia e impacto de los mecanismos alternativos .....	471
II. MECANISMOS O PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS EN GENERAL .....	474
A. Concepto .....	474
B. Los mecanismos alternativos en particular .....	479
1. El principio de oportunidad reglado .....	482
a) Concepto y contenido .....	483
b) Fundamentos.....	486
c) Críticas .....	488
d) Ámbito de aplicación y efectos .....	489
2. La llamada “justicia restaurativa”.....	491
a) Concepto, origen y contenido .....	493
b) Conversión de la acción pública en acción privada .....	497



	<b>Pág.</b>
3. El fenómeno de “desjudialización” .....	500
a) Concepto y contenido .....	500
b) Conciliación y mediación.....	502
c) La suspensión condicional del procedimiento a prueba. ....	509
4. El procedimiento abreviado <sup>103</sup> .....	520
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	526
BIBLIOGRAFÍA GENERAL .....	527
Revistas.....	532
Documentos electrónicos .....	534

**EL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINARSE.  
CONTENIDO ESENCIAL Y PROBLEMAS  
PRÁCTICOS FUNDAMENTALES**

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

CARMEN ELENA RUIZ BALTAZAR

INTRODUCCIÓN.....	537
I. TRATAMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE .....	538
II. FUNDAMENTO DEL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA.....	542
III. CONTENIDO DEL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE Y VÍNCULOS CON EL DERECHO DE DEFENSA.....	543
IV. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA VINCULACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA CON EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE: LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO COMO MEDIO DE DEFENSA .....	545
V. FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE: LA LECTURA DE DERECHOS DEL IMPUTADO .....	549
VI. ¿TIENE EL IMPUTADO DERECHO A MENTIR? .....	551
VII. ÁMBITO DE COBERTURA Y SUJETOS PROTEGIDOS POR EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE .....	554
VIII. LA VALORACIÓN DEL SILENCIO COMO INDICIO DE RESPONSABILIDAD PENAL VULNERA EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE .....	557

	<b>Pág.</b>
IX. LA UTILIZACIÓN DE LA FALSA JUSTIFICACIÓN COMO INDICIO DE RESPONSABILIDAD PENAL VULNERA EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE.....	561
X. DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE Y OBTENCIÓN COMPULSIVA DE LA DECLARACIÓN AUTOINCULPATORIA .....	565
XI. EL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN, INTERVENCIONES CORPORALES Y MEDIOS DE PRUEBA DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	566
XII. DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE Y LAS GENERALES DE LEY .....	570
XIII. DERECHO A CONOCER LOS CARGOS Y EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE DECLARACIÓN.....	570
XIV. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN Y LA TERMINACIÓN ANTICIPADA.....	571
XV. EL DEBER PROCESAL DEL IMPUTADO DE COMPARECER ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL ..	572
XVI. CONCLUSIÓN .....	572

## PRESENTACIÓN

*El Proceso Penal en Iberoamérica. Visiones comparadas*, es una obra surgida de las preocupaciones intelectuales de un grupo de estudiosos, y también practicantes, del Derecho Penal y Procesal Penal de diversas partes del orbe y con diversas orientaciones científicas respecto al tratamiento de la ciencia integral del Derecho Penal.

Esta preocupación no resulta baladí si advertimos que los procesos de implementación del sistema procesal penal acusatorio adversarial en nuestro margen comenzaron de 1991 a 1998 (Argentina), 1998 (Guatemala, Costa Rica y El Salvador), 1999 (Venezuela), 2000 (Chile y Paraguay), 2001 (Bolivia, Ecuador y Nicaragua), 2002 (Honduras), 2004 (República Dominicana), 2005 (Colombia), 2006 (Perú), y en el año 2008 (México), teniendo como modelos principales o guías el alemán, español, canadiense, italiano y estadounidense, con sus respectivas tropicalizaciones.

Estas reformas e implementación han ido íntimamente ligadas a sendas reformas en materia de derechos humanos, que han tornado en un proceso penal propio de un Estado Democrático de Derecho, con una alta exigencia de optimización de los mandatos de protección a dichos derechos y sus garantías, por parte de los operadores jurídicos.

Los temas, unidos por la intención de los autores de dar respuesta a las altas y actuales discusiones al respecto, nos han llevado a ofrecer esta obra de carácter informativo respecto al sistema procesal que se ha venido gestionando en cada uno de los países de quienes participamos en esta obra, que cabe decir, es como pocas por su magnitud, permitiéndonos con ello conocer, aprender y construir el modelo procesal más adecuado a las exigencias y necesidades de cada uno de nuestros países.

Una sana consecuencia puedo advertir en esta obra, en esta época de grandes cambios, y es que podemos darnos cuenta en su lectura de que es lo mínimo indispensable para saber que estamos cercanos a lograr los objetivos planteados por nuestros sistemas penales y lograr ese fin último y anhelado llamado justicia.

Como toda postura de carácter político, ¡¡¡por supuesto que el Derecho Penal es una decisión de carácter político!!! El Derecho Penal y Procesal pe-

nal se ubican en la delgada línea que confronta al Derecho Penal mínimo y las tendencias McDonalizadoras, a la legalidad contra la seguridad, a un paradigma suspensor frente a uno resolutor de conflictos surgidos a raíz del drama penal, etc.

Respecto a la calidad de los participantes en esta obra considero innecesario referirme ya que todos y cada uno de ellos son de sobra conocidos y reconocidos, basta decir que participan expertos de Nicaragua, Perú, Chile, Alemania, Italia, España, Costa Rica, Venezuela, Argentina y México.

Especial mención queremos hacer a los estimados colegas y amigos, el Dr. LUIS MIGUEL REYNA ALFARO sin cuyo impulso y conocida inquietud científica esta obra no se hubiese podido generar, así como al Dr. SERGIO CUAREZMA TERÁN, bajo cuyos esfuerzos, también sale a la luz esta edición mexicana, considerando un honor inmerecido coordinar de manera conjunta esta obra con ellos.

Igualmente debemos agradecer la autorización para hacer posible la publicación de esta edición mexicana a la distinguida editorial Instituto Pacífico de Perú, así como la comprometida colaboración del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (Perú), del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (Nicaragua), así como de Flores Editor y Distribuidor en México.

ALFREDO RENÉ URIBE MANRÍQUEZ

Pachuca de Soto, Hidalgo, México

# EL PROCESO PENAL ¿ACUSATORIO? ¿ADVERSARIAL?\*

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO\*\*

**SUMARIO:** 1. ¿Qué es acusatorio y qué es adversarial? 2. Igualdad de armas. 3. Los mecanismos de equilibrio procesal. 4. El modelo acusatorio en las reformas del proceso penal en Latinoamérica. 5. La tendencia a la *fast justice* y la *mcdonalización* de la justicia penal.

## 1. ¿QUÉ ES ACUSATORIO Y QUÉ ES ADVERSARIAL?

La influencia de los contenidos del proceso penal norteamericano en las reformas legislativas en nuestra región —aunque no sólo en aquella— hacen que hoy más que nunca sean válidas las expresiones del catedrático muniqués BERND SCHÜNEMANN cuando alude a la *marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo*.<sup>1</sup>

Precisamente esta circunstancia es la que hace común que en los procesos de reforma procesal penal se suela recurrir a la expresión *ad-*

---

\* Este texto comprende parte de la intervención del autor en el Congreso sobre “Aspectos Fundamentales de la Justicia Penal en América Latina en el Siglo XXI”, organizado por la Corte Suprema de Justicia de Panamá, la Escuela Judicial del Órgano de Panamá y el INEJ, en Panamá el 24 y 25 de noviembre de 2014, y reproducidas en parte en el Seminario “Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal Penal” organizado por la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada Antenor Orrego y el CEDPE, en Trujillo el 28 de noviembre de 2014. Su origen explica las referencias al *Código Procesal Penal de Panamá* del 2008.

\*\* Abogado director de Caro & Asociados. Doctorando de Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Granada (España). Experto Universitario de Criminología por la UNED (España).

1 SCHÜNEMANN, BERND. “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?”, traducción de SILVINA BACIGALUPO y LOURDES BAZA, en: El mismo. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del Milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 288 y ss.

*versarial* para identificar a los nuevos modelos procesales incorporados a nuestros países o, al menos, a ciertos rasgos de aquéllos.

Sin embargo, es también apreciar que existe una utilización poco meditada de la expresión que, por cierto, se realiza con un conocimiento poco profundo del sentido y características de un modelo procesal penal adversarial.

Como señalan FLETCHER & SHEPPARD, que estemos frente a un modelo inquisitivo, acusatorio o adversarial dependerá del modo en que las funciones propias de un proceso son distribuidas (las de obtención de la evidencia y presentación en juicio, acusación, juzgamiento e individualización de la pena).<sup>2</sup>

En un sistema inquisitorial —que, a decir de los mencionados autores norteamericanos, es el modelo más fácil de definir— las tres funciones se unifican en la persona del juez. Un solo funcionario público se encuentra a cargo de la obtención de la evidencia y de presentarla a juicio, de acusar al imputado y de decidir si éste es culpable o inocente.<sup>3</sup> La crítica, reconocida de modo general a este modelo procesal, son los efectos que esta acumulación de funciones generaría sobre la garantía de la imparcial del juzgamiento a favor del imputado en la medida que la asunción de la función de obtención de evidencia y formulación de la acusación en una sola persona le condicionaría a favor de una declaración de culpabilidad.

El sistema adversarial parte del presupuesto de la marcada distribución de las funciones antes acotadas: la policía, los fiscales y los abogados investigan (en un contexto de *igualdad de armas*), el gran jurado —*grand jury*— acusa a partir de una recomendación de la fiscalía y luego de la presentación de la evidencia en juicio por parte de la fiscalía y los abogados, el jurado decide por la inocencia o responsabilidad del acusado. El juez tendría, a partir de la identificación de responsabilidad del acusado por el jurado, que individualizar la pena.<sup>4</sup>

---

2 FLETCHER, GEORGE P. & SHEPPARD, STEVE. *American Law in a global context*, Oxford University Press, New York, 2005, pp. 531-532.

3 FLETCHER, GEORGE P. & SHEPPARD, STEVE. Ob. cit., p. 531.

4 FLETCHER, GEORGE P. & SHEPPARD, STEVE. Ob. cit., p. 532. Similar CARRÍO, ALEJANDRO. *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos. Análisis comparativo en función de una reforma procesal*, Eudeba, 1990, p. 45.

El modelo acusatorio propone una visión algo distinta del proceso penal y del modo en que se distribuyen las funciones de obtención y presentación de la evidencia, acusación, determinación de la responsabilidad penal e individualización de la pena. La fiscalía se encuentra a cargo de la formulación de cargos contra el imputado, los abogados —incluyendo al acusador— presentan la evidencia, a partir de la cual el juez decide la responsabilidad o inocencia del imputado<sup>5</sup> determinando la pena aplicable.

Entre ambos sistemas —adversarial y acusatorio— existen también diferencias en torno al modo en que se articulan los *controles y balances* entre los diversos actores del proceso penal (esencialmente el juez). En un sistema acusatorio el poder que tiene el juez para controlar la actuación del Ministerio Público y las partes viene limitado por los contenidos de la Constitución y la ley.<sup>6</sup>

Aunque para algunos autores —como FLETCHER & SHEPPARD—<sup>7</sup> el modelo acusatorio constituye una especie de modelo intermedio entre el inquisitivo y el adversarial en la medida que el juez mantiene el poder de decidir la responsabilidad penal del imputado, como ocurre también en el modelo inquisitivo, dicho rasgo no constituye un dato suficientemente sólido como para proponer dicha relación.

Y esto es evidente a partir de un dato reconocido por los propios FLETCHER & SHEPPARD: la adopción de un determinado modelo procesal guarda relación directa con el modelo estatal y el inquisitivo, es propio de regímenes monárquicos, no democráticos.<sup>8</sup> El sistema acusatorio, por su parte, tiene un punto de partida completamente distinto más cercano al que es propio de los sistemas adversariales.

Esta cercanía entre el modelo adversarial y el acusatorio se aprecia con nitidez en ciertos aspectos específicos. Uno de ellos es la posición del fiscal.<sup>9</sup> En la medida que el fiscal es considerado en ambos modelos como una parte procesal más sobre la que recae la carga de la prueba, es exigible que su actuación sea neutral (principios de imparcialidad) y objetiva (principio de objetividad). Esto determina que el fiscal tenga la obligación de revelar evidencia exculpatoria a la defensa del imputado.

5 FLETCHER, GEORGE P. & SHEPPARD, STEVE. Ob. cit., p. 532.

6 FLETCHER, GEORGE P. & SHEPPARD, STEVE. Ob. cit., p. 533.

7 FLETCHER, GEORGE P. & SHEPPARD, STEVE. Ob. cit., p. 531.

8 FLETCHER, GEORGE P. & SHEPPARD, STEVE. Ob. cit., p. 532.

9 FLETCHER, GEORGE P. & SHEPPARD, STEVE. Ob. cit., p. 533.

Analizando el modo en que se encuentra estructurada esa división de funciones en el modelo procesal penal panameño, es notorio que se asume un modelo acusatorio con ciertos rasgos adversariales.

En efecto, el artículo 5o. del CPPa es enfático al señalar que: “Las funciones de investigación están separadas de la función jurisdiccional. Corresponderá exclusivamente al Ministerio Público la dirección de la investigación.” Por su parte, el artículo 4o. del CPPa señala que: “La potestad de juzgar y aplicar la pena o medida de seguridad corresponde únicamente a jueces y tribunales previamente instituidos.” Esta distinción de funciones entre fiscal y juez, propia del sistema acusatorio, va acompañada de una serie de rasgos consustanciales al modelo adversarial, entre los que destaca el de la igualdad de armas, reconocido por el artículo 19o. del CPPa.

## 2. IGUALDAD DE ARMAS

Este artículo reconoce que:

“Se garantiza la intervención de las partes con igualdad de posibilidades de ejercer las facultades y los derechos previstos en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá y en este código. Los jueces preservan el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten. No deben mantener ninguna clase de comunicación con las partes o sus abogados sobre los asuntos sometidos a su conocimiento sin dar previo aviso a todas ellas.”

Obsérvese cómo es que el CPPa hace referencia a la “igualdad de posibilidades” y no, de modo más genérico, a la igualdad de partes. Es que la idea de la igualdad de armas tiene como presupuesto la existencia de una relación de desigualdad sustancial entre el órgano acusador y los otros sujetos procesales y que tiene ciertas manifestaciones a mencionar.

En efecto, el acusador, sobre quien recae la *carga de acreditar* los hechos objeto de la acusación (artículo 72o. CPPa) y para ello no sólo puede contar con la infraestructura y logística conferida por el Estado en tanto parte del servicio público de administración de justicia (artículo 76o. del CPPa que confiere la facultad de delegar la realización de actos de



investigación), sino que puede con el apoyo de entidades públicas y privadas que, conforme a los artículos 75o. y 277o. del CPPa, están “obligadas” a colaborar con el Ministerio Público que cuenta, además con poderes coercitivos.

Estas, por llamarlo de algún modo, fortalezas del Ministerio Público se compensan a través de ciertas garantías y principios reconocidos a favor del imputado. Entre éstas destacan las garantías de la imparcialidad-objetividad de la actuación fiscal, el principio de presunción de inocencia y el derecho de defensa.

### **3. LOS MECANISMOS DE EQUILIBRIO PROCESAL**

#### **a) La imparcialidad-objetividad de la actuación fiscal**

En un modelo acusatorio propio de los sistemas europeo-continenciales en los que los funcionarios públicos —los jueces y fiscales en este caso— se encuentran sometidos a la Constitución y a la ley —principio de sujeción a la ley— se exige que el órgano encargado de la persecución del delito (en este caso el Ministerio Público) respete el estatus de inocencia que corresponde a toda persona (artículo 8o. CPPa) y ello supone que en la investigación del delito actúe imparcialmente.

Esta exigencia se encuentra reconocida en el artículo 24o. del CPPa que establece que: “Es obligatorio investigar lo desfavorable y lo favorable a los intereses del imputado y demás intervinientes en el proceso”, y el artículo 70o. del mismo estatuto legal:

“Los fiscales, así como las instituciones auxiliares de apoyo a la investigación, adecuarán su actuación a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley penal. Los requerimientos y solicitudes deberán ser conforme a este criterio, aun a favor del imputado, y tomar en consideración las necesidades y derechos constituidos a favor de la víctima. Los agentes del Ministerio Público no podrán ocultar información, evidencias o pruebas a la defensa.”

Es necesario advertir una cuestión medular —en la medida que tiene efectos en torno a la percepción que tienen los fiscales respecto al modo en que deben desarrollar sus funciones— que es la de si los fiscales tienen

el deber de actuar imparcialmente. La respuesta a esta cuestión dependerá de la oportunidad procesal en que intervenga el fiscal.

*Durante la investigación del delito* —antes de la acusación fiscal— *el fiscal deberá actuar imparcialmente*. Sólo a través de una actuación imparcial podrá el fiscal otorgar al investigado un trato de inocente. Es precisamente en virtud a dicho principio que el CPPa impone la obligación del fiscal de investigar *lo desfavorable y lo favorable* a los intereses de los sujetos procesales y esa circunstancia es la que determina también que se imponga el deber de *disclosure* o revelación de información, evidencia o pruebas a favor de la defensa. Sólo a través del principio de imparcialidad en sede fiscal se garantiza una investigación del delito libre de prejuicios o prejuzgamientos.

Y esto, en mi opinión, no es una cuestión de mera semántica. La idea de la objetividad resulta insuficiente durante la fase de investigación del delito en la medida que habilita las estrategias de persecución del delito diseñadas por el Ministerio Público se construyan a partir del presupuesto de la existencia de un delito y la responsabilidad del investigado. Este tipo de diseños estratégicos se fortalecen en contextos en los que la estadística y las cifras (número de condenas) son el dato revelador de la eficiencia.

Esta lógica de la imparcialidad será además importante en el análisis de la evidencia que llevará al fiscal a la convicción de que existen fundamentos para presentar acusación contra el investigado. La lógica de la imparcialidad se manifiesta con claridad en el análisis de la prueba indiciaria, con especial referencia a los denominados *indicios contingentes*.

## **b) Presunción de inocencia**

El principio de presunción de inocencia impone una serie de cargas al órgano acusador que contribuyen a la estabilización de la relación entre las partes procesales. La carga de la prueba de la responsabilidad penal impuesta al órgano acusador y el estándar probatorio correspondiente a la idea de que la acreditación de la responsabilidad penal de la persona debe producirse *más allá de toda duda razonable* (artículo II.2 del Título Preliminar del CPPe) permiten equilibrar la posición del fiscal con la del imputado.

### c) El derecho de defensa

El derecho de defensa en sus diversas manifestaciones son las herramientas con las que cuenta el imputado y su defensa no sólo para hacer frente a las pretensiones del órgano acusador, sino para construir las alegaciones que formulará para refutar los cargos que plantee el Ministerio Público. En esta línea, resulta fundamental el derecho a probar en la medida que no sólo permite la construcción de la propia teoría del caso sino que habilita el control de la actividad probatoria desarrollada con el afán de acreditar la responsabilidad del imputado.

## 4. EL MODELO ACUSATORIO EN LAS REFORMAS DEL PROCESO PENAL EN LATINOAMÉRICA

La comprensión del modelo procesal peruano no será exacta si no se le ubica *en perspectiva*. El inicio del siglo XXI parece marcar el derrotero de las reformas procesales penales en Latinoamérica. Ya ha señalado MÁXIMO LANGER que: “En los últimos 15 años, 14 países latinoamericanos y un número sustancial de provincias han introducido nuevos códigos procesales penales.”<sup>10</sup> En efecto, desde 1991 en que se produjeron ligeros cambios en el sistema federal argentino, para posteriormente operarse reformas procesales en Guatemala (1994), Costa Rica y El Salvador (1998), Venezuela (1999), Chile y Paraguay (2000), Bolivia, Ecuador y Nicaragua (2001), Honduras (2002), Perú y República Dominicana (2004), Colombia (2005), Panamá (2008) se viene apreciando toda una ola reformista que aún no cesa.<sup>11</sup> Estas reformas procesales mantienen ciertos rasgos comunes que tienen como elemento de referencia el cambio del modelo inquisitivo al acusatorio, lo que se manifiesta en diversas consecuencias prácticas.<sup>12</sup>

Entre las consecuencias prácticas del cambio de modelo procesal destacan:

- 
- 10 LANGER, MÁXIMO. “Revolution in Latin American Criminal Procedure: diffusion of legal ideas from the periphery”, en: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 55, 2007, p. 618.
  - 11 VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE. “La nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica”, en: *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 3, Flacso-Ecuador, Quito, 2008, p. 34.
  - 12 REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL. *El proceso penal aplicado conforme al Código Procesal Penal de 2004*, 2a. ed., Grijley, Lima, 2011, pp. 25-28.

- i. La redistribución de las funciones de investigación que en el modelo acusatorio son asumidas por el Ministerio Público, restringiendo al juez, tercero imparcial en la dinámica acusatoria, las funciones de control de la legalidad de los actos del acusador y de juzgamiento; y
- ii. El fortalecimiento de los derechos procesales del imputado y la víctima del delito.

Sin dejar de reconocer que los códigos procesales penales de la región asumen consistentemente el modelo acusatorio, no puede desconocerse la filtración de variados rasgos adversariales, orientados a reconocer al proceso penal como un espacio de enfrentamiento igualitario, justo, entre las partes procesales.<sup>13</sup>

Este cambio de modelo procesal ha ido acompañado de la incorporación de una serie de institutos procesales orientados a lograr la solución del conflicto penal sin recurrir al juicio oral, en el afán de encontrar una respuesta más rápida que se refleje no sólo en la obtención de tutela eficaz por parte del imputado y la víctima sino también en los niveles de legitimidad del sistema judicial que ve ostensiblemente reducida su carga procesal.

Sin embargo, la introducción de modificaciones normativas sin la adopción de medidas complementarias, orientadas a la gestión adecuada del servicio de administración de justicia penal por parte de sus operadores, no asegura la pretendida legitimación del sistema de justicia penal. De allí que los procesos de reforma de la justicia penal en Latinoamérica hayan discurrido por estos dos senderos —el de transformación normativa y el de transformación en la gestión judicial— que JUAN ENRIQUE VARGAS denomina respectivamente *primera y segunda generación* de la reforma.<sup>14</sup>

## 5. LA TENDENCIA A LA *FAST JUSTICE* Y LA *MCDONALIZACIÓN* DE LA JUSTICIA PENAL

Las fórmulas de aceleramiento procesal se enmarcan bajo lo que SILVA SÁNCHEZ denomina “gerencialismo”,<sup>15</sup> en virtud del cual, frente a la esca-

13 Con mayor detalle: REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL. *Litigación oral y técnicas de persuasión aplicadas al Código Procesal Penal*, 2a. ed., Jurista, Lima, 2010, pp. 40-43.

14 VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE. Ob. cit., p. 35.

sez de recursos económicos suficientes para la instrumentalización de un sistema de administración de justicia penal célere, se busca gestionar adecuadamente los escasos recursos existentes a través de una reducción de los términos de duración del proceso penal,<sup>16</sup> encontrando salidas alternativas al mismo. En ese contexto, las fórmulas tendentes a la simplificación y el aceleramiento del proceso penal cobran especial significación.<sup>17</sup>

A estas necesidades de gestión adecuada de recursos se suma el clamor constante, derivado de la comprensión del proceso penal como *instrumento de realización de los derechos fundamentales*, de tutela jurisdiccional efectiva y de no afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En efecto, por el lado de la víctima, quien realmente se haya tras la lesión del bien jurídico, tenemos que la dilación excesiva en la resolución de un caso penal por parte del sistema de administración de justicia penal puede afectar su derecho a una tutela jurisdiccional efectiva. Si la tutela jurisdiccional demora en llegar, deja —como es lógico— de ser efectiva. Por el lado del ofensor, debe reconocerse que las cargas y aficciones propias de verse involucrado en un proceso penal son difíciles de soportar para el imputado; en ese contexto, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y dentro de un plazo razonable cobra especial importancia.

Se produce así una constante tendencia legislativa a favor de considerar e importar a nuestros países las instituciones procesales provenientes del Derecho Norteamericano, lo que ha dado lugar —parafraseando a SCHÜNEMANN— a una suerte de “marcha triunfal del procedimiento norteamericano”.<sup>18</sup>

Extrañamente, no obstante que las formas y métodos procedimentales utilizados por la justicia penal norteamericana son continuamente

15 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2a. ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 74.

16 ALBRECHT, HANS JÖRG. “Settlements out of courts: a comparative study of european criminal justice systems”, en: *Research Paper*, No. 19, South African Law Commission, Pretoria, s/f, p. 08.

17 En sentido crítico: CUAREZMA TERÁN, SERGIO. *La naturaleza de la reforma de la justicia penal y la inconstitucionalidad del Código Procesal Penal*, Manu, Managua, 2004, pp. 30-31.

18 SCHÜNEMANN, BERND. *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?*, p. 288 y ss.

recusados por la doctrina de los países continentales, a nivel legislativo se vienen imponiendo las fórmulas propias del Derecho Norteamericano, como parte de una suerte de globalización y expansión de la justicia penal,<sup>19</sup> lo que se viene manifestando en las reformas legislativas latinoamericanas en el ámbito del proceso penal.

La justicia penal norteamericana, conforme ha destacado el autor costarricense JUAN RIVERO SÁNCHEZ,<sup>20</sup> ha venido recurriendo a la fórmula de los restaurantes de comida rápida en una suerte de “mcdonalización de la justicia penal”. Este proceso de mcdonalización, en realidad es una derivación de la *teoría weberiana de la racionalización*, se desarrolla en cuatro niveles: eficacia, cálculo, previsibilidad y control.

- En el primer nivel, de *eficacia*, se plantea una variación del estado de las cosas: se pasa de un estado de necesidad a un estado de satisfacción de la necesidad.
- En el segundo nivel, de *cálculo*, se parte de una suerte de equiparación entre los ámbitos cuantitativos y cualitativos: cantidad y calidad son lo mismo, lo que —como es lógico— supone la exigencia de la prestación del servicio en el menor tiempo posible.
- El tercer nivel es el de la *previsibilidad*: en un sistema mcdonalizado, la gente sabe qué esperar, no tendrá sorpresas. Finalmente, en el nivel de control se prevé la obligación de respetar las normas y pautas preestablecidas.

En este contexto es que las fórmulas de justicia negociada se expanden dentro de las reformas procesales penales de la región, dentro del propósito general de gestión y distribución adecuada de los problemas sociales vinculados a la criminalidad,<sup>21</sup> en donde el propósito principal no es más la realización de la justicia y la obtención de la verdad, sino la “solución” pronta del conflicto.

19 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. Ob. cit., p. 76; TOCORA, FERNANDO, “La reforma procesal penal en América Latina”, en: *Capítulo Criminológico*, No. 33-4, Caracas, 2005, p. 448.

20 RIVERO SÁNCHEZ, JUAN, *Episteme y Derecho. Una exploración jurídico penal*, Comares, Granada, 2004, pp. 208 ss.

21 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. Ob. cit., pp. 74-75.

# EL PROCESO PENAL EN LOS SISTEMAS DEL *COMMON LAW* Y *CIVIL LAW*: LOS MODELOS ACUSATORIO E INQUISITIVO EN PLENO SIGLO XXI

MAR JIMENO BULNES\*

*Si fuera inocente preferiría ser juzgado con un tribunal civil pero si fuera culpable preferiría un tribunal del Common Law*<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Contexto histórico: ¿dos o tres modelos de proceso penal?: 2.1. Acusatorio; 2.2. Inquisitivo; 2.3. Mixto. 3. Cuestiones terminológicas y características esenciales: ¿proceso penal acusatorio y/o adversarial? 4. Influencia mutua entre el proceso penal angloamericano y el europeo continental: 4.1. Fase de instrucción; 4.2. Juicio oral. 5. A modo de conclusión.

---

\* Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Burgos (España). El presente trabajo resulta de la investigación realizada con motivo del disfrute de un permiso sabático en calidad de *Visiting Professor of Law* en el Chicago-Kent College of Law durante el año académico 2011-2012 financiada por el Ministerio de Educación (Ref. PR2011-0348) y la Junta de Castilla y León. Una primera versión se presentó en la universidad anfitriona bajo este mismo título dentro del programa Spring Seminars el 10 de abril de 2012; desde aquí mi reconocimiento a los profesores JOAN STEINMAN, CAROLYN SAPHIRO, CÉSAR ROSADO, FELICE BATLAN, MARSHA ROSS-JACKSON, RICHARD WRIGHT y SANFORD GREENBERG por sus comentarios vertidos en el mismo. También mi especial agradecimiento a los profesores SARAH HARDING por sus sugerencias, DAVID GERBER y NANCY S. MARDER por su estímulo, SUSAN ADAMS por su ayuda así como al abogado penalista STEVEN W. BECKER por su apoyo incondicional. Finalmente pero no menos importante, mi gratitud a STEPHANIE CRAWFORD y SCOTT VANDERBILT por su asistencia en la biblioteca de la universidad anfitriona así como a LUISA ALONSO por su trabajo de traducción del borrador original en inglés.

<sup>1</sup> MERRYMAN, J.H. y PÉREZ PERDOMO, R., *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of western Europe and Latin America*, 3a. ed., Stanford University Press, Standford, Cal., 2007, p. 127 (traducción libre).

## 1. INTRODUCCIÓN

Históricamente y desde una perspectiva global puede decirse que coexisten dos sistemas o “tradiciones” legales,<sup>2</sup> al menos en el marco europeo y norteamericano donde esta investigación se encuadra: el Derecho Común (*Common Law*) angloamericano y el Derecho Civil romano-alemán. Igualmente cabe afirmar que ambos sistemas han evolucionado a lo que hoy en día se conoce como sistemas procesales penales acusatorio e inquisitivo.<sup>3</sup> Así, mientras el sistema del Derecho Civil se centra en la persona, con base en el Derecho Romano tradicional, el sistema del *Common Law* se centra en el enjuiciamiento o, en sentido literal, resolución judicial (*adjudication*), teniendo este último su origen a raíz de la conquista normanda de Inglaterra. Por otra parte e históricamente, el Derecho escrito dio en su día lugar a un tipo de proceso “inquisitivo”, cuyo término conllevaba ya entonces un inevitable matiz peyorativo<sup>4</sup> tanto para los juristas como

2 Sobre el concepto de sistema y/o tradición legal, por todos aquí y ahora, GLENDON, M.A., GORDON, M.W. y CAROZZA, P.G. *Comparative legal traditions*, 2a. ed., West Group, Saint Paul, Minn., 1999, esp. p. 13. En relación con otros sistemas o tradiciones legales como la asiática, hindú, islámica o talmúdica puede consultarse en general GLENN, H.P. *Legal traditions of the world: sustainable diversity in Law*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford y New York, 2004. Aun hoy día se discute el número exacto de tradiciones legales que existen en el mundo; así, REICHEL, P.L. *Comparative criminal justice systems. A topical approach*, 4a. ed., Prentice Hall, New York 2008, esp. pp. 104-105. En relación concreta con el proceso penal véase DAMMER, H.R. y FAIRCHILD, E. *Comparative criminal justice systems*, 3a. ed., Wadsworth Publishing, Belmont, Cal., 2005; COLE, G.F., FRANKOWSKI, S.J. y MARK, G.G. (eds.). *Comparative criminal justice systems*, 2a. ed., Sage Publications, Thousand Oaks, Cal., 1987; BRADLEY, C.M. (ed.). *Criminal procedure: a worldwide study*, Carolina Academic Press, Durham 2007. Así también, desde la perspectiva europea, VOGLER, R. *A world view of criminal justice*, Ashgate, Farnham y Burlington, Ver., 2006; en España entre la literatura más reciente, ARMENTA DEU, T. *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

3 Aunque ha sido propuesta la diferencia entre sendas nociones de “proceso” y “sistema” en relación con la justicia penal para la presente investigación ambos términos serán utilizados de forma equivalente; en todo caso, sobre esta diferencia conceptual véase KRATCOSKI, P.C. y Walker, D. *Criminal justice in America: process and issues*, 2a. ed., Random House, New York, 1984, esp. pp. 10-11.

4 Entre la literatura, aquí y ahora, BLASCO SOTO, M.C. “El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo”, en: *Documentos penales y criminológicos* 2001, vol. 1, pp. 443-470, esp. 1a. pág. Así también, de forma muy gráfica, MARTÍN OSTOS, J.S. “Reflexiones sobre la justicia penal en España”, *Justicia* 2012, No. 2, pp. 25-66, para quien “el proceso inquisitivo... representa el pasado, la decadencia y el oscu-



los no juristas dada su preferencia por el proceso “acusatorio”, un término usado en Europa continental y en cualquier otro lugar, para referirse al proceso penal de carácter oral anclado en el sistema del *Common Law* desarrollado en Inglaterra.<sup>5</sup>

Desde luego, esta variedad de tradiciones legales y sus raíces históricas provocaron importantes diferencias desde el punto de vista procesal, las cuales aún persisten de forma notable en el campo de la justicia penal entre los Estados Unidos y el Reino Unido por una parte y los países de la Europa continental y Latinoamérica por otra.<sup>6</sup> A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del proceso civil (o al menos en mucha mayor medida), precisamente una particularidad del proceso penal es su frecuente politización,<sup>7</sup> hasta el punto de llegar a la alienación de los distintos modelos

---

rantismo, unido al autoritarismo más trasnochado” (p. 28). Desde una perspectiva muy crítica a la que más adelante se hará referencia, MONTERO AROCA, J. “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, en: El mismo. *Ensayos de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 581-600, entendiéndose que “el denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no es, un verdadero proceso” (p. 586).

- 5 Vid. GLENN. Ob. cit., esp. pp. 125 y 232. Por este motivo dicho autor propone el empleo de la denominación de proceso penal “investigativo” y proceso penal “adversarial” como expresiones no peyorativas.
- 6 Diferencias que, sin duda, también persisten para el proceso civil; para una visión general, GERBER, D.J. “Comparing procedural systems: towards an analytical Framework”, en J.A.R. Nafziger y S.C. Symeonides (eds.). *Law and justice in a multistate world: essays in honor of Arthur T. Von Mehren*, Transnational Publishers, New York, 2002, pp. 665-674. El presente trabajo se circunscribe a la comparación entre el proceso penal estadounidense y el europeo; en relación, por ejemplo, con Latinoamérica, entre otros MERRYMAN & PÉREZ PERDOMO. Ob. cit., así como HENDLER, E.E. *Sistemas procesales comparados*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999 y muy especialmente LANGER, M. “Revolution in Latin American criminal procedure: diffusion of legal ideas from the periphery”, en: *American Journal of Comparative Law* 2007, vol. 55, pp. 617-676. Entre la literatura española un ejemplo se expone por GÓMEZ COLOMER, J.L. “Sistema acusatorio puro y reforma procesal penal: el ejemplo de Nicaragua”, en: J.L. GÓMEZ COLOMER y J.L. González Cussac (coords.). *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 339-398.
- 7 De esta opinión KAGAN, R. *Adversarial legalism: the American way of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. & London, 2001, esp. pp. 80-81. Este autor es muy crítico con lo que él llama “legalismo adversarial americano” predominante en la justicia penal (vid. pp. 61 y ss). Otro ejemplo de politización del Derecho Penal en relación con la política presupuestaria se presenta en FAN, M.D. “Beyond budget-cut criminal justice: the future of Penal Law”, en: *North Carolina Law Review* 2012, vol. 90, pp. 581-653.

de justicia penal; así, de forma concreta, las características adversariales del modelo acusatorio<sup>8</sup> hacen percibir a este último como la mejor alternativa, dejando paso a una especie de dicotomía maniquea. Ello cuando hoy día puede afirmarse que no existe un proceso penal “puro” en estos momentos en el mundo, en la medida en que todos los diversos sistemas procesales penales son producto de la interrelación y combinación de las diferentes tradiciones legales, como resultado de la dinámica del Derecho Comparado *par excellence*.<sup>9</sup> Item más, podría afirmarse que los procesos penales hoy día vigentes en cada país están ahora convergiendo,<sup>10</sup> debido al contagio de otros modelos de proceso penal radicados en el mundo (en la práctica “transplantes legales”) todo ello en conjunto con la influencia específica propiciada desde el sistema legal estadounidense,<sup>11</sup> ésta es así

- 
- 8 De ahí el reconocimiento de la equivalencia entre sendas categorías de proceso penal acusatorio y adversarial. Vid. DAMASKA, M. “Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study”, en: *University of Pennsylvania Law Review* 1973, vol. 121, pp. 506-589, esp. p. 569.
- 9 Este es el punto de vista de THAMAN, S.C. “A comparative approach to teaching criminal procedure and its application to the post-investigative stage”, en: *Journal of Legal Education* 2006, vol. 56, pp. 459-476. En relación con el funcionamiento del Derecho Comparado en terminos generales véase GERBER, D.J. “System dynamics: Towards a language of Comparative Law”, en: *American Journal of Comparative Law* 1998, vol. 46, pp. 719-737; sobre sus peligros, FLETCHER, G.P. “Comparative Law as a subversive discipline”, en: *American Journal of Comparative Law* 1998, vol. 46, pp. 683-700; en relación con sus principios, ELLIS, J. “General principles and Comparative Law”, en: *European Journal of International Law* 2011, vol. 22, pp. 949-971.
- 10 Así JÖRG, N., FIELD, S. y BRANTS, C. “Are inquisitorial and adversarial systems converging?”, en: Ph. Fennell, Harding, C., Jörg, N. y Swart, B. (eds.). *Criminal justice in Europe: a comparative study*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 41-56. También en relación con esta idea de globalización procesal aún en relación con el proceso civil JOLOWICZ, J.A. “On the comparison of procedures”, en: J.A.R. Nafziger y S.C. Symeonides. Ob. cit., pp. 721-740.
- 11 En relación con las dos afirmaciones, LANGER, M. “From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure”, en: *Harvard International Law Review* 2004, vol. 45, pp. 1-64. También en referencia al llamado efecto trasplante de los sistemas legales desde una perspectiva económica, BERKOWITZ, D., PISTOR, K. y RICHARD, J.F. “Economical development, legality and the transplant effect”, CID Working Paper No. 39, marzo 2000, disponible en <http://www.hks.harvard.edu/centers/cid/publications/faculty-working-papers/cid-working-paper-no.-39> (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013) así como MATTEIL, U. “Efficiency in legal transplants: an essay in comparative law and economics”, en: *International Review of Law & Economics* 1994, vol. 14, pp.

otra razón para desterrar la clásica distinción entre sendos modelos acusatorio e inquisitivo. Además ha de tenerse en cuenta que en el ámbito geográfico de la Europa continental no existe un único proceso penal,<sup>12</sup> argumento este también decisivo a la hora de olvidar esta distinción ambivalente entre los dos modelos; no en vano en el panorama europeo conviven varios procesos penales con gran multitud de rasgos y características.

Aun cuando hasta el momento sólo se haya realizado mención de los modelos acusatorio e inquisitivo, son otros también los binomios propuestos en esta temática por la distinta literatura, todos ellos haciendo en mayor o menos medida igualmente referencia a la distinción procesal penal existente entre Estados Unidos y el Reino Unido por un lado y los países de Europa continental por otro. Este es el caso, por ejemplo, de los dos modelos descritos por PACKER,<sup>13</sup> así el modelo del “debido proceso” (*due process model*) y el modelo del “control del crimen” (*crime control model*) también conocido como el binomio “modelos de disputa y familia” (*battle*

---

3-19. Sobre la predominancia del modelo del proceso penal estadounidense hoy día y desde una perspectiva muy crítica véase SCHÜNEMANN, B. “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en: El mismo. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 288-302.

- 12 Cualquier propuesta en este tema —por ejemplo, entre los Estados Miembros de la Unión Europea— para adoptar un proceso penal común está muy lejos de ser alcanzada, al menos por el momento, en la medida en que cualquier normativa presente y futura en la materia que es conocida sólo contempla normas mínimas en temas específicos; consúltese en general JIMENO BULNES, M. *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Civitas, Madrid, 2011. Para una descripción general de los procesos penales europeos más cercanos véase de forma básica las obras de referencia por parte de DELMAS MARTY, M. y SPENCER, J.R. (eds.). *European criminal procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005 así como VOGLER, R. y HUBER, B. (eds.). *Criminal procedure in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.
- 13 PACKER, H.L. “Two models of the criminal process”, en: *University of Pennsylvania Law Review* 1964, vol. 113, pp. 149-68 así como en su monografía *The limits of the criminal sanction*, Standford University Press, Sandford, Cal., 1968, esp. p. 149. Como el autor destaca, textualmente, “estos (modelos) representan un intento de resumir dos sistemas de valores separados que compiten por tener prioridad en el funcionamiento del proceso penal. ... Los dos modelos simplemente proporcionan la forma adecuada de llevar a cabo la aplicación de un proceso, cuyo desarrollo diario requiere un ajuste constante entre la creciente demanda de dos sistemas de valores y cuya normativa asimismo incorpora la resolución de las tensiones entre reclamaciones contrapuestas. ... Y, puesto que en ambos casos se trata de Derecho Positivo, existe el peligro de calificar a uno y a otro como bueno o malo” (*The limits...*, p. 153; traducción libre).

*and family models*); así también los modelos propuestos por GRIFFITHS<sup>14</sup> en revisión precisamente de los anteriores y quien reconoce que, tanto los modelos de PACKER como los suyos propios operan más bien como “perspectivas” o “interpretaciones” y no como estrictos modelos del proceso penal.<sup>15</sup> En suma, todos estos modelos presentan un innegable enfoque ideológico, lo cual ha dado lugar al surgimiento de ciertas críticas que ponen de relieve la intencionada creación de confusión en el panorama científico-literario.<sup>16</sup> Por último, son bien conocidos los dos modelos de proceso penal creados por DAMASKA, si bien su binomio presenta un menor impacto ideológico aun en consideración de elementos sociológicos o políticos entre otros factores de carácter extralegal; se trata en este caso de la distinción entre un modelo de proceso penal jerárquico y otro coordinado en transición a los modelos inquisitivo y acusatorio respectivamente<sup>17</sup> en la medida en que ambos responden a un diferente organigrama político

14 GRIFFITHS, J. “Ideology in criminal procedure or a third ‘model’ of the criminal process”, en: *Yale Law Journal* 1970, vol. 79, pp. 359-417. El autor propone el Modelo de Familia como una alternativa para la comprensión de los modelos de PACKER, a su juicio concebidos como respuesta opuesta a sólo un modelo que es el Modelo de Disputa (vid. p. 367).

15 GRIFFITHS. Ob. cit., p. 362.

16 En relación con los modelos de PACKER véase GOLDSTEIN, A.S. “Reflection on two models: inquisitorial themes in American criminal procedure”, en: *Stanford Law Review* 1974, vol. 26, pp. 1009-1025, esp. p. 1016, quien sugiere como “puede que sea útil volver al antiguo análisis, en suma de carácter más específicamente procesal y el que otorga la posibilidad de elegir entre sistemas en ambos casos en lugar de la elección entre sistema y tendencia” (esta última supuestamente se trata del Modelo de Control Penal). Así también en comentario de esta distinción LUNA, E.G. “The models of criminal procedure”, en: *Buffalo Criminal Law Review* 1999, vol. 2, pp. 389-534, esp. pp. 396, 400 y 404, en análisis de las diferentes fases del proceso penal desde la perspectiva de los dos modelos de PACKER.

17 DAMASKA, M.R. “Structures of authority and comparative criminal procedure”, en: *Yale Law Journal* 1975, vol. 84, pp. 480-544. Sin embargo, el mismo autor en otro trabajo utiliza la distinción clásica del proceso penal entre los modelos acusatorio e inquisitivo, así, “Models of criminal procedure”, *ZBORNIK Collected Papers of Zagreb Law School* 2001, vol. 51, pp. 477-506. De la misma forma este autor emplea los modelos de proceso adversarial-no adversarial en *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*, Yale University Press, New Haven, 1986, vid. esp. pp. 3 y 16, haciendo así identificación con sendos modelos Jerárquico y Coordinado y con aplicación a también a la estructura de la propia organización judicial.

y judicial, según se preste mayor o menor importancia a la certeza y a la uniformidad en la toma de decisiones (*decision-making*).<sup>18</sup>

Durante muchos años y especialmente en la década de los sesenta,<sup>19</sup> la literatura presente tanto en Estados Unidos como en Europa contribuyó ampliamente al estudio de toda esta temática en el afán de desenterrar tópicos e ideas preconcebidas así como desmitificar viejos y anticuados postulados. Propósito de algunos autores norteamericanos fue precisamente aprender y aprovechar la experiencia europea a pesar de las connotaciones peyorativas derivadas de su modelo inquisitivo, ello a fin de encontrar solución al entonces debilitado y doliente sistema judicial penal estadounidense.<sup>20</sup> En contraposición, otras investigaciones proponían restar importancia a cualquier disparidad existente entre sendos modelos de justicia penal presentes en Estados Unidos y Europa continental; su argumento consistía en afirmar que siempre habrá una diferencia entre la teoría y la práctica judicial sosteniendo así que las diferencias entre

- 
- 18 DAMASKA. “Structures...”. Ob. cit., 483 y 509. En consecuencia, ambos modelos contemplan también dos formas de enjuiciamiento (*adjudication*) distintas, a las cuales el autor se refiere como el clásico tipo de procedimiento utilizado para la resolución de conflictos (*conflict-solving*) en el caso del Modelo Coordinado y el desarrollo de las políticas de justicia (*policy-implementing*) en el Modelo Jerárquico cobrando en este último caso mayor importancia la certeza de la decisión judicial (*decision making*) por oposición al primero. Así también, ampliamente, DAMASKA. *The faces...*, cit., pp. 88 y ss.
- 19 Deben destacarse otras contribuciones anteriores como, por ejemplo, PLOSCOWE, M. “The development of present-day criminal procedures in Europe and America”, en: *Harvard Law Review* 1935, vol. 48, pp. 433-473.
- 20 Entre otros, STÉPAN, J. “Possible lessons from continental criminal procedure”, en: S. Rottenberg (ed.). *The economics of crime and punishment*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington, 1973, pp. 181-201. También de interés por su exhaustiva revisión de la literatura existente a la fecha WEIGEND, T. “Continental cures for American ailments: European Criminal procedure as a model for Law reform”, en: *Crime and justice* 1980, vol. 2, pp. 381-428. Así mismo relevante SCHLESSINGER, R.B. en: “Comparative criminal procedure: a plea for utilizing foreign experience”, *Buffalo Law Review* 1976, vol. 26, pp. 361-385 en propuesta del o los modelos europeos y, más recientemente KESSLER, A. “Our inquisitorial tradition: equity procedure, due process and the search for an alternative to the adversarial”, en: *Cornell Law Review* 2005, vol. 90, pp. 1181-1275, en relación, no sólo con el proceso penal sino también civil; precisamente el autor refleja en su obra cómo la presencia de elementos inquisitivos en el sistema adversarial americano encuentran su causa en la influencia proveniente de Europa continental por aquel tiempo.

ambos sistemas desde la perspectiva práctica eran mucho menores que desde la perspectiva teórica.<sup>21</sup> Así también, por último, algunos estudios hicieron sugerencia de modelos alternativos de proceso penal propios para la justicia norteamericana con escasa referencia a aquellos vigentes a la fecha en Europa.<sup>22</sup> La polémica finalizaba con aquellas investigaciones que relataban las similitudes apreciadas entre determinadas prácticas judiciales existentes en los países europeos y los errores judiciales denunciados en el sistema judicial penal norteamericano, los cuales se encontraban precisamente a la fecha en periodo de observación.<sup>23</sup>

- 21 En concreto, GOLDSTEIN, A.S. y MARCUS, M. “The myth of judicial supervision in three ‘inquisitorial’ systems: France, Italy and Germany”, en: *Yale Law Journal* 1977, vol. 87, pp. 240-283. Debe destacarse que éstos son de ordinario los modelos y países analizados por la literatura científica al menos en el Continente Americano, con mayor referencia a Alemania y especialmente a Francia pues no en vano se considera a este último país cuna del denominado sistema procesal penal inquisitivo.
- 22 Sin duda el mayor exponente es el modelo alternativo propuesto por WEINRIB, L.L. *Denial of justice: criminal process in the United States*, Free Press, New York, 1979, esp. p. 117; en concreto y por ejemplo, propone el autor importantes reformas en materia de investigación a fin de adoptar pautas semejantes a aquellas desarrolladas en los procesos penales europeos donde la responsabilidad de la investigación se transfiere al órgano jurisdiccional, de por sí competente y formado, lo cual produce la unidad de la investigación judicial a diferencia del modelo norteamericano. Así también se discute la creación de un modelo ideal de resolución de conflictos que equilibre la balanza entre sendos postulados de veracidad y justicia; vid. THIBAUT, J. y WALKER, L. “A theory of procedure”, en: *California Law Review* 1978, vol. 66, pp. 541-566, esp. p. 543.
- 23 La referencia aquí debe ser hecha a la contribución de LANGBEIN, J.H. y WEINRIB, L.L. “Continental criminal procedure: ‘myth’ and reality”, en: *Yale Law Journal* 1978, vol. 87, pp. 1549-1569; los autores aquí critican el trabajo previo realizado por GOLDSTEIN y MARCUS arriba citado, considerando que no se ha tenido en cuenta literatura extranjera sino que él mismo sólo ha partido de las entrevistas realizadas a diferentes profesionales europeos. No se hizo esperar la reacción en la misma publicación y año por parte de GOLDSTEIN, A.S. y MARCUS, M. “Comment on continental criminal procedure”, en: *Yale Law Journal* 1978, vol. 87, pp. 1570-1577 en reivindicación de sus afirmaciones previas. Desde una perspectiva muy crítica destaca también, por ejemplo, el trabajo de FINDLEY, K.A. “Adversarial inquisitions: rethinking the search for the truth”, en: *New York Law School Law Review* 2012, vol. 56, pp. 911-941, esp. pp. 914 y 918, en relación con los actuales “procesos de inocencia” (*innocence procedures*) que se están desarrollando a la fecha en la mayor parte de las jurisdicciones estatales de Estados Unidos con motivo de condenas consideradas injustas debidas en su mayor parte al producto de errores judiciales; mayor información en sitio internet <http://www.innocenceproject.org> (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013).

Se podría pensar que esta contraposición entre los dos modelos penales vigentes en Estados Unidos y el Reino Unido por una parte y Europa continental por otra es una discusión ya pasada de moda. Su análisis actual podría incluso considerarse de poca o nula utilidad pues ya existe sin duda abundante y muy cualificada literatura que aborda esta temática sin que nuestro país sea una excepción.<sup>24</sup> Pero ha de hacerse notar que todavía se percibe una confusión generalizada profundamente arraigada, si no en el ámbito legal de forma específica, sí en la comunidad extrajurídica en general. Esta confusión aflora especialmente cuando tiene lugar una interrelación concreta entre las dos tradiciones legales —*Civil* y *Common Law*— y así, por ejemplo, un ciudadano norteamericano es sujeto a acusación y enjuiciamiento en Europa<sup>25</sup> o viceversa. Un caso todavía reciente ha tenido lugar a raíz del juicio de AMANDA KNOX desarrollado en

---

24 A modo de ejemplo aquí y ahora, entre la abundante literatura, destaca el análisis sistemático de los distintos sistemas procesales penales elaborado en la obra básica por parte de PEDRAZ PENALVA, E. *Derecho Procesal, t. I, Principios de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 51 y ss. Con referencia a su aplicación en la distinta geografía europea y americana puede consultarse, además de la obra ya citada de ARMENTA DEU, las monografías de BACHMAIER WINTER, L. (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008 y GUERRERO PALOMARES, S. *El principio acusatorio*, 2a. ed., ARANZADI, CIZUR MENOR, 2009, esp. pp. 121 y ss, en relación en ambos casos con el conocido como modelo acusatorio; así también un interesante estudio con referencia al modelo imperante en los distintos países se realiza por RAMOS ROMEU, F. “Proceso inquisitorial y proceso adversarial: orígenes y funcionamiento en 109 países”, en: *Justicia* 2008, Nos. 3-4, pp. 345-381. En especial sobre el empleo del modelo acusatorio y/o adversarial al sistema norteamericano merece destacarse sin duda el trabajo de GÓMEZ COLOMER, J.L. “*Adversarial system*, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos”, en: *Revista Poder Judicial* 2006, No. especial XIX, pp. 25-77.

25 Un buen ejemplo de la confluencia de ambos sistemas legales se expone en el trabajo de LERNER, R.L. “The intersection of two systems: an American on trial for an American murder in the French *Cour d’Assises*”, en: *University of Illinois Law Review* 2001, pp. 791-856; el autor muestra así el desarrollo tanto del sistema judicial como procesal penal francés con continuas referencias a su distinción con el proceso norteamericano. Así también resulta de interés el paralelismo que se realiza de un caso bien conocido como es el juicio a O.J. SIMPSON por comisión de doble asesinato (conocido como “el juicio del siglo” y el cual se desarrolló a lo largo de 474 días) y así su examen desde el modelo continental que presenta MOSKOVITZ, M. “The O.J. inquisition: a United States encounter with continental criminal justice”, en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1995, vol. 28, pp. 1121-1202 (1995); además el trabajo presenta la originalidad de desarrollarse a modo de una obra de teatro en reproducción del diálogo que podría haber tenido lugar en el curso de dicha propuesta de juicio.

Italia en diciembre de 2009 y respecto al cual la percepción pública mantenida a la fecha en Estados Unidos otorgaba credibilidad a la existencia de un umbral más bajo en el respeto de garantías procesales por lo que respecta al proceso penal italiano en comparación con los estándares norteamericanos,<sup>26</sup> incluso aun cuando a la postre tuvo lugar la absolución de la acusada en segunda instancia.<sup>27</sup> Ya sólo por este motivo la presente investigación resulta apropiada.

26 Así se expone de modo concreto en la obra *best-seller* de BURLEIGH, N. *The fatal gift of the beauty: the trials of Amanda Knox*, Broadway, New York, 2011, esp. pp. 265-267, haciendo una relación de las características que a su juicio estuvieron presentes en el desarrollo del proceso penal italiano contra AMANDA KNOX y RAFFAELE SOLLECITO, las cuales a su juicio demostraban la ausencia del respeto al debido proceso; así se vierten en la obra afirmaciones textuales tales como “los imputados eran fruto de frecuentes controles de seguridad y reprobación en el curso ordinario de la investigación por oposición a la mala *praxis* de la acusación”, “los jueces y la acusación participaban técnicamente de la misma postura procesal”, “los abogados que procuran la defensa penal en el sistema italiano están en posición de desventaja institucional”, “la vigilancia policial y las escuchas telefónicas son males endémicos en Italia sin apenas control judicial” (traducción libre en todos los casos). La autora, prestigiosa periodista en Estados Unidos y conocida por su inmersión en el periodismo jurídico, llega a la conclusión de que el sistema procesal penal italiano es predominantemente de corte inquisitivo sin que a la fecha hayan sido implantados en la práctica judicial las modificaciones introducidas en 1988.

Y es que, no en vano, como es sabido, el proceso penal italiano es precisamente el más acusatorio dentro de los modelos existentes en Europa continental desde que tuvo lugar la reforma de su código procesal penal en 1988. Sobre este tema en particular, ILLUMINATI, G. “The accusatorial process from the Italian point of view”, en: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 2010, vol. 35, pp. 297-318; así también, en español, “El sistema acusatorio en Italia”, en: BACHMAIER WINTER. Ob. cit., pp. 135-160. Otra literatura en la materia, por ejemplo, AMODIO, E. y SELVAGI, E. “An accusatorial system in a civil law country: the 1988 Italian Code of Criminal Procedure”, en: *Temple Law Review* 1989, vol. 62, pp. 1211-1224 así como PANZAVOLTA, M. “Reforms and counter-reforms in the Italian struggle for an accusatorial Criminal Law system”, en: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 2005, vol. 30, pp. 577-623 junto con PIZZI, W.T. y MONTAGNA, M. “The battle to establish an adversarial trial system in Italy”, en: *Michigan Journal of International Law* 2004, vol. 25, pp. 429-466. Desde una perspectiva bastante crítica, MONTANA, R. “Adversarialism in Italy: using the concept of legal culture to understand resistance to legal modifications and its consequences”, en: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2012, No. 20, pp. 99-120 (por ejemplo en pp. 104 y ss. donde alude a la “incoherencia interna” del código procesal penal italiano).

27 Sentencia pronunciada el 3 de octubre de 2011 por el Tribunal de Apelación de Perugia contra la sentencia dictada por la *Corte di Assise* de Perugia el 16 de diciem-



Mi propósito es añadir aquí algunas reflexiones a la clásica distinción existente entre los denominados procesos penales acusatorio e inquisitivo radicados en Estados Unidos y en Europa así como revisar en su caso la oportunidad de mantener dicha clasificación junto con su terminología en pleno siglo XXI y, aún más importante, los postulados más destacados ínsitos a esta clasificación.<sup>28</sup> Cabe así plantearse si ciertas expresiones deberían ser abandonadas —aun cuando pudiera resultar pretencioso ocultar la distancia existente entre ambos modelos procesales— a fin de justificar la convergencia de sendos modelos, o bien, por el contrario, proponer una determinación absolutista para ver cuál es el “bueno” y cuál es el “malo” dentro de sendos tipos de procesos. De este modo, mi intención es poner sobre la mesa algunas ideas a fin de aclarar —si ello fuera aún posible— cierta confusión conceptual por lo que atañe de modo particular al proceso “inquisitivo” así como colocar al “acusatorio” en su lugar.

De ahí que, conforme la estructura del presente trabajo, se aborden en primer lugar los antecedentes históricos de sendos modelos procesales penales, así como la propuesta de construcción de un tercer modelo. A continuación y en segundo lugar, se presenta el análisis de las cuestiones terminológicas al igual que las características de los diferentes modelos de proceso penal con especial detenimiento en la clásica contraposición mantenida entre unas y otras. En tercer lugar, se exponen algunos ejemplos de esta influencia mutua percibida entre el modelo procesal penal

---

bre de 2010, la cual condenó a Amanda Knox a 26 años de prisión y 25 a Raffaele Sollecito; la sentencia está disponible en enlace [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3/-/1096-la\\_sentenza\\_d\\_appello\\_nel\\_caso\\_di\\_meredith\\_kercher\\_mancano\\_le\\_prove\\_della\\_colpevolezza\\_degli\\_imputati\\_in\\_ordine\\_al\\_delitto\\_di\\_omicidio\\_ed\\_ai\\_fatti\\_connessi/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3/-/1096-la_sentenza_d_appello_nel_caso_di_meredith_kercher_mancano_le_prove_della_colpevolezza_degli_imputati_in_ordine_al_delitto_di_omicidio_ed_ai_fatti_connessi/) (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013). Otra cobertura mediática de interés se realiza por FOLLAIN, J. *Death in Perugia: the definitive account of the Meredith Kercher case from her murder to the acquittal of Raffaele Sollecito and Amanda Knox*, Hodder & Stoughton, London, 2011, esta vez por parte de un periodista inglés desde la perspectiva de la víctima. Para un análisis jurídico véase el comentario de MIRABELLA, J.G. “Note. Scales of justice: assessing Italian criminal procedure through the Amanda Knox trial”, en: *Boston University International Law Journal* 2012, vol. 30, pp. 229-260, haciendo referencia al nuevo proceso penal “adversarial” italiano.

A la fecha en que se redactan estas líneas la propia Amanda Knox se ha decidido a relatar su propia versión de la historia, así, KNOX, A. *Waiting to be heard: a memoir*, Harper Collins, New York, 2013.

28 De la misma opinión BACHMAIER WINTER, L. “Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal”, en: BACHMAIER WINTER. Ob. cit., pp. 11-48.

norteamericano y los diferentes procesos penales europeos haciendo referencia separadamente a la fase de investigación y enjuiciamiento. Finalmente, la investigación concluye con la presentación de algunas últimas reflexiones dentro del panorama procesal penal actual.

## 2. CONTEXTO HISTÓRICO: ¿DOS O TRES MODELOS DE PROCESO PENAL?

En este punto ha de recordarse que aun el número de modelos de proceso penal existentes históricamente admisibles es todavía motivo de discusión pues un sector doctrinal establece una división bipartita y otro en cambio parte de una distinción tripartita. Esta diferencia doctrinal coincide además con el origen geográfico de dicha literatura pues no en vano el ámbito académico procedente de Estados Unidos utiliza la división bipartita descartando la existencia de un modelo mixto,<sup>29</sup> el cual es por el contrario defendido desde la corriente doctrinal europea. Buena razón para el mantenimiento de la posición europea —especialmente en el caso de Francia— y así la defensa de este tercer modelo estriba en el propio interés de mantener la diferencia respecto del modelo procesal penal vigente hasta la adopción del *Code d'Instruction Criminelle* Napoleónico (1808), el cual es tomado como punto de referencia y partida de este *tertium genus*.<sup>30</sup> Pero si se considera la existencia de un modelo o sistema mixto de proceso penal, inevitablemente ha de llegarse a la conclusión de que todos los procesos penales vigentes hoy día —esto es, no sólo los radicados en la Europa continental sino también aquellos en vigor en Estados Unidos y Reino Unido— podrían adscribirse sin duda a esta categoría.<sup>31</sup>

29 Un buen ejemplo de esta posición bipartita se encuentra en el trabajo de GOLDSTEIN comentando los modelos de PACKER arriba citado; sin embargo este autor considera finalmente que también “el proceso (norte)americano es un sistema mixto” (p. 1016). La posición bipartita también es adoptada por parte de la literatura inglesa; así por ejemplo, DELMAS-MARTY & Spencer. Ob. cit., esp. p. 10, encargándose de este capítulo el autor británico.

30 No obstante, ha de destacarse también la importancia de los estudios desarrollados a la fecha y en concreto la obra de ESMEIN, A. *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*, Larose et Forcel, París, 1882; a la fecha existe una edición reciente preparada por Y. MAYAUD y publicada en Pantheon-Asas, París, 2010. Para la presente investigación se maneja la versión inglesa, *A history of continental criminal procedure*, Little Brown & Co., Boston, 1913.

31 Recordando la declaración hecha con anterioridad por GOLDSTEIN inmediatamente expuesta. En la misma línea HOGDSON, J.S. “The future of adversarial criminal

No obstante, en este contexto, aquí y ahora, se adoptará también la perspectiva tripartita para completar una breve referencia al panorama histórico partiendo como punto de partida del fin de las ordalías como medio probatorio<sup>32</sup> a fin de determinar la culpabilidad o inocencia del acusado, las cuales han de entenderse erradicadas en la geografía europea a lo largo de los siglos XII y XIII.<sup>33</sup>

## 2.1 Acusatorio

El denominado *processus per accusationem*, en contraposición con el *processus per inquisitionem*, parece estar íntimamente ligado a la aplicación del Derecho Común (*Common Law*) inglés así como a la institución del jurado; sin embargo debe recordarse que también el proceso penal romano fue en su día calificado como proceso acusatorio.<sup>34</sup> El nuevo proceso susti-

---

justice in 21st century Britain”, en: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 2010, vol. 34, pp. 319-361, esp. p. 320, en relación con el Reino Unido o, más específicamente, con Inglaterra y Gales pues en Escocia tuvo lugar también la implantación del Derecho Romano; así, en particular, véase la obra clásica de KEEDY, E.R. “Criminal procedure in Scotland”, en: *Journal of the Criminal Institute of Criminal Law and Criminology* 1913, vol. 5, pp. 728-753. Por esta razón la discusión sobre el carácter adversarial o no adversarial del proceso penal escocés; de este modo RINGNALDA, A. “Inquisitorial or adversarial? The role of the Scottish prosecutor and special defences”, en: *Utrecht Law Review* 2010, vol. 6, No. 1, pp. 119-140, esp. p. 137, concluyendo que tiene una naturaleza híbrida en la medida en que posee “rasgos inquisitivos en un entorno predominantemente adversarial”.

32 Para otros autores “modos de prueba” más que medios de prueba pues no se dirigen a producir la convicción del juzgador sino que han de ser entendidas incluso como una “forma de pensamiento”; en esta línea PEDRAZ PENALVA. Ob. cit., esp. pp. 53-54.

33 Más ampliamente, BARTLET, R. *Trial by fire and water*, Oxford University Press, Oxford, 1986, esp. pp. 34 y 70. Parece que la fecha del fin de las ordalías ha de situarse en 1215, año de la aprobación del IV Concilio de Letrán que establece la condena del juicio por ordalía y en su lugar impone la norma de que “ni a nadie (ningún clérigo) le confieren rito de bendición o consagración de una purga por prueba de agua hirviendo o fría o de la plancha al rojo vivo, sin embargo el ahorro previamente promulgaba prohibiciones sobre combates individuales y duelos individuales”; consúltese constitución No. 18 disponible en español en sitio internet <http://mbsoft.com/believe/tss/lateran.htm> (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013). De acuerdo con tal aseveración los juicios por combate (duelo) habrían sido objeto de anterior prohibición a los juicios con agua y fuego (ordalías).

34 El proceso penal romano es considerado como acusatorio por naturaleza en tanto en cuanto era necesaria la existencia de alegaciones formales por parte de un acusador, el cual estaba también obligado a aportar la prueba para ello suficiente; así ESMEIN.

tuyó así a los primeros juicios por combate (duelos) y ordalías, que fueron prohibidos definitivamente por decreto de ENRIQUE III en 1219.<sup>35</sup> De este modo, la tradición del *Common Law* surgió en Inglaterra en el siglo XII, donde una especie de justicia real había permanecido vigente desde los tiempos de los reyes anglosajones dividida en dos grandes departamentos de Estado (el *Chancery* y el *Exchequer*).<sup>36</sup> La actividad de la corte real dio paso a la promulgación de importantes tratados tales como los denominados *Glennvill* y *Bracton*,<sup>37</sup> ocupados en la descripción de las leyes y costumbres inglesas bajo la rúbrica *De legibus et consuetudinibus Angliae* en ambos casos. El primer tratado, *Glennvill*, aprobado durante el reinado de ENRIQUE II (1154-1189), fue ya en su tiempo un producto coherente con el Derecho inglés hoy vigente y de ahí la consideración de este rey como el

---

Ob. cit., p. 18. Sin embargo, parece que también tuvo lugar la introducción gradual de elementos inquisitivos en el proceso penal romano durante el periodo de la República. Más ampliamente sobre el proceso penal romano en particular AMBOS, K. “El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”, en: BACHMAIER WINTER. Ob. cit., pp. 49-72, esp. pp. 51 y ss.

- 35 Vid. PLOSCOWE. Ob. cit., p. 446. Los denominados juicios por combate se consideran herencia de los reinos germanos existentes a principios de la Edad Media pero en cambio eran desconocidos para los anglosajones que se suponían eran un pueblo más cultivado; por ello que tales juicios no aparecen en Gran Bretaña hasta la conquista de los normandos. Al respecto, BARTLET. Ob. cit., pp. 103-105. En relación con el juicio por ordalías en Inglaterra véase en particular HYAMS, R. “Trial by ordeal: the key to proof in the early common law”, en: M.S. Arnold *et al.*, (eds.). *On the laws and customs of England. Essays in honor of Samuel E. Thorne*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1981, pp. 90-126.
- 36 Entre la literatura específica, a modo de ejemplo, BAKER, J.H. *An introduction to English legal history*, Butterworths, London, 1979, esp. pp. 11 y ss; también en particular relación con el funcionamiento del Jurado en las cortes reales VAN CAENEGEM, R.C. *The birth of the English Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973, esp. pp. 61 y ss. Así mismo, otra bibliográfica clásica de interés, PLUCKNETT, T.F.T. *A concise history of the Common Law*, Little Brown, Boston, 1956, esp. pp. 11 y ss al igual que HOLMES, O.W. *The Common Law*, Little Brown, Boston, 1923, esp. pp. 39 y ss. en relación con el Derecho Penal sustantivo entonces de aplicación.
- 37 Como señala BAKER, el primero es tradicionalmente atribuido a Sir RANULF DE GLANVILL, justicia de Inglaterra entre 1180-1189, aunque ello es aún dudoso (vid. BAKER. Ob. cit., p. 12). Se señala así como fecha de transcripción del primer tratado el año 1187 y 1250 para el segundo, en este último caso por HENRY DE BRACON, que fue juez *coram rege* entre los años 1240 y los 1250; sobre la descripción de sendos tratados véase BAKER. Ob. cit., esp. p. 161.

“padre del *Common Law*”.<sup>38</sup> No en vano y como se ha mencionado, el primero de los tratados citado tuvo también una importancia específica en la emergencia de la práctica del *Common Law* con su compilación de “Derecho de autos y mandamientos judiciales” (*law of the writs*)<sup>39</sup> acompañados por un comentario en latín.

Sin embargo, por lo que respecta a la justicia penal de forma específica, el hecho fundamental más importante es que, en aquel tiempo, la tarea de identificar a las partes culpables de cada delito (acusación) recaía en la comunidad hasta el punto de que si los responsables comunales de tal acusación no comparecían ante los jueces reales, la propia comunidad en su conjunto era objeto de castigo como una forma de reprobación comunal; precisamente tales representantes comunales conformaron la posterior institución conocida como el Gran Jurado, una institución que se convirtió en obligatoria bajo las Ordenanzas (*Assizes*) Clarendon (1166) y Northampton (1176).<sup>40</sup> En concreto, fue la Ordenanza de Clarendon, posteriormente desarrollada por la Ordenanza de Northampton, la que creó un tipo de institución o un cuerpo de acusación para cada comunidad compuesto por doce “hombres buenos y leales” (*good and lawful men*) bajo el nombre en su día de “jurado presente” (*presenting jury*). Más adelante este cuerpo o institución será precisamente la que reciba el nombre con el que es más comúnmente conocida, así, como se ha indicado, Gran Jurado

---

38 Afirmación procedente de GILLINGHAM, J. “The early middle ages (1066-1290)”, en K.O. MORGAN. *The Oxford illustrated history of Britain*, Oxford University Press, Oxford 1991, pp. 115-171, esp. p. 167.

39 Esto es, “los instrumentos con los que se daba trámite a las demandas interpuestas ante los tribunales reales así como los restantes actos procesales allí dispuestos” (traducción libre); así BAKER. Ob. cit., p. 13. Para un análisis de los diferentes tipos de resoluciones judiciales de nuevo consúltese BAKER así como CAENEGEM. Ob. cit., p. 29.

40 Vid. BAKER. Ob. cit., pp. 23 y 415 así como PLUCKNETT. Ob. cit., p. 19. Las ordenanzas (*assizes*) y, en concreto, las “ordenanzas menores” (*petty assizes*) se crearon por ENRIQUE II hacia el año 1160 como una alternativa al “auto de derechos” (*writ of rights*) y fueron dictadas para proteger a los interesados de la injusticia que podían derivar de la rápida investigación de los hechos instada desde la comunidad vecinal, la cual sólo tenía en cuenta cuestiones de hecho y no de Derecho (vid. BAKER. Ob. cit., p. 201). En relación con estas y otras materias de naturaleza penal desde la perspectiva histórica puede consultarse también otra literatura clásica específica como HOWARD, P. *Criminal justice in England; a study in Law administration*, Macmillan, London & New York, 1931 y STEPHEN, J.F. *A general view of the Criminal Law of England*, 2a. ed., Macmillan, London & New York, 1890.

o Jurado de Acusación.<sup>41</sup> Ya en aquel tiempo tal cuerpo de doce hombres —todos los cuales han prestado juramento de decir verdad— recibe el nombre de jurado (*curate*) y sus miembros fueron conocidos como *juratores*, esto es, personas que han prestado juramento.

Aun cuando el origen del testimonio jurado entendido éste como el juramento de una persona ante Dios de decir verdad (*verdictum* o *verdicto*) es de ordinario atribuido a Inglaterra, en realidad se trata de una práctica muy antigua; esta especie de indagatoria (*inquest*) parece encontrar sus raíces en Escandinavia y en el antiguo imperio carolingio. No es de sorprender por tanto que también esta práctica se empleara en Normandía, donde el Jurado de Acusación aparece asimismo en el *Domsday Book* (1086)<sup>42</sup> promulgado por GUILLERMO EL CONQUISTADOR. Sin embargo, su reconocimiento como institución a fin de solventar disputas entre particulares no tuvo lugar hasta el reinado de ENRIQUE II; de forma concreta, su primera aplicación se realizó en relación con supuestos de violación de propiedad privada y así la mera alegación de cualquier molestia causada en este ámbito garantizó su uso. Recuérdese que este Gran Jurado o Jurado de Acusación todavía es percibido como un método probatorio y no un “juicio”<sup>43</sup> *per se* o un modo de resolución de conflictos, obteniendo así la misma consideración que en su día las ordalías. Su cometido era entonces inspeccionar o revisar la información recibida en la forma de “escritos de acusación” (*indicare*, acusar) a fin de determinar la suficiencia probatoria para poder declarar la apertura de juicio respecto de la persona acusada.

41 Como contraposición al posterior *petty jury* o juicio con Tribunal de Jurado, en la medida en que este jurado presente o Jurado de Acusación integra a mayor número de miembros de la comunidad; en muchas ocasiones más de “doce hombres buenos”, número concreto que en cambio fue en todo caso siempre preservado para el *petty jury*. En esta línea BAKER. Ob. cit., p. 64 así como HOWARD. Ob. cit., pp. 352-354 en relación con el cometido de este Gran Jurado.

42 También aquí tuvo lugar una especie de combate judicial con la intervención de Jurado; así en particular, ABRAHAM, H.J. *The judicial process: an introductory analysis of the courts of the United States, England and France*, Oxford University Press USA, New York, 1998, esp. p. 109 así como, más ampliamente, LESSER, M.A. *The historical development of the jury system*, WILLIAM S. HEIN Co., BUFFALO, 1992. En cambio, el tema de si la institución del jurado era conocida por los anglosajones se debate en FORSYTH, W. *History of trial by jury*, The Lawbook exchange, Clark, N.J., 1994, esp. p. 45, quien considera que dicha institución completamente ignorada en aquel tiempo.

43 No en vano ha sido afirmado que “un juicio implica que la actividad alegatoria y probatoria sea evaluada por un tribunal capacitado” (traducción libre); en concreto BAKER, op. cit., p. 63.

Ha sido así afirmado que precisamente este tipo de acusación privada por parte de la comunidad, combinada junto con la idea de que la perpetración de un crimen no supone sólo una ofensa contra el propio Estado sino también contra cualquier persona integrante de la misma comunidad, es el que provoca que el proceso penal reúna cierta semejanza con un pleito privado.<sup>44</sup> Ciertamente que aquel jurado de hombres que investigaban los hechos delictivos y formulaban acusación con base en sus propios conocimientos gradualmente se fue transformando en lo que hoy en día es un jurado, el cual presencia la práctica probatoria en el contexto de un juicio con jurado; pero es probablemente este jurado original, Gran Jurado o Jurado de Acusación, el que ha modelado la naturaleza esencialmente adversarial del proceso penal acusatorio.<sup>45</sup> Esta afirmación no está exenta de interés pues, de ordinario, la institución del juicio con jurado o, en otros términos, el juicio practicado con Tribunal de Jurado o *Petty Jury* (Jurado de los pares),<sup>46</sup> es considerada normalmente como la quinta esencia del modelo acusatorio. Esta institución llegó a ser considerada el paladín de la libertad inglesa, en la medida en que la persona acusada tenía el derecho de optar por un juicio con jurado; tal derecho a juicio con jurado fue incluido en la propia Declaración de Derechos inglesa (1689),<sup>47</sup>

44 De este modo HOWARD. Ob. cit., p. 383 así como STEPHEN, J.F. *A history of the Criminal Law of England*, vol. I, William S. Hein Co., Buffalo, 1976, esp. p. 245, textualmente, “el hecho de que la venganza privada por parte de la persona agraviada by a crime was the principal source to which men trusted por un delito sea la principal vía (de solución de conflictos) para aquellos que confiaron en la administración de la justicia penal en sus comienzos es one of the most characteristic circumstances connected with una de las características más propias del Derecho Penal inglés teniendo ello mucha relación con lo que puede ser sin duda su principal distinctive peculiarity, namely, the degree to which a crim, peculiaridad distintiva, así la manera en que el inal trial resembles a private lit juicio penal se asemeja a un pleito privado” (traducción libre).

45 Ello se corresponde con sendas nociones de acusación particular e investigación penal privada; así de forma específica LANGBEIN, J.H. *The origins of adversary criminal trial*, Oxford University Press, Oxford & New York, 2003, esp. p. 11. En relación con las funciones del *grand* y *petty jury* véase también STEPHEN. *Criminal Law of England*, cit., esp. p. 17, quien asevera que la dificultad de establecer fechas fijas para cada una de tales instituciones confirma el desarrollo gradual de este cambio.

46 Vid. PLOSCOWE. Ob. cit., p. 455 así como FORSYTH. Ob. cit., p. 178 en relación con el *Grand Jury*. Así también, ampliamente, Dawson, J.P. *A history of lay judges*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1960, esp. p. 10 en relación con sus orígenes en Grecia y Roma.

47 “Que los miembros del jurado deben ser debidamente enrolados y retornados y que los miembros de los jurados que conocen de juicios por alta traición deben ser pro-

la cual se extendió por toda Europa<sup>48</sup> y América.<sup>49</sup> Por su parte, el reconocimiento de la antigua institución del Gran Jurado o Jurado de Acusación como cuerpo acusatorio continuó vigente hasta 1933 en Inglaterra<sup>50</sup> permaneciendo aún en vigor en Estados Unidos con mención específica en la Quinta Enmienda.<sup>51</sup>

pietarios”; texto disponible en versión española en en enlace <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/20.pdf> (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013).

48 Aunque la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada durante la Revolución Francesa no contempló expresamente la institución del jurado como inicialmente se hubiera podido pensar; a este respecto, LANGBEIN, J.M. *The trial jury in England, France, Germany 1700-1900*, Duncker & Humblot, Berlín, 1987, esp. pp. 75 y ss.

49 Especialmente a partir de la Sexta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (1791) así como las Declaraciones de Derechos (*Bill of Rights*) promulgadas en diversos Estados norteamericanos como Virginia, Maryland, Carolina del Norte en 1776, Georgia en 1777...; sobre este tema REID, J. *Constitutional history of the American revolution, The authority of rights*, vol. I, University of Wisconsin Press, Madison, 1986, esp. pp. 47 y ss. Ello a pesar de la reticencia mostrada por algunos Estados como Louisiana, precisamente debido a sus raíces francesas y españolas; el caso de *Duncan v. Louisiana* (1968), 391 US 145, pp. 151-158 no es casualidad. Siguiendo este mismo razonamiento histórico se afirma que la herencia inglesa de la justicia penal norteamericana se convierte ya en puridad distintiva americana en el siglo XVIII; de este modo, POUND, R. *Criminal justice in America*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1945, esp. p. 117.

Precisamente, una compilación de la jurisprudencia dentro de aquélla más relevante dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos extractada y ordenada de forma sistemática se realiza en la obra ISRAEL, J.H., KAMISAR, Y., LAFAVE, W. y KING, N.J. *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio* (trad. de J.L. GÓMEZ COLOMER, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; en el caso concreto de la sentencia pronunciada en *Duncan v. Louisiana* véanse pp. 87-100. Dicha obra se dice traducción del original ISRAEL, J.H., KAMISAR, Y., LAFAVE, W. y KING, N.J., *Criminal procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, West & Thomson Reuters, St. Paul, Minn., 2011.

50 Sección 2 del Acta de Administración de Justicia (Disposiciones Varias) de 1933 disponible en sitio internet <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/23-24/36/contents> (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013). Para una crítica de su supresión en aquel tiempo véase ELLIF, N.T. “Notes on the abolition of the English Grand Jury”, en: *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 1938, vol. 29, pp. 3-22, esp. p. 15 bajo la rúbrica “quemado vivo”.

51 Textualmente, “nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público;



## 2.2 Inquisitivo

En este caso, el llamado *processus per inquisitionem* posee una connotación inevitablemente de carácter negativa al asociarse al empleo de la tortura por parte de la institución eclesiástica de la Santa Inquisición creada en el 1200 para acabar con las grandes herejías europeas (especialmente localizadas en el sur de Francia)<sup>52</sup> y la cual llegó a su auge en España al final del siglo xv. En realidad su nombre no deriva de la institución eclesiástica sino del término *inquisitio* o investigación, un mecanismo, en suma, utilizado para llevar a cabo la recopilación por escrito de los datos relativos a la investigación en curso. Sin embargo, debe también puntualizarse que la institución de la *inquisitio* o investigación no pertenecía exclusivamente al *processus per inquisitionem*<sup>53</sup> ni tampoco constituyó el primer

---

tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”; versión en español disponible en sitio internet <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html> (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013). Para un comentario básico sobre ésta y restantes disposiciones de la Constitución de Estados Unidos puede consultarse la obra de referencia redactada desde el Servicio de Investigación de la Biblioteca del Congreso, *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation*, US Government Printing Office, Washington, 2004, esp. pp. 1359-1490 por lo que respecta al estudio de la Quinta Enmienda.

52 Vid. ESMEIN. Ob. cit., esp. p. 93; como destaca este autor, la Santa Inquisición hacía uso de las reglas más drásticas del Derecho Común Canónico, con inclusión de la tortura llegado el caso. Así también, en particular y extensamente, KELLY, H.A. *Inquisitions and other trial procedures in the Medieval West*, Ashgate, Aldershot, Hampshire & Burlington, Vt., 2001, al igual que LANGBEIN, J.H. *Torture and the Law of proof. Europe and England in the Ancien Regime*, University of Chicago Press, Chicago, 1977, desde perspectivas en ambos casos diferente; el primero se ocupa del proceso eclesiástico y el segundo del proceso penal. Por esta razón el último autor citado utiliza el nombre de “tortura judicial”, en tanto en cuanto “la tortura era parte del proceso penal ordinario, a menudo empleada para la investigación y acusación de delitos comunes ante los tribunales ordinarios” (LANGBEIN, nota 3; traducción libre). Así también este autor asocia el origen de la propia tortura en el siglo XIII con la abolición de las ordalías como sistema de prueba; no en vano la tortura constituía un sistema de prueba “más humano” en comparación al antiguo sistema de prueba representado por dichas ordalías (vid. LANGBEIN, p. 6).

53 ESMEIN señala el uso de la indagatoria y/o investigación (*inquest*) como alternativa a la *accusatio* también en Inglaterra a lo largo de la Edad Media, conocida bajo

tipo de investigación originado en la historia, por cuanto otra modalidad investigadora bajo el nombre de *pesquisa* había sido ya iniciada a lo largo del siglo XI en algunas partes de Europa continental, entonces todavía de forma excepcional a la alternativa de las antiguas ordalías.<sup>54</sup> En todo caso, lo que resulta aquí de interés es que es la autoridad pública (autoridad real o eclesiástica) quien se hace cargo de la investigación del crimen y conserva el derecho de decidir sobre el posterior castigo a imponer.<sup>55</sup>

Aunque el nombre de *processus per inquisitionem* no debería estar asociado con un origen eclesiástico en la línea anticipada, no es menos cierto que fue la iglesia la primera autoridad legal que puso en práctica este proceso inquisitivo, debido a la presumible eficacia que apareja esta investigación oficial de cualesquiera hechos delictivos. De este modo, el nacimiento del proceso inquisitivo se data a finales de los años 1100 encontrando su raíz en el Derecho Canónico entonces vigente, ordenamiento jurídico que hasta la fecha hacía uso del anterior proceso acusatorio de origen romano. Con el nuevo proceso, el magistrado o juez estaba ya autorizado a emprender una investigación objetiva del crimen sin la necesi-

---

el nombre de “investigación por el país” (*inquest by the country*) constituyendo, en suma, un proceso carente de acusación alguna y en el que sólo se reflejaba la actividad probatoria aportada por testigos; de este modo ESMEIN. Ob. cit., pp. 64-65. Otro ejemplo de proceso penal inquisitivo tuvo también lugar en Inglaterra en el siglo XVI de acuerdo con los estatutos marianos adoptados bajo el reinado de la Reina MARÍA o *Queen Mary* (1554-1555), donde una especie de investigación y reunión oficial de actividad probatoria era desplegada bajo la rúbrica de “investigación preliminar” (*preliminary inquiry*); sobre esta materia en particular, LANGBEIN, J.H. *Prosecuting crime in the Renaissance, England, Germany, France*, The lawbook exchange, Clark, N.J., 2005, esp. p. 5.

54 Es el caso de España a partir de la promulgación de ciertos fueros o cartas de libertades, como por ejemplo, la aprobada por ALFONSO VI DE CASTILLA Y LEÓN para los habitantes (*populatores*) de Logroño en 1095 (Fuero de Logroño); vid. BARTTLET. Ob. cit., pp. 60-61. De forma concreta y desde la perspectiva española, para una definición de la *pesquisa* así como las características del proceso inquisitivo en su origen *in genere* puede consultarse PEDRAZ PENALVA. Ob. cit., esp. pp. 60 y ss, con abundantes referencias a la literatura española clásica.

55 Así, por ejemplo y entre otros, ILLUMINATI. Ob. cit., esp. pp. 301 y 140 en sendos trabajos en inglés y español.

56 Vid. *supra* aptdo. 1.1. Sobre el papel desplegado por la iglesia y el Derecho Romano Canónico véase también en particular LANGBEIN. *Prosecuting crime in the Renaissance...*, cit., esp. p. 129.

dad de atender a una acusación formal por parte de un acusador.<sup>57</sup> Esta investigación oficial y burocrática, la cual consistía —principalmente y de forma importante— en un expediente escrito, debía permanecer en absoluto secreto, hecho este que constituye, desde un punto de vista general, uno de los rasgos más característicos del llamado proceso inquisitivo y la que todavía da lugar a connotaciones de naturaleza negativa aún hoy día.

El proceso penal inquisitivo se extendió así geográficamente desde el norte de Italia hasta Francia y Alemania debido a los estudios de Derecho Romano y Canónico llevados a cabo por juristas e intelectuales de aquel tiempo; especial papel tuvo la emergencia de la Universidad de Bolonia así como otras muchas en el mismo ámbito de la Europa continental. El éxito del nuevo proceso también se asocia con la profesionalización de la propia administración de la justicia misma,<sup>58</sup> la cual, lógicamente, acumulaba un mayor número de conocimientos jurídicos por oposición a los anteriores “árbitros” o “jurados” legos en Derecho (*adjudicators*). En consecuencia, tuvo lugar el surgimiento de un nuevo Derecho de Prueba de carácter complejo y técnico que recibió el nombre de “prueba legal” (*preuve légale*).<sup>59</sup> La condena e incluso la acusación se convirtieron en materia judicial; fue así esencial la proporción de lo que en su tiempo se consideraba como mejor estándar probatorio mediante la articulación de reglas claras y ciertas. Adquiere asimismo particular importancia una concreta máxima en afirmación de que toda sentencia debía pronunciarse *secundum allegata et probata*, de forma que la decisión judicial debía encontrarse vinculada por tal prueba, lo cual se entendía como resultado del equilibrio procesal que debía mediar en beneficio de la defensa a fin de compensar el carácter secreto del procedimiento.<sup>60</sup> En realidad, la cuestión de la prueba legal es también un rasgo definitorio asociado a la propia esencia del proceso inquisitivo.

---

57 Así PLOSCOWE. Ob. cit., p. 447.

58 Coincidiendo con la “estatalización de la justicia penal” y la búsqueda de la “verdad material” sobre el que se hablará más adelante; en esta línea, AMBOS, Kai. Ob. cit., esp. pp. 57 y ss.

59 Entre otros, DELMAS-MARTY y SPENCER. Ob. cit., p. 9. Sin embargo en la práctica no operaba la valoración de la actividad probatoria realizada sino el “recuento” o mero cómputo de pruebas según las reglas de *probatio nulla*, *probatio plena*, *semiplena probatio* o, aún más gráficamente, un tercio o cuarto de prueba...; de este modo, PEDRAZ PENALVA. Ob. cit., p. 65.

60 Vid. ESMEIN. Ob. cit., esp. p. 251.

El proceso inquisitivo continúa así su gradual desarrollo a partir de la promulgación de varias ordenanzas (códigos) que tuvo lugar en el continente entre los años 1400 y 1500<sup>61</sup> si bien se considera alcanza su zenit con la aprobación de la *Ordonnance Criminelle* de 1670 en Francia. Este texto respondió al proyecto de codificación llevado a cabo por COLBERT y su tío PUSSORT bajo el reinado de LOUIS XIV (1643-1715), bien conocido como es de sobra como *Roi de Soleil* y uno de los mayores exponentes del absolutismo;<sup>62</sup> incluso la “ordenanza penal” llegó a denominarse en aquel tiempo *Code Louis*. Este código rigió la práctica legal francesa a lo largo de los siglos XVI, XVII y XVIII y sólo fue reemplazada tras la Revolución Francesa. Es interesante poner de relieve que la misma resume los postulados del proceso inquisitivo. Así, de acuerdo con este texto, la instrucción se percibía como el “alma del proceso”, siendo su objetivo preparar la condena o absolución del acusado.<sup>63</sup> En resumen, sus rasgos definitorios a la época eran aproximadamente los siguientes: el procedimiento (instrucción) era escrito y secreto; la tarea de investigación correspondía al juez o tribunal sin una división clara entre las funciones de acusación y enjuiciamiento; presencia del sistema de prueba legal, el cual compelia a la práctica obligatoria de un interrogatorio al acusado (confesión), para el que se requería la prestación de juramento, pudiendo acudirse al empleo de la tortura si fuera necesario;<sup>64</sup> por último, existía previsión de posterior

61 Más ampliamente ESMEIN. Ob. cit., p. 145-179. Comenzó así un periodo de promulgación de diversas ordenanzas o movimiento codificador, por ejemplo en Francia a partir de las Ordenanzas de 1498 y 1539 así como la famosa Ordenanza Carolina (*Constitutio Criminalis Carolina*) de 1532 en Alemania; para un breve examen de esta última en particular AMBOS, KAI. Ob. cit., pp. 60-61.

62 Su frase “el Estado soy yo” (*l'Etat c'est moi*) es sobradamente conocida. En relación con el proceso de redacción y contenido de la Ordenanza de 1670 véase en concreto ESMEIN, ob. cit., pp. 183 y ss, quien recuerda cómo los redactores de la Ordenanza de 1670 ya habían desarrollado el mismo trabajo con la anterior Ordenanza de 1667.

63 El texto completo está disponible en el sitio internet: [http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/ordonnance](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/ordonnance) y también los comentarios respecto de la misma por PLOSCOWE. Ob. cit., pp. 449-450, quien define el objetivo de esta instrucción según la expresión legal original: “*preparer, rechercher, ordonner et composer tout ce qui est necessaire pour parvenir à la condamnation où à l'absolution de l'accusé*” (preparar, investigar, ordenar y reunir todo lo necesario para llegar a la condena o absolución del acusado).

64 Consúltese específicamente el título XIX: *Des jugements et procès verbaux de questions et tortures* (De la sentencias y procedimientos orales de preguntas y torturas). El texto se refiere a la tortura con el eufemismo de “pregunta” y/o “cuestión”, por ejemplo, en el artículo 1: “*S'il y a preuve considerable contre l'accusé d'un crime qui*

remedio legal o recurso y así el derecho a la doble instancia se encontraba garantizado.

### 2.3 Mixto y/o acusatorio formal<sup>65</sup>

Como se ha mencionado con anterioridad, no existe acuerdo doctrinal unánime sobre la existencia de este *tertium genus*; sin duda su existencia implicaría la desaparición de los otros dos modelos debido a que todos los procesos penales hoy día en vigor a lo largo de la geografía mundial participan de un modelo semiacusatorio y semiinquisitivo con diferente graduación, motivo por lo que todos ellos en una u otra medida habrían de adscribirse a dicha tercera categoría.<sup>66</sup> De todas formas, se incluye aquí su (breve) análisis por cuanto su tipificación ha supuesto sin duda un importante paso adelante en el desarrollo histórico del proceso penal en el ámbito de la Europa continental, produciendo la distancia con el antiguo modelo inquisitivo. Así sucede a partir de la aprobación del Código de Instrucción Criminal francés (*Code d'Instruction Criminelle*) en 1808,<sup>67</sup> el

---

*mérite peine de mort, et qui soit constant, tous juges pourront ordonner qu'il sera appliqué à la question, au cas que la preuve ne soit pas suffisante* ("Si existe abundante prueba contra el acusado de un delito que le hace acreedor de la pena capital, las autoridades judiciales podrán solicitar que se le aplique la "pregunta-cuestión" en el caso de que la prueba no fuera suficiente"). El posterior artículo 8 hace referencia a la prestación de juramento obligatoria por parte del acusado: "*L'accusé sera interrogé après avoir prêté serment, avant qu'il soit appliqué à la question et signera son interrogatoire, sinon sera fait mention de son refus*" ("El acusado será interrogado después de haber prestado juramento, antes de la aplicación de la "pregunta-cuestión" y firmará su interrogatorio; caso contrario se hará constar su negativa").

65 Tal es la terminología utilizada por un amplio sector doctrinal equiparando ambos términos; con el segundo de ello parece quererse resaltar la preferencia por el modelo acusatorio, siquiera desde una perspectiva formal. A modo de ejemplo, entre la literatura española sobre este sistema mixto o acusatorio formal ARMENTA DEU. Ob. cit., esp. p. 25, así como PEDRAZ PENALVA. Ob. cit., esp. pp. 71 y ss. Esta terminología es también acuñada por GIMENO SENDRA, V. "El derecho fundamental a un proceso acusatorio", en: *Diario La Ley*, 30 de mayo de 2012, No. 7869, <http://diariolaley.laley.es>, quien también pasa revista a la evolución histórica del proceso penal.

66 Vid. WILLIAMS, G. *The proof of guilt: a study of the English criminal trial*, 3a. ed., Stevens & Sons, London, 1963, esp. p. 63.

67 El texto completo junto con una introducción efectuada por R. GARRAUD está disponible en sitio internet [http://ledroitcriminel.free.r/ a\\_legislation\\_ criminelle/anciens\\_textes/code\\_instruction\\_criminelle\\_1808.htm](http://ledroitcriminel.free.r/ a_legislation_ criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808.htm) (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013).

cual desplegó una gran influencia en Europa continental y cuyo modelo se extendió a muchos otros países europeos después de la etapa napoleónica. Como ha sido anticipado, el nuevo código representa una versión saneada del proceso inquisitivo<sup>68</sup> y por esta razón en Francia se considera como punto de partida de un nuevo modelo de proceso penal. Tal sistema combina así el anterior sistema inquisitivo junto con las características del sistema inglés acusatorio introducido durante la Revolución Francesa;<sup>69</sup> ello hasta el punto de que algún sector doctrinal ha propuesto que el nuevo modelo deriva de la existencia de una solución de compromiso entre la anterior Ordenanza de 1670 y el proceso inglés.<sup>70</sup>

A buen seguro, una de las novedades más interesantes de este tercer modelo es la separación que se produce entre sendas tareas de acusación e investigación, las cuales a partir de ahora van a ser ejercidas por personas diferentes; así respectivamente el acusador en cuanto representante del interés público y el juez en cuanto representante de la autoridad judicial (*potestas*).<sup>71</sup> En realidad la misión de acusar se encomienda a un funcionario especial que actúa como “acusador público” y para quien las partes no habrán de comportarse más que como meros auxiliares en el desarrollo de su tarea. En contraposición, el juez conserva la investigación (instrucción) teniendo ahora lugar el nombramiento de un juez o magistrado instructor y así la característica distintiva del proceso penal continental. Este hecho merecía una explicación lógica en su día, por cuanto

68 Así DELMAS-MARTY y SPENCER. Ob. cit., p. 10.

69 La obra del barón de MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*, Barrillot & Fils, Genève, 1748, adquirió especial importancia; versión electrónica disponible en [http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de\\_esprit\\_des\\_lois/de\\_esprit\\_des\\_lois\\_tdm.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html) (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013).

70 En esta línea PLOSCOWE. Ob. cit., p. 462; en relación con la fase preliminar o de instrucción ante el juez instructor, “el Código es el hijo de la *Ordonnance* del *ancien régime*” (traducción libre).

71 El judicial no puede ser considerado como un “poder” (*pouvoir*) sino una “autoridad” (*potestas*) según PEDRAZ PENALVA, E. “Sobre el ‘poder’ judicial y la *Ley Orgánica del Poder Judicial*”, en: *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid, 1990, pp. 141-202, esp. p. 154. También sobre el mismo tema por el mismo autor, “La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de MONTESQUIEU”, en: *Revista de Derecho Procesal* 1976, No. 4, pp. 905-943, así como en la obra compilatoria anterior en pp. 9-42. En relación con esta separación de las dos funciones —acusación e investigación— recuérdese que ello es la característica consustancial del proceso penal acusatorio como se ha descrito más arriba.

no podía ser confiada el desarrollo de tal tarea a la policía;<sup>72</sup> por supuesto, tampoco tenía sentido dejar dicha función en manos del acusador pues el interés especial del nuevo código era procurar la separación de la función de acusar respecto de aquellas de investigación y enjuiciamiento. En puridad, el propósito exclusivo de mantener al juez instructor como figura opuesta a la policía y al acusador era “asegurar que se hiciera justicia”.<sup>73</sup>

En este contexto se aprecia cierto eclecticismo en la configuración del nuevo proceso penal a partir de su división en dos fases como ahora va a tener lugar, cada una de las cuales continúa respetando las características de los antiguos modelos acusatorio e inquisitivo. La primera fase, denominada “examen preliminar”, investigación o fase de instrucción, es comisionada a este juez instructor conforme a las características del proceso inquisitivo y así con desarrollo de un procedimiento escrito y secreto (*dossier* o sumario):<sup>74</sup> el objetivo es preparar el posterior juicio

72 Así ANTON, A.E. “L’instruction criminelle”, en: *American Journal of Comparative Law* 1960, vol. 9, pp. 441-457, esp. pp. 442-443 argumentando que “hubiera sido absurdo permitir que se llevara a cabo por la *gendarmérie*. Aunque los gendarmes disfrutaban de una merecida reputación de firmeza, a menudo carecían de independencia, imparcialidad, conocimiento de la ley y en ocasiones incluso de la capacidad necesaria para gestionar la *información*” (traducción libre).

73 ANTON. Ob. cit., p. 443. En contraste, en aquel tiempo en Inglaterra no existía una organización de la acusación pública como existía en Francia, lo cual constituyó una de las razones del porqué el proceso penal (inglés) continuó siendo acusatorio, basado en la acusación privada; en este sentido PLOSCOWE. Ob. cit., p. 459. De hecho el primer servicio de acusación pública se inauguró en Inglaterra y Gales en 1986 bajo el nombre de Servicio de Fiscalía de la Corona (*Crown Prosecution Service* o CPS según las siglas en inglés) pues hasta entonces el cometido de la acusación había sido desempeñado por la policía; en esta línea, HOGDSON. Ob. cit., esp. pp. 320 y 333. Así también, entre la literatura en idioma español, VOGLER, R. “El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental”, en: BACHMAIER WINTER. Ob. cit., pp. 176-194, esp. p. 190.

74 Aunque no existe previsión expresa en el Código de 1808 estableciendo dicho secreto sumarial, esta regla fue establecida por la *Cour of Cassation* en 1827; así ANTON, ob. cit., p. 443, nota 1. Sobre el secreto sumarial ampliamente, por todos, JIMENO BULNES, M. “El principio de publicidad en el sumario”, en: *Justicia* 1993, No. III-IV, pp. 645-717, esp. pp. 676 y ss. Más recientemente, en materia de publicidad y secreto para el proceso penal en general (aun desde la perspectiva de la legislación procesal alemana), MARXEN, K. “Veröffentlichung und Verheimlichung des Strafverfahren”, en: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* 2013, No. 2, pp. 99-110; así también en nuestro país, MUERZA ESPARZA, J. “Sobre el secreto de sumario”, en: J.L. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR y P. CALDERÓN CUADRADO (coords.), *El Derecho Procesal español*

y en principio no está prevista la institución de la defensa penal aquí y ahora.<sup>75</sup> La segunda fase constituye el propio juicio o “enjuiciamiento final” a desarrollar según las pautas del modelo acusatorio y con observancia de los principios de oralidad y publicidad así como el de contradicción y/o audiencia bilateral o, en suma, la confrontación parcial; en este caso la prueba legal es sustituida por el principio de “íntima convicción” (*intime conviction*),<sup>76</sup> en suma, prueba libre o libre valoración de la prueba. El juicio tiene así lugar ante un tribunal profesional o lego en Derecho en la medida en que la institución del jurado también fue trasladada a Europa continental desde Inglaterra como otra consecuencia más del espíritu revolucionario francés.

Este sistema mixto apoyado en el código napoleónico francés de 1808 se extendió asimismo a otros países de Europa continental, especialmente a Alemania, Italia y España;<sup>77</sup> no en vano las características del nuevo modelo resultaron ser más duraderas que la propia conquista francesa y aún se mantienen hoy en día. En aquel tiempo, la institución del acusador público se promovió por toda Europa continental, se hizo vigente la separación del proceso penal en dos fases de la forma de inmediato descrita e incluso la institución popular (Jurado) fue también adoptada bajo diferentes modalidades.<sup>78</sup> Fue este el momento oportuno para la redac-

---

*del siglo XX a golpe de tango: JUAN MONTERO AROCA. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1137-1154.

- 75 Como remarca PLOSCOWE, “se necesitaron cincuenta años de agitación para que el acusado conquistara el derecho de asistencia jurídica durante la investigación preliminar” (traducción libre); así PLOSCOWE. Ob. cit., p. 462, nota 18. En relación con el papel de la defensa penal en el proceso acusatorio inglés véase LANGBEIN. *The origins of adversary criminal trial*, cit., p. 106, aunque la referencia aquí realizada se ciñe al contexto del juicio y no de la instrucción penal.
- 76 En palabras de ESMEIN. Ob. cit., p. 12, “aunque la búsqueda y la proposición de prueba están sujetas a normas legales, su valor probatorio no resulta medido de antemano y la determinación de la carga probatoria depende de si los jueces obtienen o no la plena convicción (judicial)” (traducción libre).
- 77 Una revisión completa de estos tres países desde la perspectiva histórica en este sentido se realiza por ESMEIN. Ob. cit., pp. 570-606. En relación con Alemania e Italia puede consultarse también PLOSCOWE. Ob. cit., pp. 463-467 así como, entre otros, ARMENTA DEU, T. *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1995, esp. pp. 12 y ss., respecto de España y su legislación procesal penal desde esta perspectiva histórica.
- 78 Para un análisis más exhaustivo así como cita de fuentes legislativas y bibliográficas véase en concreto JIMENO BULNES, M. “La participación popular en la admi-



ción de los Códigos de Organización Judicial y de Proceso Penal de 1877 en Alemania, el Código Procesal Penal de 1865 en Italia y las Leyes de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y 1882 en España, esta última aún en vigor<sup>79</sup> y aún pendiente su sustitución en próxima reforma procesal penal, a la fecha y desde hace años anunciada.<sup>80</sup> Todos estos códigos conservaron

---

nistración de justicia mediante el jurado (art. 125 CE)”, en: *Documentos penales y criminológicos* 2004, vol. 2, pp. 297-355, esp. pp. 307-311. Así también, *in extenso*, DAWSON. Ob. cit., esp. pp. 35 y ss. en relación con Francia y Alemania.

79 Para un comentario del reflejo del modelo acusatorio en esta última, aquí y ahora, por todos, a la fecha de entonces, VÁZQUEZ SOTELO, J.L. “El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español”, en: *Revista jurídica de Catalunya* 1984, vol. 83, No. 2, pp. 373-418; así también GUERRERO PALOMARES. Ob. cit., esp. pp. 163-194 en comentario tras la significativa reforma emprendida de la legislación procesal penal española aún vigente por la LO 7/1988, de 28 de diciembre. No en vano y como ha sido afirmado también entre la literatura, la fecha de 1882 significó la ruptura en España con el anterior “modelo” inquisitivo; así, desde una perspectiva también crítica con esta afirmación, NIEVA FENOLL, J. “El ‘último’ proceso inquisitivo español (el proceso penal de la Novísima Recopilación)”, en: *Justicia* 2006, No. 3-4, pp. 109-162.

80 En estos momentos, como es sabido, se está debatiendo un nuevo borrador de ley procesal penal, cuyo último texto ha sido publicitado con fecha de 26 de febrero de 2013 en el servidor oficial del Ministerio de Justicia aun cuando se encuentra disponible en otros sitios de internet (a modo de ejemplo, ULR: [http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/06/04/codigo\\_procesal\\_penal.pdf](http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/06/04/codigo_procesal_penal.pdf) (fecha de última consulta: 19 de junio 2013). En la actualidad ya existe numerosa literatura en comentario de las principales características del nuevo modelo propuesto, una de cuyas principales novedades la constituye sin duda la entrega al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación penal así como, en términos generales, la mayor discrecionalidad de este último en aras de la aplicación de principio de oportunidad; en esta línea, BUJOSA VADELL, L.M. “Aproximación a la iniciación de la investigación penal en la propuesta de Código Procesal Penal: ¿oficialidad o discrecionalidad?”, en: *Diario La Ley*, 3 de junio de 2013, No. 8096, <http://diariolaley.laley.es> Así también, entre otros trabajos son de interés en relación con este nuevo modelo de proceso penal en España LÓPEZ ORTEGA, J.J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. “El proceso penal como sistema de garantías: la imparcialidad del juez en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código Procesal Penal” (I) y (II), en: *Diario La Ley*, 20 de mayo de 2013, No. 8086 y 27 de mayo, No. 8091, así como “El proceso penal como sistema de garantías (III): la contradicción previa al juicio en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código Procesal Penal”, en: *Diario La Ley*, 24 de junio de 2013, No. 8111, todos ellos disponibles bajo suscripción en <http://diariolaley.laley.es>

No obstante ya desde la academia española se viene aportando en los últimos años bastantes reflexiones sobre el nuevo modelo procesal penal con propuestas de *lege ferenda* en su mayor parte a favor de un modelo acusatorio. A modo de ejemplo,

en su comienzo las características y la institución del juez instructor a fin de administrar esta primera fase del proceso penal encargada de preparar el posterior proceso penal, que es el juicio mismo; en este contexto, la existencia de una investigación judicial totalmente independiente de la investigación llevada a cabo por las fuerzas policiales —si es que alguna vez ésta tenía lugar— supuso sin duda el rasgo común de todos los procesos penales europeos.

### 3. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES: ¿PROCESO PENAL ACUSATORIO Y/O ADVERSARIAL?

Una vez expuestos los antecedentes históricos de sendos modelos de proceso penal acusatorio e inquisitivo pueden y deben ser ahora examinadas las cuestiones terminológicas así como conceptuales al igual que los rasgos más característicos de ambos tipos de proceso penal, de ordinario presentados como contrapuestos entre ellos.<sup>81</sup> Como ha sido también expuesto, ambos modelos poseen importantes connotaciones territoriales debido a su ubicación en un espacio geográfico u otro, asociado ello a la vigencia

---

entre muchos y en términos generales, GIMENO SENDRA, J.V. “La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en: *Diario La Ley*, 25 de septiembre de 2002, No. 1705, p. 5; GÓMEZ COLOMER, J.L. “Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo”, en: *Revista Penal* 2007, No. 20, pp. 74-88 así como MUERZA ESPARZA, J. “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en España”, en: *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* 2009, No. 21, pp. 35-49; así también, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “Amministrazione della giustizia nella Spagna del secolo XXI (ultime riforme)”, en: *Archivio della nuova procedura penale* 2010, No. 4, pp. 390-392. Precisamente este último autor aboga en su lugar por un proceso penal contradictorio como característica de más urgente alcance en el ámbito de la propugnada reforma procesal penal; así en concreto, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio”, en: *Diario La Ley*, 17 de enero de 2011, No. 7548, <http://diariolaley.laley.es> y en *Justicia* 2011, No. 3-4, pp. 121-132; más ampliamente, *Modelo y propuestas para el proceso penal español*, ePraxis, Sevilla, 2012, esp. pp. 21 y ss., en descripción de dicho modelo contradictorio tras pasar revista a los anteriores sistemas procesales penales acusatorio, inquisitivo y mixto y/o acusatorio formal.

81 En este momento no se realiza referencia al modelo mixto y/o acusatorio formal, en la medida en que este reproduce la combinación de los clásicos modelos acusatorio e inquisitivo. Se utiliza entonces, aquí y ahora, para el presente contexto la perspectiva bipartita de la literatura norteamericana tal y como arriba ha sido argumentado.

de sistemas legales también diferenciados, así, en concreto y desde esta visión bipartita, modelo acusatorio vigente en Inglaterra y Gales así como Estados Unidos, países sujetos a la tradición legal del *Common Law*, e inquisitivo en los países de Europa continental enraizado con el sistema legal del *Civil Law*. Del mismo modo y como ha sido arriba también sugerido, debe tenerse en cuenta que, respecto de este último, no se trata de un único proceso penal europeo,<sup>82</sup> sino de muchos, los que, en cualquier caso, encuentran su raíz y antecedentes en el modelo inquisitivo; por supuesto, la misma distinción obra en relación con la aplicación del modelo acusatorio en Inglaterra y Gales por una parte y Estados Unidos por otra, con presencia en ambos casos de características propias y específicas para los dos países.<sup>83</sup>

La primera cuestión que puede plantearse en este debate terminológico se refiere al uso global de las etiquetas “acusatorio” e “inquisitivo”. Como ya ha sido anticipado, mayores dudas surgen respecto de esta última por sus connotaciones peyorativas aun a la fecha existentes. Ello da lugar a frecuentes malinterpretaciones y confusión generalizada en el mundo del *Common Law*, con manifestación de ideas preconcebidas en relación con el proceso penal aplicado en los países adscritos al *Civil Law*<sup>84</sup>

---

82 Así se reconoce también desde la literatura norteamericana; vid. VOLKMANN-SCHLUCK, T. “Continental European criminal procedures: true or illusive model?”, en: *American Journal of Criminal Law* 1981, vol. 9, pp. 1-32, esp. p. 3. Normalmente el análisis se realiza desde los modelos de proceso penal existentes en Francia, Alemania o, si acaso, Italia como puede apreciarse en la bibliografía ya citada; así, por ejemplo, GOLDSTEIN y MARCUS en pp. 250 y ss., al igual que LANGBEIN y WEINRIB en pp. 1551 y ss. Así también para un enfoque general y más extenso de diferentes procesos penales tanto angloamericanos como europeos en la actualidad puede consultarse la obra coordinada por BRADLEY también arriba mencionada que incluye referencias sobre Inglaterra y Gales en pp. 149 así como 519 y ss., Francia en pp. 201 y ss., Alemania en pp. 243 y ss., Italia en pp. 303 y ss., al igual que sobre otros países de América y Europa. En España destaca, entre otras, el análisis de GUERREIRO PALOMARES. Ob. cit., esp. pp. 133-161 con examen de los procesos estadounidense, inglés y galés, italiano y alemán.

83 De forma especial, KAUFMAN, I.R. “Criminal procedure in England and the United States: comparisons in initiating prosecutions”, en: *Fordham Law Review* 1980 vol. 49, pp. 26-39. Así también, gráficamente, EDWARDS, J.L.J. “English criminal procedure and the scales of justice”, en: *The economics of crime and punishment*, cit., pp. 203-220, esp. p. 204, declarando el autor que Inglaterra nunca adoptará un modelo de proceso penal inquisitivo.

84 A este tratamiento despectivo del sistema inquisitivo que se considera de aplicación en Europa continental por parte de los juristas estadounidenses alude en nuestro

y cuya importancia práctica ya ha sido también debatida más arriba. De este modo, un error frecuente viene asociado a la creencia de la “presunción de culpabilidad” y no de inocencia que opera en el procesal penal europeo continental así como, en términos generales, la falta de respeto a la “justicia”, “imparcialidad” o “equidad procesal”<sup>85</sup> (*fairness*) debido a la inexistencia en última instancia del derecho a un juicio con jurado.<sup>86</sup> Por supuesto, hoy en día ambas afirmaciones son completamente falsas —al menos y desde luego, hoy día— y así el apelativo de “inquisitivo”, si ha de ser empleado, ha de ponerse en relación con el activo papel que ejerce el juez europeo en general; participación judicial que debe entenderse en relación, no sólo con la investigación judicial llevada a cabo por el juez instructor en esta primera fase del proceso penal, sino también —e incluso más importante— como una clara referencia al activismo judicial presente en el desarrollo del posterior juicio oral.<sup>87</sup>

---

país THAMAN, S.C. “Aspectos *adversariales*, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de Estados Unidos”, en BACHMAIER WINTER. Ob. cit., pp. 161-176, esp. 1a. p.

85 Esta última es la traducción al español del término y concepto de *fairness*, regla de oro en el proceso penal adversarial americano, realizada por GÓMEZ COLOMER. “*Adversarial system...*”, cit., esp. pp. 63 y ss., con desglose de su concepto y contenido. Por su parte, en los diccionarios legales al uso que se vienen utilizando para el presente trabajo arriba mencionados también se realiza expresión de los términos de “justicia” e “imparcialidad”, es por ello que también aquí se reflejan ante la imposibilidad de proceder con carácter general a una traducción absoluta de la terminología e instituciones angloamericanas desde la perspectiva española. Sobre el concepto de *fairness* en particular véase también JUNG, H. “Fairness = Wirksame Verteidigung?”, en: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2013, No. 2, pp. 90-98; en España una reflexión se realiza por LORCA NAVARRETE, A.M. “El denominado ‘proceso justo’”, en: *Revista vasca de Derecho Procesal y arbitraje* 2013, No. 1, pp. 35-47, para quien “el ‘proceso justo’ lo es ‘justo’ porque es garantía de la aplicación de las garantías procesales” y “no es ‘justo’ porque en él se establezca la ‘verdad’” (p. 39).

86 Así por ejemplo GLENDON *et al.* Ob. cit., esp. p. 99, textualmente: “Hay tres ideas equivocadas de común creencia en el mundo de *common law* en relación con el proceso penal vigente en los países del *civil law*: el acusado es presumido culpable hasta probar su inocencia, que no hay juicio con jurado y que el juicio es llevado a cabo al estilo ‘inquisitivo (con connotaciones peyorativas y así la injusticia o *unfairness* para el acusado)’ (traducción libre). Como estos autores afirman: “la primera de estas ideas es simplemente falsa”, “la segunda es incorrecta” y la tercera está “mal entendida”. Por supuesto, las malinterpretaciones proceden en mayor medida del mundo lego en Derecho pero incluso alguna de estas ideas se encuentra y afirma todavía entre juristas.

87 También en general y para nuestro propósito aquí y ahora véase GLENDON *et al.* Ob. cit., esp. p. 99 así como WILLIAMS. Ob. cit., esp. p. 30.

No en vano, como ha sido muy clara y gráficamente expuesto entre la academia de nuestro país, el significado de inquisitivo es por sí mismo contrario a la propia esencia del proceso;<sup>88</sup> proceso que hoy en día ha de entenderse únicamente posible en la forma de “debido proceso”,<sup>89</sup> tal y como es reconocido de forma global en todas las normas constitucionales europeas así como en todos los textos de carácter supranacional vigentes en Europa.<sup>90</sup> De este modo, los estándares de justicia que aquí operan lo hacen en la misma forma y nivel que funcionan en el proceso penal de Estados Unidos en aplicación de la Sexta Enmienda,<sup>91</sup> especialmente a

- 
- 88 De forma particular y única MONTERO AROCA, J. “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, en: J.L. GÓMEZ COLOMER (coord). *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 17-66; el mismo autor, como será a continuación expuesto, critica el uso de la etiqueta acusatoria como tautológica así como su monopolización por los procesos penales angloamericanos. Así también reproducción de su razonamiento y obra se encuentra en GÓMEZ COLOMER. “*Adversarial system...*”, cit., pp. 28 y ss.
- 89 En suma parece ser que la expresión original procede de las cláusulas contenidas en la *Liberty of Subject Act* (1354) promulgada en Inglaterra durante el reinado del rey EDUARDO III, concretamente en la incluida en el capítulo 3: “*That no man of what State or Condition he be, shall be put out of Land or Tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought in Answer by due process of law*” (ch.3, 28 Edward 3 disponible en at <http://www.legislation.gov.uk/aep/Edw3/28/3> (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013). En aquel entonces la mención al *due process of law* había de conectarse con la expresión *law of the land* contenida en la sección 3 de la Carta Magna (1225), debiendo ser entendido en ambos casos la imposición de ciertos modelos y/o formas de proceso y/o juicio a ser respetados. En esta línea BEANY, W.M. *The right to counsel in American courts*, Greenwood Press, Westport, Conn, 1977, esp. p. 142.
- 90 En concreto y como es sabido, art. 6 CEDH así como arts. 47-48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en reconocimiento de los derechos a la tutela judicial efectiva, imparcialidad, presunción de inocencia y derecho de defensa. También debe recordarse que tales derechos a un juicio justo (*fair trial*) y a la presunción de inocencia son de obligado cumplimiento en Europa a partir de su regulación en textos internacionales por su parte ratificados y así art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Al respecto, a modo de ejemplo y en especial referencia al “debido proceso” europeo, HOGDSON, J.S. “EU criminal justice: the challenge of due process rights within a framework of mutual recognition”, en: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 2011, vol. 37, pp. 308-322.
- 91 Textualmente: “En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un Jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente

partir de la denominada “revolución procesal penal”<sup>92</sup> emprendida en la era *Warren* por parte del Tribunal Supremo norteamericano y cuyo mejor ejemplo es sin duda el caso *Miranda v. Arizona*.<sup>93</sup> Por este motivo y siguiendo el mismo razonamiento, cualquier referencia a un “proceso penal

por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda.” Traducción al español disponible en servidor oficial <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html> (fecha de última consulta: 19 de junio de 2013). En la línea anticipada véase comentario en obra de referencia *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation*, op. cit., pp. 1491-1544; así también en nuestro país PÉREZ CEBADERA, M.A. “Juicio con Jurado”, en: *Proceso penal y constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pp. 925-979.

- 92 Vid. THAMAN. “A comparative approach to teaching criminal procedure...”, cit., p. 461. Así también ARENELLA, P. “Rethinking the functions of criminal procedure: the Warren and Burger Courts’ competing ideologies”, en: *Georgetown Law Journal* 1983, vol. 72, pp. 185-248, esp. p. 189 en referencia a la revolución que tuvo lugar en el seno del Tribunal Supremo de Estados Unidos con motivo de su presidencia por parte de Earl Warren entre 1953 y 1969. De ordinario es defendido que precisamente a lo largo de estos años y en concreto en la década de los 60 tuvo lugar la llamada “constitucionalización del proceso penal”; así de forma general entre los manuales de proceso penal norteamericanos ISRAEL, J.H. & LA FAVE, W.R. *Criminal procedure. Constitutional limitations*, 7a. ed., West Group, St. Paul, Minn., 2006, esp. p. 1, así como los mismos autores con KAMISAR, Y. *Modern criminal procedure: cases, comments and questions*, 1994, esp. pp. 471 y ss., bajo la rúbrica “la revolución Miranda”. Todas estas innovaciones están especialmente relacionadas con la fase de instrucción y la aplicación de la Cuarta y Quinta Enmienda; para un comentario general con inclusión de jurisprudencia véase también la obra anticipada *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation*, op. cit., esp. pp. 1281 y ss; así también para una línea general del proceso penal norteamericano WEAVER, R.L., ABRAMSON, L.W., BURKOFF, J.M. y HANCOCK, C. *Principles of criminal procedure*, 3a. ed., Thomson & West, St. Paul, Minn., 2008.
- 93 384 US 459 (1966), de hecho la sentencia más importante dictada por el Tribunal Supremo norteamericano en relación con el proceso penal según WHITE, W.S. *Miranda’s waning protections: police interrogations practices after Dickerson*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 2004, p. 1. Sobre la posterior influencia causada por Miranda en los procesos penales europeos véase THAMAN, S.C. “Miranda in Comparative Law”, en: *Saint Louis University Law Journal* 2001, vol. 45, pp. 581-624. De hecho el caso *Miranda* se ha convertido en parte del “corazón” jurisprudencial de Estados Unidos como el propio Tribunal Supremo puso de relieve en *United States v. Dickerson*, 120 S. Ct. 2326 (2000) esp. p. 2336; así también STEINER, R., BAUER, R. y TALWAR, R. “The rise and fall of the Miranda warnings in popular culture”, en: *Cleveland State Law Review* 2011, vol. 59, pp. 219-236.

inquisitivo” es una *contradictio in terminis*,<sup>94</sup> expresión así que debería ser abolida y reemplazada en su caso por otra terminología más específica y adecuada. Pudiera así utilizarse el término de “investigativo” como ha sido en algún momento propuesta<sup>95</sup> en referencia al modelo procesal penal presente en el continente europeo, si es que se pretende acuñar una expresión propia y característica del mismo a fin de provocar su distinción con el proceso penal angloamericano, necesidad que personalmente pongo en duda.

Por otra parte, la noción de proceso acusatorio es asimismo resbaladiza porque, a tenor de su significado literal, ambos procesos penales angloamericano y europeo continental han de ser hoy en día catalogados como acusatorios;<sup>96</sup> en suma ambos contemplan la existencia de acusación formal procedente del modelo romano (*accusatio*) y así, en el contexto actual, proceden a una distinción entre esta autoridad —ahora parte— acusadora y la judicial.<sup>97</sup> Así, a pesar de la abundante literatura en pretexto de aclarar este concepto y su relación con la noción de adversariedad misma,<sup>98</sup> el patrón de este proceso penal acusatorio se ha convertido en

94 MONTERO AROCA. Ob. cit., p. 23.

95 Vid. GLENN. Ob. cit., pp. 125 y 232 arriba citado.

96 Este es el debate de MONTERO AROCA y así la consideración del “absurdo intento de monopolizar la idea de proceso acusatorio”; MONTERO AROCA. Ob. cit., pp. 24 y ss; así también MONTERO AROCA, J. “La inutilidad del llamado principio acusatorio para la conformación del proceso penal”, en: *X Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*, Buenos Aires, 12-14 de noviembre de 2008, disponible en <http://es.scribd.com/doc/76717270/Congreso-Azul-2008-Montero-Aroca> (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013). También muy crítico con esta pretendida distinción entre ambos modelos de proceso penal en “El significado actual del llamado principio acusatorio”, en: GÓMEZ COLOMER y GONZÁLEZ CUSSAC. Ob. cit., pp. 313-337.

97 En esta línea, GIMENO SENDRA. “El derecho fundamental a un proceso acusatorio”, cit. y MONTERO AROCA. “El significado actual del llamado principio acusatorio”, cit., esp. pp. 326 y ss. Así también, ampliamente y en su día, ASENSIO MELLADO, J.M. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991, esp. pp. 23 y ss.

98 Un buen ejemplo para un enfoque general son los trabajos de DAMASKA, M. “Adversary system”, en J. Dressler (ed.). *Encyclopaedia of crime & justice*, vol. 1, 2a. ed., Free Press, New York, 2002, pp. 25-31 y LANDSMAN, S. *Readings on adversarial justice: the American approach to adjudication*, West Publishing Co, St. Paul, Minn, 1988, esp. pp. 1-6, para una breve introducción al sistema adversarial americano. Como puede observarse ambos términos son empleados en lengua inglesa para la referencia a dicho sistema “adversarial”, traducción por la que se opta mayoritariamente en español; no obstante algún autor o autora en concreto propone en su lugar

una fuente de fascinación especialmente para un amplio sector doctrinal de origen europeo siendo creado una especie de principio acusatorio<sup>99</sup> para otros —y así, en nuestro país, de nuevo MONTERO AROCA— calificado de “slogan político”.<sup>100</sup> En este contexto y de forma paralela, sucede que, mientras la literatura europea busca inspiración en Norteamérica para reconstruir el proceso penal de sus propios países,<sup>101</sup> el ámbito académico angloamericano —especialmente desde Estados Unidos— expresa su descontento con la institución de la adversariedad reconsiderando su acercamiento a las soluciones vigentes en Europa continental.<sup>102</sup>

---

el empleo de “adversativo” como es el caso de ARMENTA DEU. *Sistemas procesales penales*, cit., pp. 26 y ss, entre otras.

- 99 Véase una panorámica general para los distintos países en AMBOS, K. “Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und verfahren aus historischer Sicht”, en: *Jura* 2008, No. 8, pp. 586-594; así también, con referencia a un país concreto como por ejemplo Alemania, BOHLANDER, M. *Principles of German criminal procedure*, Hart Publishing, Oxford, 2012, esp. pp. 24 y ss., con empleo de distinta denominación y así en concreto *Anklagegrundsatz*. En nuestro país, además de las obras de ARMENTA DEU, ASENCIO MELLADO y GUERRERO PALOMARES junto con el trabajo de GÓMEZ COLOMER, todos ellos ya citados, puede también consultarse, a modo de ejemplo, PICÓ I JUNOY, J. “La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio. Un examen desde el Derecho Comparado”, en: *Diario La Ley*, 23 de octubre de 2006, No. 6575, <http://diariolaley.laley.es> En todos los casos y para todas las obras, el término resulta acertado en tanto en cuanto signifique cosa distinta al sistema acusatorio (lease distinción entre las funciones de acusación y enjuiciamiento, su puesta en relación con el poder judicial de iniciativa probatoria... etc.).
- 100 Vid. ambos trabajos arriba citados con dicho título. Anticipación de este punto de vista y así critica igualmente a la distinción entre ambos sistemas procesales se encuentra ya en su trabajo “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, cit., esp. pp. 584 y ss.
- 101 Este es ahora el caso de España a raíz del ya mencionado borrador de ley procesal penal; consúltese *supra* nota 80 así como la bibliografía allí mismo citada. Para un estudio más concreto del proceso penal norteamericano y, en su caso, la propuesta como modelo véase GÓMEZ COLOMER, J. L. *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, D.F., 2008, esp. pp. 37 y ss. así como BACHMAIER WINTER, L. “Grundzüge des Vorverfahrens des Strafprozesses der USA”, en: F.C. Schroeder y M. Kudratov (eds.). *Das Strafprozessuale Vorverfahren in Zentralasien zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell*, Peter Lang, Frankfurt am Mein, 2012, pp. 39-57.
- 102 En relación con tales reformas legislativas, este mismo interés mostrado hacia el proceso penal estadounidense se manifiesta en otros países, por ejemplo, en su día, Alemania; así JESCHECK, H.H. “Principles of German criminal procedure in comparison with American Law”, en: *Virginia Law Review* 1970, vol. 56, pp. 239-253. Por otra parte y en sentido contrario, el proceso penal alemán ha sido en general



Con todo, parece que el concepto de proceso penal adversarial es mucho más preciso y específico a fin de poner de relieve las diferencias existentes entre los procesos penales angloamericanos de aquellos en vigor en Europa continental.<sup>103</sup> Además, resulta ser el término apropiado, aun cuando se emplea a menudo como equivalente al (proceso penal) acusatorio pese al intento de cierto sector doctrinal de establecer la distinción entre ambos conceptos e instituciones.<sup>104</sup> Al final, semejantes precisiones

---

muy bien valorado desde la literatura norteamericana; entre otros, FRASE, R.S. y WEIGEND, T. “German criminal justice as a guide to American Law Reform: similar problems, better solutions?”, en: *Boston College International & Comparative Law Review* 1995, vol. 18, pp. 317-360. Para una perspectiva general de ambos procesos penales alemán y norteamericano desde un punto de vista comparado, TRUG, G. *Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im Deutschen und US-Amerikanischen Strafverfahren. Ein strukturanalytischer Vergleich am Beispiel der Wahrheitsforschung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, en relación con el problema de la búsqueda de la verdad (material) a la que de inmediato se hará también referencia.

102 Así VAN KESSEL, G. “Adversary excesses in the American criminal trial”, en: *Notre Dame Law Review* 1992, vol. 67, pp. 403-551, esp. pp. 425 y 465 en adelante destacando los fallos del sistema de justicia penal Estados Unidos tales como la pasividad judicial, el predominio de profesionales de la abogacía y la negociación de la pena como el precio a pagar por las características anteriores. Igualmente, la academia británica ha puesto sus ojos en el continente en búsqueda del modelo procesal penal adecuado; así, en concreto, con referencia al modelo francés, LEIGH, L.H. “Liberty and efficiency in the criminal process. The significance of models”, en: *International and Comparative Law Quarterly* 1977, vol. 26, pp. 516-530, esp. pp. 520 y ss. así como, especialmente, HODGSON, J.S. *French criminal justice: a comparative account of the investigation and prosecution of crime in France*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

103 En esta línea VOGEL, R. “El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental”, en: BACHMAIER WINTER. Ob. cit., pp. 177-194, quien además aborda el tema lingüístico creando la noción de “adversarialidad” así como aborda las características de la misma en pp. 182 y ss.; aquí en cambio, como ha sido visto, el término empleado es “adversariedad”. Por otra parte, resulta ser ésta una noción aplicable en Estados Unidos tanto al proceso civil como penal lo cual lleva a discutir hoy día el acercamiento entre ambos procesos; ampliamente, ARMENTA DEU, T. (coord.). *La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?*, Marcial Pons, Madrid 2013, *passim*.

104 En concreto, este es el caso de GOLDSTEIN. Ob. cit., pp. 1016-1017 en definición del concepto “adversarial” como “el método de resolver disputas que toma su eje principal en el debate que tiene lugar en el juicio” con exposición de sus rasgos esenciales y considerando en todo caso que el método adversarial “es simplemente una forma de exponer los hechos y aplicar el Derecho”; por el contrario, la noción de “acusatorio” se refiere a “un modelo procesal clásico que engloba, no sólo un proceso judicial

terminológicas no son convincentes para el común de la literatura pues aún hoy día autoridades académicas y judiciales utilizan ambos términos como sinónimos;<sup>105</sup> bien es cierto que, a menudo, las características de ambas instituciones están presentes en los procesos penales adscritos a la tradición legal del *Common Law*. En cualquier caso, si el esbozo de una noción “acusatoria” aparece como poco claro en América y en Europa tampoco suficientemente explícita para la caracterización del modelo angloamericano procesal penal, sugeriría en su lugar la opción por el calificativo de “adversarial”<sup>106</sup> —insisto, si es que es necesario algún tipo de catalogación— en clara referencia al proceso penal inglés y norteamericano; esta terminología, desde luego, parece ser mucho más explícita en relación con los intereses que están en juego en el proceso penal así como los propios valores y conducta desplegada por los diferentes participantes en el mismo.

Ha sido así también objeto de amplia discusión doctrinal el carácter adversarial del proceso penal angloamericano, especialmente en relación con el modelo implantado en Estados Unidos, por cuanto el mismo toma apariencia de un agresivo combate entre partes en el que éstas representan sus “historias” ante una “audiencia” imparcial y pasiva, la cual tiene por tarea la toma de la oportuna decisión.<sup>107</sup> Esta concepción se presenta

---

adversarial sino otras premisas fundamentales” donde también entra en juego la referencia social cuenta la trascendencia social la cual implica, al final, una conducta del juez “reactiva” (*reactive*) y/o pasiva.

- 105 Entre muchos HERMANN, J. “Various models of criminal proceedings”, en: *South African Journal of Criminal Law and Criminology* 1978, vol. 2, pp. 3-19, esp. 1a. pág. Así también se encuentra referencia a ambos terminus en sentido equivalente dentro de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano en sentencias tan emblemáticas como *Miranda v. Arizona*, cit., 460.
- 106 Para otros “adversativo” en la línea indicada, en concreto por parte de ARMENTA DEU; así por ejemplo en concreto, además de otros trabajos ya citados, “Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común hacia los métodos extrajurisdiccionales”, en: ARMENTA DEU. *La convergencia entre proceso civil y penal*, cit., pp. 227-254, esp. pp. 228 y ss. (de especial interés pp. 230 y ss., con diferencia entre nociones de “acusatorio” y “adversarial”). Así también, una excelente exposición del origen, concepto y características del sistema adversarial se realiza por GÓMEZ COLOMER. “*Adversarial system, ...*”, cit., esp. pp. 50 y ss.
- 107 Una descripción muy gráfica se realiza por GOODPASTER, G. “On the theory of American adversary criminal trial”, en: *Journal of Criminal Law and Criminology* 1987, vol. 78, pp. 118-154, esp. p. 120 y así “el juicio penal adversarial americano es un debate narrativo en un contexto regulado en el que campeones de la competición interpretan sus historias de la mejor forma posible dentro de los límites establecidos.

esencialmente en la fase del juicio, la cual se configura centrada en las partes (*party-centered*) a diferencia de lo que ocurre en el o los procesos penales desarrollados en la Europa continental que están centrados en la figura del juez (*judge-centered*).<sup>108</sup> Desde esta perspectiva, los papeles desplegados por la acusación y defensa adquieren suma importancia<sup>109</sup> a fin de hacer posible el control y dirección del propio juicio en el que ambas partes procesales habrán de desarrollar su actividad probatoria. En esta línea y en términos generales, ha sido criticado el excesivo poder que acumulan las partes o, en suma, “abogados” intervinientes (*lawyerization*)<sup>110</sup> en oposición con la figura de juez pasivo y neutral que tiene lugar en tales sistemas adversariales;<sup>111</sup> en puridad, cabría hablar más

---

Las partes componen sus historias y las presentan ante una audiencia imparcial y pasiva que actúa como juzgadora (*decision maker*), asignando responsabilidad penal según las bases de las historias” (traducción libre). Algunos autores han comparado por tanto al proceso judicial con una suerte de “teatro” (*drama*), comparación probablemente no sólo aplicable al proceso adversarial, aun cuando el autor está más familiarizado con este modelo; en concreto BALL, M.S. “The play’s the thing: an unscientific reflection on courts under the rubric of theater”, en: *Stanford Law Review* 1975, vol. 28, pp. 81-115, esp. p. 82.

- 108 Ambas expresiones proceden de HERMANN. Ob. cit., p. 5. En cualquier caso, ello no significa que, bien las partes procesales o bien el juez ejerzan control alguno sobre el litigio; especialmente en relación con la primera expresión propia del sistema adversarial véase LANDSMAN. Ob. cit., pp. 27 y 33 en adelante, haciendo una valoración y resaltando los beneficios de esta característica del proceso penal adversarial.
- 109 Al respecto y en relación con el el origen del juicio adversarial desde la disputa o “altercado” (*altercation*), LANGBEIN. *The origins of adversary trial*, cit., p. 252. En relación con la posición de la defensa en relación con el proceso penal adversarial y no adversarial en general HOGDSON, J.S. “The role of the criminal defence lawyer in adversarial and inquisitorial procedure”, en: T. Weigend *et al.* (eds.). *Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 45-59; también de interés el estudio comparado por MYERS, R.E. “Adversarial counsel in an inquisitorial system”, en: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 2011, vol. 37, pp. 411-435.
- 110 Específicamente HOGDSON, J.S. “Conceptions of the trial in inquisitorial and adversarial procedure”, en: A. Duff, L. Farmer, S. Marshall y V. Tadros (eds.). *Judgment and calling to account*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 223-242, esp. pp. 7 y 16-17; este hecho ha llevado al silencio virtual de la persona acusada y, según la autora, el “juicio donde el acusado habla” se ha sustituido por el “juicio donde el abogado habla”, siendo así el imputado “marginado” por la “protección de su defensa” (p. 17).
- 111 Esta pasividad o neutralidad del tercero imparcial que juzga responsable de la investigación del hecho delictivo pero quien relega la presentación de la prueba a las partes se convierte en un elemento fundamental de la adversariedad; así LANDSMAN,

precisamente de órgano decisor y no autoridad judicial en este caso, por cuanto, como es sabido, en tales sistemas adversariales radicados en los países del *Common Law* de ordinario la decisión se adopta por un cuerpo de personas legas en Derecho (jurado) y sólo excepcionalmente por un juez profesional.<sup>112</sup> Así, este derecho a un juicio adversarial desarrollado de tal manera se garantiza en todos los procesos penales implantados en Estados Unidos, tanto de carácter federal como estatal, según mandato de la Sexta Enmienda en defensa del respeto al derecho del “debido proceso” (*due process of law*).<sup>113</sup>

---

S. “A brief survey of the development of the adversary system”, en: *Ohio State Law Journal* 1983, vol. 44, pp. 713-739, esp. p. 714; así también el mismo autor en su obra de referencia *Readings on adversarial justice...*, cit., p. 77 en relación con la pasividad del juicio. Para un examen general de todo este contexto, KUBICEK, T.L. *Adversarial justice: American’s court system on trial*, Algora Publishing, New York, 2006.

Al menos en Inglaterra la fecha de 1730 es mencionada frecuentemente como punto de partida del creciente predominio del papel de la defensa en el tribunal *Old Bailey* en Londres, seguido por la extensión de la organización judicial durante las épocas Tudor y Stuart; de este modo, LANDSMAN, S. “The rise of the contentious spirit: adversary procedure in eighteenth century England”, en: *Cornell Law Review* 1990, vol. 75, pp. 496-609, esp. p. 525 así como BEATTIE, J.M. “Scales of Justice: defense counsel and the English criminal trial in the eighteenth and nineteenth centuries”, en: *Law and History Review* 1991, vol. 9, pp. 221-267, esp. p. 226. También LANGBEIN. *The origins of adversary trial*, cit., p. 253 de nuevo hace referencia a la “abogadización” del proceso penal en Inglaterra, especialmente en relación con la fase del juicio.

- 112 El caso *Singer v. US*, 380 US 24, 36 (1965) revela como el Tribunal Supremo de Estados Unidos es reactivo a la renuncia del juicio con Jurado por parte del acusado, tal y como se garantiza en la Sexta Enmienda y a pesar de la disposición contenida en la Regla 23 *Federal Rules of Criminal Procedure* (en adelante FRCP) disponible por ejemplo en [http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule\\_23](http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_23) (última fecha de consulta: 19 de junio de 2013). Como es declarado en la sentencia citada, “el único derecho constitucional del imputado relativo al método del juicio es (el derecho a) un juicio con jurado imparcial”; esto es, el derecho al “debido proceso” en este caso garantiza el derecho a un juicio con Jurado y no el derecho a un juicio con un juez (*decision maker*) imparcial. Sobre el contenido y significado de tal derecho a un juicio con jurado en general, recuérdese el caso *Duncan v. Louisiana* arriba citado así como, entre la literatura norteamericana, por todos, MARDER, N.S. *The jury process*, Foundation Press, New York, 2005, pp. 34-49.
- 113 Vid. *Faretta v. California*, 422 US 806, 818 (1975) donde el Tribunal Supremo declara en particular “el derecho a la información, confrontación y al proceso obligatorio, cuando aparecen juntos, garantizan que un cargo penal (acusación) va a obtener respuesta ser dar respuesta a un cargo penal en la manera que ahora se considera

La noción de adversariedad aún resulta más gráfica en el supuesto del proceso penal anglo y/o norteamericano, por cuanto ambas partes procesales, acusación y defensa, de acuerdo con este esquema de confrontación procesal, preparan “su” caso ante el tribunal; de este modo acusación y defensa construyen dos casos independientes.<sup>114</sup> En este contexto, ambas partes deben llevar a cabo su investigación y reunir su propio material probatorio a fin de conseguir la íntima convicción de aquel a quien corresponda la resolución del conflicto (*decision-maker*) y quien, en todo caso, ejerce un mero papel pasivo en todo este juego desarrollado según dicho modelo adversarial de carácter reactivo;<sup>115</sup> de este modo y por tal razón, se articulan normas probatorias sin duda de carácter complejo a fin de contribuir en la mejor medida posible al apoyo de la aplicación de las máximas de experiencia a exponer por este tercero imparcial.<sup>116</sup> Por

---

fundamental para una administración de justicia americana justa así, a través de la convocatoria e interrogatorio de testigos favorables, el interrogatorio cruzado de testigos adversos y la introducción ordenada de prueba” (traducción libre). Véase también *California v. Green*, 399 US 149, 176 (1970) con referencia a la cláusula de confrontación contenida igualmente en la Sexta Enmienda junto con la anterior referencia al derecho a la “información, defensa letrada y proceso obligatorio”, todos ellos “resultado del derecho a un proceso adversarial ante un Jurado con origen en los siglos XVII y XVIII”. Por último *Gideon v. Wainwright* 372 US 335, 342 (1963) debe ser recordado como un precedente importante en este sentido a modo de *leading case*, teniendo allí lugar la interpretación de la Catorceava Enmienda y así, en concreto, la extensión de la garantía del “derecho al debido proceso” también en el contexto estatal. Toda esta jurisprudencia se encuentra parcialmente traducida y comentada de forma sistemática en la obra *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* arriba citada.

- 114 Vid. DAMASKA. “Adversary system”, cit., p. 25, quién argumenta que los límites de tolerancia de semejante partidismo debieran operar más estrictamente para la acusación en virtud de su responsabilidad para procurar la protección del interés público. Así también para una visión igualmente general TARUFFO, M. “I processi civil e penali in Europa e negli Stati Uniti cenni generali”, en: ARMENTA DEU. *La convergencia entre proceso civil y penal*, cit., pp. 35-43, esp. pp. 37 y ss.
- 115 Consúltase GOLDSTEIN. Ob. cit., p. 1017; el autor hace una distinción entre dicha posición reactiva del juez representando al estado en sistemas adversariales y el papel opuesto proactivo del poder judicial en sistemas no adversariales. El mismo enfoque es utilizado por DAMASKA. “Structures...”, cit., p. 493 y *The faces...*, cit., p. 71.
- 116 El análisis de la valoración del material probatorio en relación con procesos adversariales y no adversariales ha sido incluso realizado desde una perspectiva económica con objeto en este caso de probar la eficiencia de los dos modelos; así POSNER, R.A. “An economical approach to the Law of Evidence”, en: *Stanford Law Review* 1999, vol. 51, pp. 1477-1546. Para una comparación en materia probatoria por parte

todo ello es de comprender que la institución del *discovery*<sup>117</sup> se convierte en esencial dentro de tal contexto adversarial mientras que, por el contrario, es desconocida en el ámbito del proceso penal de la Europa continental;<sup>118</sup> en este último ámbito, como es bien conocido, sólo existe una única instrucción o sumario en su caso (*investigative dossier*)<sup>119</sup> al cual podrán acceder ambas partes procesales desde el principio de la investigación vigente el principio de contradicción en esta fase de instrucción en términos generales y a salvo de su exceptuación conforme a Derecho.<sup>120</sup>

de ambos sistemas judiciales consúltese en general DAMASKA. “Evidentiary barriers...”, cit.; según este autor cabe apreciar diferencia entre dos estilos probatorios aplicables a cada sistema.

- 117 Desde aquí se hace difícil la traducción al español dado el carácter autóctono y propio de tal institución en los sistemas adversariales. Desde la perspectiva legal lingüística se utilizan los términos de “descubrimiento”, “revelación” o incluso de “exhibición”, resultando incluso a mi juicio más fidedigno este último por lo que la propia institución entraña; consúltese así, a modo de ejemplo, KAPLAN, S.M. *Legal dictionary: English-Spanish/Spanish-English*, 3a. ed., Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, p. 144 así como diccionario legal Word reference en el sitio internet <http://www.wordreference.com/enesl/discovery> (fecha de última consulta: 19 de junio de 2013). Finalmente se hace empleo directamente del término inglés comúnmente aceptado entre la academia de España y otros países; por todos, GÓMEZ COLOMER, J.L. “*Adversarial system...*”, cit., p. 53.
- 118 Para una perspectiva comparada consúltese de nuevo DAMASKA. “Evidentiary barriers...”, cit., p. 533 así como SCHLESSINGER. Ob. cit., p. 372, este último con referencia de forma bastante gráfica a una especie de “escenario neandertal” en procesos penales de EEUU; así también entre la literatura en español de gran interés GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Los procesos civil y penal en EEUU, convergencias y divergencias. Perspectiva del abogado penalista”, en: ARMENTA DEU. *La convergencia entre proceso civil y penal*, cit., pp. 45-57, esp. pp. 51 y ss. En comentario a la regla 16 FRCP así como a *leading cases* tales como *Brady v. Maryland* 373 US 220 (1963) y siguiendo algunos casos consúltese CARY, R.M, SINGER, C.D. y LATCOVICH, S.A. *Federal criminal discovery*, American Bar Association: Criminal justice section, Chicago, 2011 así como *The American Bar Association Standards relating to the administration of Criminal justice*, 2a. ed., American Bar Association, Washington, 1978, en concreto capítulo 11 relativo al *discovery* y procedimiento antes del juicio.
- 119 Nombre adoptado por THAMAN, S.C. *Comparative criminal procedure. A casebook approach*, Carolina Academic Press, Durham, N.C., 2002, p. 14.
- 120 Sobre este tema véase por ejemplo JIMENO BULNES. “El principio de publicidad...”, cit., donde la distinción entre sendos principios de contradicción (como equivalente a “confrontación” en los sistemas *civil law*) y publicidad es realizada para esta fase de investigación del proceso penal. Para la percepción americana del sumario como equivalente a *dossier* escrito consúltese MURRAY, D.E. “A survey of criminal procedure in Spain and some comparisons with criminal procedure in the United States”,

Así también y por ello, esta forma de presentar el caso o casos en tales sistemas adversariales llegada la fase de juicio también produce consecuencias importantes en relación con la búsqueda de la verdad (*truth-finding*). Sin duda, la búsqueda de la verdad ha de tener lugar en el juicio, no en vano el mejor lugar para ello<sup>121</sup> pero ocurre que la verdad no siempre es susceptible de ser alcanzada con este método adversarial; como ha sido declarado, algunas veces los adversarios están más interesados en “ganar en juicio” que en descubrir tal verdad<sup>122</sup> hasta el punto que desde el continente europeo ha llegado a hablarse de un concepto “verifóbico” del proceso, cuyo mejor exponente es este modelo de proceso adversarial.<sup>123</sup> Parece así que la búsqueda de esta verdad material o la

---

en: *North Dakota Law Review* 1964, vol. 40, pp. 7-56, esp. p. 19. Otros autores norteamericanos utilizan la expresión de *unlimited discovery*; así SCHLESSINGER. Ob. cit., p. 382.

- 121 Así CALLAHAN, C.P. *The search for truth*, Sextant Press, Chicago, 1997, con inclusión de su conocida frase “un juicio es la búsqueda de la verdad; una apelación es la búsqueda del error”. El autor también incluye varios ejemplos prácticos de interrogatorios llevados a cabo en el proceso para la búsqueda de tal verdad a partir de las declaraciones vertidas por testigos y peritos.
- 122 De esta opinión GOODPASTER. Ob. cit., p. 124. También en relación con este llamado “déficit de verdad” (*truth-deficit*) en el proceso puede consultarse LANDSMAN. *Readings...*, cit., esp. p. 26. así como LANGBEIN. *The origins...*, p. 331 considerando presente tal “déficit” de verdad en los sistemas adversariales; el último autor justifica este rasgo del sistema adversarial como una consecuencia de su derivación del modelo de altercado (pregunta y respuesta) antes expuesto origen del proceso adversarial. Una opinión mucho más crítica se expone por parte de FRANKEL, M.E. “The search for truth: an umpireal view”, en: *University of Pennsylvania Law Review* 1975, vol. 123, pp. 1031-1059, esp. p. 1035 con discrepancia en la misma publicación por parte de FREEDMAN, M.H. “Judge Frankel’s search for truth”, en: *University of Pennsylvania Law Review* 1975, vol. 123, pp. 1060-1066 y UVILLER, H.R. “The advocate, the truth and judicial Hackles: a reaction to judge’s Frankel idea”, en: *University of Pennsylvania Law Review* 1975, vol. 123, pp. 1067-1082; así FINDLEY. Ob. cit., esp. p. 914, destacando los obstáculos a la verdad presentes en el sistema adversarial americano.

Por todas estas razones algún sector doctrinal utiliza la expresión de “desviación de la verdad” en lugar de “búsqueda de la verdad”; en esta línea MYERS. Ob. cit., esp. p. 114.

- 123 En concreto TARUFFO, M. “La verità nel processo”, en: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2012, vol. 66, No. 4, pp. 1118-1135, esp. p. 1121. No en vano y conforme el mismo autor el proceso adversarial se presenta como tal contienda o competición donde el único interés es “ganar el juicio” a toda costa (*fight theory of justice*) y lo que el autor califica como, sin duda, “abuso del proceso”; en particular,

determinación de “lo que realmente acaeció” (verdad material)<sup>124</sup> no es el objetivo del proceso penal adversarial, en la medida en que emerge aquí otro valor más importante emerge y así la celebración de un “juicio justo” (*fair trial*) en resolución del presunto ilícito penal;<sup>125</sup> incluso ha sido propuesto un método probatorio diferente para procesos adversariales y no adversariales, vaticinando diferentes objetivos y valores en ambos casos.<sup>126</sup> Sin duda, este punto constituye probablemente una de las mayores diferencias entre procesos adversariales y no adversariales como aquéllos existentes en Europa<sup>127</sup> junto con la existencia de una investigación o ins-

---

TARUFFO, M. “L’abuso del processo: profili generali”, en: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2012, No. 1, pp. 117-140, esp. p. 118. Otros autores, por su parte, califican al modelo adversarial de “espectáculo circense”; en concreto y a modo de ejemplo, BENAVENTE CHORRES, H. *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*, Bosch, Barcelona, 2011, esp. p. 17.

- 124 Al respecto y de forma esencial, PEDRAZ PENALVA. *Derecho Procesal*, cit., pp. 82 y ss. Así también, sobre el concepto de “verdad material” en el proceso, VIDIRI, G. “Giusto processo, accertamento della verità materiale e ‘imparzialità’ del giudice”, *Rivista di diritto processuale* 2012, vol. 67, No. 6, pp. 1547-1566.
- 125 Entre la literature WEIGEND, T. “Should we search for the truth and who should do it?”, en: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 2011, vol. 36, pp. 389-414, esp. p. 390 así como NORTON, J., JENNINGS, S.E. y TOWE, T.E. “Truth and individual rights: a comparison of United States and French pre-trial procedures”, en: *American Criminal Law Quarterly* 1963, vol. 2, pp. 159-201, comparando la búsqueda de la verdad en los dos países. Así también, en relación con estas metas y los valores del proceso adversarial véase SWARD, E. “Values, ideology and the evolution of the adversary system”, en: *Indiana Law Journal* 1989, vol. 64, pp. 301-355, esp. p. 304. Recuérdese también el comentario dedicado al alcance de tal objetivo en su teoría de resolución de conflictos por parte de THIBAUT y WALKER. Ob. cit., esp. p. 543.
- 126 En particular JACKSON, J.D. “Two methods of proof in criminal procedure”, en: *Modern Law Review* 1988, vol. 51, No. 5, pp. 549-568, esp. p. 561. Para una perspectiva comparada en relación con los diferentes sistemas de valoración de la prueba por ejemplo KUNERT, K.H. “Some observations on the origin and structure of evidence rules under the common law system and the civil law system of ‘free proof’ in the German Code of Criminal Procedure”, en: *Buffalo Law Review* 1966, vol. 16, pp. 122-164, esp. p. 123, con referencia a la teoría de íntima convicción adoptada en los procesos penales de Europa continental en contraposición al anterior y clásico sistema de prueba legal.
- 127 Una breve presentación de elementos clave en ambos sistemas procesales adversarial y no adversarial se realiza por CORRADO, M.L. “The future of adversarial systems: an introduction to the papers from the first conference”, en: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 2010, vol. 35, pp. 285-296. En resumen, allí se indican las siguientes características para el sistema



trucción oficial dirigida por el juez-magistrado instructor o, bien ahora, en muchos países, la fiscalía, cuyo mejor exponente es el sumario o dicha instrucción misma (*investigative dossier*).

Finalmente, otra importante distinción de ordinario empleada para llevar a cabo tal separación entre los sistemas adversarial y no adversarial ha de ponerse en relación con la posición del imputado en el proceso, de forma especial en relación con el procedimiento de búsqueda de tal verdad (*truth-finding*). Así ha sido afirmado desde los primeros que en el proceso penal adversarial el acusado es considerado un sujeto a todos los efectos y, en suma, una parte procesal que merece protección en el juicio; por ello el establecimiento del privilegio de no declarar contra sí mismo (*self-incrimination*) en la línea desarrollada por el Tribunal Supremo en *Miranda*,<sup>128</sup> aunque privilegio de alcance limitado como se ha revisado

---

adversarial: la dirección del pleito se realiza por las partes y no el juez, en una situación de igualdad al menos en teoría; el imputado o su abogado defensor tiene la facultad de “confrontar” e interrogar a la acusación; la persona defendida —o la persona profesional que le defiende— tiene la potestad de interrogar a la persona que acusa; se contempla el derecho a un juicio con jurado conforme a la Sexta Enmienda; la actividad probatoria sólo tiene lugar en el juicio y la víctima no tiene papel como parte acusadora. En contraste, las características de la mayor parte de los sistemas no adversariales son en opinión del autor: el juicio es dirigido por un juez profesional con escasa participación de la defensa; la fase de investigación previa al juicio se realiza en forma de *dossier* entregado al juez del proceso (lo que a juicio del autor constituye la mayor diferencia entre los dos sistemas conjuntamente con la regulación de la presunción de inocencia); ausencia de igualdad procesal entre las partes debido a que la parte acusadora participa del mismo origen judicial que acusación sigue la misma carrera judicial que el tribunal; apenas hay presencia de jurado o participación popular en la administración de justicia; la víctima puede ejercer el papel de acusador y en algunos casos de parte civil dentro del proceso penal.

- 128 384 US 459, 460, textualmente “el privilegio de no declarar contra sí mismo, pilar fundamental de nuestro sistema adversarial” como parte del derecho a permanecer en silencio dentro del derecho contemplado en la Quinta Enmienda bajo la expresión “(ninguna persona) será compelida a declarar contra sí misma en ningún proceso penal” según traducción oficial de la Constitución americana arriba citada; véase exposición y comentario de este importante caso por parte de A. BELTRÁN MONTOLIÚ en la obra de traducción de la jurisprudencia del TS norteamericano coordinada por GÓMEZ-COLOMER arriba citada, pp. 527-560. Así también en relación con este mismo privilegio a disfrutar por parte del acusado es de gran interés el caso *Griffith v. Cal.* 380 US 609 (1965) así también expuesto en la misma obra por parte de M.A. PÉREZ CEBADERA, pp. 1186-1190. Por otra parte, un análisis de esta cláusula en defensa de la auto-incriminación desde la perspectiva constitucional se realiza por COHEN, T.A. “Self-incrimination and separation of powers”, en: *Georgetown Law Journal* 2012, vol. 100, pp. 895-928.

recientemente en *Berghuis v Tompkins*.<sup>129</sup> Por el contrario, continuando la misma argumentación, en el proceso no adversarial el acusado es tratado como un “objeto”, siendo aquí enfatizado el significado más negativo del término “inquisitivo”; según ello la confesión emerge aquí como *regina probatorum*<sup>130</sup> entre los restantes medios probatorios y es así considerada la declaración del imputado como la fuente más importante de informa-

129 130 S. Ct. 2250, 2264 (2010) en la que el alto Tribunal establece que “el imputado que ha recibido y comprendido las advertencias *Miranda*, pero no invoca sus derechos *Miranda* (ha de entenderse) renuncia al derecho de permanecer en silencio si realiza una declaración voluntaria a la policía”. Esta rebaja del estándar de la garantía procesal que contempla el derecho a permanecer en silencio (o no declarar) ha sido objeto de diversas críticas; así, por ejemplo, MILLS, B. “Is silence still golden? The implications of *Berghuis v. Tompkins* on the right to remain silent”, en: *Loyola of Los Angeles Law Review* 2011, vol. 44, pp. 1179-1195 al igual que ROGERS, J.M. “You have the right to remain silent... Sort of *Berghuis v. Tompkins*, the social costs of a clear statement rule and the need for amending the *Miranda* warnings”, en: *Rogers Williams University Law Review* 2011, vol. 16, pp. 723-750 y SCHAURING, E., “*Berghuis v. Tompkins*: the Supreme’s Court’s ‘new’ take on invocation and waiver of the right to remain silent”, en: *Saint Louis University Public Law Review* 2011, vol. 31, pp. 221-231.

Las consecuencias son especialmente perjudiciales para las personas que no hablan inglés, por ello que el voto particular de la magistrada SONIA SOTOMAYOR en p. 2266 probablemente no es casual; así en concreto declara que a partir de ahora los imputados en un proceso penal tendrán acogerse al derecho de permanecer en silencio de una forma, textualmente, “contra-intuitiva (*counter-intuitive*), hablando así con precisión suficiente que satisfaga la regla de una declaración clara, cuya ambigüedad se establece a favor de la policía”. Así también, en esta línea y sobre esta problemática, ROSALES, B.L. “The impact of *Berghuis v. Tompkins* on the eroding *Miranda* warnings and limited English proficient individuals: you must speak up to remain silent”, en: *Hastings Law and Poverty Law Journal* 2012, vol. 9, pp. 109-131. La misma posición en comentarios a ambas sentencias se adopta por parte de DERY III, G.M. “Do you believe in *Miranda*? The Supreme Court reveals its doubts in *Berghuis v. Tompkins* paradoxically ruling that suspects can only invoke their right to remain silent by speaking”, en: *George Mason University Civil Rights Law Journal* 2011, vol. 21, pp. 407-440 así como ROMANO, I.M. “Is *Miranda* on the verge of extinction? The Supreme Court loosens *Miranda*’s grip in favor of law enforcement”, en: *Nova Law Review* 2011, vol. 35, pp. 525-548 y STEELMAN, A. “*Miranda*’s great mirage: how protections against widespread findings of implied waiver have been lost on the horizon”, en: *UMKC Law Review* 2011, vol. 80, pp. 239-254.

130 Consúltese VOLKMANN-SCHLUCK. Ob. cit., p. 2 con referencia a la confesión como “el principal medio probatorio” en los antiguos procesos penales inquisitivos asociado con el principio “*quod non est in actis, non est in mundo*” entendiendo el término *actis* como equivalente al “dossier” (escrito) o al sumario.

ción.<sup>131</sup> No ocurre así en el proceso penal adversarial donde son habitualmente empleados otros medios de prueba en sustitución de la declaración o confesión del acusado; el mejor ejemplo lo constituyen precisamente las declaraciones testificales bajo la fórmula del interrogatorio cruzado (*cross-examination*) para el cual llega incluso a hacerse uso de una especie de “entrenamiento” (*coaching*)<sup>132</sup> desde ambas posiciones procesales, acusación y defensa, en tanto en cuanto las mismas representan a distintas partes procesales y, en suma, intereses subjetivos contrapuestos.

No obstante, dicho todo lo cual, a continuación se realizará un examen de la veracidad de todas estas afirmaciones en el panorama actual.

#### 4. INFLUENCIA MUTUA ENTRE EL PROCESO PENAL ANGLOAMERICANO Y EL EUROPEO CONTINENTAL

Una vez presentados los rasgos más característicos de los procesos penales adversarial y no adversarial en sus respectivas tradiciones de *Common Law* y *Civil Law* de acuerdo con sus diferentes orígenes, se pretende ahora examinar si tales diferencias, especialmente en relación al debate de la adversariedad en contraposición a la llamada “inquisitividad”,<sup>133</sup> aún per-

131 Así, ampliamente, DAMASKA. “Evidentiary barriers...”, cit., esp. p. 526 así como LANGBEIN. *The origins...*, cit., p. 35, con consideración de los antecedentes históricos de este hecho. Así mismo SCHLESSINGER. Ob. cit., p. 377, mostrándose crítico sobre el derecho del acusado a permanecer en silencio pues ello a la postre le conduce “un callejón sin salida”. Por último, sobre esta problemática en nuestro país, THAMAN, S.C. “Aspectos adversariales, ...”, cit., pp. 164 y ss.

Conviene advertir que, como es sabido, este privilegio contra la auto-incriminación y así el derecho a no declarar contra sí mismo también está presente en los procesos penales de Europa continental; así lo pone de relieve entre la literatura americana PIECK, M. “The accused’s privilege against self-incrimination in the Civil Law”, en: *American Journal of Comparative Law* 1962, vol. 11, pp. 585-600, en aquel momento especialmente en relación a Francia y Alemania. En relación con su vigencia en el *Common Law* inglés puede consultarse Tierney, K. “Transatlantic attitudes toward self-incrimination”, en: *American Criminal Law Quarterly* 1967, vol. 6, pp. 26-31, por cierto, muy crítico con la interpretación de este principio contenido en la Quinta Enmienda por parte del caso *Miranda*.

132 En esta línea DAMASKA, M. “Presentation of evidence and fact-finding precision”, en: *University of Pennsylvania Law Review* 1975, vol. 123, pp. 1083-1106, esp. p. 1088, en referencia al desarrollo de la prueba testifical en ambos modelos adversarial y no adversarial.

133 Vid. DAMASKA, M. “The uncertain fate of evidentiary transplants: Anglo-American and continental experiments”, en: *American Journal of Comparative Law* 1997, vol. 45, pp. 839-852, esp. p. 843.

sisten a fecha de hoy entre los procesos penales existentes tanto en Europa continental y como en Angloamérica. Ha de tenerse además en cuenta la creciente influencia del sistema legal norteamericano en Europa, aún más apreciable a lo largo de los últimos años; en esta línea, es sin duda el ejemplo más gráfico la institución relativa a la “negociación de la pena”.<sup>134</sup> Por otra parte, otros rasgos clásicos del proceso penal angloamericano diferentes al contexto de adversariedad pueden también encontrarse en los procesos europeos. Por ello y debido a esta influencia mutua entre unos y otros procesos, la frontera divisoria entre ambos sistemas se va desdibujando y la idea de convergencia<sup>135</sup> entre los sistemas adversarial y no adversarial (o investigativo) cobra cada vez más sentido.

Se exponen a continuación algunos ejemplos en este sentido en relación con ambas fases del proceso penal.

---

134 Consúltese especialmente LANGER. “From legal transplants to legal translations...”, cit., esp. p. 3, destacando como otros procesos penales son “americanizados”; el autor usa el concepto de trasplante legal para transmitir la idea de que las instituciones se han adaptado en cada caso concreto y no simplemente existe un “cortar y pegar” entre sistemas legales. En contraposición al fenómeno de “americanización” señalado, hace años tenía lugar el proceso inverso pues entonces el modelo procesal penal de la Europa continental se consideraba mucho más avanzado al norteamericano; así puede observarse en la literatura estadounidense de la década de los 60, 70 o incluso 80 como se ha indicado anteriormente; sobre ello recuérdese también a SCHÜNEMANN. Ob. cit., esp. p. 290.

135 Así JÖRG *et al.* Ob. cit., esp. p. 41, en discusión de las dos posibilidades existentes en tal proceso de convergencia; o bien los dos sistemas clásicos se aproximan “uno a otro” o bien uno de ellos tiende finalmente a “dominar al otro provocando que este último pierda muchos de sus rasgos distintivos”. Esta última posibilidad podría ser motivo de debate en el seno de la Unión Europea en la medida en que la antigua armonización y ahora la aproximación de las normas procesales penales se han convertido en una meta bajo el Tratado de Lisboa. Sin embargo, como ha sido más arriba afirmado, una unificación completa de procesos penales europeos es un resultado inalcanzable al menos a corto plazo lejana puesto que de momento sólo tiene lugar la adopción de “normas mínimas” en relación a materias concretas y específicas; vid. JIMENO BULNES. *Un proceso europeo para el siglo XXI*, esp. p. 91. Ello a pesar del deseo de algunos autores de ver hecho realidad este propósito, además, sin duda, con referencia al modelo norteamericano; en esta línea, GÓMEZ-JARA, C. “European Federal Criminal Law. Shat can Europe learn from the US system of Federal Criminal Law to solve its sovereign debt crisis?”, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2190098](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2190098) (última fecha de consulta: 26 de junio de 2013).

#### 4.1 Fase de instrucción

Es bien sabido que todos los procesos penales tanto en la Europa continental como en Angloamérica y cualquier otra parte del mundo comienzan con la práctica de la investigación llevada a cabo por las fuerzas policiales, quienes son las primeras en llegar al escenario del crimen; no en vano se les ha llamado los “porteros”<sup>136</sup> del proceso penal, razón por la que también se les confiere la facultad de comunicar la *notitia criminis*.<sup>137</sup> En este contexto, la diferencia entre los modelos procesales angloamericano y europeo continental (los llamados sistemas acusatorio e inquisitivo respectivamente) estriba precisamente en relación con la persona destinataria de esta *notitia criminis*, quien adquiere la responsabilidad final de dar inicio al proceso penal en sí mismo; esta persona será quien eventualmente dirija asimismo la fase de instrucción. De este modo y desde la perspectiva clásica originaria, en Europa continental era costumbre que tal papel lo desarrollara una autoridad judicial con el título de magistrado investigador o, más concretamente, juez instructor (*juge d'instruction*),<sup>138</sup> quien tenía al cargo la dirección de esta primera fase del proceso penal, en contraste con el o los modelos angloamericanos, en cuyo caso tal papel o cargo se atribuía a la fiscalía o incluso en algún momento a la propia policía (judicial).<sup>139</sup>

136 Expresión acuñada de KRATCOSKI & WALKER. Ob. cit., esp. p. 98.

137 Véase ya la crítica en su día puesta de manifiesto por GOLDSTEIN, J. “Police discretion not to invoke the criminal process: low-visibility decisions in the administration of justice”, en: *Yale Law Journal* 1960, vol. 69, pp. 543-594. Sobre el significado, efectos y responsables de esta discrecionalidad consúltese ampliamente DAVIS, K.C. *Discretionary justice: a preliminary inquiry*, Luisiana State University Press, Baton Rouge, 1969; también en el contexto norteamericano KADISH, S.H. “Legal norm and discretion in the police and sentencing processes”, en: *Harvard Law Review* 1962, vol. 75, pp. 904-931, esp. p. 906.

138 En relación con los antecedentes históricos para los diferentes países europeos consúltese ESMEIN. Ob. cit., pp. 288 y ss. Así también, para una perspectiva comparada entre el papel del juez instructor en Europa (más exactamente en los Países Bajos, Francia y Alemania) y la situación existente en Estados Unidos consúltese MUELLER, G.O.W. y LE POOLE, F. “The United States Commissioner compared with the European investigating magistrate”, en: *Criminal Law Quarterly* 1967, vol. 10, pp. 159-180.

139 Este fue el caso de Inglaterra y Gales hasta el establecimiento del Servicio de Investigación de la Corona (*Crown Prosecution Service* o CPS, siglas en inglés, equivalente a la Fiscalía General del Estado) y la aprobación del Acta de Investigación Penal en 1985, No. 1800, c. 23, sección 1 (Ing.) disponible en <http://www.legislation.gov.uk>

Sin embargo, ha de puntualizarse que este panorama ya no está presente hoy día en varios países europeos;<sup>140</sup> es el caso especialmente de Alemania, donde el control de la fase de instrucción fue encomendado a la fiscalía en 1975 junto con la supresión de la figura del *Untersuchungsrichter*.<sup>141</sup> También en Italia fue abolido el juez instructor en la revolución procesal penal de 1988 en su intento de instaurar en este país el sistema adversarial y/o acusatorio, si bien fue introducida en su lugar la figura del *giudice delle indagini preliminary* (G.I.P.) que se encarga de cierta

---

gov.uk/ukpga/1985/23 (última consulta a fecha de 20 de junio de 2013). Al respecto, HODGSON, “The future of adversarial criminal justice in 21st century Britain”, op. cit., esp. pp. 333 y ss.; así también, específicamente, ASHWORTH, A. “Developments’ in the Public Prosecutor’s Office in England and Wales”, en: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2000, vol. 8, No. 3, pp. 257-282. Entre la literatura española especialmente GUERRERO PALOMARES. Ob. cit., esp. pp. 140 y ss.

En relación con España en particular, sobre el papel de la policía judicial en el proceso penal, PEDRAZ PENALVA, E. “Notas sobre policía y justicia penal”, en: *Revista jurídica de Castilla y León* 2008, No. 14 monográfico *Sobre la reforma de la justicia penal*, pp. 15-109, esp. pp. 85 y ss.; así también, ampliamente, MARTINEZ PÉREZ, R. *Policía judicial y Constitución*, Aranzadi, Elcano, 2001, esp. pp. 226 y ss. De forma específica sobre tales funciones en concreto véase también BLÁZQUEZ GONZÁLEZ, F. “La función de policía judicial”, en: *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública* 2001, No. 24, pp. 111-122. Finalmente, por lo que respecta a su actuación concreta para el proceso penal de nuevo PEDRAZ PENALVA, E. “Actividad policial preprocesal”, en: *Revista de Derecho Procesal* 2009, pp. 763-888.

- 140 Para una perspectiva general consúltese GOLDSTEIN y MARCUS. Ob. cit., esp. pp. 246 y ss.; LANGBEIN y WEINRIB. Ob. cit., esp. pp. 1549 y ss.; PLOSCOWE. Ob. cit., esp. pp. 460 y ss.; VOLKMANN-SCHLUCK. Ob. cit., esp. pp. 11 y ss.; WEIGEND. “Continental cures for American ailments...”, cit., esp. pp. 389 y ss. así como THAMAN. *Comparative criminal procedure...*, cit., esp. pp. 14 y ss. Entre la literatura española las obras ya citadas de ARMENTA DEU. *Sistemas procesales penales*, esp. pp. 167 y ss. así como GUERRERO PALOMARES. Ob. cit., esp. pp. 133 y ss. Así también se realiza un examen comparado entre modelos angloamericano y europeo continental sobre esta cuestión por WEIGEND, T. “Prosecution: Comparative aspects”, en: *Encyclopedia of crime and justice* 2002, vol. 3, pp. 1232-1242, esp. pp. 1235 y ss.
- 141 Véase en concreto sección 160.1 *Strafprozeßordnung* (StPO) disponible en inglés en <http://www.iuscomp.org/gla> (menú *Statutes*: última fecha de consulta: 20 de junio de 2013); como es sabido, una traducción al español se proporciona por EIRANOVA ENCINAS, E. *Código penal alemán: StGB y Código procesal penal alemán: StPO*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000. Entre la bibliografía puede consultarse especialmente BOHLANDER. Ob. cit., esp. p. 67; así también HERMANN, J. “Federal Republic of Germany”, en: G.F. Cole *et al.* Ob. cit., pp. 86 y ss., y WEIGEND, T. “Germany”, en: C.M. Bradley. Ob. cit., pp. 243 y ss., esp. p. 262. En España especialmente GUERRERO PALOMARES. Ob. cit., esp. pp. 145 y ss.

forma de supervisión en esta fase de investigación.<sup>142</sup> En la actualidad, el juez instructor aún pervive en países como Francia y España, aunque ha habido intentos en el pasado para reemplazar esta autoridad judicial en el primero de los países citados,<sup>143</sup> sin éxito hasta la fecha y por ello su hoy

142 Art. 328 *Codice di Procedura Penale* (de ahora en adelante CPPIt) disponible en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2011> (última fecha de consulta: 20 de junio de 2013). Consúltese en general VAN CLAEVE, R.A., “Italy”, en C.M. Bradley, ob. cit., pp. 303 y ss, esp. p. 333 así como específicamente ILLUMINATI, G. “The frustrated turn to adversarial procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988)”, en: *Washington University Global Studies Law Review* 2005, vol. 4, pp. 567-581, esp. p. 571 (2005) y “The accusatorial process from the Italian point of view”, cit., esp. p. 308; así también MIRABELLA. Ob. cit., esp. p. 234. Otra literatura específica incluye a GRANDE, E. “Italian Criminal Justice: borrowing and resistance”, en: *American Journal of Comparative Law* 2000, vol. 48, pp. 227-259, esp. p. 232 y ZAPPALÀ, E. “Le procès pénal italien entre système inquisitoire et système accusatoire”, en: *Revue internationale de Droit pénal* 1997, vol. 68, pp. 111-124, esp. p. 113. En España ARMENTA DEU. *Sistemas procesales penales*, cit., esp. pp. 172-173 así como, de nuevo, GUERRERO PALOMARES. Ob. cit., esp. pp. 142 y ss.

143 No obstante, parece que la proyectada supresión del juez instructor en este país está todavía en estos últimos años en la agenda política; en esta línea, MEINDL, T. “Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d’instruction”, en: *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé* 2010, No. 2, pp. 395-414, en clara crítica a esta reforma debido a la dependencia de la fiscalía al Poder Ejecutivo. Actualmente la regulación de esta investigación judicial está prevista en el artículo 81 *Code de Procédure Pénale* (de ahora en adelante CPPFr) disponible también en español en <http://www.legifrance.gouv.fr> (última fecha de consulta: 20 de junio de 2013). Sobre la resistencia a la supresión del juez instructor en este país véase también AMRANI MEKKI, S. «Procédure civile et procédure pénale. Vers une remise en cause de la distinction accusatoire/inquisitoire»; ARMENTA DEU. *La convergencia entre proceso civil y penal...*, cit., pp. 59-78, esp. pp. 51 y ss.

Sobre el juez instructor francés y su papel consúltese entre la literatura más clásica, en particular, FREED, D.J. “Aspects of French criminal procedure”, en: *Louisiana Law Review* 1957, vol. 17, pp. 730-755, esp. p. 731 así como PLOSCOWE, M. “Development of inquisitorial and accusatorial elements in French procedure”, en: *Journal of the American Institute of Law and Criminology* 1932, vol. 23, pp. 372-394, esp. p. 373; más recientemente FRASE, R.S. “France”, en: C.M. Bradley. Ob. cit., pp. 201 y ss., esp. p. 220. También específicamente ANTON, A.E. “L’instruction criminelle”, en: *American Journal of Comparative Law* 1960, vol. 9, pp. 441-457, esp. p. 442 y KEE- DY, E.R. “The preliminary investigation of crime in France Part II”, en: *University of Pennsylvania Law Review* 1940, vol. 88, pp. 692-727 así como, en general, HOGD- SON, J. “The police, the prosecutor and the *juge d’instruction*: judicial supervision in France, theory and practice”, en: *British Journal of Criminology* 2001, vol. 41, pp. 342-361. En España en particular ARMENTA DEU. *Sistemas procesales penales*, cit., esp. pp. 179-180.

coexistencia con el denominado juez de Garantías, allí, en concreto, bajo el título de juez de Libertades y Detención (*juge des libertés et de la détention*); en España, como es bien sabido y ha sido asimismo anticipado, se han presentado en estos últimos años sendos anteproyectos coincidentes ambos en señalar como una de las principales novedades del nuevo modelo procesal penal precisamente la supresión de esta fase de investigación judicial y con instauración en ambos textos de un órgano jurisdiccional de garantías<sup>144</sup> conforme al modelo francés. En conclusión, pues, si la inexis-

144 Bajo la denominación de juez de Garantías en el caso del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 27 de julio de 2011, cuyas atribuciones se contenían por ejemplo en el anterior art. 457 y Tribunal de Garantías conforme al actual texto de Borrador de Código Procesal Penal arriba mencionado con las potestades descritas en el art. 241 para la fase de investigación. Sobre ambos textos legales puede consultarse, para el primero, a BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “La reforma del proceso penal en el anteproyecto de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 27 de julio de 2011”, en: *Diario La Ley*, 8 de octubre de 2012, No. 7939, <http://diariolaley.laley.es> y, para el segundo, MARCHENA GÓMEZ, M. “Proceso penal: nuevos problemas, viejas soluciones”, en: *La Ley penal* 2013, No. 100, <http://laleypenal.laley.es>, además de la bibliografía citada en anterior nota 80. En concreta relación con la que parece futura proyección de la figura del Ministerio Fiscal en dicha propuesta de proceso penal destacan los comentarios presentados desde la propia carrera fiscal y así, a modo de ejemplo, DOLZ LAGO, M.J. “Nuevas perspectivas sobre el sistema acusatorio e instrucción penal: el papel del ministerio público en España”, en: *La Ley penal* 2013, No. 100, <http://laleypenal.laley.es>, con inclusión de interesantes referencias históricas; así también GARCÍA-PANASCO MORALES, G. “Nuevos instrumentos para los nuevos desafíos del Ministerio Fiscal”, en: *Diario La Ley*, 26 de abril de 2013, No. 8071, <http://diariolaley.laley.es> Desde la perspectiva académica, bastante más crítico, a fecha actual, DE LA OLIVA SANTOS, A. “Sobre el Ministerio Fiscal y la instrucción del proceso penal”, en: GÓMEZ COLOMER, Barona Vilar y Calderón Cuadrado. Ob. cit., pp. 975-986, esp. pp. 983 y ss.

No obstante, la propuesta del fiscal como director de la investigación en el proceso penal dentro de la literatura española ya viene discutiéndose desde hace bastantes años y en todo caso con bastante anterioridad a la redacción de tales borradores de legislación procesal penal; entre otros, CASTILLEJO MANZANARES, R. “Hacia un nuevo proceso penal (investigación y juicio de acusación)”, en: *Estudios penales y criminológicos* 2009, vol. 29, pp. 207-269, esp. pp. 223 y ss., así como FUENTES SORIANO, O. *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, esp. pp. 221 y ss. En años posteriores, la discusión entre partidarios y detractores se reproduce en el *Diario La Ley*, así, GARBERÍ LLOBREGAT, J. “¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente”, en: *Diario La Ley*, 15 de octubre de 2007, No. 6799; DAMIÁN MORENO, J. “¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?”, en: *Diario La Ley*, 13 de octubre de 2008, No. 7032; LORCA NAVARRETE, A.M. “Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor”, en: *Diario La*



tencia de juez instructor se considera como una característica general del denominado sistema acusatorio, puede bien decirse que los procesos penales de Europa continental están a la fecha inmersos en un proceso de acercamiento a tal sistema en revisión de los clásicos postulados de hasta ahora modelo vigente.

Otro rasgo que se utiliza asimismo como término comparativo a efectos de trazar la línea de distinción entre ambos modelos de proceso penal se refiere al nivel de discrecionalidad empleado por parte del acusador público a la hora de dar inicio a una investigación procesal penal. Dentro de este marco, el principio de discrecionalidad en la investigación penal (principio de oportunidad en esencia) normalmente se asocia al proceso penal angloamericano —especialmente al sistema estadounidense, cuya ausencia de control a este respecto ha sido objeto de profundo debate—<sup>145</sup> en contraste con el modelo de Europa continental, donde prevalece

---

*Ley*, 21 de abril de 2009, No. 7158, todos ellos disponibles bajo suscripción en <http://diariolaley.laley.es>

- 145 Por todos, DAVIS. Ob. cit., esp. p. 188; así también es objeto de crítica por parte de LAFAVE, W.R. “The prosecutor’s discretion in the United States”, en: *American Journal of Comparative Law* 1979, vol. 18, pp. 532-548, esp. p. 535 al igual que, en términos generales, ALSCHULER, A.W. “Sentencing reform and prosecutorial power: a critique of recent proposals for ‘fixed’ and ‘presumptive’ sentencing”, en: *University of Pennsylvania Law Review* 1978, vol. 126, pp. 550-577. Sobre las ventajas e inconvenientes del empleo de tal discrecionalidad en la fase investigadora de proceso penal véase ABRAHAMS, N. “Internal policy: guiding the exercise of prosecutorial discretion”, en: *UCLA Law Review* 1971, vol. 19, pp. 1-58; así también, en términos de Derecho Comparado con los países del *Civil Law*, PIZZI, W.T. “Understanding prosecutorial discretion in the United States: the limits of comparative criminal procedure as an instrument of reform”, en: *Ohio State Law Journal* 1993, vol. 54, pp. 1325-1373. Una explicación de esta discrecionalidad procesal vigente en el sistema federal norteamericano se aporta por RABIN, R.L. “Agency criminal referrals in the Federal system: an empirical study of especially prosecutorial discretion”, en: *Stanford Law Review* 1972, vol. 24, pp. 1036-1091, esp. p. 1038. Finalmente, puede consultarse en general sobre este tema, Editorial, “Prosecutor’s discretion”, en: *University of Pennsylvania Law Review* 1955, vol. 103, pp. 1057-1087, esp. p. 1075 así como, más recientemente, LYNCH, G.E. “Prosecution: prosecutorial discretion”, en: *Encyclopedia of Crime and Justice* 2002, vol. 3, pp. 1246-1253.

En relación con esta misma discrecionalidad procesal en la fase investigadora del proceso penal para el Reino Unido consúltese BRANDTS, C. y FIELD, S. “Discretion and accountability in prosecution: a comparative perspective on crime out of Court”, en: Fennell *et al.* Ob. cit., pp. 127-148, esp. 1a. pág. 127; en el mismo trabajo se debate asimismo sobre el sistema holandés. También, un ejemplo reciente de la responsa-

la acusación obligatoria en términos generales derivada de la aplicación del principio de legalidad. Sin embargo, a fecha de hoy también puede percibirse claros indicios de discrecionalidad a la hora de dar inicio a una investigación penal por parte del acusador público en la legislación procesal penal de algunos países europeos, en los que, siquiera con carácter excepcional, cada vez más son introducidas manifestaciones de este principio de oportunidad.<sup>146</sup> Así ocurre, por ejemplo, en Francia,<sup>147</sup> país en el que el Ministerio Público tiene la facultad de aplicar la regla de la “correccionalización” de forma que un ilícito penal tipificado como *crime* se puede reducir a *délit* —en suma un ilícito de menor entidad conforme la clasificación tripartita del Código Penal Francés—, lo cual en términos procesales se traduce en la transferencia de la competencia objetiva desde la *Cour d’Assises* con participación de jurados o ciudadanos legos en Derecho conforme al modelo de Escabinado a los tribunales correccionales (*tribunaux correctionnels*) implicando sólo a un órgano jurisdiccional profesional y sin presencia de investigación judicial;<sup>148</sup> por el contrario, el inicio de la investigación penal está sujeta a la voluntad de la víctima, quien puede solicitar la acumulación de la acción civil junto con la penal para ser discutidas ambas en el proceso penal.<sup>149</sup> Aún mayor discrecionalidad

---

bilidad que acarrea esta discrecionalidad en la investigación procesal se relata por WEISS, G.A. “Prosecutorial accountability after *Connick v. Thompson*”, en: *Drake Law Review* 2011, vol. 60, pp. 199-262.

- 146 Hay quien todavía habla a este respecto de principio de legalidad por cuanto tales manifestaciones del principio de oportunidad también están contenidas en la ley; así, WESTEN, P.K. “Two rules of legality in Criminal Law”, en: *Law and Philosophy* 2007, vol. 26, No. 3, pp. 229-305.
- 147 Vid. VOUIN, R. “The role of the prosecutor in French criminal trials”, en: *American Journal of Comparative Law* 1970, vol. 18, pp. 483-497, esp. p. 488 (1970) así como VERREST, P. “The French public prosecution service”, en: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2000, vol. 8, No. 3, pp. 210-244, esp. p. 233. Así también, para una visión general HODGSON, J. “The French prosecutor in question”, en: *Washington and Lee Law Review* 2010, vol. 67, pp. 1361-1411.
- 148 Consúltese FREED. Ob. cit., p. 738, y PLOSCOWE. Ob. cit., p. 386, aportando este último una interesante explicación histórica; también, dentro de la literatura ya citada y específicamente, GOLDSTEIN y MARCUS. Ob. cit., p. 251 así como LANGBEIN y WEINRIB. Ob. cit., p. 1552.
- 149 En concreto, arts. 2 y 3 CPPFr. Sobre este tema en particular véase por ejemplo, dentro de la literatura más clásica, LARGUIER, J. “The civil action for damages in French criminal procedure”, en: *Tulane Law Review* 1965, vol. 39, pp. 687-700.

dad para el Ministerio Público existe a la fecha en Alemania,<sup>150</sup> donde está presente una combinación de ambos principios, legalidad y oportunidad (*mandatory y prosecutorial discretion*)<sup>151</sup> así como en Italia después de la aprobación del nuevo Código de Proceso Penal en 1988 hoy vigente y el cual introdujo una gran variedad de rasgos derivados del modelo adversarial en términos generales.<sup>152</sup> En cambio, como es conocido, España todavía mantiene —al menos en estos momentos— el respeto al principio de legalidad en términos generales aún con presencia de manifestaciones del principio de oportunidad con carácter excepcional<sup>153</sup> así como la per-

- 
- 150 Así sección 153 StPO relativo a la no persecución de los delitos de menor entidad, con o sin aprobación judicial en función de la gravedad de los hechos. Otro supuesto lo constituye la sección 172 en lo que respecta a la posibilidad de la víctima de reclamar responsabilidad pública si la acusación decide no seguir adelante con el caso (esto es, no solicitar la apertura de juicio oral) al finalizar la fase de investigación ante la falta de indicios. Consúltense los comentarios de ALBRECHT, J.A. “Criminal prosecution: developments, trends and open questions in the Federal Republic of Germany”, en: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2000, vol. 8, No. 5, pp. 245-256, esp. p. 246 así como LANGBEIN, J.H. “Controlling prosecutorial discretion in Germany”, en: *University of Chicago Law Review* 1974, vol. 41, pp. 439-467, esp. p. 443; también sobre este mismo tema JESCHECK, H.H. “The discretionary powers of the prosecuting attorney in West Germany”, en: *American Journal of Comparative Law* 1970, vol. 18, pp. 508-517, con referencia a los antecedentes históricos de este país.
- 151 De este modo VOLKMANN-SCHLUCK. Ob. cit., p. 20. Para un examen de la combinación de ambos principios, legalidad y oportunidad, dando lugar a dichos supuestos de acusación obligatoria y discrecional en este país véase en general SCHRAM, G. “The obligation to prosecute in West Germany”, en: *American Journal of Comparative Law* 1969, vol. 17, pp. 627-632 así como HERMANN, J. “The rule of compulsory prosecution and the scope of prosecutorial discretion in Germany”, en: *University of Chicago Law Review* 1974, vol. 41, pp. 468-505.
- 152 Arts. 405 *et seq.* CPPIt, estando además contenido el principio de legalidad y así la acusación obligatoria en el art. 112 Constitución italiana, disponible en español en ULR <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf> (fecha de última consulta: 25 de junio de 2013). Entre la literatura consúltese, por todos, AMODIO y SELVAGGI. Ob. cit., p. 1218 y GRANDE. Ob. cit., p. 252.
- 153 Vid. arts.124 así como 3.4 y 6 EOMF. Entre la literatura, por ejemplo, CALAZA LÓPEZ, M.S. “La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal”, en: *Revista Aranzadi Doctrinal* 2012, No. 5, pp. 207-213; así también, en examen de tales manifestaciones del principio de oportunidad, MARTÍN PASTOR, J. “Algunas manifestaciones de la aproximación entre el proceso penal y el proceso civil”, en: ARMENTA DEU. *La convergencia entre proceso civil y penal...*, cit., pp. 143-162, esp. pp. 151 y ss.

vivencia de la institución de acusación privada, incluso para cualquier ciudadano y no solo para la víctima (acusación popular).<sup>154</sup>

Así también se propone la existencia de la llamada “regla de exclusión” (*exclusionary rule*) como otro de los elementos consustanciales del proceso penal adversarial, particularmente en el caso de aquél vigente en Estados Unidos; en este sentido y para este país —donde no en vano tiene origen esta regla—, dicha regla de exclusión probatoria se traduce en que “aquellos resultados derivados de la actuación policial que hayan de ser considerados ilegales conforme a ley o jurisprudencia han de ser excluidos del proceso”.<sup>155</sup> En suma, tal regla en cuestión opera a modo de privilegio contra aquella “prueba” obtenida de modo impropio, esto es,

154 Arts. 125 y 101 LECrim. Por todos, PÉREZ GIL, J. “Private interests seeking punishment: prosecution brought by private individuals and groups in Spain”, en: *Law & Policy* 2003, vol. 25, pp. 151-171 así como, ampliamente, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998. Sobre este mismo tema en Estados Unidos consúltese Editorial, “Private prosecution: a remedy for district attorneys’ unwarranted inaction”, en: *Yale Law Journal* 1955, vol. 65, pp. 209-234; así también un enfoque desde el Derecho Comparado en general se proporciona por WEIGEND. “Prosecution...”, cit., esp. p. 1240.

155 Definición extraída de SCHLESINGER, S. *Exclusionary injustice. The problem of illegally obtained evidence*, M. Dekker, New York, 1977, p. 1 (traducción libre). En la práctica esta regla de exclusión ha sido calificada como “la pieza central del marco constitucional del proceso penal”; así, en concreto, BLOOM, R.M. y BRODIN, M.S. *Criminal procedure: the Constitution and the police*, 5a. ed., Aspen Publishers, New York, 2010, p. 183. Consúltese también en general KAMISAR, Y. *et al.* Ob. cit., p. 785 así como LAFAVE, W.R., ISRAEL, J.H., KING, N.J. y KERR, O.S. *Principles of criminal procedure. Investigation*, 2a. ed., West & Thomson Reuters, 2009, esp. p. 124. Así también se proporciona análisis sobre este tema dentro de los manuales procesales penales norteamericanos, entre otros, por MILLER, M.L. & WRIGHT, R.E. *Criminal procedures: cases, statutes and executive materials*, 4a. ed., Aspen casebook series, Wolters Kluwer, New York, 2011, p. 385; RUDSTEIN, D.S. *Criminal procedure: the investigative process*, Vandepias Publishing, Lake Mary, FL, 2008, esp. p. 627.

En España, sobre la regla de exclusión probatoria norteamericana en especial AGUILERA MORALES, M. “Regla de exclusión y acusatorio”, en: BACHMAIER WINTER. Ob. cit., pp. 73-108; así también SALAS CALERO, L. “Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias”, en: GÓMEZ COLOMER. *Prueba y proceso penal*, cit., pp. 467-500. Así también, sobre la influencia de la doctrina norteamericana en otros países véase por ejemplo GABRIEL JUÁREZ, M. “Requisa y exclusión de la prueba en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Estados Unidos (un aliciente para que la Corte Suprema de Argentina escape al ‘preferiría no hacerlo’)”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2012, vol. 33, No. 94, pp. 37-59.

ilegal y/o ilícito.<sup>156</sup> Su origen ha de vincularse a la ausencia de control policial por parte del estado en el sistema norteamericano en contraposición a la rígida estructura jerárquica de las fuerzas policiales prevalente en los sistemas legales de Europa continental, de ahí que los destinatarios de la regla de exclusión probatoria sean básicamente las fuerzas y cuerpos de seguridad.<sup>157</sup> Así, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el conocido caso *Mapp v. Ohio*<sup>158</sup> sentó una importante

- 
- 156 En esta línea, McCORNICK, C.T. *Handbook of the law of evidence*, 2a. ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn, esp. p. 364 (E.W. Cleary, gr. ed., 1972). Otros autores, muy gráficamente, califican a esta prueba de “sucía”, “manchada”, “contaminada” o “infectada”; así BILZ, K. “Dirty hands or deterrence? An experimental examination of the exclusionary rule”, en: *Journal of Empirical Legal Studies* 2012, vol. 9, pp. 149-171, esp. p. 151.
- 157 Así VOLKMANN-SCHLUCK. Ob. cit., p. 16. A este respecto, en particular, PAULSEN, M.G. “The exclusionary rule and misconduct by the police”, en: *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 1961, vol. 52, pp. 255-265. Así también KAPLAN, J. “The limits of the exclusionary rule”, en: *Stanford Law Review* 1974, vol. 26, pp. 1027-1055, esp. pp. 1029 y 1031, en referencia a la justificación de la existencia de esta regla para Estados Unidos; dicho autor considera que “los Estados Unidos es la única nación que aplica la regla de exclusión de forma automática debido a las ‘particulares condiciones americanas’” (lo cual no es del todo cierto como de inmediato se expondrá). Desde la perspectiva comparada es de interés el trabajo ya citado de KUNERT. Ob. cit., esp. pp. 126 y ss, en comparación de la aplicación de esta regla en Estados Unidos y Alemania; así también sobre la aplicación de la teoría norteamericana a este mismo país, AMBOS, K. “La teoría del efecto extensivo en el Derecho Procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán”, en: *Revista General de Derecho Procesal* 2013, No. 29, <http://www.iustel.com>. Dentro de la literatura clásica especialmente VESCOVI, E. “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (una contribución comparatista a la aproximación entre el ‘civil law’ y el ‘common law’)”, en: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1970, No. 2, pp. 341-370.
- 158 367 US 659, 660 (1961). Una síntesis en español se ofrece en la obra coordinada por GÓMEZ COLOMER. *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pp. 126-134, así también se realiza un comentario por parte de VESCOVI. Ob. cit., esp. pp. 356 y ss. Según fue entonces declarado “esta decisión proporciona al individuo no más que lo que la Constitución le otorga, a la policía no menos de lo que una aplicación ajustada a Derecho le confiere y a los tribunales la integridad judicial tan necesaria en la verdadera administración de justicia”. Otra jurisprudencia anterior en discusión de esta misma problemática: *Boyd v. US* 116 US 616 (1886); *Weeks v. US* 232 US 383 (1914); *Wolf v Colorado* 338 US 25 (1949); *Rochin v. Cal.* 342 US 165 (1952); y *Elkins v. US* 364 US 206 (1960). Aún más, con posterioridad fueron establecidas limitaciones a la aplicación de esta regla de exclusión probatoria, por ejemplo en *US v. Calandra*, 414 US 338 (1974); así son de interés

jurisprudencia en este país pues el privilegio de exclusión se extendió no sólo al ámbito estatal —en virtud de la aplicación de la cláusula del debido proceso establecida en la Cuarta Enmienda<sup>159</sup> como ya ha sido más arriba anticipado— sino también en relación con otras diligencias investigadoras haciendo evidente la violación de las respectivas disposiciones constitucionales;<sup>160</sup> ello si bien es cierto que su mayor aplicación tiene, sin duda, lugar en relación con las diligencias contempladas en la Cuarta Enmienda, especialmente en referencia a las entradas y registros (*searches*) así como decomisos o incautaciones (*seizures*) practicadas de modo arbitrario.<sup>161</sup> A pesar de la importancia de tal regla a fin de asegu-

---

los comentarios de SCHROCK, T.S. y WELSH, R.C. “Up from Calandra: the exclusionary rule as a constitutional requirement”, en: *Minnesota Law Review* 1974, vol. 59, pp. 251-383.

- 159 Textualmente, “el derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias será inviolable y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, esté corroborados mediante juramento o afirmación y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”; versión en español disponible en sitio internet <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html> (fecha de consulta: 27 de junio de 2013). Para un comentario véase la obra general ya citada publicada por la Biblioteca del Congreso de este país, *The Constitution of the United States of America*. Ob. cit., esp. pp. 1279-1357; así también en nuestro país, GÁÑEM HERNÁNDEZ, E. “Detención, registro y aseguramiento”, en: GÓMEZ COLOMER. *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pp. 123-432.
- 160 En resumen, la aplicación de la regla de exclusión probatoria tiene lugar para “cuatro tipos de violaciones graves: registros y decomisos en infracción de la Cuarta Enmienda; confesiones obtenidas en violación de la Quinta y Sexta Enmienda; obtención de testimonios en violación de las anteriores enmiendas así como aquella práctica de diligencias de investigación para obtención de pruebas que utilicen métodos tan extraños que supongan violación de la cláusula del debido proceso” (traducción libre); así, OAKS, D.H. “Studying the exclusionary rule in search and seizure”, en: *University of Chicago Law Review* 1970, vol. 37, pp. 665-757, p. 665.
- 161 En particular ALLEN, F.A. “The exclusionary rule in the American Law of search and seizure”, en: *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 1961, vol. 52, pp. 246-254 y SPIOTTO, J.E. “Search and seizure: an empirical study of the exclusionary rule and its alternatives”, en: *Journal of Legal Studies* 1973, vol. 2, pp. 243-278 con revisión de la jurisprudencia a este tenor vertida tanto por tribunales federales como estatales, en concreto los de Chicago. Así también, en comentario a diversa jurisprudencia específica en relación a los registros e incautaciones y/o decomisos practicados por las fuerzas policiales consúltese WOOD, T.R. “Why can’t we all get along? The relationship between the exclusionary rule, the good-faith exception, and the court’s retroactivity precedents after *Arizona v. Grant*”, en: *UMKC*

rar el respeto al debido proceso mediante la exclusión de esta “prueba” obtenida ilegalmente de modo previo al juicio en aplicación de la teoría de “los frutos del árbol envenenado”,<sup>162</sup> todavía existe discusión dentro del contexto norteamericano sobre su pervivencia tanto entre el sector académico como de la práctica judicial, considerando tales autores<sup>163</sup> que la

---

*Law Review* 2011, vol. 80, pp. 485-509; aquí se incluye un análisis comparado entre *Arizona v. Gant*, 556 US 332 (2009) y *New York v. Belton*, 453 US 454 (1981). En general, sobre la aplicación de la norma de exclusión probatoria a la Cuarta Enmienda, BLOOM, R.M. *Searches, seizures and warrants. A reference guide to the United States Constitution*, Praeger, Westport, Conn., 2003, esp. pp. 13 y ss.

- 162 Vid. THAMAN, S.C. “Fruits of the poisonous tree’ in Comparative Law”, en: *Southwestern Journal of International Law* 2010, vol. 16, pp. 233-384, con amplio estudio de las legislaciones de Estados Unidos así como de otros países europeos (entre ellos España) y latinoamericanos. Así también, ampliamente, MELLIFONT, K. *Fruit of the poisonous tree: evidence deriving from illegally or improperly obtained evidence*, Federation Press, Sidney, 2010. Consúltese también en general KAMISAR, Y. *et al.* Ob. cit., p. 785 así como LAFAVE, W.R., ISRAEL, J.H., KING, N.J. y KERR, O.S. *Principles of criminal procedure*, cit., esp. p. 459 y *Criminal procedure*, 5a. ed., West Publishing, St. Paul, Minn., 2009, esp. p. 124 y más ampliamente, 512 y ss.; precisamente en este último texto se califica a tal teoría de los frutos del árbol envenenado como la más directa y “simple consecuencia” dentro de aquellas que derivan de la regla de exclusión probatoria (p. 525). Se trata como es sabido de considerar que la aplicación de la regla de la exclusión probatoria “no se traduce únicamente en la comisión de una ilegalidad en la obtención de fuentes probatorias sino que también es de aplicación a los resultados y consecuencias derivadas de dicha ilegalidad” en expresión de BLOOM. Ob. cit., p. 19.
- 163 Así, por ejemplo, McGarr, F.J. “The exclusionary rule: an ill conceived and ineffective remedy”, en: *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 1961, vol. 52, pp. 266-270 y, más recientemente, PIZZI, W.T. “The need to overrule *Mapp v. Ohio*”, en: *University of Colorado Law Review* 2011, vol. 82, pp. 679-738, argumentando este último autor que la regla de exclusión probatoria no resulta coherente con el sistema judicial penal vigente en Estados Unidos. Así también, en defensa de su abolición, DRESSLER, J. & MICHAELS, A.C. *Understanding criminal procedure: investigation*, vol. 1, 5a. ed., Lexis Nexis, San Francisco & Los Ángeles, CA, 2010, esp. p. 354. De interés asimismo JACOBI, T. “The law and economics of the exclusionary rule”, en: *Notre Dame Law Review* 2011, vol. 87, pp. 585-675; igualmente WHITEBREND, C.H. & SLOBOGIN, C. *Criminal procedure: an analysis of cases and concepts*, Foundation Press, New York, 1986, esp. pp. 44 y ss., realizando un análisis del coste de la regla de exclusión probatoria y proponiendo en su lugar otros remedios en sustitución de la misma para el caso de tales violaciones de normas constitucionales. Estos autores proponen en concreto soluciones de carácter procesal civil tales como las acciones de indemnización por daños y perjuicios (p. 46) así como de carácter procesal penal a fin de imponer la consiguiente sanción penal por conducta policial ilegal (p. 61) o incluso soluciones extrajudiciales, como es el caso de procedimientos

imposición de esta regla convierte la lucha contra el crimen en una carrera de obstáculos.

Sin embargo, debe apuntarse que normas equivalentes para prohibir tales métodos ilegales de obtención probatoria o, en su caso, para declarar esta “prueba” inadmisibles, se contemplan también hoy día en las legislaciones procesales penales de la Europa continental. Este es el caso de Francia bajo la institución de la “pena de nulidad” (*peine de nullité*) aplicable en relación con el registro domiciliario, control de identidad e intervención de comunicaciones, de forma que, cuando tales diligencias de investigación se practican sin el cumplimiento de los correspondientes requisitos legales, tiene lugar la eliminación del sumario (*investigative dossier*) de los resultados alcanzados mediante la práctica de las mismas.<sup>164</sup> Por su parte, la legislación procesal penal alemana, aún más, declara cualquier resultado probatorio inadmisibles si se ha obtenido mediante violencia, amenaza o coacciones ilegales.<sup>165</sup> En general, en el sistema legal alemán la obtención de “pruebas” mediante la violación de cualquier norma que tenga como objetivo salvaguardar los derechos procesales básicos del imputado producirá su inmediata exclusión; así ocurre también, en principio y salvo excepciones, en el caso de entradas, registros, comiso e intervención de comunicaciones practicados sin autorización judicial. Todavía una norma común de carácter más amplio contra la obtención

---

de administrativos internos a desarrollar dentro del respectivo departamento policial a fin de castigar tales conductas (p. 63); sin embargo, los autores concluyen que “a pesar de las críticas dirigidas a la regla de exclusión probatoria y las alternativas propuestas, la misma ha de considerarse una institución fundamental dentro del sistema legal del proceso penal norteamericano (p. 67; traducción libre).

164 Arts. 59, 78-3 y 100-7 CPPFr; consúltese FRASE. Ob. cit., esp. pp. 212 y ss. Así también en relación con los sistemas legales de Europa continental en general, THAMAN. “Fruits of the poisonous tree...”, cit., esp. pp. 345 y ss.; en particular para este país, VOUIN, R. “(The exclusionary rule under foreign law) C. France”, en: *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 1961, vol. 52, pp. 275-277.

165 Secciones 69 (3) y 136a (3) StPO sobre la declaración de testigos e imputado en el proceso penal. Véase WEIGEND. “Germany”, cit., esp. pp. 251 y ss, con referencia a variada jurisprudencia procedente de los Tribunales Supremos y constitucional de este país; también en particular, CLEMENS, W.R. “(The exclusionary rule under foreign law) D. Germany”, en: *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 1961, vol. 52, pp. 277-282. En comentario a la legislación y jurisprudencia de este país puede consultarse también AMBOS, K. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, en: GÓMEZ COLOMER. *Prueba y proceso penal*, cit., pp. 325-360.



de prueba ilícita se contempla en el sistema legal italiano<sup>166</sup> e incluso con mayor intensidad en el español; en este último, como es bien sabido, es una norma procesal de carácter general aplicable a todo tipo de procesos y no sólo para el ámbito penal la que contempla la exclusión de cualquier “prueba” obtenida con violación de los derechos fundamentales.<sup>167</sup> Por el contrario, en Inglaterra y Gales, donde el proceso penal se cataloga como adversarial y/o acusatorio y cuya estructura de estado se califica como descentralizada o coordinada,<sup>168</sup> no existe una regla general de exclusión probatoria para aquella obtenida de modo impropio sino que es el juez o tribunal en cada caso el que posee la discrecionalidad de excluir aquella que considere injustamente (*unfairly*) obtenida.<sup>169</sup>

166 Art. 191 CPPIt; al respecto, VAN CLAEVE. Ob. cit., pp. 327 y ss. Un comentario de este precepto se realiza en España por CHIAVARIO, M. “La normativa sobre las pruebas en el proceso penal italiano: temas y problemas”, en: GÓMEZ COLOMER. *Prueba y proceso penal*, cit., pp. 361-401, esp. pp. 391 y ss.

167 Art. 11.1 LOPJ. A modo de ejemplo y entre otros, GÓMEZ COLOMER, J.L. “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”, en: GÓMEZ COLOMER. *Prueba y proceso penal*, cit., pp. 107-147 y, ampliamente, MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2a. ed., Bosch, Barcelona, 2004; así también, MARTÍNEZ SANTOS, A. “Función de la regla de exclusión probatoria del art. 11.1 LOPJ en los procesos civil y penal”, en: ARMENTA DEU. *La convergencia entre proceso civil y penal*, cit., pp. 185-225. En particular, para la fase de instrucción y con comentario de las distintas diligencias sumariales involucradas, MORENO CATENA, V. “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, en: GÓMEZ COLOMER. *Prueba y proceso penal*, cit., pp. 75-106. Más recientemente, desde una perspectiva crítica a la regulación española de la ilicitud probatoria en términos generales, ASECIO MELLADO, J.M. “Prueba ilícita: declaración y efectos”, en: *Revista General de Derecho Procesal* 2012, No. 26, <http://www.iustel.com>

168 Recuérdese la argumentación de DAMASKA. “Evidentiary barriers...”, cit., esp. p. 522 a este respecto. Según su opinión, la regla de exclusión probatoria observa mayor cumplimiento en los sistemas del *Common Law* que en los de *Civil Law* en atención a la distinta pervivencia de tales modelos coordinado o jerárquico de estructura estatal; si bien ello, como se podrá apreciar, no es del todo exacto encontrándose los extremos opuestos en el sistema español, cuya regla se introdujo con carácter general en 1985 según es sabido y el sistema inglés, cuya regulación en este sentido es bastante reducida.

169 Sección 78 *Police and Criminal Evidence Act* (PACE) 1984 c. 60 disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents> (última consulta a fecha de 26 de junio de 2013). Véase FELDMAN. Ob. cit., esp. pp. 163 y ss. así como THAMAN. “Fruits of the poisonous tree...”, cit., esp. pp. 344-345; en particular, WILLIAMS, G.L. “(The

Finalmente, ha de recordarse como la fase de instrucción adquiere hoy día una creciente importancia dando lugar a cada vez más supuestos de preconstitución de la prueba; en este marco pueden apuntarse dos razones. Una primera relativa a la utilización de técnicas de investigación cada vez más sofisticadas y precisas debido a las posibilidades que otorga la tecnología actual y el mayor conocimiento científico que hoy tiene lugar; tales técnicas son, aún más, hoy día manejadas por distintos profesionales y especialistas en cada caso o, en otros, por los correspondientes agentes policiales con la preparación y medios necesarios para procurar esta búsqueda de hechos y/o datos (*fact-finding*). Sin duda, el mejor ejemplo aquí lo constituye la llamada prueba científica o análisis de ADN,<sup>170</sup> pero se debería incluir también cualquier tipo de pericia en

---

exclusionary rule under foreign law) B. England”, en: *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 1961, vol. 52, pp. 272-275. Así también, VOGLER, R. “Últimas tendencias probatorias en Inglaterra: en especial, las reglas de exclusión”, en: GÓMEZ COLOMER. *Prueba y proceso penal*, cit., pp. 403-419, esp. pp. 411 y ss. En este país en cambio rigen otro tipo de reglas de exclusión probatoria como es la denominada “exclusión de la prueba de mal carácter” a la que se refiere el último autor en pp. 414 y ss; un comentario particular le dedica asimismo PLANCHADELL GARGALLO, A. “La regla de exclusión de la prueba sobre el mal carácter en el proceso penal inglés”, en: GÓMEZ COLOMER. *Prueba y proceso penal*, cit., pp. 233-261, exponiendo esta regla como supuesto diferente de la prueba ilícita en tanto en cuanto la misma se refiere en esencia “al hecho de que el sujeto no tiene ninguna condena previa o ninguna condena relevante previa o mal carácter” (p. 237) y la cual en se contempla en la PACE como “prueba dirigida a demostrar la mala conducta del acusado” (p. 239).

- 170 Al respecto, GOLDSTEIN, R.M. “Improving forensic science through state oversight”, en: *Texas Law Review* 1911, vol. 90, pp. 225-258. La “infalibilidad” del análisis del ADN y su uso como única prueba “fuera de toda duda” ha sido discutido en Estados Unidos en cuanto nivel aceptable de actividad probatoria para el proceso penal adversarial de este país; así puede apreciarse en los comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo vertidos por LESTER, K.C. “The affects of *Apprendi v. Jersey* on the use of DNA evidence at sentencing – Can DNA alone convict of unadjudicate prior acts?”, en: *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice* 2010, vol. 17, pp. 267-302. Además, la toma de muestras de ADN de forma indiscriminada por las autoridades gubernamentales resulta muy criticable y hasta censurable, puesto que puede derivar en una evidente violación de derechos fundamentales y, en el caso concreto de Estados Unidos, prohibido de forma concreta en la Cuarta Enmienda; ello pese a que tal regulación se incluye en muchas legislaciones nacionales. En esta línea, EILER, A. “Arrested development: reforming the Federal all-arrestee DNA collection statute to comply with Fourth Amendment”, en: *George Washington Law Review* 2011, vol. 79, pp. 1201-1236 y LOWENBERG, K. “Applying the Fourth Amendment when DNA collected for one purpose is tested for another”, en:

general. Una segunda razón que redundante en esta creciente importancia de la fase investigadora en aras de la preconstitución de la prueba apunta al surgimiento de nuevas realidades penales dando lugar a la aparición de delitos de comisión cada vez asimismo más sofisticada, la cual hace necesaria la correspondiente adaptación del proceso penal. Por ello también el empleo cada vez más frecuente de diligencias investigadoras de carácter intrusivo en colisión muchas veces con los derechos fundamentales, cuya titularidad corresponde a los ciudadanos. De forma especial tales medidas incluyen los mencionados registros y decomisos,<sup>171</sup> vigilancia e inter-

---

*University of Cincinnati Law Review* 2010, vol. 79, pp. 1289-1326. Por el contrario, una defensa de esta actuación se realiza por LEVITT, J.A. "Competing rights under the totality of circumstances text: expanding DNA collection statutes", en: *Valparaiso University Law Review* 2011, vol. 46, pp. 117-167; el autor propone la adopción de legislación estatal para ampliar la regulación de los bancos de ADN, incluyendo muestras de las personas detenidas, pero siempre con previsión de las necesarias garantías procesales.

El tema causa, como es sabido, honda preocupación e interés en Europa. A modo de ejemplo en Italia BARGIS, M. "Note in tema di prova scientifica nel processo penales", en: *Rivista di Diritto processuale* 2011, vol. 66, No. 1, pp. 47-66. Así también en el ámbito de la Unión Europea, donde también existe regulación al respecto, siendo el mejor exponente el Tratado de Prüm, firmado entre otros países por España el 27 de mayo de 2005 en previsión del intercambio de perfiles de ADN entre las partes contratantes; así, SOLETO MUÑOZ, H. "Los perfiles de ADN y su comunicación en el ámbito de la Unión Europea", en: *Revista de Derecho y proceso penal* 2010, No. 23, pp. 113-136 y, con carácter general, SYMEONIDOU-KASTANIDOU, E. "DNA analysis and criminal proceedings: the European institutional framework", en: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2011, vol. 19, No. 2, pp. 139-160. Por último y en particular, ha de recordarse en España la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN; entre la numerosa literatura le dedican un comentario ETXEBERRIA GURIDI, J.F. "La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN", en: *Diario La Ley*, 11 de marzo de 2008, No. 69001, <http://www.diariolaley.es> así como REVERÓN PALENZUELA, B. "La nueva Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales", en: *Revista de Derecho y genoma humano* 2008, No. 29, pp. 67-109. Sobre la prueba de ADN en general, a modo de ejemplo, PÉREZ MARÍN, M.A. "El ADN como método de identificación en el proceso penal", en: *Revista do Ministério Público* 2012, No. 132, pp. 127-163 y, ampliamente, ETXEBERRIA GURIDI, J.F. *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000.

171 Ha de matizarse que en Estados Unidos el concepto de entrada y registro (*searches*) así como en su caso el consiguiente decomiso de objetos (*seizures*) incorpora otras diligencias tales como la intervención de comunicaciones telefónicas y electró-

vención de comunicaciones telefónicas o electrónicas<sup>172</sup> e incluso técnicas consistentes en investigaciones al azar (*dragnet investigations*) o autén-

nicas o incluso las intervenciones corporales. Ejemplos en todos estos sentidos se encuentran respectivamente en ANDERSON, L. “*People v. Diaz*: warrantless searches of cellular phones, stretching the search incident to arrest doctrine beyond the breaking point”, en: *Western State University Law Review* 2011, vol. 39, pp. 33-54; STINSMAN, J.T. “Computer seizures and searches: rethinking the applicability of the plain view doctrine”, en: *Temple Law Review* 2011, vol. 83, pp. 1097-1120 y GAUTHIER, C.E. “Is it really that simple?: Circuits split over reasonable suspicion requirement for visual body-cavity searches of arrestees”, en: *Tulane Law Review* 2011, vol. 86, pp. 247-272.

- 172 De hecho la literatura de este país ha puesto de relieve la existencia de una especie de “Derecho de vigilancia e intervención de comunicaciones”; así, en cada ámbito, BELLIA, L. “Designing Surveillance Law”, en: *Arizona State Law Journal* 2011, vol. 43, pp. 293-348 y BODRI, J.P. “Tapping into police conduct: the improper use of wiretapping laws to prosecute citizens who record on-duty police”, en: *Journal of Gender, Social Policy & Law* 2011, vol. 19, pp. 1327-1349, esp. pp. 1332 y ss. poniendo de relieve los antecedentes y origen de tal modalidad de Derecho. Así también, en términos generales, RUSHIN, S. “The judicial response to mass police surveillance”, en: *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy* 2011, No. 2, pp. 281-328 y STEIN, D.J. “Law enforcement efficiency or Orwell’s 1984? Supreme Court to decide whether “Big Brother” is here at last”, en: *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy* 2011, No. 2, pp. 487-501, aplicando las famosas referencias literarias a las nuevas herramientas de vigilancia, tales como el GPS. Por su parte, el Tribunal Supremo y el Congreso de Estados Unidos también se han esforzado en adaptar la Cuarta Enmienda a las nuevas tecnologías, en línea con las consecuencias derivadas del caso *Katz v. US*, 389 US 347 (1967) y dictando la necesaria legislación especialmente en materia de protección de datos a la hora de proceder con tal intervención de comunicaciones; consúltese al respecto BRENNAN, C.R. “*Katz* cradle: holding on to Fourth Amendment parity in an age of evolving electronic communication”, en: *William and Mary Law Review* 2012, vol. 53, pp. 1797-1823 así como WOLF, M.K. “Anti-wiretapping statutes: disregarding legislative purpose and the constitutional pitfalls of using anti-wiretapping statutes to prevent the recording of on-duty police officers”, en: *Journal of Gender, Race and Justice* 2012, vol. 15, pp. 165-200 en el análisis de tales estatutos, en este caso también válidos para prohibir la grabación de actividades policiales por parte de los ciudadanos.

En España, sobre el tema del empleo de las nuevas tecnologías en la fase de instrucción del proceso penal, por todos, en general y recientemente, PÉREZ GIL, J. (coord.). *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012; así también con anterioridad del mismo autor, “Investigación penal y nuevas tecnologías: algunos de los retos pendientes”, en: *Revista jurídica de Castilla y León* 2005, No. 7, pp. 211-234. En especial, en relación con la vigilancia de comunicaciones electrónicas por parte de las autoridades policiales, GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J. “Infiltración policial en internet: algunas consideraciones”, en: *Revista de Poder Judicial* 2007, No. 85, pp. 81-117 y,

ticas “cacerías” de información (*entrapment*),<sup>173</sup> así como otras medidas llevada a cabo por las fuerzas policiales.<sup>174</sup> Precisamente, el surgimiento

---

más ampliamente, *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2007, esp. pp. 385 y ss. Sobre el conflicto de tales modalidades de investigación y el derecho a la protección de datos en particular PEDRAZ PENALVA, E.(coord.). *Protección de datos y proceso penal*, La Ley, Madrid, 2010.

- 173 Dentro de tales técnicas policiales cobra especial relevancia la colocación de dispositivos de GPS en vehículos o en otros lugares existiendo un importante debate en Estados Unidos sobre la violación del derecho a la intimidad con dictado de importante jurisprudencia al respecto; véanse comentarios al respecto por parte de LUNSFORD, J.A. “Prolonged GPS surveillance and the Fourth Amendment: a critical analysis of the D.C. Circuit’s ‘the-whole-is-greater-than-the-sum-of-its-parts’ approach in *United States v. Maynard*”, en: *Ohio Northern University Law Review* 2011, vol. 38, pp. 383-403 así como SUSLAK, B.A. “GPS tracking, police intrusion and the diverging paths of state and federal judiciaries”, en: *Suffolk University Law Review* 2011, vol. 45, pp. 193-214. Entre la bibliografía española, a modo de ejemplo, PÉREZ GIL, J. “Los datos sobre localización geográfica en el proceso penal”, en: PEDRAZ PENALVA, cit., pp. 307-354.

Sobre la práctica de tales investigaciones al azar por parte de la policía consúltese en general PARKER, A.K. “Dragnet Law enforcement: prolonged surveillance & the Fourth amendment”, en: *Western State University Law Review* 2011, vol. 39, pp. 23-32. Este tipo de investigaciones policiales son igualmente practicadas en otros países bajo diferentes denominaciones y así las “investigaciones con operativo policial” contempladas en las secciones 98a y 98b StPO (*Raster- and Schleppnetz fahndung*) para hacer posible la investigación de ciertos delitos y que en este caso permite el análisis de bases de datos policiales de cierto número de personas a fin de verificar la identidad del presunto culpable; consúltese en especial BOHLANDER. Ob. cit., esp. pp. 88 y ss. En España, si bien en la actualidad existe un vacío legislativo en toda estas materia, parece que el nuevo borrador de Código Procesal Penal incorpora un sinfín de posibilidades a este respecto y así, en concreto, la previsión de un capítulo específico dentro del título dedicado de la descripción de las concretas diligencias investigadoras para el proceso ordinario a “la investigación mediante vigilancias policiales sistemáticas, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen” (Libro IV, Título II, Cap. VIII, arts.329-333). Sobre la nueva investigación penal en este texto con carácter general DE URBANO CASTRILLO, E. “La investigación en el futuro proceso penal”, en: *La Ley penal* 2012, No. 93, <http://laley Penal.laley.es>

- 174 En relación con estas y otras medidas de investigación policial véase, por ejemplo, KHALIL, A.A. “Knock, knock, who’s there? Undercover officers, police informants and the ‘consent once removed’ doctrine”, en: *Senton Hall Law Review* 2011, vol. 41, pp. 1569 -1597. Para un examen comparado entre las posibilidades contempladas a este respecto en Estados Unidos y Europa consúltese SLOBOGIN, C. “Comparative empiricism and police investigative practices”, en: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 2011, vol. 37, pp. 321-348. Entre

de estas nuevas formas de criminalidad —en su mayor parte asociadas al terrorismo y criminalidad organizada— parece ser ya una buena razón para justificar la ampliación del contenido de esta fase investigadora.<sup>175</sup>

la literatura española véase de modo especial PÉREZ GIL. *El proceso penal en la sociedad de la información...*, cit.; a modo de ejemplo y entre los interesantes allí recogidos, GÓMEZ ARROYO, J.L. “Modernización de la justicia y nuevas formas de persecución del delito (proceso penal)”, pp. 547-586.

- 175 Sobre la coordinación entre ambos modelos acusatorio/adversarial e inquisitivo en el ámbito de la cooperación internacional durante la fase de investigación consúltese CREEGAN E. “Cooperation in foreign terrorism prosecutions”, en: *Georgetown Journal of International Law* 2011, vol. 42, pp. 491-529; el autor justifica precisamente las dificultades de tal cooperación en la existencia de estos diferentes modelos conforme los distintos antecedentes históricos en cada caso para los países del *Common Law* y *Civil Law*. En términos generales y como es sabido, ha aumentado de forma extraordinaria la cooperación internacional durante la fase de investigación penal con motivo de la lucha contra el terrorismo y criminalidad organizada; así, en particular, CASTILLEJO MANZANARES, R. “Diligencias de investigación y medios de prueba en la lucha contra el crimen organizado”, en: *Revista de Derecho Penal* 2013, No. 38, pp. 35-68 y, ampliamente, entre muchos y a fecha de entonces, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADÍ, F. (coord.). *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

En particular relación con la lucha contra el terrorismo un antes y después dentro de este contexto lo marcó la señalada fecha del 11 de septiembre de 2001, la cual, como es de sobra sabido, causó un enorme impacto mundial provocando el replanteamiento del equilibrio que ha de mediar entre derechos fundamentales (y procesales) y la aplicación de la ley en aras de la represión del delito. Por todos, JIMENO-BULNES, M. “After September 11th: the fight against terrorism in national and European Law. Substantive and procedural rules: some examples”, en: *European Law Journal* 2004, vol. 10, No. 2, pp. 235-253, esp. pp. 237 y ss, realizando breve examen a la promulgación de la *USA Patriot Act* (2001) en Estados Unidos y *the UK Anti-Terrorism, Crime and Security Act* (ATCSA) 2001 en el Reino Unido así como a la regulación penal y procesal penal española y específicamente aquella en el ámbito de la Unión Europea. Así también examen de la *USA Patriot Act* dentro de la literatura norteamericana, a modo simplemente de ejemplo, WHITEHEAD, J.W. y ADEN, S.H. “Forfeiting ‘enduring freedom’ for ‘homeland security’: a constitutional analysis of the USA Patriot Act and the Justice Department’s anti-terrorism initiatives”, en: *American University Law Review* 2002, vol. 51, pp. 1081-1133 y, más recientemente, partiendo de una revisión de esta regulación a fecha de hoy, SETTY, S. “What’s in a name? How nations define terrorism ten years after 9/11”, en: *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2011, vol. 33, pp. 1-33; con carácter monográfico, GURULE, J. y CORN, G.S. *Principles of counter-terrorism Law*, West Publishing & Thomson Reuters, St. Paul, Minn., 2011, esp. pp. 27 y ss. En nuestro país, por ejemplo, tanto sobre las consecuencias del 11 de septiembre y la aludida legislación norteamericana, PÉREZ CEBADERA, M.A. “La reacción pro-

## 4.2 Juicio oral

No en vano esta fase se ha caracterizado como la “joya de la corona” del proceso penal adversarial<sup>176</sup> —especialmente en el caso de Estados Unidos— en la medida en que representa el mejor escenario para el despliegue de todos los valores y principios involucrados con la noción de adversariedad misma. En este ámbito es la denominada “cláusula de confrontación” (*confrontation clause*) prevista en la Sexta Enmienda<sup>177</sup> y la cual concede el derecho al acusado de carearse con los testigos propuestos por la acusación, la que adquiere un papel fundamental a través de la técnica del interrogatorio cruzado (*cross-examination*);<sup>178</sup> éste constituye

---

cesal penal en USA tras el 11 de septiembre”, en: *Tribunales de Justicia* 2002, No. 11, pp. 1-12 y SALAS CALERO, L. “La Ley Patriótica USA”, en: GÓMEZ COLOMER y González Cussac, cit., pp. 255-309.

- 176 Expresión procedente de KAMISAR, Y. y LAFAVE, R. *Modern criminal procedure: cases, comments, questions*, West Publishing, St. Paul, Minn., 1990, p. 1358; en cambio en ediciones posteriores como las manejadas en este texto no se incluyen tales referencias al sistema adversarial en el capítulo relativo al proceso penal. Sin embargo, sí aparece esta expresión en la versión española coordinada por GÓMEZ COLOMER, *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* y así, en concreto, en el capítulo 18 relativo al juicio elaborado por M.A. PÉREZ CEBADERA, esp. p. 1145.
- 177 Cuyo principal exponente es *Maryland v. Craig*, 497 US 836, 845, 846 (1990); aunque aquí se contemplan algunas excepciones a este principio de confrontación cara a cara, el Tribunal Supremo norteamericano recuerda asimismo la finalidad de esta cláusula de confrontación, cual es “garantizar la credibilidad de la prueba practicada contra el acusado a partir del sometimiento de la misma un riguroso examen en un proceso adversarial ante el juez de los hechos”. Así también se declara que “el efecto de combinar estos elementos de la confrontación - presencia física, juramento, interrogatorio cruzado y la observación de la conducta por el juez de los hechos- sirve al propósito de la cláusula de confrontación asegurando que las pruebas practicadas contra el acusado son fiables y están sujetas al riguroso examen adversarial que es la norma ordinaria del proceso penal angloamericano” (traducción libre en todo caso), haciéndose para ello referencia a anteriores precedentes jurisprudenciales. Entre la literatura de este país consúltese de forma general, por ejemplo, CAMMACK, M.E. & GARLAND, N.M. *Advanced criminal procedure*, 2a. ed., Thomson & West, St. Paul, Minn., 2006, esp. pp. 414 y ss. así como, en particular, KRY, R.K. “Confrontation at crossroads: Crawford’s seven-year itch”, en: *Charleston Law Review* 2011, vol. 6, pp. 49-85.
- 178 Regla 26 (2) FRCP, calificada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos como el “mayor motor legal que se ha inventado para el descubrimiento de la verdad” según declaró en el caso *California v. Green*, 399 US 149, 158 (1979); la declaración original se puede encontrar en WIGMORE, J.H. *A treatise on the Anglo-American system of*

sin duda, el medio de prueba más característico del proceso adversarial norteamericano, práctica probatoria que, ha de recordarse, ha de alcanzar un elevado nivel de garantía a través del cumplimiento de la conocida máxima “más allá de toda duda razonable” (*beyond reasonable doubt*)<sup>179</sup> a fin de obtener la condena del acusado. Se alega así que este derecho a la confrontación y/o careo no existe en los procesos penales de Europa continental en tanto en cuanto cualquier interrogatorio de este tipo se realiza directamente por el órgano jurisdiccional juzgador directamente.<sup>180</sup> Pero esta afirmación no resulta acertada pues ya desde hace tiempo diversas legislaciones procesales penales europeas incluyeron en su momento formas de interrogatorio cruzado durante esta fase de juicio oral; tal fue el caso de Francia,<sup>181</sup> Alemania,<sup>182</sup> Italia<sup>183</sup> e incluso España desde

---

*evidence in trials at Common Law: including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States and Canadá*, Little, Brown, 1940, aptdo. 1367. Véase también LANGBEIN. *The origins of adversary criminal trial*, cit., p. 291 sobre los orígenes del interrogatorio cruzado en el tribunal británico *Old Bailey* así como McCORNICK. *Handbook of the Law of evidence*, cit., p. 43 en discusión sobre el derecho a practicar el interrogatorio cruzado.

- 179 Al respecto, en particular, SAPHIRO, B. “The beyond reasonable doubt doctrine: ‘moral comfort’ or standard of proof?”, en: *Law and Humanities* 2008, vol. 2, No. 2, pp. 149-173 en relación a los orígenes de este principio y en comentario de la obra de WHITMAN, J.Q. *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*, Yale University Press, N. Haven, CT, 2008. Sin embargo, este último autor proporciona a su vez contestación a las críticas vertidas por el anterior en la misma publicación y así WHITMAN, J.Q. “Response to Saphiro”, en: *Law and Humanities* 2008, vol. 2, No. 2, pp. 175-189.
- 180 En esta línea DAMASKA. “Presentation of evidence and fact-finding precision”, cit., esp. p. 1088.
- 181 Art. 312 CPPFr, según el cual el Ministerio Público y la defensa pueden interrogar directamente al acusado, a la parte civil, a los testigos y cualquier otra persona interviniente en ese momento en el juicio. Sin embargo, parece que, aún contemplada legalmente esta posibilidad de interrogatorio cruzado, la práctica del mismo no resulta frecuente. Vid. FRASE. Ob. cit., esp. p. 234.
- 182 Sección 239 StPO (*Kreuzverhor*), dejando en manos de ambas partes procesales, Ministerio Público y defensa, el interrogatorio de testigos y peritos. Sin embargo, esta disposición adquiere escasa relevancia en la práctica en la medida en que tiene que ser aplicada conjuntamente por la acusación y la defensa -lo cual raramente ocurre- exigiendo además la conformidad del presidente del tribunal; por esta razón ha sido propuesta su derogación. De esta opinión BOHLANDER. Ob. cit., p. 119.
- 183 Art. 498 CPPIt (*esame diretto e contraesame dei testimoni*) en alusión a dicho interrogatorio cruzado por parte de acusación y defensa. Ello si bien en Italia el presi-



1882.<sup>184</sup> Conviene además, por último, recordar a este respecto que la propia fórmula del interrogatorio cruzado está también contemplada en los textos europeos e internacionales tales como, en concreto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos,<sup>185</sup> cuyo específico articulado resulta aplicable en todos los países mencionados.

Un rasgo clásico adicional que se supone es la quintaesencia del proceso penal adversarial es sin duda el derecho a un juicio con tribunal de jurado.<sup>186</sup> Es verdad que en países de Europa continental el derecho

---

dente del tribunal goza del derecho de interrogar también a los testigos conforme el art. 506, siempre con posterioridad al anterior interrogatorio cruzado, de modo similar a lo que ocurre en España. Véase VAN CLAEVEN. Ob. cit., esp. p. 343 así como CHIAVARIO. Ob. cit., esp. pp. 370 y ss., entendiendo este derecho a la confrontación como parte del derecho a la prueba de descargo.

- 184 Art. 708 LECrim; como en Italia y ya es sabido, el magistrado presidente en España también tiene facultad para realizar preguntas, pero sólo después del interrogatorio llevado a cabo por las partes. Igualmente es conocida la disposición contenida en el art. 451 LECrim en previsión de la confrontación entre testigos y acusados bajo la denominación específica del careo. En realidad, parece ser que España es el primer país en incorporar dicho derecho a la confrontación bajo la fórmula del interrogatorio cruzado tal y como recuerda la literatura extranjera; así VOLKMANN-SCHLUCK. Ob. cit., p. 1. y MURRAY. Ob. cit., esp. p. 44. Al respecto en nuestro país, por ejemplo, VERGÉ GRAU, J. “Un interrogatorio cruzado y mágico”, en: *Justicia* 2000, No. 1, pp. 5-14 y, más ampliamente, en general, sobre la práctica de tal interrogatorio en la persona del acusado, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. *El interrogatorio del acusado*, Civitas, Madrid, 2011.
- 185 Arts. 14.3 e) PIDCP y 6.3 d) CEDH. Véase en particular HOLDGAARD, M. “The right to cross-examine witnesses: the case law under the European Convention of Human Rights”, en: *Nordic Journal of International Law* 2002, vol. 71, pp. 83-106. Dentro de la jurisprudencia más reciente vertida por el TEDH destaca por ejemplo el caso *Al-Khawaja and Tahery v. UK*, con sentencia dictada el 15 de diciembre de 2011 disponible en sitio internet oficial <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>; en este caso el Tribunal europeo declaró que había tenido lugar la violación del art. 6.3 d) en la medida en que en el oportuno juicio no pudo ser contrarrestada “la veracidad y fiabilidad de la declaración aportada por el recurrente” ni la defensa pudo llamar a otros testigos de descargo (vid. esp. aptdo. 162, siendo T. el recurrente, Ali Tahery).
- 186 Sobre esta relación entre el juicio con jurado y el modelo adversarial HANS, V. “US jury reform: the active jury and the adversarial ideal”, en: *Saint Louis University Public Law Review* 2002, vol. 21, pp. 85-97. Así también, en relación con el derecho a un juicio con Tribunal de Jurado en Estados Unidos en particular, entre muchos, MOTTELY, K.A., ABRAMI, D. y BROWN, K.D. “An overview of the American criminal jury”, en: *Saint Louis University Public Law Review* 2002, vol. 21, pp. 99-122, esp. p. 100 y MARDER. Ob. cit., esp. pp. 35 y ss.; en España, por ejemplo, ESPARZA LEIBAR,

a un juicio con jurado en general apenas existe como tal, al menos en el sentido completado en Estados Unidos a través de la aplicación de la Sexta Enmienda de su constitución.<sup>187</sup> Sin embargo, en gran parte de estos países existe asimismo algún tipo de participación lega en Derecho en el proceso de enjuiciamiento penal, la que normalmente tiene lugar a través del modelo de tribunales mixto o, en puridad, Escabinado;<sup>188</sup> en algún

I. “El Jurado en los Estados Unidos de Norteamérica: problemática general. El procedimiento de selección”, en: *Revista de Derecho Procesal* 1995, No. 1, pp. 295-311; así también, para un comentario jurisprudencial, PÉREZ CEBADERA, M.A. “Juicio con Jurado”, en: GÓMEZ COLOMER, cit., pp. 925-979.

- 187 Para una perspectiva histórica del jurado norteamericano en especial ALSCHULER, A.W. y DEISS, A.G. “A brief history of the criminal trial in United States”, en: *University of Chicago Law Review* 1994, vol. 61, pp. 867-928, esp. pp. 869 y ss. Así también, respecto a su papel a la fecha de entonces, en particular, MARDER, N.S. (ed.). *Symposium: the jury at a crossroad: the American experience*, en: *Chicago-Kent Law Review* 2003, vol. 78, No. 3, monográfico y, más adelante, HANS, V. *The jury system: contemporary scholarship*, Ashgate, Burlington, 2006. Por último una propuesta de reforma se realiza por MARDER, N.S. “Jury reform: the impossible dream?”, en: *Tennessee Journal of Law and Policy* 2009, vol. 5, pp. 149-183.

Un examen general del papel del jurado en los países del *Common Law* se proporciona en el Symposium publicado bajo el título *The Common Law jury, Law and Contemporary Problems* 1999, vol. 62, No. 2, No. monográfico. Por último, una perspectiva de los sistemas legales con jurado en el mundo se realiza entre muchos por HANS, V. (ed.). *The rising tide: citizen participation in legal decision making: a cross-cultural perspective*, *Cornell International Law Journal* 2007, vol. 40, No. 2, monográfico, así como MARDER, N.S. (ed.). *Symposium on comparative jury systems*, en: *Chicago-Kent Law Review* 2011, vol. 86, No. 2, monográfico, y en la obra editada por VIDMAR, N. (ed.). *World jury systems*, Oxford University Press, Oxford, 2000; así también, más sumariamente, HANS, V. “Jury systems around the world”, en: *Annual Review of Law and Social Science* 2008, vol. 4, pp. 275-297 disponible en ULR <http://www.annualreviews.org/toc/lawsocsci/4/1> (fecha de consulta: 28 de junio de 2013). En Europa, por todos y en principio, VOGLER. *A world view of criminal justice*, cit., esp. pp. 193 y ss.; más ampliamente, la publicación monográfica derivada del congreso internacional celebrado en Siracusa al respecto, *Le jury dans le procès pénal au XXè siècle/The lay participation in the criminal trial in the XXst century*, *Revue internationale de Droit pénale* 2001, vol. 72, No. 1, monográfico.

- 188 *Cour d'assises* en Francia, *Schöffengericht* en Alemania, *Corte di assisi* en Italia, *Tribunal do júri* en Portugal; vid. JIMENO BULNES. “La participación popular en la administración de justicia mediante el jurado”, cit., esp. pp. 305 y ss., con cita de la oportuna legislación y bibliografía. Así también, en referencia a los distintos modelos de participación popular existentes en Europa es de interés el informe presentado por JACKSON, J.D. y KOVALEV, N.P. “Lay adjudication and human rights in Europe”, en: *Columbia Journal of European Law* 2006, vol. 13, pp. 83-123, esp. pp. 94 y ss. En particular, sobre el funcionamiento conjunto de asesores no profesio-

caso incluso se contempla la aplicación del modelo anglosajón de juicio con tribunal de jurado como ocurre específicamente en España. De este modo, las legislaciones procesales penales de Francia, Alemania, Italia y Portugal adoptaron en su día este modelo de tribunal mixto o Escabinado, con la interacción de asesores no profesionales y jueces profesionales en sustitución del inicial modelo de jurado puro que tuvo lugar hace varias décadas.<sup>189</sup> Por el contrario, es bien conocido cómo España instituyó el modelo de jurado puro o anglosajón en 1995 bajo la inspiración del sistema del *Common Law*, con inclusión de características propias y distintivas recuperando incluso parte de su inicial historia judicial;<sup>190</sup> fundamentalmente, estos rasgos singulares hacen referencia a la necesidad de un ve-

---

nales y jueces profesionales, KUNTJAK IVKOVIC, S. “Exploring lay participation in legal decision-making: lessons from mixed tribunals”, en: *Cornell International Law Journal* 2007, vol. 40, pp. 429-453 y “An inside view: professional judges’ and lay judges’ support for mixed tribunals”, en: *Law & Policy* 2003, vol. 25, pp. 93-122 proporcionando en este último trabajo entrevistas personales de unos y otros; así también MACHURA, S. “Interaction between lay assessors and profesisonal judges in german mixed courts”, en: *International Review of Penal Law* 2001, vol. 72, pp. 452-479 en relación con la experiencia alemana.

189 Prueba de esta afirmación es la literatura clásica existente al respecto; así por ejemplo, GORPHE, F. “Reforms of the jury-system in Europe: France and other continental countries”, en: *Journal of Criminal Law & Criminology* 1936, vol. 27, pp. 155-168 y MANHEIM, H. “Trial by jury in modern continental criminal law”, en: *Law Quarterly Review* 1937, vol. 53, pp. 388-412. Además, existe numerosa literatura específica en relación con los distintos países y así por ejemplo, respecto a Francia en particular HANS, V.P. y GERMAIN, C.M. “The French jury at crossroads”, en: *Symposium on comparative jury systems*, cit., pp. 737-768; en relación con Alemania, CASPER, G. y ZEISEL, H. “Lay judges in the German criminal courts”, en: *Journal of Legal Studies* 1972, vol. 1, pp. 135-191; respecto de Italia, en su día, PLOSCOWE, M. “Jury eform in Italy”, en: *Journal of Criminal Law & Criminology* 1934, vol. 25, pp. 576-585 y en nuestro país especialmente MONTERO AROCA, J. “Las ‘Corti di Assisi’ en Italia”, en: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1970, No. 2, pp. 323-339; y Portugal, también entre nosotros, ÁLVAREZ ALARCÓN, A. “El Jurado en Portugal: estatuto, competencia y procedimiento de selección”, en: *Anuario de la Facultad de Derecho* 1987, No. 5, pp. 249-271.

190 Por todos, JIMENO BULNES. “La participación popular en la administración de justicia mediante el Jurado”, cit., esp. pp. 333 y ss. así como “Lay participation in Spain: the jury system”, en: *International Criminal Justice Review* 2004, vol. 14, pp. 164-185, en ambos casos con legislación y bibliografíaa allí citada. El sistema de Jurado español también despierta interés en la literatura anglosajona; así THAMAN, S.C. “Spain returns to trial by jury”, en: *Hastings International and Comparative Law Review* 1998, vol. 21, pp. 241-537 al igual que GLADOW, C. *History of trial by jury in the Spanish legal system*, E. Mellen Press, Lewiston, UK, 2000.

redicto motivado,<sup>191</sup> lo que convierte a la institución de jurado española única en el panorama, no sólo europeo sino también mundial. Desde su introducción, los juicios con Tribunal de Jurado en España han funcionado según un esquema que probablemente sea uno de los más cercanos al modelo clásico anglosajón, a pesar de las reservas expresadas por académicos, prácticos en Derecho y los propios tribunales.<sup>192</sup>

No obstante, la mayor influencia norteamericana ejercida sobre los procesos penales de Europa continental es probablemente la reproducción de otra institución procedente del Derecho estadounidense, muy polémica en ambos lados del océano Atlántico y la cual aún tiene una historia reciente dentro de un contexto general:<sup>193</sup> se trata de la negociación de la

191 Vid. JIMENO BULNES, M. “Un argumento diferente para *12 hombres sin piedad* desde la perspectiva española: el veredicto y la regla de la mayoría”, en: *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento* 2010, No. 28, pp. 577-589; así también, entre la literatura norteamericana, THAMAN, S.C. “Should criminal juries give reasons for their verdicts? The Spanish experience and the implications of the European Court of Human Rights decision in *Taxquet v. Belgium*”, en: *Chicago-Kent Law Review* 2011, vol. 86, No. 2, pp. 613-668. Ampliamente en España, también desde una perspectiva comparada, VÉLEZ RODRÍGUEZ, E. *La motivación y racionalidad del veredicto en el Derecho español y en el Derecho norteamericano*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastian, 2007 y, con carácter general, LORCA NAVARRETE, A.M. *El veredicto del Jurado*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastian, 2012.

192 En particular, JIMENO BULNES, M. “El fenómeno de la ‘huida del Jurado’: una visión desde la práctica judicial”, en: GÓMEZ COLOMER, Barona Vilar y Calderón Cuadrado, cit., pp. 1083-1109, esp. pp. 1101 y ss., con referencia a las prácticas judiciales en restricción de la competencia del Tribunal del Jurado; así, en concreto, a la adopción de acuerdos entre defensa y acusación bajo la forma de “conformidad anticipada”, supuesto que a la fecha no se encuentra contemplado en la LO 5/1995 del Tribunal del Jurado.

193 En sentido estricto, la práctica de la negociación de la pena en Inglaterra y América no resulta significativa hasta el siglo XIX, momento en que comienza a apreciarse la preocupación por la eficiencia del proceso penal en ambos países; así, LANGBEIN, J.H. “Understanding the short history of plea bargaining”, en: *Law & Society Review* 1979, vol. 13, pp. 261-272, esp. p. 262. Así también, desde esta perspectiva histórica en particular, ASCHULER, A.W. “Plea bargaining and its history”, en: *Columbia Law Review* 1979, vol. 79, pp. 1-43 al igual que FRIEDMAN, L.M. “Plea bargaining in historical perspective”, en: *Law & Society Review* 1979, vol. 13, pp. 247-259 y WISHINGRAD, J. “The plea bargain in historical perspective”, en: *Buffalo Law Review* 1973, vol. 23, pp. 499-552. Sobre la negociación de la pena en el Derecho inglés consúltese en particular BALDWIN, J. y McCONVILLE, M. “Plea bargaining and plea negotiation in England”, en: *Law & Society Review* 1979, vol. 13, pp. 287-307. Para

pena (o “conformidad” en España) como una modalidad de la admisión formal de culpabilidad<sup>194</sup> y la que se califica al mismo tiempo consecuencia y fracaso de la aplicación del modelo adversarial al proceso penal. Una

---

un estudio comparado entre ambos países adscritos al sistema del *Common Law* véase COOPER, H.H.A. “Plea bargaining: a comparative analysis”, en: *N.Y.U. Journal of International and Politics* 1972, vol. 5, pp. 427-448. En cambio, otros autores anticipan el nacimiento de tales pleas al siglo XVIII incluso; así, en concreto, MCCONVILLE, M. y MIRSKY, C. *Jury trials and plea bargaining: a true history*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2005, esp. pp. 153 y ss.

También entre nosotros existe notable bibliografía ocupada en el estudio de la institución de la conformidad en Estados Unidos así como en otros países. Destacan en este sentido los trabajos de BARONA VILAR, S. “La conformidad en el proceso penal y la justicia negociada”, en: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADÍ, cit., pp. 84-106, esp. pp. 89 y ss. y, más ampliamente, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, esp. pp. 34 y ss.; así también las monografías de CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996 y RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997, esp. pp. 27 y ss., con inclusión de estadísticas a la fecha sobre la incidencia del *plea bargaining* en los tribunales federales de este país en pp. 109-118.

- 194 Según la regla 11 (c) FRCP adquiere la denominación de “acuerdo de culpabilidad” (*plea agreement*) aunque también algunos autores utilizan la expresión de “negociación de culpabilidad” (*plea negotiation*); así, por ejemplo, LAFAVE, W.R., ISRAEL, J., KING, N.J. y KERR, O.S. *Principles of criminal procedure: post-investigation*, 2a. ed., West & Thomson Reuters, St. Paul, Minn., 2009, pp. 436 y ss. Es por ello también esta última la expresión acuñada por PLANCHADELL GARGALLO, A. “Declaraciones de culpabilidad”, en: GÓMEZ COLOMER, cit., pp. 893-924, en traducción de la obra de LAFAVE *et al.* No obstante, ha de distinguirse entre las nociones de culpabilidad y negociación de la pena pues, si bien la negociación de la pena supone lógicamente una aceptación de culpabilidad, no toda aceptación de culpabilidad es el resultado de una negociación; en concreto una negociación de la pena supone una admisión de culpabilidad de la persona acusada a cambio de una especie de concesión o beneficio de la acusación y por ello el empleo de la expresión de *bargain* (rebaja). De este modo, la regulación se realiza de forma independiente para la declaración de culpabilidad y la negociación de la pena en las normas procesales penales federales; así la regla 11 (a) distingue tres categorías de declaraciones o alegaciones (*pleas*) por parte del acusado: no culpable, culpable y *nolo contendere* (este último, a diferencia del *guilty plea*, no exige una admisión formal de culpabilidad pero sí en cambio el consentimiento del tribunal). Por su parte, la regla 11 (c) (1) se ocupa de los distintos tipos de negociación y así cabe la “negociación del o los cargos” y la “negociación de la sentencia”, refiriéndose respectivamente al acuerdo sobre la acusación y al acuerdo con la sentencia propuesta. Consúltese en general CAMMACK & GARLAND. Ob. cit., esp. pp. 265 y ss. así como MILLER & WRIGHT. Ob. cit., esp. pp. 1101 y ss.; en España por ejemplo CABEZUDO RODRÍGUEZ. Ob. cit., esp. pp. 77 y ss.

consecuencia en la medida en que tiene lugar en un proceso centrado en las partes (*party-centered*), siendo por ello lógica premisa la disposición del proceso por las mismas y, por este motivo, el establecimiento de tales acuerdos particulares a modo de “contrato” e incluso “compromiso”<sup>195</sup> entre la acusación y el acusado o, más exactamente, defensa, colocando a ambos en una posición similar a la que adquieren los litigantes en el proceso civil.<sup>196</sup> Un fracaso en la medida en que esta institución se traduce en la evitación del juicio en sí mismo dentro del marco general del proceso penal, operando a la fecha dicho mecanismo sustitutivo como norma general en los tribunales de Estados Unidos debido al propio retraso y sobrecarga judicial que propicia el sistema adversarial.<sup>197</sup>

195 Así respectivamente EASTERBOOK, F.H. “Plea bargaining as compromise”, en: *Yale Law Journal* 1992, vol. 101, pp. 1969-1978 y SCOTT, R.E. y STUNTZ, W.J. “Plea bargaining as contract”, en: *Yale Law Journal* 1992, vol. 101, pp. 1909-1968. En cambio, una crítica a este enfoque contractual de la institución ahora objeto de comentario se realiza por TAYLOR, J.R. “Restoring the bargain: examining post-plea sentence enhancement as an unconscionable violation of Contract Law”, en: *Californian Western Law Review* 2011, vol. 48, pp. 129-186, esp. pp. 136 y ss.; según la opinión del autor, el modelo del contrato no tiene aquí cabida pues el acusado carece de cualquier tipo de protección judicial durante el trámite de la negociación de la pena. A ello se hará de nuevo referencia más adelante.

196 En esta línea, VOLKMAN-SCHLUCK. Ob. cit., pp. 25 y ss. Así también se encuentran ejemplos concretos y estadísticas de tales acuerdos y/o negociaciones de la pena entre acusación y defensa a la fecha en VETRI, D.R. “Guilty plea bargaining: compromises by prosecutors to secure guilty pleas”, en: *University of Pennsylvania Law Review* 1964, vol. 112, pp. 865-908. Sobre el papel que desempeña la acusación en este contexto véase en particular ALSCHULER, A.W. “The prosecutor’s role in plea bargaining”, en: *University of Chicago Law Review* 1968, vol. 52, pp. 50-112, esp. pp. 52 y ss., argumentando el autor que el Ministerio Público puede actuar con diferentes papeles o roles según los motivos o propósito que le mueva a la concesión de beneficios en intercambio de la declaración de culpabilidad del acusado; así podrá actuar como *administrador* si le promueve el interés de la mayor eficiencia del proceso penal, como *abogado* si pretende maximizar tanto el número de condenas como la severidad de las mismas (así, aceptaría la declaración de culpabilidad sólo si la convicción de obtener una condena compensara una posible pérdida de gravedad en la pena), como *juez* si su finalidad es hacer “lo correcto” (*right thing*; esto es, actuar de la forma más beneficiosa) para el acusado en virtud de las circunstancias sociales que le rodean o de las circunstancias del delito y como *legislador* concediendo en este caso los beneficios de la rebaja de la pena porque la ley en terminos generales resulta demasiado estricta, ya no sólo para el acusado en particular sino para todos los imputados en general.

197 Desde una perspectiva muy crítica KAGAN. Ob. cit., esp. pp. 66 y ss., en referencia al elevado coste (fundamentalmente económico) que deriva de la aplicación de la pena

En realidad, de acuerdo a este esquema, parece que hay un sistema de proceso penal articulado en dos niveles, pues, no en vano, están presentes dos modelos de justicia penal: un modelo complejo y sofisticado que debería operar como regla general —el juicio con jurado— así como un modelo sencillo y simple traducido en la negociación de la pena.<sup>198</sup> De este modo, la negociación de la pena, en cuanto alternativa al juicio con jurado, opera como una especie de “acuerdo” (*deal*)<sup>199</sup> ventajoso, no sólo para el acusado sino, aún más, para la acusación y el juez en general —a pesar de la ausencia de cualquier intervención o control judicial—<sup>200</sup> pues provee de una solución rápida a una administración de justicia saturada. Como ha sido afirmado, “el acusado renuncia a su derecho al juicio a cambio de una sanción más indulgente” mientras que “la acusación se libera de la necesidad de probar la culpabilidad del acusado y el tribunal de la necesidad de enjuiciar”.<sup>201</sup> Por tales motivos, dada la conveniencia de esta institución desde la perspectiva administrativa, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha reconocido su constitucionalidad,<sup>202</sup> las propias

---

de muerte en Estados Unidos, toda vez agotadas las sucesivas vías de apelación y/o recursos. En nuestro país, también desde una perspectiva crítica, BARONA VILAR, S. “Conformidad del acusado, paradigma de eficiencia de la justicia penal”, en: GÓMEZ COLOMER y González Cussac, cit., pp. 399-433 y, con carácter general, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, esp. pp. 189 y ss.

198 Vid. WEIGEND. “Continental cures for American ailments...”, cit., esp. p. 405, debatiendo que el prototipo del sistema de proceso penal en dos niveles es precisamente el proceso penal americano.

199 Expresión utilizada entre la bibliografía norteamericana; así, por ejemplo, LAFAVE *et al.* *Principles of criminal proceeding: post-investigation*, cit., p. 436 y THAMAN. “A comparative approach...”, cit., p. 469.

200 Véase la crítica en ALSCHULER, A.W. “The trial judge’s role in plea bargaining”, en: *Columbia Law Review* 1976, vol. 76, pp. 1059-1154, esp. p. 1060.

201 LANGBEIN, J.H. “Torture and plea bargaining”, en: *University of Chicago Law Review* 1978, vol. 46, pp. 3-22, p. 8 (traducción libre). El autor traza una comparación entre la tortura existente en la época medieval y la negociación de la pena vigente en el siglo XX entendiendo que el proceso penal actual ha duplicado la experiencia histórica medieval en la medida en que la función de juzgar y resolver ha sido eliminada en ambos casos siendo creado en su lugar un sistema de concesiones; además ambos sistemas son coactivos en su esencia y las diferencias, a su juicio, sólo son apreciables “en grado, no en clase”. Como puede observarse, el autor es muy crítico con la institución de la negociación de la pena.

202 De hecho ha sido calificada como un “componente esencial de la administración de justicia” en *Santobello v. NY* 404 US 257, 260 (1971); en opinión del Tribunal Supremo en Estados Unidos, la institución de la negociación de la pena, “administrada

razones económicas antes aducidas<sup>203</sup> han convertido a la negociación de la pena como institución esencial para la pervivencia del sistema judicial penal y, en la práctica judicial norteamericana, más de un 90% de los procesos penales finalizan de esta forma en Estados Unidos.<sup>204</sup>

Tal modelo de la negociación de la pena, mantenido a flote por defensores,<sup>205</sup> reformadores,<sup>206</sup> e incluso indirectamente también por sus detrac-

---

correctamente, debería ser fomentada” porque “si cada acusación penal fuera objeto de un proceso completo, tanto los Estados como el gobierno federal necesitarían aumentar en gran medida número de jueces y recursos judiciales”. Una jurisprudencia relevante (*leading case*) en este sentido deriva de *Brady v. US* 397 US 753, 762 (1970), donde el Tribunal Supremo presentó las ventajas de la negociación de la pena: para la persona acusada, “se reduce su exposición, el cumplimiento de la pena puede comenzar inmediatamente y los inconvenientes del juicio se eliminan” mientras que para el estado “una más rápida ejecución de la pena tras la admisión de culpabilidad puede permitir un mejor y mayor alcance de la finalidad punitiva; así también, la evitación del proceso permite que los escasos recursos judiciales y fiscales se reserven para aquellos casos en los que hay una cuestión esencial en relación con la culpabilidad del acusado o se aprecia duda de que el Estado pueda sostener (y probar) la acusación” (traducción libre en todos los casos).

203 Por esta razón ha sido utilizada la expresión “teorías para el incentivo de la negociación”, según las cuales el sistema adversarial se configura “no en términos de justificación científica, sino en función de sus efectos prácticos”. Al respecto, GOODPASTER. *Ob. cit.*, esp. pp. 139 y ss.

204 Vid. MILLER & WRIGHT. *Ob. cit.*, p. 1101; también de forma específica ABRAHMS, D.S. “Is pleading really a bargain?”, en: *Journal of Empirical Legal Studies* 2011, vol. 8, pp. 200-221 y SMITH, M.W. “Making the innocent guilty: plea bargaining and the false plea convictions of the innocent”, en: *Criminal Law Bulletin* 2010, vol. 46, pp. 965-977, argumentando este último autor que el número de casos de admisión de culpabilidad ha aumentado de un 87% en 1990 a un 95% en 2010. Ya entre 1959 y 1962 existía aproximadamente un 80% de casos de admisión de culpabilidad o *nolo contendere* según PACKER. *Ob. cit.*, esp. p. 221. En relación con tales estadísticas relativas a los casos de admisión de culpabilidad en Estados Unidos a la fecha consúltese FINKELSTEIN, M.O. “A statistical analysis of guilty plea practices in the Federal Courts”, en: *Harvard Law Review* 1975, vol. 89, pp. 293-315.

205 A modo de ejemplo, CHURCH, T.W., Jr. “In defense of ‘bargain justice’”, en: *Law & Society Review* 1979, vol. 13, pp. 509-525; así también los trabajos arriba citados de EASTERBOOK así como SCOTT y STUNTZ.

206 Vid. Editorial. “Restructuring the plea bargain”, en: *Yale Law Journal* 1972, vol. 82, pp. 286-312. En algún caso también ha tenido lugar el desarrollo de alguna experiencia piloto ante los tribunales de justicia; así, por ejemplo, en su día en el condado Dade en Florida según resulta de los comentarios de HEINZ, A.M. y KERSTETTER, W.A. “Pretrial settlement conference: evaluation of a reform in plea bargaining”,



tores<sup>207</sup> también ha llegado hasta el continente europeo, donde el proceso penal se supone que esta centrado en la figura del juez (*judge-centered*). Su avance se produce al hilo de una suerte de “marcha triunfal de procesos consensuales”<sup>208</sup> hasta el punto que ahora se observan instituciones similares a la negociación de la pena norteamericana (*plea bargaining*) en Francia,<sup>209</sup> Alemania,<sup>210</sup> Italia<sup>211</sup> y España<sup>212</sup> a pesar de poseer un origen

---

en: *Law & Society Review* 1979, vol. 13, pp. 349-366. Finalmente, ha sido también sugerido proceder a un análisis comparado de algunos de los modelos de negociación de la pena existentes en Europa y en particular en Alemania; a este respecto DUBBER, M.D. “American plea bargain, German lay judges and the crisis of criminal procedure”, en: *Stanford Law Review* 1997, vol. 49, pp. 547-605. Entre la literatura española, una propuesta de reforma se realiza por CABEZUDO RODRÍGUEZ. Ob. cit., pp. 276 y ss., pasando, bien por la limitación del poder discrecional del Ministerio Público, bien por la intervención judicial o bien, en último extremo, por la supresión de la institución en sí.

- 207 Además de los ya citados como LANGBEIN. “Torture and plea bargaining”, cit., véase también entre otros PARNAS, R.I. y ATKINS, R.J. “Abolishing plea bargaining: a proposal”, en: *Criminal Law Bulletin* 1978, vol. 14, pp. 101-122 así como SCHULHOFER, S.J. “Is plea bargaining inevitable?”, en: *Harvard Law Review* 1984, vol. 97, pp. 1037-1107 y, aún más crítico, “Plea bargaining as disaster”, en: *Yale Law Journal* 1979, vol. 101, pp. 1979-2009.
- 208 THAMAN. “A comparative approach...”, cit., p. 469. Una especie de Nueva Teoría Legal de la Rebaja (NLBT, siglas en inglés derivadas de la expresión original *New Legal Bargaining Theory*) ha sido creada dentro de un contexto más general, dentro del cual podría ser incluida la institución de la negociación de la pena; al respecto, CONDLIN, R.J. “Bargaining without law”, en: *New York Law School Law Review* 2011/2012, vol. 56, pp. 281-328, esp. pp. 283 y ss.
- 209 Art. 41-2 CPPFr bajo la denominación de *composition penale* y en relación con aquellos delitos, cuya pena no supere los 5 años de prisión. Dicha institución fue introducida mediante la Ley No. 99-515 de 23 de junio de 1999 (*Journal Officiel*, 24 de junio de 1999, p. 9207) teniendo lugar la última modificación mediante la Ley No. 2011-525, de 17 de mayo de 2011, de simplificación y mejora de la calidad del Derecho. Véanse los comentarios a este respecto de LANGER. “From legal transplants to legal translations...”, cit., esp. pp. 58 y ss. así como WEIGEND. “Continental cures for American ailments...”, cit., esp. pp. 406 y ss.; ambos autores también hacen referencia a la negociación de la pena en Alemania e Italia.
- 210 La disposición más relevante hoy día a este respecto es la sección 257 (c) StPO, la cual contempla una regulación general del *Absprach* introducido por Ley de 29 de julio de 2009 (BGBl I S. 2353) aun cuando en dicho precepto el nombre que recibe es el de *Verständigung*; un comentario le dedica BOHLANDER. Ob. cit., esp. pp. 120 y ss., así como LANGER. “From legal transplants to legal translations...”, cit., esp. pp. 39 y ss. Pero la negociación de la pena existía ya con anterioridad en la práctica judicial alemana; así, FELSTINER, W.L. “Plea contracts in West Germany”, en: *Law & Society*

extraño a la historia judicial de estos países.<sup>213</sup> No en vano, en todos los

- 
- Review* 1979, vol. 13, pp. 309-325. Sobre la previa existencia del *Absprach* como modalidad de consenso en Alemania véase también en nuestro país BARONA VILAR. *La conformidad en el proceso penal*, cit., esp. pp. 150 y ss.
- 211 Art. 446 CPPIt con el nombre de *consenso* así como las condiciones establecidas en los arts. 444-448 CPPIt bajo la rúbrica común “aplicación de la pena a petición de las partes” (*applicazione della pena su richiesta della parti*); sin embargo, la institución es comúnmente conocida como *patteggiamento*, término que también significa “negociación”. De nuevo se establece un límite para la aplicación de esta institución en función de la gravedad de la pena y así también opera como umbral máximo la pena de 5 años de prisión. La introducción del *patteggiamento* tuvo lugar bajo la renovación del Código procesal penal italiano por *Decreto del Presidente della Repubblica* (D.P.R.) del 22 de Septiembre de 1988, No. 47 (*Gaceta Ufficiale*, 24 de octubre de 1988, No. 250 Supl. Ord.). Entre otros pueden consultarse los comentarios a la institución de GRANDE. Ob. cit., pp. 253 y ss. así como PIZZI y MONTAGNA. Ob. cit., esp. pp. 437 y ss.; en línea similar, MONTANA. Ob. cit., esp. pp. 106 y ss., así como LANGER. “From legal transplants to legal translations...”, cit., esp. pp. 46 y ss. Entre la literatura española, BARONA VILAR. *La conformidad en el proceso penal*, cit., esp. pp. 113 y ss., así como RODRÍGUEZ GARCÍA. cit., pp. 119 y ss.
- 212 Fundamentalmente art. 787 LECrim bajo la denominación de “conformidad”, precepto introducido para el procedimiento abreviado por la LO 7/1988, de 28 de diciembre de 1988 (BOE de 30 de diciembre de 1988, No. 313) a resultados del ejemplo italiano y así la instauración también en nuestro país de la figura de la negociación de la pena, cuyo límite en este caso se cifra en seis años de prisión según es sabido. Ampliamente BARONA VILAR. “La conformidad en el proceso penal...”, cit., esp. pp. 94 y ss., así como *La conformidad en el proceso penal*, cit., esp. pp. 219 y ss., con examen también de otras modalidades de conformidad en el proceso penal español. Desde una perspectiva muy crítica, BLASCO SOTO. Ob. cit., esp. pp. 455 y ss., entendiendo que no caben pactos en el denominado sistema mixto o acusatorio formal.
- Así también está prevista la extensión de esta figura en la que parece será futura legislación procesal penal a “cualquiera que sea el tipo de delito y con independencia de la pena que corresponda” (art. 103.1 Borrador de Código Procesal Penal). Por cierto que en esta legislación se advierte ya la finalidad utilitarista de esta figura a tenor de la manifestación hecha en el art. 102.2: “la conformidad tiene como efecto principal la evitación del resto del procedimiento hasta sentencia”. Al respecto, CHOZAS ALONSO, J.M. “Otro avance de la ‘justicia penal negociada’: la conformidad y mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013”, en: *Diario La Ley*, 18 de julio de 2013, No. 8129, <http://diariolaley.laley.es>
- 213 Y aún más en el caso de otros que también se han “beneficiado” de esta exportación procesal; no sólo así en el ámbito europeo como Portugal —siendo discutible para el mismo su existencia— sino también latinoamericano como Argentina y Brasil. Con relación a todos estos países mencionados puede consultarse respectivamente a RODRÍGUEZ GARCÍA. Ob. cit., esp. pp. 245 y ss.; LANGER. “From legal transplants to legal translations...”, cit., esp. pp. 53 y ss.; PRADO, G. “Campo jurídico e capital científico:

procesos penales de tales Estados por regla general es de aplicación el principio de legalidad (*nulla poena sine lege*), su concepción del proceso penal se articula en torno a la figura judicial y la noción de admisión formal de culpabilidad como tal es, en principio, desconocida.<sup>214</sup> Sin embargo, la negociación de la pena es otro síntoma del principio de oportunidad (o acusación discrecional) que ahora opera como norma excepcional en los procesos penales de Europa continental siendo así de aplicación, a fin de cuentas, las mismas razones que están presentes en el sistema judicial penal norteamericano para que tenga lugar una acogida favorable a esta institución.

Dentro de este contexto, aun cuando la regulación de la negociación de la pena en Francia, Alemania, Italia y España presentan inevitables y lógicas diferencias, no obstante se aprecia un aspecto común por oposición a los sistemas del *Common Law*, cual es el control judicial sobre el acuerdo de negociación de la pena alcanzado entre la acusación y la defensa, el cual además tiene lugar de ordinario durante la celebración del juicio oral o vista.<sup>215</sup> Esta supervisión judicial garantiza la justicia (*fairness*) del acuerdo y debería evitar algunos problemas objeto ahora de especial debate en relación con la institución de negociación de la pena en Estados Unidos; en concreto, la falta de asesoramiento jurídico<sup>216</sup> y la presión im-

---

o acuerdo sobre la pena e o modelo acusatorio no Brasil. A transformação de um conceito”, en: G. Prado, R. Cunha Martins y L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho. *Decisão judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 11-69, esp. pp. 47 y ss.

214 En este sentido, LANGER. “From legal transplants to legal translations...”, cit., esp. p. 37. Como ha sido más arriba expuesto, es la institución de confesión la que tiene lugar en los procesos penales de Europa continental y, en el mejor de los casos, la admisión de los hechos; para una diferencia entre confesión y admisión desde la perspectiva norteamericana consúltese por ejemplo McCORNICK. *Handbook...*, cit., esp. pp. 310 y ss.

215 Ello es claro en el caso de España según la redacción del mencionado art. 787.1 LE-Crim, a tenor del cual es la defensa quién realiza la petición de una “sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad” por el juez o tribunal antes de dar inicio a la práctica probatoria. En relación con dicha supervisión judicial, en particular, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. “El control judicial de la conformidad en el proceso penal”, en: *Revista Aranzadi doctrinal* 2011, No. 10, pp. 41-48.

216 De hecho, ya en su día el Tribunal Supremo de Estados Unidos consideró admisible la renuncia a la defensa por parte del acusado en *Johnson v. Zerbst*, 304 US 458 (1938); véase el comentario al respecto de BEANY, ob. cit., esp. p. 61. De forma expresa sobre la relación existente entre la admisión de culpabilidad y la inexistencia de

puesta por la acusación a fin de lograr que el acusado acepte la admisión formal de culpabilidad.<sup>217</sup> Por todo ello que el órgano jurisdiccional competente debería actuar como el mayor valedor del proceso penal en curso y no simplemente permanecer mudo a la espera de resultados como tiene lugar en los llamados sistemas adversariales.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hasta aquí ha sido presentado el origen de diferentes modelos de proceso penal bajo los sistemas del *Common Law* y *Civil Law* así como algunos de los rasgos más característicos vinculados a ambos modelos de proceso penal adversarial y no adversarial; a tenor de esta exposición cabe apreciar como algunos de estos caracteres derivados del modelo adversarial han producido un mayor o menor impacto en los procesos penales de Europa continental. Por consiguiente y a la luz de esta trayectoria, puede afirmarse que la influencia hasta la fecha ha tenido lugar en un único sentido y

---

defensa letrada véase CONWAY, E.A. “Ineffective assistance of counsel. How Illinois has used the ‘prejudice’ prong of *Strickland* to lower the floor on performance when defendants plead guilty”, en: *Northwestern University Law Review* 2011, vol. 105, pp. 1707-1737, esp. pp. 1711 y ss.; el autor señala que, a pesar de lo que pudiera parecer y del conocimiento que existe al respecto, todavía hoy día una gran proporción de acusados en principio inocentes admiten su culpabilidad (*plead guilty*), argumentando así el autor que la causa de tales declaraciones infundadas es la ausencia de asesoramiento jurídico. También, en general, sobre este mismo tema ZIMPLEMAN, T. “The ineffective assistance of counsel era”, en: *South Carolina Law Review* 2011, vol. 63, pp. 425-461.

- 217 Consúltense ejemplos de tales incentivos a favor de la admisión de culpabilidad en Editorial. “Official inducements to plead guilty: morals for a marketplace”, en: *University of Chicago Law Review* 1964, vol. 32, pp. 167-187, esp. pp. 168 y ss. También es interesante el enfoque de PUGH, G.W. “Ruminations *re* reform of American criminal justice (especially our guilty plea system): reflections derived from a study of the French system”, en: *Louisiana Law Review* 1976, vol. 36, pp. 947-971, esp. pp. 967 y ss.; el autor hace referencia al riesgo de la negociación de la pena entre la defensa y el Ministerio Fiscal bajo la “mano neutral del juez”, especialmente en el caso de acusados más “vulnerables” (por ejemplo, carentes de estudios). Mayor crítica del sistema se realiza por BAR-GILL, O. y BEN-SHAHAR, O. “The prisoners’ (plea bargain) dilemma”, en: *Journal of Legal Analysis* 2009, vol. 1, pp. 737-773 y CALDWELL, H.M. “Coercive plea bargaining: the unrecognized scourge of the justice system”, en: *Catholic University Law Review* 2011, vol. 61, pp. 63-96; tales autores relatan especial y respectivamente el empleo de medios coactivos por parte de la acusación, tales como la “amenaza” de llevar al acusado a juicio u otros abusos similares.

así la adopción por parte de los modelos europeos de ciertos aspectos del proceso penal norteamericano, el que parece situarse según ello en un grado de superioridad con relación a los procesos penales de la Europa continental. Tal influencia ha sido comparada por parte de la literatura con la que en su día tuvo lugar en el medievo a partir de la recepción del *ius commune*.<sup>218</sup> No en vano, en su práctica totalidad, los sistemas procesales penales europeos desean la deriva hacia un modelo adversarial y la mayor parte de las reformas procesales penales emprendidas en estos países tienden, sin duda, a este proyectado ideal.

Sin embargo, también a la fecha se muestra preocupación hacia las consecuencias que pudieran producir estos denominados “transplantes legales”<sup>219</sup> en tal sentido derivadas de su incorporación en un cuerpo procesal penal extraño y ajeno, donde sus principios y funciones difieren claramente del modelo original. Las instituciones legales son delicadas y no resulta fácil, en principio, su injerto en diferentes *corpus iuris*;<sup>220</sup> la dificultad es aún mayor si, como en este caso, los procesos penales procesales pertenecen a sistemas legales distintos.<sup>221</sup> El mejor ejemplo de un

---

218 En esta línea WIEGEND, W. “The reception of American Law in Europe”, en: *American Journal of Comparative Law* 1991, vol. 39, pp. 229-248, esp. p. 230, quién realiza una interesante comparación entre hace una comparación interesante entre la actual acogida del Derecho Americano y la recepción del Derecho Romano producida en la Edad Media en Europa. Así también, sobre la influencia mundial de Estados Unidos en el contexto judicial, CHODOSH, H.E. “Reforming judicial reform inspired by US model”, en: *DePaul Law Review* 2002, vol. 52, pp. 351-381.

219 Vid. *supra* nota 11; también, en general, en relación con tales “trasplantes” desde el *Civil* al *Common Law*, MATTEI, U. “Why the wind changed: intellectual leadership in Western Law”, en: *American Journal of Comparative Law* 1994, vol. 42, pp. 195-218, en comentario a la monografía editada por M. Reimann. *The reception of continental ideas in the Common Law World*, Duncker & Humblot, Berlin 1993.

220 Muy crítico con lo que él denomina “cirugía legal”, TEUBNER, G. “Legal irritants: good faith in British Law or how unifying Law ends up in new divergences”, en: *Modern Law Review* 1998, vol. 61, pp. 11-32, esp. p. 12; aunque el autor no hace específica referencia al proceso penal, su teoría también puede encontrar aquí aplicación.

221 Un buen ejemplo en este sentido es el Código Procesal Penal italiano considerado, como ya se ha sido dicho, el modelo más adversarial (o acusatorio) dentro de las distintas legislaciones procesales penales europeas; sin embargo, desde su promulgación en 1988, ha tenido una historia accidentada plagada de reformas y contrarreformas que ponen en evidencia cómo no es fácil la convivencia entre elementos adversariales y no adversariales en el seno de un mismo proceso. Al respecto, de forma específica, PANZAVOLTA. Ob. cit., esp. p. 591.

“transplante legal” en esta línea es, sin lugar a dudas, los mencionados acuerdos obtenidos como resultado de la negociación de la pena o “conformidad”, institución que se ha extendido, no sólo en el ámbito procesal penal europeo sino también en el ámbito institucional internacional y así, en concreto, en el procedimiento desarrollado ante el Tribunal Penal Internacional (en adelante, TPI).<sup>222</sup> En realidad, el proceso penal que tiene lugar ante el TPI es también una expresión significativa de la convergencia de los dos sistemas legales, dando paso a un modelo *sui generis* en el que están presentes elementos tanto del proceso adversarial como no adversarial.<sup>223</sup>

Pero ¿es realmente tan importante llevar a cabo una catalogación del proceso penal nacional y/o internacional? En mi opinión, el interés general que esta cuestión genera debería radicar, no en la taxonomía formal del proceso penal en sí, sino en la taxonomía aplicada a sus principios y valores, especialmente a la hora de fomentar la justicia en el proceso (*fairness*);<sup>224</sup> ciertamente es ésta una meta no siempre fácil de alcanzar pero debiera ser siempre tenida en cuenta y, más aún, respetada en todo

222 En principio, esta posibilidad podría entenderse prevista dentro del marco general del art. 54.3. d) Estatuto Roma disponible en <http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/romefra.htm> (última fecha de consulta: 26 de julio de 2013). En particular, DAMASKA, M. “Negotiated justice in International Criminal Courts”, en: *Journal of International Criminal Justice* 2004, vol. 2, pp. 1018-1039, esp. p. 1036-1037 (2004).

223 Vid. VOGLER. *A world view of criminal justice*, cit., esp. pp. 277-278. Así también, en particular, AMBOS, K. “International criminal procedure: ‘adversarial’, ‘inquisitorial’ or mixed?”, en: *International Criminal Law Review* 2003, vol. 3, pp. 1-37, concluyendo con la existencia de un modelo *sui generis* y de carácter mixto. En la misma línea, CARTER, L.E. “The International Criminal Court in 2021”, en: *Southwestern Journal of International Law* 2011, vol. 18, pp. 199-212, esp. p. 200; esta última autora explica cómo el TPI “emplea un modelo adversarial durante el juicio en relación con la presentación de las pruebas por la partes pero también incorpora rasgos de *Civil Law*, tales como la representación legal de las víctimas con asistencia letrada y su participación en el acto del juicio”. Sobre la posición particular de Estados Unidos en el marco del TPI véase FAIRLIE, M.A. “The United States and the International Criminal Court post-Busch: a beautiful courtship but an unlikely marriage”, en: *Berkeley Journal of International Law* 2011, vol. 29, pp. 528-576. En nuestro país, respecto a la discusión sobre el modelo del proceso ante el TPI, en especial ARMENTA DEU. *Sistemas procesales penales*, cit., esp. pp. 54 y ss.

224 Todavía en relación con el TPI, véase DAMASKA, M. “The competing visions of fairness: the basic choice for International Criminal Tribunals”, en: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 2011, vol. 36, pp. 365-387.

momento. En este contexto, ha sido objeto de discusión si el derecho a un proceso justo es sólo de titularidad del imputado o también del Estado;<sup>225</sup> bajo mi punto de vista, el Estado, en cuanto máximo responsable de la administración de justicia tiene, más aún, la obligación de proporcionar esta justicia y/o equidad procesal, en la medida en que es el Estado quien ostenta la potestad jurisdiccional.<sup>226</sup> Tomando esta premisa en consideración, ciertamente el verdadero desafío consiste en la consecución del proceso penal ideal<sup>227</sup> y es aquí donde el sistema adversarial se presenta, parece, como modelo en este sentido, especialmente y en concreto, el proceso norteamericano.

No obstante, también se han detectado supuestos de fracaso del sistema judicial penal vigente en Estados Unidos, los cuales precisamente se encuentran en discusión en la actualidad.<sup>228</sup> Así, dentro de esta noción de adversariedad y en relación con el papel desempeñado por ambas partes en el proceso penal, se atisba un panorama muy pesimista, en el cual la acusación supuestamente parece estar más interesada en “ganar el juicio”

---

225 Vid. BANDES, S. “Taking some rights too seriously: the state’s right to a fair trial”, en: *Southern California Law Review* 1987, vol. 60, pp. 1019-1057 con referencia al equilibrio que debe imperar entre derechos del imputado y del Estado.

226 Vid. *supra* nota 71; así también, en particular, PEDRAZ PENALVA, E. “De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano”, en: E. PEDRAZ PENALVA. *Constitución, jurisdicción y proceso*, cit., pp. 43-78.

227 Ya en su día ARNOLD, T.W. *The symbols of government*, Yale University Press, New Haven, 1935, esp. pp. 134 y ss. 143, no obstante considerando que la “idea de un juicio justo, por supuesto, esta en constante conflicto con otros ideales”; por ejemplo, “la defensa no debería aceptar aquellos casos en que para ganarlos tiene que poner en peligro la aplicación de la ley y el orden; sin embargo, todo presunto delincuente tiene derecho a una defensa; los abogados que ejercen defensa penal no deberían recurrir tampoco en uso de la misma a meros tecnicismos procesales; no obstante, deberían hacer todo lo legalmente posible en favor de la defensa de sus clientes” (p. 143; traducción libre). Así también, en relación con las dificultades de la justicia penal en general, consúltese POUND. Ob. cit., esp. pp. 36 y ss.

228 Son constantes a este respecto las noticias en la sección jurídica de los periódicos norteamericanos y así, en especial, aquéllas publicadas en el *New York Times*, cuya versión digital está disponible en el servidor <http://www.nytimes.com> (menú *Opinion, Editorials*). A fecha de hoy y a modo de ejemplo —aún sin relación con el concreto objeto de este trabajo— se discute la independencia de la *Foreing Intelligence Surveillance Court* (FISA), poniendo en duda su adscripción a la jurisdicción ordinaria de Estados Unidos; enlace [http://www.nytimes.com/2013/07/29/opinion/more-independence-for-the-fisa-court.html?partner=rssnyt&emc=rss&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2013/07/29/opinion/more-independence-for-the-fisa-court.html?partner=rssnyt&emc=rss&_r=0) (fecha de última consulta: 29 de junio de 2013).

que en la consecución de la justicia misma;<sup>229</sup> de la misma forma, el grado de compromiso de la defensa se modula en función de la disponibilidad económica del imputado.<sup>230</sup> Sin duda, la sobrecarga judicial de juzgados y tribunales norteamericanos resulta más perjudicial para imputados y/o acusados sin recursos económicos ya que son representados por quienes llevan a cabo la defensa de oficio o pública.<sup>231</sup> A la postre y ante esta situación, los juzgados y tribunales penales se asemejan a “mercados en los que la única y más importante mercancía a comerciar es el tiempo”.<sup>232</sup>

En relación al proceso adversarial, el cual se supone modelo e ideal a alcanzar, también ha de afirmarse que algunas de sus referencias más emblemáticas no existen en la actualidad. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho al interrogatorio cruzado conforme a la cláusula de confrontación, en la medida en que hoy día es admisible la práctica de declaraciones testificales con carácter extrajudicial.<sup>233</sup> También merece reseñarse como

229 En esta línea JACKSON, B. *Law and disorder. Criminal justice in America*, University of Illinois Press, Urbana, 1984, esp. p. 81, declarando que: “no hay manera de medir la calidad de la justicia obtenida, servida o impartida, pero en cambio resulta bastante fácil computar el número de condenas obtenidas a fin de calcular la *ratio* de ganancia o pérdida en cada caso”.

230 De nuevo JACKSON. Ob. cit., afirmando que “es rara la defensa convincente y concienzuda” y que “el servicio más comúnmente prestado por la mayor parte de los abogados de oficio o defensores públicos es la intermediación a fin de lograr una rápida negociación de la admisión de culpabilidad” (p. 99; traducción libre).

231 En particular, ANDERSON, H.R. “Funding *Gideon*’s promise by viewing excessive caseloads as unethical conflicts of interest”, en: *Hastings Constitutional Law Quarterly* 2011, vol. 39, pp. 421-456, esp. pp. 422-423; el autor observa una estrecha relación entre la negociación de la pena y la representación del imputado por defensores públicos, en la medida en que el “noventa y cinco por ciento de condenas son el resultado de negociación de la pena” y “la mayoría de los acusados que admiten la culpabilidad son representados por defensores públicos”. Sin embargo y en todo caso, ello es mejor que la falta de asesoramiento jurídico durante el trámite de negociación de la pena; vid. *supra* nota 216.

232 JACKSON. *Law and disorder*, cit., p. 77.

233 Así a partir de *Ohio v. Roberts*, 48 US 56 (1980) aun la posterior anulación de dicho precedente por *Crawford v. Washington* 541 US 36 (2004). Sin embargo, ulteriores decisiones del Tribunal Supremo norteamericano declararon válida la práctica del testimonio de referencia estableciendo distinción entre “el testimonio de referencia (*testimonial hearsay*), el cual requiere confrontación de aquel otro tipo de testimonio de referencia de carácter extrajudicial (*nontestimonial hearsay*) que no la requiere por practicarse en situaciones de emergencia”; al respecto McALLISTER, M. “Evading confrontation: from one amorphous standard to another”, en: *Seattle University*



la regla para llevar a cabo el trámite procesal del *discovery* (*discovery rule*) tal y como fue establecida en *Brady v. Maryland*,<sup>234</sup> según la cual la acusación tiene el deber constitucional de revelar aquellas fuentes de prueba favorables a la defensa, no siempre es respetada; pese a las quejas manifestadas en este sentido tanto desde la perspectiva de la práctica judicial como académica,<sup>235</sup> todavía el Tribunal Supremo tiene pendiente

---

*Law Review* 2011, vol. 35, pp. 473-526, esp. p. 475. Las críticas en este sentido se dirigen precisamente a recientes sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, tales como *Michigan v. Bryant*, No. 09-150, 562 US \_ dictada a fecha de 28 de febrero de 2011 y disponible en el servidor oficial del Tribunal Supremo de Estados Unidos ULR <http://www.supremecourt.gov/opinions/casefinder.aspx>; en ésta y otras sentencias se ha ido introduciendo una especie de doctrina de “emergencia continua” a fin de convertir en admisibles las declaraciones extrajudiciales. Para un comentario general sobre esta materia consúltese COVEN, M.S. y COMEFORD, J.F. “What’s going on? The right to confrontation”, en: *Suffolk University Law Review* 2012 vol. 45, pp. 269-284 así como, específicamente, NOVECK, M.R. “Recent development: the death of confrontation clause originalismo? *Michigan v. Bryant* 131 S. Ct., 1143 (2011)”, en: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 2012, vol. 47, pp. 251-271; POLONSKY, K. “A defense’s attorney guide to confrontation after *Michigan v. Bryant*”, en: *Vermont Law Review* 2011, vol. 36, pp. 433-469 y SILVER, S.H. “*Michigan v. Bryant*: Returning to an open-ended confrontation clause analysis”, en: *Maryland Law Review* 2012, vol. 71, pp. 545-574. Por último, un examen de la trayectoria de toda esta jurisprudencia se realiza por WIDDISON, J. “*Michigan v. Bryant*: the ghost of *Roberts* and the return of reliability”, en: *Gonzaga Law Review* 2011-2012, vol. 47, N. 1, pp. 219-237.

234 373 US 83 (1963) en la que el Tribunal Supremo declara que: “la ocultación por parte de la acusación de aquella actividad probatoria solicitada desde la defensa y favorable a la defensa viola el debido proceso si de la misma depende la condena del acusado, con independencia de la buena o mala fe de la acusación” (p. 87; traducción libre). Véanse comentario y crítica a la misma Conte, D. “Swept under the rug: the Brady disclosure obligation in a pre-plea context”, en: *Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy* 2012, vol. 17, pp. 74-101, esp. pp. 78 y ss.

235 Tal debate se expone por BABCOK, B.A. “Fair play: evidence favorable to an accused and effective assistance of counsel”, en: *Stanford Law Review* 1982, vol. 34, pp. 1133-1182, esp. pp. 1136 y ss., también resaltando las diferencias entre los dos modelos de sistemas adversarial y no adversarial. En relación con la discusión sobre qué tipo de prueba o fuente probatoria necesita ser revelada, se ha debatido si esta obligación se extiende a la denominada “prueba de impugnación” (*impeachment evidence*), esto es, aquella actividad probatoria que utilice la defensa a fin de restar credibilidad a la prueba testifical aportada por la acusación; este tipo de prueba además es de ordinario confrontada mediante la técnica del interrogatorio cruzado presentando así discusión si debe ser revelada y cuando en su caso. Sobre esta cuestión en particular, CASSIDY, R.M. “Plea bargaining, discovery and the intractable

de pronunciarse al respecto. Persiste así un deseo general de que sea dictada ulterior jurisprudencia por parte de este último poniendo de relieve tal laguna jurídica y que, en mayor medida, se pronuncie a favor de la obligación de la acusación de revelar sus fuentes y, en suma, el resultado de su investigación desarrollada hasta la fecha (*prosecutor's file*).<sup>236</sup>

Y aún más, si ciertamente existe preocupación por el respeto de la máxima del “derecho al debido proceso” (*due process of law*) en el modelo adversarial, mayor controversia suscita la evitación de dicho proceso mediante el recurso a instituciones tales como la admisión formal de culpabilidad y/o la negociación de la pena en la línea arriba expuesta. Cuestiones que, a menudo, se presentan durante la tramitación de la misma y también ya analizadas, como es el caso de la falta de asesoramiento jurídico o la presión impuesta al imputado para que acepte la propuesta de acuerdo, acaban de ser discutidas en dos importantes fallos pronunciados por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, los cuales, en ambos casos han declarado la obligación de extender este derecho de defensa.<sup>237</sup> Al menos y a la luz de tales precedentes jurisprudenciales, parece que este derecho procesal de titularidad del imputado será así de ahora en adelante objeto de mayor protección, especialmente en el seno de tales acuerdos de aceptación o negociación de la pena en el sentido ya indicado. Pero, en cambio, hasta la fecha aún no ha sido objeto de debate otro punto importante como son las elevadas cifras<sup>238</sup> que arrojan en tribunales —tanto federales como

---

problem of impeachment disclosures”, en: *Vanderbilt Law Review* 2011, vol. 64, pp. 1429-1487, esp. pp. 1431 y ss.

236 A modo de ejemplo, entre las noticias periodísticas, Editorial. “Justice and open files: it’s time to change the government’s rule on disclosing evidence in criminal cases”, en: *The New York Times*, 27 de febrero de 2012, p. A16, disponible en versión digital en ULR <http://www.nytimes.com/2012/02/27/opinion/justice-and-open-files.html> (última fecha de consulta: 29 de julio de 2013). Entre la literatura, por todos, CONTE. Ob. cit., esp. p. 101 reclamando la promulgación de “legislación clara y precisa” al respecto.

237 En concreto, *Missouri v. Frye* y *Laffer v. Cooper*, No. 10-444 y No. 10-209, 566 US \_\_\_, ambas sentencias dictadas a fecha de 21 de marzo de 2012 y disponibles en el servidor oficial anterior <http://www.supremecourt.gov/opinions/casefinder.aspx>.

238 A la fecha en que se escriben estas líneas las estadísticas parecen situarse entre 97% de condenas federales y el 94% de condenas estatales, en ambos casos como consecuencia de los acuerdos de negociación de la admisión de culpabilidad entre acusación y defensa; en términos periodísticos puede consultarse, Editorial. “A broader right to counsel”, en: *The New York Times*, 23 de marzo de 2012, p. A18, disponible en versión digital en ULR <http://www.nytimes.com/2012/03/23/opinion/a-broader-right-to-counsel.htm> (última fecha de consulta: 29 de julio de 2013).

estatales— tales acuerdos obtenidos como resultado de la negociación de la pena entre acusación o defensa (léase, conformidad), ello aun cuando algunas propuestas de solución y/o alternativas han sido aportadas, siquiera desde la perspectiva académica.<sup>239</sup> La conclusión a la que puede llegarse en este sentido es que la justicia americana se define hoy día a partir de dicha práctica de negociación de la pena (*plea bargaining*) y no, en cambio, como se pretende y con carácter de modelo a importar, a través del proceso adversarial (*adversarial trial*).

Y éste es verdadero problema: el proceso adversarial no resulta siempre eficiente y la eficiencia es hoy también importante en la administración de justicia.<sup>240</sup> En realidad, el problema de la eficiencia en la justicia no es asunto nuevo; ya ejemplos en este mismo sentido se advirtieron por parte de la doctrina científica a comienzos del siglo pasado.<sup>241</sup> De ahí la aparición de remedios tales como la mencionada institución de la conformidad y/o negociación de la pena, la cual debería operar, a lo sumo, como “válvula de escape” pero nunca como sustitutivo del (debido) proceso. Si la pieza central del proceso penal, cuál es el juicio, es tan compleja y ardua haciendo tan difícil su puesta en práctica, ya existe razón suficiente para proceder a una revisión del proceso penal en su conjunto. Así, el proceso debería ser un medio o instrumento pero no un fin en sí mismo a la hora

239 Así, por ejemplo, PUGH. Ob. cit., esp. p. 961 en referencia a la posibilidad de establecer juicios rápidos; este autor en su trabajo realiza una interesante comparación entre el sistema penal americano y el francés. Para una perspectiva general en relación con propuestas de reforma en el seno del proceso penal, tanto para los sistemas del *Common Law* como del *Civil Law*, véase DAMASKA. “The uncertain fate of evidentiary transplants...”, esp. pp. 845 y ss.; en el primer caso se propone la activación del juez angloamericano y en el segundo el refuerzo del papel de la defensa.

240 Sobre este tema en general GROSS, S.R. “The American advantage: the value of inefficient litigation”, en: *Michigan Law Review* 1987, vol. 85, pp. 734-757; el autor traza una comparación entre Estados Unidos y Alemania en relación con sendos procesos penal y civil.

241 Una particular descripción sobre las dilaciones producidas en el seno del proceso penal desarrollado además ante el Jurado fue expuesta a la época por BROWN, H.B. “The administration of the jury system”, en: *The Green Bag* 1905, vol. 17, pp. 623-626, esp. p. 625. También de interés en años similares, POUND, R. “The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice”, en: *American Law Review* 1906, vol. 40, pp. 729-749, argumentando que “nuestro sistema de justicia es arcaico y nuestro proceso desfasado. Incertidumbre, demora, gastos y, sobre todo, la injusticia de decidir el caso con base en la mera práctica judicial dando lugar a la simple etiqueta de justicia, resultado directo de la organización de nuestros tribunales y el retraso de nuestro proceso” (p. 742; traducción libre).

de dotar de efectividad al Derecho Penal<sup>242</sup> en la mejor forma posible; recuérdese, “la calidad de la civilización de una nación se mide a partir de los métodos que emplea en la aplicación del Derecho Penal”.<sup>243</sup>

242 En esta línea, GRANO, J.D. “Implementing the objectives of procedural reform: the proposed Michigan Rules of Criminal Procedure- Part I”, en: *Wayne Law Review* 1986, vol. 32, pp. 1007-1048, esp. 1a. p.

243 SCHAEFER, W.V. “Federalism and state criminal procedure”, en: *Harvard Law Review* 1956, vol. 70, pp. 1-26, p. 26; la misma afirmación se contiene en *Miranda v. Arizona*, cit., aptdo. 480.

# EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES EN LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE DE HABLA NO INGLESA\*

JOSÉ SAEZ CAPEL\*\*

Es un honor el poder participar en este libro de homenaje al profesor Dr. JORGE ZAVALA BAQUERIZO, razón por la cual deseo expresar mi agradecimiento al profesor y amigo Dr. ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL, que me invitara a tal efecto a participar con destacados juristas en este trabajo.

Son muchas las cosas que se pueden decir de nuestro homenajeado, catedrático en las Universidades de Guayaquil y Espíritu Santo, tratadista, miembro de la AIDP y de la Sociedad Internacional de Criminología. Además de político transparente que alcanzó altas magistraturas tales como la Presidencia del Congreso (1987) y la Vicepresidencia de la República en el periodo 1968-1970.

Empero, desde mi punto de vista, lo más destacable de nuestro homenajeado ha sido su larga y fructífera vida académica, por lo que pongamos fin a la presentación y pasemos al Derecho Procesal Penal.

## I

El Derecho Procesal Penal de los países latinoamericanos, ingreso, a partir de la década de los 80's, en un periodo de reformas totales, que —al decir de JULIO B. MAIER— para el jurista europeo, puede compararse con la transformación que sufrió el Derecho Procesal Penal continental durante el siglo XIX.

---

\* Publicado originalmente en ZAMBRANO PASQUEL, ALFONSO (Coord.). *Libro Homenaje al Doctor Doctor h.c. D. JORGE E. ZAVALA BAQUERIZO*, Murillo Editores, Guayaquil, 2014.

\*\* El autor es Dr. Dr. h.c. Mult. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la UBA. Juez de la Cámara Penal del Poder judicial de la ciudad Autónoma de Buenos Aires.

No se trata, de modificaciones parciales a un sistema vigente, sino de una modificación del sistema según otra concepción del proceso penal. Estas reformas consisten en derogar los códigos antiguos, todavía tributarios los últimos ejemplos inquisitivos recibidos tras el descubrimiento y la colonización del continente, para en su lugar, sancionar leyes procesales penales más modernas conformes al Estado Constitucional de Derecho, con la aspiración de recibir en ellas la elaboración cumplida en materia durante el siglo xx.

Lo que pretendo ofrecer en esta comunicación, es un panorama de ese movimiento reformista que coincide de manera general con una época de afirmación, en nuestra América morena, de una cultura institucional democrática, razón de ser de la emancipación de los reinos de España y Portugal, a comienzos del siglo xix.

Para comprender la importancia de las reformas, basta observar los textos de las constituciones políticas posteriores a la Emancipación, todas republicanas y fundadoras de sus respectivos Estados de Derecho, inclinados hacia un liberalismo de cuño estadounidense propio de la Constitución de Virginia.

En tanto que, por otro lado, aparecían los textos de los códigos con procedimientos escritos, jueces inquisidores, organizaciones judiciales rígidamente verticales con escasa recepción de las garantías judiciales.

La falta de correspondencia entre la legislación constitucional y la procesal, que debe instrumentar a la primera, es más notable en el proceso penal, al que se califica, precisamente, como termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de la Constitución a la vez que sismógrafo de la misma, lo que era perceptible a simple vista.

No se trata de reformas finalizadas, muchas de ellas están aún en curso. Ello así por cuanto, algunos de los países —como Bolivia— han logrado completar la tarea legislativa, pero subsisten rutinas provenientes de la aplicación por siglos del procedimiento inquisitivo heredado de los colonizadores ibéricos, no sólo en los operadores estatales que participan en el sistema, tales como jueces, Ministerio Público o policía, sino además en las personas privadas que operan con él, los abogados fundamentalmente. Por lo demás, algunos países recién se están planteando una reforma de sus leyes procesales y de organización judicial en los términos que aquí sirven de referencia.

## II

España y Portugal introdujeron en América el sistema penal dominante durante su conquista y colonización: el inquisitivo.<sup>1</sup> Ciertamente es que América no sufrió las mismas crueldades que hicieron famoso a ese sistema y perduran hasta la actualidad para caracterizarlo. La justicia colonial fue considerablemente menos cruel que aquellas formas de juzgamiento que imperaron en Europa durante la Inquisición. Empero todas las características básicas de la Inquisición estuvieron presentes en Iberoamérica y perduraron en ella como legado cultural aun hasta el presente, y con tal fuerza, que desalojaron vestigio de un sistema de resolución de conflictos distinto, como el practicado por los originarios,<sup>2</sup> acerca de cuyas características no habré de referirme en este trabajo, pues excedería el objeto del mismo.

De esta forma las características del sistema judicial colonial y los que le sucedieron en las repúblicas americanas son claras: una organización judicial extremadamente burocrática y absolutamente vertical, una verdadera justicia de gabinete, su independencia interna de sus operadores, que funcionaba por delegación y devolución del poder de proceder, además de tributaria de un poder político al extremo centralista, por más que se tratara de repúblicas federales con un procedimiento judicial, escrito, secreto, dirigido a componer una encuesta o pesquisa objetiva sobre los rastros de la desviación de comportamiento imputado, a través de la investigación solitaria de un juez instructor, presuntamente independiente de los protagonistas del conflicto.

- 
- 1 La Inquisición era un Tribunal, que como tal, tenía como misión la defensa de la fe y la moral en la iglesia, ello mediante la persecución de los delitos que atentaran contra una u otra. El subsuelo jurídico en el que se apoya el Tribunal del Santo Oficio es el mismo que sirve de fundamento al Derecho Penal y Procesal de Castilla o Aragón, de Cataluña, de Valencia o de Navarra. La Inquisición, para FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE (*El derecho penal de la monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1992) no era un islote de su sociedad, sino que descansaba en los mismos principios y utilizaba las mismas instituciones jurídicas que el Derecho Penal ordinario. Dicho de un modo más directo: la Inquisición perseguía y juzgaba a herejes, blasfemos, brujas, homosexuales o bigamos, con el mismo tipo de proceso penal que cualquier juez o tribunal de la época, que perseguía y enjuiciaba a ladrones, traidores u homicidas.
  - 2 Los ejemplos de pluriculturalidad del Convenio OIT 169, y las nuevas constituciones políticas de Bolivia, Ecuador, Perú y las sentencias de Tribunal Constitucional de Colombia sobre la materia. Para no exceder el tema remito a: *Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria ¿un matrimonio imposible?* KONRAD ADENAUER STIFTUNG, Quito, 2007.

Era un procedimiento dominado por la razón del Estado, verdadero protagonista del conflicto entre la ley dictada por él y el súbdito sospechoso de transgredirla, con enorme cantidad de recursos que se implementan como el procedimiento de oficio, para posibilitar el control jerárquico y tornar efectiva la devolución del poder delegado en origen.

En la América hispana rigió el denominado *Libro de Fuero de las Leyes* o de *Las Siete Partidas*, código de leyes debido al rey ALFONSO X DE CASTILLA Y LEÓN, apodado “El Sabio”, gran texto legal de formato codificado escrito en romance castellano,<sup>3</sup> amalgama del Derecho Romano Justiniano,<sup>4</sup> el Derecho Canónico, el Fuero Juzgo y en menor medida de Derecho Lombardo Feudal. También para esa época se introduce en el reino de Aragón, la Inquisición.<sup>5</sup>

Pero esas mismas Partidas continuaron rigiendo como Derecho Común no sólo durante toda la colonización, sino con excepciones, una vez producida la independencia de las repúblicas americanas, e incluso, largo tiempo después, pues inspiraron la mayoría de los procedimientos que fijaron las leyes procesales penales de esas repúblicas en el siglo XIX y aun a comienzos del siglo anterior.

3 Esto no se trata de una curiosidad filológica, sino que le cupo el honor al rey ALFONSO de haber abierto al Derecho el camino de la lengua vulgar, es la expresión de un momento estelar de la obra legislativa que coincide con la maduración de una lengua, que pretendía hacer comprensible a sus verdaderos destinatarios, en el idioma en que éstos se comunican.

4 El siglo XIII, es un tiempo lleno de brillo jurídico con la creación de los Estudios Generales de la Cristiandad (universidades), Europa había redescubierto el *Digesto* a través de los estudios de Derecho de Bolonia, la primera de estas universidades. Se aportaron así dos valores que, aun hoy día se utilizan para la interpretación del Derecho. El método lógico y dogmático, el procedimiento de la filosofía se hizo jurídico, como la condición laica de esta profesionalidad.

5 Tal el caso de NICOLÁS AYMERICH, dominico nacido en Gerona, que en 1356 llegó a ser Inquisidor General de la Reina de Aragón y capellán del PAPA GREGORIO XI. También acompañó a CLEMENTE VII y a BENEDICTO XIII en el exilio de Avignon. En 1358 publicó su célebre *Directorium inquisitorum*, un verdadero código penal, el *Manual de los inquisidores* de AYMERICH, fue publicado en París, traducción francesa de 1762, he utilizado para este trabajo el publicado por Rodolfo Alonso Editor, Buenos Aires, 1972. Obra muy distinta del *Malleus maleficarum* de los dominicos KRAMER Y SPRENGER (1486). *El martillo de las brujas. Para golpear a las brujas y sus herejías con sus poderosas mazas*, edición en español con traducción de JIMÉNEZ MONTESERIN. Editorial Maxtor, Valladolid, 2004. O Martelo das Feiticeiras. 17a. ed. en portugués de RECHT DIAMENT, Editora Rosa Dos Tempos, Río de Janeiro, 2004.



Precisamente, lo original del desarrollo de nuestro Derecho Procesal Penal consistía en un ratio negativamente valorativo: la discordancia entra la legislación procesal penal de nuestros países y sus constituciones, hijas del movimiento liberal de fines del siglo XVIII, que aún hoy se detecta en varios países de la región.

El movimiento independentista de nuestros países al sur del Río Grande, obedece intelectualmente a dos movimientos liberales conocidos: por un lado, la Ilustración con su desembocadura en la Revolución de 1789 y, por el otro, la independencia de las colonias inglesas del norte de América, cuya Constitución ejerció una gran influencia en la organización política y jurídica de los países iberoamericanos, más allá de su organización de tipo unitario o federal.

Tal ha sido el apoyo ideológico y jurídico-político de los nuevos Estados, cualesquiera que hubieran sido los motivos de sus movimientos independentistas, todos ellos ostentaron orgullosos el nombre de Repúblicas, a excepción hoy día del Estado Boliviano.

A pesar de ello, el procedimiento penal y la organización judicial, permanecieron en sus características básicas intocables. Con las excepciones de Cuba, que logró su independencia tras la guerra hispano-norteamericana y la firma del Tratado de París (1899), en que España perdiera sus últimas colonias en Cuba, Puerto Rico y las Filipinas.

Así, Cuba había receptado antes de su independencia la *Ley de Enjuiciamiento Penal* de 1882, Código Procesal Penal con el que España se incorporó al movimiento reformista europeo continental del siglo XIX.

Haití<sup>6</sup> adoptó el Código de Instrucción francés de 1808, iniciador orgánico de aquel movimiento continental europeo, con sus sucesivas modificaciones de 1816 y 1832.

---

6 Republique d'Haïti (en francés), Repiblik d'Ayiti (en creole haitiano), situada en la parte occidental de la isla La Española, proclamó su independencia el 1o. de enero de 1804 siendo el segundo país del continente y primero de América Latina en acceder a ella, tras una prolongada lucha armada con Francia, su potencia colonizadora desde mediados del siglo XVIII. Se trató además del primer caso de la historia por el que una rebelión de la población sometida a la esclavitud condujo a su emancipación y la abolición de la misma en forma autónoma y perdurable hasta la actualidad. Ello sentó un precedente para la supresión del tráfico de esclavos, a punto tal que hoy día la ONU por resolución 29/C40 constituyó el *Día internacional del recuerdo de la trata negra y su abolición* (23 de octubre) e instituyó la medalla TOUSSAINT LOUVERTURE, en recuerdo de uno de los líderes de aquel acontecimiento.

La República Dominicana (parte oriental de La Española), tras independizarse de Haití en 1844,<sup>7</sup> adoptó el código francés, mediante Decreto Congressional No. 58, promulgado el 4 de julio de 1844, adoptando así los códigos franceses de la restauración de 1832, en su idioma original. Hasta el 2 de julio de 2001, en que sanciona la Ley 72-02 como *Nuevo Código Procesal Penal de la República Dominicana*, promulgado el 19 del mismo mes y año, entrando en vigencia el primero de enero de 2005.

El modelo mixto clásico inaugurado por el código de instrucción francés resultó una solución de transición<sup>8</sup> entre el modelo judicial de la monarquía absoluta y algunas concesiones al viejo sistema romano-germánico existente con anterioridad a la implantación del inquisitivo como al liberalismo político, a diferencia del modelo anglo-sajón de neto corte adversarial, se adoptó este inquisidor en su primera etapa y con los principios del acusatorio en la fase del juicio.

Parcialmente Brasil, por su dependencia del Derecho lusitano, y Puerto Rico, que como Estado libre asociado de los EEUU de Norteamérica, siguieron sus normas de fondo procesales.

Guatemala durante un corto periodo liberal, en 1837, adoptó los códigos proyectados por el político y jurista norteamericano para el Estado de Louisiana, EDWARD LIVINGSTON.<sup>9</sup>

Los otros Estados hispanohablantes practicaron hasta el siglo XX, y aun hoy, parcialmente un procedimiento penal escrito, en parte secreto,

7 Declarada la independencia de Haití y designado su primer emperador JEAN JACQUES DESSALINES, tras unas revueltas en 1822, lo que hoy es La Dominicana es invadida y ocupada por el general JEAN PIERRE BOYER. En febrero de 1844, la Junta Central de Gobernabilidad, con la presidencia de TOMÁS BOBADILLA Y BRIONES, su primer gobernador iza la bandera dominicana en la Puerta del Conde (Santo Domingo) proclamando luego la República, eligiendo el 14 de noviembre de ese año a PEDRO SANTANA primer presidente constitucional. Ello sin perjuicio de diversas invasiones llevadas a cabo por los haitianos ese mismo año, 1845-49 y 1855-56.

8 Modelo que se expandió en Europa a través de la codificación napoleónica, hasta concluir a finales del siglo XIX con la *Ley de Enjuiciamiento Española*.

9 *Rapport su le Project d' un code penal, fait a l'assemblée Générale de l'Etat de la Louisiane*, París, 1825. Una traducción al español de los códigos de Livingston llevada a cabo por J. BARRUNDIA, fue editada por el gobierno de Guatemala en la imprenta de la Unión en 1831. Sobre la adopción de los códigos de LIVINGSTON en Guatemala: VELA, D. "Vida, pasión y muerte de los códigos de LIVINGSTON", en: *Justicia penal y Sociedad. Revista Guatemalteca de Ciencias Penales*, Año 1 No. 0, enero de 1991, p. 41.

sin juicio público y oral, llevado a cabo por una organización judicial estatal vertical, con un juez penal que reunía todas las funciones de investigar y juzgar, cuyas decisiones era recurribles sobre la base del expediente, también escrito, ante tribunales superiores, integrados generalmente, por tres jueces. Chile, suprimió en el año 1927<sup>10</sup> al Ministerio Público Fiscal y concedió tal función a los jueces penales.

Todo ello, pese a que las constituciones jurídico-políticas contenían, más o menos, un catálogo de garantías penales entre las cuales se hallaba la igualdad entre los ciudadanos, la prohibición de la tortura y el *nemo tenetur*, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo, que permitiera el derecho de defensa, realizado incluso en forma pública y oral, y hasta por jurados, la independencia e imparcialidad de los jueces, entre otros principios.

Mayor perplejidad se experimentó aun después de la suscripción por parte de estos Estados, y por ende vigente en sus territorios, de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos (1948), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), que, junto a otros instrumentos y convenciones internacionales y regionales sobre la materia, han sido incorporados, incluso, a las constituciones de varios países americanos, para concederles también rango jurídico de normas constitucionales.

### III

Este estado de cosas resultó antiquísimo y difícil de sobrellevar luego de intentos liberales en el siglo XIX, más o menos perfectos, pero todos fracasados. Entre los cuales se destaca, naturalmente, el intento reformista del gobierno Ilustrado y progresista del Dr. MARIANO GÁLVEZ en Guatemala, ya antes mencionado, comenzaría recién en el siglo XX el movimiento político-jurídico que condujo, sobre su finalización, al tema objeto de esta exposición.

El inicio de la transformación en esta materia, tuvo origen en la provincia de Córdoba, uno de los Estados federados de Argentina en donde

---

10 VARGAS, J.F. "La reforma de la justicia criminal en Chile: el cambio del rol estatal", en: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, No. 38, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago, 1998.

profesores en Derecho Penal y Proceso Penal, SEBASTIAN SOLER y ALFREDO VÉLEZ MARICONDE, redactaron un proyecto de código procesal oral. Bastó un gobierno progresista radical para que sancionara el *Código de Procedimiento Penal para la Provincia de Córdoba*, en 1939, que entró en vigencia al año siguiente. Este código representa la recepción del Derecho Procesal Penal Europeo-Continental de comienzos de siglo XX y el desplazamiento de la legislación antigua, anterior a la *Ley de Enjuiciamiento Penal Española* en 1882, sus fuentes más importantes fueron los códigos procesales penales italianos de 1913 y 1930, la *Ley de Enjuiciamiento Penal Española* de 1882 y la Ordenanza Procesal Penal Alemana.

Ese código se enfrentó con el *Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación*, que conservaba la legislación inquisitiva española anterior a la reforma del siglo XIX, y determinó en Argentina una verdadera lucha de escuelas académicas, que terminó sólo alrededor de 1990, cuando la legislación federal lo adoptó, en un proyecto del profesor RICARDO LEVENE (hijo), como ley para sus tribunales; en ese entonces ya una abrumadora cantidad de provincias argentinas lo habían adoptado como ley procesal dentro de su territorio.

En numerosos congresos latinoamericanos se trabajó sobre este código y el *Proyecto de Código Federal* de 1986 como modelos para los demás países de la región y proporcionó el espaldarazo final, aprobando primero las bases uniformes para Iberoamérica, para en las Jornadas de Río de Janeiro de 1988, escribir el hoy *Código Procesal Penal Modelo*, que terminó influenciando, si no en todas, sí en gran parte de las reformas procesales penales latinoamericanas.

Ese Código Modelo, aporta ciertas soluciones propias al desarrollo habido hasta su sanción en el procedimiento penal del siglo XX, aun antes de las modificaciones que por esos años fueron llevadas a cabo en Portugal e Italia, reconoce además, como antecedente inmediato el proyecto de un nuevo *Código Procesal Penal para el Estado Federal Argentino* (1986), que no tuvo sanción legislativa.

Desde el regreso al ejercicio constitucional del poder en Argentina, el nuevo gobierno de la administración de RAÚL ALFONSIN, encaró el estudio de una reforma de todo el sistema procesal penal de la nación, a tal fin se designó una comisión en materia de administración de justicia penal.<sup>11</sup>

11 La comisión se integró con los Dres. JOSE I. CAFFERATA NORES, MIGUEL A. ALMEIDA, JULIO B. MAIER, los senadores FERNANDO DE LA RUA y CELESTINO MARINI, los diputados

Cumplida la primera etapa de diagnóstico, el Consejo para la Consolidación Democrática —presidido por el filósofo CARLOS S. NINO— encargó a JULIO B. MAIER la redacción del proyecto definitivo,<sup>12</sup> que como manifesté, no tuvo tratamiento parlamentario.

Promediando los 80's del siglo pasado, la transformación de las estructuras judiciales latinoamericanas comienza a acelerarse, con la finalidad de lograr un sistema acusatorio, consistente en juicio público, oral en audiencia continua, para decidir el caso por condena o absolución, estando la instrucción preparatoria a cargo del Ministerio Público.

La República de Costa Rica fue precursora con su Código Procesal Penal sancionado en 1973, sobre la base del Código para la Provincia de Córdoba, todavía en vida del profesor VÉLEZ MARICONDE, se le invitó a presidir intelectualmente esa reforma y producir la extraordinaria transformación en materia procesal penal en Costa Rica; sobre todo en lo que respecta a la organización judicial, reforma que en cierto sentido resultó superior al modelo cordobés, lo que colocó a ese país a la cabeza de la transformación del sistema penal en los países del área.

Además, por acuerdo entre la ONU y el gobierno de Costa Rica, firmado en San José en fecha 11 de julio de 1975, se creó el Instituto Latinoamericano para la prevención del delito y tratamiento de delincuentes (ILANUD),<sup>13</sup> como instituto regional especializado de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe. Si bien nacido en época de graves violaciones a los derechos humanos, comenzó a ocuparse seriamente de la transformación judicial y de la vigencia de los contenidos de los programas de las Naciones Unidas para la prevención del delito y la justicia penal. Como así también, trabajar en esa etapa de consolidación de las repúblicas democráticas.

La democratización institucional de muchos de los países latinoamericanos, a partir de los últimos años de esa década, inestables polí-

---

NÉSTOR PERL y ÓSCAR FAPPIANO. Actuaron como secretarios LUIS DARRICHON, ADOLFO TAMINI, ALBERTO BINDER y GUSTAVO COSACOV. Cabe destacar que la tarea técnica estuvo a cargo de los profesores CAFFERATA, ALMAYRA y MAIER.

12 MAIER, J.B. "El Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación", en: *Doctrina Penal*, año 9, Depalma. Buenos Aires, 1986, p. 645.

13 Convenio aprobado por la Asamblea Legislativa Costarricense mediante Ley 6135.

14 En este ámbito en la región, hemos de tener muy en cuenta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica.

ticamente, que habían transcurrido entre gobiernos débiles y dictaduras militares fuertes, basadas en la doctrina de la seguridad nacional, que, en ocasiones —como en Guatemala, Nicaragua, Honduras y El Salvador— soportaban verdaderas guerras civiles de baja intensidad, declaradas o no, resuelto uno de los motivos principales del movimientos reformista procesal.

De esta forma el regreso a la cultura republicana, democrática, tolerante y plural, tanto en lo ideológico como en lo político, no tardó en verificar el atraso histórico en materia de Derecho Procesal Penal y la discordancia de las reglas judiciales vigentes con las clausuras referidas sistema penal en constituciones democráticas, que aun en vías de solución, todavía gobiernan, en general, la práctica procesal penal de nuestros países.

Empero, el contraste entre los métodos, muchas veces horrorosos en la práctica de la represión penal, como la vigencia y difusión masiva de los derechos humanos en los últimos treinta años, merced a las organizaciones no gubernamentales que se ocupan de ellos y a los organismos internacionales de protección de los mismos.<sup>14</sup> Tornó ostensible la necesidad de su reforma y, por último, producir la reforma procesal penal hoy en curso.

Aunado a ello, los países centrales comenzaron a destinar parte de su asistencia a este ámbito de problemas y hasta los organismos internacionales de crédito tomaron parte en este movimiento.<sup>15</sup>

El *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica* tuvo grandes repercusiones. Así lo siguieron en general, los códigos de Guatemala (1994); el nuevo Código para Costa Rica, que reemplazó al anterior (1998); de la República del Salvador (1998); el *Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela* (14/11/2001 Gaceta Oficial No. 5558 extraordinario); el *Código Procesal Penal del Perú* (2004).<sup>16</sup>

15 La GTZ alemana, AECI española, USAID de los EEUU, el ILANUD, el Banco Mundial, el BID, etc.

16 Aprobado mediante Decreto Legislativo 956 del 29 de julio de 2004 que, según AYALA CASTRO Z.D., regula el proceso acusatorio o adversarial sobre la base del equilibrio ineludible sobre la potestad persecutoria del delito, la potestad jurisdiccional penal y las garantías del derecho de defensa. *El proceso penal peruano. Dirección fiscal en la intervención preliminar*, Ed. Fecat, Lima, 2008.

El Código consta de siete libros y un título preliminar, con una totalidad de 566 artículos.

Brasil tal como comenté, siguió caminos propios en tanto que la República Oriental del Uruguay, de la misma manera se adaptó a las líneas del Código Procesal Civil Modelo, en su Ley General del Proceso y posee aún hoy día uno sancionado por el proceso dictatorial en 1980, código de naturaleza inquisitiva. En diciembre 16 de 1997 se sanciona la Ley 16.893 como Código Procesal Penal, con un sistema acusatorio atenuado, su vigencia fue postergada en dos oportunidades y definitivamente dejada sin efecto.

En septiembre de 2009, el Poder Ejecutivo de la ROU, envió al Congreso Nacional para su consideración un proyecto que consagra el sistema acusatorio, que asegura el principio de inocencia, contradicción, inmediatez, oralidad y publicidad. Confiere la investigación al Ministerio Público y preserva para el juez la función de contralor de garantías y juzgamiento; también implementa el principio de oportunidad reglado.

Argentina, a más del CPP Nacional, posee 24 códigos locales, dada su forma federal de gobierno, entre los códigos más modernos podemos encontrar el de la Provincia del Chubut y el de la ciudad autónoma de Buenos Aires,<sup>17</sup> a la fecha existe en el Senado un proyecto de nuevo código, ya no mixto sino de naturaleza acusatoria, que ha sido motivo de reuniones en la comisión de legisladores y catedráticos en la materia.

La República del Paraguay, sancionó en 1992 su Constitución en donde estableció las bases de la nueva sociedad paraguaya tras largos años de dictadura stronista, de la forma que se buscó la transformación profunda de sus estructuras de justicia, realizando a su vez una reforma legislativa en todas sus áreas. Tal como refiere la exposición de motivos del CPP, está dirigido:

“Hacia la ruptura de la política criminal conservadora a través de un sistema penal comprometido con el sentir común del pueblo en relación directa con la seguridad jurídica y la

---

17 La ciudad de Buenos Aires, es un nuevo miembro de la Federación Argentina, diríamos el 24 miembro de la Federación, una ciudad estado en la que residen las autoridades de la nación, pero que ha dejado de ser Distrito Federal, tiene un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción (artículo 129 de la CN reformada). De tal forma en el 2007 se sancionó y promulgó el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma Ley 2303 (BOCBA 8/5/07), hasta entonces funcionaba en base a la LPC N. 12, con más un agregado para los casos de naturaleza penal, cuya autoría fue del profesor JULIO MAIER.

seguridad ciudadana, fluctuando un cuadro de derechos y garantías constitucionales inalienables y las fórmulas políticas para permitir el más amplio acceso a la justicia y la represión del abuso de autoridad y la corrupción.”

De esta forma se promulgó en 1998 y con vigencia desde 1999.<sup>18</sup>

Bolivia, por Ley 1790, del 25 de marzo de 1999, y tras un periodo de 24 meses, puso en práctica un código<sup>19</sup> de naturaleza acusatoria, tributario del *Código Procesal Penal Modelo*, muy semejante al de la República de Chile.

Colombia introduce en forma gradual, a partir del 1o. de enero de 2005, el sistema acusatorio del procedimiento criminal, para llegar a la plenitud, en todo el territorio de la nación, cuatro años después, el 1o. de enero de 2009. La fiscalía general es la encargada de adelantar la acción penal y de investigar los hechos que revistan las características de un delito, que llegue a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio.<sup>20</sup>

Aparece el principio de oportunidad al consagrar que la fiscalía podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece la ley dentro del marco de la política criminal del Estado, pero sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

En abril pasado, el Congreso de Colombia sancionó un Nuevo Código General del Proceso, que aún se encuentra en *vacatio legis*, con el que se espera agilizar los procedimientos.

---

18 La Cooperación Técnica Alemana GTZ, dentro de su área “Democracia, Sociedad Civil y Administración Pública” atribuye gran importancia al tema de la reforma judicial, y ello es así, porque está convencida de que la transparencia en la actuación del Estado, el Estado de Derecho, la seguridad jurídica y la justicia independiente son precondiciones esenciales para su desarrollo sustentable y la reducción de la pobreza.

19 La comisión redactora, con ayuda de la cooperación alemana (GTZ), estuvo presidida por ALBERTO BINDER e integrada, entre otros, por los profesores costarricenses PAULINO MORA y FERNANDA CRUZ CASTRO.

20 GUZMÁN DUQUE, G. “Desafíos de la justicia penal colombiana de cara a la Constitución de un Estado Social de Derecho”, en: SAEZ CAPEL, J. (Coordinador). *Seguridad, proceso penal y derechos humanos en América latina y el caribe*, ILANUD y Universidad Nacional de la Patagonia, Comodoro Rivadavia, 2004, p. 79 ss.



Perú rige parcialmente en su territorio, un sistema procesal penal mixto, predominantemente inquisitivo y mínimamente acusatorio, que surge del Código de 1940, escrito, ritualista, lleno de formulismos, con secreto de la instrucción siendo conducido por un juez, donde el principio acusatorio sólo se vislumbra en la etapa plenaria mediante juicio oral, con ciertas limitaciones que, por el sistema adoptado no se cumplen a cabalidad.<sup>21</sup> Ante las insuficiencias de este sistema mixto, se ha sancionado el nuevo Código Procesal Penal, semejante a los diversos países de la región poseen desde hace varios años. A semejanza del procedimiento chileno, no entró en vigencia en todo el país, sino en el distrito judicial de Huaral, el 1o. de julio de 2006 y en el distrito La Libertad, el 1o. de abril de 2007.

En Ecuador, el proyecto concluido en 1991 sigue también las bases del *Código Procesal Penal Modelo*, pero no tuvo tratamiento. En noviembre de 2008 el Fiscal General,<sup>22</sup> presentó un proyecto destinado, según sus fundamentos a descongestionar y agilizar el sistema judicial, con el que se pretendían modificar 130 de los 434 artículos del CPP. También pretende un aumento de las fianzas de más de diez veces, lo que en principio parecería que para la economía del Ecuador tornaría imposible la libertad caucionada de gente pobre. De la misma forma que se le niega a personas con dos antecedentes penales, aun no siendo condenatorios.

El *Código Orgánico de Garantías Penales*,<sup>23</sup> que aún no ha tenido tratamiento parlamentario, establece un conjunto de medidas para cambiar radicalmente la administración de justicia, se trata —al decir de RAÚL ZAFFARONI—<sup>24</sup> de un documento original y amplio, sumamente interesante en varios aspectos, pero fundamentalmente en cuanto a su objetivo de recodificar una legislación que se ha vuelto desordenada y asistemática, en detrimento de la seguridad que impone el mandato de certeza en materia penal.

---

21 ORE GUARDIA, A. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 1996; SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I, Lima, 2003.

22 <http://www.hoy.com.ec/7noticia-ecuador>.

23 Publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 el 9 de marzo de 2009.

24 ZAFFARONI, R. “Presentación del Anteproyecto del Código de Garantías Penales de Ecuador”, en: *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalidad del Derecho penal*. Serie justicia y Derechos Humanos. <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/idp> (Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales de la Universidad de Castilla La Mancha).

La originalidad del mismo se pone de manifiesto en la estructura —coincidamos o no— de un cuerpo único que abarca el Derecho Penal, el procesal penal y la ejecución. Para el profesor de la UBA, la regulación legislativa de las tres materias en un cuerpo único, retoma la práctica de viejos códigos, abandonada al separar la legislación procesal en la moderna codificación y con una nueva cesión más reciente, al adquirir complejidad la ejecución penal.<sup>25</sup>

Por último Chile, donde se ha cumplido ya más de una década de la puesta en marcha de su proceso de transformación, que significó la implementación de una política pública que generó gran expectativa y esfuerzo financiero.<sup>26</sup> Tardó cinco años en su implementación total que se hizo comenzando con dos regiones pequeñas, para así ver los aciertos y errores del sistema, para sobre la marcha poder corregirlos, concluyendo en 2005, con su vigencia total, con la región metropolitana de Santiago.<sup>27</sup>

Con el advenimiento de la democracia en Chile y dentro del marco de un paquete de reformas propuesta por el primer gobierno de la concertación, surge la preocupación en la materia y la necesidad de producir una reforma global del sistema de justicia criminal.<sup>28</sup>

Se designó una comisión técnica<sup>29</sup> que periódicamente informaba del avance de sus propuestas, para por último encargarse de la preparación de la versión final, el profesor JULIO MAIER.<sup>30</sup>

25 Sería de esperar que la Asamblea Nacional modernice y adecue el Código Penal de 1938, que combina fuentes incompatibles por provenir de modelos dispares, a lo que deben sumarse las múltiples reformas y la dispersión legislativa.

26 Para implementar el nuevo sistema, construir nuevas estructuras edilicias y/o adecuar las existentes, entrenar a los operadores, la República de Chile gastó aproximadamente 450 millones de dólares americanos, parte salidos de su presupuesto, parte del Banco Mundial.

27 Los plazos de entrada en vigencia, conforme a la Ley 19762, fueron: el 16 de diciembre de 2000, las regiones IV y XII; el 16 de diciembre de 2001, las Regiones II, III y VII; el 16 de diciembre de 2002, las regiones I, II, y XII; el 16 de diciembre V, VI, VIII y X y la misma fecha de 2004, que en realidad se demoró unos meses más, la región metropolitana.

28 La participación, desde el inicio de este sistema, de AGUSTÍN EDWARD, de la familia propietaria del diario más influyente de Chile (*El Mercurio*), como la CPU, ONG vinculada a la concertación, permitió un consenso inédito en la historia del país.

29 Integra por CRISTIAN RIEGO, MARÍA ELENA HORVITZ LENNON, JORGE BOLFIL y MAURICIO DUCE, este último como secretario.

30 Tuvo como fuente principal el CPP Modelo para Latinoamérica, también sirvieron como modelos algunos códigos extranjeros como la Ordenanza Procesal Alemana,

## IV

Si bien las nuevas regulaciones en la región, en su mayoría, no abandonan completamente ciertos rasgos del sistema inquisitivo, establecen las bases de un proceso penal acusatorio que a no dudará irá consolidándose a medida que arraigue en sus componentes más expresivos, proceso que indudablemente posee una dimensión jurídica pero que también requiere cambios políticos y culturales importantes en nuestros países, así el éxito de las reformas dependerá, en gran medida de sus capacidades de profundización democrática de las estructuras políticas e instituciones.

Además, se debe atribuir a las normas penales un poder disuasivo —prevención general negativa— del que por cierto ellas no disponen y de tener esa especie de confianza absoluta en sus prohibiciones, donde sus mandatos pretenden gobernar la realidad<sup>31</sup> (falacia normativa), situación que, a su vez, ha provocado una verdadera hiperactividad legislativa en materia penal, a la que el profesor SILVA SÁNCHEZ se ha referido como la expansión del Derecho Penal.<sup>32</sup>

También todas las reformas se encuentran, más tarde o más temprano, con el problema de la organización judicial, y sobre todo, con su financiamiento económico y la porción escasa de presupuesto que los gobiernos de la región destinan a sus poderes judiciales.

---

el CPP italiano de 1988, el CPP de la provincia de Córdoba de 1992, el CPP de la nación argentina de 1992 y el CPP peruano de 1991. También fueron considerados el Proyecto de Guatemala de 1991 y el Proyecto de El Salvador de 1993.

31 Lo que no es más que una especie de falacia normativa.

32 SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postmodernas*. 2a. ed., Ed. B de F. Montevideo/Buenos Aires, 2006.



# INTRODUCCIÓN AL PROCESO PENAL NORTEAMERICANO

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO\*

## I. EL SISTEMA JURÍDICO NORTEAMERICANO

### 1. Antecedentes

El sistema jurídico de los Estados Unidos de América es, en gran medida, una de las herencias más notables dejadas por Gran Bretaña, pues era justamente el *Common Law* inglés<sup>1</sup> el que regía en los Estados americanos cuando colonias, con el complemento conformado por los *statues*.<sup>2</sup>

Sin embargo, posteriormente, el famoso *caso Calvino* introdujo limitaciones materiales a la aplicación del Derecho inglés en las Colonias Americanas: el *Common Law* británico se aplicaría “en la medida que las normas se adaptan a las condiciones de vida existentes en dichas colonias”. Esta fórmula jurisprudencial, que data del año 1608, sirvió de punto de quiebre entre el *Common Law* británico y la realidad norteamericana. En efecto, la ineficacia de las regulaciones legales británicas frente a la realidad existente en las colonias norteamericanas fue provo-

---

\* Abogado director de Caro & Asociados. Doctorando de Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Granada (España). Experto Universitario de Criminología por la UNED (España).

1 AJANI, GIANMARIA/ANDERSON, MIRIAM/ARROYO AMAYUELAS, ESTHER/PASA, BÁRBARA. *Sistemas Jurídicos Comparados. Lecciones y materiales*, Publicaciones y ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2010, p. 201; MORINEAU, MARTA. *Una introducción al Common Law*, 2a. reimpresión de la 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, 2004, p. 10 y ss.

2 MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL. *El sistema jurídico de los Estados Unidos de América*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México/Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Distrito Federal, 1994, p. 12.

cando una ruptura irreconciliable que se vio acelerada por algunas otras razones adicionales.<sup>3</sup>

Justamente el notorio distanciamiento de la realidad norteamericana con los desarrollos del *Common Law* británico provocó una búsqueda de identidad jurídica propia y, con ello, una confrontación entre el sistema de codificación y el del *Common Law*, disputa que perduró hasta entrado el siglo XIX.<sup>4</sup>

La independencia norteamericana significó la definición de la constante disputa entre el sistema de codificaciones y el del Derecho Común, con el triunfo de este último. Sin embargo, esta confrontación de sistemas permitió que el Derecho norteamericano adquiriera las características de identidad que hoy en día tiene. El *Common Law* norteamericano es singular pues a pesar de mantener rasgos de identidad con el *Common Law* británico tiene también notas de parentesco con el Derecho europeo continental de raigambre romano-germánica.<sup>5</sup>

## 2. Fuentes del Derecho norteamericano

### a) *La Constitución Federal*

El Derecho norteamericano se mueve sobre el eje de su Constitución Federal, que se erige como la *columna vertebral* del sistema jurídico.<sup>6</sup> Esta orientación, por cierto, es coincidente con la adoptada por los sistemas jurídicos continentales que ubican la Carta Constitucional en la cúspide de sus ordenamientos jurídicos.<sup>7</sup>

3 DESTACA MARQUEZ PIÑEIRO, entre otras, el desconocimiento de las instituciones del *Common Law* británico por los colonos; al respecto: MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL. Ob. cit., p. 13.

4 MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL. Ob. cit., p. 14.

5 MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL. Ob. cit., pp. 14-15; MORINEAU, MARTA. Ob. cit., p. 70. Aludiendo a la naturaleza "híbrida" del Derecho estadounidense: AJANI, GIANMARIA/ANDERSON, MIRIAM/ARROYO AMAYUELAS, ESTHER/PASA, BÁRBARA. Ob. cit., p. 192.

6 MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Legis, Bogotá, 2006, p. 2; también: *Semblanza del sistema jurídico de EEUU*, Departamento de Estado de los Estados Unidos, disponible en: *usinfo.state.gov*, 2004, p. 7.

7 Y es justamente uno de los elementos distintivos del *Common Law* norteamericano del británico; así: MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL. Ob. cit., p. 24.

La Constitución Federal norteamericana se encuentra conformada por siete artículos, divididos en secciones y cláusulas, y 27 enmiendas, dentro de los cuales se reconocen derechos y garantías<sup>8</sup> que, siendo el sustento de la protección de los derechos de los imputados,<sup>9</sup> no resultan extrañas para nuestros ordenamientos jurídicos.

A nivel del articulado constitucional, adquiere especial trascendencia para los fines de la presente investigación el artículo III, dedicado a la función jurisdiccional y el Poder Judicial. Este dispositivo constitucional se inicia fijando la jerarquía máxima de la Corte Suprema, sobre otras Cortes inferiores (Sección 1). Seguidamente, en la sección 2, se reconoce el imperio de la Constitución, las leyes y los tratados para la solución de cualquier tipo de controversias. Esta misma sección reconoce el juicio de jurados y el principio de territorialidad.

A nivel de las enmiendas, identificadas con el término *bills of rights* (Carta de Derechos) se pueden descartar, como especialmente trascendentes en el ámbito penal y procesal penal las Enmiendas V, VI, VII y VIII.

La Enmienda V reconoce diversos principios como el derecho al juicio a cargo de un gran jurado, la prohibición de doble enjuiciamiento (*double jeopardy*), la prohibición de la autoincriminación y el derecho al debido proceso legal (*due process of law*).

La Enmienda VI reconoce otras garantías y derechos, como el derecho a ser sometido a un proceso público, sin dilaciones indebidas y por un jurado imparcial (*right to a speedy and public trial by an impartial jury*), el derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la imputación,<sup>10</sup> el

---

8 AJANI, GIANMARIA/ANDERSON, MIRIAM/ARROYO AMAYUELAS, ESTHER/PASA, BÁRBARA. Ob. cit., p. 207, destacan que las nueve primeras enmiendas constituyen “un catálogo de derechos fundamentales y representan un broche de oro en el proceso de redacción de la Constitución.

9 THAMAN, STEPHEN. “La protección de derechos humanos en el procedimiento penal de los EEUU”, en: *Capítulo Criminológico*, volumen 29, No. 3, Universidad de Zulia, Caracas, 2001, versión electrónica disponible en: <http://www.serbi.luz.edu.ve>.

10 En este sentido, debe recordarse el precedente *Miranda v. Arizona* de la Corte Suprema norteamericana que declaró la nulidad del juicio seguido a Ernesto Miranda por violación del derecho a ser advertido de los derechos que le asisten al imputado y que justamente motivó a que desde 1996 la policía utilice la “advertencia miranda” como fórmula general.

derecho a confrontarse con los testigos en su contra y de aportar los que le favorezcan y el derecho de contar con asistencia letrada.

Finalmente, en lo trascendente al ámbito del proceso penal, la Enmienda VIII reconoce el principio de proporcionalidad y racionalidad en el ámbito cautelar real (*excessive bail not be required*) así como la prohibición de penas inhumanas y crueles (*nor excessive fines imposed, nor cruel and inusual punishments inflicted*).

### 3. La jurisdicción penal

El sistema judicial de los Estados Unidos de América comprende dos jurisdicciones diversas: la jurisdicción estatal, cuyo ámbito de aplicación espacial se circunscribe al territorio del Estado como consecuencia de la autonomía que posee cada Estado de la unión; y, la jurisdicción federal, cuyo ámbito de aplicación especial incluye a toda la unión, es decir, el conjunto de los Estados federados.<sup>11</sup>

Esta dualidad de la jurisdicción es consecuencia de la adopción del federalismo, asumido —con variables— en países de nuestro entorno (por ejemplo, Argentina)<sup>12</sup> y cuya característica principal es la vinculación del poder con la división geográfica.

En el plano federal, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, establecido a través del artículo III constitucional, se ubica en la cúspide de la organización judicial. En la base de la organización judicial se encuentran los Tribunales de Distrito, en tanto que en segundo nivel se ubican los Tribunales de Apelación.<sup>13</sup>

### 4. Los límites de la jurisdicción y la competencia

La jurisdicción en el Derecho norteamericano tiene límites de carácter objetivo y límites de carácter territorial.

11 Sobre esta cuestión, véase: FRIEDMAN, BARRY. “Under the law of federal jurisdiction: Allocating cases between federal and state courts”, en: *Columbia Law Review*, No. 5, volumen 104, New York, s/f, pp. 1211 y ss.

12 Al respecto: BIDART CAMPOS, GERMÁN. *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 49; SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo I, 3a. ed., Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 342 ss.

13 AJANI, GIANMARIA/ANDERSON, MIRIAM/ARROYO AMAYUELAS, ESTHER/PASA, BÁRBARA. Ob. cit., p. 215.



En relación a los *límites objetivos* y los *límites territoriales de la jurisdicción*, estos se vinculan necesariamente con la competencia,<sup>14</sup> en la medida que a través de ella puede establecerse el ámbito en que el Tribunal puede ejercer válidamente jurisdicción.<sup>15</sup>

La competencia de los Tribunales Federales en los Estados Unidos de América comprende tres diversos niveles:<sup>16</sup>

- a) Las Cortes de Distrito (*trial courts*), que vendrían a configurar la primera instancia y cuya competencia alcanza tanto asuntos de naturaleza penal como de naturaleza civil;
- b) Las Cortes de Apelaciones, también conocidas como Cortes de Circuito, que configuran la segunda instancia de las Cortes de Distrito y que, por regla general, constituyen la última instancia jurisdiccional; y,
- c) La Corte Suprema de los Estados Unidos, que de modo excepcional conoce asuntos por ésta seleccionados de modo discrecional,<sup>17</sup> a partir de criterios previstos en las *Rules of the Supreme Court of the United States* (Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos).

## 5. El modelo procesal

En los Estados Unidos de América, justamente como consecuencia de la existencia de competencias estatales excluyentes,<sup>18</sup> no existe un procedimiento penal único. Cada Estado tiene su propia fórmula procesal.<sup>19</sup>

14 Sobre el contenido del concepto: SÁNCHEZ VELARDE, PABLO. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 2004, p. 87.

15 En ese contexto, no le faltaba razón al maestro GARCÍA RADA cuando resaltaba la íntima vinculación entre los conceptos “jurisdicción” y “competencia”; véase: GARCÍA RADA, DOMINGO. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., Iddili, Lima, 1984, p. 47.

16 Al respecto: MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL. Ob. cit., pp. 35 y ss.

17 AJANI, GIANMARIA/ANDERSON, MIRIAM/ARROYO AMAYUELAS, ESTHER/PASA, BÁRBARA. Ob. cit., p. 216; MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. Ob. cit., pp. 87 y ss. Se sostiene, por ejemplo, que el número de casos que llegan a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia norteamericana no llega a 80 o 90 al año; al respecto: *Semblanza del sistema jurídico de EEUU*, p. 31. Cifras similares se observan en: MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL. Ob. cit., p. 38.

18 Exclusión que comprende también el ejercicio de la profesión de abogado que, en el sistema norteamericano, exige la afiliación a alguna de las barras de abogados existente en cada Estado de la Federación.

Sin embargo, un referente general para el modelo procesal de cada Estado es la Constitución que aparece como límite máximo de las potestades represivas de cada uno de los Estados.<sup>20</sup> Los desarrollos legislativos de los Estados integrantes de la Federación norteamericana no pueden ser más restrictivos que los contenidos en la Constitución Federal.

Otras influencias en el modelo procesal penal de los Estados norteamericanos pueden ser halladas en los estándares legislativos que surgen en el Derecho Federal como las Reglas Federales del Procedimiento Criminal o las Reglas Federales de la evidencia y que, de hecho, son tomadas en consideración por los legisladores estatales para la elaboración de sus propias normas.<sup>21</sup>

De modo general puede sostenerse que el proceso penal norteamericano es de corte adversativo y acusatorio.<sup>22</sup> El procedimiento *adversativo* se caracteriza porque en aquél son las partes las que, enfrentadas, se ven precisadas a acreditar sus aseveraciones; asimismo, es *acusatorio* porque la responsabilidad de acreditar la responsabilidad jurídico penal de una persona corresponde al Ministerio Público.<sup>23</sup>

## 6. Las fuentes del Derecho y la importancia del precedente judicial

El Derecho Procesal Penal norteamericano tiene como más importante fuente normativa al Derecho Consuetudinario, conformado por los precedentes judiciales o precedentes *stare decisis*, en donde los jueces hacen el derecho (*judge made law*).<sup>24</sup>

19 MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. Ob. cit., p. 123; CARRIÓ, ALEJANDRO. *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos. Análisis comparativo en función de una reforma procesal*, Eudeba, 1990, p. 43.

20 *Semblanza del sistema jurídico de EEUU*, p. 8.

21 MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. Ob. cit., p. 127.

22 SCHÜNEMANN, BERND. “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?)”, p. 288; sumamente interesante, por establecer en real dimensión las aproximaciones entre el sistema inquisitorial y adversarial y constatar que la adopción del sistema adversarial en el Derecho norteamericano es reciente: KESSLER, AMALIA. “Our inquisitorial tradition: Equity procedure, due process, and the search for an alternative to the adversarial”, en: *Cornell Law Review*, No. 90, Cornell University, s/f, p. 1181 y ss.

23 MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. Ob. cit., p. 130.

24 AJANI, GIANMARIA/ANDERSON, MIRIAM/ARROYO AMAYUELAS, ESTHER/PASA, BÁRBARA. Ob. cit., pp. 231 ss.; MÁRQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL. Ob. cit., p. 29.

Esto porque el Derecho norteamericano reconoce como su principal fuente la jurisprudencia,<sup>25</sup> a través del cual es posible garantizar que la función jurisdiccional sea ejercida congruentemente y que el resultado de todo proceso penal resulte previsible.<sup>26</sup>

No obstante, hoy en día —y cada vez más— se observa que las normas escritas (por ejemplo, las antes citadas Reglas Federales del Procedimiento Criminal o las Reglas Federales de la evidencia) adquieren fuerza vinculante cada vez mayor, al punto que se sostenga incluso su mayor valor respecto a la doctrina jurisprudencial.

En nuestro Derecho Procesal Penal, el valor normativo de la jurisprudencia penal ha sido incrementado mediante la incorporación del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales que, bajo determinadas circunstancias, reconoce el valor vinculante de la jurisprudencia emanada de la Sala Penal de la Corte Suprema.<sup>27</sup> Este dispositivo se encuentra recogido por el artículo 433 del Código Procesal Penal de 2004 que reconoce el valor vinculante de los plenos casatorios.

Esto, lógicamente, sin desdeñar la importante labor dogmática que la jurisprudencia desempeña<sup>28</sup> y que justamente permite intensificar la previsibilidad de la actuación jurisdiccional, su desarrollo aún incipiente

25 Debe recordarse que el Derecho, como indica Dworkin (DWORKIN, R.M. ¿Es el Derecho un Sistema de Normas?, en: DWORKIN, R.M. (Compilador). *La Filosofía del Derecho*, traducción de JAVIER SAINZ, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 75), aparece como el conjunto de normas que son utilizadas por la comunidad para fijar los comportamientos que se quieren evitar, siendo indispensable recurrir a criterios específicos, a sus *pedras de toque*, a fin de identificarlas correctamente. Estas *pedras de toque* son las fuentes del derecho.

26 *Semblanza del sistema jurídico de EEUU*, p. 13.

27 Destacando la importancia de dicha modificación legal y del uso de los precedentes: ÁVALOS RODRÍGUEZ, CARLOS & ROBLES BRICEÑO, MERY. *Modernas tendencias dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 5; CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS. “Estudio preliminar: el uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho peruano”, en: el mismo. *Jurisprudencia penal 1*, Grijley, Lima, 2006, pp. 13 ss.; INFANTES VARGAS, ALBERTO. *El sistema acusatorio y los principios rectores del Código Procesal Penal*, Jurista, Lima, 2006, p. 59; PÉREZ ARROYO, MIGUEL. *Jurisprudencia penal vinculante. Las ejecutorias vinculantes en materia penal a partir de la introducción del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales*, Cuadernos de Investigación Judiciales del Poder Judicial, Lima, *s/f*, *passim*.

28 Resaltada por: ATIENZA, MANUEL. *Introducción al Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1985, pp. 246-254.

permite sostener que aquélla no es aún una fuente cierta de criterios de interpretación.<sup>29</sup>

## 7. Fases o etapas del proceso penal norteamericano

### a) *La investigación preliminar*

En el Derecho norteamericano la investigación preliminar del delito reviste menos formalidades que en nuestras legislaciones.<sup>30</sup> Esto, como es lógico, no implica que se trate de una fase carente de límites, sin embargo éstos se circunscriben al ámbito de las medidas coercitivas y de averiguación del delito.

Ahora, la investigación del delito por parte de la policía puede ser reactiva o proactiva. La investigación es *reactiva* cuando surge como consecuencia de un hecho punible ya realizado y busca identificar a su posible autor, así como recolectar la evidencia necesaria para su posterior procesamiento. La investigación es *proactiva* cuando se busca provocar la realización de delitos a través de agentes encubiertos.<sup>31</sup>

La investigación *proactiva* resulta ser un ámbito especialmente sensible a los cuestionamientos, encontrándose regulado por una serie de disposiciones como la Directiva del Fiscal Federal sobre operaciones encubiertas del FBI (*Attorney general's guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations*) o la Directiva del Fiscal General sobre el uso de informantes confidenciales (*Attorney general's guidelines regarding the use of confidential informants*).<sup>32</sup> En efecto, los problemas más sensibles se relacionan con la imposibilidad que tienen los defensores de interrogar a esos agentes encubiertos.<sup>33</sup>

29 En esta línea: INFANTES VARGAS, ALBERTO. Ob. cit., p. 59.

30 MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. Ob. cit., p. 135.

31 MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. Ob. cit., pp. 136-137.

32 MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. Ob. cit., p. 137.

33 SCHÜNEMANN, BERND. *La reforma del proceso penal*, p. 10; RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN. “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal”, en: *In Dret*, No. 364, www.indret.com, Barcelona, 2006.

Los informantes, debe mencionarse, son además una fuente de conocimiento indirecto de sucesos criminales.<sup>34</sup> Su testimonio es continuamente utilizado en los procesos judiciales, por ejemplo, para establecer la responsabilidad a partir de las confesiones que les fueran hechas por terceros en prisión.

**b) *El gran jurado (o jurado de acusación)  
y la audiencia preliminar***

La Quinta Enmienda reconoce el derecho a un juicio ante un gran jurado o jurado de acusación,<sup>35</sup> distinto del jurado de enjuiciamiento. Sin embargo, debe reconocerse que es un derecho que, si bien resulta obligatoria en la justicia federal,<sup>36</sup> no resulta obligatorio —desde el precedente *Hurtado v. California* (1884)— en todos los Estados, al punto que sólo cerca de la mitad recurren a aquél.<sup>37</sup>

El gran jurado se conforma por un grupo de entre 16 y 23 ciudadanos escogidos aleatoriamente de los registros de votación. El propósito del gran jurado es determinar la existencia de una *causa probable* que dé mérito a la formulación de cargos contra el imputado. Tiene, como se observa, un propósito distinto que el jurado de juicio.

En aquellos Estados que no recurren al gran jurado, o jurado de acusación, la calificación del mérito de una imputación para su análisis judicial es realizada mediante una audiencia preliminar en la que luego de la presentación de cargos por parte de la Fiscalía y la presentación del caso por parte del imputado (o, esto ocurre en la mayoría de los casos, la renuncia a la vista preliminar) se realiza, de ser el caso, determinada actividad probatoria luego de lo cual el juez determinará si existe causa probable de la realización de un hecho criminal. Determinada por el juez la existencia de causa probable, corresponde al fiscal informar por escrito al Tribunal los cargos que serán objeto de juzgamiento y la fecha de realización del mismo.<sup>38</sup>

---

34 THAMAN, STEPHEN. Ob. cit., *passim*.

35 Véase: HENDLER, EDMUNDO. “Jurados de acusación y fiscales especiales. La corrupción y la experiencia de los Estados Unidos”, en: *La Ley*, Buenos Aires, 1996, p. 1134 ss.

36 MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. Ob. cit., p. 154.

37 CARRIÓ, ALEJANDRO. Ob. cit., p. 47.

38 *Semblanza del sistema jurídico de EEUU*, p. 100; CARRIÓ, ALEJANDRO. Ob. cit., pp. 72-73.

### c) *La instrucción de cargos*

Luego de fijada la existencia de causa probable para la realización del juzgamiento, mediante la decisión del jurado de acusación o el juez de la vista preliminar, en la mayoría de Estados, se produce la *instrucción de cargos* como momento inicial del juzgamiento propiamente dicho.

Este acto procesal tiene por objetivo hacer de conocimiento del imputado los cargos que se le atribuyen a través de la lectura de los mismos a través del fiscal o un secretario.

Luego de formulados los cargos o imputaciones corresponde al imputado pronunciarse respecto a los mismos, pudiendo hacerlo de tres modos diversos: *non guilty* (no culpable), *guilty* (culpable) y *nolo contendere* (no lo litigaré).

La declaración de *non guilty*, es decir, de rechazo de la imputación puede deberse a que el imputado considere que no le asiste responsabilidad criminal, por haber sido sometido ya a un juzgamiento por los mismos hechos (cosa juzgada) o por concurrir causas de inimputabilidad. La declaración de *non guilty* propicia la necesidad de realización del juzgamiento oral en los términos propuestos por la declaración del imputado.

La emisión de la declaración de culpabilidad (*guilty*) por parte del imputado supone la culminación anticipada del procesamiento a través de la expedición de la sentencia respectiva. Los alcances del procedimiento de terminación anticipada o *plea bargaining*, en la terminología norteamericana, serán analizados más adelante.

Finalmente, la declaración *nolo contendere* es una figura ecléctica aplicable únicamente en los casos en que así convenga el Tribunal,<sup>39</sup> en virtud de la cual el sujeto, si bien se allana a la pretensión punitiva propuesta por la Fiscalía no reconoce los hechos que se le atribuyen. A través de esta fórmula se permite que el imputado, en alguna medida, salvaguarde su imagen pública, y garantiza que aquél pueda confrontar

---

39 La procedencia de la declaración de *nolo contendere* depende de los intereses de las partes y del interés público en la efectiva administración de justicia, conforme declara la regla 11 b de las *Federal Rules of Criminal Procedure*; al respecto: BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. “La transacción penal brasileña y el Derecho norteamericano”, en: *Ciencias penales*, No. 17, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2000, p. 51.

cualquier acción judicial que, por los mismos hechos, se le pretende incoar en el ámbito civil.

Expedita la realización del juzgamiento se procede a la selección del jurado en procedimiento que recibe el nombre de *voir dire* y a través del cual pueden interrogar a los miembros del jurado a fin de determinar si se encuentran capacitados para cumplir esa función. A través del procedimiento de *voir dire* se garantiza el derecho a un jurado imparcial.<sup>40</sup>

Luego de la selección del jurado se inicia el juzgamiento como tal, a través de la presentación del caso (*opening statements*) por parte del fiscal y la defensa del imputado, procediéndose luego al examen de los testigos ofrecidos por las partes.

El interrogatorio en el procedimiento penal norteamericano lo inicia aquel que ha postulado la prueba para luego producirse el examen por la contraparte (*cross-examination*).

Culminada la fase probatoria corresponde los alegatos finales o los argumentos de cierre del fiscal y de la defensa del imputado, luego de lo cual el jurado se retira a realizar las deliberaciones respectivas. Para esto, el jurado recibe instrucciones por parte del juez respecto del modo en que se producirán las deliberaciones. Culminadas las deliberaciones por el jurado, éstos entregarán su veredicto al juez.

Ahora, cuando el jurado no llega a un acuerdo respecto a la responsabilidad del imputado, el juicio se frustra (*hung jury*) produciéndose, por lo general, un segundo enjuiciamiento.

La sentencia es emitida sin intervención del jurado y atendiendo a los parámetros establecidos por las *sentencing guidelines*,<sup>41</sup> guías normativas destinadas a lograr una mayor predictibilidad de la individualización judicial de la pena.

La apelación en el proceso penal norteamericano, aunque posible legalmente, no es un derecho constitucionalmente reconocido,<sup>42</sup> tratándose de un derecho con eficacia limitada.

---

40 ISRAEL, JEROLD & LAFAVE, WAYNE. *Criminal procedure. Constitutional limitations*, Thomson West, Minnesota, 2006, p. 494.

41 Véase: KING, NANCY/SOULÉ, DAVID/STEEN, SARA/WEIDNER, ROBERT. "When process affect punishment: differences in sentences after guilty plea, bench trial, and jury trials in five guidelines states", en: *Columbia Law Review*, No. 105, Columbia University, s/f, pp. 960 y ss.

42 MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. Ob. cit., p. 169.





# EL MODELO PROCESAL PENAL CHILENO

LEONARDO MORENO HOLMAN

FRANCISCO GARCÍA MANZOR

**SUMARIO:** 1. Antecedentes previos. 2. Modelo procesal penal vigente. 3. Relación con el modelo anterior. 4. Principios del nuevo proceso penal. 5. Producción y control de información. 6. Nuevas instituciones procesales.

## 1. ANTECEDENTES PREVIOS

La transformación del sistema de justicia criminal inquisitivo chileno comienza con la publicación de la Ley de Reforma Constitucional No. 19.519 de 16 de septiembre de 1997, que establece por la institución del Ministerio Público como un ente autónomo de rango constitucional.

Debido a la afectación que significaba el modelo anterior a la imparcialidad del juez,<sup>1</sup> comenzó a forjarse la necesidad de modificar el sistema de justicia penal, ello sumado a los cambios constitucionales acaecidos en nuestro país con el retorno a la institucionalidad democrática, así como a la suscripción de Convenciones Internacionales, ambos direccionados a la recepción de aquellos estándares necesarios para asegurar un debido proceso. Así, el artículo 19 No. 3 de la CPR de 1980 dispone el deber del legislador de “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”

Con el retorno a un régimen democrático, comenzó a tomar fuerza la idea de llevar a cabo una reforma global del sistema de justicia penal, para así poder plasmar los cambios que en dicha materia se hacían necesarios. Así, el proyecto de nuevo Código Procesal Penal inició su tramitación en el mes de junio de 1995. Pero no sólo debió dictarse un nuevo Código Procesal Penal en reemplazo del antiguo *Código de Procedimiento*

---

1 Lo que se producía dado que el juez del crimen, radicaba en su persona las funciones de investigar, acusar y juzgar.

*Penal*, sino que también debieron dictarse normativas destinadas a la creación del Ministerio Público como ente investigador, introducir las necesarias modificaciones al Código Orgánico de Tribunales, para establecer los nuevos tipos de tribunales que contemplaba el sistema, los juzgados de Garantía y los Tribunales Orales en lo Penal; crear la Defensoría Penal Pública y la denominada Ley Adecuatoria cuya finalidad era armonizar el resto del sistema normativo a la reforma procesal penal.<sup>2</sup> Amén de lo anterior el propio Código Procesal Penal ha sido objeto de numerosas modificaciones destinadas fundamentalmente a restringir las garantías procesales del imputado e incrementar las facultades policiales.<sup>3</sup>

El nuevo Código Procesal Penal tuvo como principal fuente el *Código Procesal Penal Modelo* para Latinoamérica, que constituyó un trabajo desarrollado por académicos especialistas de la región, vinculados al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. También sirvieron de modelo algunos códigos extranjeros, como la Ordenanza Procesal Penal alemana de 1877, el Código Procesal Penal italiano de 1988, el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba de 1992, el Código Procesal Penal de la Nación Argentina de 1992 y el Código Procesal Penal peruano de 1991.

Sin duda alguna, la Reforma Procesal Penal ha sido una de las más importantes de nuestro país, lo que ha significado no sólo un cambio legal, sino también una transformación cultural, que atañe a todas las instituciones y actores sociales que, de una u otra forma, se ven involucrados en el sistema criminal chileno.<sup>4</sup>

Una de las características exitosas del proceso de instalación de la Reforma Procesal Penal, fue haber tomado la decisión que su implementación fuera gradual, esto es, incorporar las diversas regiones en que se

2 LOC 19640 de 15 de octubre de 1999 del MP.

- Ley 19.665 de 9 de marzo de 2000, que reformó el COT.
- Ley 19696 de 12 de octubre de 2000, que estableció el CPP.
- Ley 19718 de 10 de marzo de 2001 que crea la DPP.
- Ley 19708 de 5 de enero de 2001 que reformó el COT para adecuarlo al CPP.
- Ley 19789 de 20 de enero de 2002 que introduce modificaciones al CPP.

3 Un ejemplo ilustrativo de lo señalado son las numerosas modificaciones introducidas a la institución del control de identidad y a la regulación de la prisión preventiva.

4 Nos referimos entre otros a la policía, el servicio médico legal, gendarmería y demás servicios dependientes del Ministerio de Justicia.

divide el país por grupos,<sup>5</sup> permitiendo con ello que se pudieran efectuar evaluaciones de su funcionamiento e implementar correcciones antes de pasar a su instalación en otras regiones.<sup>6</sup>

En términos de recursos humanos, el cambio del sistema procesal penal significó aumentar en un 700% la oferta de justicia penal en todo el país.

## 2. MODELO PROCESAL PENAL VIGENTE

La reforma procesal penal radica en la función de acusar en el mismo órgano público y autónomo encargado de llevar a cabo la investigación: el Ministerio Público. Así, el Estado otorga las competencias de acusación y decisión a dos organismos pertenecientes al mismo Estado, pero distintos entre sí, el Ministerio Público por un lado, y los jueces con competencia penal por otro, quienes de forma imparcial deben resolver conforme a Derecho.

Uno de los elementos trascendentales del nuevo sistema es la configuración de garantías procesales que aseguren la participación de los intervinientes en la formación de la decisión. Así, emanan como principios de la decisión judicial todas las garantías del juicio contradictorio, la oralidad, la inmediación, la publicidad, la legalidad, la motivación, etc. Esta es la lógica en torno a la cual se busca consolidar y fortalecer un proceso penal oportuno, transparente, accesible y eficaz.

## 3. RELACIÓN CON EL MODELO ANTERIOR

El modelo vigente con anterioridad correspondía a un sistema inquisitorio o inquisitivo, plasmado en el *Código de Procedimiento Penal* de 1906,

---

5 La primera etapa (Etapa I), comenzó a funcionar en el año 2000, en la región de Coquimbo y en la región de la Araucanía; la Etapa II comenzó a ejecutarse en las regiones de Antofagasta, de Atacama y del Maule, en el año 2001; la Etapa III tuvo lugar en las regiones de Tarapacá, Aysén y Magallanes, en el año 2002; en el año 2003 fue el turno de las regiones de Valparaíso, de O'Higgins, del Bío-Bío y de los Lagos, en su Etapa IV; finaliza la implementación en la Etapa V, el 16 de junio del año 2005, fecha en que se inicia el funcionamiento de la Reforma en la Región Metropolitana.

6 Particular importancia revestían aquí las cuestiones de procedimientos administrativos y operativos que su funcionamiento requería.

sistema ampliamente criticado por sus juicios dilatorios, bajo nivel de eficiencia y poca observancia de los derechos de los acusados. En dicho sistema era el juez quien, sumariamente, adquiriría la convicción de la culpabilidad del reo una vez que hubiese recabado los indicios suficientes. Se trataba de una concentración de las funciones de acusar y decidir que resultaba contraria a las exigencias de un Estado de Derecho como el que se buscaba consolidar en nuestro país. El sistema acusatorio, en cambio, a grandes rasgos, se caracteriza por una relación triádica entre dos partes y un tercero: el juez separado de la acusación y a quien corresponde la decisión, el ente persecutor a quien corresponde la acusación y sobre quien recae la carga de la prueba, y el imputado, como parte de defensa con derecho a la refutación.

Rol de la “verdad procesal” conforme al nuevo sistema: en un proceso de rasgos acusatorios, la verificación procesal se satisface mejor y más auténticamente; en cambio, en un sistema inquisitivo, las pruebas se practican en secreto y por escrito, así mismo no existe la posibilidad de contradecirlas oralmente al momento de ser producidas, sólo pudiendo efectuarles observaciones por escrito una vez que se tiene acceso a las actas del sumario. Una sentencia fundada en pruebas obtenidas de esta forma no supera el estándar exigible a la jurisdicción penal. En fin, la concepción cognoscitiva del proceso penal y del método acusatorio se corresponden con el principio de estricta legalidad y el proceso de tipificación de los delitos y las penas, recordando que sólo la rígida conceptualización semántica de los presupuestos legales de la pena permite concebir el proceso como juicio basado en la comprobación empírica de hechos predeterminados.

#### **4. PRINCIPIOS DEL NUEVO PROCESO PENAL**

Uno de los principales objetivos de la reforma al sistema penal fue asegurar el respeto a las garantías mínimas exigibles a un Estado democrático, así lo deja claro el Mensaje del Ejecutivo al proyecto de ley del Código Procesal Penal:

“Desde el punto de vista político y constitucional, el mayor defecto del sistema penal en Chile es que carece de un genuino juicio contradictorio que satisfaga las exigencias del debido proceso. El sistema penal en Chile, en su fase procesal, contradice así una de las garantías inherentes al sistema político.

Según lo acreditan diversos estudios, y la observación histórica lo pone de manifiesto, el proceso penal en Chile posee una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, que despersonaliza al inculpadado y que no se corresponde con la noción de ciudadanía propia de un Estado democrático. La consolidación de la democracia exige la reforma al proceso penal de modo que satisfaga las exigencias de un juicio público y contradictorio. La reforma al proceso penal que proponemos constituye, entonces, una profundización de las instituciones democráticas que conforman el Estado chileno.”

“Pero no se trata sólo de satisfacer las exigencias del debido proceso, llevando así a término el desarrollo del Estado constitucional. Todavía esa reforma resulta exigida por la idea y el principio de los derechos humanos que fundan al sistema político y que constituyen, como es sabido, uno de los compromisos más delicados del Estado ante la comunidad internacional. Se ha dicho, con razón, que los sistemas de enjuiciamiento criminal son los más elocuentes indicadores del grado de respeto por los derechos de las personas que existe en un ordenamiento estatal, o, dicho de otro modo, que el autoritarismo se revela en la forma en que los poderes públicos encaran el reproche a las conductas desviadas o a las formas de comportamiento anómico.” (...)

“Ocuparse de la reforma procesal penal para, a través de ella, fortalecer las garantías, constituye, así, una tarea exigida por los principios en materia de derechos fundamentales. La reforma al proceso penal importará, por lo mismo, un mayor goce cotidiano de los derechos humanos.”

Sólo a modo esquemático, y siguiendo fundamentalmente a los PROFESORES HORVITZ Y LÓPEZ, enunciaremos los principios y garantías que fundan nuestro sistema penal:

- A. *Principios de la persecución penal.*
  - i. Legalidad.
  - ii. Oficialidad.
  - iii. Objetividad.

El Código Procesal Penal establece la exclusividad de la investigación penal en manos de los fiscales del Ministerio Público.<sup>7</sup> En esta norma jurídica estructural encontramos uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se asienta el principio acusatorio en nuestro sistema procesal penal. Es el Ministerio Público, órgano constitucionalmente autónomo, el encargado y responsable de llevar adelante la indagación de los hechos de que tome conocimiento y que pudieren ser constitutivos de delito.<sup>8</sup>

La facultad constitucional y legal de dirigir la investigación sin interferencias institucionales externas se encuentra limitada por dos obligaciones básicas, a saber: la sujeción de las diligencias de investigación a las formas y límites impuestos por los derechos y garantías consagrados en la Constitución y las leyes, por una parte, y la obligación de investigar tanto aquellos hechos que permiten acreditar el hecho punible y la participación como aquellos que la niegan, por la otra.<sup>9</sup>

Si bien no cabe duda como se ha señalado por algunos autores que el establecimiento del principio de objetividad en el actuar del Ministerio Público tiene que ver en definitiva con el estricto apego a la legalidad con que debe actuar el ente persecutor protegiendo o custodiando de esa forma la aplicación de la ley.<sup>10</sup> Pero lo señalado no debe entenderse de una manera tan literal que obligue al Ministerio Público a actuar más allá de lo razonable en pos de cumplir el mandato de objetividad que le ha impuesto el legislador.

En un sistema acusatorio de corte adversarial, donde como en nuestro caso, se consagra como una garantía de debido proceso el derecho a defensa de todo ciudadano que carezca de abogado independientemente

---

7 Art. 3o. del CPP.

8 Obviamente tal declaración constitucional no es óbice para que tanto la defensa como los querellantes puedan realizar una investigación propia y por tanto recopilar antecedentes de utilidad para la acreditación de su propia teoría del caso. Así, en el caso de la defensa lo manifiestan entre otros: RAÚL TAVOLARI OLIVEROS en su informe para la Defensoría Penal Pública, “De las posibilidades de investigar que tiene la defensa en el nuevo sistema procesal penal chileno”, año 2003; ROMERO MUZA, RUBÉN. “Facultades y dificultades de la investigación privada de la defensa en el proceso penal chileno”, en: *Revista de Derecho Procesal Penal*, año No. 1, Editores Rubinzal-Cuzzoni, 2012, pp. 128-130.

9 Art. 77 del CPP.

10 Sobre el punto ver HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 153

si ello ocurre por carecer de recursos económicos,<sup>11</sup> no parece razonable exigir al ente persecutor que en su función de investigación realice, por propia iniciativa, todas aquellas gestiones o actividades que puedan de algún modo mejorar la posición del ciudadano enfrentado a la percusión penal de cara a la imputación sostenida por el persecutor, independientemente de lo pertinente, razonable y plausible de esa actividad.<sup>12</sup>

El principio de objetividad creemos debe entenderse, en primer lugar, en el sentido que la actuación del fiscal a cargo de la investigación debe ser con pleno apego a la legalidad vigente, cumpliendo irrestrictamente su obligación de registro fiel e íntegro de las actividades investigativas que realice y dando pleno acceso a la defensa de los antecedentes de investigación recopilado. Será la defensa técnica de los imputados la que en conjunto con su representado y a la luz de la versión de su cliente, el análisis exhaustivo de los antecedentes de la investigación y la generación de evidencia propia, la que deberá determinar la teoría del caso a esgrimir en el proceso. Una segunda manifestación del actuar objetivo del fiscal, estará representado por su disposición a efectuar todas aquellas diligencia investigativas que sean solicitadas por la defensa y que aparezcan como plausibles o razonables conforme a la naturaleza y características del caso investigado y cuya finalidad sea atenuar, eximir o exculpar de responsabilidad penal al imputado. Se requiere en este sentido que sea la defensa la que formule esos planteamientos de manera fundada ante el fiscal.<sup>13</sup> En definitiva lo que se quiere excluir con la consagración del principio de objetividad en esta segunda faceta es el actuar irracional o arbitrario del fiscal, que frente a planteamientos razonables de la defensa los desecha de plano por no ser compatibles con su hipótesis persecutoria.<sup>14</sup>

11 Ver artículo 2 de la Ley 19.718.

12 No sería razonable que cada vez que el ente persecutor obtuviera una evidencia inculpatoria invirtiera sus recurso de investigación en ver como ella puede ser desvirtuada o impugnada, o que por otro lado quedará en la obligación conforme al principio de objetividad de llevar a efecto cualquier planteamiento **que le formule el imputado o su defensa por más inverosímil o impertinente a la investigación que este fuere.**

13 En similar sentido pero con matices ver HORVITZ y LÓPEZ. Ob. cit., p. 154, y DUCE J., MAURICIO y RIEGO R., CRISTIÁN. *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 145-146, donde hablan de un deber de profesionalismo, lealtad y buena fe en el actuar de los fiscales.

14 No olvidemos que conforme a lo prescrito en el artículo 93 letra c del CPP, el imputado tiene derecho a solicitar al fiscal diligencias de investigación destinadas a des-

---

B. *Garantías individuales ante la persecución penal.*

- i. De la organización judicial: derecho al juez.
    - Independiente.
    - Imparcial.<sup>15</sup>
- 

virtuar las imputaciones que se le formularen. Este derecho sería ilusorio si no se estableciera un estándar razonable al fiscal para decidir si acoge o no esos planteamientos. El mismo derecho se consagra respecto de todos los intervinientes en el artículo 183 del CPP, que faculta al fiscal para rechazar aquellas que no estime conducentes. Incluso en el artículo 98 del mismo cuerpo legal, a propósito de la declaración judicial del imputado, se plantea que si solicita la práctica de diligencias investigativas, el juez podrá recomendar al Ministerio Público su realización cuando lo considere necesario para el ejercicio del derecho a defensa y el respeto al principio de objetividad.

- 15 Nos permitimos citar aquí un fallo de la Corte Suprema Chilena (Rol No. 8644-2014 sobre Recurso de Nulidad), dada su importancia y claridad en establecer que ha de entenderse por imparcialidad del juzgador.

CUARTO: Que tal como ha tenido oportunidad de señalar este tribunal en los ingresos No. 4954-08, No. 1414-09, No. 5922-2012 y No. 4909-2013, entre otros, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en un proceso previo legalmente tramitado, y el artículo 19 No. 3o., inciso sexto de esa Carta Fundamental, confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. (...) Por la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber: el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referido principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho delictivo, sin que otro poder del Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece involucrado el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente. (...) El tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, de manera que no abandone su posición equidistante de las partes y desinteresada respecto del objeto de la causa.

(...) La concepción del proceso acusatorio como contienda que rige en el sistema procesal penal, da cuenta de la consagración de los valores democráticos de respeto a la persona del imputado y la presunción de inocencia que le ampara, la que se tutela mediante la asignación de la carga de la prueba sobre el acusador y la posibilidad que asiste a la defensa de refutar la imputación.

SEXTO: (...) Conviene destacar lo sostenido por JULIO MAIER, que señala que la palabra “juez” no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de “imparcial”. De otro modo, tal adjetivo integra hoy, desde un



punto de vista material, el concepto “juez”, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo (permanente o accidental) requiere. (Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos, Ediciones del Puerto, S.R.L., 2002, 2a. ed., p. 739).

SÉPTIMO: (...) El tribunal en lo penal (juez de Garantía como Tribunal del Juicio Oral) constituye un sujeto procesal que, en cuanto conductor del procedimiento desde una posición neutral, no tiene la calidad de interviniente y, por tanto, se encuentra impedido de actuar como sujeto productor de evidencia y, con mayor razón, de prueba en juicio. Es decir, sólo puede decretar y/o recibir las probanzas que hubiesen sido ofrecidas y/o pedidas por los intervinientes, siendo la razón del veto a tal impulso o iniciativa probatoria el resguardo del deber de imparcialidad del juzgador —cuya contrapartida es un derecho para el imputado—, con lo cual, se garantiza, a su vez, el carácter adversarial del actual proceso penal, que es una manifestación del principio acusatorio que informa nuestro sistema.

OCTAVO: (...) Resulta inconcuso que la actuación de la juez de Garantía que ha sido reprochada, puso al acusado en una situación desventajosa o desfavorable, ya que incorporó de oficio antecedentes que no fueron hechos valer por la parte acusadora en aval de su teoría del caso. (...) Consulta sobre el contexto, forma de llegar al lugar y razones para encontrarse en el sitio de los hechos, formulando incluso preguntas que pretenden evidenciar la aparente falta de credibilidad de la testigo de la defensa (...) labor que es propia de los intervinientes, en defensa de sus particulares intereses, pero no de un tribunal que debe aquilatar la credibilidad de un testigo en la sentencia sólo sobre la base de la información proporcionada por los intervinientes.

NOVENO: (...) Oída la intervención de la juez de garantía del Tribunal respectivo, es dable concluir que ella se ha asemejado al examen que la ley sólo franquea al Ministerio Público, al querellante particular o a la defensa en su caso, lo que evidencia que la referida intervención no fue dirigida a “aclarar” aspectos puntuales entregados por los deponentes, por lo que significó en los hechos la producción de prueba por parte del tribunal, dado que la actividad desplegada no se ciñó precisamente a “disipar, quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo” (acepción de “aclarar”, según la Real Academia de la Lengua Española), ni procedió a hacer perceptibles, manifiestos, inteligibles temas ya introducidos, sino que se propuso derechamente obtenerlos por sí misma, para así apoyar su decisión, aspectos que sin duda van más allá de la claridad del examen y contra examen a los testigos, conclusión que permite que el presente reclamo pueda prosperar.

DÉCIMO: (...) Tal conducta evidencia el compromiso de la referida jueza en su decisión, olvidando tanto la posición institucional que ostenta como las cargas que gravan a los intervinientes del juicio de presentar la prueba y extraer de los medios aportados, la información funcional a su tesis, identificando su interés con el del acusador, lo que ha impedido a la contraria ejercer sus derechos como interviniente en un plano de igualdad frente a su oponente, incurriendo en una violación de las garantías constitucionales que aseguran al acusado el derecho al debido proceso.

Así mismo, ratifica la percepción de esta Corte sobre la pérdida de noción del tribunal respecto de su real posición ante el conflicto, y su sustitución por un rol in-

- Natural.
- Investigación oficial y aportación de parte.
- ii. Del procedimiento:
  - Juicio previo.
  - Ser juzgado dentro de un plazo razonable.
  - Derecho a defensa.
  - Presunción de inocencia.
  - Prohibición de persecución penal múltiple.
  - Acusatorio.

La naturaleza del modelo chileno implica el respeto al principio denominado acusatorio, que HORVITZ y LÓPEZ señalan, impone la distribución de poderes de la persecución penal y, por ello, de las funciones asociadas a su ejercicio, implicando una triple separación entre las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento.<sup>16</sup> El sistema nacional recoge lo que los mismos autores denominan *principio acusatorio formal*, es decir, el Estado asume la globalidad de las tareas indicadas efectuando una diferenciación institucional entre la facultad de investigar y acusar por un lado, y la de enjuiciar y decidir por la otra.<sup>17</sup>

---

quisitivo ajeno absolutamente al que debió ostentar, el tenor de las conminaciones efectuadas a los testigos al momento de ser juramentados, las que exceden con creces el cumplimiento de la carga que le impone la ley en orden a informarles sobre sus obligaciones como deponentes y las consecuencias asociadas a su infracción, así como el de la amenaza efectuada al acusado en orden a trasladarlo al calabozo como consecuencia de su infracción a su presunto deber de guardar silencio durante la audiencia, la que se advierte como desproporcionada al tenor de las facultades de disciplina que la ley confiere al juez, que deben ser ejercidas en una progresión matizada por el recto criterio que supone la actividad jurisdiccional.

UNDÉCIMO: ha resultado agravante para el debido proceso que el tribunal concurriera a suplir o corregir eventuales deficiencias del acusador (...). Emerge así una especie de “subsidio procesal” brindado por el juez en beneficio de la posición de una de las partes, pues suple las omisiones de ella, conducta totalmente contraria a la garantía de la imparcialidad del juzgador, y que en los hechos priva a aquel que queda en situación desventajosa de la igualdad de armas, producto de las indagaciones de oficio y de resolver en base a ellas

16 HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN. Ob. cit., p. 43.

17 Ibídem, p. 43.

- iii. Del juicio:
  - Público.
  - Oral: inmediación, continuidad y concentración.
  - Contradictorio.

## 5. PRODUCCIÓN Y CONTROL DE INFORMACIÓN

Es a las partes<sup>18</sup> a quienes corresponde en el modelo proporcionar al juez los antecedentes investigativos o pruebas que permitirán al juez adoptar una decisión. El tribunal tiene vedada cualquier actividad investigativa, su deber es resolver de manera imparcial las solicitudes y planteamientos de los intervinientes.<sup>19</sup>

Los jueces con competencia en lo penal, en este nuevo sistema, desempeñan dos roles: definir los contornos lícitos de la persecución penal pública, fiscalizando aquellos actos que atenten contra derechos y garantías de los intervinientes, e intervenir como juzgador en la fase del juicio oral.

El carácter pasivo del tribunal que garantiza su imparcialidad en la lógica de un proceso adversarial lo encontraremos prioritariamente en los debates propios de un juicio oral, cualquiera que sea la naturaleza del mismo, es decir, sea simplificado u ordinario y en el que el juez no debe en la controversia que intervenga ejercer potestades probatorias para los efectos de tomar su decisión. La Corte Suprema sobre el particular ha señalado:

“... a partir de una lectura armónica de diversas disposiciones del Código Procesal Penal atingentes a la materia, surge con nitidez que tanto el juez de Garantía como el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, constituyen un sujeto procesal que en cuanto conductor del procedimiento desde una posición

---

18 Ministerio Público, Defensa Pública o Privada y a los querellantes.

19 Probablemente estamos ante una de las cuestiones más difíciles de entender para el lego, pues normalmente las resoluciones que socialmente no son compartidas tienen su origen no en una falta de actividad del juez, quien sólo tiene la obligación de resolver fundadamente conforme a los antecedentes esgrimidos por las partes en la audiencia, sino en la falta de actividad, mala argumentación o falta de producción de prueba imputable a alguna de las partes.

neutral, no tienen la calidad de intervinientes y, por tanto, se encuentran impedidos de actuar como sujetos productores de prueba.

Es decir, sólo pueden decretar y/o recibir las probanzas que hubiesen sido ofrecidas y/o pedidas por los intervinientes, siendo la razón del veto a tal impulso o iniciativa probatoria el resguardo del deber de imparcialidad del juzgador —cuya contrapartida es un derecho para el imputado—, con lo cual, se garantiza, a su vez, el carácter adversarial o contradictorio del actual proceso penal, que desde luego es una manifestación del principio acusatorio que informa nuestro sistema de enjuiciamiento criminal.”<sup>20</sup>

A lo anterior debemos añadir el control ciudadano que se ejerce cotidianamente del ejercicio de la función jurisdiccional al consagrarse como principio rector del sistema la publicidad. Todas las audiencias<sup>21</sup> salvo ciertas excepciones fundadas legalmente son orales y públicas.

Un requisito indispensable para que el modelo de control de la información del sistema opere es establecer normativamente la obligación de registrar todas y cada una de las actuaciones realizadas por el ente persecutor sea que las efectúe directamente o a través de sus auxiliares en la investigación.<sup>22</sup> El referido registro no sólo ha de ser fiel e íntegro,<sup>23</sup> sino también oportuno; y en segundo lugar, la obligación de poner a disposición de la defensa —en tiempo y forma— todos y cada uno de los antecedentes reunidos durante la investigación, sea durante el transcurso de la misma<sup>24</sup> y con mayor fuerza al culminar la investigación.<sup>25-26</sup> Adicional-

20 Corte Suprema, Segunda Sala; Rol: 7873-11

21 No sólo la audiencia de juicio, sino también las audiencias de la etapa investigativa, como por ejemplo la de control de la detención, formalización, de debate de cautelares y la audiencia de preparación de juicio, entre otras.

22 El artículo 228 del CPP, consagra la obligación de registro de la actividad investigativa de la policía.

23 El artículo 227 del CPP, impone al Ministerio Público la obligación de registro fiel e íntegro de sus actividades investigativas.

24 A ello se refiere el artículo 182 inc. 2o. del CPP, donde se consagra el derecho de los intervinientes de examinar y obtener copias de los registros y documentos de la investigación fiscal, y de examinar los de la investigación policial.

25 Ver artículo 260 del CPP que impone la obligación al Ministerio Público, una vez que ha deducido acusación, de dejar a disposición del acusado y su defensa todos los antecedentes acumulados durante la investigación.

mente, debe agregarse un deber que surge de la práctica del sistema, la carpeta investigativa debe ser llevada con prolijidad y su contenido debe mantenerse en orden, en formatos legibles y comprensibles, y actualizada, de manera que permita efectivamente su revisión. Finalmente deberá garantizarse el acceso expedito y completo a tales registros por parte de los intervinientes con el propósito de que ellos puedan preparar adecuadamente sus teorías del caso a sostener en el procedimiento.

## 6. NUEVAS INSTITUCIONES PROCESALES

El modelo instaurado por la reforma procesal penal contiene algunas instituciones que se caracterizan por su novedad en el contexto comparado. A continuación revisaremos algunas de dichas instituciones realizando una caracterización normativa de las mismas.

### A. La cautela de garantías

Esta institución constituye la más clara manifestación del intento normativo por lograr un equilibrio institucional entre la eficacia en la persecución penal y el respeto por los derechos y garantías de los ciudadanos objeto de persecución penal. En este sentido, la cautela de garantía consiste en el mecanismo por el cual, el juez de garantía, en cualquier etapa del procedimiento en que considere que el imputado no está en condiciones de ejercer derechos y garantías consagrados en su beneficio en la Constitución, leyes y Tratados Internacionales del ramo, adoptará de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para lograr el total respeto y ejercicio pleno de dichos derechos y garantías conculcados.

Ahora bien, el sentido inicial de esta institución carecía del amplio alcance que actualmente posee. En efecto, el artículo 10 del CPP en que se encuentra consagrada la cautela de garantías estaba destinado en su origen a resguardar los derechos de los imputados que, sin alcanzar grado de enajenación mental, tuvieran sus aptitudes mentales o volitivas disminuidas a tal grado que no fuera posible asegurarles un debido proceso

---

26 A modo ejemplar baste citar lo ocurrido en el denominado caso “Registro Civil”, que se vio paralizado debido al incumplimiento por parte del MP de la obligación que le impone el artículo 260 del CPP.

legal.<sup>27</sup> No obstante este antecedente de la historia fidedigna de la ley, lo cierto es que el ámbito de aplicación de la institución de Cautela de Garantías ha superado con creces el ámbito pensado por el legislador, llegando incluso a ser aplicado —en casos por cierto excepcionales— a los derechos de la víctima.

En efecto, la regulación de esta institución es de carácter amplio pues establece de forma genérica la posibilidad de intervención del juez de garantía ante la existencia de impedimentos para ejercer cualquier derecho o garantía, consagrados en forma amplia en todos los instrumentos jurídicos que los regulan, y pudiendo decretar cualquier tipo de medida que resulte eficaz para el objetivo antes indicado.

La relevancia de la función cautelar asignada al juez en la cautela de garantías es de tal entidad que, además de establecer las amplias facultades indicadas, regula aquellos casos en los cuales, las medidas decretadas por el juez de Garantía fueren insuficientes para evitar afectación sustancial para los derechos del imputado. En estos casos, el artículo 10 del Código Procesal Penal, establece que el juez de Garantía ordenará la suspensión del procedimiento, y en audiencia citada al efecto, resolverá la reanudación del procedimiento o el sobreseimiento temporal del mismo.

Como puede observarse, esta institución denota una toma de postura legislativa clara en torno a no permitir que se siga adelante con un procedimiento en el cual no se respetan o se impide el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos objeto de persecución estatal.

Ahora bien, dado su carácter de mecanismo genérico de protección de garantías fundamentales, la cautela de garantías opera de forma subsidiaria frente a la existencia de otras instituciones procesales de resguardo de garantías fundamentales. De esta forma por ejemplo, frente a actuaciones u omisiones que afecten, vulneren o perturben la libertad individual será aplicable primeramente el recurso de amparo constitucional —artículo 21 de nuestra CPR— o bien, el recurso de amparo ante el juez de Garantía, contenido en nuestro Código Procesal Penal.

Todo lo anterior es sin perjuicio de que ante la imposibilidad de recurrir de amparo por las vías antes indicadas —por falta de algún re-

---

27 Sobre un análisis de este aspecto, cita al informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, ver HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. Ob. cit., pp. 101 y 102.

quisito formal, plazo u otro motivo— pueda perfectamente recurrir a la cautela de garantías como mecanismo de protección subsidiario.

Como se puede observar, en conclusión, la cautela de garantías por su amplio ámbito de aplicación puede ser utilizada para la protección de diversos derechos y garantías. Así, y sólo a modo ejemplar, nos referiremos a una dimensión del derecho a la defensa y su protección mediante la cautela de garantías, para luego mencionar de forma más breve, otros casos de aplicación de la cautela de garantías:

*i. Acceso a la información y derecho a la defensa técnica*

Uno de los aspectos más relevantes donde ha tenido lugar la cautela de garantías, dice relación con el derecho del imputado, y su defensa técnica, a tener acceso a todos los antecedentes reunidos durante la investigación por el ente persecutor. En efecto, el artículo 260 del CPP establece la obligación del Ministerio Público de poner a disposición de los intervinientes, los antecedentes reunidos en la investigación. Ello, es el corolario tanto del principio de objetividad que rige la actuación de la Fiscalía como de la obligación de registro que pesa respecto de sus actuaciones.

Con ello, se asegura el conocimiento de la defensa de todos los elementos de cargo y descargo reunidos durante la investigación, sean o no utilizados por el Ministerio Público para fundar su acusación.

Pues bien, justamente la omisión de esta obligación de poner los antecedentes a disposición, o bien, la puesta a disposición de los antecedentes de forma completa o desordenada que hagan muy difícil la real inteligencia de los mismos ha sido objeto de debate en sede de cautela de garantías.

En un bullado caso conocido como Caso Registro Civil, se plantearon diversas y sucesivas audiencias de Cautela de Garantías por cuanto en los antecedentes entregados por la Fiscalía a las defensas:

“... existían problemas de doble foliación de la carpeta fiscal, (...) que los antecedentes acompañados al tribunal no estaban completos pues faltaban (...) las interceptaciones telefónicas realizadas, copias de documentos incautados, copias de autorizaciones judiciales que justifican la realización de diligencias intrusivas existentes, entre otras”.<sup>28</sup>

---

28 Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Ingreso No. 0-4223-2008, RUC: 0800265096-8, de fecha 29 de diciembre de 2010. Considerando segundo, p. 2.

De esta manera, la Magistrado del Tribunal de Garantía ordenó en repetidas audiencias al ente persecutor ordenar, completar y entregar los antecedentes a las defensas.

Sin embargo, y pese a las sucesivas audiencias en que se debatió el cumplimiento de lo ordenado por el tribunal, continuaron apareciendo deficiencias de los elementos de investigación aportados (no se podían abrir todos los archivos digitales, existencia de archivos en blanco, antecedentes de correos electrónicos faltantes, ausencia de computadores incautados, interrupciones en cadenas de custodias, etc.) motivo por el cual el tribunal concluye que se produjo afectación del derecho a defensa, por cuanto “(...) los abogados defensores se han visto impedidos de controlar y controvertir no sólo la prueba de cargo ofrecida por la Fiscalía, sino también toda aquélla recopilada durante la investigación (...)”.<sup>29</sup> En consecuencia, el Tribunal decreta el sobreseimiento temporal de la causa atendido la imposibilidad de resguardar debidamente el derecho a defensa técnica de los acusados.

La resolución dictada por el tribunal *a quo*, fue confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, la que expresa en su sentencia que:

“(...) en una situación de colisión de derechos legítimos entre el órgano de persecución criminal y el acusado, el juez de Garantía se erige como la figura imparcial que determinará el justo alcance y balance o equilibrio de los derechos de cada uno de los intervinientes (...), como reconoce y autoriza el ya referido artículo 10 del Código Procesal Penal”.<sup>30</sup>

Como queda de manifiesto, la herramienta procesal de la cautela de garantías constituye un mecanismo idóneo para asegurar el ejercicio derecho a la defensa técnica en general, y en particular, la igual de armas entre la defensa y Estado. Se erige de esta manera, como un límite amplio y de orden judicial a la facultad del investigar y al *ius puniendi* estatal que asegure un debido proceso legal en la tramitación de los procedimientos.

---

29    Ibídem, Considerando segundo, p. 3.

30    Ibídem, Considerando 8o., p. 10.



*ii. Otros casos de común aplicación de la cautela de garantías*

Como ya se ha indicado, la cautela de garantías comprende un ámbito de aplicación sumamente amplio, dentro del cual se encuentra la totalidad de los derechos y garantías establecidos a nivel legal, constitucional y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por nuestro país.

Entre muchos otros, destacan por su relevancia los siguientes casos.

El derecho a la defensa comprende, la posibilidad de entrevistarse con el abogado defensor, máxime si el imputado se encuentra privado de su libertad. La determinación de la estrategia del caso, el derecho a la información oportuna sobre el desarrollo del proceso y la posibilidad de incidir y tomar decisiones dependen, necesariamente, de esta posibilidad. Por ello, la cautela de garantías ha jugado un papel fundamental en aquellos casos en que se ha impedido al abogado defensor entrevistarse con el acusado dentro de dependencias carcelarias. Así, ante la negativa de los funcionarios respectivos de permitir la visita, o en casos de dilaciones y entrega de información confusa en relación a los motivos por los cuales no es posible efectuar la entrevista (traslados de penal, supuestas comparecencias reiteradas al hospital o a tribunales, negativa del imputado a comparecer a entrevista, etc.) la cautela de garantías permite constituir la herramienta más eficaz para lograr que el Tribunal disponga de todas las medidas necesarias para lograr una entrevista efectiva y el ejercicio del derecho a la defensa.

Por otra parte, la institución en comento ha tenido relevancia en aquellos casos en que la defensa se ha visto impedida de acceder a evidencias u objetos incautados por el Ministerio Público a fin de realizar pericias propias de descargo. Si bien nuestro ordenamiento jurídico posee una regulación específica sobre el particular, la cautela de garantías cobra importancia cuando, no obstante lo dispuesto por el Tribunal, se impongan trabas al acceso a la defensa a los elementos probatorios o se dilate la entrega de los mismos.

El Código Procesal Penal Nacional exige, para suspender el procedimiento ante una eventual inimputabilidad, la presentación de documentos o antecedentes que den cuenta de elementos que permitan presumir la eventual inimputabilidad. Por ello, la cautela de garantías permite la obtención de dichos antecedentes cuando se requiera oficiar a institucio-

nes públicas o privadas de salud, o cualquier otra gestión que se requiera para la obtención de los antecedentes exigidos por la ley.

En este mismo contexto, otro ejemplo de aplicación de la cautela de garantías dice relación con la solicitud al juez de Garantía a fin de que se tomen medidas de resguardo de la salud de los imputados privados de libertad, en todos aquellos casos en los cuales las condiciones en que éste se encuentra recluso, o la negativa de los funcionarios que los custodian a trasladarlo a centros hospitalarios, o en general, cualquier acción u omisión de la autoridad administrativa que ponga en riesgo la salud e integridad de los ciudadanos sometidos a prisión preventiva.

Como último ejemplo de utilización de la cautela de garantías quisieramos citar aquellos casos en que los imputados no se encuentran en condiciones mínimas de comprender los términos de la imputación que efectúa el Ministerio Público.

La comunicación de los hechos que serán objeto de la investigación se denomina en nuestro procedimiento, formalización de la investigación. Ella, consiste en la actuación procesal del Ministerio Público mediante la cual se le informa al imputado de los hechos que se le imputan y que serán objeto de investigación.

Atendida la relevancia que posee la formalización para el derecho a defensa, la institución de la cautela de garantías cobra gran relevancia en todos aquellos casos en los cuales el imputado, por cualquier razón, no se encuentra en condiciones de comprender cabalmente el contenido de la imputación que realiza el representante del persecutor (imputado en estado de ebriedad, bajo el efecto de sustancias psicotrópicas, etc.). En estos casos, el juez de oficio o a petición de parte puede determinar suspender la audiencia de formalización hasta que el imputado se encuentre en condiciones de participar en ella, pues aquélla constituiría la única vía de asegurar el respeto al derecho a la defensa, y lograr el objetivo implícito de garantía que posee la formalización de la investigación.

## **B. Procedimiento simplificado**

Se enmarca dentro de los procedimientos especiales establecidos por el legislador nacional, y que en general se caracterizan por tener:

“... una tramitación distinta del ordinario y que están a cargo de un tribunal diferente (y que) han sido concebidos como una

especie de salida jurisdiccional alternativa, más simple y de menor costo que el juicio oral y público ante tribunal colegiado”.<sup>31-32</sup>

En particular, el procedimiento simplificado —como su nombre lo indica— posee una tramitación sencilla y rápida, con el objeto de ahorrar recursos institucionales en la investigación y enjuiciamiento de delitos de baja penalidad (o de bagatela) y que en consecuencia no requerirían —por general— investigaciones de alta complejidad ni presentación de gran cantidad de medios probatorios para su acreditación. Como indican HORVITZ y LÓPEZ “la existencia de procedimientos simplificados pareciera inevitable ante la gran cantidad de delitos de bagatela que debe enfrentar cualquier sistema de justicia criminal hoy”.<sup>33</sup> En nuestro ordenamiento jurídico, es precisamente el procedimiento comentado el que está destinado a hacerse cargo de delitos de baja gravedad y tiene, como veremos, la función implícita de descongestionar el sistema de persecución penal.

En nuestro Código Procesal Penal, este procedimiento se aplicará en aquellos casos en los cuales el Ministerio Público requiera una pena que no supere los 540 días presidio menor en su grado mínimo, con lo cual

---

31 CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO. *Manual del Sistema de Justicia Penal*, Tomo II, segunda edición actualizada, Librotecnia, 2009, p. 655.

32 Junto con el procedimiento simplificado, dentro de los procedimientos especiales en el ordenamiento jurídico procesal chileno encontramos el procedimiento abreviado y el monitorio. El primero consiste en el procedimiento en el cual el imputado admite los hechos de la acusación y los antecedentes reunidos durante la investigación a cambio de una pena de hasta cinco años solicitada por el fiscal. La pena propuesta por el persecutor supone un límite a la pena que puede imponer el juez en el evento de dictar sentencia condenatoria. Por su parte, el procedimiento monitorio constituye el procedimiento sumarísimo por excelencia. Se aplica para las faltas en que el fiscal solicite sólo pena de multa. Los cuestionamientos que caben efectuar a esta institución dicen la relación con que el Tribunal, por despacho, si considera suficientemente fundado el requerimiento presentado, dicta sentencia condenatoria la que es notificada al requerido. En el evento que el ciudadano condenado no efectúe algún reclamo contra la sentencia ésta queda ejecutoriada. Como es evidente, al momento de ser notificado, el imputado carece de asistencia técnica que le permita comprender lo resuelto, y determinar la conveniencia o no de efectuar el reclamo y las consecuencias de ésta. No obstante de tratarse de un procedimiento relativo a faltas y penalidades de menor entidad, pareciera a nuestro entender que el derecho a la defensa no se encuentra mínimamente asegurado.

33 HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. *Ob. cit.*, Tomo II, p. 461.

se asegura<sup>34</sup> que aquellos delitos de mayor gravedad (en relación al bien jurídico que afectan y la pena que poseen) no queden incluidos en él, sino que sean tramitados mediante el procedimiento ordinario.

Ahora bien, no obstante la necesidad de contar con procedimientos de tramitación expedita para delitos menos graves, lo cierto es que se han planteado diversas críticas al mismo.

Entre otras, podemos mencionar en primer lugar la falta de objetividad e imparcialidad que implica el hecho que el mismo Tribunal (denominado juez de Garantía en nuestro país) conozca de la causa desde el inicio de la misma, emitiendo pronunciamiento de la legalidad de la eventual detención, los diversos debates producidos durante la investigación y principalmente la preparación de juicio oral, con el debate respectivo de exclusiones de prueba.<sup>35</sup>

No obsta a esta crítica, el hecho que cada Tribunal de Garantía esté compuesto por un cuerpo de varios jueces, pues de todas formas estamos ante un tribunal unipersonal, sumado además a que existen regiones y localidades de nuestro país más pequeñas donde la cantidad de jueces disponibles es mínima.

Finalmente, y como corolario de esta crítica, existen Tribunales de Garantía en nuestro país (por ejemplo el Juzgado de Garantía de Talca), que de forma incomprensible establecen mediante regulación interna que el juez que deberá tomar el juicio oral simplificado es el mismo que dirige previamente la audiencia de preparación y exclusión de pruebas del mismo caso.

Por su parte, se han planteado otros cuestionamientos adicionales a la institución procesal:

“Las penas serían pronunciadas de forma anticipada y sin que el imputado sea oído suficientemente, (...) los fiscales y los tri-

---

34 Cabe hacer presente, con todo, que la pena señalada en la ley para recurrir a este procedimiento especial es considerada en concreto, es decir, pena particular solicitada por el ente persecutor. Por ello, es posible que mediante la concurrencia de circunstancias atenuantes, eximentes incompletas o grados de desarrollo y participación imperfectos se aplique el procedimiento simplificado a delitos que tengan en abstracto una penalidad asociada mayor, pero para los cuales la pena que el fiscal requiera en el caso concreto sea inferior el límite legal.

35 En este sentido, HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. Ob. cit., p. 459.

bunales prefieren estos procedimientos para ahorrarse trabajo y los primeros solicitan intencionalmente penas bajas para evitar la oposición del imputado.”<sup>36</sup>

En efecto, nuestro Código Procesal Penal contempla la posibilidad de que el imputado acepte la responsabilidad —que en la práctica implica necesariamente sentencia condenatoria— a cambio del ofrecimiento de una pena inferior por parte del fiscal del Ministerio Público. Mediante este mecanismo, un porcentaje relevante de causas son terminadas, con sentencia condenatoria, a menos de veinticuatro horas de cometido el delito.

Este elemento, que puede ser considerado como una virtud y manifestación de la eficacia del sistema, posee una dimensión crítica, a saber: el sistema de enjuiciamiento criminal toma decisiones de condena sobre la base de antecedentes exiguos —básicamente parte policial y toma de declaraciones mínimas por parte de las policías— más la aceptación de responsabilidad del imputado. Esta aceptación corresponde a una manifestación de voluntad cuyas condiciones son evidentemente discutibles. La aceptación es realizada en un contexto de detención, en condiciones bastante complejas respecto de alimentación, sueño, etc.

Finalmente, cabe hacer presente que existe una opinión generalizada entre los operadores del sistema penal nacional que la no existencia de esta posibilidad de descongestión del sistema haría inviable su funcionamiento. No sería exagerado incluso señalar que un baja ostensible en la cantidad de admisiones de responsabilidad generarían un deterioro relevante del funcionamiento del sistema. Por ello, merece la pena destacar el presente cuestionamiento al hecho que la eficacia del sistema descansa, en última instancia, en la admisión de la responsabilidad de los imputados, su renuncia a un juicio oral público y contradictorio y la dictación de sentencias condenatorias sustentadas en antecedentes investigativos débiles.

### **C. Recurso de nulidad**

El juicio oral del sistema chileno, se caracteriza principalmente por regirse íntegramente por la oralidad, tanto en los argumentos entregados por

---

36 Ibidem., p. 461.

las partes como en la producción de la prueba y su valoración por parte del Tribunal. Ello se ve complementado además por la aplicación de los principios de intermediación, y adversarialidad.

Estas características, y especialmente en lo que dice relación con la forma de introducción de la información en el juicio (declaraciones orales de testigos y peritos, introducción de evidencia material mediante la declaración de éstos, etc.) derivan, como consecuencia necesaria, en la imposibilidad de ejercer un control jurisdiccional jerárquico mediante el recurso de apelación.

En este sentido, se ha planteado que no sería posible lograr la reproducción del juicio oral, en una instancia de apelación, atendido que la percepción directa de los jueces de instancia de la prueba rendida, las condiciones en que la prueba se produjo, la observación inmediata de los testigos, y todos los detalles que presencia el sentenciador, no serían susceptibles de repetición en una segunda instancia de manera de poder valorar nuevamente todos los antecedentes presentados en juicio. Ésta constituye una de las razones por las cuales el legislador chileno optó por establecer un tribunal colegiado de manera de disminuir al mínimo las posibilidades de error en esta valoración única e irrepetible.

Ahora bien, la consecuencia necesaria de lo acá afirmado la constituye la creación y regulación de un recurso de derecho estricto que viene en sustituir el tradicional recurso de apelación como control jerárquico del fallo dictado en primera instancia.

Nuestro recurso de nulidad, de derecho estricto como ya se indicó, limita su alcance a la posibilidad de solicitar la nulidad del juicio oral efectuado, y la sentencia recaída en él, sólo cuando nos encontremos ante determinados vicios establecidos perentoriamente por el legislador.

En términos generales, las causales de nulidad establecidas en nuestro proceso penal corresponden a vicios o actuaciones que no tienen relación con la valoración de la prueba propiamente como tal (salvo cierta vulneración de límites generales a la misma) como ocurre en el recurso de apelación, sino más bien con omisiones a requisitos formales relevantes de la sentencia, existencia de actuaciones atentatorias contra derechos y garantías fundamentales, errores de derecho en el contenido de la sentencia, ante impedimentos a la defensa técnica de ejercer derechos propios, etc.

Atendido entonces el carácter estricto de las causales existentes es posible plantear dudas respecto del respeto al derecho al recurso. En efecto, la inexistencia entre nosotros de un recurso de apelación, impide solicitar a un tribunal superior la revisión de la sentencia íntegramente. Ahora bien, a nuestro parecer, el recurso existente en nuestro ordenamiento procesal penal respetaría el derecho al recurso pues permite, no obstante lo estricto de sus causales, la posibilidad del control jerárquico del derecho aplicado, por una parte, y por la otra, la impugnación de sentencias en que se hayan infringido los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, o bien, que no se hayan hecho cargo de toda la prueba ofrecida en juicio o no se encontrare suficientemente fundada. En otras palabras, es posible concluir que el recurso de nulidad en los términos planteados satisface el estándar internacional de control de las decisiones del tribunal oral.

Con todo, si el estándar que se establece para la admisibilidad del recurso de nulidad fuere en demasía estricto, esto es, si los tribunales superiores (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) limitan los recursos que serán acogidos sólo a errores garrafales en la redacción de la sentencia, o bien, sólo a situaciones groseras de vulneración de garantías y derechos fundamentales, o errores de aplicación del Derecho o a lo límites de la sana crítica, entonces nuestra vía de impugnación, al quedar limitada sólo a casos extremadamente excepcionales, no podrá satisfacer el derecho al recurso constituyendo entonces un atentado a dicha garantía procesal, máxime en los casos de sentencia condenatoria.

En otras palabras, nos parece que el derecho al recurso no se satisface sólo con asegurar una correcta tramitación del juicio oral y que la dictación de la sentencia se apegue a los parámetros meramente formales establecidos en la ley. Es necesario, además, que el razonamiento presentado en el fallo permita su reproducción lógica, que sea consistente con los medios de prueba e información incorporada en el juicio y con respeto a los estándares de acreditación establecidos en la ley.

Cabe agregar finalmente, que la interpretación amplia de las causales de este recurso requieren un mayor estándar de fundamentación de todos los intervinientes, y qué duda cabe, un importante trabajo de la dogmática procesal penal a manera de evitar que el recurso de nulidad quede limitado a cuestiones estrictamente formales, o sólo a un control periférico limitado sólo a los errores más garrafales.

## D. Restricción de causales de exclusión de prueba

Otro de los aspectos que quisiéramos destacar del actual sistema de enjuiciamiento penal chileno se refiere al carácter restrictivo que poseen las causales de exclusión de prueba.

El proceso penal chileno entrega la labor jurisdiccional durante la investigación y el juicio oral a dos tribunales diversos, a saber, Tribunal de Garantía y Tribunal Oral en lo Penal. De esa manera, se asegura la imparcialidad y objetividad del tribunal llamado a conocer del juicio oral y decidir el resultado del mismo, debido a que sus integrantes desconocen institucionalmente los debates acaecidos durante la etapa de investigación, sobre todo los debates de exclusiones probatorias.

Dichas exclusiones probatorias se encuentran reguladas de forma taxativa y explícita en nuestro código del ramo en el artículo 276, el que establece como causales de exclusión de prueba las siguientes: manifiesta impertinencia del medio probatorio ofrecido, pruebas destinadas a acreditar hechos públicos y notorios, eventual producción de efectos puramente dilatorios y, finalmente, exclusión de aquellas pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.<sup>37</sup>

Pues bien, la causal de exclusión de prueba relativa a vulneración de garantías fundamentales, está regulada en términos tales que, en principio, sólo contempla vulneración en la obtención propiamente tal del medio probatorio, o de la información que lo origina. De esta manera, cabrá dentro de esta causal la prueba consistente en grabación de conversaciones telefónicas que se hubieren interceptado sin la autorización judicial respectiva, toda vez que la obtención propiamente tal del medio probatorio, se ha efectuado vulnerando derechos o garantías de las personas objeto de la intervención ilegal.

---

37 HÉCTOR HERNÁNDEZ ha planteado, en relación a las dos últimas causales de exclusión citadas, que ambas se sitúan desde "... diversas perspectivas o niveles, una desde una perspectiva que podría calificarse de *material*, como es la exigencia no ya de una simple ilegalidad sino que de la vulneración de una garantías fundamental, en tanto que la otra tiene como presupuesto un acto esencialmente *formal*, como es la declaración de nulidad de la actuación de base" (cursivas en el original). HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR. *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, No. 2, 2002, p. 44.



Sin embargo, la regulación en comento pareciera no considerar en su redacción literal la exclusión de pruebas que, si bien se pudieron haber obtenido mediante medios lícitos, es en el momento de su utilización en el juicio oral respectivo, donde generan la vulneración de garantías que el legislador pretende evitar.

El ejemplo paradigmático sobre el particular lo constituye la declaración durante el juicio oral de testigos cuya identidad se encuentra protegida, o bien que, por no haber prestado declaración previamente durante la investigación, la defensa se encuentra en total ignorancia respecto de cuál será el contenido y sentido de sus aseveraciones. Como es fácil observar, no ha existido vulneración de garantías en la obtención de estos medios probatorios, sino que dicha vulneración —en este caso el derecho a contra examinar la prueba de cargo en particular, y el derecho a defensa técnica en general— se produce en el momento de producirse la prueba, mediante su declaración, en el juicio oral.

Complementando lo anterior, el proceso penal nacional se rige bajo el principio de libertad probatoria, es decir, no existen límites generales a la naturaleza, calidad o cantidad de medios de prueba que puedan emplearse, ni poseen éstos un valor probatorio establecido *ex ante*. Por ello, la exclusión de pruebas constituye una situación excepcional lo que podría derivar en una lectura restrictiva de las causales que habilitan al juez de Garantía a impedir su presentación en juicio.

Como queda de manifiesto, dicha lectura restrictiva de la causal genera, en términos prácticos, una afectación al derecho de defensa técnica que aparece como insostenible. A nuestro parecer, lo relevante en el contexto del debido proceso lo constituye el evitar afectación de derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, con independencia de si dicha afectación se produce en la obtención del medio de prueba, o bien en su incorporación al juicio. Por ello, surge la necesidad de establecer mecanismos hermenéuticos que permitan resolver el problema planteado.

Uno de estos mecanismos planteados, y que ha generado un interesante debate entre nosotros consiste en aseverar que las causales de exclusión probatoria no se limitarían al artículo 276 del Código Procesal Penal, sino que sería posible efectuar exclusiones probatorias de amplio alcance por vía interpretativa de las distintas garantías y derechos regulados de forma disgregada en el ordenamiento jurídico. El Ministerio Público ha sostenido su discrepancia con esta afirmación indicando que el legislador ha regulado con claridad las causales de exclusión debiendo por

tanto plantearse las cuestiones ajenas a dicha regulación ante el tribunal de fondo mediante los ejercicios de valoración de prueba.<sup>38</sup>

En cualquier caso, el tema debatido posee tal relevancia para el funcionamiento del sistema, y para la legitimidad del mismo, que pareciera urgente una modificación legal de manera de despejar cualquier duda de interpretación en cuanto a la inadmisibilidad de medios probatorios cuya presentación y futura valoración pudieren generar vulneración de derechos y garantías del encartado.

### **E. Dos comentarios finales en base a experiencia de implementación del sistema**

Para concluir, quisiéramos dar cuenta de dos aspectos supra normativos que han mostrado tener importancia capital en el correcto funcionamiento del sistema de enjuiciamiento penal. Nos referimos en primer lugar a la coordinación entre los diversos intervinientes que componen el sistema penal, por una parte, y a la relevancia que poseen las estructuras de apoyo técnico a los litigantes institucionales.

En relación al primer tema planteado, una de las mayores dificultades que se presentan, primero en la implementación del sistema, y luego en el correcto funcionamiento del mismo, tiene relación con la multiplicidad de instituciones que intervienen en él. Instituciones de distinta naturaleza, con lógicas y estructuras de funcionamiento propio e incluso con fines antagónicos entre ellas. Así mismo, los distintos intervinientes institucionales poseen regulaciones constitucionales distintas entre sí, motivaciones políticas divergentes y mecanismos de control y súper vigilancia propios.

Sin embargo, y pese a todas las diferencias que es posible apreciar entre ellas, debe existir claridad transversal de que el correcto funcionamiento del sistema en su conjunto depende de la coordinación entre los directivos de cada una de ellas. Ello, como es evidente, sin renunciar a los objetivos propios de cada institución.

---

38 Cabe hacer presente, con todo, que el Ministerio Público ha sostenido formalmente, a través de observaciones a un recurso de inaplicabilidad por inconstitucional, que existirían causales de exclusión no contenidas expresamente en el artículo 276 del Código Procesal Penal. Al respecto ver fallo del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de diciembre de 2014, en causa ROL: 2628\_14 INA.

Para graficar esta necesidad de coordinación institucional podemos mencionar las dificultades que ha generado el aumento sostenido de ingreso de causas en la capital de nuestro país, Santiago. En efecto, el aumento de ingresos, sumado a la dilación en la tramitación de causas y otros factores ha llevado al Poder Judicial y los administradores de los distintos tribunales a fijar audiencias extraordinarias en salas no previstas previamente. Sin embargo, dicho aumento de cantidad de audiencias orales programadas sólo es posible de sustentarse por el Poder Judicial (por contar con los recursos humanos para ello), mas no para los demás intervinientes (Defensoría Penal Pública y Ministerio Público). De esta manera, y no obstante puedan fijarse audiencias adicionales, éstas no podrán materializarse por falta de capacidad de dar cobertura suficiente a todas las salas de audiencias.

Como se puede observar, la necesaria independencia de cada institución participante del proceso penal no puede ser obstáculo para comprender la interdependencia funcional entre ellos. Por ello, el diálogo permanente constituye un elemento básico para el buen funcionamiento del sistema a largo plazo.

*i. Necesidad de apoyo a los litigantes, ejemplo, unidades de estudios técnicas*

Otro de los temas cuya relevancia ha quedado de manifiesto en el corto tiempo de implementación del sistema procesal en nuestro país lo constituye la necesidad de apoyo técnico a los litigantes institucionales.

En concreto, la gran cantidad de causas que deben tramitar tanto fiscales como defensores, y las múltiples diligencias y actuaciones ello conlleva (labores de investigación, interrogación de testigos y víctimas, entrevistas con imputados y familiares, visitas a centros de reclusión, preparación de audiencias, estudio de antecedentes, sólo por nombrar algunos pocos ejemplos) hacen prácticamente imposible el estudio acabado de todos los antecedentes del caso, y la preparación de argumentos jurídicos complejos y novedosos (estudio de la doctrina correspondiente, recolección de jurisprudencia, etc.).

Por este motivo, el contar con instancias de análisis jurídico y apoyo técnico a los litigantes constituye un aporte sumamente significativo para la labor de cada parte del proceso penal.

A modo ejemplar, la Defensoría Penal Pública posee, tanto a nivel nacional como en las distintas Defensorías Regionales, Unidades y Departamentos de Estudio propios los que, entre otras múltiples labores, efectúan minutas de argumentación jurídica por tipos de delito o por instituciones procesales, capacitación a los defensores penales públicos en variados temas de relevancia, clínicas jurídicas en las cuales se analizan causas complejas en actual tramitación a manera de acordar la mejor estrategia a seguir en cada caso, etc.

El Ministerio Público chileno, por su parte, posee unidades especializadas de asesoría jurídica, apoyo a la labor de los fiscales y especialización en litigación ante tribunales superiores de justicia.

Estas instancias no sólo proveen permanentemente de material e insumos a los litigantes, sino que permiten además que cada institución pueda levantar información sobre los debates jurídicos más relevantes, uniformar criterios jurídicos y tipos de argumentación y en general elevar el estándar del desempeño de los intervinientes, evitando con ello, la precarización y mecanización del debate jurídico penal, que constituye uno de los grandes peligros del sistema de tramitación masivo de causas.

# UN ENSAYO SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO

ALFREDO RENÉ URIBE MANRÍQUEZ\*

**SUMARIO:** 1. Legislación vigente y sus antecedentes. (Lo que se es). 2. El modelo procesal vigente. (Lo que se tiene). 3. Instituciones procesales a partir de la promulgación del *Código Nacional de Procedimientos Penales* en México. (Lo que se tiene). 4. Instituciones problemáticas. (Lo que es debido). 5. Bibliografía.

Hay tanto por decir y escribir respecto a la implementación del sistema procesal penal acusatorio en México que resolvimos realizar un ensayo sobre la situación actual de la implementación y características novedosas y relevantes en el país respecto al tema.

Agradezco profundamente a los admirados y respetados colegas Dr. Dn. LUIS MIGUEL REYNA ALFARO y Dr. Dn. SERGIO CUAREZMA TERÁN, la invitación para coordinar junto con ellos esta obra que desde ya considero indispensable para abrir un debate al respecto en Latinoamérica.

Llevaré tres ejes fundamentales al escribir este ensayo derivados del tratado sobre la eudemonología de SHOPENHAUER, quien nos establece que para ser felices debemos aceptar tres cuestiones fundamentales:

- a) lo que se es,
- b) lo que se tiene, y

---

\* Maestro en Derecho Penal por la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, México, Candidato a Doctor por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España y también por el Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, A.C., México, catedrático a nivel maestría del Instituto Nacional de Ciencias Penales, Juez Penal de Ejecución en el Estado de Hidalgo, México. Debo agradecer aquí las aportaciones hechas en aula a mis alumnos de la maestría en juicio oral y proceso penal acusatorio grupo b del INACIPE, especialmente a las abogadas ASTRID ELIZALDE ORTIZ y EDITH GARCÍA ZARCO por su valiosa ayuda en la redacción de este trabajo.

c) lo que es debido.

Atendiendo a la propuesta temática sugerida y teniendo en mente los tres ejes que me propuse seguir, realizo el siguiente desarrollo.

## **1. LEGISLACIÓN VIGENTE Y SUS ANTECEDENTES. (LO QUE SE ES)**

A partir de 1916, en México se realizaron diversas críticas al sistema mixto inquisitorio, debido a la constante y sistemática violación a las garantías de los imputados.

Ahora bien, tratándose del sistema acusatorio, se toma como primer antecedente el que perfiló el Gral. CARRANZA en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* de 1917 al incorporar en el artículo 20 la transformación del sistema de enjuiciamiento penal en el país haciéndolo más liberal y humano, además de establecer el mandato respecto al derecho que tiene todo imputado a ser juzgado en audiencia pública, entendiéndose ésta respecto a la oralidad.

Tras esta implementación la Constitución ha sufrido diversas reformas que atienden a la integración de un sistema acusatorio definido, el 29 de marzo de 2004 el entonces presidente de la República Mexicana VICENTE FOX QUESADA, realizó una iniciativa de reforma, la cual no prosperó en ese momento pero que dio base para pensar en un verdadero cambio de sistema procesal penal, la cual versaba principalmente en la necesidad que tenía el Estado Mexicano de abolir el sistema inquisitorio para asumir un sistema procesal acusatorio, esto debido a la ausencia de un debido proceso en México que impide a la sociedad tener la debida certeza y seguridad jurídicas y que tanto el imputado como la víctima gocen de plena equidad procesal.

Este proyecto de reforma se basó en tres ejes rectores; el procesal, el orgánico y el profesional, en aras de lograr un cambio de fondo que permita concretizar las aspiraciones sociales de justicia y dote de cabal confiabilidad a las instituciones integrantes del sistema de justicia penal federal, en beneficio de la sociedad y con miras al fortalecimiento del Estado democrático, de igual manera el de evitar que los procesos penales sean largos, tortuosos y en ocasiones injustos.

Sin embargo, el 18 de junio del año 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* en México una de las reformas constitucionales más significativas en materia de seguridad pública y justicia penal desde la emisión de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* que data de 1917.

En dicha reforma fueron modificados los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123.

Esas reformas fueron esencialmente respecto a la implementación del sistema procesal penal acusatorio en México, esta reforma constituyó una respuesta del Estado Mexicano a los diversos problemas que en dichas materias dañaban sensiblemente a los habitantes de este país.

Los esfuerzos por atender las exigencias del pueblo mexicano respecto al atrofiado sistema penal y de justicia comenzaron de nueva cuenta en el año 2006 cuando el entonces presidente de la República, FELIPE CALDERÓN HINOJOSA, ordenó a su gabinete un estudio integral respecto a la situación del sistema penal y de seguridad pública, presentando una iniciativa durante el mes de marzo del año 2007.

El proceso legislativo tuvo su génesis en el dictamen de origen emitido en el mes de diciembre del año 2007 y en el mismo mes y año se emitió el dictamen de la cámara revisora, concluyendo el proceso en el mes de marzo de 2008.

Desde esa fecha se presentaron diversos documentos que proponían múltiples proyectos (3) y pretendían dar génesis el denominado *Código Federal de Procedimientos Penales*.

Debemos referir que antes del 5 de septiembre de 2013 en la que fue declarada la constitucionalidad de la reforma al artículo 73 de la Constitución Mexicana, en México no existía la posibilidad de contar con un Código Procesal para la Nación ya que dentro del ámbito competencial de las entidades federativas que componen la República Mexicana estaba la de legislar en materia sustantiva y adjetiva penal, lo que nos llevaba a contar con 32 códigos penales y 32 de procedimientos penales, todos de diferentes corrientes dogmáticas y políticas que dificultaban la aplicación e interpretación de los mismos.

Finalmente fue aprobada la Reforma Constitucional que, a través de una adición al artículo 73 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, facultaría al Congreso de la Unión para expedir un *Código Nacional de Procedimientos Penales*, quedando como sigue:

**Artículo 73.** El Congreso tiene facultad:

**I.** ...

**XXI.** Para expedir:

*a)* ...

*b)* ...

*c)* La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común...

**XXII.** ...

Después de la reforma referida se presentaron tres iniciativas para la promulgación de un Código Procesal Penal para la República Mexicana.

Se llevaron a cabo diversos foros públicos en los que operadores jurídicos y académicos participaron en la discusión sobre los proyectos presentados, en los que los temas comunes fueron:

- a)* El establecimiento de un *Código Nacional de Procedimientos Penales*;
- b)* El régimen de transición hacia el modelo acusatorio, y
- c)* El uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias y el juicio oral como *ultima ratio*.

Como resultado de estos foros el día 5 de marzo del año 2014 se promulgó en México el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, dándose con ello respuesta a un viejo reclamo de los operadores jurídicos y sector académico del país.

A nuestro parecer uno de los ejes fundamentales en el proceso de implementación del proceso penal acusatorio en México, es el cambio paradigmático que le significa al Estado (entiéndase el leviatán) dirigir sus esfuerzos a la construcción de un sistema de resolución de conflictos, frente al anquilosado sistema procesal penal fundado en la suspensión del conflicto propio de un sistema procesal de corte inquisitorial.

Para implementar el sistema procesal penal acusatorio en la República Mexicana, se estableció un período de 8 años a partir de la entrada



en vigor de la reforma para que todas las entidades federativas tomarán medidas al respecto y así lograr una eficaz implementación, es decir, a más tardar el 18 de junio del año 2016, México deberá contar en todo su territorio con el sistema acusatorio.

Hasta el momento 24 entidades federativas cuentan con un sistema procesal penal acusatorio de las cuales solamente tres lo han implementado totalmente en su territorio.

De las 32 entidades federativas 18<sup>1</sup> son las que aplican total o parcialmente el *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

Tratándose de delitos del orden federal recientemente se ha comenzado a utilizar el proceso penal acusatorio en los estados de Puebla y Durango a partir del 24 de noviembre de 2014.

## 2. EL MODELO PROCESAL VIGENTE. (LO QUE SE TIENE)

Tras la reforma, en México se asumió un sistema procesal penal acusatorio, en oposición al mixto de corte inquisitorial que prevalecía en el Estado mexicano.

El Segundo transitorio del Decreto de Reforma a la Constitución publicado el día 18 de junio del año 2008, da la pauta para establecer las etapas y figuras propias del sistema procesal penal acusatorio mexicano cuando textualmente refiere:

**“Segundo.** El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.” ...

Ahora bien, debemos aclarar que actualmente los párrafos arriba mencionados no son coincidentes con el contenido de la Constitución debido a las múltiples reformas sufridas a la Constitución Mexicana, sin embargo originalmente con la reforma constitucional de junio del año 2008,

---

1 Información actualizada al 8 de diciembre de 2014.

los párrafos segundo y decimotercero del artículo 16 de la Constitución establecen que:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

“Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.”

A su vez los párrafos tercero, cuarto y sexto del artículo 17 refieren:

“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”

“La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un Servicio Profesional de Carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.”

El artículo 19 establece en su contenido que ninguna detención ante autoridad judicial debe exceder del plazo de setenta y dos horas, contados a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la misma, y que la misma deberá justificarse con un auto de vinculación a proceso cuyos requisitos son: expresar el delito que se imputa al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

De la misma manera se refiere para el Ministerio Público la excepcionalidad de la prisión preventiva cuando se especifica que sólo la podrá solicitar al juez cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el debido desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito de carácter doloso.

Se insta para los jueces un catálogo de delitos que ameritan la prisión preventiva oficiosa, en los que se incluyen los casos de delincuencia organizada, el homicidio doloso, la violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Se establece la prórroga para el dictado del auto de vinculación a proceso a petición del indiciado.

Se sanciona penalmente la prolongación de la detención en perjuicio del indiciado, se deja claro si la autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado no recibe dentro del plazo señalado copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre el hecho al concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Se fija que todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso, dejando como investigación por separado si en la secuela del proceso aparece que se ha cometido un delito distinto del que se persigue sin perjuicio de que pueda decretarse posteriormente la acumulación.

En el caso de delincuencia organizada (régimen de excepción) se dice:

“Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.”

Se establece también la represión por parte de las autoridades y corrección mediante las leyes de todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles.

El artículo 20 constitucional por su parte resulta fundamental para el tema que nos ocupa ya que especifica la instauración de un proceso penal acusatorio y oral, basado en los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Este mismo artículo fija principios generales siendo los siguientes:

“A. De los principios generales:

- I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;
- II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;
- III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;
- IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;
- V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;
- VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;

- VII.** Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;
- VIII.** El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;
- IX.** Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y
- X.** Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.”

En el cuerpo del mismo numeral en sus apartados B y C se establece el catálogo de derechos de toda persona imputada (presunción de inocencia, a declarar o no hacerlo, a ser enterado de sus derechos, etc.) y de la víctima u ofendido (contar con un asesor jurídico, aportar elementos de prueba, una efectiva coadyuvancia, a que le sea reparado el daño de manera ágil, etc.), respectivamente, las cuales comentaremos en el apartado siguiente de este trabajo.

A su vez el artículo 21 de la Constitución Mexicana, deja claro que la investigación por delito corresponde al Ministerio Público y a la policía.

De igual forma, especifica que el ejercicio de la acción penal le corresponde al Ministerio Público, abriendo un margen novedoso respecto a la posibilidad de ejercitar acción penal por los particulares.

Cabe resaltar como una de las novedades más representativas el hecho de dejar a la autoridad judicial la modificación y duración de las penas, ya que antes de la reforma solamente le correspondía la imposición de las mismas, abriendo paso a la judicialización de la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, aunque como hemos podido ver no se encuentra contemplada dicha etapa como una de las del proceso penal acusatorio.

Así mismo, se establecen los criterios de oportunidad para el Ministerio Público respecto al ejercicio de la acción penal.

En México contamos aun en algunas entidades federativas con un sistema mixto con tendencia inquisitorial cuyas consecuencias son esencialmente:

1. El abuso sistemático de la prisión preventiva;
2. La intermediación ante la carga de trabajo era nula (el juez era el gran ausente), derivado de lo anterior existía una;
3. Delegación de funciones totalmente asistemática;
4. Si bien el principio de presunción de inocencia era contemplado por la mayoría de los códigos de procedimientos penales de la República, su materialización era totalmente nula;
5. La materialización de los derechos de las víctimas igualmente era insuficiente.

### **3. INSTITUCIONES PROCESALES A PARTIR DE LA PROMULGACIÓN DEL *CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN MÉXICO.* (LO QUE SE TIENE)**

Son muchas las novedades que ha traído aparejadas este sistema procesal penal de corte acusatorio y adversarial; sin embargo, las que en este momento nos interesan remarcar dada su trascendencia en el sistema jurídico penal mexicano son:

Desde el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, el esquema básico del proceso penal es el siguiente:

En ese orden de ideas y de manera toral, el Código referido en el párrafo que le antecede, divide el procedimiento en tres importantes etapas, siendo éstas la de investigación, intermedia y de juicio oral, para que el lector tenga un panorama de las mismas, indicaré la parte medular de cada una de ellas.

#### **a) Investigación**

Ésta tiene dos fases la denominada *inicial*, que va de la formulación de la denuncia o querrela hasta la denominada formulación de imputación, y la

*complementaria* que va de la formulación de imputación al cierre de la investigación (es importante señalar que de acuerdo al delito de que se trate se define el término para el cierre de la investigación, mismo que puede ser de entre dos —pena menor a dos años— y hasta seis meses —pena mayor a dos años—).

Con la formulación de la imputación se da inicio a la denominada audiencia inicial que abarca:

1. El control de detención;
2. La formulación de la imputación;
3. El derecho del imputado a declarar si lo desea;
4. La solicitud de vinculación a proceso y de medidas cautelares, y
5. La definición del plazo para el cierre de la investigación complementaria.

El objetivo primordial de esta etapa es acreditar un hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo.

Dentro de la nueva dinámica procesal ofrecida con la reforma se pretende alejarse del excesivo ritualismo y formulismo durante la investigación realizada por el Ministerio Público (Fiscal); así como, garantizar el acceso al imputado a una defensa adecuada desde el inicio de la investigación, de la misma manera se garantiza el poner límites a los actos del Ministerio Público y los cuerpos de seguridad pública, con la existencia de un juez de Control el cual tiene la función tutelar y garantista.

Una novedad respecto al proceso penal acusatorio mexicano es el “auto de vinculación a proceso” como una incorporación novedosa al sistema. Ésta debe ser solicitada por el Ministerio Público al tener datos de prueba que establecen la comisión de un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participo en su comisión.

Mediante la vinculación a proceso se resuelve la situación jurídica del imputado, y se formaliza la investigación, éste tiene derecho a que se resuelva su situación de inmediato, dentro de un plazo de 72 horas o su duplicidad, en caso de solicitar el plazo o su prórroga, así también podrá citar a testigos o peritos y presentarán sus medios de prueba en la audiencia de vinculación a proceso.

En esta audiencia el juez de Control verificará mediante lo aportado por la partes si existen datos de prueba suficientes para vincular o no a una persona a proceso y con ello se vea justificada la aplicación de providencias precautorias o medidas cautelares respecto al imputado o imputados.

Los requisitos que el juez de Control debe verificar para dictarlo, se encuentra establecido en el artículo 316 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, que a la letra dice:

**“Artículo 316. Requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso**

El juez de Control, a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que:

- I. Se haya formulado la imputación;
- II. Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;
- III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y
- IV. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

El auto de vinculación a proceso deberá dictarse por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, el juez de Control podrá otorgarles una clasificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público misma que deberá hacerse saber al imputado para los efectos de su defensa.

El proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un hecho delictivo distinto del que se persigue, deberá ser objeto



de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente.”

Este auto vino a sustituir lo que en el sistema mixto inquisitorial era el auto de sujeción a proceso, que convertía sistemáticamente la detención en prisión preventiva si para el juez existían motivos bastantes, aunque debemos aclarar que una y otra figura no son lo mismo.

La importancia de este auto deriva en que desde la emisión del mismo se fija la *litis* del proceso penal en México, ya que los hechos motivo del auto serán el objeto del proceso penal, llevando con esto implícito que el Ministerio Público en su acusación tiene que ser coherente con el hecho o hechos establecidos en la vinculación a proceso.

## **b) Intermedia**

Que se divide en dos fases una *escrita* y la otra *oral*, esta etapa va de la formulación de la acusación a la emisión del auto de apertura a juicio oral.

El objeto de ésta es el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia de juicio.

En esta etapa interviene también un juez de Control que ejerce sus dos funciones básicas:

- a) La tutelar, poniendo límites a las actuaciones del Ministerio Público y Policía, y
- b) La jurisdiccional, cuando aplica sustancialmente el Derecho.

La fase escrita da inicio con la presentación por parte del Ministerio Público de su escrito de acusación, el cual podrá ser objeto de corrección y contestación por parte de la víctima u ofendido y su asesor jurídico, así como del imputado y su defensa.

Una vez realizado el descubrimiento probatorio de las partes el juez de Control deberá citarlas para la celebración de la audiencia intermedia, que es la fase oral de la etapa intermedia, en la que bajo los principios del sistema procesal penal acusatorio se argumentará respecto al objeto de esta etapa.

El fin de esta etapa se da con la emisión del auto de apertura a juicio oral que contendrá (artículo 347 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*):

- I. El Tribunal de enjuiciamiento competente para celebrar la audiencia de juicio, así como la fecha y hora fijadas para la audiencia;
- II. La individualización de los acusados;
- III. Las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas, así como los hechos materia de la acusación;
- IV. Los acuerdos probatorios a los que hubieren llegado las partes;
- V. Los medios de prueba admitidos que deberán ser desahogados en la audiencia de juicio, así como la prueba anticipada;
- VI. Los medios de pruebas que, en su caso, deban de desahogarse en la audiencia de individualización de las sanciones y de reparación del daño;
- VII. Las medidas de resguardo de identidad y datos personales que procedan en términos de este Código;
- VIII. Las personas que deban ser citadas a la audiencia de debate, y
- IX. Las medidas cautelares que hayan sido impuestas al acusado.

### **c) Juicio oral**

Esta etapa da inicio desde la recepción del auto de apertura y culmina con la sentencia, en esta etapa participarán jueces de juicio oral constituidos en un Tribunal Unitario o Colegiado.

Como base para la condena de un sujeto se establece la convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable (Art. 359 *Código Nacional de Procedimientos Penales*).

Cabe resaltar que igualmente la valoración probatoria cambia radicalmente en México, pasamos de un estándar de valoración tasado, en el que todo lo pasado por la “fe” del Ministerio Público adquiría automáticamente un valor probatorio pleno a un modelo en el que la libre convicción del tribunal extraída del debate será libre y lógica.

Anteriormente en la República Mexicana todo lo generado por la Representación Social (Ministerio Público) era considerado prueba, ahora derivado del contenido del artículo 261 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, distinguimos entre datos de prueba, medios de prueba y pruebas, que nos fijan un estándar que pretendo explicar en la tabla que a continuación expongo, en la que incluyo las diversas opiniones que los autores en México, las cuales se pueden básicamente dividir en tres, la primera referenciada a la etapa en la que cada una demuestra su utilidad, la siguiente identificándola por el juez que conoce del elemento de convicción y la última de acuerdo a su objetivo concreto:

	<b>Etapa</b>	<b>Juez que conoce</b>	<b>Objetivo (Qué es?)</b>
<b>Dato de prueba</b>	Investigación	Juez de Control	Es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.
<b>Medio o elemento de prueba</b>	Intermedia	Juez de Control	Son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

	<b>Etapas</b>	<b>Juez que conoce</b>	<b>Objetivo (Qué es?)</b>
<b>Prueba</b>	Juicio Oral	Juez de oralidad	Todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.

#### **4. INSTITUCIONES PROBLEMÁTICAS. (LO QUE ES DEBIDO)**

Desde nuestra perspectiva para el éxito de la implementación en México se tienen que girar las miras en la capacitación del actor más importante en la dinámica del sistema procesal penal acusatorio, la policía.

Los cuerpos policiales aportan la materia prima de elaboración del trabajo del Ministerio Público, la defensa y derivado de su aporte, también para los jueces, y de conformidad con lo que establece el artículo 21 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, las policías deberán prevenir el delito, investigar en campo, llevar los avances técnicos de la investigación, supervisar y dirigir el procesamiento del lugar de los hechos.

En ese orden de ideas, un esquema de capacitación es fundamental para la debida implementación y resultados, aunado al reforzamiento y creación del servicio profesional de carrera policial.

Como ya hemos expuesto en diversos foros se debe hacer una revisión integral de nuestro *Código Nacional de Procedimientos Penales*, y con esto darle la coherencia necesaria precisa para responder a tres reglas básicas interpretativas expuestas magistralmente por ZAFFARONI (ZAFFARONI, 2002: 2, Argentina):

- a) *Completividad lógica*: refiriendo con ello a que no sea interiormente contradictorio, que en el ejemplo del Código Nacional no se cumple por ejemplo en el caso de las referencias a la acción penal contenidas en los artículos 211, 325 y 335, en las que se entienden cuestiones totalmente opuestas respecto al concepto y momento del ejercicio de la acción penal, no haciendo la debida distinción entre acción procesal y acción penal;
- b) *Compatibilidad legal*: es decir que no postule cuestiones contrarias a la ley, entendiéndose por ello que ésta debe ser apegada en el marco de nuestra Constitución y los tratados en materia de derechos humanos de conformidad al contenido del artículo 1o. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México, exige una revisión minuciosa , y
- c) *Estética jurídica*: que deben tener los ordenamientos jurídicos, como ejemplos baste leer el contenido del artículo 103 en el que nunca se hace referencia a los gastos de producción de prueba cuando según su rubro es el motivo de dicho artículo, la inexplicable referencia a delitos de “esa naturaleza” del artículo 198, el llamarle inspección corporal a la revisión corporal en el artículo 269, etc.

Como se puede obtener de una lectura del Código Nacional la carga a favor del Ministerio Público y los cuerpos de seguridad pública es fuerte, ello resulta lógico si entendemos que como nos refiere FÉLIX CÁRDENAS adelantándose en el tiempo “veremos una Iniciativa con proyecto de Código Procesal Penal para la República Mexicana, que, con ‘algunos consensos’ saldrá de las oficinas de la Procuraduría General de la República que hoy día se encarga de ajustar su contenido con miras a cubrir aspectos que le parecen de interés a esa institución”.<sup>2</sup>

---

2 FÉLIX CÁRDENAS, RODOLFO. “Prólogo”, en: MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, especial referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense*, Ubijus, Mexico, 2013, p. 38.

Esto es fácil de inferir cuando vemos el contenido del artículo 323 del Código Nacional último párrafo en el que se establece lo que he denominado el “cierre oficioso de la investigación complementaria” por parte del juez de Control ante la falta de interés del Ministerio Público en hacerlo.

De igual forma nos podemos dar cuenta de ello en el contenido del último párrafo del numeral 167 del Código Nacional que al referir a las causas de procedencia de la prisión preventiva oficiosa, nos dice textualmente:

“El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Procuraduría o el funcionario que en él delegue esa facultad.”

Creo que se ve afectada la discrecionalidad de los jueces al tomar sus decisiones al hacer depender su valoración respecto a la imposición de una medida cautelar de carácter oficioso de la solicitud del Ministerio Público y autorización de la misma del Procurador.

Otro ejemplo más de ello, que le imputo más a una falta de cuidado en la redacción o ubicación sistemática es el contenido del párrafo segundo del artículo 228 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, cuando establece:

“Cuando durante el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate. Los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito deberán concatenarse con otros medios probatorios para tal fin. Lo anterior, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir los servidores públicos por la inobservancia de este procedimiento.”

La alteración, desde nuestra perspectiva, que deriva de un inadecuado procedimiento de preservación de cadena de custodia debe llevar aparejada la pérdida de valor probatorio.

Temas que considero primordialmente se tienen que poner en discusión en México son las figuras, constitucionalizadas, del arraigo, la extinción de dominio que ponen en serias dudas el estado democrático de derecho y afectan sensiblemente el principio de presunción de inocencia y que forman parte del derecho penal de excepción que en material de delincuencia organizada se justificaron.

La intervención de comunicaciones privadas igualmente constituye una consecuencia de la asunción del Derecho penal del enemigo en México.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

### Legislación

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Código Nacional de Procedimientos Penales*, Magister, México, 2014.

### Libros

CONSTANTINO RIVERA, CAMILO. *Introducción al Estudio Sistemático del Proceso Penal Acusatorio*, 3a. ed., México, 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008), ¿Democracia o autoritarismo?*, 4a. ed., Ed. Porrúa, México, 2010.

NORIEGA HURTADO, EDUARDO JAVIER. *La acción penal privada en México*, INACIPE y Colegio de Grupos Vulnerados y Derechos Humanos, México, 2012.

SALAS BETETA, CHRISTIAN. *El Proceso Penal Común*, Gaceta Penal, Lima, 2011.

SCHÜNEMANN, BERND. *La Reforma del Proceso Penal*, Dykinson, Madrid, 2005.

**Otros**

“El papel de las Instituciones policiales en el Nuevo Sistema Procesal Penal Acusatorio”, *Revista Digital de la Reforma Penal*, Nova Iustitia, Año I, No. 4, agosto 2013.

Gobierno Federal, *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia*, Guía de Consulta, Talleres Gráficos de México, 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Del sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en Mexico*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1a. reimpresión, 2013.



# EL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN VENEZUELA

WILMER DE JESÚS RUIZ CARRERO\*

**SUMARIO:** 1. Introducción al tema. 2. Características del sistema acusatorio. 3. Principios rectores del sistema acusatorio venezolano. 4. Fases del proceso penal acusatorio. 5. El Ministerio Público y la investigación. 6. Los órganos de investigación penal. 7. El juicio oral y público. 8. Los procedimientos especiales.

## 1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El instrumento adjetivo penal, denominado *Código Orgánico Procesal Penal*, promulgado el 23 de enero de 1998, *Gaceta Oficial* número 5208, con *vacatio legis* hasta el 1o. de julio de 1999, entrando con vigencia anticipada los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso y la admisión de los hechos, marca un cambio de raíz para administrar la justicia penal. Al respecto, da como resultado, que el sistema inquisitivo es sustituido por el sistema acusatorio, dejando exclusivamente el ejercicio de la acción penal en manos del fiscal del Ministerio Público; a los Tribunales Penales se les atribuye competencia según la gravedad del delito y se clasifican en Tribunales Unipersonales a cargo de un juez profesional y Tribunales Mixtos. En los Tribunales Mixtos se establece la participación ciudadana en el veredicto de culpabilidad o inocencia del imputado.

---

\* Abogado criminalista, de la República Bolivariana de Venezuela, postgrado en ciencias penales y criminológicas, licenciado en ciencias policiales, detective de la policía científica, profesional universitario de la Criminalística, autor de ocho libros relacionados a la investigación del delito, los medios de prueba, la criminalística, la cadena de custodia de evidencias físicas, y el proceso penal. Jubilado del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalística, con experiencia en escena del crimen, investigación penal, dactiloscopia, experticias balísticas, resguardo de evidencias, inspecciones técnicas y análisis criminalísticos. Actualmente labora en libre ejercicio como abogado penalista.

Con el sistema acusatorio implementado, que introdujo el *Código Orgánico Procesal Penal*, se destacan los principios de oralidad, contradicción, intermediación, publicidad, concentración, el juicio previo, la presunción de inocencia, entre otros. Las funciones están claramente separadas; la de acusar corresponde exclusivamente al Ministerio Público, salvo los casos de delitos de acción privada o a instancia de parte, en que debe intermediar querrela; la defensa le compete al imputado y a su defensor, bien sea público o privado; mientras que la función de juzgar le corresponde al juez, quien decide, a través de la sentencia. Se establece la afirmación de la libertad, y la excepción es la detención.

Posteriormente, específicamente el 25 de agosto, se hace una reforma parcial del *Código Orgánico Procesal Penal*, con *Gaceta Oficial* número 37022, por considerarse que este instrumento jurídico penal, era causante del aumento de la criminalidad y el desbordamiento de la delincuencia, se hicieron algunos cambios limitando los acuerdos reparatorios, el lapso del juez de Control para decidir sobre la libertad del detenido en flagrancia y otros asuntos accesorios.

Enseguida, el 14 de noviembre de 2001, el *Código Orgánico Procesal Penal*, sufre una nueva reforma, siendo modificados aspectos tales como facultar al juez de Control para cambiar la calificación jurídica, el número de medidas cautelares sustitutivas, no privar de libertad al acusado durante el juicio por delitos cuya pena en su límite máximo no exceda de tres años, eliminación de los juicios en ausencia, supresión de los Tribunales de jurados, ampliación de las atribuciones del Ministerio Público, restricción para los acuerdos reparatorios.

Así mismo, el *Código Orgánico Procesal Penal* fue reformado el 4 de octubre de 2006, con *Gaceta Oficial* número 38536, suprimiendo artículos sobre las restricciones al condenado para optar a la suspensión condicional de la ejecución condicional de la ejecución de la pena, se modificaron los requisitos del tiempo cumplido de pena para optar a trabajos fuera del establecimiento penal, régimen abierto y libertad condicional, así como el cómputo del tiempo redimido por trabajo y estudio, en el sentido de que se computará desde que el penado comience a cumplir la pena y no como establecía la norma suprimida desde que haya cumplido la mitad de la pena.

Luego, fue reformado nuevamente el 4 de septiembre de 2009; aquí se incorporó lo referido a la cadena de custodia, las áreas de resguardo de evidencias físicas. En efecto, se modifican artículos de la actividad

probatoria, de la investigación penal, de las inspecciones, experticias, de las atribuciones del Ministerio Público, de la privación judicial preventiva de libertad, entre otros. En definitiva, el *Código Orgánico Procesal Penal*, desde su publicación en el año 1998 hasta el 4 de septiembre de 2009, ha sufrido cinco reformas.

Posteriormente, el 15 de junio de 2012, en la *Gaceta Oficial* número 6.078, se publica el nuevo *Código Orgánico Procesal Penal* que comenzó a regir el primero de enero de 2013; derogando todos los anteriores códigos procesales; se eliminan los escabinos, se reinstaura el juicio en ausencia, se crean Tribunales de Control Municipal para conocer delitos menos graves, los que ameritan penas menores de ocho años.

## **2. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA ACUSATORIO VENEZOLANO**

Efectivamente, las características del sistema acusatorio venezolano, entre las que más sobresale, son las siguientes:

- Las funciones de investigación y juzgamiento, no se concentran en un solo órgano. De tal manera el fiscal dirige la investigación y acusa, mientras que el juez decide imparcialmente.
- Se rige por un principio acusatorio. Por lo tanto, debe existir una acusación, de lo contrario no habría juicio, no existen acusaciones de oficio.
- El proceso penal es un instrumento de resolución de conflictos, donde se establecen los acuerdos reparatorios, la admisión de los hechos, el principio de oportunidad, las salidas alternativas del juicio, la suspensión condicional del proceso, entre otros.
- El reconocimiento procesal del respeto y observancia a los derechos y garantías constitucionales.
- Reconocimiento al imputado, su calidad de sujeto de Derecho, al que le corresponde una serie de garantías procesales, que constituyen límites al poder del Estado. Tales como el derecho a la defensa, el debido proceso, el juicio previo, el derecho de ser oído, el derecho a pruebas, el juez natural y un juicio imparcial.
- Se reconoce la presunción de inocencia, donde el imputado va a ser

tratado como inocente durante el proceso, hasta que se demuestre su culpabilidad mediante sentencia firme.

- A la víctima se le reconoce su derecho de participar en el proceso; de tal forma, se convierte en un actor significativo, respetándole su dignidad personal, su protección, a mantenerla informada de las actuaciones del proceso, de solicitar diligencias y de apelar decisiones.
- La fase de investigación o instrucción constituye, sólo una etapa preparatoria del juicio, sin valor probatorio.
- Existen fundamentalmente tres etapas, una fase de investigación, una fase intermedia y una fase de juicio oral y público.
- La carga de la prueba, le corresponde al acusador; sin embargo, las partes tienen igualdad de oportunidad en la promoción, control y contradicción de la prueba.
- En la valoración de la prueba, rige el sistema de la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.
- La detención es la excepción y la libertad es la regla durante el proceso.

### **3. PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL PROCESO PENAL**

En el sistema acusatorio venezolano, con la promulgación del actual *Código Orgánico Procesal Penal*, en fecha 15 de junio del año 2012, que entró en vigencia el primero de enero de 2013, se establecen los principios rectores del proceso penal, éstos se encuentran en el Título I de la Ley Adjetiva Penal. Los cuales son los siguientes:

#### **Juicio previo y debido proceso**

En el artículo 1, se establece:

“Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, sin formalismos ni reposiciones inútiles, ante un juez o jueza, o Tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados

en la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República.”

En efecto, el principio del juicio previo y debido proceso, establece las pautas de un juicio previo y del debido proceso. Este principio es bastante amplio y expreso. Aquí se establece el principio de la legalidad, por el cual toda persona tiene derecho a que se le juzgue conforme, no sólo a una ley que establezca previamente el delito y la pena, sino también a una ley que señale el procedimiento a seguir. En virtud de este postulado, nadie puede ser condenado sin ser sometido previamente a un juicio penal, oral y público. En cuanto al debido proceso, existe la necesidad de un juez imparcial, que no tenga más interés que el de administrar justicia. También resulta necesaria la observancia de todos los derechos y garantías en el proceso, así como que el juicio se realice sin dilaciones indebidas, es decir, sin retrasos o demora alguna.

### **Principio del juez natural**

En el artículo 7 se establece el juez natural.

“Toda persona debe ser juzgada por sus jueces o juezas naturales y, en consecuencia, nadie puede ser procesado ni juzgado por jueces o juezas, o Tribunales *ad hoc*. La potestad de aplicar la ley en los procesos penales corresponde, exclusivamente, a los jueces y juezas, y Tribunales ordinarios o especializados establecidos por las leyes, con anterioridad al hecho objeto del proceso.”

Al respecto, el juez natural consiste en la necesidad de que el proceso sea decidido por el juez ordinario predeterminado en la ley.

En lo pertinente, el juez natural debe cumplir con los requisitos de existencia previa, investido de jurisdicción y competencia. Esto conforme al artículo 49 numeral 4 de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*; donde se establece que toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de

quien la juzga, ni podrá ser procesada por Tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

### **Principio de afirmación de la libertad**

Este principio está establecido en el artículo 9 del Texto adjetivo penal, el cual señala:

“Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o imputada, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta. Las únicas medidas preventivas en contra del imputado o imputada son las que este Código autoriza conforme a la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.”

El principio de afirmación de la libertad, es uno de los pilares del sistema acusatorio, que consiste en que el imputado gozará de su libertad durante todo el desarrollo del proceso, con excepción en algunos casos donde aplica la detención; se encuentra establecido en el mencionado artículo 9 y en el artículo 229, que expresa:

“Toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, salvo las excepciones establecidas en este Código. La privación de la libertad es una medida cautelar que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso.”

Este principio está relacionado con el artículo 44 numeral 1 de la Carta Magna, que establece:

“Que ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida *in fraganti*. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del

momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.”

### **Principio de presunción de inocencia**

El principio de presunción de inocencia, es primordial en el sistema acusatorio, de que el imputado se presuma inocente, mientras no se establezca culpabilidad con sentencia firme. Al respecto, el artículo 8 señala: “*Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se la trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme.*” De tal manera, toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario; igualmente, en el sistema acusatorio actual, el imputado no debe probar, es decir, no tiene la carga de la prueba, sino que es el acusador quien posee la carga de la prueba. En sintonía, se establece en el artículo 44 numeral 2, de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, la presunción de inocencia, dentro del derecho al debido proceso.

### **Principio del *indubio pro reo***

En estrecha relación con el principio de inocencia, está el principio universal consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el *in dubio pro reo* (la duda favorece al reo) éste le impone al juez que en caso de que las pruebas no demuestren plenamente la responsabilidad y participación del imputado en el hecho punible, y en cambio dejen dudas sobre ella, el juez debe absolver al imputado.

Esto se presenta básicamente al momento de la valoración de la prueba, por parte del juez, en caso de que exista duda y no hay certeza objetiva de plena prueba, ésta favorece al acusado; como en efecto, lo estipula la disposición constitucional del artículo 24 en su parte final, que expresa: “cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea”.

### **Defensa e igualdad entre las partes**

La defensa e igualdad entre las partes, se establece en el artículo 12 del texto adjetivo penal, que señala:

“La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso. Corresponde a los jueces y juezas garantizarlo sin preferencias ni desigualdades. Los jueces y juezas, y demás funcionarios y funcionarias judiciales no podrán mantener, directa o indirectamente, ninguna clase de comunicación con alguna de las partes o sus abogados o abogadas, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas.”

En efecto, se establece el derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso, y la igualdad entre las partes. Se prohíbe además, expresamente, que los jueces profesionales y demás funcionarios judiciales, mantener comunicación directa o indirectamente, con alguna de las partes o sus abogados, sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todas ellas. La Carta Magna consagra en el artículo 49 numeral 1, la defensa y la asistencia jurídica como derecho inviolable en todo grado de la investigación y del proceso.

### **Principio del respeto a la dignidad humana**

El respeto a la dignidad humana, se garantiza en el *Código Orgánico Procesal Penal*, en su artículo 10, se señala:

“En el proceso penal toda persona debe ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan, y podrá exigir a la autoridad que le requiera su comparecencia el derecho de estar acompañada de un abogado de su confianza. El abogado requerido, en esta circunstancia, sólo podrá intervenir para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 1 de este Código.”

En lo concerniente, se consagra el respeto a la dignidad humana, que es el eje central de la realización de la justicia, y el límite a la función punitiva del Estado. Por su parte el artículo 127 numeral 9, señala en los derechos del imputado a no ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de su dignidad personal. En consonancia, la dignidad humana, está fundamentada en los artículos 3 y 19 de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.



## **Principio de única persecución**

En lo referente, el Código Adjetivo Penal, señala en el artículo 20, lo siguiente:

“Nadie debe ser perseguido o perseguida penalmente más de una vez por el mismo hecho. Será admisible una nueva persecución penal:

1. Cuando la primera fue intentada ante un Tribunal incompetente, que por ese motivo concluyó el procedimiento;
2. Cuando la primera fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio.”

Este principio está relacionado con la máxima latina *non bis in idem* que significa que no se puede juzgar a una persona dos veces por los mismos hechos. Está consagrado en la Carta Magna, dentro del derecho al debido proceso, establecida en el artículo 49 numeral 7, que indica: “*que ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente*”.

## **Principio de cosa juzgada**

El *Código Orgánico Procesal Penal*, establece en el artículo 21, la cosa juzgada, señalando lo siguiente: “*Concluido el juicio por sentencia firme no podrá ser reabierto, excepto en el caso de revisión conforme a lo previsto en este Código.*” Efectivamente, cuando un juez decide en un caso particular, y las partes involucradas han hecho uso de los recursos legales, o en todo caso, han aceptado la decisión del Tribunal, la resolución judicial queda firme, convirtiéndose en cosa juzgada. Entonces, la cosa juzgada existe cuando hay sentencia firme y no puede ser impugnada a través de ningún recurso, ni ordinario ni extraordinario.

## **Principio de oportunidad**

El principio de oportunidad, se encuentra establecido en el artículo 38, que se incluyó en el *Código Orgánico Procesal Penal*; este principio permi-

te al fiscal del Ministerio Público prescindir del ejercicio de la acción penal o ejercerla en cuanto alguno de los sujetos que intervinieron en el hecho, siempre que medie aprobación del Juez de Control. Existen diversos supuestos de aplicación de este principio, tales como los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso u otros supuestos señalados en el mencionado artículo.

En lo referente, cuando se trate de un hecho que por su insignificancia no afecte gravemente el interés público; cuando la participación del imputado se estime de menor relevancia; cuando en los delitos culposos el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave; como también, cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta.

### **Principio de apreciación de la prueba**

El principio de apreciación de las pruebas, se encuentra reglamentado en el artículo 22 del texto adjetivo penal, que dispone lo siguiente: *“las pruebas se apreciarán por el Tribunal según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia”*. Aquí se consagra el método de la sana crítica como forma general de valoración de la prueba, sobre la base de los conocimientos científicos, razonamientos lógicos y las máximas de experiencia.

De tal manera, los jueces están obligados a motivar sus decisiones respecto a la prueba, valoradas aplicando el método de la sana crítica, a los efectos de que las partes conozcan las razones del juzgador en sentenciar. Igualmente en la apreciación de las pruebas se realizan conforme al debido proceso, en la obtención, legalidad, licitud, pertinencia y utilidad de la prueba, valorándola en forma individual y holísticamente.

### **Principio de oficialidad**

Este principio lo establece el artículo 11 del texto adjetivo penal, en que el ejercicio de la acción penal corresponde exclusivamente al Estado, quien la ejerce a través del Ministerio Público, el cual se encuentra obligado a ejercerla, salvo las excepciones establecidas en la ley; de tal manera, que el monopolio de la acción penal en el sistema acusatorio venezolano, le ha sido conferido al Ministerio Público, quien conforme al principio de

legalidad la ejercerá. Igualmente conforme al artículo 285 numeral 4 de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.

En efecto, corresponde al Ministerio Público la dirección de las actividades de investigación penal, en coordinación con los organismos de policía de investigación, para el aseguramiento de los elementos de prueba y la posibilidad de la determinación del hecho y la atribución a determinada persona.

### **Principio de doble instancia**

De acuerdo a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 49 numeral 1, el sistema acusatorio venezolano, tiene la doble instancia. Este principio implica que todo enjuiciamiento podrá ser repetido, al menos a petición del acusado condenado, ante un Tribunal diferente al que conoció de la primera instancia.

### **Principio de oralidad**

El principio de oralidad está reglamentado en el artículo 14, que se refiere a que *“el juicio será oral y sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en la audiencia, conforme a las disposiciones de este Código”*. Así mismo, es admitido en el artículo 338 COPP, que establece:

“La audiencia pública se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a los alegatos y argumentaciones de las partes, como a las declaraciones del acusado o acusada, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participen en ella. Durante el debate, las resoluciones serán fundadas y dictadas verbalmente por el Tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, dejándose constancia en el acta del juicio. El Tribunal no admitirá la presentación de escritos durante la audiencia pública.”

Ciertamente, la oralidad es sumamente importante porque contribuye a la transparencia y celeridad del proceso, porque aporta una carga de percepción por parte del juez, abogados, fiscales y el público, sobre la aptitud y la forma de expresión de aquellos que intervienen durante el proceso. En efecto, principalmente el juicio es oral, no descartándose

la escritura en algunas actuaciones procesales, y las pruebas deben ser incorporadas en la audiencia oral, para ser valoradas conforme a la ley. También se aplica la oralidad en la audiencia preliminar. El principio de oralidad, está sustentado conforme al artículo 257 de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, donde refiere que el procedimiento se debe de adoptar de una forma oral.

## **El principio de publicidad**

El principio de publicidad es característico del sistema acusatorio venezolano, en el artículo 15 del *Código Orgánico Procesal Penal*, lo establece: “*El juicio oral tendrá lugar en forma pública, salvo las excepciones de ley*”. Efectivamente, el hecho de ser público garantiza su transparencia, su pulcritud y la paridad en el proceso judicial, al mismo tiempo elimina la clandestinidad, el secreto sumarial que predominaba en el sistema inquisitivo, garantizando un juicio justo con las garantías del debido proceso. Las partes presenciarán toda la materialización del debate oral y público y la colectividad puede presenciar el debate, permitiendo el acercamiento del ciudadano común a la administración de justicia, lo cual representa un control democrático de la actuación judicial y de las partes.

## **Excepciones al principio de publicidad**

La regla es la publicidad en la celebración del juicio oral, sin embargo, este principio comporta ciertas excepciones, previstas en el artículo 316 del *Código Orgánico Procesal Penal*, que establece:

“El debate será público, pero el Tribunal podrá resolver que se efectúe, total o parcialmente a puertas cerradas, cuando:

1. Afecte el pudor o la vida privada de alguna de las partes o de alguna persona citada para participar en él.
2. Perturbe gravemente la seguridad del Estado o las buenas costumbres.
3. Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible.
4. Declare un menor de edad y el Tribunal considere inconveniente la publicidad.

5. Cualquier otra circunstancia que a criterio del juez o la jueza, perturbe el normal desarrollo del juicio.

La resolución será fundada y se hará constar en el acta del debate. Desaparecida la causa de la clausura, se hará ingresar nuevamente al público. El Tribunal podrá imponer a las partes el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron, decisión que constará en el acta de debate.”

### **Principio de inmediación**

El principio de inmediación, se establece en el texto adjetivo penal, en el artículo 16, que señala que: “*los jueces o juezas que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento*”. Este principio permite que el juez aprecie los hechos y los alegatos sin un mediador; por lo que el juez al dictar su sentencia se basa en lo apreciado en el juicio oral y público, con todas las circunstancias desarrolladas y las pruebas practicadas, para lograr la convicción, existiendo una relación directa con las partes, testigos, expertos y evidencias, por lo que su presencia es fundamental en su decisión.

### **Principio de concentración**

El principio de concentración, se encuentra establecido en el artículo 17 del *Código Orgánico Procesal Penal*, que señala lo siguiente: “*Iniciado el debate, éste debe concluir sin interrupciones en el menor número de días consecutivos posibles.*” En efecto, de conformidad con este postulado, una vez que se inicia el debate, éste debe concluir en el mismo día, si no fuera posible, debe concluir en el menor de días posible. Esto coadyuva a una mayor celeridad procesal, que redundará en la administración de justicia. Este principio, debe entenderse de manera elemental como la reunión de todas las actividades procesales en la menor cantidad posible de actos, evitándose la dispersión, lo cual de manera significativa contribuye a una mayor premura y economía del proceso penal acusatorio.

### **Principio de contradicción**

Este principio, está establecido en el artículo 18 del texto adjetivo penal, que señala: “*El proceso tendrá carácter contradictorio.*” Este principio es

garante de la seguridad jurídica, de un debido proceso, del derecho controvertir la prueba, el derecho a ser oído con todas las garantías, y del derecho a la defensa, ya que, desde el primer instante, ambas partes podrán exponer sus argumentos y alegatos, lo cual le permitirá al juez tener una perspectiva objetiva e imparcial de los hechos controvertidos. Este principio está muy relacionado con el principio de igualdad, ya que las partes deben debatir con las mismas armas e iguales circunstancias. De tal manera, que éste es uno de los principios estructurales del proceso penal, y si el mismo no está presente, es imposible hablar de proceso.

### **Principio de autonomía, independencia y autoridad de los jueces**

En lo referente, se establece en los artículos 4 y 5 del *Código Orgánico Procesal Penal*, conforme a los cuales, los jueces son autónomos e independientes, de cualquier rama del poder en el ejercicio de sus funciones, debiendo sólo obediencia a la ley, al derecho y a la justicia, cumpliendo de esta manera sus decisiones y haciéndolas cumplir. En caso de interferencia en el ejercicio de sus funciones los jueces deberán informar al Tribunal Supremo de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia, a los fines de que la haga cesar. También para el mejor cumplimiento de las funciones de jueces y Tribunales, las demás autoridades de la República están obligados a prestarles la colaboración que les requieran en el desarrollo del proceso.

### **Principio de la participación ciudadana**

El principio de la participación ciudadana, fue implementado en el *Código Orgánico Procesal Penal*, del año 1998, que señalaba en su artículo 3, que los ciudadanos podrán participar directamente en la administración de la justicia penal, a través de la figura de los escabinos o jueces legos y el jurado, donde los ciudadanos conjuntamente con el juez letrado, podían impartir justicia. Sobre este particular, actualmente, en el *Código Orgánico Procesal Penal*, del año 2012, los ciudadanos no participan directamente en la administración de justicia, dictando sentencia, sino que simplemente pueden participar en la selección y designación de los jueces, así como la asistencia y contraloría social en los juicios orales, y el seguimiento para la aplicación de fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y cumplimiento de la pena.

## **Principio de la carga de la prueba**

En materia penal significa que al acusador le corresponde la carga de probar la responsabilidad del imputado, y si no la satisface, el mismo debe ser absuelto. En el proceso penal acusatorio venezolano, la carga de la prueba, la lleva el Ministerio Público, como titular de la acción penal, de conformidad con el artículo 11 del Código Adjetivo Penal; asimismo, el artículo 24 del código *in comento*, señala que esta institución, es la que debe ejercer de oficio la acción penal, salvo que sólo pueda ejercerse por la víctima o su requerimiento.

En consecuencia, la actividad probatoria de búsqueda de la prueba, es la desarrollada por el Ministerio Público o los órganos de investigación penal bajo su dirección funcional, tendiente a la identificación, fijación y determinación de evidencias y elementos de convicción que puedan conducir a la obtención de fuentes y medios de pruebas, y tiene competencia exclusiva de la acusación; mientras que el juez no interviene directamente en la aportación y obtención de pruebas, sino con una participación excepcional, su actuación se centra en el control de la legalidad de la actividad probatoria y en la valoración de la prueba, ajustándose en la sana crítica.

## **4. FASES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO**

El *Código Orgánico Procesal Penal* venezolano, establece tres fases o etapas del proceso penal venezolano, las cuales son: fase preparatoria o de investigación, fase intermedia y fase de juicio, la ejecución de sentencia, y prevé los recursos de apelación y casación.

### **Fase preparatoria**

La fase preparatoria del proceso penal, es la fase que comienza con el inicio de la investigación por parte del Ministerio Público y termina con un acto conclusivo, que puede devenir, transformándose en un archivo fiscal, un sobreseimiento o cuando el fiscal presente la acusación ante el Tribunal de Control.

En efecto, en la fase preparatoria, el Ministerio Público como director de la investigación del proceso penal, dirige y supervisa la investigación; éste sin dilación alguna, luego de cometerse un delito, ordenará mediante el auto de apertura, proceder a que se realice la investigación y esclarecimiento del hecho, para inculpar o exculpar al imputado y decide

si hay elementos de convicción para proceder la imputación, así como cualquier acto conclusivo. La víctima puede solicitar que se practiquen diligencias probatorias; la defensa puede promover pruebas para desvirtuar los hechos que se imputan y el imputado podrá hacer peticiones para derrumbar esa imputación.

En esta fase, también llamada de investigación, tiene por finalidad, conforme al artículo 262 del Texto Adjetivo Penal, la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad, recabando todos los elementos de convicción que sirvan de fundamento tanto a la acusación fiscal, como a la defensa del imputado, para de esta forma garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso.

De tal manera, el Texto Adjetivo Penal, en su artículo 287, el imputado, las personas a quienes se les haya dado intervención en el proceso y sus representantes, podrán solicitar al fiscal la práctica de diligencias para el esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público las llevará a cabo si las considera pertinentes y útiles, debiendo dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente correspondan. En consecuencia, es este órgano el que recibe todas las solicitudes de diligencias de investigación requeridas por los sujetos que tengan interés en el proceso penal de conformidad con el *Código Orgánico Procesal Penal*.

En esta fase interviene el juez de Control para realizar pruebas anticipadas de conformidad con el artículo 289 del *Código Orgánico Procesal Penal*, en el sentido, cuando sea necesario practicar un reconocimiento, inspección o experticia, que por su naturaleza y características deban ser consideradas como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración, que por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio; las mismas deben cumplir los requisitos de licitud, legalidad, necesidad, pertinencia y utilidad.

Esta etapa finaliza, luego de que el Ministerio Público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción, y que estime que esa investigación proporcione fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, procede a presentar la acusación fiscal ante el Tribunal de control, en su defecto procede un archivo fiscal o un sobreseimiento.

### **Fase intermedia**

Efectivamente, la fase intermedia, es la fase que va entre la fase preparatoria y la fase de juicio oral y público, de ahí su nombre, la cual se



desarrolla fundamentalmente en la audiencia preliminar, y comprende actuaciones previas y posteriores a ésta. Teniendo por objetivo fundamental, resolver si existen motivos para admitir la acusación presentada por el Ministerio Público y de la víctima, si fuera el caso.

En consonancia, al ser presentada la acusación, el juez de Control convocará a las partes a una audiencia oral, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de quince días ni mayor de veinte, en caso de que hubiera que diferir la audiencia, ésta deberá ser fijada nuevamente en un plazo que no podrá exceder de veinte días. La víctima podrá, dentro del plazo de cinco días, contados desde la notificación de la convocatoria, adherirse a la acusación del fiscal o presentar una acusación particular propia, cumpliendo los requisitos del artículo 308 del Texto Adjetivo Penal.

En esta etapa, hasta cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para la celebración de la audiencia preliminar, el Fiscal del Ministerio Público, la víctima, siempre que se haya querrellado o haya presentado una acusación particular propia, y el imputado podrá realizar por escrito, actos relativos a la actividad probatoria, entre los cuales, se podrá proponer las pruebas que podrían ser objeto de estipulación entre las partes, promover las pruebas que producirían en el juicio oral con indicación de la pertinencia y necesidad, así como ofrecer nuevas pruebas de las cuales hayan tenido conocimiento con posteridad a la presentación de la acusación fiscal; esto de acuerdo con el artículo 31 del Código Adjetivo Penal.

### **Fase de juicio**

La fase de juicio se inicia con el auto de apertura a juicio dictado por el juez de Control, una vez admitida la acusación. Tiene como cumbre el acto de juicio oral y público, en el cual se evacuarán todos aquellos elementos probatorios que fueron admitidos en la audiencia preliminar. Una vez terminado el juicio, el juez debe pronunciarse sobre la responsabilidad y culpabilidad del acusado, en atención a los hechos que se le acusan.

En efecto, constituye el juicio oral y público, la fase fundamental del proceso ordinario, en cuanto es en ella donde, conforme se había dicho antes, se patentiza con mayor amplitud los principios y garantías procesales propias del sistema acusatorio, con base a las apreciaciones deducidas por el debate, se decide en consecuencia, acerca de la imputación materia del proceso.

Es el juicio oral y público, donde se va a establecer los dos extremos esenciales del proceso penal, como es la culpabilidad y el hecho punible, y es donde se materializa la prueba con los principios de inmediación, publicidad, oralidad, concentración y contradicción. En esta etapa, fundamentalmente se va a evacuar y valorar la prueba, que fueron promovidas en la fase preparatoria y fase intermedia respectivamente en sus diferentes modalidades; excepcionalmente en esta fase, las partes promueven pruebas, de las cuales hayan tenido conocimiento posterior a la audiencia preliminar o si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos.

Por otro lado, además existen en el *Código Orgánico Procesal Penal*, los recursos de apelación y de casación, que constituyen un derecho de las partes, y no una fase del proceso como tal; por lo tanto, la impugnación de las decisiones o medidas de los Tribunales, se trata de una actividad resaltante del ejercicio de un derecho de las partes y no una etapa del proceso. También existe la ejecución de la sentencia, que consiste en materializar la voluntad expresada de un juez en su escrito de sentencia; se trata de concretar mayores garantías para el penado, quien podrá impugnar las decisiones que tengan que ver con el cumplimiento o extinción de la pena, fortaleciéndose las funciones administrativas y judiciales, en una actividad de mayor garantía del penado, teniendo el Tribunal de Ejecución, la potestad de resolver el otorgamiento de procedimientos alternativos del cumplimiento de la pena y el respeto a los derechos humanos.

## 5. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA INVESTIGACIÓN

De acuerdo a la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, en su artículo 285 numeral 3, el Ministerio Público tiene la atribución de ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles, para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración. Por su parte, en su numeral 4 del mencionado artículo, le corresponde ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesaria instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley.

De igual manera, la *Ley Orgánica del Ministerio Público*, en su artículo 16, señala las competencias del órgano director de la investigación

penal, entre las cuales se destacan: garantizar el debido proceso, la celeridad y la buena marcha de la administración de justicia, el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como ordenar, dirigir y supervisar todo lo relacionado con la investigación y acción penal, practicar por si mismo o por el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, o por los órganos con competencia especial y de apoyo en materia de investigaciones penales, las actividades indagatorias para demostrar la perpetración de los actos punibles; hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y establecer la responsabilidad de los autores y demás partícipes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con su perpetración.

Efectivamente, el Ministerio Público como garante y director de la investigación penal, garantiza el estricto cumplimiento de los principios, postulados y disposiciones legales, para preservar la transparencia de la investigación y el debido proceso; así como, las actividades encaminadas en esclarecer el hecho delictivo, descubrir la verdad, identificar al autor del hecho, otros partícipes, también como el medio empleado para la ejecución del hecho punible; para de esta forma, recabar los medios de prueba útiles, legales, necesarios y pertinentes para coadyuvar en el proceso de establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del Derecho.

En este orden de ideas, el Ministerio Público como ente titular de la acción penal, de acuerdo al artículo 11 del *Código Orgánico Procesal Penal* y de conformidad con el artículo 111 *eiusdem*, tiene la potestad en la dirección de la investigación penal, para averiguar la verdad, establecer la identidad plena de sus autores y partícipes; ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de policía de investigaciones en lo que se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción; requerir de organismos públicos o privados, altamente calificados, la práctica de peritajes o experticias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación, sin perjuicio de la actividad que desempeñen los órganos de policía de investigaciones penales.

Así mismo, ordenar el archivo de los recaudos, mediante resolución fundada, cuando no existan elementos suficientes para proseguir la investigación; solicitar cuando corresponda el sobreseimiento de la causa o la absolución del imputado, imputar al autor o partícipe del hecho punible; formular y ampliar la acusación cuando haya lugar, y solicitar la aplica-

ción de la pena correspondiente, entre otras atribuciones del Ministerio Público en el proceso penal; así como ordenar el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados directamente con la perpetración del delito.

En tal sentido, el artículo 265 del Texto Adjetivo Penal, establece que el Ministerio Público, cuando de cualquier modo tenga conocimiento de la perpetración de un hecho punible de acción pública, dispondrá que se practiquen las diligencias tendientes a investigar y hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes, y el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.

En suma, el Ministerio Público funge como titular de la acción penal y entre sus atribuciones se encuentra la de dirigir la investigación de los hechos punibles, de manera que una vez perpetrado el delito de acción pública y en el uso de sus atribuciones, debe realizar todo lo concerniente para el inicio de la investigación. De conformidad con el artículo 282 del mencionado Código Adjetivo Penal.

El Ministerio Público, es el único autorizado para dictar el auto de apertura de la investigación, ordenando sin pérdida de tiempo la investigación correspondiente y dispondrá que se practiquen todas las diligencias necesarias y urgentes para hacer constar las circunstancias del hecho delictivo; en ningún hecho la institución policial puede dictar el auto de apertura, ésta es una potestad del Ministerio Público.

Es de acotar, en caso de que la denuncia es recibida por las autoridades de policía, éstas las comunicarán al Ministerio Público dentro de las doce horas siguientes y sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes. Las diligencias necesarias y urgentes estarán dirigidas a identificar y ubicar a los autores y demás partícipes del hecho punible, y al aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.

Así mismo, el Ministerio Público, de conformidad con el artículo 291 del Texto Adjetivo Penal, entre sus facultades de investigaciones penales, puede exigir informaciones de cualquier particular, funcionario público, emplazándolos conforme a las circunstancias del caso, y practicar por sí o hacer practicar por funcionarios policiales, cualquier clase de diligencias. Los funcionarios policiales están obligados a satisfacer el requerimiento del Ministerio Público.

## 6. LOS ÓRGANOS DE INVESTIGACIÓN PENAL

Ciertamente, los órganos de investigación penal, son aquéllos autorizados para realizar funciones de investigación de los hechos delictivos, en la verificación, determinación y esclarecimiento del hecho conocido y en la identificación, ubicación y detención de los autores y partícipes. En lo concerniente, el artículo 113 del *Código Orgánico Procesal Penal*, señala: “*Son órganos de policía de investigaciones penales los funcionarios o funcionarias a los cuales la ley acuerde tal carácter, y todo otro funcionario o funcionaria que deba cumplir las funciones de investigación que este Código establece.*”

Por su parte, el artículo 114 del Texto Adjetivo Penal, indica:

“Corresponde a las autoridades de policía de investigaciones penales, la práctica de las diligencias conducentes a la determinación de los hechos punibles y a la identificación de sus autores o autoras y partícipes, bajo la dirección del Ministerio Público.”

En efecto, los órganos de investigaciones penales, tienen la facultad de realizar las diligencias propias de investigación criminal y criminalística, de practicar las diligencias urgentes y necesarias, de ejecutar el plan de investigación científico policial para el descubrimiento y comprobación del delito, sus características, la identificación de los autores y partícipes, el aseguramiento de los objetos activos y pasivos del delito, así como de cumplir con las diferentes labores que le asigne el Ministerio Público, en la resolución de los hechos delictivos.

Al respecto, el Decreto-Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas y Ciencias Forense, regula el servicio de policía de investigación, y de auxilio a la administración de justicia penal, con fundamento en las normas, principios y valores establecidos en la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, señalando en el artículo 3, lo siguiente:

“El servicio de policía de investigación es el conjunto de acciones ejercidas en forma exclusiva por el Estado a través de los órganos y entes con competencia en materia de investigación penal y policial, conforme a los lineamientos y directrices con-

tenidos en la legislación nacional y los que sean dictados por el Órgano Rector, con el propósito de determinar la comisión de hechos punibles.”

En efecto, el servicio de policía de investigación, está bajo la rectoría del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana, indicando el referido decreto, en su artículo número 22, lo siguiente:

“El Sistema Integrado de Policía de Investigación, comprende la articulación de los órganos y entes que ejercen el servicio de policía de investigación penal y policial, y que coadyuvan a su prestación, a través del desarrollo de una estructura que asegure su gestión y eficiencia, mediante el cumplimiento de principios, normas y reglas comunes sobre la formación, la carrera, el desempeño operativo, los niveles y criterios de actuación, las atribuciones, deberes comunes y los mecanismos de supervisión y control.”

Es de resaltar, que en las atribuciones generales de los órganos y entes con competencia en materia de investigación penal, corresponde al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y a los cuerpos de policía debidamente habilitados, ejercer atribuciones y competencia en materia de investigación penal; por su parte, le compete al Ministerio Público, ordenar y dirigir la investigación penal en los casos de perpetración de delitos, de conformidad con las competencias y atribuciones establecidas en la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, las leyes y reglamentos orientados al ejercicio de estas atribuciones fundamentalmente a garantizar la constitucionalidad y legalidad de los actos y actuaciones de investigación penal y policial.

Efectivamente, los órganos de investigación penal están bajo la dirección del órgano titular de la acción penal; en lo concerniente, los órganos de policía tienen el deber de preservar las evidencias del hecho punible, del lugar del delito para que no sea modificado, de los instrumentos utilizados u objetos relacionados con el delito, de la identificación de las personas involucradas o que tengan conocimiento del hecho punible, y de la práctica de las diligencias urgentes y necesarias que sean de utilidad para el esclarecimiento del caso. Todas estas actuaciones se deben poner

al servicio del Ministerio Público, como órgano que lleva la dirección de la investigación penal.

Sobre los órganos de investigación penal, existe jurisprudencia de la Sala Constitucional, con ponencia del magistrado PEDRO RONDÓN HAAZ, sentencia número 2037, de fecha 27 de noviembre de 2006, expediente número 06-0'762, que señala : “... *Los cuerpos policiales son los encargados de la realización de la actividad de investigación criminal bajo la dirección del Ministerio Público*”.

Así mismo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional, sentencia número 130, de fecha 01 de febrero de 2006, expediente número 00-0859, ha señalado:

“Las fuerzas de policía son, en realidad imprescindibles en la labor de los Tribunales Penales. Las policías aprehenden a personas en el mismo momento en que se les observa cometiendo el hecho tipificado como punible o investigan para dar con los sospechosos y solicitar del Tribunal que les permita capturarlos y ponerlos luego a sus órdenes. Los jueces, así, juzgan a quienes los órganos policiales suelen traer ante ellos. Sin órganos de policía el sistema de justicia estaría incompleto. Negar a los cuerpos policiales el poder para efectuar detenciones cuando en sus tareas diarias observan cómo algunas personas violan la ley o cuando se esfuerzan en investigar para descubrir quién lo ha hecho, implicaría vaciar de contenido su misión, en franco perjuicio para la colectividad...”

## 7. EL JUICIO ORAL Y PÚBLICO

Antes de pasar el caso a un Tribunal de Juicio, se realiza una audiencia preliminar en la fase intermedia, en la cual el juez de Control, que nunca podrá ser en el mismo asunto el juez de juicio, dirigirá lo que se ha llamado según el artículo 313 del *Código Orgánico Procesal Penal*, la audiencia preliminar, en la cual se harán los alegatos pertinentes tanto del fiscal como de la defensa, para que luego el juez decida, si el asunto ha de pasarlo al juez de juicio, a fin de procesar penalmente al acusado, y decidir igualmente si ese procedimiento se realizará con el procesado en libertad o detenido; admitir los medios de prueba, sin son legales, lícitos, pertinentes y necesarios; resolver las excepciones opuestas; sentenciar conforme al

procedimiento por admisión de los hechos; aprobar los acuerdos reparatorios; acordar la suspensión condicional del proceso, así como dictar sobreseimiento. En ningún caso se permitirá que en la audiencia preliminar se planteen cuestiones que son propias del juicio oral y público.

En efecto, una vez recibidas las actuaciones, la cual no contienen pruebas, pues las mismas no se han practicado, con ciertas excepciones de la prueba anticipada, el juez presidente fijará la fecha para la celebración de la audiencia pública, la cual deberá tener lugar no antes de quince días ni después de treinta desde la recepción de las actuaciones en cuestión. El mismo artículo 325 fija la serie de diligencias previas a realizar para la preparación de ese momento estelar del proceso que es el juicio oral y público, así que ordena ocuparse de la citación de todo aquel que deba estar presente, como testigos y expertos incluido obviamente el acusado.

### **El Auto de apertura a juicio**

En el artículo 314 del *Código Orgánico Procesal Penal*, se establece:

“La decisión por la cual el juez o jueza admite la acusación se dictará ante las partes. El auto de apertura a juicio deberá contener:

1. La identificación de la persona acusada.
2. Una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación jurídica provisional y una exposición sucinta de los motivos en que se funda y, de ser el caso, las razones por las cuales se aparta la calificación jurídica de la acusación.
3. Las pruebas admitidas y las estipulaciones realizadas entre las partes.
4. La orden de abrir el juicio oral y público.
5. El emplazamiento de las partes para que, en el plazo común de cinco días, concurran ante el juez o jueza de juicio.
6. La instrucción al secretario de remitir al Tribunal competente la documentación de las actuaciones y los objetos que se incautaron.



Este auto será inapelable, salvo que la apelación se refiera sobre una prueba inadmitida o una prueba ilegal admitida.”

### **Desarrollo del debate. Apertura**

Al respecto, el artículo 327 del *Código Orgánico Procesal Penal*, señala lo siguiente:

“En el día y hora fijados, el juez o jueza se constituirá en el lugar señalado para la audiencia. Después de verificar la presencia de las partes, expertos o expertas, interpretes o testigos que deban intervenir, el juez o jueza declarará abierto el debate, advirtiendo al acusado o acusada y al público sobre la importancia y significado del acto.

En caso que el acusado o acusada en estado contumaz se niegue a asistir al debate, se entenderá que no quiere hacer uso de su derecho a ser oído en el proceso, por lo que se procederá a realizar el debate fijado con su defensor o defensora, si asiste, o en su defecto con un defensor o defensora pública que se le designará a tal efecto; de igual manera se procederá en caso de que el acusado o acusada que esté siendo juzgado o juzgada en libertad o bajo una medida cautelar sustitutiva de libertad, no asista al debate injustificadamente, pudiendo el juez o jueza, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, revocar la medida cautelar.

Seguidamente, en forma sucinta, el o la fiscal y el o la querrelante expondrán sus acusaciones y el defensor o defensora su defensa.”

Al respecto, el juez luego de verificar la presencia de las personas que deban participar en el juicio, declara abierto el debate. Las partes tienen el derecho a exponer la acusación y la defensa respectivamente. La misma se trata de una exposición breve, que hacen las partes sobre el caso. El fiscal del Ministerio Público hace una exposición de la teoría del caso, indicando los hechos y presentando la argumentación fundamental de la acusación, señalando los elementos probatorios que se presentarán en el desarrollo del debate; mientras que la defensa del imputado presentará los argumentos de su defensa.

Entendiéndose que el acusado, estando asistido de un abogado defensor, ha negado la imputación en todo o en parte, teniendo esta audiencia características de contradicción, inmediación, oralidad, publicidad y concentración.

### **Recepción de pruebas**

Después de las exposiciones de las partes, el juez o jueza recibirá declaración al acusado con las formalidades de este Código. Le explicará con palabras claras y sencillas el hecho que se le atribuye, y le advertirá que puede abstenerse de declarar sin que su silencio le perjudique, y que el debate continuará aunque no declare. Permitirá que manifieste libremente cuanto tenga por conveniente sobre la acusación, pudiendo ser interrogado posteriormente. Podrán interrogarlo el Ministerio Público, el querellante, el defensor y el Tribunal, en ese orden. El imputado podrá abstenerse de declarar total o parcialmente. Luego de la declaración del acusado el juez procederá a recibir la prueba en el orden siguiente: los expertos, los testigos, otros medios de prueba, así como pueden surgir nuevas pruebas.

### **Discusión final y cierre del debate**

De acuerdo al artículo 343 del Texto Adjetivo Penal, terminada la recepción de las pruebas, el juez concederá la palabra, sucesivamente, al fiscal, al querellante y al defensor, para que expongan sus conclusiones.

No podrán leerse escritos, salvo extractos de citas textuales de doctrina o de jurisprudencia para ilustrar el criterio del Tribunal, sin perjuicio de la lectura parcial de notas para ayudar a la memoria. Si intervinieron dos o más fiscales y querellantes o defensores, todos podrán hablar, repartiendo sus tareas para evitar repeticiones o dilaciones. Seguidamente, se otorgará al fiscal, al querellante y al defensor la posibilidad de replicar, para referirse sólo a las conclusiones formuladas por la parte contraria que antes no hayan sido discutidas.

El juez o jueza impedirá cualquier divagación, repetición o interrupción. En caso de manifiesto abuso de la palabra, llamará la atención al orador y si éste persiste, podrá limitar el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en el examen, las pruebas recibidas y las cuestiones por resolver. Si está presente la víctima y desea exponer, se le dará la palabra, aunque no haya presentado querrela. Finalmente,

el juez preguntará al acusado, o a su defensor, si tiene algo más que manifestar. A continuación declarará cerrado el debate.

### **La sentencia**

De acuerdo al artículo 344 del *Código Orgánico Procesal Penal*, cerrado el debate, el juez se retirará de la Sala a elaborar la sentencia y convocará a las partes para el mismo día, a fin de imponerlos del contenido de ésta o del dispositivo del fallo. La sentencia debe contener, de conformidad con el artículo 346 del Texto Adjetivo Penal, lo siguiente:

1. La mención del Tribunal y la fecha en que se dicta; el nombre y apellido del acusado y los demás datos que sirvan para determinar su identidad personal.
2. La enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio.
3. La determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el Tribunal estime acreditados.
4. La exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de Derecho.
5. La decisión expresa sobre el sobreseimiento, absolución o condena del acusado, especificándose en este caso con claridad las sanciones que se impongan.
6. La firma del juez.

### **8. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES**

Dentro del *Código Orgánico Procesal Penal*, en el libro tercero, se establecen los procedimientos especiales. Estos procedimientos han sido dispuestos por el legislador, a fin de encauzar procesalmente determinadas situaciones, dependiendo de las mismas, contienen variaciones a nivel procedimental dependiendo de los requerimientos de las mismas situaciones; no obstante, en aquellos aspectos no regulados, se aplica las disposiciones del procedimiento ordinario.

Al respecto, el Texto Adjetivo Penal establece distintos procedimientos, como son: procedimiento para el juzgamiento de los delitos menos graves artículo 354 y siguientes. Procedimiento abreviado artículo 372 y

siguientes; procedimiento por admisión de los hechos artículo 375; procedimiento para juzgar al Presidente de la República y altos funcionarios artículo 376 y siguientes; procedimiento de extradición artículo 382 y siguientes; procedimientos de delitos de acción privada artículo 391 y siguientes, y el procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad artículo 410 y 411.

Por otra parte, en el sistema acusatorio venezolano, en el libro cuarto del *Código Orgánico Procesal Penal*, se establecen los recursos, éstos son mecanismos procesales para impugnar las decisiones dictadas por los Tribunales, cuando hayan generado agravio a la parte recurrente. Tienen su basamento en la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, en el artículo 49 numeral 1, que señala que toda persona culpable tiene derecho a recurrir el fallo, con las excepciones establecidas en la Constitución y la ley. En efecto, mediante los recursos o medios de impugnación la parte tiene la posibilidad por medio de una nueva sentencia, anular una decisión judicial que es perjudicial.

# RESPONSABILIDAD DEMOCRÁTICA Y PARTICIPACIÓN DE LEGOS EN LOS PROCESOS PENALES\*

TATJANA HÖRNLE\*\*

## 1. INTRODUCCIÓN: JURADOS Y JUECES LEGOS EN INGLATERRA Y ALEMANIA

¿Qué condiciones debe un Tribunal cumplir para decidir legítimamente sobre el acusado y su delito? ¿En qué medida están los tópicos “responsabilidad democrática” y “juicios justos e imparciales” relacionados? Específicamente: ¿la participación lega es un elemento esencial o al menos un elemento importante, o es simplemente una cuestión de desarrollos históricos y convenciones? La participación legal es un elemento central en la organización de los juicios penales en el Reino Unido —en el juicio de jurados y en los Tribunales de Magistrados—. A pesar que los juicios de jurado son sucesos raros y la amplia mayoría de condenas no están basadas en decisiones de jurados,<sup>1</sup> la *existencia* de jurados juega un rol crucial en el marco teórico de los juicios criminales. El resumen introductorio de nuestro seminario da testimonio de que al afirmar que una de las tres condiciones pensadas para asegurar la legitimidad (además de la separación de poderes y la publicidad del juicio) es la participación de los legos.<sup>2</sup> Las palabras “involucramiento” y “participación” apuntan a un *modus* donde los jueces profesionales y los legos cooperan. Uno podría tomar el concepto de responsabilidad democrática adicionalmente y sostener que un modelo

---

\* Traducción del artículo “Democratic Accountability and lay participation in Criminal Trials” (publicado en: Duff, Antony/Farmer, Lindsay/Marshall, Sandra/Tadros, Víctor (Eds). *The trial on trial. Judgment and calling the account*, volumen 2, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 135- 153) a cargo de LUIS MIGUEL REYNA ALFARO.

\*\* Catedrática de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Filosofía del Derecho y Derecho Comparado de la Universidad Humboldt de Berlín, Alemania.

1 Ver, por ejemplo, AULD, Lord Justice. *Review of the Criminal Courts in England and Wales* (de aquí en adelante Auld Report, London, HMSO, 2001), 135.

auténticamente democrático debería confiar *sólo* en jueces legos. Los Tribunales de Magistrados podrían ser vistos como un modelo de jurisdicción democrática. Sin embargo, yo no voy a seguir esa línea de pensamiento. El *status quo* en Inglaterra no es generalmente elogiado por la calidad excepcional del trabajo de los magistrados. Por el contrario, los abogados penalistas critican su falta de entrenamiento profesional.<sup>2</sup> Uno difícilmente podría recomendar dejar todos los juicios penales (los casos más graves y aquellos con dificultosos procedimientos probatorios) en manos de los jueces legos sin orientación a través de un juez profesional. Por lo tanto, un *sistema mixto incluyendo personas legas y jueces profesionales* podría ser recomendable o incluso necesario.

Antes de analizar la aproximación de la “responsabilidad democrática”, una descripción breve del sistema de Tribunales alemán es conveniente.<sup>3</sup> La participación lega no es mencionada en la Constitución Alemana (la “*Grundgesetz*”). El Tribunal Supremo permite la inclusión de jueces legos en diferentes Tribunales sucursales; sin embargo, no exige tal solución.<sup>5</sup> A nivel de la *organización de los tribunales*, el sistema legal alemán todavía está fuertemente influenciado por la idea de la participación laica. Los jurados fueron abolidos en 1924, pero los Tribunales Penales hoy incluyen jueces legos presidiendo el juicio con los jueces profesionales (ellos son llamados “*Schöffen*”). Solamente las ofensas menores ante los Tribunales Inferiores (*Amtsgerichte*) son oídos por un juez profesional individual.<sup>6</sup> Para cualquier otro delito, los Tribunales Inferiores se sientan con dos jueces legos y un juez profesional.<sup>7</sup> En las Cortes Superiores que se ocupan de los delitos más graves (*Landgerichte*) dos jueces legos y dos o tres jueces profesionales deciden.<sup>8</sup> Los jueces legos tienen derechos

2 Si no véase también DARBYSHIRE, P. “The Lamp that Shows that Freedom Lives: is it Worth the Candle?” (1991) *Criminal Law Review* 740; para una más cuidadosa evaluación de un “derecho a juicio de jurado” véase además ASHWORTH, A.J. *The Criminal Process* (2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1998) 257.

3 ASHWORTH, *ibid*, 262; DARBYSHIRE, P. “For the New Lord Chancellor: Some Causes for Concern about Magistrates” (1997), *Criminal Law Review* 861.

4 Véase además DUBBER, M. “American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure” (1997), *Stanford Law Review* 547 (556 ff.).

5 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 27, 312, 319 f.; 42, 206, 208 f.; 48, 300, 317.

6 Secc. 25 Gerichtsverfassungsgesetz.

7 Secc. 28, 29 Gerichtsverfassungsgesetz.

8 Secc. 76 Gerichtsverfassungsgesetz.

y deberes similares que los jueces profesionales. Usualmente ellos permanecen pasivos en la Sala de la Corte, pero ellos pueden y, en ocasiones, formulan preguntas. Los jueces legos participan en la adjudicación de la culpabilidad y en la decisión de determinación de la pena, y su voto es crucial: cualquier decisión en perjuicio del acusado requiere una mayoría de 2/3.<sup>9</sup> Así los jueces legos pueden superar en votos a sus colegas profesionales. Hay que agregar: ellos podrían, en teoría, en la práctica, el juez profesional orienta el proceso de deliberación después que los jueces se han retirado a sus ambientes siendo lo más probable que usen su autoridad para suprimir tales ideas. Muchos jueces profesionales perciben la obligación de cooperar con los “*Schöffen*” como aburrida y han tenido éxito en mantener su influencia reducida. Por ejemplo, a los jueces legos les es negada la posibilidad de leer los expedientes judiciales, mientras que para los jueces profesionales un examen minucioso de los expedientes es esencial cuando preparan un juicio. Además, los jueces legos no participan en la formulación del veredicto escrito o lo firman.<sup>10</sup> Pero a pesar de estas discriminaciones en el trabajo diario de los Tribunales, la ley alemana permite a los jueces legos un papel influyente.

El apoyo para la participación laica entre los *teóricos penales alemanes* es, sin embargo, pequeño. Existen voces que relacionan el trabajo de los jueces legos a la democracia. Pero estas son encontradas principalmente en folletos producidos en beneficio de los jueces legos<sup>11</sup> y ocasionalmente en discursos políticos elogiando los méritos de nuestro sistema judicial. Dentro del trabajo teórico serio, el entusiasmo acerca de la participación laica es extraño. Un colega de la Universidad de Munich concluye que la única razón para mantener la institución de los jueces legos

9 Secc. 263 Strafprozessordnung.

10 Véase SCHREIBER, H-L. “Akteneinsicht für Laienrichter“, en: G. Stratenwerth, A. Kaufmann, G. Geilen, H.J. Hirsch, H-L. Schreiber, G. Jakobs y F. Loos (eds), *Festschrift für Hans Welzel* (Berlin y New York, de Gruyter, 1974) 941; HILLENKAMP, T. ‘Zur Teilhabe des Laienrichters’, en: H-J. Albrecht, F. Dünkel, H. J. Kerner, J. Kürzinger, H. Schöch, K. Sessar y I. Villmow (eds), *Festschrift für Günther Kaiser* (Mainz, von Zabern, 1998) 1443; SPONA, D. *Laienbeteiligung im Strafverfahren*, (Frankfurt, Peter Lang Publishing Group, 2000) 101; DUBBER, n. 4 citado, 580 ff.

11 Véase LIMBACH, J. “Ehrenamtliche Richter-Demokratie oder Dekoration am Richter-tisch?”, (1999) *Zeitschrift des Bundesverbandes ehrenamtlicher Richterinnen und Richter* 55; HOHMANN-DENNHARDT, C. ‘Der verfassungsrechtliche Rahmen der Beteiligung ehrenamtlicher Richterinnen und Richter an der Rechtsprechung’, (2002) *Zeitschrift des Bundesverbandes ehrenamtlicher Richterinnen und Richter* 42-43.

es el hecho de que nosotros ya los tenemos.<sup>12</sup> Difícilmente alguno ve la participación laica como un signo importante de la democracia o como un elemento esencial para la justificación de los juicios penales. Desde hace muchas décadas los escritores defienden la participación laica parcial o proponen su abolición.<sup>13</sup>

## 2. EL RECLAMO ENÉRGICO: LA PARTICIPACIÓN LAICA ES UNA CONDICIÓN NECESARIA PARA FALLOS LEGÍTIMOS

Si uno examina la participación laica en los procesos penales, parece útil diferenciar entre dos reclamos: primero, uno podría llegar con el *reclamo enérgico* de que la participación laica es una *condición necesaria* para una *condena legítima* (o una absolución legítima) en cualquier Estado Democrático. De acuerdo a esta visión, la participación laica es esencial como la “columna vertebral democrática” de los procedimientos judiciales porque ésta *apoya y autoriza los resultados*. Un proceso sin participación laica plantearía un serio problema debido a que la decisión final no tendría un fundamento democrático.<sup>14</sup> O un *reclamo débil* se podría hacer de acuerdo al cual la participación laica es *útil o valiosa*, pero no una condición necesaria para la legitimidad del fallo. Déjenme empezar con el reclamo enérgico.

12 VOLK, K. ‘Der Laie als Strafrichter’, en: E-W. Hanack, P. Rieß y G. Wendisch (eds), *Festschrift für Hanns Dünnebier* (Berlin y New York, de Gruyter, 1982) 389.

13 Propuestas para la abolición: BAUR, F. ‘Laienrichter-heute’, en: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster (ed), *Tübinger Festschrift für Eduard Kern* (Tübingen, J B C Mohr, 1968) 54; SPONA, supra, 131; WINDEL, P. ‘Soll am Laienrichterwesen festgehalten werden?’ (1999) 112 *Zeitschrift für Zivilprozess* 293; LILLE, H. ‘Blinde Kontrollinstanz? Zur Zukunft des Schöffenamtes’ en E-W. Hanack, H. Hilger, V. Mehle y G. Widmaier (eds), *Festschrift für Peter Rieß* (Berlin y New York, de Gruyter, 2002) 303.

14 El reclamo enérgico no tiene muchos defensores en Alemania, este es mayoritariamente rechazado: VOLK, citado, 373-374; WINDEL, *ibid*, p. 295; RIESS, P., en: P. Rieß (ed), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar, Band 1* (25ta. edn, Berlin y New York, de Gruyter, 1999), Einl. I Rn. 30; BENZ, U. *Zur Rolle der Laienrichter im Strafprozess* (Lübeck, Schmidt-Römhild, 1982) 208-209.



**a) Responsabilidad Democrática**  
**¿Por qué solamente en algunos procesos?**

Uno podría argumentar que la participación laica debe ser garantizada como un requerimiento indispensable para la legitimidad de los fallos en un auténtico Estado Democrático. Para formular este argumento en una manera convincente, sin embargo, un proponente tiene que explicar por qué, por ejemplo, en el sistema inglés la participación laica no es obligatoria.<sup>15</sup> ¿Por qué debería el acusado individual ser capaz de decidir si exige o renuncia al proceso ante un jurado? Si un proceso solamente ante jueces profesionales es incompatible con el principio democrático, ¿Cómo podrían los procedimientos sin un jurado ser reconciliados con un reclamo enérgico? En Alemania, la participación de jueces legos no es una cuestión bajo decisión de los acusados. La participación laica es necesaria en procesos relacionados con acusaciones más serias, los casos menores son escuchados por un juez profesional. Esta clase de línea divisoria entre procesos con y juicios sin participación laica no es necesariamente un argumento contra el reclamo enérgico de que la democracia requiere que personas legas decidan en procesos penales. Asumiendo que el reclamo enérgico pueda ser apoyado en principio, uno podría limitar la participación laica en casos graves, *v.g.* a decisiones de grandes consecuencias en términos de condena severa. Si, no obstante, el acusado tiene una *opción incluso cuando se enfrenta con acusaciones graves*, esto apunta a razones diferentes. La idea es que uno puede involucrar a “uno de sus pares” o escoger no hacerlo. Detrás de esta opción permanece el interés personal del acusado para mejorar sus posibilidades frente a las acusaciones; la participación laica sirve como un *mecanismo de protección*. Desde esta perspectiva, una “columna vertebral democrática” sería necesaria para las condenas; las absoluciones sin participación laica no deberían plantear dificultades. Demandar la participación laica como un instrumento para el bienestar de los acusados tiene raíces históricas a las cuales yo volveré a continuación.

---

15 Si el acusado negocia su culpabilidad, no hay juicio de jurado (véase SPRACK, J. *Emmins on Criminal Procedure* [9a. Ed., Oxford, Oxford University Press, 2002] 246), además para los delitos “enjuiciables de cualquier forma” él puede optar por ser juzgado por un jurado o aceptar un proceso sumario de una Corte de Magistrados (SPRACK, *ibid*, 110). Véase, para la diferencia en el Derecho escocés DUFF, P. ‘The Defendant’s Right to Trial by Jury: A Neighbour’s View’ (2000), en: *Criminal Law Review* 85.

## b) El antecedente histórico

El respaldo histórico para un reclamo de “participación laica necesaria para proteger a los acusados” es impresionante. Para alguien viviendo en la *Alemania del siglo XIX*, la combinación de “democracia” y “participación laica en procesos penales” era convincente intuitivamente (al menos cuando hablamos de un siglo XIX liberal). Ésta fue parte de la lucha de una sociedad democrática para exigir la participación laica en el sistema de justicia penal que no existía en ese momento. El Proyecto para una Constitución alemana propuesta por la Asamblea en el “*Paulskirche*” en Frankfurt, data de 1848, incluyó esta demanda. La introducción de la participación laica en la *Ley sobre la Organización de los Tribunales (Gerichtsverfassungsgesetz)* en 1877 fue vista como una victoria del movimiento democrático.<sup>16</sup>

Pero ¿qué nos dice el hecho de que históricamente las demandas de “participación laica” y “democracia” estén relacionadas? ¿Esto prueba un vínculo necesario? Éste no es el caso si uno echa un vistazo cercano a la cuestión. Los objetivos reunidos bajo el título de “democracia” se dirigen a superar las deficiencias en la organización de la autoridad estatal. La demanda por participación laica puede ser rastreada a obvios problemas con el Poder Judicial. Los jueces en el siglo XIX eran funcionarios dependientes del soberano reinante. Ellos no encajan en la imagen moderna del juez, ni su posición encaja en la del funcionario civil moderno. Su posición dependía enteramente de la administración de los monarcas y de su buena voluntad. Si un fallo no complace al monarca o a las personas influyentes en su entorno, ellos podían remover al juez de su puesto y de su sueldo o infligirle sanción criminal.<sup>17</sup> Bajo tales condiciones, no es de sorprender que los jueces estuvieran atentos a los deseos de la Corte. La demanda por participación laica que se produjo con fuerza en el siglo XIX debe ser vista en este contexto. Ésta se dirigía contra el tratamiento injusto y parcializado que los acusados tenían que esperar de los jueces profesionales. La participación laica fue un medio de protección contra la *arbitrariedad* y *despotismo* ejercido por los soberanos a través de jueces dependientes.<sup>18</sup>

16 Véase para un desarrollo histórico RÜPING, H. ‘Funktionen der Laienrichter im Strafverfahren’ (1976) *Juristische Rundschau* 269-270; BENZ, supra, 44; SPONA, supra, 4.

17 Véase para la posición de los jueces en la Alemania del siglo XIX. SPONA, supra, 5; BENZ, supra, 44.

18 SPONA, supra, 17; BENZ, supra, 208.

Una conclusión a ser extraída a partir de los abusos del siglo XIX fue organizar el Poder Judicial como un tercer poder distinto de otras ramas de la autoridad estatal. El fin de la unidad entre la administración de los monarcas y el Poder Judicial e implementar una separación de poderes era de central importancia para un Estado de la Ilustración. La *Independencia del Poder Judicial* está firmemente arraigada en toda Constitución moderna. El movimiento histórico por la participación laica lucha por un Estado organizado de acuerdo a los principios de un *Rechtsstaat*. Este objetivo ha sido alcanzado en los países de Europa Occidental. La independencia de los jueces respecto de interferencia directa y la independencia personal, financiera ha sido alcanzada, la desconfianza general hacia los jueces profesionales, basada en deficiencias de la organización del Estado, no está más justificada. Así, la necesidad de controlar y restringir a los jueces profesionales, que fue el motivo histórico para la campaña por la participación laica, no existe más.<sup>19</sup>

La perspectiva de que los acusados deben ser protegidos contra las decisiones *arbitrarias* por parte de los jueces profesionales ha perdido credibilidad. De hecho, los jueces siguen siendo falibles esto es, propensos a la *parcialización y prejuicios individuales* como cualquier ser humano al tomar decisiones. Pero tales debilidades difícilmente pueden ser eliminadas trasladando la responsabilidad a los jurados o jueces legos. Es poco probable que su susceptibilidad para la parcialización y prejuicios sea más pequeña. Por el contrario, la experiencia puede fomentar una actitud más crítica mientras que la falta de experiencia y educación no es ventajosa para la autorreflexión. Las personas legos en algunos casos son más competentes para evaluar circunstancias factuales, si ellas se encuentran más cercanas al ambiente social de los ofensores (y víctimas) de lo que muchos jueces están.<sup>20</sup> Sin embargo, una ganancia en términos de experiencia social no es necesariamente una ganancia en términos de juzgamiento imparcial. Puede ser de interés del acusado dejar que sus compañeros con “parcialización amistosa” decidan. Pero éste no puede ser un criterio normativo siempre que la búsqueda de la verdad continúe como un objetivo principal de los juicios penales. Debió ser suficiente que la importante lucha del siglo XIX por jueces profesionales aislados tanto

---

19 RIESS, supra.

20 Véase para este punto SCHÄFER, B. y WIEGAND, O. ‘Its Good to Talk-Speaking Rights and the Jury’ (en este volumen); REDMAYNE, M. ‘Principled Jury Reform’ (este volumen).

como fuese posible de la presión fuera exitosa. Las imperfecciones que permanecen en el nivel de la psicología individual merecen atención cuando las decisiones acerca de la capacitación y reclutamiento de jueces son hechas. Más que intentar compensar la parcialización individual de jueces profesionales con personas legas parcializadas, el perfeccionamiento debe ser buscando con respecto a la composición del Poder Judicial. Éste tiene que empezar con becas y fondos adecuados para atraer a un amplio espectro de estudiantes de Derecho, además, el acceso a las posiciones judiciales tiene que ser organizado en una forma que permita la diversidad de orígenes sociales y de experiencias. Siempre que no sea este el caso, es entendible que los abogados penalistas favorezcan la participación laica como un remedio a corto plazo. Dentro de un sistema judicial dominado por jueces profesionales con orígenes personales más que homogéneos, la participación lega podría ser vista como un equilibrio. Sin embargo, si uno piensa acerca de la organización de los procesos penales desde una perspectiva teórica, es dudoso que ésta sea la mejor solución en orden a minimizar la parcialidad y los prejuicios.<sup>21</sup>

### c) El significado de democracia hoy

La interrogante sigue siendo si —*independientemente del antecedente histórico*— la participación laica pudiera derivarse del principio democrático. Como yo acabo de sostener, éste no es el caso si uno utiliza el término “movimiento democrático” como una expresión general de los esfuerzos del siglo XIX para luchar contra los males resultantes del poder monárquico absoluto. En este sentido general, éste comprende las afirmaciones que pertenecen a la noción de “*Rechtsstaat*” como la separación de poderes. ¿Pero quizá la necesidad de participación laica en los procesos penales

---

21 Si uno piensa acerca de la necesidad de control del poder estatal que se desvía, no sería el Poder Judicial el que vendría a la mente en tiempos modernos. El abuso ocurre, pero principalmente en la *rama administrativa* del poder estatal. En Alemania, la corrupción ha sido un tópico par alas discusiones acerca de implementar mejores sistemas de control. Si la participación laica (por ejemplo en cuerpos decisorios compuestos por funcionarios públicos y personas legas) sería una solución, no será discutido aquí en detalle. Esto parece dudoso. La noción del siglo XIX de que los ciudadanos decentes controlen a los jueces profesionales asumió diversos intereses. Con respecto a la corrupción, no sería posible esperar control a través de la participación ciudadana. El incentivo para obtener algún dinero “de la parte” funciona para personas legas tanto como para ciudadanos civiles.

podría derivar del principio democrático en un sentido más *contemporáneo*? Uno podría sostener que un Estado auténticamente democrático las decisiones (o al menos las *decisiones importantes*) necesitan autorización democrática. No importa si el resultado del juicio es una condena o una absolución. Las personas legas no participan en interés del acusado sino que son necesarias en el *interés público*, para garantizar el fundamento democrático para la pena criminal, debido a que la pena criminal es el más importante ejercicio del poder del Estado.

Esta tesis lleva a dos cuestiones.

- Primero, uno necesitaría mostrar que la autorización democrática puede ser alcanzada a través de la participación laica.
- Segundo, uno podría recusar la noción de que cada cuestión importante requiere inmediata legitimación democrática.

No me extenderé en el segundo punto tanto como espero demostrar que el “reclamo enérgico” puede ser refutado debido a que la participación lega no es suficiente para hacer de una decisión una “decisión democrática”. Sería demasiado simplista equiparar la participación democrática con un juicio “democrático”. No resulta obvio que la mera intervención de unas pocas personas sin formación lega haga el resultado más democrático. Si “democracia” es más que un lema bonito, uno necesita prestar atención cercana a las obligaciones derivadas de este principio. Desafortunadamente, no es posible empezar con una definición clara de “democracia”. La palabra es utilizada en una forma ambigua. Como en los discursos del siglo XIX, en los debates políticos contemporáneos éste es en ocasiones introducido como un título general que circunscribe una imagen ampliamente compartida de un “Estado bueno” en contraste a los Estados totalitarios. Democracia en este sentido extenso abarca los valores esenciales para una sociedad organizada satisfactoriamente (libertad, igualdad, justicia, etc.).<sup>22</sup> Sin embargo, tan exquisito cuadro del “Estado Democrático” ideal no es muy útil para propósitos analíticos. Al menos algo de la ambigüedad puede ser reducida si el término “democracia” es utilizado para describir ciertas estructuras organizacionales y no un grupo de valores marcando líneas divisorias a los Estados Totalitarios.

22 HÄTTICH, M., en: Görres-Gesellschaft zur Pflege der Wissenschaft (ed), *Staatslexikon, Vol. 1* (Freiburg, Herder, 1985) 1182-1183.

El punto de partida es la traducción común de las palabras griegas *demos* y *kratos*, esto es: “gobierno del pueblo”. Esto además da un punto de partida bastante vago debido a que permanece abierto qué tipo de “Gobierno del pueblo” es requerido para llamar a un Estado “Democrático”. “Gobierno del pueblo” puede ser democracia plebiscitaria o representativa. A primera vista, la participación lega podría ser una forma de implementar la *democracia plebiscitaria*. Uno podría sostener que tanto en un sistema de jurados como en el sistema germano de jueces legos “el pueblo” participa directamente y es responsable en Alemania de la determinación de la pena, en el Reino Unido al menos de encontrar al acusado culpable. Es, sin embargo, dudoso que los legos decidan el conteo como una democracia plebiscitaria. ¿Puede el término “el Pueblo” realmente ser utilizado para los dos jueces legos sentados en el banquillo de los jueces o para los doce (o quince) jurados? La respuesta tiene que ser: no. Éste es sólo un pequeño número de individuos que deciden, no la Asamblea, lo que constituiría “el Pueblo”. Puede quedar abierto quiénes son “el Pueblo” (¿todos los ciudadanos del país? ¿Los miembros de la “comunidad local”, lo que quiera que esto sea?). En cualquier caso, un modo plebiscitario de democracia requiere más que tener un poco de personas legas incluidas. Por el contrario, sería necesaria una opinión mayoritaria basada en un *procedimiento de votación* abierto a cualquier miembro del grupo relevante.

Valorar la participación de un muy limitado número de personas laicas como un instrumento de la democracia solo puede ser hecho enfatizando el *elemento representativo*. Esto lleva a la cuestión: ¿Qué hace representativos a los jueces legos o jurados? Para responder esto, uno podría apuntar a la *similitud*. Aquéllos sentados en la Corte representan, podría uno sostener, a todos los ciudadanos si sus opiniones y sus antecedentes sociales se asemejan a una muestra representativa de la sociedad en su conjunto. La asunción es que aquellos que constituyen “el público” tienen que aceptar decisiones que el “Gobierno del Pueblo” provee pues los que actualmente toman las decisiones son “como ellos mismos”. Los problemas surgen si la similitud no puede ser encontrada. La data disponible para Alemania sugiere que las características sociales de los jueces legos son comparables con aquéllas de los jueces profesionales, pero no son representativos de la población en su conjunto.<sup>23</sup> Incluso si

23 SPONA, *supra*, nota 92; VOLK, *supra*, 375. Sería más difícil realizar una selección más cuidadosa de los jueces legos: el modo en que ellos son seleccionados en Alemania es complicado y no sirve para establecer un equipo de jueces legos que refleje cercanamente a la sociedad, véase WINDEL, *supra*, nota 301.

esta dificultad pudiera superarse, un segundo problema permanecería. El segundo problema es uno de números. Si todos los jueces legos reunidos, por ejemplo, en las listas de Tribunales para la Región de Bavaria actualmente fuesen una muestra representativa de la población de Bavaria en su conjunto, las dos personas situadas en un caso individual no lo serían. Si el Sr. HINTERHUBER y la Sra. NIEDERMAIR deciden, uno no podría reclamar que ellos representante actualmente a la comunidad en su conjunto. Ellos pueden haber sido incluidos en la lista de jueces legos debido a su profesión, edad, raza y género, después de haberse determinado que esta lista de características refleja a la “gente de Bavaria”. En las decisiones que el Sr. HINTERHUBER y la Sra. NIEDERMAIR tienen que tomar, sin embargo, ellos se basarán en su visión personal, idiosincrática del sistema de justicia penal y del mundo en general. La Legitimación Democrática por similitud presume que quienes deciden (no siempre, de hecho, pero con un cierto grado de confiabilidad) toman la “actitud típica” que aquellos que representan esperan que tome. Los dos legos sentados en el estrado de los jueces no son muy confiables para representar la “soberanía del pueblo”. El modelo de similitud proporciona una base más débil para la afirmación de que la participación lega es necesaria incluso si se han hecho grandes esfuerzos cuando se selecciona a un equipo de jurados o jueces legos. Una decisión representativa requeriría un número mucho mayor de tomadores de decisión para cada caso individual. Con el número de doce o quince jurados, la situación es algo mejor que con dos jueces legos. Pero aún así, las opiniones de doce o quince mujeres u hombres no pueden dar una imagen auténticamente representativa de lo que “el pueblo” optaría en su caso.

Las deficiencias que el modelo de “representación mediante similitud” sufre podrían invitar a concluir que un fundamento democrático más sólido es necesario. La imagen clásica o democracia representativa luce así: aquellos que son representados tienen el derecho a elegir a aquellos que los representarán. Aun si los votantes después son sorprendidos por los actos de sus representantes, ellos tomaron una decisión y podrán expresar su desaprobación en elecciones futuras. La “representación mediante el voto” podría ser aplicada no sólo al Parlamento, sino también al Poder Judicial, como ocurre por ejemplo en los Estados Unidos.<sup>24</sup> Desde este punto de vista, combinar jueces profesionales y legos sólo disfraz

---

24 En Alemania, los partidos socialistas a inicios del siglo xx optaron por elegir jueces en orden a alcanzar la perspectiva proletaria dentro de los Tribunales que eran marcadamente antisocialistas, RÜPING, *supra*, 270.

la falta de genuina representación democrática en tanto ambos grupos y de modo más relevante los jueces profesionales no son elegidos por el pueblo. Implementar una aproximación de “representación mediante el voto” podría además tener otra ventaja sustancial. Podría proporcionar legitimación democrática sin el inconveniente de tener personas ejerciendo facultades judiciales que carecen de entrenamiento legal y experiencia suficiente. Los votantes podrían escoger entre abogados calificados.

Sin embargo, esto inevitablemente crearía conflictos entre dos ámbitos importantes: la “democracia” por un lado, “*Rechtsstaat*” (“Estado de Derecho”) por el otro. Para obtener una ventaja en términos de legitimación democrática, un pago en forma de *dependencia judicial* necesita ser realizado. Los jueces electos no son independientes. Ellos tienen que tomar en cuenta lo que el público piensa acerca de las condenas específicas si deseen tener una carrera estable y duradera como juez. Un juez prudente necesita anticipar las reacciones del público y actuar de acuerdo a ellas. Uno puede sostener que adaptar los resultados a los deseos percibidos del público es la esencia de la democracia. Sin embargo, esto es problemático en juicios penales, especialmente con una disposición dominante de “duro al delito” ya en la población o al menos en los medios. Como un juez no podría estar en posición para determinar las posiciones actuales de la población, él requeriría confiar en la prensa popular para llegar a una aproximación de las “necesidades del público”. Al menos ocasionalmente un juez que depende de sus perspectivas de reelección se vería tentado para modificar una condena en contra de su juicio profesional. El peligro que esto representa es sustancial. La independencia judicial como parte del “*Rechtsstaat*” es demasiado importante para sacrificarlo por un modelo de jueces representativos. Este punto nos lleva de vuelta a la cuestión que mencioné al inicio de este parágrafo: ¿cada decisión importante en un Estado Democrático requiere legitimación democrática directa? Con relación a la tensión entre el objetivo de la democracia y el objetivo del “*Rechtsstaat*”, hay razones para limitar la participación democrática a cuestiones relacionadas al contenido de leyes y reglas abstractas. Las decisiones relacionadas a casos individuales, especialmente en los casos penales que agitan las emociones, es mejor dejarlas a jueces profesionales que están emocionalmente separados y son independientes de la presión pública.

Para concluir esta sección: la participación legítima en los juicios penales no es una versión de la deliberación de acuerdo a las reglas de la democracia representativa o plebiscitaria. Esto refuta el enérgico reclamo



de que el resultado de un proceso penal sólo es legítimo si allí existe una “columna vertebral democrática”. Las condenas o absoluciones no pierden legitimidad debido a que fueron dictadas por jueces profesionales sin participación lega.

### 3. LA DÉBIL OBJECCIÓN: LA PARTICIPACIÓN LEGA ES VALIOSA

La participación legal no es una exigencia necesaria para legitimar fallos debido a que la democracia puede no realizarse en un proceso penal; no es posible justificar el *resultado* con el significado de democracia. Sin embargo, *débiles objeciones* sobre los *procedimientos* apropiados quedan por ser examinadas. Uno podría sostener que la participación lega tiene sus méritos, y por lo tanto, debería ser parte de un sistema de justicia criminal decente aunque el principio democrático no lo demande para legitimar el resultado. El involucramiento de personas legas podría bien ser útil para el sistema de justicia criminal en una forma funcional, o bien, podría promover o expresar valores normativos. La participación lega podría servir a fines que son valiosos y que podrían justificar el mantenimiento de la institución. El tópico democracia reaparecerá no para apoyar el resultado del juicio sino como un argumento de por qué ciertos modos de organización de los juicios podrían estar más de acuerdo con un marco normativo que otros.

#### a) Aumento de la confianza pública

Los abogados penalistas alemanes que argumentan a favor de la participación lega típicamente apuntan a efectos benéficos no para los actores individuales, sino para el sistema legal. La inclusión de jueces legos está dicha para mejorar la *confianza del público* en el sistema de justicia penal.<sup>25</sup> El primer punto de vista puede sonar convincente. Pero, como muchos argumentos que apuntan a la psicología social, es difícil de justificar. ¿Cómo imaginamos el alegado incremento de la confianza pública? Una posibilidad sería contar con experiencias positivas de jueces legos que hayan hechos lo que sus familias, amigos, vecinos, etc., les dijeron al respecto. Sin embargo, existen objeciones a la hipótesis de que la participación

---

25 SCHREIBER, *supra*, 952. Más escépticamente Rieß, *supra*.

personal y el incremento de la confianza pública estén vinculados. Servir como jurado o como juez lego en ocasiones debe comprender experiencias frustrantes que influyen en la percepción del sistema de justicia criminal y la narrativa que el jurado o juez lego cuenta. Por otro lado, no parece que las percepciones públicas sean producto de cuentas personales. Las historias de los jueces legos que podrían extenderse a las celebraciones familiares o al pub son menos influyentes que la imagen de los juicios penales retratada en los medios. La confianza pública en el sistema legal depende en gran medida tanto de la cobertura mediática de juicios reales como de las historias delictivas ficticias. En Alemania, la mayoría de las personas no conocen aún sobre la existencia de jueces legos.<sup>26</sup> Además del jurado como fondo de las escenas dramáticas judiciales en las películas inglesas o americanas, el juez lego no es una característica atractiva para propósitos de entretenimiento. Debido a su rol pasivo, los shows populares judiciales no llaman su atención.

Pero aún si muchos de aquellos que constituyen “el público” saben sobre la existencia de jueces legos en Alemania, la tesis de que tal conocimiento es importante para la confianza general en los cortes penales difícilmente sobrevive un examen crítico. Esto presupondría un cierto nivel de desconfianza contra los jueces profesionales. Si el público confía en los jueces profesionales tanto para examinar los hechos competente y para aplicar el derecho en una forma adecuada, este no percibiría una necesidad para la ayuda de personas legales. En Alemania, no hay datos que apoyen la hipótesis de que el trabajo de los jueces profesionales es considerado como insuficiente. Por el contrario: comparados con otras instituciones representativas del Estado, los Tribunales disfrutaban de un destacable alto grado de confianza.<sup>27</sup> Es poco probable que el aprecio expresado para los Tribunales sea debido a o depende de la incorporación de jueces legos. La situación podría ser diferente en el Reino Unido y en los Estados Unidos. Los jurados son los elementos más visibles del sistema de justicia criminal y un elemento muy popular representados en numerosos libros y filmes. Si los jurados son percibidos como esenciales para la cultura legal, y yo presume que este es el caso, es plausible que se conviertan en un símbolo importante de un “buen sistema legal” para

---

26 MACHURA, S. y ASIMOV, M. ‘Das Ansehen von Anwälten bei Jurastudenten’ (2004), en: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 3 (23).

27 Ver RAISER, T. *Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland* (3a. ed., Baden-Baden, Nomos, 1999) 355.

los ciudadanos. Abolir la participación lega entonces podría causar descontento, y tiene sentido afirmar que la existencia de los jurados es útil para asegurar la confianza del público en el sistema de justicia criminal. Sin embargo, uno tiene que mantener en mente que este es un argumento basado en la psicología social, no es un razonamiento normativo. Podría resultar útil tener jurados porque su popularidad ayudaría a reforzar el apoyo público al sistema legal en su conjunto. Esto no prueba que los principios normativos requieran esta solución.

### **b) Ciudadanos activos**

Otra forma de apoyar la participación lega en los Tribunales Penales descansa en un argumento que yo llamaría el argumento de los “ciudadanos activos”. Este relaciona el trabajo de las personas legas hacia la democracia con las siguientes líneas de pensamiento: tener ciudadanos comprometidos en la administración del poder estatal es importante en un sistema democrático; la democracia necesita ciudadanos que sean partícipes activos más que subordinados pasivos; por lo tanto, uno debe organizar las instituciones del Estado de una forma que permita oportunidades para la participación lega.<sup>28</sup> Esto puede ser formulado como un reclamo funcional (el sistema corre más continuamente con ciudadanos competentes y responsables), pero además como una razón normativa (la participación es un valor como tal, en tanto expresa compromiso hacia el ideal del ciudadano en un Estado Democrático). Además en la línea de pensamiento que discutí anteriormente, el tópico “democracia y participación lega” no es mencionado para autorizar decisiones finales en los juicios penales, sino para hacer los *procedimientos* más apropiados o más de acuerdo con los valores fundamentales.

El argumento de “ciudadano activo” parece convincente a primera vista, especialmente si uno lo mira desde una perspectiva normativa. Una mirada más cercana, sin embargo, deja algunas dudas. Si el compromiso de los ciudadanos y la participación activa son promovidas, las actividades voluntarias necesitarían primariamente ser animadas. Poner a los ciudadanos bajo una obligación para cumplir las funciones para el Estado se acerca menos al ideal de los ciudadanos activos. Esto significaría que la participación laica en los juicios penales debería mejor ser organizada como una *intervención voluntaria*. No obstante, esta solución tiene sus in-

---

28 Véase por ejemplo LIMBACH, *supra*, 55.

convenientes. La cuestión es si los jueces legos y los jurados que son escogidos sobre la base de solicitudes voluntarias comprometen otros importantes valores normativos.<sup>29</sup> En contraste a las evaluaciones de la retórica de ciudadanos activos, en la vida real no todos pueden permitirse gastar tiempo en los Tribunales. Sólo pequeños subgrupos de la población con suficiente tiempo libre podrían realísticamente ser esperados para tomar el rol de jurado o juez lego sobre una base voluntaria. Ellos difícilmente podrían ser representativos para “el pueblo”; ellos podrían estar muy lejos del antecedente social de los delincuentes y así incrementar sus percepciones de alienación. En el peor caso ellos incluso podrían no estar bien adaptados a la tarea del proceso de encontrar la verdad. Por lo tanto, aunque las actividades voluntarias en general deberían ser estimuladas, sería necesario un examen adicional de si esto aplica a la participación lega en los procesos penales. Si la participación lega es *no voluntaria*, otras dificultades surgen. Extender la noción de “ciudadanos activos” a la participación en procesos penales, que es obligatorio y requiere tiempo, tropieza con los intereses individuales que los ciudadanos tienen. El interés para decidir por uno mismo sobre la proporción entre actividades personales y el compromiso con tareas cumplidas para la comunidad es un interés legítimo. La autonomía incluye el derecho a no ser molestado con encargos para el bien público y el derecho a tener tareas delegadas a profesionales especializados pagados por el Estado. Por lo tanto, la noción de “ciudadanos activos” no es una base sólida para la participación laica en procesos penales.

### c) Influencia en el desarrollo de la ley

En su comentario a este trabajo, VÍCTOR TADROS<sup>30</sup> ha señalado que la participación laica permite a las diversas personas afectar el cómo el Derecho penal se desarrolla y es aplicado a los casos. Éste no es sólo un reclamo sobre la “confianza pública” sino un reclamo normativo que vincula a la participación laica a la democracia. La regla del pueblo, conforme la línea de razonamiento va, no debería estar restringida al procedimiento parla-

29 En Alemania, los jueces legos son escogidos de listas manejadas por representantes políticos a nivel local (véase para detalles WINDEL, *supra*, 302-303.). Las personas en estas listas aceptan ser incluidas.

30 Estoy agradecido por los comentarios de DUDLEY KNOWLES y VÍCTOR TADROS a esta ponencia que me hicieron reescribir partes sustanciales de mi versión previa.

mentario de creación de normas sino además ser extendido al desarrollo judicial de las normas legales. Aunque la representación real del “pueblo” no puede ser realizada con un número limitado de jurados o jueces legos, TADROS argumenta que es incluso preferible en un Estado Democrático tener al menos algunas personas legas involucradas. Además del argumento que yo he discutido como el “clamor fuerte”, el argumento de TADROS no insiste en la participación laica para apoyar un resultado específico del juicio como democrático y así legitimado. Él conecta la *creación de Derecho como un proceso* (con todas sus consecuencias más allá de la convicción individual) con el principio democrático. Este es un argumento importante especialmente en un *sistema de Common Law*. Si el contenido de las normas legales no es decidido por miembros elegidos del parlamento sino a través de decisiones de una corte individual, estas normas carecen de inmediata autorización democrática. El acuerdo para tener al menos a unas pocas personas asumiendo la responsabilidad además de los jueces profesionales (aun si la toma de decisiones democráticas en un sentido estricto no es posible) es entendible. En un *sistema de Civil Law*, las leyes son promulgadas por el parlamento, esto es el desarrollo de las leyes es tarea de aquellos elegidos por el pueblo. Uno debe tomar en cuenta, sin embargo, que también en un sistema de *Civil Law* el Derecho no es idéntico a los Estatutos. Hay vacíos en los Estatutos (por ejemplo, muchos puntos importantes relacionadas a la Parte General del Derecho Penal no son definidos en el Código Penal) y términos legales vagos o amplios dentro de los estatutos necesitan ser definidos. Así, el Derecho también parcialmente es determinado por el trabajo judicial aún si existe una mayor parte de estatutos.

¿No significa esto que en un sistema de *Common Law* como en las jurisdicciones de *Civil Law* el principio democrático reclama por la participación laica? Hay, en efecto, razones que apoyan la línea argumentativa de TADROS. El desarrollo del Derecho debería estar basado en una evaluación cuidadosa, balanceada de los estándares y valores en conflicto. Dejar estas consideraciones a jueces profesionales puede excluir voces que podrían expresar diferentes, pero legítimos intereses y traer otras perspectivas normativas completando el cuadro. Uno podría optar por la participación lega en procesos penales para que el proceso de elaboración de la ley permita la inclusión de diversas perspectivas. Sin embargo, hay objeciones a la tesis que la participación lega es valiosa por esos motivos. Las ventajas de incluir diferentes personas tienen que ser sopesadas frente a las desventajas. Las personas laicas no sólo proporcionar

diferentes puntos de vista acerca de cuestiones de relevancia normativa, pero también es probable que se añadan componentes emocionales más fuertes. Estas podrían ser emociones que favorecen al particular acusado o emociones que operen en su desventaja. De cualquier manera, esta sería una contribución no deseada. El desarrollo de las normas legales requiere dejar de lado emociones fuertes, para evaluar la significación de la ley tan racional y separadamente como sea posible y para estimar los efectos del cambio legal. Parece plausible que los jueces profesionales sean mejores en controlar las emociones que las personas laicas. Claro, ningún ser humano es inmune a las reacciones emocionales, pero la educación más la experiencia ayudan a reconocer aquello y para conseguir una posición algo menos involucrada en el tiempo. Las opiniones de los jueces legos, especialmente las visiones punitivas que a veces expresan, pueden convertirse en un obstáculo en el esfuerzo por encontrar acuerdos razonables.<sup>31</sup> Además, la elaboración de la ley requiere habilidades y conocimiento, por ejemplo para prever las consecuencias que una particular decisión puede tener para la interpretación de otras normas legales y para diferentes casos en el futuro. Por lo tanto, la participación laica puede introducir más diversidad en el desarrollo de las normas legales, pero tiene riesgos para la calidad y la consistencia del sistema legal que resulta de este proceso.

#### **d) Valores locales**

Otro argumento en favor de los jurados (o jueces legos) enfatiza *prácticas locales específicas* y *costumbres legales locales* que no son totalmente apreciadas por el legislador nacional o federal (o que son incluso incompatibles con la evaluación por un parlamento nacional).<sup>32</sup> El “valor local”, argumento que tiene su fuerza más persuasiva en Estados muy grandes con poblaciones no unidas con una identidad nacional o base cultural compartida. Si las contingencias históricas o políticas han arrojado a grupos heterogéneos en un Estado (como en la Antigua Unión Soviética) que son goberna-

31 Yo recuerdo (en mi entrenamiento legal) deliberaciones de jueces de cámara donde uno de los jueces legos expresó la visión que todos los traficantes de drogas deben recibir cadena perpetua. El juez lego intentó aplicar su visión al caso en cuestión (donde una libra de cocaína había sido vendida) y él había casi convencido a su compañero juez lego ante el juez profesional para alcanzar el control de la situación.

32 Véase para este argumento MATRAVERS, M. “More than Just Illogical”: Truth and Jury Nullification’, en: R.A. Duff, L. Farmer, S. Marshall y V. Tadros (eds), *The Trial on Trial, Vol. 1* (Oxford, Hart Publishing, 2004) 71 (80).

dos por estatutos uniformes, los conflictos resultantes entre culturas locales y el sistema legal federal o nacional pueden ser mejorados permitiendo algunos compromisos cuando normas controversiales son aplicadas. Bajo tales circunstancias, los jurados o jueces legos podrían hacer a los valores locales oídos que han sido rechazados por el Parlamento Central. Si la población del Estado es demasiado diversa para lograr el consentimiento acerca de las normas legales, pero estatutos uniformes existen, puede ser un compromiso en práctica para permitir una aplicación “diluida”. Sin embargo, uno tiene que tener en mente que éstas son situaciones embarazosas para enfrentar con un modo imperfecto de organización estatal en orden a ayudar grupos desfavorecidos a un nivel nacional o federal. Un Estado central que es demasiado extenso debe ser reorganizado de acuerdo al principio del federalismo y delegar la elaboración de la ley en áreas de antecedentes culturales divergentes a los parlamentarios locales. Si uno piensa acerca del juicio criminal a un nivel teórico, su rol no debe ser el compensar las deficiencias en el proceso de formación de la ley. Además, no es atractivo introducir la participación laica para dar peso a los valores locales: si los jueces profesionales fueran designados en un nivel local, ellos podrían buscar compromisos cuando la ley federal o nacional choque con la cultura local.

El argumento de los “valores locales” podría además ser aplicado a Estados más pequeños y tradicionalmente más homogéneos como la mayoría de los Estados de Europa Occidental en donde este mantiene cierta plausibilidad cuando las diferencias culturales han crecido con el proceso de inmigración. Los “valores locales” no estarían entonces referidos en un sentido estricto a las distribuciones geográficas de los grupos más extensos en partes del país, sino principalmente a valores compartidos por minorías en términos de origen étnico (y posiblemente también a valores característicos para las clases sociales). Pero la idea de dejar a las personas legas introducir valores minoritarios no solo plantea aquellas cuestiones acerca de su capacidad para la elaboración de la ley que yo mencioné en la sección precedente. Más importante aún, esta propuesta da lugar a dificultades si las perspectivas denominadas “valores locales” son contrarias a los valores normativos reconocidos. No es posible discutir tales conflictos aquí más extensamente. En la mayoría de ejemplos de diferencias manifiestas, no estaría garantizado dejar a los “valores locales” pasar por alto un marco normativo establecido, especialmente si el último está escrito en una Constitución. Los principios centrales como la igualdad de sexos, tratamiento equitativo de las diferentes religiones

(y de creencias religiosas *versus* ateísmo o indiferencia), la autonomía y la responsabilidad personal etc., no pueden ser cuestionados apuntando a los “valores locales”. Además, aun si los valores normativos fundamentales no se interponen en el camino, es problemático desviarse de un cierto estatuto —esto violaría el principio de aplicación equitativa de la ley—. Uno solamente podría considerar seriamente la posibilidad que dejar que los valores locales afecten el resultado de un juicio si una norma legal es lo suficientemente flexible y si no hay conflictos con principios normativos fundamentales. Y, aun si uno hace esta concesión, esto no justifica una necesidad urgente de dejar a las personas legas decidir. Si los “valores locales” relevantes son desconocidos para el juez, le corresponde a la parte interesada describirlos y exigir que ellos sean tomados en cuenta.

### e) Autonomía de los acusados

En su ensayo en *Trial on Trial*, Vol. 1, MARKUS DUBBER describe otro argumento del porqué la participación de personas legas, esto es el jurado en el procedimiento penal norteamericano, podría ser defendido. Él no apuntó a la democracia, sino a la *autonomía*. La legitimidad de los resultados del juicio presupone, así lo sostiene DUBBER, que los procedimientos reflejen la autonomía de los acusados. Además de (en la mayoría de casos) la obvia falta de consenso actual, el acusado debe ser capaz de ver el acto de la pena criminal como un acto de autogobierno. Esto requiere que las personas que son responsables de las condenas deben *representarlo*, y el rol del representante es tomado por el jurado.<sup>33</sup> Aparte de la idea generalizada discutida anteriormente, desde esta perspectiva el rol del jurado no es ser representativo para el público, sino para el acusado. DUBBER argumenta que “la disminución de la participación lega en los Estados Unidos, Alemania, y en otros lugares refleja la gradual pero continua desaparición del interés por la legitimidad de la pena estatal”.<sup>34</sup>

Para este concepto, la noción de “representación mediante similitud” no puede ser aplicada fácilmente. Si uno conscientemente escogiera a las personas legas que son en su base social, opiniones y actitudes tan similares como sea posible al acusado, esto podría llevar a conflictos con

33 DUBBER, M. ‘The Criminal Trial and the Legitimation of Punishment’, en: Duff, Farmer, Marshall y Tadros (eds.), *supra*, 85 (96-97); DUBBER, *supra*, 591-592.

34 DUBBER, *supra*, 602.



el objetivo de búsqueda de la verdad de un proceso penal y con una aplicación igualitaria de la ley. DUBBER describe la empatía como el factor que vincula al representante y al representado y la razón por la cual uno puede hablar de autogobierno.<sup>35</sup> Sin embargo, demasiada empatía con el acusado obviamente desdibuja la valoración de los hechos así como también enfrenta a una evaluación legal justa. Así, el concepto de “representante” debe ser tomado a un nivel más abstracto, que DUBBER describe cómo el ser miembro en una “comunidad de justicia”. Él asume que existe una hipotética o idealista “comunidad de justicia” entre el jurado y el acusado a pesar de una fáctica falta de similitud entre las personas actuales. Sin embargo, si uno *no* ve la representación como una cuestión de similitudes sociales y mentales *actuales*, permanece abierto porque el acusado debe ver a los jurados y los jueces legos como “su comunidad”. ¿Por qué debe una condena por jueces profesionales sin la participación lega ser percibida como una decisión heterónoma mientras que la decisión de un jurado podría ser etiquetada como “autogobierno” o autónoma? Si los conceptos “compañeros con sesgo amistoso” o al menos la idea de “compañeros similares” son descartadas, resulta poco claro cómo una meramente hipotética “comunidad de justicia” podría hacer que la condena aparezca como un acto de autogobierno. Si la *única* base para la “comunidad de justicia” es el estatus lego de los miembros del jurado, esto implica una más bien sospechosa, incluso hostil actitud hacia los órganos estatales.<sup>36</sup> Podría ser cierto que en realidad muchos ofensores desconfían de los oficiales estatales más que las personas legas que actúan en la Corte. Sin embargo, como un concepto normativo, no es obvio que una mera ficción de “autogobierno” debería hacer más legítimas las condenas que las condenas dictadas por jueces profesionales, previniendo que el Poder Judicial esté organizado de acuerdo a los principios de un “*Rechtsstaat*”.<sup>37</sup> Tan importante como son la autonomía y el autogobierno para la creación de normas penales, podría ser más honesto admitir que la imposición efectiva de penas criminales no puede ser remontada a estos valores. Condena y determinación de la pena

---

35 Supra, 97.

36 DUBBER no propone esta conclusión. Él deja abierta la cuestión de si los jurados son indispensables, véase DUBBER, “The Criminal Trial and the Legitimation of Punishment”, supra, 100.

37 Yo he sostenido supra que la elección de jueces es problemática y no está en concordancia con el principio de “*Rechtsstaat*”. Por lo tanto, la idea de establecer una “comunidad de justicia” además del juez profesional es comprensible en el sistema de los EUA.

son juicios realizados por otros. Viendo aquéllas como partes cruciales de la comunicación con el acusado, o más específicamente, en el proceso de culpar al acusado, se requieren adecuados estándares de comunicación. Estos estándares de comunicación además (entre otros criterios) deben ser compatibles con el estatus del ofensor (adulto) como un ser autónomo. Pero parece artificial estirar la noción de autonomía más allá y ver la culpa actual como un acto autónomo del imputado.

**f) La participación laica para contrabalancear los hábitos de los jueces profesionales**

En la literatura alemana, uno puede encontrar otra línea de razonamiento. Corre así: un Tribunal conformado solamente con jueces profesionales tiende a adoptar hábitos profesionales negativos, específicamente un *uso técnico y esotérico del lenguaje*. Los jueces laicos podrían ser un *contrapeso*: los argumentos son que los jueces profesionales tienen que pasar la prueba de si son plausibles o si personas sin entrenamiento legal pueden entenderlos.<sup>38</sup> Este argumento tiene poder persuasivo si uno considera las características del sistema alemán, esto es, cómo las carreras judiciales fueron hechas. Los jueces escogen su profesión en una edad relativamente corta; la decisión para convertirse en un juez ha sido tomada poco tiempo después de pasar los exámenes de la carrera. En una etapa posterior de la vida, incluso con excelentes grados y rica experiencia como abogado litigante, uno es considerado demasiado viejo para convertirse en juez. El ingreso temprano en la posición judicial fomenta los desarrollos que acabo de describir. Apoyarse en discursos jurídicos con un lenguaje bastante lejano del lenguaje ordinario es característico de la enseñanza legal. En el contacto con los clientes, los consejeros legales son forzados a expresarse a sí mismo en una forma más entendible. Tales esfuerzos son también recomendables para jueces profesionales.<sup>39</sup>

Podría así ser útil integrar personas legas en el sistema debido a que la necesidad de comunicar adecuadamente es más urgente si el juez

38 Véase SCHREIBER, *supra*, 951; BENZ, *supra*, 210-211.

39 De hecho, sería injusto para los jueces alemanes afirmar que todos ellos apoyan la comunicación incomprensible. Muchos están bien conscientes del hecho de que la comunicación es esencial para su performance. Sin embargo, uno tiene que distinguir entre esfuerzos individuales personales y la idea de que la participación laica podría contrarrestar algunas deficiencias estructurales producidas por la forma en que la magistratura alemana funciona.

profesional tiene que convencer a los colegas legos.<sup>40</sup> (Yo no estoy segura que tan aplicable es este argumento a la magistratura en países donde el hábito del lenguaje legal esotérico y la sensación de los jueces como una “clase separada” entre los abogados es menos pronunciada).<sup>41</sup> Este argumento podría ser formulado como un argumento normativo, la comunicación apropiada no sólo afecta la satisfacción de los acusados y otros comparecientes en el Tribunal, sino que la comunicación con miras al mutuo entendimiento es una función normativa esencial del juicio.<sup>42</sup> Así el rol de las personas legas podría ser defendido como un medio para promover el lenguaje entendible para los no abogados. Este argumento no apunta a inmediatas consecuencias de su participación, sino a *efectos indirectos*. De todos los puntos discutidos, este parece ser el más convincente. Si los ideales de mejorar la comunicación a través de la participación laica pueden ser realizados en la práctica, es otra cuestión. Esto presupone que los jueces legos no pueden aceptar pacíficamente lo que pase alrededor de ellos, como a menudo es el caso.

#### 4. CONCLUSIÓN

En el texto alemán, he encontrado el comentario de que los jueces legos “lucen bien” en un sistema democrático.<sup>43</sup> Desde este punto de vista, no hay razones más allá de una agradable fachada para tener personas legas en los Tribunales. El comentario más bien crítico expresa reservas acerca de la necesidad de la participación lega que está extendida en Alemania. En efecto, es justificado mantener una actitud escéptica hacia las evaluaciones entusiastas de la participación lega en los procesos penales. Uno no puede corroborar el *clamor fuerte* que legitima el resultado de un proceso criminal requiere un respaldo democrático en forma de participación lega. Los jueces legos y los jurados no introducen elementos plebiscitarios ni convencen como una característica de la democracia representativa. Un

---

40 Mas escépticamente WINDEL, *supra*, 300, quien apunta al hecho que los jueces legos no están involucrados cuando las razones dadas para un cierto resultado de condena son escritas; véase además VOLK, *supra*, 387.

41 Véase también por un argumento similar REDMAYNE, *supra*.

42 Véase DUFF, R. A. *Trials and Punishments* (Cambridge, Cambridge University Press, 1986) 114; DUFF, R.A. *Punishment, Communication and Community* (New York, Oxford University Press, 2000).

43 VOLK, *supra*, 373.

muy pequeño número de personas legas no pueden representar al “pueblo”. Ellos pueden sostener que presentan “la visión de la comunidad”, pero de hecho ellos expresan sus visiones personales, que podrían o no ser idénticos con la decisión que uno podría obtener a través del voto general sobre el asunto en cuestión.

Antes de rechazar el concepto de participación laica, sin embargo, uno tiene que prestar atención a los argumentos que apoyan los *clamores débiles* acerca de la *deseabilidad* de la participación lega. Éstos nos retornan a la premisa de que un proceso penal debe ser organizado de una forma que de peso a los principios normativos centrales como democracia o autonomía. El problema con la mayoría de estos argumentos es que ellos además tienen importantes contrargumentos. Una razón dada para la participación es que fomenta ciudadanos activos (más que subordinados pasivos), pero las dificultades surgen si nosotros preguntamos si los jueces legos y los jurados que participan entusiastamente, esto es voluntariamente, son adecuados para su tarea. Argumentar que la participación laica debido a que las personas legas aportan valores y actitudes en el proceso de formación de la ley además lleva a objeciones. Uno puede plantear dudas acerca de la habilidad de las personas legas para la difícil tarea de crear normas legales (que requiere conocimiento y falta de compromiso emocional). La idea de dejar a las personas legas expresar los “valores locales” conduce a la cuestión de si los “valores locales” puede invalidar marcos normativos en conflicto (en la mayoría de casos, ésta no sería una solución apropiada). Enfatizar la autonomía de los acusados y la capacidad para autogobernarse y la necesidad para tener un miembro del jurado como su representante, utiliza un concepto ampliamente abstracto de autogobierno e implica desconfianza contra el Estado lo que debilita la posición de la magistratura. Finalmente, un argumento a favor de la participación laica se mantiene: tener que cooperar con colegas legos obliga a los jueces profesionales a usar lenguaje entendible para todos. Aquí, la dificultad es realizar esta idea en la práctica. En una sociedad con baja estima por los jueces legos como Alemania, ellos juegan solamente un rol marginal en el trabajo diario de los Tribunales y pese a toda la retórica idealista, los jueces profesionales no se esforzarán para comunicar efectivamente con ellos sino que ignorarán su presencia tanto como sea posible. Sólo con un fuerte apoyo cultural para la idea de la participación legal podrá el sistema legal influir sobre ellos.

Esto refleja un punto importante: las personas legas en los Tribunales tienen significado *simbólico*. El grado de apoyo para esta institución

se expresa en una mayor o menor forma refleja de *desconfianza contra el Estado y los jueces profesionales como oficiales estatales*. El deseo por controlar a los órganos estatales a través de personas legas es un fenómeno cultural. Las diferencias entre los escritores alemanes y los de los países angloparlantes sobre la necesidad de participación lega derivan de diferentes formas de ver la relación entre el Estado y sus ciudadanos. Los alemanes están más inclinados a dejar a los jueces profesionales hacer su trabajo. La desconfianza se expresa más frecuentemente acerca del trabajo de jueces legos.<sup>44</sup> Desde esta perspectiva, es más fácil sentirse cómodo con las decisiones hechas por la gente que son entrenadas profesionalmente. La confianza en el trabajo de la magistratura es confianza en la educación y los estándares profesionales. El contrastante punto de vista angloamericano probablemente es síntoma de una desconfianza más profunda subyacente contra los abogados y contra el poder ejercido por el Estado. El papel de los jurados y los jueces legos desde esta perspectiva es predominantemente de significación simbólica: su existencia significa que “los oficiales estatales no tienen permitido tomar decisiones importantes por sí mismos”. Finalmente, las actitudes prevalentes hacia el Estado y el grado de confianza que los jueces profesionales disfrutan decidirán sobre la continuación de la existencia de la participación laica y sobre la actual influencia que las personas legas tienen en los juicios penales.

---

44 Véase por ejemplo SCHREIBER, *supra*, 952.



# ¿LA JUSTICIA PENAL PARA LA ECONOMÍA?

SERGIO J. CUAREZMA TERÁN\*

**Sumario:** I. Introducción: un proceso de marcha y contramarcha. II. Crisis y fundamento para su reforma. III. La naturaleza de la reforma de la justicia. IV. Riesgos de la reforma de la justicia en una soberanía limitada. A. El *plea bargaining system*. 1. La posición del juez en el *plea bargaining*. B. El retorno de las viejas políticas autoritarias. V. Consideraciones finales.

## I. INTRODUCCIÓN: UN PROCESO DE MARCHA Y CONTRAMARCHA

En los últimos años Centroamérica, y en particular, Nicaragua, ha experimentado cambios sustanciales y positivos como, por ejemplo, el paso de la guerra a la paz, y la decisión formal de construir sistemas de vida política sobre la base de los principios básicos de la democracia, la paz, la libertad, el respeto de los derechos humanos y el desarrollo sostenible, a pesar de grandes limitaciones económicas. Esta decisión que ha tomado la región hace imprescindible el continuar trabajando en la dirección del fortalecimiento institucional, el reconocimiento, la promoción y defensa de los derechos humanos y el fomento de la gobernanza. Para ello además, debe tenerse en consideración las transformaciones que ha experimentado el mundo que obliga a la región a su integración para afrontar estos retos.

Así, los pueblos del istmo han optado con determinación por un nuevo orden construido en torno a la no confrontación, cuyo objetivo final es alcanzar la democracia con desarrollo social y justicia para el mayor número de personas. Este contexto, generado en 1990, creó ciertas condiciones que podrían desembocar en el surgimiento de una cultura política regional que tiene como principales rasgos característicos la pacificación,

---

\* Profesor de Derecho Penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica ([www.inej.edu.ni](http://www.inej.edu.ni)) y de la Universidad Americana (UAM), Nicaragua. E-mail: [sergio.cuarezma@inej.net](mailto:sergio.cuarezma@inej.net) Sitio web: [www.sergiocuarezma.com](http://www.sergiocuarezma.com).

la democratización, la transformación de instituciones democráticas, todo esto dentro de una visión de integración regional. La participación de la sociedad organizada en la región juega un rol estratégico y fundamental en el proceso de transformación del Estado, en la creación, promoción y gestión de las políticas públicas y el diseño del sistema de vida político, ya que a través de ella se canaliza el interés en la construcción de una sociedad democrática y la reconstrucción del Estado para promover y mejorar la participación de la misma, es decir, la gestión en los intereses colectivos desde el marco de la ciudadanía.

No obstante, y a pesar de todo este esfuerzo, no se han superado las contradicciones económicas y sociales, la pobreza ha aumentado, la iniquidad y la violencia social no han desaparecido, aunque siempre se explicaron como un producto de la ausencia de regímenes democráticos. También, y con gran preocupación, hay que advertir que algunas de las características de los gobiernos del pasado no han desaparecido, aunque no existen dictaduras ni regímenes militares, en la región se destaca una fragilidad y el incumplimiento sistémico del Estado de Derecho, la interrupción de regímenes constitucionales, fraudes en los procesos electorales, persecución política, tendencia a la exclusión de las personas en la actividad pública, el desmantelamiento de la sociedad civil, y el control absoluto de las funciones del Estado por el Poder Ejecutivo, suprimiendo la división de poderes que cumple, en un Estado de Derecho Republicano, la función de pesos y contrapesos, todo esto, originando una desagradable escena de degradación de dicho modelo de Estado en un Estado de policía. En consecuencia, las personas tienen muy poca injerencia en los temas públicos, como si luego de elegir hubieran delegado a los funcionarios sus derechos políticos, lo que hace que las grandes mayorías queden de nuevo excluidas de la esfera del poder y de los espacios de tomas de decisiones, contrario a la idea de participación democrática, con la cual se dieron los primeros pasos a la democratización de la región y de Nicaragua.

En este proceso de marchas y contramarchas, la región y Nicaragua, deben concentrar su energía de forma estratégica en promover el aseguramiento de las condiciones básicas de vida para el ciudadano (seguridad humana), la erradicación de la pobreza, fortalecer el desarrollo participativo, propiciar la creación de espacios de democratización, el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas y la creación del Estado de Derecho y sus principios: supremacía de la ley, legalidad administrativa, jerarquía normativa, separación de poderes, tutela de los derechos humanos y control constitucional. Los esfuerzos dirigidos hacia



la creación y fortalecimiento de las condiciones para el respecto de estos principios del Estado de Derecho significarían el cimiento para lograr un desarrollo integral, ya que éstos permitirían ofrecer condiciones para la gobernanza y la estabilidad en el proceso democrático que actualmente vive la región, y Nicaragua. En aspectos concretos, igualmente implica generar la confianza para la inversión privada como actor importante en el fortalecimiento económico de los países de la región.

En esta línea de pensamiento, la promoción del Estado de Derecho constitucional permite a los sectores menos favorecidos o vulnerables la reivindicación y defensa de sus derechos y libertades con la promoción de la seguridad jurídica, producto de la garantía de la independencia de la justicia y la no concentración del poder. Por tanto, se deben aunar esfuerzos para identificar y aplicar para las próximas décadas una estrategia para fortalecer y profundizar el proceso de construcción o transformación del Estado de Derecho, la participación ciudadana y los espacios para el diálogo democrático de carácter real y horizontal, y no formal y vertical.

## II. CRISIS Y FUNDAMENTO PARA SU REFORMA

La solidez de las instituciones de justicia y del Estado de Derecho, en cualquier país, constituyen la base del buen funcionamiento de las instituciones políticas y de los procedimientos democráticos. Hay un vínculo axiológico y práctico entre la calidad del Estado de Derecho y la estabilidad política y el desarrollo económico y social de la sociedad. Esta correlación de las sociedades y una creciente expectativa que se vincula con estándares de mayor acceso a los sistemas de justicia y de resolución de conflictos, es un derecho a la satisfacción de expectativas de derechos y garantías de la población. Hoy día, el desarrollo debe sustentarse en mayores niveles de equidad y de acceso de todas las personas a las oportunidades. Estas condiciones de equidad, participación y seguridad, suponen la existencia de instituciones públicas fuertes, ágiles, transparentes y eficaces, especialmente de la justicia, pero una independencia e imparcial, un árbitro que pueda hacer respetar las reglas (previas) del juego democrático.

En este sentido, la justicia (y su reforma) viene ocupando, aunque con lentitud, un plano importante dentro de los temas políticos e institucionales de la región. La razón de ello es evidente, la región no había enfrentado con la profundidad requerida y, por tanto, el tratamiento debido a la cuestión de la justicia, la cual ha evolucionado muy lentamente en el último siglo. Para el profesor RAMÓN DE LA CRUZ OCHOA,

“La desigualdad entre desarrollo económico y político, incluso institucional con la organización de la justicia ha contribuido al agotamiento y deterioro de las estructuras y procedimientos judiciales, y a la llamada ‘crisis’ de la que tanto se habló en la postrimería del siglo xx” (2000, octubre).

Esta crisis de la justicia y su reforma se manifestó en un proceso mundial de cambios y transformaciones de los sistemas políticos, por ejemplo, el desmantelamiento de los regímenes socialistas, la aparición de un nuevo orden político y el nacimiento de la globalización, en la cual, la economía y las finanzas ocupan una atención singular. Estos cambios obligaron que el tema de la justicia, pasara a considerarse no “sólo factor de desarrollo”, sino “destinada a impulsar el desarrollo”. Así, la justicia, y particularmente la penal, que en su inicio postulaba como fundamento para su reforma la promoción y la tutela de los derechos humanos, comienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico (justicia y economía), como un presupuesto para en la seguridad de las inversiones económicas, financieras y empresariales, y por tanto, asegurar las grandes inversiones extranjeras directas en la región. La justicia y su importancia, pasa pues, de un interés “local” a un interés “regional”, y, su fundamentación del plano de los “derechos humanos”, al plano predominantemente “económico”.

### III. LA NATURALEZA DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA

En el contexto de este proceso complejo de reforma de la justicia,

“No debe sorprendernos que las reformas económicas, estructurales que se vienen llevando a cabo en muchos países en desarrollo impulsan a los de la región a abordar la reforma de la justicia como complemento necesario a la reforma económica y no como en lo que en realidad debe ser, un camino para el mejoramiento del Estado de Derecho y de la democracia y de mayor respeto para los derechos humanos.”

Como expresa RAMÓN DE LA CRUZ OCHOA (2000, octubre). Lo cierto es que ambas categorías merecen tutelas, los derechos humanos y la seguridad de las inversiones, cada cual con sus matices, la primera, por ser fundamento vital del Estado de Derecho, y la segunda, para la promoción

de las inversiones y el consecuente desarrollo económico de la región. Hay un acuerdo común respecto a que el proceso de liberación económica que vive la región, y Nicaragua, plantea relevantes exigencias de reformas legales e institucionales, encaminadas a asentar estratégicamente esos procesos y, a la vez, para hacer frente a las múltiples desigualdades sociales heredadas y provocadas por modelos económicos desprovistos de un perfil humanístico en su esencia de funcionamiento.

Para DE LA CRUZ OCHOA (2000, octubre):

“La reforma de los sistemas de justicia ha sido estimulada en gran medida por actores internacionales económicos, países desarrollados donantes y otras instituciones internacionales. Éstas ocurren en el marco de la modernización del Estado y se ofrecen como argumento los vínculos estrechos entre crecimiento económico y sistemas legales y de justicia eficaces, informalizados, accesibles, previsibles, entre otros. Esta cruzada internacional por la transformación legal y judicial llevada a cabo por muchas agencias internacionales no tiene en cuenta las justificaciones y el sentido político de la reforma legal y de la administración de justicia judicial que deben tener en la región y sólo su preocupación económica asume y promueve las reformas como cambios técnicos necesarios para una modernización adecuada del Estado y un crecimiento económico guiado por el mercado.”

Esta tendencia de la reforma judicial desarrollada exclusivamente con lineamientos técnicos y económicos, como lo plantea DE LA CRUZ OCHOA, sin atender el tema de los derechos humanos, debe de generar una atención y preocupación particular en la sociedad regional, y nacional. Es decir, si el enfoque de la reforma de la justicia está orientada a lo económico, sin duda, este modelo de justicia (economicista) determinará, queramos o no, el contenido de la reforma de la justicia, el modelo y la función de las instituciones de la administración de justicia y su normativa orgánica, sustantiva y procesal. Esto sucedió en el modelo económico colonial, que para su seguridad estableció el modelo de justicia penal inquisitivo (europeo continental), como expresión de dominio hegemónico de aquel momento histórico. Por su parte, hoy, el modelo de mercado económico de la globalización impone su propio modelo de justicia penal, el acusatorio (con un fuerte componente inquisitivo).

Ejemplo de esa visión economicista y técnica de la reforma de la justicia, se pone de manifiesto en un excelente estudio del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo sobre la Seguridad Jurídica e Inversiones realizado en Centroamérica y Panamá (2000, p. 15). Esta investigación que trata, entre otras cosas, sobre el concepto de seguridad jurídica, sistema de registro, inseguridad ciudadana e inversión, expropiación e indemnización e inversión, protección a la propiedad intelectual e industrial e inversión extranjera, legislación ambiental y ordenamiento territorial ante la inversión extranjera, clima de negocios e inversión, competitividad e inversión, establece que:

“Para empresarios de sesenta y nueve países, son importantes para la inversión económica la credibilidad del Estado, la previsibilidad de las normas y de las políticas, las percepciones sobre la estabilidad política y seguridad de la propiedad, la relación Estado-empresas, la incertidumbre creada por la ineficiencia del gobierno en la prestación de servicios, la importancia de la criminalidad, la confianza en la aplicación de la ley por la justicia, las trabas burocráticas y la importancia de la corrupción.”

En este sentido, UMAÑA (2002, p. 22), recuerda que estudios similares del Banco Mundial han encontrado causalidades entre la credibilidad y estabilidad de los sistemas jurídicos y las variaciones del crecimiento del PIB *per cápita*.

No existe ninguna duda que la reforma del sistema de justicia, en especial la penal, debe garantizar la seguridad jurídica para el desarrollo económico y además, asegurar que las normas no sólo se apliquen, sino que exija su cumplimiento efectivo. En este sentido, el valor de la justicia concebido como aplicabilidad o exigibilidad permite identificar violación al orden jurídico y sancionar al transgresor o reparar el daño a favor de la víctima. Sin embargo, la reforma de la justicia también es vital para la realización efectiva de la democracia y los derechos humanos —no sólo para la creación de un ambiente seguro para los negocios—, recogidos en buena parte de las Constituciones Políticas de la región, pero sin posibilidad de realizarse. Los derechos humanos, como expresa ZAFFARONI (CUAREZMA 1996, p. 13), deben ser, ante todo, “garantizados por los gobiernos y, en especial, por los poderes judiciales nacionales. Los organismos internacionales, políticos o jurisdiccionales, no son más que reaseguros

que operan cuando fallan las garantías nacionales, pero jamás pueden sustituir a éstas”.

No hay duda que la seguridad jurídica exige un sistema funcional, expedito, transparente e imparcial, sin embargo, no hay acuerdo en qué consiste la imparcialidad y la rapidez del sistema de justicia. El estudio sobre la Seguridad Jurídica e Inversión (2000, p. 81) pone de manifiesto el interesante dato que:

“La cultura jurídica centroamericana popular —no así la del sector privado—, aparenta inclinarse por cierta ausencia de orden y rapidez siempre y cuando se asegure cierto nivel de justicia social, mientras que la misma cultura en los países desarrollados (y principales sedes de las empresas inversionistas) prefieren arriesgarse a la injusticia antes que soportar el desorden y el atraso judicial.”

#### **IV. RIESGOS DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA EN UNA SOBERANÍA LIMITADA**

La región pasa por un momento de transnacionalización de sus Estados y cada vez son más dependientes. Sus soberanías están limitadas. Mediante estos procesos, señala el profesor de la Universidad de Western, Ontario, ANDRÉS PÉREZ BALTODANO (2001, p. 1):

“El Estado transfiere importantes cuotas de poder a los centros transnacionales alrededor de los cuales se organiza la globalización, adquiriendo niveles de inmunidad ante las sociedades de estos Estados. Todo ello deteriora los poderes nacionales o bien, anula todo intento de construcción de un Estado originado del consenso contractual de la sociedad. La pérdida del poder de los Estados es parte de la globalización, reduce a los actores nacionales a la impotencia frente a los problemas reales que se plantean en sus comunidades.”

Para ZAFFARONI (2000, pp. 10-11), la globalización, “como momento de poder mundial consecuente de la revolución tecnológica, presenta una serie de contradicciones, pero el elemento más notorio es la pérdida de poder por parte de los Estados nacionales”.

BOB JESSOP citado por ANDRÉS PÉREZ BALTODANO (2001, p. 2), plantea que:

“El aparato estatal transnacionalizado sufre una pérdida progresiva de unidad en términos de la coherencia vertical entre los diferentes niveles de organización, y de coordinación horizontal entre las diferentes áreas de actividad estatal. En estas condiciones, el Estado pierde capacidad para promover la integración social y la formación de identidades políticas nacionales. La transnacionalización del Estado en la región, además, obstaculizará las posibilidades de desarrollo de verdaderas sociedades civiles fundamentadas en estructuras efectivas de derechos ciudadanos. La transnacionalización del Estado disminuye significativamente la capacidad de la política democrática y de la participación política organizada como fuerzas constitutivas de la nación. La pérdida de poder local crea normas y valores determinados por la racionalidad e intereses del poder transnacional que condicionan a los estados nacionales debilitados e inducen a las sociedades a aceptarlos como parte del progreso.”

Un ejemplo, es la exigencia de la reforma de la justicia. Muchas de las reformas en materia de justicia, y en particular, de la penal, fueron condicionadas de forma exógena (sin perjuicio de la necesidad de reformarlas), y no se construyeron desde las particulares necesidades y contradicciones de la sociedad.

En esa línea de pensamiento apuntada, podemos observar que la transformación regional de la justicia, y en particular la de Nicaragua, estuvieron inducidas o condicionadas por los países centrales o industrializados para optar a un nuevo modelo de justicia y, por su coste, a menor acceso a la justicia, nos referimos al *Common Law*. Este sistema de tradición anglo-sajona, como advierte UMAÑA (2002, p. 28), “desarrollado en principio en el Reino Unido y traslado posteriormente a Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, está basado en el precedente judicial, más que la legislación escrita. Se contrasta con el sistema de la tradición del Derecho Civil o Tradición Romano Germánica donde la fuente primaria del derecho es la norma escrita”.

### A. El *plea bargaining system*

Este sistema, injertado en la justicia de la región, y con gran profundidad en el nicaragüense, ha instaurado una “justicia rápida” (*fast justice*) a través del *plea bargaining system*, más pudorosamente traducido como negociación (ZAFFARONI 2000, p. 15). En el desarrollo del trabajo, advertimos que determinar la naturaleza de la reforma nos permite a la vez determinar el impacto que ésta tiene en las instituciones y cuerpo normativo que la reforma crea, como por ejemplo, la creación de la denominada justicia negociada, que privatiza de la justicia.

El *plea bargaining system* (regateo de la justicia), de tradición anglo-norteamericana, es consecuente a la naturaleza economicista de la reforma de la justicia. Esta institución excluye al juez del conflicto, igual que en el mercado libre que no hay agentes reguladores, y pone en manos de particulares (fiscal y defensor) la decisión del caso penal que debería estarlo en la figura del juez constitucional. En este sentido, según DE DIEGO DÍEZ (1999, p. 61), para los *econometricians* el *plea bargaining* es un “mal necesario” y propugnan su mantenimiento como algo deseable.

“Para ellos el proceso penal no es sino un sistema de mercado, un método de distribución de recursos escasos, y dan por supuesta la imposibilidad de los operadores judiciales de variar el *quantum* de los recursos disponibles. A partir de estas premisas afirman —en armonía con la concepción de libre mercado propugnada a nivel económico— que la intervención “reguladora” de la autoridad pública, identificada en el proceso penal con la decisión del juez sobre la pena, puede dar buenos resultados sólo si el ‘precio’ fijado por la autoridad competente coincide con el que las partes contratantes han convenido” (DE DIEGO DÍEZ 1999, pp. 61-62).

FEELEY, citado por DE DIEGO DÍEZ (1999, p. 52), la compara:

“Con los supermercados en los que los precios de los distintos productos están claramente fijados y etiquetados [...]. En un supermercado, los clientes pueden quejarse de los precios, pero raras veces regatean [*bargain*] para que se les rebaje”.

El regateo promueve procedimientos “reacios a los preceptos éticos, que nada tienen que ver con la justicia ni la equidad”, como expresa JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (2000, p. 52), que la reforma pretendía eliminar del viejo modelo inquisitorial. Este sistema de justicia, llamados por algunos, justicia mil por horas o la *macdonalización* de la justicia, “encierra un peligro en la pretensión de implementar formas rápidas de condena, que pretenden que nada quede por escrito, creando la ilusión expeditiva y pragmática” (ZAFFARONI 2007, p. 46).

Para ZAFFARONI (2007, p. 46), en la investigación comparativa, *los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*, “la publicidad con que se divulgan estos modelos en la región es preocupante, porque puede ser fácilmente vendible a los políticos preocupados por las demandas públicas de una justicia penal más rápida”. Para ZAFFARONI (2007, p. 46), estas propuestas, dadas las características de la región, “no llevarían más que a un proceso penal destinado a la rápida y barata condenación de pobres, perfectamente compatible con el modelo economicista incompatible con la dignidad de la persona”.

En los foros académicos y científicos de los Estados Unidos esta institución es duramente criticada, a tal punto que un eminente magistrado no vaciló en llamarle al *plea bargaining* un “sórdido proceso” y JOHN LANGBEIN (2001, p. 9), de la Universidad de Chicago ha llegado a contrastarla con el Derecho Medieval Europeo sobre la tortura, “las semejanzas entre el sistema moderno de *plea bargaining* y el antiguo sistema de tortura judicial son muchas y escalofriantes”. Así mismo, indica LANGBEIN (2001, p. 9) que el *plea bargaining* es un “procedimiento sin juicio establecido para declarar culpables y para condenar a personas acusadas de delitos graves. Sin alguien busca en la Constitución de los EEUU, algún fundamento para el *plea bargaining*, buscará en vano. En su lugar encontrará, una garantía opuesta, la garantía del juicio previo”.

En este sentido, ZAFFARONI (2001, p. 352) expresa que el *plea bargaining* se convierte fácilmente en una fuente de extorsión que reemplaza a la tortura:

“Quien carece de defensa de calidad no tiene otro recurso que admitir lo que se le ofrece en la negociación o regateo, pues de lo contrario se le amenaza con un pena mucho más grave. De este modo se logra reducir el número de presos preventivos, puesto que se los condena a todos rápidamente. Además



se trata de otro recurso que llena otro requisito fundamental podrá la selectividad estructural del poner punitivo: perjudica sólo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con él. En tercer lugar, los jueces pueden seguir ejerciendo el manejo de la prisión preventiva como pena, aunque ya a modo de pena formal.”

Para DE DIEGO DÍEZ (1999, p. 54), “la *plea bargaining* es tan frecuente en el sistema criminal norteamericano que mediatiza su organización hasta tal punto, apoyándose en los criterios de NEWMAN y ANDERSON, que el orden del día del Tribunal, el personal judicial, y otros recursos están determinados de antemano dando por hecho que habrá un alto índice de declaraciones de culpabilidad”. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Santobello v. New York* (404 US 257,260, [1971]), estableció que este tipo de acuerdo “representa un componente esencial de la administración de justicia.

La fundamentación que se aduce para justificar la validez de esta institución es la “eficacia”. Entre ellas se menciona, como señala DE DIEGO DÍEZ (1999, p. 55):

“El enorme número casos que el Ministerio Público debería afrontar, el costo de cada proceso para el Estado, la oportunidad de no malgastar los recursos económicos destinados al servicio judicial, la necesidad de concentrar los esfuerzos de la acusación en los casos de provocan mayor alarma social, entre otros.”

En este sentido, como plantea DE DIEGO DÍEZ (1999, p. 18):

“Parece que beneficia a todos los involucrados en la justicia penal, desde el acusado, su defensor y el fiscal. Por ejemplo, el acusado evita gastos, retrasos e incertidumbres, así como el riesgo de una condena más grave (aunque sea inocente) que la que de hecho se le impone; el abogado defensor obtiene sus honorarios con menores esfuerzos y economizando tiempo. Sin embargo, esta tentadora perspectiva empuja fácilmente al defensor a convencer a su cliente de que se declare culpable.”

ALSCHULER, citado por DE DIEGO DÍEZ (1999, p. 59), refiriéndose a este tema, expresa que:

“Todo el actual sistema de justicia criminal estadounidense parece diseñado, en suma, para inducir al abogado defensor a adoptar la siguiente máxima: en caso de duda, entrégale (*cop him out*)... y negocia. Al Ministerio Público le permite, con la resolución ‘contratada’ del proceso, controlar la carga de trabajo y además, en caso de que se llevaran a jurado, la condena sería incierta. El Estado, determina la culpabilidad muy económicamente porque no tiene que cumplir la obligación constitucional de aportar pruebas.”

El *plea bargaining* altera el sistema de legalidad y su vigencia (y, en consecuencia, el de seguridad) vinculado al Estado de Derecho, en el cual, la justicia se aplica, no se negocia. En este tema lo que está en juego es la respuesta jurídica ajustada a la legalidad, incompatible con la disponibilidad del proceso penal en manos de particulares (fiscal y defensor). No hay que olvidar que la misión constitucional del Poder judicial de la mayoría de los países de la región, y del nicaragüense, es la tutela de los derechos humanos mediante *la aplicación* (y no la negociación) *de la ley* (art. 158 y 160 Constitución Política). Conforme a este mandato constitucional los particulares, en virtud del monopolio estatal, no pueden ni deben disponer del Derecho Penal, ni de la consecuencia jurídica penal, ya que éste se aplica (o debería aplicarse) sólo por jueces y tribunales constitucionales en el marco de un proceso penal. En el Derecho Penal la descripción de las conductas delictivas (tipos penales legales) formalizan y delimitan la justicia, pero ésta sólo puede realizarse en el proceso penal, debidamente desarrollado y con el debido proceso legal, sólo así se puede “condenar y remover la presunción de inocencia”.

No cabe duda que la *negociación* conduce a la privatización del proceso penal (de la justicia penal), es, como expresa AMODIO, citado por DIEGO DE DÍEZ (1999, p. 75), “una verdadera y propia exaltación de la autonomía de las partes”. Este criterio encuentra su fundamento conceptual en la existencia de una relación horizontal entre partes, de la que se originan derechos y obligaciones. El fiscal y el defensor cuando “negocian” un delito por otro o la responsabilidad del acusado o un privilegio a cambio de una información, están realizando un “negocio de carácter privado”. Este toma y data, BROWN, citado por DE DIEGO DÍEZ (1999, p. 50) “expropia a

las partes de sus específicos papeles y las reduce, en la mejor de los casos, al nivel de mercaderes; en el peor, a intrigantes. Jueces y abogados olvidaran su deber de contribuir a la búsqueda de la verdad, mientras los representantes de la acusación y los defensores no se dedicaran a preparar el proceso penal con el interés necesario”.

No es posible pues, conciliar la legalidad (ley escrita) con la negociación (sistema no escrito). Este tipo de justicia (de regateo) supone, en expresión del profesor norteamericano FRIEDMAN, *negociar a la sombra de la ley*.

### **1. La posición del juez en el plea bargaining**

En Nicaragua en el año 2004, se llevó a cabo una investigación comparada por profesores e investigadores del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, ROSARIO ALVARADO CHACÓN y JORGE LUIS MORALES GARCÍA, jueces del Poder Judicial costarricense, sobre *La Negociación en la Justicia Penal: la Posición del Juez. Estudio Comparado (Alemania, Costa Rica, Estados Unidos, Italia y Nicaragua)* (2004, pp. 159 y ss).

El trabajo presenta análisis sobre: el *plea bargaining system* de los Estados Unidos de Norteamérica, modelo que sirvió de base a otros institutos de los sistemas de tradición jurídica continental europea como son los supuestos del *patteggiamento* italiano, del procedimiento abreviado costarricense y del acuerdo en el *Código Procesal Penal Nicaragüense*. Igualmente comprende la oportunidad reglada en la ordenanza procesal penal alemana, en el *Código Procesal Penal Costarricense* y la prescindencia de la acción penal en el nicaragüense.

La investigación hizo un análisis comparativo de legislaciones europeas y anglosajonas, a fin de determinar el papel hegemónico que las visiones de los países desarrollados ejercen sobre aquellos que, como las naciones de Costa Rica y Nicaragua, presentan un esencial interés, sobre todo, de carácter económico, para esos centros de concentración de poder. Con esto se espera extraer conclusiones válidas y claras respecto al tema central de la investigación, el rol del juez en la justicia penal negociada, lo cual requirió, además, para su enriquecimiento de fuentes doctrinarias de legislación, jurisprudencia y aportaciones críticas hechas por los autores de la investigación desde la función de la judicatura.

La investigación establece que esta institución no puede verse en forma aislada de los factores que condicionan la reforma penal en Centro-

américa y que también explican, en gran medida, el grado de uniformidad de las legislaciones, como de los organismos internacionales que impulsan su gestión. En Nicaragua, pese a que no existía una necesidad apremiante para instaurar una reforma penal en virtud de la mora judicial (Memoria de la SP, 2001, p. 80).

“Los índices de retardo de justicia en causas con detenidos había disminuido del 12% en diciembre de 1999, al 4% en diciembre del 2000 en Juicios Ordinarios; y del 50% al 7% en el mismo periodo en Juicios Especiales de Adolescentes.”

Como era el caso de otros países de la región, en cuenta Costa Rica; sí contribuía a los abanderados de la gestión de la reforma, el contar con un Código de instrucción criminal con más de un siglo de vigencia; sin embargo, son las razones ideológicas las que pesaron más en impulsar la reforma que en el tipo de reforma que se debió impulsar.

Respecto al rol del juez en el *acuerdo* nicaragüense, la investigación expresa que la similitud o proximidad del sistema nicaragüense con el angloamericano, le hace acreedor de las principales críticas de aquél, abonadas con las circunstancias de que la importación de este cuerpo extraño a la realidad socio-jurídica nicaragüense provocará no pocos contrasentidos estructurales, como pueden ser sus objeciones de constitucionalidad.

Uno de los principales cuestionamientos que se puede realizar a este tipo de instituto procesal es su falta de transparencia. La intervención del juez nicaragüense en el procedimiento de acuerdo es nula, su aparición se da cuando esté ya está logrado, cuando todo se ha discutido. La función o rol del juez nicaragüense en este procedimiento (en el caso llegue a su conocimiento, pues se puede dar de *facto* en el proceso de investigación) es de mero fedatario de una situación en donde no tuvo ninguna participación y, consecuentemente, ninguna posibilidad de control.

La sentencia que con base en un acuerdo de éstos pudiese dictar el juez de la causa, no puede ser otra que condenatoria, pues tendría como base fáctica el hecho confesado y estaría vinculada por el acuerdo de las partes en cuanto a las consecuencias punitivas. Así las cosas, la investigación concluye que la participación del juez nicaragüense en el trámite del acuerdo es prácticamente nula, desprovista de cualquier posibilidad real de ejercer un control garantista de los derechos fundamentales del imputado.

## B. El retorno de las viejas políticas autoritarias

También, estas reformas de corte economicistas, han empujado a la región a importar políticas puramente represivas, por ejemplo, la denominada “ley y orden” o “tolerancia cero”. Este tipo de política tiene un grave impacto en el detrimento de los derechos humanos, especialmente de los derechos fundamentales del debido proceso a favor de la persona imputada en la fase de investigación penal, controlada legal y fácticamente por los órganos represivos de seguridad o policial.

Esta política punitiva, fundamentada en golpear duro a los delinquentes y sin garantías, atribuye mayores atribuciones a la policía para la “lucha” o “represión” contra el delito, en detrimento de los derechos y garantías de las personas, incluyendo a las sometidas a investigación. En palabras de EDUARDO GALEANO (1999, p. 88), “la represión plan bestia, pócima mágica elogiada por los medios de comunicación, se descarga generalmente con saña sobre los sectores marginales y otras minorías”.

Estamos, conforme a esta política, producto de la naturaleza económica de la reforma de la justicia penal, retornando a la vieja concepción de la policía autoritaria del siglo XIX, contexto en el cual esta agencia represiva se originó, primero, como institución de carácter urbano y, segundo, con el objeto de cuidar o proteger, según “la enorme concentración de riqueza y, a la vez, cuidar la “concentración” de la miseria” (ZAFFARONI, 2000, p. 9; CUAREZMA 2003, p. 423). Por esta razón, la visión del criminólogo CARLOS ALBERTO ELBERT (2001, p. 565), no deja de ser acertada a futuro, o a lo menos sugerente, cuando expresa que la vida urbana del siglo XXI, más que vida,

“será una pesadilla insufrible; mayores zonas marginales, personas sin documentación ni trabajo estable, pagando salteado sus alquileres y servicios. Esta situación hace más fácil criminalizar a los excluidos, tanto en el plano individual como familiar o colectivo. Dada la evidente procedencia social de los protagonistas sociales, la selección de sospechosos y diferentes resulta extremadamente obvia y los grupos considerados peligrosos pueden ser seleccionados con sólo observar las multitudes por las calles”.

La naturaleza económica de la reforma de la justicia de la penal, permite entonces, comprender el papel que le toca jugar a instituciones

como, por ejemplo, la policía, un rol, en este caso, de cuidar la libre circulación de bienes y capitales, una policía no como “medio”, sino como “fin” de la economía globalizada, de la tutela del tráfico de capital y mercancía en y entre territorios, y no como una institución para la prevención del delito y garante de la seguridad ciudadana. Ahora bien, la policía para garantizar esta misión, proteger el capital de la “concentración de la miseria”, necesita de suficientes garras, éstas no son otras que las extensas facultades que la legislación procesal penal le confiere a dicha institución en detrimento de la libertad y la seguridad de las personas, sobre todo de aquéllas sometidas a la pobreza y marginalidad. Así, podemos apreciar una policía que controla, sin ningún tipo de auditoría judicial, la fase de investigación en el proceso penal (acusatorio) para la construcción de un caso penal.

En la investigación realizada por ILANUD en Latinoamérica (2007), bajo la dirección científica del profesor ZAFFARONI, sobre *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina* (2007, p. 41), en la cual se estudió el caso de Nicaragua, se llegó a comprobar empíricamente las violaciones de los derechos fundamentales de las personas imputadas en la etapa de investigación.

En las conclusiones se presentan hallazgos graves, violaciones propias de un proceso inquisitivo, identificadas en las nuevas legislaciones de corte acusatorio. En la etapa de la instrucción penal practicadas por los cuerpos policiales, se advierte, entre otras cosas, que a los detenidos (imputados) no gozan del derecho a la presencia de un defensor y se encuentran incomunicados; que las declaraciones que brindan los detenidos en la policía en el proceso el judicial no las excluye, les da valor probatorio *contaminando* la imparcialidad de los jueces, legitimando el modelo materialmente inquisitivo en sede acusatorio; que la policía y el Ministerio Público asumen poderes *arbitrarios* o *incontrolados*; también que el hecho de que la detención, custodia y alojamiento del detenido o imputado recaiga en un mismo cuerpo, debilita la defensa del detenido; que respecto al valor procesal de la prueba obtenida ilícitamente, quedó claro que existen en las normas procesales y prácticas judiciales orientadas a salvar las deficiencias en la investigación policial para permitir una valoración positiva de los elementos obtenidos ilícitamente; que estos vicios por parte de la

judicatura revela que se ha adoptado a nivel latinoamericano una doctrina jurídica de origen europeo que propicia estados legales de Derecho y no estados constitucionales de Derecho, privilegiando la seguridad de respuesta por sobre la seguridad jurídica.

Esto vendría a explicar por qué el nuevo proceso penal en los países de la región, y en especial, de Nicaragua, le confiere a la policía un poder extenso en la investigación y además sin control de ningún tipo, mucho menos del judicial, sólo subordinado a la autoridad administrativa, en este caso, del Poder Ejecutivo, del cual depende en la mayoría de los casos. Podemos advertir entonces, en esta línea de pensamiento, que establecer o identificar la naturaleza de la reforma de la justicia penal, no sólo es necesaria, sino que es vital, porque permite comprender cómo y por qué se estructura el actual proceso penal de la región, y en especial del nicaragüense (de modelo acusatorio, pero con fuertes rasgos inquisitivo), de una determinada forma, la función de determinadas institutos procesales y la importación de figuras procesales de otros sistemas jurídicos, como el *plea bargaining system*.

La reforma de la justicia penal estaba concebida para la defensa de los derechos y garantías de la persona sometida al proceso y la democratización del proceso penal, para esto se apostaba a la derogación del modelo inquisitivo y optar por un modelo acusatorio que representaba mayor garantía que el anterior, así lo expresó la solitaria e importante sentencia número 20/2009 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua:

“Uno de los lineamientos centrales que inspiró a la reforma procesal penal en nuestro país, es la de conseguir que en la tramitación de todas las fases del procedimiento penal se respeten los derechos fundamentales o garantías constitucionales de las personas objeto de juzgamiento penal, pues sin lugar a dudas el procedimiento inquisitivo establecido en el código de instrucción criminal derogado se caracterizaba por que se desarrollaba al margen del respeto de estas garantías constitucionales o al menos con una muy reducida aplicación, a pesar de estar consagrados expresamente en la Constitución Política y en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Nicaragua” (Considerando II).

Sin embargo, la reforma de la justicia penal, partiendo de nuestra idea, se concibió para la seguridad jurídica de las inversiones económicas y financieras, a tal punto, que el diseño de proceso penal nicaragüense de “modelo acusatorio”, está orientado a garantizar aquella seguridad globalmente requerida para la protección del capital y el tráfico de la mercancía, no en vano ambas se dan, en similar contexto. Esto explica además, que hayan sido las agencias o instituciones económicas internacionales las que hayan invertido el dinero necesario para tal reforma. No olvidemos el viejo adagio: “quien pone la plata, pone los músicos”. Por esta razón, nos da la sensación, como dice ZAFFARONI (2000, p. 10), “de que todo está al revés y de alguna manera parece que así es, conforme a nuestras pautas todo parece estar al revés”, o como dijo EDUARDO GALEANO (1999, p. 2), “si Alicia volviera hoy no tendría necesidad de mirar al espejo sino que le bastaría con asomarse a la ventana”.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

No dudamos que la justicia es un presupuesto para la tutela de los derechos humanos y para el desarrollo económico, que además no sólo es factor de impulso, sino factor para el desarrollo de la economía, pero también es cierto que una reforma, como la apuntada, que sacrifique la tutela de los derechos humanos para proteger el capital, sin duda, crea un desbalance o desequilibrio en el propósito original de la reforma de la justicia penal, y, por tanto, tal diseño impacta gravemente en las libertades, derechos y garantías de la persona. El reto, es el equilibrio, una reforma de la justicia penal para ambos supuestos, para la protección de los derechos humanos de la persona y además para garantizar un marco de seguridad a la economía, con la finalidad de promover el desarrollo de la región, y, en especial, de Nicaragua.

El desafío es sin duda mayúsculo, hacer que la reforma de la justicia penal se oriente, en consecuencia, a transformar las bases de legitimidad sobre las cuales funciona. Ello supone un cambio sustancial en las relaciones con la sociedad, un “encuentro con la persona y su desarrollo”, diseñada dentro de una estrategia a largo plazo y dirigida fundamentalmente a producir un cambio en el comportamiento y en la estructura de pensamiento, entre los cuales los sujetos económicos juegan un importante papel, pero no exclusivo. Tal perspectiva constituirá un “cambio cultural” de primera magnitud con respecto a los esfuerzos de la justicia emprendida en la región centroamericana y, en especial, en Nicaragua.



## BIBLIOGRAFÍA

- BARBOZA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. “La Transacción Penal Brasileña y el Derecho Norteamericano”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, No. 17, 2000, 49-53.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio”, *Justicia* 2011, No. 3-4, pp. 121-132.
- CUAREZMA TERÁN, SERGIO *et al.* “La Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano: el Caso Nicaragua”. En: *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*. AMBOS, KAI, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER y RICAR VOGLER. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Ltda., 2003, pp. 423-461.
- \_\_\_\_\_. “El desafío de la justicia”. En: el PNUD y Nicaragua ante el tercer milenio. Una visión nicaragüense sobre gobernabilidad y desarrollo humano. Managua, 2001, pp. 63-68.
- \_\_\_\_\_. La Posición del Juez en Nicaragua. La Administración de Justicia como garante de los Derechos humanos en Nicaragua. Managua: Editorial-Imprenta UCA, 1996.
- DE DIEGO DÍEZ, LUIS ALFREDO. *La plea bargaining* de los EEUU en Justicia Criminal Consensuada (algunos modelos del Derecho Comparado en los EEUU, Italia y Portugal) Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DE LA CRUZ OCHOA, RAMÓN. Reforma de la Administración de Justicia en América Latina. Conferencia Pronunciada en el Congreso de la Asociación Americana de Juristas celebrado en La Habana, Cuba, 18 de octubre de 2000.
- ELBERT, CARLOS ALBERTO. “El control sin Estado y sin políticas criminales en la América Latina globalizada”. En: *Documentos Penales y Criminológicos*. Volumen 1. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, PEDRAZ PENALVA, ERNESTO y CUAREZMA TERÁN, SERGIO J. (Directores). Managua: Hispamer, 2001, pp. 555-568.
- GALEANO, EDUARDO. *Patás Arriba. La Escuela del Mundo al Revés*. México, Siglo XXI Editores, 1999.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., “*Adversarial system*, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos”, *Revista Poder Judicial* 2006, No. especial XIX, pp. 25-77.

- JIMENO-BULNES, M. American criminal procedure in a european context. *Cardozo journal of international and comparative law*, volume 21.3 (spring 2013), pp. 410-459.
- LANGBEIN, JOHN H. Tortura y *plea bargaining*. En *El procedimiento abreviado*. JULIO MAYER y ALBERTO BOVINO (compiladores), Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- PÉREZ BALTODANO, ANDRÉS. “El futuro de las identidades políticas de América Latina”. Confidencial. *Semanario de Información y Análisis*, No. 233, 2001.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Seguridad Jurídica e Inversiones. Acceso a la Justicia en Centroamérica y Panamá. San José, Costa Rica, 2000.
- Proyecto Estado de la Región-Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá. Proyecto del Estado de la Región. San José, Costa Rica, 2003, pp. 282-304.
- Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá. Resumen del Capítulo 7: El Desafío de la Democratización de la Justicia y del Fortalecimiento de la Rendición de Cuentas. San José, Costa Rica 2003: <http://www.estadonacion.or.cr/Region2003/Paginas/prensa/Resumen-7.pdf>
- Memoria de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (1996-2000), 2001, Managua. Publicación de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua.
- MONTERO AROCA, J., “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, en J.L. GÓMEZ COLOMER (coord), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 17-66.
- UMAÑA, MARIO. Inversión Extranjera Directa en Centro América: el rol de la seguridad jurídica. Marzo, 2002. Documento en proceso, recuperado de: <http://www.incae.edu/es/clacds/publicaciones/pdf/cen443.pdf>
- ZAFFARONI, RAÚL y MADLENER, KURT. *La Justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*. San José, Costa Rica: ILANUD. 1996, pp. 5-37.

ZAFFARONI, RAÚL. “El Curso de la Criminología”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, No. 18, 2000, 7-11.

\_\_\_\_\_. *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. ZAFFARONI, E. RAÚL y ELÍAS CARRANZA (coordinadores) México, 2007.

\_\_\_\_\_. *América Latina: análisis regional, proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad. En documentos penales y criminológicos (DPC)*, DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, ERNESTO PEDRAZ PENALVA y SERGIO CUAREZMA TERÁN (directores), Volumen I, Hispamer, 2001, pp. 339-362

\_\_\_\_\_. “Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad”. En: *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*. México. Ed. Porrúa, 2000, pp. 3-24.

\_\_\_\_\_. “La justicia como garante de los derechos humanos en México y en América Central: la independencia del juez”. En: *La Justicia como garante de los Derechos Humanos: la independencia del juez*. San José, Costa Rica: ILANUD, 1996, 5-37.



# ALGO SOBRE JUECES Y DERECHOS HUMANOS: LOS VÍNCULOS INEVITABLES

MANUEL VIDAURRI ARECHIGA\*

**SUMARIO:** 1. El juez en tres dimensiones. 2. Perfil *político* y *científico* del juez. 3. Algo más sobre el perfil *político* del juez. 4. Algo más sobre el perfil *científico* del juez. 5. La visión integradora. 6. La brújula del juez. 7. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la administración de justicia. 8. El juez y los derechos humanos. 9. A modo de conclusión.

## 1. EL JUEZ EN TRES DIMENSIONES

El papel de las y los juzgadores puede ser observado desde, al menos, tres dimensiones:

- a) Como empleados o servidores públicos;
- b) Como representantes de un poder público, y
- c) Como peritos o técnicos altamente especializados en alguna rama del Derecho.

Esta visión tridimensional,<sup>1</sup> por sí misma, ya daría lugar a una serie de reflexiones en torno a cada una de esas manifestaciones que ha-

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Director de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, México. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y del Sistema Nacional de Investigadores. Profesor e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

1 Al respecto, véase de GONZÁLEZ SOLANO, GUSTAVO. “El ejercicio del poder de los jueces”, en: *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Costa Rica, año-vol. III y IV, número 101 y 102, Costa Rica, 2003, ahí señala: “Básicamente el papel del juez se encuentra delimitado por tres tipos sencillos de roles que tiene que cumplir conjuntamente, no siempre simultáneamente, pero que están presentes en la determinación de muchas de las diversas actividades que él despliega. Los de tipo *laboral*, los que le asignan o atribuyen por el cargo *funciones públicas*, y las derivadas directamente de sus actividades materiales o intelectuales concretas que ejecuta para

cen sentido sólo de manera conjunta. Que el juez sea todo lo mencionado simultáneamente no quiere decir que, en efecto, tales representaciones posean el mismo nivel de relevancia y significado social. A cada una de estas tres expresiones del mismo personaje corresponde igualmente un determinado marco de referencia y con ello un determinado marco de evaluación. Así que, no es lo mismo analizar-observar al juez empleado (aspecto *laboral*), que al juez órgano de representación (aspecto *político*) o al especialista jurídico dictaminador de asuntos (aspecto *científico* vinculado a lo *jurisdiccional*).

En un caso, se trata de un funcionario con derechos y obligaciones laborales perfectamente determinadas. En otro se trata de aquel servidor público en quien se deposita un elevado y puntual poder y mandato constitucional, y en otro, finalmente, se aprecia la capacidad intelectual puesta al servicio de la justicia.

## 2. PERFIL *POLÍTICO* Y *CIENTÍFICO* DEL JUEZ

Para otra ocasión dejamos el tratamiento del juez como empleado o servidor público, no sin dejar sentado ahora que, en efecto, esa vertiente de la triple manifestación ya mencionada reclama mayor detenimiento y profundidad.

De momento nos interesa, especialmente, referirnos a las dos perspectivas que le ven como encarnación del Poder Judicial y como un especialista que aplica la ley a casos concretos. Éstas son, indiscutiblemente, las dimensiones que de mejor forma definen lo que es ser juez. El elemento político de su actuación, por virtud de su adscripción a uno de los tres poderes públicos, le impone una responsabilidad profunda y seria: garantizar el Estado de Derecho. Mientras unos elaboran o crean las normas y otros las ejecutan, éste se encarga de que en cada caso concreto sean aplicadas poniendo solución al conflicto. Y es en ese *poner solución* al conflicto donde aparece la figura del conocedor, en suma, del experto en el ejercicio jurisdiccional.

Que si es el juez un ente político, creo que la respuesta debe ser afirmativa, sin duda. Por muchas razones, entre las que puede mencionarse

---

llevar a cabo su función jurisdiccional, esto es, la *aplicación del Derecho*. Es decir, es un dependiente salarial, un delegado de poderes y deberes y un técnico en las palabras jurídicas.”

el hecho de que su ejercicio se basa en la aplicación de las leyes que son, obviamente, productos esencialmente políticos, resultado de las tensiones entre las diversas organizaciones partidistas que polemizan e interactúan en los congresos o parlamentos. De ahí que, con razón, se diga que los jueces (más claramente, sus resoluciones) son los medios a través de los que se expresan determinadas posiciones políticas y hasta ideológicas.<sup>2</sup> Pero el juez, ante todo, es un concedor profundo de la ley, la doctrina y la jurisprudencia es, pues, un intelectual cuyos conocimientos se aplican técnicamente en el análisis de controversias o casos en los que brillan y afloran sus saberes y virtudes. Generalmente (y también idealmente), de entre las muchas profesiones jurídicas, las y los jueces pueden ser identificados porque poseen varias notas características: son personas que han invertido mucho tiempo en la adquisición de conocimientos apropiados para esa función, han superado una serie de experiencias importantes relacionadas con la actividad jurisdiccional y, con frecuencia, han progresado en los diversos escalones que integran una carrera judicial —aunque ésta no se encuentre del todo regulada o establecida— y, más aún, incluso no son pocos los que han decidido dedicar su vida a esta actividad lo que habla ciertamente de una suerte de íntima vocación. En suma, vemos que el trabajo intelectual desarrollado por las y los jueces se caracteriza por un abordaje integral de las leyes de la materia respectiva, además de una contrastación de criterios y posturas doctrinales —generadas por juristas nacionales o internacionales (Derecho Comparado)—, orientándose asimismo por las múltiples jurisprudencias y tesis sobre tal o cual asunto, todo lo cual dice mucho de la complejidad de su trabajo.

### 3. ALGO MÁS SOBRE EL PERFIL *POLÍTICO* DEL JUEZ

La ventaja personal de tener contacto con muchos servidores públicos del Poder Judicial permite afirmar que, indistintamente, los jueces no suelen asumirse como *políticos*; es más, frecuentemente buscan deslindarse de esta categoría o condición; su autoimagen les sitúa alejados de la política pero más próximos a una labor eminentemente técnica —por no decir aséptica—. En no pocas ocasiones hemos escuchado decir, por voz de los

---

2 Sobre este tema, conviene revisar el texto de LUIS FERNANDO NIÑO, “Juez, institución e ideología”, en el libro colectivo coordinado por MESSUTI y SAMPEDRO. *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, pp. 213 y ss.

mismos juzgadores, que su quehacer queda francamente lejano de las luchas o confrontaciones políticas, ya que lo suyo en realidad, afirman, es la pura y simple aplicación de la ley a los casos concretos. Discutir sobre si la aplicación de una ley es o no un acto político reclamaría mucho más tiempo y espacio del que disponemos ahora; luego entonces, valga señalar que esa postura de los juzgadores es comprensible si lo que se busca es marcar distancia de las posiciones “partidistas” que no políticas, lo que es en efecto algo distinto. Nos parece que, difícilmente, un juez puede evitar que se le reconozca como un actor político, sobre todo desde esa plataforma desde la que hemos reconocido al juzgador como un representante del Poder Judicial, que es un poder político. La ingenuidad no es buena coartada. Indiscutiblemente, los jueces aplican e interpretan leyes que en sí mismas encierran o contienen postulados políticos e ideológicos<sup>3</sup> con los que, eventualmente, podrá o no estarse de acuerdo, situación que se torna fundamental en la medida que *ese estar o no de acuerdo* contribuya a la toma de decisiones.

#### 4. ALGO MÁS SOBRE EL PERFIL CIENTÍFICO DEL JUEZ

Por contrapartida, los jueces suelen asumirse más como *científicos*. Desde luego que las y los jueces están más cerca de esta categoría. Las cosas que hacen y el cómo las hacen parece abonar una afirmación como la que se acaba de hacer. Cuando un juez pone en marcha la labor intelectual de discernir la norma aplicable al caso concreto, evaluando la calidad de los argumentos expuestos por las partes, aplicando con todo rigor las reglas de la lógica y dictaminando conforme a un criterio entrenado en orden a la idea de justicia, su labor no es precisamente la propia de los políticos,<sup>4</sup> por

---

3 Si bien es indudable que el legislador promueve e impulsa ciertas posiciones ideológicas, NIÑO, LUIS FERNANDO. Ob. cit., pp. 221 y 222, nos recuerda que: “como todo hombre de ideas, el jurista tiene también su ideología”, y en el concepto jurista encontramos natural considerar al juez mismo, portador de una “visión de la realidad circundante que otorga cierta coherencia al pensamiento y obrar individual”, de ahí que “queda claro que todo hombre de ideas resulta —por imposición de su mera índole histórica y cultural— portador de una determinada ideología”, incluyendo, insistimos los mismos jueces.

4 Con elementos de análisis en torno a la independencia e imparcialidad de los jueces a diferencia del actuar del político, conviene leer de AGUILÓ, JOSEP. “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, número 6, México, 1997.



el contrario es lo más cercana a la actividad científica, entendiendo por tal aquella que se hace siguiendo una metodología concreta que se aplica a un objeto determinado.

El juez aquí llamado científico *conoce* la ley (herramienta básica), pero también *está informado* suficientemente de los esfuerzos y aportaciones hechas por la doctrina después de haber analizado, comparado, sistematizado y criticado la ley; amén de que *no ignora* —al contrario, siempre las tiene presentes— las interpretaciones hechas a las leyes por otros jueces —de mayor jerarquía— y que le resultan vinculantes. En pocas palabras, el juzgador se integra a un proceso de conocimiento, análisis y desarrollo normativo que le resulta útil para la debida realización de sus funciones, procediendo de una forma sistemática y metódica, ajena a la improvisación o las buenas intenciones pues lo suyo es un trabajo de razones y argumentos.

## 5. LA VISIÓN INTEGRADORA

Parece inevitable reconocer que el juez sí hace política cuando hace su trabajo.<sup>5</sup> Su calidad o condición de representante de un poder público y el perfil técnico que le es propio, constituyen un binomio indisoluble que le define de cuerpo entero. El poder del juez radica precisamente en ser un auténtico y legítimo representante del poder político, lo que por consecuencia constituye la base de su autoridad pública. Pero esa autoridad pública se basa, de igual forma, en un determinado *saber hacer*, que a su vez se sustenta en un cúmulo de conocimientos altamente especializados que sirven para interpretar y *concretar la idea de justicia*.

## 6. LA BRÚJULA DEL JUEZ

Para el cumplimiento de la elevada responsabilidad que los jueces tienen conferida en el Estado de Derecho cuentan con una herramienta fundamental que guía sus empeños. Para explicar este aspecto acudimos a la

---

5 Véase al respecto NIÑO, LUIS FERNANDO. Ob. cit., p. 224, para quien “el juez —hombre o mujer— es un animal político en el sentido aristotélico del término, un individuo con ideas propias o tomadas a préstamo; con un saber teórico, que está obligado a renovar incesantemente, y con un bagaje técnico, una intuición y unos sentimientos personalísimos.

metáfora utilizada por el profesor argentino LUIS FERNANDO NIÑO<sup>6</sup> quien, textualmente, expone lo siguiente:

“El derecho concreto, el derecho vivo, el que encarna en cada resolución judicial constitutiva de una norma individual es —o al menos, debe ser— cambiante y progresivo, porque sólo de esa manera logrará adaptarse a la incesante versatilidad de la vida social a la que se aplica. Esa tarea de cambio y adaptación permanente constituye, a nuestro criterio, la función personal y específica de la magistratura.”

“Al resolver cada conflicto intersubjetivo, el juez, en cierta medida, instituye, en aquel sentido enciclopedista de ‘establecer’ o “fundar” algo de nuevo, o de ‘dar principio a una cosa’. Él es, o —al menos— está en condiciones de ser, el artífice de la transposición de lo estático, de lo preestablecido, a una nueva dimensión, ésa que toca al “hombre de carne y hueso”, que inaugura una realidad social distinta a la preexistente, a partir de cada acto genuinamente jurisdiccional.”

El mismo autor que seguimos, hace notar que:

“Frente a la imagen tradicional de un magistrado embotado por la rutina de acomodar de algún modo la realidad conformada por su materia justiciable en el marco proporcionado por el legislador, corresponde erigir, en homenaje a lo inacabado de la empresa democrática, a un ciudadano lúcido y capaz, a un gimnasta cívico ocupado en resolver los conflictos que atañen a otro u otros del modo más beneficioso para una convivencia crecientemente justa y ordenada; no como molde asfixiante, que lo retrotraería a aquella imagen desprestigiada, sino, por el contrario, como manantial que lo refresque y estimule contra las tentaciones del fetichismo legalista.”

Se impone, siguiendo el discurso del citado LUIS FERNANDO NIÑO, preguntarnos ya ¿y cuál es esa pauta orientadora que, a manera de brújula,

---

6 NIÑO, LUIS FERNANDO. Ob. cit., p. 216.

en lugar de inmovilizar o automatizar al juez, lo impulsa en la labor instituyente, dando lugar a la resolución de litigios? Como no puede ser de otra manera, respondemos coincidentemente que esa pauta orientadora es, justamente, la Constitución. La brújula, pues, es la propia norma constitucional, ese imprescindible compendio de principios y normas básicas en función de las cuales se organizan los poderes estatales.

“El juez —afirma certero el jurista argentino—, como órgano que tiene a su cargo la función específica de satisfacer pretensiones en un espacio y tiempo determinados, no puede reducir su tarea a una mera deducción silogística cuya premisa general sea la ley; no es un eremita devoto de la lógica formal, limitado a formular inferencias, desentendido de la concreta realidad sobre la que habrá de recaer su decisión. *Si a algo debe reverencia es a aquellos preceptos constitucionales fundamentales.* Sirviendo a su efectiva concreción, habrá de recobrar el carácter dinámico que permita reconocerlo en su dimensión instituyente, en lugar de entreverlo como un indolente congelador de situaciones injustas.”<sup>7</sup>

Con base en lo anterior, puede decirse que si al legislador compete proporcionar el desarrollo legislativo respecto de aquellas materias o campos temáticos meramente enunciados por la Constitución, al juez corresponde intervenir en defensa de la vigencia real del mandato constitucional y legal. Esto dicho, equivale a señalar que los jueces no pueden —ni deben— ceñir sus decisiones a criterios partidistas, so pena de incurrir en odiosas desviaciones de su mandato. Su obligación será, en todo caso, ajustar plenamente su quehacer jurisdiccional al texto constitucional, las leyes y los instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>8</sup>

## 7. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Un deber ineludible de todos los órganos de los Estados consiste en respetar y garantizar los derechos humanos. Lo anterior implica al Poder

---

7 NIÑO, LUIS FERNANDO. Ob. cit., p. 217. Énfasis añadido.

8 En el mismo sentido, NIÑO, LUIS FERNANDO. Ob. cit., p. 218.

Judicial, a sus jueces, primordialmente. Como dice HÉCTOR FAÚNDEZ, “no es mera casualidad que la mayor parte de las denuncias sometidas ante instancias internacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Civiles y Políticos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refieran a violación de garantías judiciales”.<sup>9</sup> La doctrina internacional en materia de DIDH tiene claro que corresponde al Estado adoptar todas las medidas necesarias o indispensables para asegurar, a través de su sistema de administración de justicia, que los derechos humanos de las personas sean debidamente respetados. En este sentido, las que siguen son algunas de las medidas mínimas, o deberes, que corresponde atender al Estado (especialmente referidas a las obligaciones contraídas por los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante CADHU—).

- *Investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos.* Lo que quiere decir que el Estado tiene la obligación de organizar el aparato gubernamental, así como todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, de manera que asegure jurídicamente el libre ejercicio de los derechos humanos. Luego, prevenir y sancionar cualquier violación a los mismos es una responsabilidad inexcusable.
- *Prohibición de las penas crueles, inhumanas o degradantes.* Este es otro límite del DIDH a la administración de justicia. La restricción incluye, aparte de los jueces, a los integrantes del poder legislativo quienes no pueden dictar leyes que establezcan este tipo de penas.
- *Respetar las garantías de libertad personal.* Con base en el DIDH se incluyen una importante serie de garantías para la libertad personal cuya aplicación corresponde a los jueces. Por ejemplo, los artículos 9 del PIDECCYP y el 7 de la CADHU prohíben la privación arbitraria o ilícita de la libertad, estableciéndose además para la persona afectada el derecho a ser informada de las razones de su detención y a ser notificada sin demora de la naturaleza de la acusación formulada en su contra. Toda persona, también se señala

---

9 FAÚNDEZ LEDEZMA, HÉCTOR. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su aplicación por el juez nacional”, visible en <http://www.jueces.org.ve>. Consultado el 7 de julio de 2009.

esto, debe ser llevada sin demora ante un juez y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, o ser puesta en libertad sin perjuicio de que el proceso continúe. Lo relevante de esto es que en ambos casos se contempla el derecho a recurrir ante una autoridad judicial para que esta se pronuncie sobre la legalidad de la detención y ordene lo que proceda.

— *Respetar las garantías judiciales como un derecho instrumental.* Estas garantías se encuentran perfectamente establecidas en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDECYP) y 8 de la CADHU y resultan francamente necesarias para hacer efectivos los demás derechos humanos. Así tenemos que estas garantías aluden a dos rubros, a saber:

A) *Los referidos a los principios generales del debido proceso.*<sup>10</sup> Son principios generales cuya función estriba en asegurar la rectitud y corrección de los procedimientos judiciales. Estos principios, resumidamente, son: de igualdad ante la ley y los tribunales; derecho a ser oído antes de que se emita un pronunciamiento judicial; igualdad de medios a disposición de las partes; presunción de inocencia en materia penal, entre otros.

B) *Las condiciones previas que deben reunir los tribunales.* Con base en el DIDH los tribunales deben estar previamente establecidos en la ley así como su competencia, su independencia y su imparcialidad.

— *Las garantías relativas al procedimiento judicial.* En este apartado se consideran dos aspectos básicos, por un lado la publicidad del proceso, y de otro, la celeridad del mismo. En el primer supuesto, se parte de la idea de que el carácter público de los procedimientos ante órganos judiciales protege a los litigantes de una administración de justicia en secreto, sin la observación pública, al tiempo que permite la confianza en los tribunales; se dice que la publicidad apuntala un juicio justo. De otro lado, es esencial que la administración de justicia sea rápida, y de calidad, obviamente. Estos dos aspectos se consignan en el PIDECYP (artículo 14. 1) y en la CADHU (artículo 8.1), respectivamente.

---

10 Para mayor información sobre este tema, ver BACIGALUPO, ENRIQUE. *El debido proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

- *Las garantías de la defensa en materia penal.* Además de las ya mencionadas, existen garantías específicas para la persona acusada: derecho a ser informado sin demora de la naturaleza y causa de la acusación; derecho a disponer de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa; derecho a defenderse personalmente o por un defensor de su elección; derecho irrenunciable a contar con un defensor proporcionado por el Estado; derecho a interrogar testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo; derecho a contar con un intérprete si no comprende o habla el idioma del Tribunal; derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable; derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.
  
- *El agotamiento de los recursos internos como previa condición para acudir a instancias internacionales.* Cabe señalar que el DIDH reconoce y desea que los recursos jurisdiccionales internos funcionen con eficacia y apropiadamente, antes de que operen los recursos previstos en el ordenamiento internacional de derechos humanos. Dicho con otras palabras, para que proceda un recurso planteado ante una instancia internacional se requiere que se hayan interpuesto y agotado antes los recursos considerados en la jurisdicción internacional.

## 8. EL JUEZ Y LOS DERECHOS HUMANOS

Reza el artículo 133 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* —en adelante, CPEUM— lo siguiente:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

Con esta parte del texto constitucional, por lo demás francamente significativa, queremos aludir a los vínculos inevitables que enlazan a los jueces con los instrumentos de derecho internacional de los derechos

humanos —en adelante DIDH—. Las lógicas relaciones entre juez y Constitución, juez y ley, se amplían por virtud de lo señalado en el consiguado artículo 133 de la CPEUM al universo legal de los tratados ratificados debidamente por el Senado de la República. El juez, en un sentido meramente literal, habrán de arreglarse —es decir: ajustar su decisión o dictamen— a la Constitución y las leyes, pero también a los tratados o convenciones, bien que éstas sean generales, específicas o para la protección de grupos específicos. Bien visto, el transcrito artículo constitucional nos muestra a un juez conocedor de la norma fundamental, de las leyes emanadas de la misma y de los tratados o convenciones internacionales, de los que cabe destacar ahora los que versan sobre derechos humanos. Lamentablemente, como nos informa JORGE CARMONA TINOCO,<sup>11</sup> este precepto constitucional ha experimentado una aplicación escasa por parte de los jueces locales, y ello motivado por varias razones, aportadas por el investigador arriba citado, mismas que se transcriben a continuación por considerarlas de sumo interés:

- “1. Se manifiesta una cierta inercia por parte de los jueces en general, de la cual participan también los abogados y las partes en los procesos, de no invocar los tratados internacionales aplicables, toda vez que prefieren argumentar dentro del marco que proporcionan las leyes o la propia Constitución.”
- “2. Para desaplicar una ley por considerarla contraria a un tratado o para interpretar éste en armonía con la Constitución, se requiere un detallado estudio y conocimientos profundos sobre el sentido y alcance de las disposiciones normativas respectivas. Esto demanda en el juez una sólida preparación que debe iniciar desde las propias facultades o escuelas de derecho, en las que, desafortunadamente, no se ha dado énfasis en el papel que juega el derecho internacional en la actualidad, en especial con relación a la protección de los derechos humanos.”

---

11 Ver su artículo “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, coordinado por RICARDO MÉNDEZ SILVA, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, especialmente pp. 197 y ss.

- “3. También existe la preocupación de que al desaplicar la ley, su decisión sea revertida por sus superiores jerárquicos o, incluso, por los tribunales federales. Esto manifiesta una cierta “disciplina” judicial, que impide el establecimiento de criterios innovadores en el marco del ordenamiento vigente, lo cual ha generado prácticas que desconocen la jerarquía y aplicabilidad de los tratados internacionales de derechos humanos no obstante que... al ser ratificados son normas internas.”
- “4. Estos últimos aspectos son reflejo de un problema mucho más profundo, en el cual participan los tribunales federales, quienes han tratado de mantener en su exclusivo ámbito de competencia el control de la constitucionalidad y argumentan que el artículo 133 es tajante y que dicho control entra en la esfera de facultades del Poder Judicial de la Federación. Existen tesis jurisprudenciales en ambos sentidos, esto es, por una parte hay aquellas que aceptan la posibilidad de que los jueces locales desapliquen las leyes que consideren contrarias a la ley suprema (que incluye los tratados) y, por el contrario, hay criterios que lo niegan rotundamente.”

Si analizáramos cada una de estas razones que explican la inaplicabilidad del artículo 133 de la CPEUM, especialmente de su último párrafo, nos daríamos cuenta de que en buena medida se trata de cuestiones, en cierto modo, reversibles. Aunque, en efecto, en algunos supuestos lo dicho no sea tan sencillo, o tal vez ni siquiera pueda lograrse en un corto plazo. Al caso, podríamos mencionar como formas de superar este estado de cosas, por ejemplo: superar el localismo legislativo extremo, impulsar la capacitación profunda en materia de DIDH,<sup>12</sup> defender el ejercicio

---

12 Sobre este aspecto se ha pronunciado entre otros, DEL TORO HUERTA, MARIO IVÁN, en su artículo “Retos de la aplicación judicial en México conforme a los tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, publicado en *Programa de Defensa y Protección de los Derechos Humanos. Guía de estudio y antología de lecturas*. Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2008, p. 577. Una experiencia interesante se consigna en el Décimo Informe de Actividades de la Procuraduría Estatal de los Derechos Humanos, abril 2003 a marzo de 2004, rendido el 27 de mayo de 2004, refiriéndose a la impartición por primera vez en el Estado del seminario



consistente y firme de la autonomía e independencia judicial,<sup>13</sup> así como también potenciar la adopción y desarrollo del criterio jurisdiccional que asocie plenamente a los principios de interpretación de los derechos humanos tales como el Principio *pro homine*,<sup>14</sup> el Principio de la posición preferente de los derechos humanos, Principio de interpretación evolutiva y el Principio de maximización de los derechos y estándar mínimo.<sup>15</sup>

Entre los muchos autores nacionales que consideran que los jueces locales sí tienen la facultad de examinar la constitucionalidad de las le-

---

Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno”, al que asistieron 54 juristas guanajuatenses, entre estos jueces y magistrados, defensores de oficio, profesores universitarios y defensores de derechos humanos; participaron como conferencistas los siguientes: SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, ELÍAS CARRANZA, SERGIO BROWN, JORGE CARMONA y JUAN NAVARRETE, reconocidos especialistas en la materia.

- 13 Al tenor de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, proclamados en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Milán, Italia. Aprobados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32, del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985. Este y otros documentos de interés puede verse en *Derechos Humanos y Justicia Penal*, compilados por VIDAURRI ARÉCHIGA, MANUEL y MIGUEL VALADEZ REYES, edición de la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, México, 2002.
- 14 Según se define en el *Diccionario Espasa de Derechos Humanos*, de Valencia Villa, Hernando, Editorial Espasa, Madrid, 2003, *Pro homine* es el “principio de interpretación y aplicación del derecho según el cual, en caso de conflicto o de duda, debe darse preferencia al individuo frente a la institución, la autoridad o la ley misma. Como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un ordenamiento humanista y humanitario, encaminado a la protección de las personas frente a los Estados e incluso contra los Estados, toda su interpretación ha de estar gobernada por el principio *pro homine*”.
- 15 Según CARBONELL, MIGUEL. *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2006, p. 131, “De acuerdo con este principio se entiende que la regulación constitucional de los derechos es solamente un estándar mínimo, que puede y debe ser ampliado por los distintos intérpretes que los aplican. Esto implica no solamente al intérprete judicial, sino también al legislador cuando promulga leyes o a la administración pública cuando expide reglamentos o cuando diseña políticas públicas para hacer realidad los derechos. Desde luego, un primer elemento de mayor protección de los derechos se suele encontrar en los tratados internacionales, los cuales deberán ser atendidos y correctamente aplicados por los jueces nacionales (por desgracia en México todavía no sucede esto, ya que los jueces conocen poco los tratados y además los abogados no suelen esgrimirlos en sus demandas).

yes, se cuentan entre otros<sup>16</sup> JORGE CARPIZO, HÉCTOR FIX ZAMUDIO, ANTONIO TENA RAMÍREZ, y más recientemente el propio JORGE CARMONA, MAURICIO IVÁN DEL TORO HUERTA<sup>17</sup> y MIGUEL CARBONELL.<sup>18</sup> Qué razón tiene CARMONA cuando afirma que:

“fuera de la posición teórica que se adopte, lo cierto es que la ineficacia del artículo 133 ha provocado a lo largo de su existencia el debilitamiento de los tribunales y jueces locales. Cosa distinta hubiera sido si dichos juzgadores (incluyendo por supuesto a los magistrados, que son sus superiores) cumplieran con su deber apoyando sus decisiones en el artículo 133 de la Constitución Federal”,

agregando más adelante una conclusión que aquí compartimos absolutamente: *“nunca es tarde para lograr esto, así sea paulatinamente, ya que el precepto constitucional sigue vigente en todos sus términos, por lo tanto, sólo resta la disposición de los jueces para dotarlo de efectividad”*, considerando que a este propósito le viene bien el criterio de la Suprema Corte que sitúa a los tratados en un nivel *infraconstitucional*, pero por encima de las leyes federales.<sup>19</sup>

Los jueces, ya nadie lo duda, mantienen estrechos vínculos con la ley. Su saber hacer tiene sentido si y sólo si se adhiere cabalmente al mandato legal, especialmente el constitucional. La realidad, como ya se expresó, nos demuestra que no son muchos los jueces que utilizan o se valen de lo dispuesto en los tratados internacionales, concretamente los de derechos humanos no obstante que existe una clara e insalvable obligación de hacerlo, más aun cuando frente a la norma de menor jerarquía existe un instrumento internacional vinculante que obliga a proceder de modo diverso. Éste que parece para algunos un problema menor no lo es

---

16 Con base en la información proporcionada por CARMONA TINOCO, JORGE. Ob. cit., p. 199.

17 CARMONA TINOCO, JORGE. Ob. cit., pp. 653.

18 DEL TORO HUERTA, MARIO IVÁN. Ob. cit., p. 131.

19 *Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en segundo plano respecto de la Constitución Federal. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo X, noviembre de 1999. Tesis: P. LXXVII/99, p. 46. Tesis aislada.*

tanto, como se desprende de los comentarios hechos por CARMONA TINOCO<sup>20</sup> en el sentido siguiente:

1. Los tratados internacionales, al ser promulgados por el *Diario Oficial de la Federación* después de haber sido aprobados por el Senado y ratificados por el Ejecutivo Federal, pasan a formar parte del orden jurídico mexicano.
2. De acuerdo con lo que dispone el artículo 133 constitucional, los mismos adquieren, junto con la Constitución y las leyes derivadas de ésta, el carácter de Ley Suprema de toda la Unión.
3. Las normas jurídicas que contienen los tratados internacionales una vez incorporadas al ordenamiento, son perfectamente aplicables y exigibles, como cualquier norma de la Constitución, leyes o reglamentos, federales o locales.
4. Las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, deben incluir como parte de la fundamentación y motivación de sus actos, el contenido de los tratados de derechos humanos, especialmente cuando se trata de actos que pudieran afectar tales derechos y no deben limitarse a la cita de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios. Sólo de esta manera se da plena eficacia a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Federal con relación a la exigencia de debida fundamentación de los actos de autoridad.
5. En tal sentido, la inobservancia o contravención de cualquiera de las normas previstas en los tratados de derechos humanos origina la violación directa al artículo 133 constitucional, así como también al artículo 16 constitucional, de manera que es perfectamente procedente su reclamación a través del juicio de amparo.
6. Un argumento adicional es el que se refiere al artículo 128 constitucional, en el que se plasma un deber para todo servidor público de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.

## 9. A MODO DE CONCLUSIÓN

La dimensión que aquí denominamos *científica* del juzgador obliga al conocimiento y al proceder informado del mismo. Un juez que procede cien-

---

20 CARMONA TINOCO, JORGE. Ob. cit., p. 205.

tíficamente, no evade ni subestima las ventajas de sustentar del modo más sólido sus dictámenes o resoluciones pues sabe que en eso radica su fortaleza, y con ello la del Estado de Derecho (no olvidemos la perspectiva o rol de órgano de representación). Este juez convencido y sapiente de los contenidos y obligaciones derivadas del DIDH no pone en riesgo al Estado, pues con su actuar responsable evita que, eventualmente, el Estado mexicano pudiera considerarse responsable de violaciones al DIDH, o lo que es lo mismo, a sus obligaciones como suscriptor o sujeto obligado de los instrumentos que integran este cuerpo legal internacional. Realmente, el juez local ideal remonta esa suerte de pernicioso “provincianismo” legal al sustentar sus determinaciones en el soporte del DIDH, cuando ello es imprescindible. Aunque, también podemos decir que como elemento intelectual y de bagaje argumentativo, a la hora de interpretar la legislación interna, los tratados o convenciones juegan un papel determinante: abren ventanas, universalizan las ideas, amplían las visiones.<sup>21</sup>

La relación de los jueces con los derechos humanos deriva, pues, de ese doble carácter que mencionamos líneas arriba. Representar un poder público desde la actividad jurisdiccional, sitúa al juez en un nivel de responsabilidad institucional destacado, mas si se le considera como elemento estructural del Estado de Derecho. Su trabajo técnico, científico, no puede hacerse al margen de la implicación política que de origen le significa. Y, si su plataforma de actuación lo es la ley, este concepto no se agota ni mucho menos en la ley local, pues es puntual la disposición constitucional de estimar como Ley Suprema de toda la Unión no sólo la Constitución y las leyes de ella emanadas sino también los tratados, como precisa el artículo 133 constitucional. Un juez es el garante de la legalidad, de toda la legalidad. Luego, ignorar por las razones que sean los instrumentos internacionales de derechos humanos pone en riesgo la credibilidad del Estado Mexicano que, soberanamente, suscribió y ratificó los acuerdos que recogen estos derechos.

El juez responsable no se autolimita en el ejercicio del pensamiento, por el contrario, se muestra plenamente dispuesto al análisis exhaustivo

---

21 Sobre el tema, CASTAÑEDA OTSU, SUSANA. “El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la Constitución”, en: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coordinado por RICARDO MÉNDEZ SILVA, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, especialmente pp. 211 y ss.

de los asuntos que le son sometidos desde la más amplia perspectiva legal, buscando siempre garantizar, entre otros, los principios *pro homine* y de maximización de los derechos. Se impone una mayor apertura de los jueces hacia el derecho internacional de los derechos humanos. La capacitación permanente, el estudio de los tratados y el conocimiento de los criterios de interpretación de los mismos por las instancias internacionales son medidas convenientes y aconsejables. Al respecto, la oportunidad para retomar o fortalecer este camino viene de la mano de las recientes reformas constitucionales,<sup>22</sup> las que establecen como ya todo mundo sabe un nuevo modelo de justicia penal; el tránsito del sistema procesal inquisitivo al denominado acusatorio y oral, exige de jueces y demás operadores del sistema de justicia penal una renovada actitud y, sobre todo, la adquisición de nuevas metodologías de actuación. Ni que decir que en la base de estas profundas reformas constitucionales se encuentra el cumplimiento de obligaciones contraídas por nuestro país al suscribir instrumentos de derechos humanos, que ya establecían directrices y derechos que, lamentablemente, no habían sido incorporados al Derecho interno.

Por último, digamos que el protagonismo del juez de nuestros días se reconoce por el hecho de que asume, sin dubitaciones, el complejo rol que la democracia y el Estado de Derecho le imponen: constituirse en el garante del total orden jurídico, que en nuestro país se integra por la Constitución, las leyes y los Tratados. Luego, si los Tratados de Derechos Humanos son ya parte del ordenamiento jurídico, concluyo que queda clara la inevitable vinculación entre éstos y los jueces.

---

22 Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del pasado 18 de junio de 2008.



# REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE EL JUEZ DE LA FASE PREJURISDICCIONAL EN EL NUEVO MODELO DE JUSTICIA PENAL

MARTÍN EDUARDO BOTERO\*

**Sumario:** I. Consideraciones introductorias. II. La fase de las investigaciones como mera preparación de la acción penal. III. La sustitución de la fase de instrucción por la fase de las investigaciones preliminares: la supresión del juez de Instrucción. IV. El juez para la etapa preliminar como órgano de la jurisdicción. V. juez “para” las investigaciones preliminares o juez “de” investigaciones preliminares. VI. El juez para las investigaciones preliminares. VII. La peculiaridad de la función jurisdiccional en la fase previa al proceso. VIII. La función de “control” y la función de “garantía”. IX. El juez “para” las investigaciones preliminares y el juez “sobre” las investigaciones. X. Breves apuntes sobre la potencial “incompatibilidad funcional” del juez de Control (México) a presidir las audiencias de la entera fase de las investigaciones preliminares: etapa preliminar y etapa intermedia. XI. Conclusión.

## RESUMEN

El juez para las investigaciones preliminares representa sin duda alguna una de las grandes novedades del nuevo sistema procesal acusatorio. La problemática de su figura institucional ha despertado gran interés entre la doctrina y la jurisprudencia, provocando una conspicua producción científica acerca de su papel en un proceso de partes. Conscientes de la enormidad y complejidad de este vasto tema, el presente trabajo no entiende realizar una profundización —o aunque sólo una descripción— de todas las disposiciones normativas y sus problemas conexos. Se ha procedido a un análisis orientado (muy limitado) de los múltiples institutos que regulan el ejercicio de sus funciones, y dentro de los límites de sus atribuciones constitucionales y legales.

---

\* Doctorado en Derecho Constitucional Europeo (PhD), Universidad de los Estudios de Bolonia, Italia (2003). Investigador jurídico (Universidades de Bolonia, Parma y Florencia) y profesor internacional. Abogado europeo (Conseil des Barreaux Européens Brussels-The Council of Bars and Law Societies of Europe-Bruxelles, Belgium).

## I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

No podría empezar estas reflexiones, sin antes recordar, brevemente, dos “momentos” jurídicos clave y un requisito previo esencial que —no sólo en mi opinión sino en la de la doctrina— son ineliminables de la etapa pre-jurisdiccional:<sup>1</sup>

1. El momento investigativo es imprescindible;

Se puede colegir el valor que el legislador ha asignado al momento investigativo para la formulación de la imputación, que no podría ser eliminado de la misma lógica de la comprobación penal. Por consiguiente, si el juicio inicia independientemente de los elementos recogidos en la fase investigativa, eso querrá decir que el sistema imprime criterios vinculados con la naturaleza acusatoria. Si, de un modo o de otro, se ofrecen a la evaluación del juez de debate los actos obtenidos en la actividad investigativa y requirente, el sistema imprime criterios vinculados con la naturaleza inquisitiva.<sup>2</sup>

2. El momento jurisdiccional es una condición ineludible. La presencia del órgano juzgador en dicha vista es obligatoria;

Si el Ministerio Público es el titular exclusivo de la acción penal y de las investigaciones preliminares que la rodean, también en esta fase se ha previsto la posibilidad para cada parte del proceso de recurrir a un órgano jurisdiccional tercero e imparcial, ya que solamente el juez podrá sentenciar tanto la imposibilidad como la inutilidad para pasar a la etapa de juzgamiento. Se deja a la apreciación del juez la evaluación de las actividades investigativas cumplidas por el magistrado Ministerio Público para determinarse acerca del ejercicio o no ejercicio de la acción penal, pero con un limitado poder de interven-

1 Vid., especialmente, L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale, accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, 2a ed., 2005. Para más información sobre este tema, me remito a mi libro *El Sistema Procesal Penal Acusatorio “El Justo Proceso” Estructura y Funcionamiento*, ARA Editores, 2009, Perú, pp. 973.

2 Véase, F. GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice “Procedimento probatorio, giusto processo, diritto alla prova e prova a discarico”*, Roma, 21 marzo 2014, p. 1. [www.consiglionazionaleforense.it/site/home/.../documento7719.html](http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/.../documento7719.html). E. STEFANI, *Manuale delle indagini difensive nel processo penale, Aspetti teorici pratici di investigazione privata, Utilizzabilità processuale degli atti*, Milano, 1999, p. 30.



ción *ex officio*, e intercede en ocasión de la solicitud de archivo de las actuaciones. Es aquí que termina por desplegar las mismas tareas reservadas a las del juez de instrucción de un tiempo, aunque quizá solamente como forma de control jurisdiccional de dicha solicitud en tal sentido formulada. A primera vista, en efecto, tangencialmente nada ha cambiado, existiendo por tanto una continuidad entre los distintos sistemas que se han sucedido a lo largo del tiempo: sistema inquisitivo (juez de instrucción) y sistema acusatorio (juez para las investigaciones preliminares o juez de Control).<sup>3</sup>

3. El protagonismo de los órganos de investigación (Ministerio Público y Policía) constituye el requisito previo esencial —una condición *sine qua non lógica*— para lograr los objetivos y metas previstos por el legislador en el proceso judicial.<sup>4</sup>

La nueva concepción de un procedimiento penal centrado en el principio de jurisdiccionalidad para la comprobación del ilícito penal, asignó al Ministerio Público un papel de acusador más genuino y, por tanto, fundamentalmente de parte.<sup>5</sup> Se concibe una neta distinción entre este órgano y el juez. Así pues, con la consolidación de los relativos controles jurisdiccionales el Ministerio Público asume una

---

3 Al respecto recuerda FERRAIOLI M., *Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminari*, CEDAM, terza edizione 2006, Padova, p. 148 y ss, partamos del hecho de que la doctrina y la jurisprudencia nunca se han escandalizado de que el juez de instrucción o instructor (actualmente juez para las investigaciones preliminares o juez de control) acogiera medidas cautelares u otra resolución en el curso del procedimiento preliminar, y posteriormente asumiera atribuciones como juez de la audiencia preliminar o juez de debate. Por muchos años ninguno sostuvo cualquier hipótesis de incompatibilidad, verbigracia para ejercer dichas atribuciones.

4 Cfr. E. CESQUI, *Codice di procedure penale rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, al cuidado de LATTANZI, LUPO, 2003, p. 671. En sentido análogo señala A. NAPPI, GIUDA al *Codice di Procedura Penale*, 2007, Milano, p. 63, el Ministerio Público es el órgano al cual le ha sido confiada la tarea de ejercer la acción penal cuando no recurren los presupuestos para la solicitud de archivo de las actuaciones; por tanto, es el *dominus* de las investigaciones preliminares, cuya finalidad principal es la adquisición de los conocimientos necesarios para el ejercicio de la acción penal. Para una completa profundización de las relaciones entre Ministerio Público y Policía Judicial v. AGOSTINO ALLEGRO, *I rapporti tra Pubblico Ministero e Polizia Giudiziaria: autonomia investigativa e dipendenza funzionale*, p. 193. Disponible en web:road.unimol.it/bitstream/2192/40/1/TESI\_ALLEGRO.pdf

5 Véase, A. GIARDA, *Un cammino appena cominciato*, en AA.VV., *Le indagini difensive*, Legge, 7 dicembre 2000, No. 397, Milano, 2001, p. 6.

posición procesal completamente nueva, la titularidad exclusiva en el ejercicio de la acción penal.<sup>6</sup> En el espíritu de la más estrecha colaboración con la policía judicial dirige la actividad investigativa suministrando las oportunas directivas y obrando personalmente para que sean cumplidas aquellas actividades que le permitan presentarle al juez las propias razones.<sup>7</sup>

## 1. Definición de los roles de los sujetos que intervienen en el proceso penal

En torno a la figura del juez de la etapa prejurisdiccional y sus funciones giran no sólo cuestiones de garantía, sino también cuestiones de eficiencia, eficacia y legalidad que, por lo demás, constituyen una de las condiciones imprescindibles para el ejercicio garantista de la jurisdicción.<sup>8</sup> En el modelo acusatorio el filtro de un juez tercero entre la fase preprocesal y el debate contradictorio es un requerimiento ineliminable.<sup>9</sup> En efecto. El reconocimiento de un “derecho al juez” para todas las “partes”, exalta la jurisdicción y su función de garantía.<sup>10</sup> El juez para la etapa preliminar es llamado a evaluar en el interés de la economía procesal y, en línea con el mayor rigor de la cultura de la jurisdicción<sup>11</sup> la utilidad de la investigación y de que hay motivos suficientes para pasar al plenario. Este poder-deber del juez aparece equilibrado con las tareas de control y garantía que le corresponden en el proceso acusatorio.<sup>12</sup>

6 En relación al sistema abrogado vid. DEL POZZO, *voce Conflitti di giurisdizione e di competenza* (dir. proc. pen.) in Enc. dir., 1961, p. 1027, Cedam, Padova, 2000, p. 197 y ss.

7 G. SILVESTRI, “Il p.m. quale era, qual’ è, quale dovrebbe essere”, en *Giur. cost.*, 1997, I.

8 Sobre la cuestión vid., como último, BEATRICE CRUCCOLINI, *Le garanzie costituzionali della giurisdizione*, p. 1. <http://www.tesionline.it/v2/appunto-sub.jsp?p=48&id=408>

9 *Cfr.* <http://www.treccani.it/enciclopedia/terzo/>

10 I. CAVALLARI, “Indagini preliminari”, en AA.VV. *Manuale pratico del processo penale davanti al giudice di pace, Domande e risposte ad un anno dall’entrata in vigore della nuova disciplina processuale anche con riferimento alle indagini difensive*, Forlì, 2003.

11 En sentido análogo O. MAZZA, “I protagonisti del processo”, in O. DOMINIONI-P. CORSO-A. GAITO-G. SPANGHER-G. DEAN-G. GARUTI-O. MAZZA, *Procedura penale, Giappichelli*, Torino, 2010, p. 60; F. NANNI, *L’incidente preliminare sulla competenza*, cit., p. 4.

12 Vid., especialmente, F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè (collana Univ. Milano-Fac. Giuridica), 1996, VIII p. 326.

La etapa prejurisdiccional (o “sede de la investigación” preliminar),<sup>13</sup> empalme entre las diligencias de investigación y el juicio es absolutamente indispensable, no solamente en lo que tiene que ver con las exigencias objetivas de filtro —de la acusaciones temerarias y sin fundamento— y del control de la acusación —garantía y eficacia de las actividades previas— sino también para no recargar la siguiente etapa del juicio de una serie de diligencias improcedentes. Factores que pueden afectar negativamente el desarrollo y ejercicio de la función jurisdiccional del juez *a quo*.<sup>14</sup>

El ejercicio de la acción penal debe ser ejercido dentro del rigor jurídico y, sobre todo, suficientemente fundamentado, que sea fiable y completo para que la pretensión punitiva (reexpedición a juicio o vinculación a proceso) no se revele “inútil”, e incluso, dañina para el acusado o cuyo resultado absolutorio sea únicamente adeudable a la carencia de las investigaciones (ejercicio aparente de la acción penal). Pero, sobre todo, para no descargar sobre el debate las disfunciones de la fase investigativa. De ello se deduce lógicamente que el Ministerio Público y el juez no deberían confiarse que será el debate contradictorio a solucionar los problemas de un cuadro probatorio incierto o insuficiente, absolviendo o proveyendo a la necesaria integración de la prueba: impropio instrumento inquisitivo del juez del debate contradictorio.<sup>15</sup>

En este orden de ideas, la función de control jurisdiccional en la etapa preprocesal debe garantizar una efectiva separación jurídica y preeminencia del órgano controlante (juez preliminar) sobre el órgano controlado (actividad investigativa del Ministerio Público).<sup>16</sup> Si no fuera así, se produciría una “desresponsabilización” del juez,<sup>17</sup> el cual, se ocuparía

13 En palabras de A. CAMON, *Gli strumenti di controllo sulla sede dell'indagine*, G. Giapichelli, Torino, 2011, IX-X, se trata de una expresión amplia, que abraza varios grupos de institutos; las reglas que gobiernan la distribución de los procedimientos en el curso de la fase preliminar. También tiene que tomarlo en *consideración* en negativo: indica que los momentos sucesivos al ejercicio de la acción penal no serán tomados en examen.

14 Véase, SARACENI, FINOCCHIARO, FIBELBO, Di Lello FINUOLI, PROGETTO DI LEGGE No. 1182 XII legislatura a (AC 899), p. 1 y ss. [http://leg13.camera.it/\\_dati/leg13/lavori/stampati/sk1500/relazion/1182.htm](http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk1500/relazion/1182.htm)

15 TRANCHINA, Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale, in *Ind. pen.*, 1989, 621.

16 F. DINACCI, voce “Regole di giudizio (dir. proc. pen.)”, in *Dig. disc. pen.*, cit. 36, Aggiornamento, VIII, 2014, in corso di stampa.

17 En relación a los posibles abusos en el proceso por parte del juez, ver ANDREA R. CASTALDO, *L'usodistorto del processo: riflessioni in margine ad una recentesen-*

más de las funciones investigativas que de la misma garantía procesal del indagado (controlador de la legalidad), y de un Ministerio Público que asumiría la paternidad de la acusación, con la tendencia cada vez más clara a buscar los delitos que a buscar las pruebas penales para acusar.<sup>18</sup>

Aparece evidente que una clara distinción entre el juez y el Ministerio Público en la arquitectura procesal es un factor decisivo para disuadir a otros incumbentes de comportamientos similares.<sup>19</sup> Por ejemplo, una figura de juez que “distanciado” del Ministerio Público sea fuertemente responsabilizado de su tercería e imparcialidad,<sup>20</sup> con una mentalidad, cultura y sentido de sus propias responsabilidades jurisdiccionales, inclusive reconociendo y “arrinconando” la situación de estabilidad de relaciones profesionales y personales entre el órgano jurisdiccional y el órgano acusador, otro factor considerado no secundario de los lamentados perfiles inquisitivos de la fase de investigaciones preliminares. Estos valores deben constituir, por lo tanto, la piedra angular de un proceso justo y transparente. Todo ello sin olvidar que el nuevo sistema penal se fundamenta sobre el reconocimiento del derecho del acusado a defenderse probando.<sup>21</sup>

---

*za della cassazione*, p. 5 y ss, que manifiesta que el juez, en sustancia, no tiene que investigar la verdad entendida como verdad histórica, pero tiene que limitarse a conducir las partes en las fases de la asunción de las pruebas y asegurar el correcto desarrollo del proceso. Además de garantizar el respeto de la dignidad de las personas implicadas, primero entre todos el *acusado*. [www.consigliozionaleforense.it/site/home/.../documento5237.html](http://www.consigliozionaleforense.it/site/home/.../documento5237.html)

18 Véase, sobre todo M. NOBILI, *Diritto alla prova e diritto di difesa nelle indagini preliminari*, en *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione*, Milano, 1991, p. 142. Además, M. FERRAIOLI, *Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminari*, CEDAM, terza edizione 2006, Padova, pp. 148 y ss.

19 Sobre la imparcialidad del juez preliminar vid. R. ROMBOLI, *Teoria e prassi del principio di precostituzione*, cit., p. 29 s. e p. 67.

20 En relación a los riesgos del imputado en la fase preliminar respecto a la libertad personal, ver. C. TAORMINA, *Giudice naturale e processo penale*, Bulzoni, Roma, 1972, p. 348 s

21 El maestro VASSALLI publicó en 1968, un escrito fundamental titulado *El derecho a la prueba en el proceso penal*, y acuñó la icástica expresión “derecho a defenderse probando”, que a la época evocaba la exigencia tanto reclamada por la cultura jurídica de transformar esa que era una mera “defensa de posición” en una “defensa de movimiento”. G. VASSALLI, “Il diritto alla prova nel processo penale”, en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, pp. 3 y ss. Citado por G. MALACORTI, *La conoscibilità dell'accusa nel procedimento penale*, Tesis de Doctorado, 2009/2010, pp. 1 y ss. <http://www.opensperts.units.it/dspace/handle/10077/4944>. Vid., por todos, G. GIOSTRA, I novellati art. 335 e 369 CPP: due rimedi inaccettabili, in *cass. pen.*, 1995, p. 3597.

## II. LA FASE DE LAS INVESTIGACIONES COMO MERA PREPARACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La naturaleza del procedimiento penal acusatorio que cierra cualquier posibilidad de que sea el órgano jurisdiccional a impulsar el procedimiento penal<sup>22</sup> ha sido el primer paso para abandonar definitivamente la idea de una fase preliminar con validez legal y probatoria.<sup>23</sup> En efecto, en la actualidad la regla general es la irrelevancia de las diligencias investigativas realizadas a lo largo del procedimiento —una fase propedéutica al juicio—, y la centralidad del proceso jurisdiccional —en donde rige el principio de procedimiento contradictorio—. <sup>24</sup> Así, la fase de investigaciones

22 Cfr. ETTORE DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University Press, 2013. VIII, pp. 2 y ss; (*Didattica e formazione*). La acción penal es el instrumento mediante el cual el órgano legislativo italiano —en aplicación de la Constitución de 1948— obstruye cualquier posibilidad de que sea el órgano jurisdiccional a poner en marcha el procedimiento penal con el fin de garantizar su función de órgano imparcial y súper partes. Cfr. R. ORESTANO, *Azione in generale (storia del problema)*, en *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 799 y ss.; G. LEONE, “Azione penale”, en *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 851. A diferencia de buena parte de los países europeos, la conquista más significativa de la reforma del proceso penal italiano de 1988 fue la eliminación de los jueces de instrucción, se concibe la existencia de dos jueces en la etapa prejurisdiccional: juez para las investigaciones preliminares y juez de la audiencia preliminar.

23 Se ha convenido en asignar una prioridad alta, un espacio más amplio y más dinámico a la “cultura” de la jurisdicción: *thema probandum* (sistema de valoración de la prueba); *thema decidendum* (objeto de la causa por parte del juzgador). Cfr. <http://www.treccani.it/enciclopedia/trattazione/>. El abandono de un modelo abstracto de acción penal ha representado uno de los puntos neurálgicos de la reforma del proceso penal, quizá la señal más evidente y, por tanto, la más fácil de revelar, de la rotura con una tradición inquisitiva que cautivada de una concepción del proceso como instrumento de comprobación de la verdad absoluta, acogió la idea de una acción penal autorreferente y de contenido objetivo, materializándose en una genérica demanda de justicia. Una síntesis sobre la cuestión puede verse en LEONARDO SURACI, *Davvero un problema irrisolvibile? “Vecchie” questioni e “nuovi” progetti in tema di controllo sull’iscrizione nel registro delle notizie di reato*, pp. 1 y ss. [http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto\\_penale\\_e\\_procedura\\_penale/1\\_Suraci\\_iscrizioni\\_registro.html](http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_penale_e_procedura_penale/1_Suraci_iscrizioni_registro.html). Quien tenga interés por los recursos pedagógicos del Procedimiento penal puede leer M. NOBILI, *L’immoralità necessaria*, Il Mulino, Bologna, 2009.

24 Así pues, el proceso penal no es más entendido como comprobación jurisdiccional del hecho ilícito o como instrumento necesario para restablecer el orden violado, sino más bien el derecho a la comprobación judicial sobre el hecho. Para un amplio exa-

preliminares se caracteriza por su finalidad investigativa, no es la fase procesal destinada a la asunción y evaluación de la prueba para la decisión del juez, sino una etapa destinada a la realización de diligencias investigativas encaminadas al ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público. El objetivo principales obtener la intervención del órgano prejurisdiccional y la relativa emisión de una orden de naturaleza decisoria para la conclusión del procedimiento penal.<sup>25</sup> La atribución exclusiva a

---

men v. M. FERRAIOLI, *La funzione di garante del giudice delle indagini preliminari*, CEDAM, Padova, 2001, 26. El nuevo sistema de justicia criminal realiza una plena jurisdicción en el juicio y una “relativa” jurisdicción sin cognición en las investigaciones preliminares. En estos términos E. ZAPPALA, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale*, pp. 69-70. En este sentido señala A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, 2012 p. 133, “es principalmente sobre el plano cognitivo que el juez para las investigaciones preliminares padece las más evidentes limitaciones: su conocimiento es circunscrito a los actos ofrecidos por el fiscal y la falta de contribución dialéctica ofrecida a la contraparte”. [http://www.ristretti.it/commenti/2013/aprile/pdf6/articolo\\_ciavola.pdf](http://www.ristretti.it/commenti/2013/aprile/pdf6/articolo_ciavola.pdf). En palabras de Di CHIARA, “Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare”, in *Riv. dir. Proc.*, 2003, cit. p. 251, después de la reforma de la disciplina de las investigaciones defensivas, el juez para las investigaciones preliminares es un juez “sin ojos”.

- 25 Cfr. M. ROMANO, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, 2012, p. 1 y ss. [www.penalecontemporaneo.it/...-/-/1862-il\\_](http://www.penalecontemporaneo.it/...-/-/1862-il_). Para un amplio examen vid. V. BONINI, *Illegittimo l'obbligo di richiesta di archiviazione derivante dal giudicato cautelare sull'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza: ancora un colpo di scure sulla “legge pecorella” (a proposito della sent. 121/2009 della Corte costituzionale)*, en *Legisl. pen.*, 2009, 3, 541 y ss.; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Suprema Corte: vincolo inedito del p.m.*, en *Guida dir.*, 2006, 10, 62; P. CALAMANDREI, “Commissione per la Costituzione”, en *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblée Costituente*, a cuidado de la Camera dei Deputati-Segretariato generale, VIII, Roma, 1971, 1993; L. CARACENI, *I Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, 311; M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale penale, Profilo istituzionale*, Torino, 2007, 118; C. CONTI, in *Archiviazione*, en *Trattato proc. pen.*, III, Torino, 2009, 731, 732; C. CONTI, C., *Incostituzionale la richiesta coatta di archiviazione: la Consulta tra principio di incidentalità e di preclusione*, en *Dir. pen. proc.*, 2009, 11, 1367; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 138 ss.; O. DOMINIONI, *L'azione penale in Dig. pen.*, IV, Torino, 1999, 401 ss.; P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al “riesame” dell'imputato*, en *Dir. pen. proc.*, 2007, 617; P. FERRUA, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, en *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, III, *Il nuovo processo penale. Studi di diritto straniero e comparato*, Milano, 1991, pp. 55, 56; G. GARUTI, *Dall'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento ai nuovi “vincoli” in punto di archiviazione e di condanna dell'imputato*, en *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 811.

la acusación pública<sup>26</sup> garantiza su autonomía funcional y cualquier contaminación política e institucional de la acción penal.<sup>27</sup> Es bien sabido, sin embargo, que “es precursora de significativas dudas acerca de la efectiva capacidad de este órgano para enfrentar la consecuente enorme carga de trabajo de la que está fuertemente gravado, corre el riesgo de incurrir en posibles valoraciones discriminatorias que, si bien fisiológicas, induzcan al órgano inquisitivo a reservar mayor atención a algunos delitos y no a otros”.<sup>28</sup> Tangencialmente, la acción penal<sup>29</sup> despliega una función de impulso de la dinámica procesal y signa el pasaje de la fase procedimental a la etapa de juicio.<sup>30</sup>

## 1. El principio de la obligatoriedad de la acción penal en Italia

El principio de la obligatoriedad de la acción penal (Art. 112 de la Constitución Italiana)<sup>31</sup> constituye el criterio fundamental del sistema judicial

26 La distinción entre el procedimiento (investigaciones preliminares) y el proceso tiene como objetivo diferenciar los papeles y los espacios de intervención de Ministerio Público con la función de juez. Se reconoce el poder de iniciativa del Ministerio Público (órgano de impulso del proceso), y de la policía judicial ligada al proceso de adquisición de una *notitia criminis*. Véase, en este sentido, ZAGREBELSKY, sub art. 109 Cost., in Comm. Branca, Bologna-Roma, 1992, p. 39. El momento de adquisición de la *notitia criminis* signa el pasaje de la actividad de policía administrativa o de seguridad (dirigida a prevenir el cumplimiento de delitos: observación, información y vigilancia) a aquella de policía judicial (dirigida a reprimir las violaciones de las normas penales o cuando el hecho investigado integra una hipótesis delito). AMATO, D'ANDRIA.

27 GUARNIERI, en BIAVATI-GUARNIERI-ORLANDI-ZANON, *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008, pp. 33 y ss.

28 M. ROMANO, *Azione penale*. Op. cit. p. 1.

29 Los caracteres esenciales de la acción penal constituyen objeto de ahondamientos y críticas por parte de la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido C. VALENTINI, “Azione penale”, in *Dig. pen.*, Torino, 2013; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, pp. 161 y ss.

30 M. ROMANO, *Azione penale*. Ob. cit. pp. 1 y ss.

31 El artículo 112 de la Constitución establece que: “el Fiscal tiene la obligación de ejercer la acción penal”. La misma Corte Constitucional define el principio como “punto de convergencia de un complejo de principios básicos del sistema constitucional”. Corte Const., sent. 28 gennaio 1991, No. 88, en Cass. pen. 1992, p. 249. El principio de la obligatoriedad de la acción penal en sentido rígido está presente sólo en Italia (existió, en efecto, también en la República Federal de Alemania pero ha

italiano para salvaguardar la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y el principio de legalidad. Este principio impone al Ministerio Público valorar la autenticidad o fundamento de cada *notitia criminis*.<sup>32</sup> También, realizar las investigaciones necesarias para decidir si hace falta formular la imputación<sup>33</sup> o demandar el archivo de las actuaciones.<sup>34</sup> La formulación de la imputación insta una distinción formal entre jurisdicción de garantía y jurisdicción de comprobación, procedimiento (para la acción) y

---

sido remodelado en los años setenta). Las experiencias comparadas demuestran una siempre mayor tendencia de los sistemas procesales a converger hacia formas intermedias entre sistemas inspirados a la obligatoriedad de la acción penal o, al revés, caracterizados por la así llamado facultad u oportunidad de la acción penal. Cfr. ANTONELLA PERI, "Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive di iure condendo: un quadro ricognitivo". En Forum di Quaderni Costituzionali. Disponible en sitio web: [http://www.academia.edu/3891994/\\_Obbligatoriet%C3%A0\\_dellazione\\_penale\\_e\\_criteri\\_di\\_priorit%C3%A0\\_in\\_Forum\\_di\\_Quaderni\\_Costituzionali](http://www.academia.edu/3891994/_Obbligatoriet%C3%A0_dellazione_penale_e_criteri_di_priorit%C3%A0_in_Forum_di_Quaderni_Costituzionali). El art. 112 Const. asigna al archivo de las actuaciones una bien precisa colocación funcional "verificar la inexistencia de los presupuestos de la obligación de actuar". Así GIOSTRA G., "Voce Archiviazione", in *Enc. Giur. Treccani, Agg.*, vol. II, 1991. Para el ahondamiento de los principios constitucionales ver G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, Parte II, pp. 189-365.

- 32 Los caracteres esenciales de la acción penal constituyen objeto de ahondamientos y críticas por parte de la doctrina y jurisprudencia. En este sentido C. VALENTINI, "Azione penale", in *Dig. Pen.*, Torino, 2013; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, pp. 161 y ss.
- 33 Con la formulación de la imputación por parte del Ministerio Público se da inicio al proceso penal. La imputación debe reunir el mínimo de credibilidad y estar sustentada por evidencia para que el juez se empeñe en proseguir con un debate público para profundizar en el contenido de las mismas y llegar a una declaración de culpabilidad del acusado, o de una duda razonable de su culpabilidad. Cabe señalar asimismo que en el lenguaje del proceso penal, la imputación consiste en la posibilidad de atribuir el hecho o comportamiento considerado por la ley como crimen a un sujeto o a más sujetos determinados. Hasta aquel momento el sujeto potencial autor del delito no puede ser considerado acusado sino persona sometida a las investigaciones preliminares, impropriamente dicho "indagado". (Art. 405 del *Código de Procedimientos Penales Italiano*). Para las líneas introductorias del sistema procesal penal italiano vid. G. TRANCHINA, "Il diritto processuale penale e il processo penale: linee introduttive", in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale, a cura di G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano, Giuffrè*, Milano, 2013, pp. 3-24.
- 34 Una síntesis sobre la cuestión puede verse en G. D'ELIA, *Magistratura, polizia e Costituzione. Contributo allo studio dell'art. 109 Cost.*, Milano, 2002, p. 105.



proceso (para el juicio), investigaciones y prueba, asimismo entre defensa y contradictorio.<sup>35</sup> Es justamente por esa razón que la imputación debe contener una representación del hecho suficientemente delineado respecto a los connotados de verificación sobre el hecho realmente atribuido.<sup>36</sup> Es decir, que el pronóstico de condena sea tal que “debilite” la presunción de no culpabilidad invocada en su dimensión de regla de comportamiento.<sup>37</sup> Como se ve, el principio de la obligatoriedad de la acción penal es factor determinante para garantizar un igual acceso a la justicia,<sup>38</sup> impidiendo que la persecución de las faltas sea establecida por iniciativas ideológicas, religiosas, políticas o en todo caso por razones diferentes a la necesidad de asegurar el respeto de la ley.

### III. LA SUSTITUCIÓN DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN POR LA FASE DE LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES: LA SUPRESIÓN DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

El nuevo procedimiento que regula el sistema penal de partes (*actus trium personarum*) se fundó a partir de la idea de un proceso penal sin “Instrucción”<sup>39</sup> por la aparente contradicción o incompatibilidad entre estructura inquisitiva y secreta y derechos de la persona. El nuevo sistema de justicia ha sido proyectado para exaltar el valor jurisdiccional del proceso<sup>40</sup> en

35 Vid., por todos, SCARPONE, “Pubblico Ministero (Diritto Processuale Penale)”, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 1095.

36 Sobre la imputación v. VANIA MAFFEO, “La crisi dei principi della giurisprudenza nella ‘imputazione alternativa’”, en *Politica del diritto*, 1/1999; pp. 157-176.

37 Vid., ya en un sentido similar, G. RICCIO, “Fatto e imputazione”, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli, 2005, p. 24.

38 Corte Constitucional, sentencia No. 420 de 1995.

39 Sobre la historia de la progresiva absorción de la instrucción en el ámbito del proceso acusatorio, entre otros, vid. FOSCHINI, in *Tornare alla Giurisdizione*, Milano, 1971, pp. 259 y ss; *Sistema del diritto processuale penale*, vol. II, Milano, 1968, pp. 17 y ss.

40 En palabras de DALIA-PIERRO, “Giurisdizione penale” (Voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989, 1, “en el tiempo el ‘concepto jurídico’ de jurisdicción penal ha sido el espejo de la idea misma de proceso penal hasta la disolución en este último”. Citado por F. PRESTIERI, *Sistema penale integrato e processo: “Volontà e sistema penale”*, Tesi di dottorato, 2011 pp. 9 y ss. [www.fedoa.unina.it/8607/1/Prestieri\\_Fulvio\\_24.pdf.pdf](http://www.fedoa.unina.it/8607/1/Prestieri_Fulvio_24.pdf.pdf)

función garantista<sup>41</sup> (con la recuperación de la centralidad que caracteriza el papel del juez y la acentuación de las connotaciones de tercería típicas de un proceso de partes)<sup>42</sup> en contraposición con el sistema inquisitivo que tendía a acentuar el carácter meramente instrumental de la intervención jurisdiccional con respecto a la consecución de los objetivos de la acusación pública.<sup>43</sup> Así pues, se reglamenta la efectividad de la garantía de la jurisdicción, como un nuevo frente del proceso penal.<sup>44</sup> A diferencia del antiguo modelo inquisitivo de justicia,<sup>45</sup> se observa, por tanto, una neta distinción entre jueces y partes, jurisdicción (fase procesal) y acción (fase investigativa), prueba y juicio (la diferenciación entre el contradictorio para la prueba y el contradictorio sobre la prueba) y por ende una nueva relación<sup>46</sup> entre el juez y la prueba<sup>47</sup> en la estructura del proceso (dialéctica proba-

41 En este sentido CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Torino, 1990, 64; GIARDA, “Astratte model listiche e principi costituzionali nel processo penale”, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1993, p. 890.

42 Cfr. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, VI.

43 F. PRESTIERI, *Sistema penale integrato e processo...*, cit., p. 10, manifiesta al respecto, se exalta la identidad ontológica entre jurisdicción y justicia. La actividad preparatoria cumplida por órganos diferentes de los jueces, vale decir, la Policía Judicial y el Ministerio Público, inclusive constituyendo actividad *lado sensu* judicial, no es específicamente actividad jurisdiccional, pero solamente auxiliar respecto de la misma, ligada a esta última en sentido relativo de estrecha y necesaria integración.

44 En palabras F. PRESTIERI, cit., pág. 13, la llamada “jurisdicción de garantía” propia del juicio y fisiológicamente desvinculada de la actividad preparatoria objeto de la acción penal, es la “peculiaridad del modelo acusatorio” que concentra la atención en la metodología dialéctica de formación del material cognitivo, elevada a momento de orientación imprescindible de la potestad jurisdiccional, no se yerra en el afirmar como la cognición “participada” representa el connotado esencial de la jurisdicción penal.

45 Al respecto recuerda ANIELLO NAPPI, “Il diritto alla prova. Modello accusatorio e principio dispositivo. Poteri di integrazione officiosa”, en Quad. C.S.M., 1997, No. 98, pp. 3 y ss. (también disponible en web:[http://www.csm.it/quaderni/quad\\_98/qua\\_98\\_5.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_98/qua_98_5.pdf)), en realidad, la distinción entre proceso inquisitivo y proceso acusatorio ha terminado por asumir sentidos ideológicos, en cuanto tiende a contraponer dos diferentes tradiciones culturales e institucionales, dos diversos acercamientos a los problemas políticos y también morales de la relación entre el juez y las partes en el proceso penal.

46 Sobre las diferencias entre el contradictorio en la formación de la prueba y el contradictorio genéricamente entendido, como participación dialéctica de las partes, entre otros, ver. P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, 3a. ed., Bologna, 2012, p. cit. 100; A. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi, in Trattato di procedura penale, diretto*

toria). La “acusatoriedad” en el nuevo modelo significa la efectividad de la tutela de los derechos (expresión de la jurisdicción) y el derecho de acción (que debe respetar el *canon de audiatur et altera parte*). Como ya señalé, se elimina la fase de instrucción<sup>48</sup> por su propia naturaleza propedéutica

da G. Spangher, vol. II, *Prove e misure cautelari*, t. II, *Le misure cautelari*, pp. 30 y ss. M. CHIAVARIO, Commento all’ art. 6, en S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 172.

47 Por tradición la relación juez-prueba señala la latitud del modelo procesal y del catálogo de los derechos y las garantías en la soberanía de las partes. Para una exhaustiva y estimulante perspectiva de método, véase F. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo, verso nuovi equilibri*, CEDAM, Padova, 2003, p. 169.

48 La palabra latina es el verbo *struos/truere*, a la que podemos asignar el siguiente sentido, recoger o componer en su disponibilidad los instrumentos del juicio. La Instrucción se refiere a la instrucción denominada preparatoria, ya vigente en el sistema inquisitivo y mixto, en los que era difusa la idea que, siendo la Instrucción un “complejo de actos dirigido a investigar cuándo y por quién un determinado crimen ha sido cometido y a preparar al juzgador los elementos necesarios para la comprobación de la verdad” ella se verifica tanto en el periodo anterior al debate, cuanto en el debate mismo” (MANZINI). La instrucción “preparatoria” sirve a la formulación de la acusación, aquella procesal predispone a la decisión, produciendo “los elementos para la libre convicción del juez en el debate” (MANZINI). Propio contra la lógica del cúmulo de conocimientos adquirida por el juez en estas dos fases, se advirtió la diferencia entre Instrucción “Paciente, obra de búsqueda y reunión de medios de prueba y Debate, el lugar de recepción, adquisición, y valoración de los medios de prueba. Y para eliminar el peso de la ‘primera’ instrucción sobre la decisión final, la reforma renunció el esquema mixto desarrollado en dos fases (proceso = instrucción – debate), a favor de un esquema monofásico (proceso = debate), en el que el debate ha de ir precedido por una fase —no procesal— con función “no preparatoria” pero solamente preliminar. Probablemente la mayor novedad es la centralidad y valor absoluto del método probatorio en el curso del debate, según la regla de irrelevancia de las actividades desarrollada antes del juicio, *útil* para la toma de decisiones en el ejercicio de la acción penal. Así pues, la decisión de privar al juez del debate de la posibilidad de conocer los actos de investigación rubrica el repudio de omnisciencia consolidada por el viejo volumen procesal, constituido “por la acumulación” de todos los actos del procedimiento, desde la notitiacriminis en adelante: gracias al cual el órgano judicial heredaba todas las informaciones recogidas en la fase de la instrucción. Cfr. FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, II ed. vol. I, Milano 1965, pp. 39 y ss; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Torino, 1952, p. 466; análogamente v. G. BELLAVISTA, “Voce Difesa giudiziaria penale”, in *Enc. Dir.* vol. XII, Milano, 1964, p. 455. Para una mayor profundización de la materia vid. G. SPANGHER, *Appunti di procedura penale: i fascicoli del processo penale*. Una panorámica histórica sobre la evolución del proceso penal en Italia Republicana es localizable en R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubbli-*

al proceso,<sup>49</sup> y se sustituye con la fase de las investigaciones preliminar es por su propia naturaleza propedéutica - previa y preparatoria - al ejercicio de la acción penal.<sup>50</sup> De hecho, la tradicional fase de instrucción predis puesta a la adquisición de pruebas suficientes para un veredicto y encami nadas a la sucesiva fase de juicio, ha sido reemplazada por la fase de las investigaciones preliminares.<sup>51</sup>

La nueva reforma altera el ordenamiento procesal preexistente, el desmantelamiento de un modelo, la ruptura con el pasado, un marco nor mativo que crea las condiciones necesarias para instaurar una nueva re lación simétrica entre la instrucción penal y el principio contradictorio.<sup>52</sup> Se persigue así el doble fin de reducir el valor probatorio de la primera y conceder más espacio a la actividad probatoria en el segundo.<sup>53</sup>

---

*cana*, in D. NEGRI-M. PIFFERI (a cuidado de), *Diritti individuali e processo penale nell'età repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 51-81.

49 G. DI CHIARA, *Diritto processuale penale*, en FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 189 y ss.

50 Luigi CARLI, *Le indagini preliminari nel Sistema Processuale Penale*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 5 y ss.

51 Al respecto recuerda A. ALLEGRO, *I rapporti tra Pubblico Ministero e Polizia Giudiziaria: autonomia investigativa e dipendenza funzionale*, pp. 72 y ss (69 [http://road.unimol.it/bitstream/2192/40/1/TESI\\_ALLEGRO.pdf](http://road.unimol.it/bitstream/2192/40/1/TESI_ALLEGRO.pdf)) no por casualidad en el léxico del nuevo código (italiano) el término “proceso” se refiere a la fase que sigue al ejercicio de la acción penal, mientras que la expresión “procedimiento” asume un sentido de mayor amplitud, incluyendo también la fase de las investigaciones preliminares. En este sentido señala Ciro SASSO, *Le indagini preliminari*, 2012, p. 1 <http://www.avvocatosasso.it/le-indagini-preliminari/>, el llamado principio de separación de las fases es presidido por tres niveles de “barrera”: no conocimiento de los actos, prohibición de lecturas adquisitivas, prohibición de empleo. Durante las investigaciones preliminares no existe un proceso, sólo un procedimiento. Éste se transforma y desenvuelve en proceso solo si, y cuando, sobreviene la formulación de la “acusación ante a un juez: solamente entonces el indagado asume el título de acusado”.

52 Recuerda F. PRESTIERI, *Sistema penal e integrato e processo...*, cit., p. 16, como ello se conecta al tema de las relaciones entre voluntad y proceso penal, en la medida en que el restablecimiento de los valores mínimos de la jurisdicción es repuesto a la “disponibilidad” del sujeto destinatario de la medida judicial.

53 Así lograr la plena realización del “valor participativo” de la comprobación jurisdiccional. La elección de privar al juez del debate de la posibilidad de conocer los actos de investigación rubrica el repudio de la omnisciencia asegurada por el viejo volumen procesal, constituido “por la acumulación” de todos los actos del procedimiento, desde la *notitia criminis* en adelante: gracias al cual el órgano judicial heredaba todas las informaciones recogidas en la fase de la instrucción.

Es, además, un intento para simplificar la fase sumarial y poner al centro del nuevo sistema un verdadero debate oral, público, contradictorio y continuo, en el que todos puedan tomar postura. Vista bajo esta óptica, la instrucción cede el paso a la investigación, prodrómica y supeditada al ejercicio de la acción penal. Todo ello, además, conlleva a una transformación de la enfática y omnicomprensiva reminiscencia de relación entre pruebas y comprobación de la verdad<sup>54</sup> para ser sustituido por la presencia en nuestro ordenamiento del principio de oportunidad técnica en el ejercicio de la acción penal<sup>55</sup> (a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores, etc.).<sup>56</sup>

De la neta distinción entre acción penal y jurisdicción se deriva también la distinción entre fase investigativa y fase procesal,<sup>57</sup> y, por lo tanto, entre el papel del Ministerio Público y el papel del juez.<sup>58</sup> Así queda

- 
- 54 El art. 299 del CPP italiano de 1930, imponía al juez de instrucción cumplir todos los actos “necesarios para la comprobación de la verdad”. Contrariamente, el nuevo art. 326 del CPP de 1988, dispone que: “el Ministerio Público y la Policía Judicial en el ámbito de las respectivas atribuciones, desarrollan las investigaciones preliminares para las determinaciones inherentes al ejercicio de la acción penal”. En palabras de ANIELLO NAPPI, *Il diritto alla prova. Modello accusatorio e principio dispositivo. Poteri di integrazione officiosa*, Ob. cit., p. 5 y ss, la “Verdad” es una palabra peligrosa, porque es capaz de evocar conceptos cargados de implicaciones ideológicas, por ejemplo, aquellos de “Naturaleza” o de “Ser”, mientras que tiene que resultar claro que, cuando definimos la “verdad”, nosotros hablamos solamente de la relación entre una descripción y su objeto, cuáles que sean nuestras opciones metodológicas acerca de los criterios para verificar si un enunciado descriptivo sea verdadero, para conocer, es decir, los hechos de que pretende corresponder”. Para ulteriores consideraciones, véase SANTORIELLO, voce “Garantismo (processo penale)”, en Dig. Disc. Pen., III, Aggiornamento, Torino, 2005, p. 566 y específicamente la nota 138.
- 55 G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 7.
- 56 SIRACUSANO, *Le indagini preliminari e l’udienza preliminare*, en SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2004, p. 55.
- 57 MADDALENA, *I rapporti tra polizia giudiziaria e Pubblico Ministero: una riforma inutile*, in *Processo Penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*. Legge 26.3.2001 No. 128, a cura di GAETA, PADOVA, 2001, 223; AMATO-D’ANDRIA, *Organizzazioni e funzioni della polizia giudiziaria*, Milano, 1990, 59.
- 58 El nuevo proceso penal comprende dos fases distintas: la de instrucción, que sirve para investigar y recoger los elementos de prueba basándose en los cuales se decidirá si se deben archivar las actuaciones o no, y la del debate, durante la cual tiene lugar la presentación de las pruebas; deriva una neta separación entre fase no jurisdiccional de las investigaciones preliminares (o investigativa) desarrollada por la Policía Judicial bajo la dirección del PM o por este último personalmente finali-

plasmado como constitutivo fundamental en la esencia del proceso, el límite o confín dentro del cual la parte pública será llamada a ejercer su actividad o sus funciones específicas, antes o por fuera de un proceso, de la confrontación dialéctica y de la intervención del órgano jurisdiccional.<sup>59</sup>

Las distinciones *de jure* y *de facto* señalan la ruta para identificar prioridades y así delinear claramente dos culturas jurídicas y dos concepciones ideales de proceso penal. En el modelo inquisitivo el entero momento probatorio accede en los predominantes poderes del juez (retraimiento del derecho a la defensa y de los derechos del acusado, poquedad de los espacios de publicidad y oralidad, y menosprecio del principio de presunción de no culpabilidad);<sup>60</sup> en el modelo acusatorio la búsqueda de la prueba se deja a la iniciativa de las partes<sup>61</sup> y, el debate es la fase del proceso destinada a una valoración o revaloración de los resultados de la fase precedente junto a las pruebas adquiridas en el proceso.<sup>62</sup> A este respecto cabe recordar como en el nuevo sistema acusatorio la “Prueba” transitó de un concepto aritmético que la animaba en el viejo proceso inquisi-

---

zada a la averiguación de la *notitia criminis* y eventual promoción de la acción penal (procedimiento) y la fase del proceso, de naturaleza jurisdiccional, celebrada ante un juez en el contradictorio entre las partes PM e imputado, según uno de los ritos previstos (ordinario o especial).

- 59 Cfr. A. ALLEGRO: *I rapporti tra Pubblico Ministero e Polizia Giudiziaria: autonomia investigativa e dipendenza funzionale*, pp. 69 y ss. 69 [http://road.unimol.it/bitstream/2192/40/1/TESI\\_ALLEGRO.pdf](http://road.unimol.it/bitstream/2192/40/1/TESI_ALLEGRO.pdf)
- 60 G. CONSO, voce “Accusa e sistema accusatorio”, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 336.
- 61 En palabras de NOBILI, “Il nuovo ‘diritto delle prove’ ed un rinnovato concetto di prova”, en *Leg. Pen.*, 1989, p. 396, el mismo reconocimiento normativo del “derecho” a la prueba lleva la huella de una recorrido en sentido acusatorio.
- 62 En el proceso acusatorio la regla de oro es que los medios de prueba se adquieran y se valoren en un verdadero debate contradictorio. Éste debe desarrollarse de tal forma que permita que el juez no se vea influenciado prejuiciado o parcializado por otras motivaciones o por elementos innecesarios y perjudiciales. Ese principio se basa en el concepto de tercería del juez. La tendencia hacia una mayor neutralidad y objetividad posible dentro de un marco decisional claro que permita aumentar la transparencia y la previsibilidad. Un juez que asista con propia autoridad y justicia a la evaluación de las pruebas entregadas por las partes. Sin embargo, para nuestro Código de Procedimiento Penal, por ejemplo, los actos de las investigaciones preliminares pueden constituir prueba en el juicio abreviado y no en el debate. Véase, en este sentido, G. ILLUMINATI, “Accusatorio ed inquisitorio (sistema)”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. I, 1988; V. GREVI, Prove, in G. CONSO V. GREVI, *Profili del Nuovo Codice di Procedura Penale*, Cedam, III ed., 1993, p. 189 es.; P. FERRUA, *Studi sul processo penale, II, Anamorfofi del processo accusatorio*, 1992, Giappichelli.

tivo<sup>63</sup> (procesos cognoscitivos, dotados de una escueta utilidad heurística, conformidad con los paradigmas legales) a una compleja comparación de tipo relativista *ex ante* (conocimientos judiciales: reglas y metodología) y de la modalidad de formación (sujetos legitimados a intervenir),<sup>64</sup> conjuntamente a la calidad jurisdiccional del procedimiento.<sup>65</sup>

#### IV. EL JUEZ PARA LA ETAPA PRELIMINAR COMO ÓRGANO DE LA JURISDICCIÓN

La doctrina y jurisprudencia han considerado siempre que a los jueces no les puede ser atribuida ninguna potestad de investigación *ex officio*, así como tampoco ningún poder de impulso en el desarrollo investigativo y probatorio. La *intentio legis* responde a la necesidad de evitar formas de activación o de vinculación del órgano judicial en el ejercicio de la acción penal, un fenómeno que nos conduciría irremediablemente a la contaminación de la pureza del juez, encargado de controlar la legalidad del procedimiento penal.<sup>66</sup>

La *ratio* de la reforma es garantizar su imparcialidad, impidiéndole la verificación de una hipótesis reconstructiva por el mismo formulada.<sup>67</sup> Tal vez aquí está la razón de la neta distinción entre función investigativa y función juzgadora a la luz del principio acusatorio que consagra la tercería del juez penal. Algunos autores afirman que el juez debería permanecer confinado al vértice del triángulo equilátero (papel súper partes) que representa geoméricamente la estructura procesal ideal.<sup>68</sup> Así pues,

- 
- 63 FERRUA, “I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragi onevolezza delle sezioni unite e dogmatismo della Corte Costituzionale”, en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, pp. 1065 ss.
- 64 PETRILLO, “Funzioni e limiti dell’esercizio del potere istruttorio integrativo del giudice del dibattimento”, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 1201.
- 65 Del Principio de acumulación de poderes procesales derivan las esenciales características del sistema inquisitivo; por el Principio de separación de las funciones procesales deriva las características esenciales del sistema acusatorio.
- 66 F. GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, Ob. cit. 6; SCALFATI, *La riforma dell’udienza preliminare tra garanzie nu ove e scopi eterogenei*, cit., p. 2829.
- 67 CARACENI, *Poteri d’ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, cit., p. 250; CERTOSINO, voce “Giudice (poteri istruttori del)”, en *Dig. Disc. Pen.*, cit., VI, Aggiornamento, p. 2011.
- 68 A fin de garantizar su autonomía e independencia tanto de las funciones de la acusación como de las funciones de la defensa. O. MAZZA, *I protagonisti del proceso*, AA. VV. *Procedura Penale*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 43 y ss.

se excluye cualquier forma de influencia o peor aún, de injerencia del juez en la búsqueda de pruebas, ya a favor, ya en contra de cualesquiera de las partes.

Pero, si las investigaciones preliminares constituyen una primera fase “no jurisdiccional”, de algún modo, esto pone de relieve la más amplia problemática acerca de la individualización de los confines jurisdiccionales del juez (“*ex ante* o *ex post*”) con respecto al órgano público encargado de la acusación, que como parte de sus obligaciones constitucionales debe promover el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos penalmente relevantes.<sup>69</sup> Éste es, en efecto, como el juez, sujeto a la ley.<sup>70</sup>

No obstante a lo anteriormente indicado, es un hecho de que el juez para las Investigaciones Preliminares (IP) deroga el principio por el cual antes del ejercicio de la acción penal aún no hay jurisdicción. La razón de dicha derogación está en la exigencia de asegurar un órgano imparcial en una fase en que se pueden vulnerar los derechos constitucionales del indagado y de otras personas. La eventualidad de una intervención del juez ha sido proveer algunas “garantías”, no sólo contra el riesgo de un juicio arbitrario por manifiesta “falta de fundamento” de la noticia crimen, sino

69 En palabras de ALMA M.M. *Controllo giudiziale sugli esiti di indagine e poteri integrativi del giudice: l'archiviazione e l'udienza preliminare*, Roma, 2005 p. 3 y ss, p. 1, se trata de principios afirmados a nivel constitucional que concurren a garantizar, de un lado, la independencia del Ministerio Público en el ejercicio de la misma función y, del otro, la igualdad de los ciudadanos frente a la ley penal: puede decirse que el ejercicio de la acción penal es un poder-deber atribuido exclusivamente al Ministerio Público. Realizar la legalidad en la igualdad no es concretamente posible, si al órgano cuya acción es remitida depende de otros poderes: así que de tales principios es requisito imprescindible la independencia del Ministerio Público.

70 En similar sentido vid. G. CONSO, *Relazione introduttiva, en Il principio di precostituzione del giudice*, cit., p. 21, por lo tanto, no puede hacer valer intereses particulares, ya que actúa exclusivamente a tutela del interés general para la observancia de la ley y su papel no puede ser reducido al de un mero acusador, pero va encuadrado más exactamente en la de un órgano de justicia obligado a investigar todos los elementos de prueba relevantes para una justa decisión, comprendidos los elementos favorables al acusado. Véase, M. NOBILI, *Il primo comma dell'art. 25, in commentario della Costituzione. Rapporti civili*, a cura di G. Branca, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1981, p. 224. G. DE LUCA [nota a Corte cost., 1964, No. 32, cit.] in *Giur. Cost.*, 1964, p. 268; M. NOBILI, *Il primo comma dell'art. 25*, cit., pp. 224 y s., en un sistema en que el fiscal desarrolla funciones comparables a aquellas del juez, no tiene sentido reservar al segundo la garantía de la preconstitución.



también “contra los riesgos relacionados con tal valoración, después del cumplimiento de investigaciones superficiales o incompletas”.<sup>71</sup> El modelo acusatorio responde a la conciencia adquirida cada vez más notoria sobre la relevancia de la esfera jurídica de los derechos fundamentales del individuo y de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.<sup>72</sup> De hecho, junto al deber primario del Estado a la reafirmación del orden violado y su persecución por el órgano acusador, se concibe y establece la exigencia de un órgano juzgador cuya imparcialidad e independencia de actuación (en el caso concreto) es fundamental garantía para el sujeto inculpado (*ius libertatis*). Desde esta perspectiva, el connotado distintivo que caracteriza el papel del juez es la protección de los valores constitucionalmente protegidos en el proceso penal.

## V. JUEZ “PARA” LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES O JUEZ “DE” INVESTIGACIONES PRELIMINARES

La mayor parte de las legislaciones emplean la preposición “*de*” antes del sustantivo juez para definir las funciones encomendadas a dicho órgano en la fase prejurisdiccional: juez de la investigación preparatoria, juez de investigaciones preliminares o juez de la investigación e instrucción, juez de garantía o juez de control. Sin embargo, en este contexto consideramos que sería más apropiado el empleo de la preposición “*para*” tales investigaciones preliminares, con el fin de poner en evidencia que dicho juez no dirige (abre o coordina)<sup>73</sup> las investigaciones,<sup>74</sup> pero se limita solamente a

71 C. SCACCIANOCE, *L'inazione del Pubblico Ministero*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 289.

72 Sobre el tema me remito a mi trabajo AAVV, “*Carta dei Diritti Fondamentali e Costituzione dell’Unione Europea*” a cuidado di L.S. Rossi, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 173 e ss.

73 En este sentido señala Filippo GIUNCHEDI, “Procedimento probatorio, giusto processo, diritto alla prova e prova a discarico”, Roma, 21 de marzo de 2014, p. 6, a fin de evitar riesgos de contaminación de la pureza del juez bajo el perfil de la tercería e imparcialidad, un fiel reflejo de la igualdad absoluta de los derechos y poderes entre acusador e imputado [www.consiglionazionaleforense.it/site/home/.../documento7719.html](http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/.../documento7719.html)

74 En este sentido manifiesta VALENTINI REUTER, *Le forme di controll o sull’esercizio dell’azione penale*, Padova, 1994, p. 260, actividad que influye en la neutralidad de juicio si el mismo es llamado a suplir sobre el plano investigador. Cfr. Análogamente FERRAIOLI, *Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 1993, p. 95. Citado por Filippo GIUNCHEDI, Ob. cit. p. 7, nota 37.

realizar (en ella) algunas esporádicas intervenciones de carácter jurisdiccional (*iuris dictio ad acta*) a petición del Ministerio Público, o a solicitud del propio indagado o de la persona ofendida por el delito.<sup>75</sup> Por otra parte, con el significado del término “*órgano*” jurisdiccional para las investigaciones se ha querido marcar una diferencia del Ministerio Público como órgano encargado de las investigaciones, y, al mismo tiempo, mantener una distancia del juez de instrucción en el que la función juzgadora y la función requirente, eran de función mixta y le otorgaban poderes coercitivos amplísimos.<sup>76</sup> Por lo demás, el Ministerio Público es el titular exclusivo de la pretensión punitiva del Estado.

## VI. EL JUEZ PARA LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES

El juez para las investigaciones preliminares, entendido éste no como la persona física del juzgador sino como un órgano judicial, es un Tribunal unipersonal o monocrático (compuesto por sólo un juez), tercero entre las partes en causa. Las funciones de investigación sumarial y decisional antes oficiadas por el juez de instrucción, se encuentran hoy repartidas entre el Ministerio Público y el juez prejurisdiccional.

El apelativo juez para las IP es indicativo de la necesaria presencia de dicho órgano en la entera etapa de la jurisdicción penal ordinaria de primer grado. En este sentido señala M. FERRAIOLI, si concebimos las investigaciones preliminares como un procedimiento de naturaleza preliminar (*preiudicium*), una fase necesaria para la atribución de un hecho

75 GREVI, “Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari”, in AAVV, *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, pp. 34 y s.

76 Recuerda ALMA M.M. *Controllo giudiziale...* Ob. cit., pp. 3 y ss, que el juez para las investigaciones preliminares nace, pues, sobre la estela de decenales polémicas acerca de la excesiva amplitud de los poderes del juez de instrucción. Así, centralizando el poder de investigación en el Ministerio Público se ha previsto la constante vigilancia por parte de un juez tercero (de algunos definida hasta de sujeción en materia de libertad personal), designado a controlar la regularidad de las investigaciones y los tiempos de investigación y, sucesivamente a la formulación de la acusación con la solicitud de vinculación a proceso (reexpedición a juicio), y asegurar, en el debate contradictorio entre las partes la valoración de los resultados de las investigaciones preliminares para evitar inútiles debates y, al mismo tiempo, garantizar la posibilidad de acudir a los procedimientos alternativos o especiales [www.giustizia.palermo.it/allegato\\_corsi.aspx?File\\_id\\_allegato=341](http://www.giustizia.palermo.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=341)

penalmente relevante a un sujeto determinado (salvo en los casos que establezca la ley la aplicación del principio de oportunidad) o como un momento investigativo obligatorio para la formulación de la imputación (al éxito de un trabajo de verificación de autenticidad de la *notitia criminis* que exige un consistente lapso de tiempo) no podemos mentalmente hacer menos de suponer la presencia de un juez para la fase preliminar (o juez de Control), ya que podría resultar totalmente infructuoso el pasaje sucesivo a la fase de debate contradictorio (o la apertura de un procedimiento judicial) y tan sólo el juez puede sentenciar la no necesidad del juicio público (verificación jurisdiccional sobre la imputación).<sup>77</sup>

El juez para las IP es garante del comportamiento de las partes o mucho mejor del control y evaluación del correcto desarrollo de las investigaciones preliminares. Es una figura institucional vista como un cuerpo extraño dentro el procedimiento penal. En efecto, su intervención (autoridad) es demandada previa solicitud de parte. La oportunidad de solicitar la presencia del juez durante las investigaciones satisface las exigencias de garantía para el indagado y de control de la actividad desarrollada por el Ministerio Público y, a veces, también es destinada a adquisiciones probatorias limitadas, o en todo caso, al cumplimiento de “específicos actos”. Como veremos más abajo, de manera detallada, el ingreso del juez en el procedimiento investigativo sólo puede entender en los casos previstos por la ley, subordinado a una “solicitud de parte”.<sup>78</sup>

## VII. LA PECULIARIDAD DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LA FASE PREVIA AL PROCESO

La fase de las investigaciones preliminares corresponde a la fase sumarial del viejo sistema procesal penal. Si esta última servía a construir y proveer elementos de prueba, la actividad probatoria de las investigaciones preliminares sirve a individualizar tales pruebas. La autoridad de la fase preliminar es delegada al juez (sujeto procesal súper partes, en el sentido de equidistante entre las partes) llamado a evaluar de manera imparcial

77 FERRAIOLI M., *Il ruolo di “garante”...* Ob. cit., pp. 55 y ss.

78 G. ICHINO, “Alcunispunti di riflessionesul tema delle indagini preliminari”, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, p. 693, considera que, desde un punto de vista práctico, las investigaciones se justifican en el desarrollo de actos predefinidos por la ley o en actos atípicos no expresamente disciplinados por el legislador, pero sí funcionales a los objetivos previstos conforme a la norma.

los fundamentos fácticos de la acusación y los elementos probatorios deducidos por la defensa.<sup>79</sup> El juez ha sido estructurado para funcionar en situaciones particulares y en determinados contextos, pero sin atribución alguna de funciones específicas de vigilancia en el proceso investigativo o sobre las diligencias previas desarrolladas por el Ministerio Público, salvo casos expresamente previstos por la ley (principio de taxatividad). Además, sin ejercer ningún poder efectivo sobre el tema de la “formación de la prueba” (a diferencia del modelo clásico del juez de Instrucción). Esta es la razón que explica por qué se le atribuyen funciones propias y adquiere rasgos peculiares en el ejercicio de la función jurisdiccional.

El juez, toma una serie de decisiones importantes en el transcurso de las investigaciones basado exclusivamente en ciertos documentos probatorios y material obtenido por el Ministerio Público. Conviene dejar claro que ello no implica participación alguna en el proceso de adquisición de los elementos de investigación, “tanto que se ha sustentado que éste es sólo un órgano de fachada o un tipo de coartada para el Ministerio Público que puede jactarse que sus poderes están controlados a suficiencia dentro del procedimiento, mientras —en realidad— dicho control es puramente ocasional y no orgánico”.<sup>82</sup>

He aquí el problema más grande del juez en cuestión. No existe entonces un control adecuado y eficaz del modo en que se desarrolla y se llevan a cabo las investigaciones preliminares. Hace falta, por tanto, pro-

79 Sobre la cuestión vid., como último, BADELLINO-ZAGREBELSKY, “I doveri di comportamento del magistrato e del difensore”, en *Manuale pratico dell’inchiesta penale*, Milano, 1986, p. 180.

80 La profunda diferencia entre funciones decisionales (imparciales) y funciones de acusación (parciales), manifiestas en la estructura procesal, debería conducir a configurar al juez y al Ministerio Público como dos órganos distintos sobre el plano de la normativa constitucional.

81 G.D. PISAPIA, “Il giudice per le indagini preliminari: bilancio di un quinquennio”, in AAVV, *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Milano, 1996, p. 8.

82 M. PALAZZOLO, *L’esercizio dell’azione penale: Il controllo giurisdizionale sulla completezza e conduenza delle indagini nell’udienza preliminare* (Modica, 16 dicembre 2006), pp. 1 y ss. Disponible en web: [http://www.academia.edu/10195673/Udienza\\_preliminare](http://www.academia.edu/10195673/Udienza_preliminare). En este sentido manifiesta TRANCHINA, Ruolinaturaliedinnaturali del giudicenelnuovoprocessopenale, in *Ind. pen.*, 1989, 621, la implicación del juez en las fases iniciales de la investigación determina una “inequívoca orientación del proceso hacia esquemas inquisitorios”.

ceder a una efectiva revaluación de la función jurisdiccional, aumentando los controles en las fases endoprocedimentales relacionados con las actividades investigativas. Todo ello, a través de la recuperación de la función y consolidación de su papel de control a través de un acrecentamiento de las funciones.

Como ya dije anteriormente, el juez ejerce la función de control jurisdiccional previa solicitud del titular Ministerio Público o de las partes privadas<sup>83</sup> supeditado a determinadas hipótesis prescritas o requeridas por la ley. Medidas que, por la delicadeza de los derechos y asuntos sobre los cuales incide, deben ser revisadas o tomadas por un órgano jurisdiccional. La jurisdicción *ante iudicium* es dirigida a realizar un balance equilibrado entre autoridad y libertad.

En particular, a título meramente enunciativo y no exhaustivo, tiene las siguientes atribuciones jurisdiccionales:

1. *Una jurisdicción sin acción* (o al menos sin una acción en el sentido propio del término). El juez, cumple un puro y simple poder de legitimidad conducente a verificar la observancia de la ley,<sup>84</sup> se limita básicamente a intervenir, sobre todo en lo que se refiere a los actos adoptados de conformidad con las normas de la ley, en el interés de todos y no de las partes. En efecto, tanto en el curso de las investigaciones como en la previa solicitud de archivo de las actuaciones, inclusive después de su conclusión, la jurisdicción penal es ejercida sin que el Ministerio Público ejerza la acción penal.<sup>85</sup>
2. *Una jurisdicción semiplena* (es decir, sólo provee a instancia de parte). Eso se deduce claramente del hecho de que el juez no desarrolla un procedimiento ni dispone de poderes autónomos de adquisición procesal en materia probatoria.<sup>86</sup> El juez, se limita a resolver “en los

83 Los actos sujetos a la cognición del juez para las investigaciones preliminares, por lo general, son los que el Ministerio Público decide alegar a la instancia que presenta.

84 Cfr. S. RUGGERI (2004). *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*. MILANO, 2004, Giuffrè, pp. 109 y ss.; M. FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 1993, cit. pp. 90 y ss.; M. SCAPARONE, “Indagini preliminari e udienza preliminare”, in *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, p. 452.

85 M. PALAZZOLO, *L'esercizio dell'azione penale...* Ob. cit. pp. 1 y ss.

86 En este sentido señala A. ALLEGRO: *I rapporti tra Pubblico Ministero e Polizia Giudiziaria: autonomia investigativa e dipendenza funzionale*, pp. 72 y ss, no por casua-

casos previstos por la ley, respecto a las solicitudes o requerimientos del Ministerio Público, de las partes privadas o de la persona ofendida por el delito” (art. 328 incisos 1o. CPP).<sup>87</sup> Por ejemplo, junto a la solicitud de emisión de una ordenanza cautelar el Ministerio Público podrá elegir qué actos obtenidos en las investigaciones preliminares deseará aportar al juez.<sup>88</sup> Como ya dije anteriormente, la naturaleza de los poderes de dicho órgano se manifiesta en su denominación juez para las investigaciones (y no de las investigaciones), porque el sujeto que en tal fase tiene la iniciativa es el Ministerio Público y no el juez.<sup>89</sup> En conclusión, el juez para la IP es tercero respecto a las partes en el procedimiento.

3. *Una jurisdicción de garantía* (o una jurisdicción sin previa acción). La *iurisdictio* de garantía (del juez) asume carácter incidental, junto a la jurisdicción de control de los resultados de las investigaciones, lo que le permitirá pronunciarse sobre la legitimidad de la acción pública ejercida por el Ministerio Público.<sup>90</sup> Así pues, antes del ejercicio de la acción penal y en el curso de la fase pretrial, el juez tutela los derechos fundamentales de la persona (los derechos del indagado y de la persona ofendida por el crimen). El juez ejercita una función

---

alidad en el léxico del nuevo sistema penal el término “proceso” se refiere a la fase que sigue al ejercicio de la acción penal, mientras que la expresión “procedimiento” asume un sentido de mayor amplitud, incluyendo también la fase de las investigaciones preliminares [http://road.unimol.it/bitstream/2192/40/1/TESI\\_ALLEGRO.pdf](http://road.unimol.it/bitstream/2192/40/1/TESI_ALLEGRO.pdf)

- 87 En palabras de TRANCHINA: *I rapporti tra Autorità Giudiziaria e Polizia Giudiziaria nel nuovo Codice di Procedura Penale*, GP, 1989, III, p. 489, los actos son previstos expresamente por la ley, vale en efecto el principio de taxatividad. El juez, parte tercera e imparcial, participa en el proceso público controlando que todo se desarrolle en el respeto de la ley y en total ausencia de pruebas preconstituidas en la fase prejurisdiccional.
- 88 D. SIRACUSANO, *Diritto processuale penale*, Torino, Giuffrè Editore, 1996.
- 89 Al respecto recuerda PAOLO TONINI, *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, sexta edizione, Giuffrè Editore, 2008, p. 235, así pues, interviniendo antes de la formulación de la imputación, el juez para las IP no tiene una cognición plena del cuadro probatorio. Otra particularidad de dicha función jurisdiccional está también en el hecho que se desarrolla antes del ejercicio de la acción penal, derogándose con ello el principio general *nullaiurisdictio sine actione*.
- 90 F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, p. 13, distingue entre jurisdicción de “control” sobre los resultados de las investigaciones preliminares y jurisdicción de garantía *ad acta*.

de garantía de la libertad personal y de control de legitimidad de la actividad de la acusación.<sup>91</sup>

Cabe mencionar que todos los actos cumplidos en las investigaciones preliminares (también en la audiencia preliminar) que no tienen las características de la irrepitibilidad confluyen en el fascículo de las partes (Ministerio Público y defensa) y por lo tanto —al menos por el momento— no adquiere valor probatorio alguno. El juez en cuestión es un órgano desprovisto de fascículo de parte (carpeta de investigación), y por eso es denominado juez sin fascículo, a diferencia del juez de juicio.<sup>92</sup> Por último, respecto al principio de tercería, emerge como es el mismo legislador ordinario a no poner el juez para las IP en una posición de tercería con la finalidad de la investigación.<sup>93</sup> La no indiferencia del juez conforme a la finalidad de la investigación preliminar no nos permite poner dicho órgano en una posición de “aséptica” tercería, es decir de ajenidad respecto a los intereses contrapuestos que están en juego (*nemo iudex in causa propria*).<sup>94</sup> Y tampoco puede hablarse de una equidistancia del juez con las partes. En efecto mientras él decide sobre las instancias del Ministerio Público sin escuchar a la defensa, es totalmente incompatible (con sus funciones) adoptar cualquier medida solicitada por éste último sin haber

91 <http://www.treccani.it/enciclopedia/giudice-per-le-indagini-preliminari/>

92 En este sentido señala ALESSANDRO AMAOLO, *Procedura penale: il giudice per le indagini preliminari* (GIP), pp. 1 y ss, “el ingreso, dentro del vigente orden procesal-penalístico de la figura del juez para las investigaciones preliminares ha sido una conquista del pensamiento jurídico moderno, también manifestación de alta civilización jurídica” <http://www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=2420>

93 El principio de tercería es un principio ordinamental. “Tercero” es el juez no sólo distinto de las partes, pero equidistante de ellas. *Cfr.* [http://www.camera.it/\\_dati/leg16/lavori/stampati/html/relazioni%5C16PDL0025440.html](http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/html/relazioni%5C16PDL0025440.html)

94 Para un cuadro completo de todos los principios afirmados por la jurisprudencia europea en tema de imparcialidad: Corte Europea, 11 de julio de 2013, Morice C. Francia y Corte europea, 9 de julio de 2013, Di Giovanni C. Italia. Así mismo, Corte Europea, 15 de diciembre de 2005, Kyprianou C. Cipro. En doctrina Vid. G. Di CHIARA, “Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale in tema di imparzialità del giudice”, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2000, pp. 85 y ss.

95 Recuerda GIUSEPPE DI LELLO, *Il ruolo del gip a quattro anni dall'entrata in vigore del nuovo codice: la terzietà tracusa e difesa*, p. 20 y ss, como la disminución de uno de los fundamentales caracteres distintivos de la jurisdicción (la tercería) podría ser justificada por el hecho que en la fase de las investigaciones preliminares el juez

puesto a la acusación en condición de expresar el propio dictamen.<sup>95</sup> Se trata pues de una función de garantía *ad acta* y de una función de control de respeto de las reglas que, si no puede ser desarrollada en posición de plena tercería siempre requerirá de la necesaria independencia judicial (fiel al criterio de sumisión del juez a la ley),<sup>96</sup> del principio del juez natural (preconstitución del juez y de sus competencias —aunque al interno del propio oficio y según criterios objetivos— conforme a la consumación del hecho-delito), y de no parcialidad (es decir, ausencia por parte del juez contralor de tener preconcebidos favoritismos u hostilidad respecto a las parte controladas).<sup>97</sup> No obstante, en palabras de SANTORIELLO “es el abstracto venir menos de la tercería que ya releva jurídicamente, porque el ordenamiento por un lado no quiere correr el riesgo de una decisión no serena y, por el otro debe salvaguardar la imagen de tercería del juez, para ofrecer a las partes y a la colectividad la máxima garantía de imparcialidad de sus órganos”.<sup>98</sup>

---

no cumple una función juzgadora efectiva, o sea no debe decidir sobre la responsabilidad penal del indagado y la aplicación de la pena. Él desarrolla más bien una función “metajuzgadora”, es decir evalúa que las condiciones y argumentaciones ofrecidas por el Ministerio Público a sostén de las propias solicitudes sean procesalmente correctas para *justificar la adopción* de medidas cautelares o investigativas y la limitación de los derechos fundamentales del indagado. Análogo papel desarrolla el juez respecto a la defensa cuando debe decidir sobre la autenticidad de sus instancias [http://www.csm.it/quaderni/quad\\_81/qua\\_81\\_2.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_81/qua_81_2.pdf)

- 96 Sobre la “mortificación” de la garantía de tercería del juez civil en la reciente jurisprudencia constitucional y las cuestiones relativas al juez que haya concedido una medida cautelar *ante causam*, vid. G. VIGNERA, *La garanzia costituzionale della terzietà del giudice civile*, Ambiente Diritto, p. 1 y ss. El autor hace hincapié sobre el principio de efectividad (desvinculado de criterios restrictivos y/o formalísticos): el que, favoreciendo la exteriorización y el desarrollo de todas las potencialidades garantistas latentes en las normas constitucionales, permite “adscribir a aquellas normas un sentido “fuerte”, que pueda tener una incidencia concreta y directa sobre el progreso evolutivo de las instituciones procesales.
- 97 R. LAVINIA, *Le funzioni di controllo e di garanzia del giudice per le indagini preliminari: profili problematici*. Tesi di Laurea in Diritto Processuale Penale (A.A. 2013/2014), LUISS GUIDO CARLI, relatore Domenico Carcano, pp. 133.
- 98 C. SANTORIELLO, *Le ipotesi di incompatibilità del giudice penale nel processo alle società*, 2a. Parte, pp. 1 y ss.



## VIII. LA FUNCIÓN DE “CONTROL” Y LA FUNCIÓN DE “GARANTÍA”

Los poderes judiciales de control (jurisdicción de garantía) de la actividad de la acusación pública y de garantía de la libertad personal del indagado<sup>99</sup> representan uno de los objetivos institucionales del juez prejurisdiccional.<sup>100</sup> Como hemos visto, en toda la fase de las investigaciones preliminares el juez ejerce una función de garantía, una función de control y una función de decisión (tipicidad de las intervenciones del juez), conjuntamente con la función investigativa del Ministerio Público.

La función de “Control” y la función de “Garantía” constituyen dos polos en torno a los cuales se agrupan o fijan varias hipótesis de intervención o mandato del juez. La razón, tanto del “control” como de la “garantía” atiende a la ajenidad del juez frente a la función investigativa. No siendo un juez que “instruye” que busca o adquiere elementos de prueba ha sido pacíficamente aceptado que sea el sujeto que controla el respeto de determinados cánones normativos, interviniendo y tomando posición,

99 El punto de equilibrio entre verificación judicial de la legalidad y la regla *ne procedat iudex ex officio* es susceptible de crear “un marcado desequilibrio entre las reglas acusatorias y la arquitectura procesal, porque los poderes de *quibus* constituyen un perfil problemático respecto a los principios de separación de las funciones y el proceso de partes. Véase, por ejemplo, en esta última, G. TRANCHINA, “Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale”, en *Indice Pen.*, 1989, 615; A. GIARDA, “Ricordo del giudice inquirente o esigenze di simmetria sistematica”, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, II, 1166.

100 No esta discusión el poder del juez para efectuar un control completo sobre las investigaciones desarrolladas por el Ministerio Público, pero tiene que estar claro que tal control no puede transformarse en una subrogación de parte del juez respecto al poder de ejercer la acción penal que es exclusivo del Ministerio Público. Así, Corte de Casación Sezioni unite 31 maggio 2005, Proc. Rep. Trib. Brindisi in Proc. Minervin. El Ministerio Público en todo caso es libre de elegir el instrumento más idóneo para profundizar los temas investigativos indicados por el juez. *Cfr.* Corte di cassazione, Sezione IV, 22 maggio 2012-1o. febbraio 2013 No. 5476. A fin de establecer un punto de equilibrio entre la exigencia de garantizar el control del juez sobre la actividad del Ministerio Público y esa concurrente, es decir, evitar de transformar tales poderes de control en un “desbordamiento” del juez en el ámbito de las competencias exclusivas del Ministerio Público en materia de ejercicio de la acción penal, con el riesgo concreto de injustamente desatender el carácter acusatorio del nuevo proceso penal y la posición de tercería del juez que constituye a uno de los pilares fundamentales.

dentro de los límites fijados por la ley (reserva de ley).<sup>101</sup> Su propio objeto de intervención permite construir la categoría de “control” en el ejercicio de un poder-deber que el propio ordenamiento jurídico estima deberá ser verificado y controlado por un órgano jurisdiccional que no persigue el mismo objetivo de quien dicho poder-deber ejerce. En la categoría de “garantía” ingresa, en cambio, la aplicación y el control jurisdiccional de las iniciativas de los órganos de investigación, asuntos que atañen derechos fundamentales del individuo sometido a las indagaciones, como los derechos a la libertad personal y a la integridad física, los derechos patrimoniales y morales, derechos que pueden ser vulnerados tras la adopción de medidas dirigidas a la búsqueda de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento. Respecto a este conjunto de intervención, la presencia del juez se justifica porque es un órgano judicial diferente del órgano acusador, el cual, por su función institucional concibe anular o menoscabar las libertades personales, presupuestados en la misma titularidad de las investigaciones. En esta evocación de intervención del juez se aprehende la más clamorosa contradicción del sistema que, de un lado, afirma la objetividad del magistrado Ministerio Público en el momento de las investigaciones, y, del otro, advierte la necesidad de someter su actuar al control del juez.

Las funciones de garantía y control imparcial conciernen sustancialmente la prontitud del procedimiento, los derechos fundamentales, la obligatoriedad de la acción penal y la asunción anticipada de la prueba. La función es de garantía para el ciudadano, para que las medidas que pueden ser particularmente gravosas y negativas para una persona sean examinadas por un juez tercero que no sea implicado directamente en las investigaciones y no sea condicionado por una perspectiva meramente acusatoria.

Las funciones institucionales atribuidas al juez para las investigaciones preliminares están predisuestas a garantizar el indagado en la fase de las investigaciones preliminares, sea para que éstas se desarrollen correctamente sea para no hacer acusar injustamente a un individuo.

---

101 Sobre el carácter absoluto de la reserva Corte Constitucional en sentencia de 7 de julio de 1962, No. 88. *Cfr.* A. AGRÒ-N. LIPARI, “La giurisprudenza della Corte Costituzionale, in il principio di precostituzione del giudice (atti del convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e all’Associazione ‘Vittorio Bachelet’”, Roma, 14-15 febbraio 1992), en *Quaderni C.S.M.*, 1993, No. 66, p. 200.

Innumerables son las competencias del órgano a las que corresponden múltiples y heterogéneas funciones. En el curso de las investigaciones el juez expresa una típica función de garantía y control sobre la legalidad de las mismas y obra a la luz de tres filones de intervenciones, él en efecto actúa:

1. A tutela de los derechos y de las libertades fundamentales;
2. En llave de garantía sobre los tiempos de desarrollo de las investigaciones y el ejercicio de la acción penal;<sup>102</sup>
3. En función de garantía sobre la formación de la prueba.

Un dato es cierto: una vez que el Ministerio Público haya presentado las propias conclusiones, los actos relativos a las investigaciones desarrolladas pasan al despacho del juez, dicho pasaje señala el inicio de la fase jurisdiccional del procedimiento penal.

Las funciones principales del juez para la investigación preliminar incluyen:

1. *Una función de control* a la conclusión de las investigaciones preliminares cuando el Ministerio Público demanda una prórroga ulterior;
2. *Una función de control* sobre el ejercicio de la acción penal cuando el Ministerio Público demanda archivar las actuaciones del procedimiento (o bien cerrar el caso no reconociendo una responsabilidad penal) o resuelve ejercer la acción penal (solicita que el acusado sea sometido a juicio). En ambos casos la solicitud llega al despacho del juez. El juez decide si acoger la solicitud y archivar el caso, o bien, disponer la imputación o nuevas investigaciones, en este último caso decide luego de haber escuchado a todos los interesados en audiencia. También, los llamados medios alternativos de resolución de conflictos los llamados procesos alternativos son decididos por el juez

---

102 La introducción de rígidos plazos temporales para el cumplimiento de la fase preliminar de investigación tiene la función de garantía y de derecho de la persona indagada a un procedimiento en tiempos razonables, en cuanto formándose la prueba en el debate contradictorio una excesiva distancia temporal entre los hechos y la formación de las pruebas, vuelve esa incierta y opaca.”Cfr. <http://www.senato.it/leg/13/BGT/Testi/Ddlpres/00002811.htm>

para las investigaciones preliminares. Excepcionalmente ante éste se admiten pruebas urgentes, esto sucede en una audiencia en contradictorio.

3. *Una función de garantía* de los derechos del indagado. Tiene la tarea de ofrecerle al acusado una garantía jurisdiccional cuando el Ministerio Público solicita el mandato de captura o una escucha telefónica u otra medida cautelar (modificación, revocación, prorrogación o aplicación) que incida de manera particularmente penetrante en las libertades de los ciudadanos. Él, en efecto, decide si aquella medida puede ser tomada.
4. *Una función de juicio* cuando ante el juez preliminar se consuman los procesos alternativos o el juicio abreviado.

Además de las funciones mencionadas (de control y de garantía) existen hipótesis de intervención *más amplias* que aquellos de garante de la legalidad u órgano de control de lo obrado por el Ministerio Público.

El juez “para” las investigaciones preliminares y el juez “sobre” las investigaciones.

El juez para las investigaciones preliminares tiene una dúplice competencia funcional: es juez “para” las investigaciones y juez “sobre” las investigaciones. Eso autoriza a considerar este órgano, a veces, órgano de control y garantía, y a veces órgano de cognición. Como hemos visto anteriormente, en el papel de juez “para” las investigaciones desarrolla una actividad de control y asegura una presencia de garantía en la entera fase de las investigaciones preliminares.

Como órgano jurisdiccional “sobre” las investigaciones está facultado para actuar únicamente en determinados casos, pudiendo ser llamado a decidir si acoger:

1. La solicitud de archivo de las actuaciones de los actos relativos a la noticia crimen presentada por el Ministerio Público;
2. La solicitud de juicio inmediato, presentada por el Ministerio Público;
3. La solicitud de decreto penal de condena presentada por el magistrado Ministerio Público;

4. La solicitud de aplicación de pena concordada presentada por el magistrado Ministerio Público o por la persona vinculada a las investigaciones o por ambos;
5. La solicitud de oblación presentada por la persona sometida a las investigaciones.

Puede acaecer que se verifique una situación de “incompatibilidad” (como veremos) entre:

1. Ser juez “para” las investigaciones y ser juez “sobre” las investigaciones: si el juez ha ejercido funciones de control o garantía en el curso del procedimiento preliminar, no puede tener la audiencia preliminar;
2. Ser juez “para” las investigaciones y ser juez “sobre” las investigaciones para presidir el juicio, sea en la fase de la audiencia preliminar sea en la fase del debate contradictorio;
3. Ser juez “sobre” las investigaciones a desarrollar funciones jurisdiccionales en los ulteriores grados del procedimiento penal.

El objetivo del legislador es aquello de no dar vida a un enlace orgánico y continuativo entre el juez para las investigaciones preliminares y las investigaciones.

## **X. BREVES APUNTES SOBRE LA POTENCIAL “INCOMPATIBILIDAD FUNCIONAL” DEL JUEZ DE CONTROL (MÉXICO) A PRESIDIR LAS AUDIENCIAS DE LA ENTERA FASE DE LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES: ETAPA PRELIMINAR Y ETAPA INTERMEDIA**

El mecanismo de sustitución del juez en los “procedimientos penales” por un lado, garantiza una neta separación entre la función acusatoria-probatoria (Ministerio Público) y la función jurisdiccional (órgano juzgador) y, por el otro, asegura la más completa imparcialidad y tercería del juez<sup>103</sup>

---

103 Recuerda FABIO LICATA, *La terzieta` del giudice penale: incompatibilità, astensione e ricsuzione*. Roma, 19 novembre 2003, p. 1 y ss., como es pacífico individualizar

y, por tanto, la competencia funcional para juzgar o decidir de forma correcta.<sup>104</sup> La imparcialidad en este contexto significa que el juez que ya se ha pronunciado no deberá pronunciarse de nuevo, puesto que, si en una fase del procedimiento ya se ha hecho un concepto en la siguiente fase tendrá un preconcepción y, por tanto, no será totalmente imparcial. La imparcialidad del juez deberá interpretarse en nombre y en favor del acusado, porque no basta con que el juez sea una persona libre y justa, y por tanto disponible a cambiar las propias opiniones en el pasaje de una fase a otra del procedimiento. Lo que más importa es que el acusado no se considere ya prejuzgado, es decir, que sea él a percibir el juez y no sea el juez a percibirse él mismo de manera imparcial.<sup>105</sup> La regla de incompatibilidad ha permitido constatar que quien es juez para las investigaciones prelimi-

---

el connotado esencial de la jurisdicción por el hecho de que es ejercida por sujetos terceros e imparciales respecto a los diferentes intereses en juego. Indudablemente la tercería es uno de los connotados específicos del juez llamado a desarrollar su actividad típica de *ius dicere* para tratar de conciliar los diversos intereses que se encuentran en conflicto. El juez debe ser tercero y prestar atención de manera imparcial a las razones de las partes, teniendo como único fin decir el Derecho. Respecto a la tercería del juez vid. Sentencia de la Corte Constitucional Italiana de 15 diciembre de 1986 No. 268, advirtiendo sobre la inderogabilidad de una rigurosa tutela de la “tercería” del juez (en Cass. Pen. 1987, 495, pp. 685 y ss.).

104 En Italia, los jueces de las fases anteriores al juicio son dos: el juez para las investigaciones preliminares y el juez de la audiencia preliminar.

105 Como subraya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los jueces deben satisfacer no sólo criterios objetivos de imparcialidad, pero ésta debe percibirse como tal. Véase, por ejemplo, sentencia Findlay c. Reino Unido, 25 de febrero de 1997, Informes 1997-I, p. 281, § 73. Así mismo, la sentencia, Cubber, de 26-10-1984, según la cual el concepto de “imparcialidad” debe ser entendido, tanto en sentido subjetivo (y se advertirá la efectiva parcialidad del juez, que debe ser demostrada), como en sentido objetivo (en donde asumen relevancia las condiciones externas, es decir, las apariencias que pueden perjudicar la administración de la justicia”). En el caso de Piersack c. Bélgica, el Tribunal Europeo describió su enfoque respecto a la imparcialidad del juez. La imparcialidad se define comúnmente por la ausencia de prejuicio o de idea preconcebida. Según el alto Tribunal la “Imparcialidad normalmente denota ausencia de prejuicios o sesgos” y señala que “su existencia puede ser probada de varias maneras”. Piersack c. Bélgica, 10. de octubre de 1982, § 30, serie A No. 53. La imparcialidad del juez constituye el corazón de la concepción de buena justicia y de un juicio justo. Cfr. A. FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 6. La imparcialidad del órgano juzgador y el contradictorio en la formación de la prueba son fundamentales claves de lectura para un “análisis” centrado en el rol que juega el juez en materia probatoria y otros aspectos derivados de tal problemática. El artículo 6 de la

nares no puede ejercer como juez de la audiencia preliminar.<sup>106</sup> En Italia, el legislador (pero principalmente la jurisprudencia)<sup>107</sup> ha establecido de forma suficientemente precisa los criterios concretos que deben seguirse respecto a la competencia funcional entre magistrados pertenecientes al

---

Convención Europea de Derechos Humanos consagra de modo expreso la necesaria intervención en el proceso de un tribunal: *independent and impartial Tribunal-Tribunal indépendant et impartial*. Sobre este tema me remito a mi artículo más reciente: AAVV. *Reflexiones sobre las mínimas garantías y derechos procesales penales en la Unión Europea: actuación del justo proceso y consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia*, “Studi in Onore di MARIO PISANI” Diritto Processual e Penale e Profili Internazionali Diritto Straniero e Diritto Comparato, Casa Editrice la Tribuna Volume II, pp. 721-766, 2011.

- 106 En palabras de LICATA, el valor de la tercería también puede ser alcanzado con la adopción de una ley reguladora de los mecanismos procesales u organización de los despachos judiciales, con el objetivo de evitar que la valoración del juez pueda ser (o pueda considerarse) condicionada por el previo desarrollo de determinadas actividades en las anteriores fases del procedimiento. *La terzieta` del giudice penale: incompatibilità, astensione e ricusazione*, Ob. cit. p. 6.
- 107 A este propósito, vid. la copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte de Casación italiana: Sez. 2, Sentenza No. 8613 del 12/02/2009 Ud. (dep. 25/02/2009 ) Rv. 243312, en Casación penal, 2010, con nota de prota CLAUDIO, quien entiende que; no es incompatible a celebrar el procedimiento abreviado el juez de la audiencia preliminar que haya dispuesto la reexpedición a juicio (vinculación a proceso) de otros coimputados, porque no ha sido llamado a desarrollar actividad de juicio o a expresar valoraciones sobre el mérito de la acusación; Sez. 6, Sentenza No. 31704 del 05/03/2003 Ud. (dep. 28/07/2003 ) Rv. 226088 (*Véase*, Corte Const., No. 401/1991; Corte Const., 124/1992, Corte Const. No. 24/1996); Sez. 2, Sentenza No. 2285 del 11/10/2004 Ud. (dep. 25/01/2005 ) Rv. 230690. Manifiesta el Tribunal Supremo con respecto a la incompatibilidad, con tal actividad el juez aprecia la posible eficacia demostrativa de la circunstancia que forma el objeto y valora la pertinencia en vista de la decisión final, pero sin anticipar la decisión. El sistema de incompatibilidad delineado por el legislador para impedir que un juez vuelva a pronunciarse sobre una determinada cuestión y garantizar, en tal modo, la posición de absoluta tercería, tiene como criterio la valoración de los actos y, por lo tanto, la decisión. La finalidad de similar sistema normativo es prevenir juicios, de algún modo, ya orientados. El momento calificativo es, pues, aquél de la decisión en el mérito, no aquello del conocimiento de los individuales actos procesales, porque solamente en relación al primero la función de prevención normativa tiene razón de ser. En este sentido se ha más veces expresado la Corte constitucional con orientación constante y consolidada. *Véase* también, Ordenanza 455/94, Pres. Casavola, 26.10.94-30.12.94; sentenza 186/92, Pres. Corasaniti, 3.3.92-22.4.92. *Véase* sobre esta jurisprudencia, CLAUDIO PROTA, *Non è incompatibile a celebrare il rito abbreviato il giudice dell'udienza preliminare che abbia disposto il rinvio a giudizio di altri coimputati*, en Casación penal, 2010, No. 8613, sez. II.

mismo Distrito Judicial.<sup>108</sup> Con base en la reforma,<sup>109</sup> la actividad de la fase preliminar no debería ser más proyectada a la asunción y valoración de los diversos medios de prueba, y el juez que interviene “de forma accidental” no debería ser un juez que instruye ni un juez que procede a deliberaciones o a decisiones sobre los medios de prueba.<sup>110</sup>

- 
- 108 Presupone que la incompatibilidad concierne al órgano judicante en su estructura general. En doctrina véase, entre otros: CAPITTA, “Nuova fisionomia dell’udienza preliminare e tutela dell’imparzialità del G.U.P.”, in questa rivista, 2003, p. 3364; CASATI, *L’udienza preliminare come giudizio “di” merito*, ivi, 2003 p. 3377; DI CHIARA, *L’incompatibilità endoprocesuale del giudice*, Giappichelli, 2000, p. 174; GAETTA-TEI, “I pregiudizi sul pregiudizio ovvero il falso mito della verginità del “giudice del merito”, in Foro it., 1996, I, c. 411; LAVARINI, “Il nuovo giudizio abbreviato”, in Riv. Dir. Proc., 2001, p. 751; GILBERTO LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, G. Giappichelli Editore 2006; PAOLO TONINI, *Manuale di procedura penale*, 6a. edizione, Giuffrè 2005; MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, ESI, 2004, p. 240; MARAFIOTI, *La separazione dei giudizi penali*, Giuffrè, 1990, p. 352; NICOLUCCI, *Un’impostazione di “metodo” nella verifica di situazioni di incompatibilità endoprocesuale del giudice*, ivi, 2009, p. 1093; ILLUMINATI, *Giudizio, in Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, 4a. ed., Cedam, 2008, p. 680, observa cómo “el término juicio, entendido en sentido general, usualmente se encuentra referido en el Código, a cualquier procedimiento destinado a concluirse con una pronunciación sobre el mérito de la acusación”; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 10a. ed., Giuffrè, 2007, p. 420; PERONI, “I nuovi epiloghi dell’udienza preliminare”, en *Stud. Iur.*, 2000, p. 1216; RIVELLO, *L’incompatibilità del giudice penale*, Giuffrè, 1996, p. 455; VENOROSO-CARLISI, *Il giudizio abbreviato*, Utet, 2007, p. 48; ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, Giuffrè, 2004, p. 53.
- 109 Decreto Legislativo, 19 de febrero de 1998, No. 51. “Normas en materia de institución del juez único de primer grado.” publicado en BOE No. 66, 20 de marzo de 1998 – Suplemento Ordinario No. 48, al art. 171, ha previsto que el juez que ha desarrollado en el procedimiento las funciones de juez para las investigaciones preliminares (G.I.P.) no puede en el mismo procedimiento, desarrollar el papel de juez para la audiencia preliminar (G.U.P.), eso para garantizar un mayor tercería del juez llamado a decidir en la causa (art. 342 bis CPP). El Código de Procedimiento Penal, en cambio, fue totalmente reformado en 1988, cuando se pasó de un sistema con características inquisitorias a uno tendencialmente de acusación, inspirado, entre otros, a los principios de la paridad entre fiscal y defensa, y de la formación oral de la prueba ante el juez en audiencia pública (V. Ley 81/1987, de 16 de febrero; ley de delegación para la formulación del nuevo Código de Procedimiento Penal).
- 110 Vid. sentencias Tribunal Constitucional números 306, 307 y 308 de 1997 (en Foro It., 1997, I, 2721).



## 1. La potencial “incompatibilidad funcional” del juez de control

El sistema de procedimientos penales que rige en México desde 2008, indica que el juez de control tiene “competencia para ejercer las atribuciones que este Código le reconoce desde el inicio de la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura de juicio” (Artículo 133, párrafo 1). La entera fase de las investigaciones preliminares ha sido dividida en dos etapas, una primera fase denominada “Etapa preliminar o de investigación”, y una segunda fase denominada “Etapa intermedia o de preparación de juicio oral”.<sup>111</sup> La atribución de una competencia prácticamente ilimitada (al juez de control) tanto en la Etapa de investigación como en la Etapa preliminar, nos lleva, inevitablemente, a hablar de régimen de incompatibilidades con la función de juez.

La “incompatibilidad funcional” entre el juez que ya se ha pronunciado sobre la *quaestio facti*<sup>112</sup> (por ejemplo, con la adopción de una medida cautelar),<sup>113</sup> y el juez que deberá gobernar la sucesiva fase intermedia o de apertura de juicio oral, es un tema muy complejo y delicado.<sup>114</sup>

111 Según la redacción original del artículo 133 primer párrafo del *Código Nacional de Procedimientos Penales* publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014. “Para los efectos de este Código, la competencia jurisdiccional comprende a los siguientes órganos: juez de control, con competencia para ejercer las atribuciones que este Código le reconoce desde el inicio de la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura a juicio”. Así las cosas, el juez de control está encargado no sólo de tomar todas las decisiones relativas a la libertad del acusado antes del juicio, sino también es la autoridad delegada a la correcta evaluación del fundamento de la acción penal formulada por el Ministerio Público, resolviendo si el imputado es inocente o debe ser reenviado a proceso (auto de apertura a juicio). Lo que sorprende es su segunda facultad o poder que debería ser dejado a otro juez (el juez de la audiencia preliminar, tal como sucede en Italia): al término de la audiencia, el juez de control dictará el auto de apertura del juicio oral. En términos concretos, no existe un puente abre aguas entre fase de las investigaciones preliminares (conclusión del procedimiento) y fase de juicio (momento inicial de la fase procesal) caracterizado por el contradictorio entre las partes ante un juez tercero e imparcial (control jurisdiccional), es decir una neta separación entre la fase anterior al juicio y el juicio.

112 En este sentido se manifestó el Tribunal Constitucional en sentencia de 12 de julio de 2002, No. 335, Foro It., 2003, I, 30, es incompatible a presidir la audiencia preliminar, el juez que con una decisión y valoración anticipada de mérito sobre la controversia hubiese tenido una relación o contacto previo con el objeto del proceso.

113 Inicialmente, para el legislador italiano, todos los otros actos cumplidos por el juez antes del ejercicio de la acción penal quedaban fuera del área de las incompatibili-

En particular, vale la pena señalar que en tema de incompatibilidad,<sup>115</sup> la imparcialidad del juez no es demolida de cualquier tipo de evaluación cumplida (por él) en el propio o en otros procedimientos,<sup>116</sup> pero

dades. En virtud de la impostación teórica que concebía la fase de las investigaciones preliminares como un mero pasaje procedimental finalizado a las determinaciones del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal. Así pues, las medidas jurisdiccionales eventualmente cumplidas en tal fase no fueron entendidas como portadoras de prejuicio, en cuanto formadas antes de la asunción de la calidad de imputado y, por lo tanto, inadecuadas a adelantar en alguna medida la convicción del juez sobre el fundamento o menos de la acción penal, aún por ejercer. En efecto, se excluyó el efecto prejudicial de las disposiciones dispuestas en materia de medidas cautelares personales por el juez de la fase preliminar. Sin embargo, la progresiva toma de conciencia de la plena operatividad en nuestro orden procesal del principio del “justo proceso” y los conexos corolarios de la necesaria tercería e imparcialidad del órgano juzgador, han determinado las numerosas intervenciones de la Corte Constitucional basadas en el principio que, en todo caso, determinadas resoluciones rendidas en el curso de las investigaciones preliminares necesariamente contienen significativas valoraciones de mérito sobre la autenticidad del material probatorio recogido por el Ministerio Público o sobre la subsistencia del delito objeto de comprobación. LICATA, *La terzieta` del giudice penale: Incompatibilità, astensione e ricasazione*, Ob. cit. p. 9.

- 114 Pensemos en todas aquellas cuestiones relacionadas con posibles incompatibilidades al juicio penal por quien haya desarrollado actividades jurisdiccionales en otros procesos. El inciso 2 bis del art. 34 CPP ha introducido una neta distinción entre las funciones del juez para las investigaciones preliminares y juez de la audiencia preliminar, no más acumulables en la misma persona por un mismo proceso: la unicidad del procedimiento como presupuesto de la incompatibilidad. *Cfr.* Ley 16 de julio de 1997, No. 254, modificaciones a las disposiciones del artículo 7 ter del ordenamiento judicial” (art.1, inciso 1, let. h): “la designación de un juez diferente para el desarrollo de las funciones de juez de la audiencia preliminar”. *Cfr.* Sentencia de la Corte Constitucional No. 346 de 1997. Ha sido observado que el inciso 1 del art. 34 concerniría la progresión en sentido vertical del “proceso”, mientras el inciso 2 atañería el desarrollo del proceso “en sentido horizontal” (SPANGER) citado por V. ROTUNDO, *La terzieta` del giudice penale: incompatibilità, astensione e ricasazione*, p. 1 y ss. <http://www.progettoinnocenti.it/dati/862terzietagiudeceferrantelli.pdf>
- 115 DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2010, 99, considera que la incompatibilidad está a indicar la condición del juez que no es creíble en el ejercicio de la función jurisdiccional.
- 116 Para una exhaustiva profundización de las más importantes sentencias de la Corte Constitucional italiana en tema de incompatibilidad del juez ex art. 34, vid. [http://www.csm.it/quaderni/quad\\_91/qua\\_91\\_3.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_91/qua_91_3.pdf). La Corte constitucional con la reciente sentencia No. 153 de 2012 ha escrito el enésimo capítulo del atormentado instituto de la incompatibilidad “determinada por actos cumplidos en el procedimiento”, que desde la entrada en vigencia del Código del 1988, ha comportado más de

queda circunscrita a los casos de duplicidad de un juicio de mérito entre las mismas partes y sobre el mismo objeto.<sup>117</sup> Para ello es necesario que el juez hubiese cumplido previamente una evaluación de mérito de los elementos esenciales que demuestran la hipótesis acusatoria<sup>118</sup> (cosa que, por otro, frustraría la misma *ratio* de las impugnaciones).<sup>119</sup> Tan sólo se excluirán de este criterio, los actos *stricto sensu* que no le han permitido al juez la formación de la convicción sobre la idoneidad y utilidad de los elementos de prueba para sustentar la acusación en el juicio oral.<sup>120</sup> Todo

---

ciento cincuenta intervenciones del juez de las leyes. Cfr. PAOLO TROISI, *Un nuovo capitolo in tema di incompatibilità endoprocessuale, processo penale e giustizia*, Anno II, No. 6-2012, p. 82. [http://www.processopenaleegiustizia.it/materiali/Contenuti/RIVISTE/VECCHIO\\_SITO/20/articolo\\_175.pdf](http://www.processopenaleegiustizia.it/materiali/Contenuti/RIVISTE/VECCHIO_SITO/20/articolo_175.pdf). En doctrina, crítico G. CONTI, *L'incompatibilità del giudice tra microconfittualità costituzionale e prospettive di riforma ordinamentale*, AA.VV., *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme (atti del convegno di Napoli)*, Milano, 1996, 198.

- 117 Véase, Decreto Legislativo 19 febrero de 1998, No. 51. “Normas en materia de institución del juez único de primer grado.” publicado en BOE No. 66, 20 de marzo de 1998 – Suplemento Ordinario No. 48, en donde fue relevado otro aspecto de ilegitimidad constitucional “en la parte en que no prevé la incompatibilidad a la función de juez de la audiencia preliminar para el juez que ya haya pronunciado o concurso a pronunciar sentencia, en fin anulada, respecto al mismo acusado y por el mismo hecho”. Más recientemente dos pronunciaciones interpretativas de rechazo (respectivamente sentencia 8-12 de julio 2002 No. 335 y ordenanza 10-18 de julio 2002 No. 367) que han delineado ulteriormente los límites del instituto de la incompatibilidad previsto en el art. 34 CPP precisando el concepto de graves razones de conveniencia que imponen la abstención.
- 118 En el originario art. 34 CPP, la incompatibilidad era conexas a la adopción de medidas adoptadas a la conclusión de cierta fase procesal y por las cuales era posible deducir una valoración del juez sobre el mérito del hecho. En efecto, la misma ley de delegación 16.2.1987 No. 81 se limitó a localizar como medidas indicativas de prejuicio solamente esas rendidas al final de una fase procesal y de las que emergía una valoración de mérito del proceso.
- 119 Recuerda V. ROTUNDO, *La terzieta` del giudice penale: incompatibilità, astensione e ricasazione*, Ob. cit. p. 1 a fin de evitar el peligro de una falta de serenidad de juicio debido al cumplimiento de determinados actos judiciales respecto al desarrollo horizontal del proceso.
- 120 Regla análoga contenida en el Proyecto elaborado por la Comisión “Dalia” para la reforma del Código de Procedimiento Penal (D.D.L. No. C-323 XV legislatura, 42, inciso 3: es, en todo caso, incompatible a ejercer funciones de juez, en fases o grados diferentes, quien, en precedencia, ha emitido una medida que ha concernido el examen de mérito sobre el hecho adeudado al indagado o al acusado. Ejemplar en el explicar los connotados del “estado” de los actos, Cass., Sez. un., 6 dicembre 1992, Di Stefano, in *Giur. It.*, 1993, II, p. 711.

esto conllevaría el inevitable riesgo de que la valoración conclusiva de gravamen sea, o pueda aparecer, condicionada por la propensión del juez a revalidar una decisión sucesiva que retome la orientación precedente,<sup>121</sup> incidiendo directamente sobre la garantía de un juicio que sea el fruto auténtico y exclusivo de los elementos de valoración y de prueba asumidos en el proceso y el debido respeto del derecho de defensa de las partes.<sup>122</sup> A este propósito, la Corte Europea de los Derechos Humanos resolvió que existe una efectiva incompatibilidad todas las veces en que el juez al adoptar la medida cautelar hubiera debido, según la legislación nacional, hacer referencia a la subsistencia de “sospechas particularmente relevantes” en orden a la comisión del hecho por parte del inculpado (arrêt Hauschild du 24 mai 1989, serie A No. 154 § 48).<sup>123</sup> Un sector importante de

- 
- 121 La Corte Constitucional ha afirmado que las incompatibilidades de los jueces penales resultan conexas a razones internas en el desarrollo del procedimiento y están finalizadas a evitar que condicionamientos o apariencias de condicionamientos supeditados por anteriores valoraciones realizadas por el juez en el ámbito del mismo procedimiento puedan perjudicar —o hagan aparecer perjudicada— la actividad de juicio. Citado por LICATA, Ob. cit. p. 11.
- 122 En síntesis la incompatibilidad existe cada vez en que en una diferente y anterior fase procesal el magistrado con una propia medida haya efectuado una valoración sustancial (o de contenido) de mérito de la acusación, sea que eso verifique en una situación de control del ejercicio de la acción penal (ordenanza de imputación coercitiva ex art. 409 inciso 5; transmisión de actos al Ministerio Público por diversidad del hecho ex art. 521), sea en ocasión de medidas sobre la libertad o en caso de recepciones de solicitudes de aplicación de la pena. Citado por LICATA, Ob. cit. p. 11.
- 123 Corte EDH sentencia 24/1989, Hauschildt contra Dinamarca. En la misma línea vid. Ferrantelli y Santangelo C. Italia, sentencia de 7 de agosto de 1996, § 58, Reuecil des arrêts et décisions 1996-III). Véase entre otras: Corte EDH sentencia de 22 de abril de 2004, Cianetti contra Italia; Campbell e Fell, sentencia de 28 de junio de 1984; Piersack, sentencia de 1o. de octubre de 1982. Los principios generales concernientes a los criterios que permiten valorar la imparcialidad de un Tribunal son expuestos, entre otras, en las siguientes sentencias del Alto Tribunal: Kyprianou C. Chipre [GC], No. 73797/01, §§ 118-121, TEDH 2005-XIII; Lindon, Otchakovsky-Laurens e July C. Francia [GC], Nos. 21279/02 e 36448/02, §§ 75-77, TEDH 2007-IV; Micallef c. Malta [GC], n. 17056/06, §§ 93-99, TEDH 2009; e Marguš c. Croacia [GC], No. 4455/10, § 84, TEDH 2014. Configurando el mérito de la acusación y de las medidas cautelares como ámbitos bien distintos por objeto y función (sentencias 124/1992 y 502/1991; ordenanza 516/1991). En este sentido se manifestó el Tribunal Constitucional manifestando que las decisiones relativas a la aplicación de las medidas cautelares son, en línea de principio, idóneas a comprometer (o en todo caso pueden hacer aparecer comprometida) la imparcialidad de la decisión conclusiva sobre la responsabilidad del acusado, en cuanto presuponen un juicio pronóstico sobre dicha responsabilidad: juicio que ahora es más profundizado que en el pasado,

doctrina también afirma, que todo ello “debe ser visto como una regla de salvaguardia para el juez, que no está obligado a hacer violencia contra sí mismo y a comprimir los (propios) condicionamientos tenidos en su anterior participación al procedimiento, quedando en tal caso legitimado a sustraerse al propio deber de juzgar” (ROTUNDO, p. 4).

Sin embargo, para confirmar esta tesis, prueba de ello es que la Etapa intermedia o de preparación de juicio oral ya no es un mero trámite o un mero momento procesal.<sup>124</sup> Por primera vez desde la implementación del modelo acusatorio, la Etapa intermedia constituye el medio más adecuado para garantizar la exigencia de una defensa técnica ante un juez preparatorio que tiene la cognición del entero procedimiento, aunque sin ninguna finalidad, vinculada a la adquisición procesal en materia probatoria.<sup>125</sup> En esta fase se vislumbra una profunda transformación, sea por causa de un extenso e intenso debate contradictorio,<sup>126</sup> sea porque se evalúa, en todo caso, los elementos valorativos ya existentes, también porque la decisión vivirá en hechos concretos, objeto de debate y valoración. Así la toma de decisiones y alternativas que se presentan al juez de control en el epílogo de la Etapa intermedia, descansan, pues, sobre una valoración

---

sobre todo porque conllevan a superar la distinción entre valoraciones de tipo indiciario relevantes a los objetivos de la medida cautelar y el juicio sobre el mérito de la acusación. En sentido contrario véase, sentencia 177/1996; ordenanzas 90/2004, 40/1999, 286/1998, 433, 316 y 267 de 1996).

- 124 En este sentido señala. LUIGI PICARDI, *L'udienza preliminare: il suo svolgimento, i poteri integrativi del giudice e gli standard probatori per il rinvio a giudizio*, p. 42, existe la posibilidad concreta que la decisión final del juez de la audiencia preliminar (G.U.P.) sea tomada según lógicas “de mérito” y no “procesal”. <http://volontaria.altervista.org/LEGGE%20CERIELLI/UDIENZA%20PRELIMINARE.pdf>. En efecto, en la actualidad la audiencia preliminar es prevista a garantía del acusado. En ella, el acusado es puesto en condiciones de tener un cuadro completo del hecho judicial desarrollado hasta ese momento y hacer valer ante el juez en un contradictorio su eventual derecho a una inmediata absolució. Dicha audiencia, también obra en función de exigencias de economía procesal para evitar los costes de actividades procesales superfluas e intrascendentes. *Cfr.* <http://salvatorepirrera.altervista.org/articoli/SOGGETTI%20DEL%20PROCEDIMENTO%20PENALE.html>.
- 125 MONTAGNA, voce “Giudizio abbreviato”, in *Dig. Disc. Pen.*, cit., II, Aggiornamento, 2004, 332; NEGRI, “Il «nuovo» giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economi a processuale”, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico, a cura di Peroni*, Padova, 2000, p. 486.
- 126 Sobre la lógica de la separación de las fases v. FERRAIOLI, *La separazione delle fasi: limiti e proiezioni di uno schema*, AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, p. 280.

de mérito de la acusación, no más diferenciado de otro momento procesal, eso por la intensidad de control judicial y la etapa deliberativa y resolutive.<sup>127</sup> Ello se ha de calificar de extraordinariamente perjudicial, de (pre)juzgable, en cada caso, para deducirse la supuesta subsistencia incompatibilidad.<sup>128</sup> Así pues, el elemento de mayor novedad es que la decisión asumida por el juez de control al final de la Etapa intermedia tiene un valor equiparable a la de un procedimiento seguido en la forma de juicio<sup>129</sup> (el enlace de la incompatibilidad al ejercicio de una función conexas a una diferente fase del procedimiento),<sup>130</sup> tratándose de una evaluación de mérito,<sup>131</sup> despojada de aquellos caracteres sumariales típicos de una deliberación tendencialmente circunscrita al estado de los actos preliminares.<sup>132</sup> La decisión final asumida por el juez de la Etapa intermedia se vuelve pues, por un lado, perjudicial<sup>133</sup> —respecto a las sucesivas decisiones de mérito en el ámbito del mismo proceso—,<sup>134</sup> por el otro, de

127 Sobre la cuestión vidi, como último, ALMA M.M. *Controllo giudiziale...* Ob. cit. pp. 1 y ss,

128 Aflora aquí la así llamada “fuerza de prevención”, definida por la Corte Constitucional en la sentencia No. 432 de 1995 como “la natural tendencia a mantener un juicio ya expreso y una actitud ya asumidas en otros momentos decisionales del mismo procedimiento”. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1946, p. 264, el cual refiriéndose a la fuerza de prevención expresa “él no podría, en efecto, juzgar nuevamente sin juzgar si la primera vez haya bien o no bien juzgado”.

129 Cfr. UBERTIS, “Sul progetto preliminare del codice di procedura penale”, *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1988, p. 1296.

130 Al respecto recuerda PAOLO TROISI, *Un nuovo capitolo in tema di incompatibilità endo processuale*, Ob. cit. p. 88. “La conclusión está perfectamente en línea con la ideología subyacente al sistema: en un procedimiento estructurado según unívocas opciones tendentes a obrar fundamentales distinciones de fases, con consiguiente separación de funciones entre los sujetos predispuestos a la gestión de cada una de ellas, el régimen de la incompatibilidad debe ser modelado sobre el esquema de la separación de fases, grados y papeles.”

131 MANGIARACINA, *I limiti al potere di integrazione probatoria del giudice in sede di giudizio abbreviato*, cit., 706.

132 En palabras de FERRAIOLI, ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari, Ob. cit. pp. 62 y ss., “a fin de evitar conmixtiones en cabeza a la misma juez-persona física, de papel de juez ‘para’ las investigaciones y juez ‘sobre’ las investigaciones”.

133 En este sentido manifiesta FABIO LICATA, *La terzieta` del giudice penale*, Ob. cit., p. 16, el acto prejudicial sería una sentencia “la expresión más apremiante de la función jurisdiccional”.

134 Al respecto vid. RIVELLO, *Commento agli arts. 10-11 l. 16/12/1999*, *Dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 175.

prejuzgable,<sup>135</sup> conforme a las decisiones asumidas en el procedimiento precedentemente.<sup>136</sup> Dicho esto, existe una incompatibilidad evidente entre juez de la Etapa intermedia o de preparación de juicio oral que sea ligado de una evaluación precedente del contenido de la acusación y el juez de control que ha desarrollado funciones de juez en la Etapa preliminar en el mismo procedimiento y contra el mismo imputado,<sup>137</sup> ya que existe un estrecho enlace entre disciplina de incompatibilidad: la incompatibilidad que obra entre funciones diferentes en el ámbito del procedimiento obraría en relación a una misma función, y la disciplina del “juicio”, entendido éste como una valoración de mérito sobre el contenido de la acusación.<sup>138</sup>

Así las cosas, el juez de control que en la etapa de preparación de juicio oral ya se ha pronunciado en materia de medidas cautelares, no podría presidir la siguiente etapa procedimental porque quebrantaría la garantía constitucional del justo proceso postulado en los principios de

135 Cfr. SPANGHER, Art. 34 CPP: *i punti fermi della giurisprudenza costituzionale*, Giur. cost., 2003, p. 1144.

136 Recuerda TROISI, Un nuovo capitolo in tema di incompatibilità endo processuale, Ob. cit. p. 88 y 89, por ejemplo, quien ha examinado una solicitud de validación de la detención o una solicitud de medidas cautelares, personales o reales, ha autorizado interceptaciones de comunicaciones o conversaciones, ha prorrogado el término de duración de las investigaciones, no es más un órgano creíble a decidir un “juicio” sobre los resultados de las investigaciones. Y eso no sólo en el caso que se proceda a la audiencia preliminar pero a cada vez que, cerrada la fase investigativa, sea llamado a pronunciarse sobre la solicitud de juicio inmediato o sobre la solicitud de archivo de las actuaciones.

137 BONZANO, “Note critiche sul nuovo giudizio abbreviato”, in Giur. Mer., 2000, p. 745.

138 La Corte Constitucional en su sentencia 131/1996, marcará los confines dentro de los que se puede relevar la “fuerza de prevención” para determinar la incompatibilidad del juez a través de una “cuádruple categoría”:

1. Debe tratarse de una pluralidad de intervenciones estimativas que tengan por objeto la misma *res iudicanda*;
2. No debe tratarse de un simple “conocimiento” de los actos concernientes el proceso, sino de una valoración sobre ellos para una decisión;
3. Debe tratarse de valoraciones que tengan como principal objetivo un “juicio”, es decir decisiones sobre el mérito de la causa, comportamientos o apreciaciones no formales, solamente sustantivos de los elementos de la acusación;
4. Tales valoraciones tienen que ser referidas a fases diferentes del proceso. DI CHIARA, *L'incompatibilità endo processuale del giudice*, Torino, 2000, pp. 110 y 136, considera críticamente la incontrolada expansión de la incompatibilidad del juez en el procedimiento.

tercería e imparcialidad,<sup>139</sup> asimismo por qué una “nueva valoración” de los contenidos en los que se basa la acusación con la vinculación a proceso del indagado, ya estaría condicionado, de una necesidad real, de una “fuerza de prevención”, tendiendo el juez a mantener la misma apreciación expresada precedentemente —el condicionamiento derivado de actividades anteriores.<sup>140</sup>

El principio de tercería no se remedia con la mera equidistancia del juez de las partes, sino que impone evitar potenciales situaciones de prejuicio tanto reales como aparentes. Según un orden diferente y más limitado criterio: una pasada valoración más penetrante que la verificable en cualquier otra actividad relativa al contenido de la acusación y de las pruebas<sup>141</sup> estaría en contraste con el canon de sensatez tanto bajo el perfil de la igualdad de trato como de lesión del derecho a la defensa del acusado.<sup>142</sup> En extrema síntesis, el juez de la Etapa intermedia valora en términos de responsabilidad (del acusado) fundamentado en el material probatorio recogido en la instrucción, de la suficiencia y de la univocidad, además de la idoneidad a sustentar la acusación en juicio. Propio la atribución de un tal poder-deber, nos confirma que dicho juez está llamado a razonar en términos de culpabilidad inocencia; en efecto, el reconocimiento, la aplicación y el juicio de comparación entre las circunstancias atenuantes presuponen la culpabilidad del acusado,<sup>143</sup> obrando una verificación jurisdiccional profunda dentro de los límites de la declarativa

139 Algunos intérpretes proponen la exclusión de la incompatibilidad para decidir en orden a cuestiones incidentales en materia de libertad personal. De acuerdo al concepto de unidad del juicio individualizado por la Corte Constitucional y el consecuente límite “endo procedimental” de la incompatibilidad, FABIO LICATA, *La terzieta` del giudice penale...* Ob. cit., p. 18.

140 MARZIA FERRAIOLI, “Il ruolo di ‘garante’ del giudice per le indagini preliminari”, 2013, 4a. ed., CEDAM.

141 En este sentido manifiesta D. CIMADONO, *Un giudice ‘unico’ per il processo penale minorile, contributo allo studio dell’incompatibilità del giudice*, Padova, 2002, p. 116, que cualquier decisión, aunque de contenido meramente interlocutorio, sin embargo, expresión de una competencia funcional común a una fase diversa, es considerada idónea a arraigar la incompatibilidad.

142 MICHELE PALAZZOLO, *L’esercizio dell’azione penale: Il controllo giurisdizionale sulla completezza e conducenza delle indagini nell’udienza preliminare*, Modica, 16 dicembre 2006, pp. 1 y ss. *Cfr.*, asimismo, Cass. sez. I, 15 marzo 2000, No. 1970, in *Riv. Pen.* 2001, p. 304.

143 Vid., por todos, sentencia Corte Constitucional, 3 de octubre de 1990 No. 431.



de responsabilidad y aplicación de pena (con excepción de las hipótesis de salidas alternativas al juicio). Como tal, la normativa aplicable a la audiencia preliminar se ha transformado intensamente, modificando y radicalizando su función de filtro: el juez de control se ha vuelto un juez de mérito, inclusive de una fase procedimental predebate, realizando un control jurisdiccional más profundo.<sup>144</sup> No estamos, pues, en presencia de un filtro<sup>145</sup> destinado a paralizar las imputaciones aleatorias, pero ante una verificación jurisdiccional penetrante y detallada con posibilidad de definir la imputación y todos los efectos relativos a la condena, siempre que no se recurra al juicio sumarísimo, en el que ni siquiera obra el límite de la condena.<sup>146</sup>

144 El mismo Tribunal Constitucional en su sentencia 335/2002, sigue manifestando que la nueva fisonomía de la audiencia preliminar comporta que las decisiones que constituyen el resultado final pueden ser consideradas como equivalentes al juicio, potencialmente idóneas para perjudicar (otras) sucesivas decisiones y a su vez perjudicadas por otras precedentes decisiones.

145 En este sentido, véase, ALMA M.M. *Controllo giudiziale...* Ob. cit. p. 2.

146 Vid., especialmente, sentencia Corte Constitucional 224/2001 y 335/2002. También, la ley No. 431 de 16 de diciembre de 1999 y la ley No. 397 de 7 de diciembre 2000. Según el Tribunal Supremo, el juez “no está solamente vinculado a un juicio respecto al material recogido por la acusación, pero se mueve dentro de un contradictorio más extenso”. Así las cosas, cambia la óptica decisional que ya no es más “en negativo” pero se arraiga —en positivo— sobre la suficiencia, no contradictoriedad, y en todo caso, idoneidad de los elementos adquiridos para sustentar la acusación en juicio. En este fallo, la Corte declaró la ilegitimidad constitucional del art. 34 CPP en la parte en que no prevé la incompatibilidad del juez de la audiencia preliminar para presidir (igualmente) dicha audiencia, cuando el mismo se hubiere ya pronunciado con una precedente sentencia (incluso sucesivamente anulada) concerniente el mismo acusado o por el mismo hecho. Al respecto se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia 335/2002. En particular, el Tribunal precisó que, en línea de principio, la incompatibilidad no existe solamente por actuaciones cumplidas (por el juez) en la misma fase, sino diferentes fases de un mismo proceso. Vid. También, Tribunal Supremo en ordenanza 232/1999, entendiendo esta última como una “ordenada secuencia de actos cada uno de los cuales prepara y condiciona el sucesivo”. A sostén de dicha afirmación, en efecto, fue definida como absurda la fragmentación del procedimiento con la atribución de cada segmento a un juez diferente y la inadmisibles conclusión de atribuir a las partes la potestad de determinar la incompatibilidad del juez especulando sobre el poder-deber de decidir respecto a la instancia de la parte misma. Todo eso sería irrazonable y contrario al principio del juez natural, puesto que la garantía de imparcialidad del juez debe ser coordinada con el principio de eficiencia obrado por los principios de concentración de los actos y economía procesal que exige la continuidad del mismo juzgador dentro de la misma fase. En este sentido, ALMA M.M. *Controllo giudiziale...* Ob. cit. p. 4.

Con todo, y resumiendo de los principios generales que emergen de los fallos de la Corte Constitucional italiana en materia de incompatibilidad y recusación, se desprende de que la adopción de dichos actos o medidas en un proceso no son suficientes como para lesionar el principio de imparcialidad del juez en los siguientes dos casos: en el primer caso se trata de actos y medidas de naturaleza meramente procedimentales y ordenatorias, en ausencia de cualquier tipo de criterio valorativo aunque incidental que sea objeto de la decisión. En otras palabras, es necesario que el juez en una fase antecedente a la decisión del proceso no se haya pronunciado al respecto, ni siquiera de manera indirecta, sobre la existencia o no de delito o sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado. En el segundo caso, por ser actos y medidas finalizadas al sucesivo desarrollo y a la definición de la misma fase procesal, como lo es para aquellos adoptados por el juez legitimado a la disertación del proceso mismo.

Además, como dije anteriormente, es un tema delicado y muestra de ello es el hecho de que la Corte Constitucional italiana desde la entrada en vigencia del sistema acusatorio (1989) se ha pronunciado repetidas veces (no menos de ciento cincuenta fallos) sobre el tema de la Incompatibilidad del juez penal “un récord absoluto” (TROISI).

## CONCLUSIÓN

El proceso penal constituye el último bastión del nacionalismo jurídico, no es casual entonces, de que a cualquier tipo de contribución aportada por la reciente doctrina jurisprudencial y, en particular en la materia penal, los ordenamientos jurídicos internos se opongan o reaccionen manifestando un fuerte apego a las reglas y normativa nacional, mirando con suficiencia, sino con abierta desconfianza las soluciones de los demás Países. Esta forma de razonamiento se manifiesta de manera especial, entre juristas y académicos, ya asediados de las complicadas contingencias domésticas, muchas veces renuncian al dialogo y a la confrontación con las grandes categorías conceptuales y soluciones normativas de los ordenamientos extranjeros. Sin embargo, no existe tal vez, contexto más oportuno o coyuntura mejor para abrirse a las aportaciones de las diversas experiencias externas de innovación y armonización del sistema procesal, enfrentarse y comprometerse con las categorías conceptuales y soluciones normativas de los ordenamientos extranjeros, que recorre de forma casi idéntica en todos los sistemas de justicia penal del occidente. En efecto. El análisis de las diversas estructuras y funcionamiento de los sistemas procesales

penales, así como la interpretación de las soluciones jurídicas aportadas por las diversas corrientes de pensamiento jurídico resultan de vital importancia para todo investigador y estudioso.

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AA.VV. SARACENI, FINOCCHIARO, FIBELBO, *Di Lello Finuoli, Progetto di Legge*, No. 1182, XII legislatura a (AC 899), p. 1.
- AA.VV. M.E. BOTERO, “Reflexiones sobre las mínimas garantías y derechos procesales penales en la Unión Europea: actuación del justo proceso y consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”, en *Studi in onore di MARIO PISANI, Diritto Processuale Penale e Profili Internazionali Diritto Straniero e Diritto Comparato*, Casa Editrice La Tribuna, Volume II, pp. 721-766, 2011.
- ALMA M.M., *Controllo giudiziale sugli esiti di indagine e poteri integrativi del giudice: l’archiviazione e l’udienza preliminare*, Roma, 2005, pp. 3 y ss.
- A. NAPPI, *Il diritto alla prova. Modello accusatorio e principio dispositivo. Poteri di integrazione officiosa*, Ob. cit., pp. 5 y ss.
- A. SIRACUSANO, “Le indagini preliminari e l’udienza preliminare”, en SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto Processuale Penale*, Milano, 2004, p. 55.
- A. PERI, “Obbligatorietà dell’azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo”. En *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- A. ALLEGRO, *I rapporti tra Pubblico Ministero e Polizia Giudiziaria: autonomia investigativa e dipendenza funzionale*, p. 193.
- A. CAMON, *Gli strumenti di controllo sulla sede dell’indagine*, G. Giappichelli, Torino, 2011, pp. IX-X.
- E. AMODIO, “Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale”, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 17.
- E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale, in processo penale, Diritto Europeo e Common Law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003.

- \_\_\_\_\_, “Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A Proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale”, in *Cass. Pen.*, 2010, pp. 17 y ss.
- A. FURGIUELE, “Deroghe al contraddittorio nella formazione della prova e verifiche incidentali: dalla ‘accertata impossibilità di natura oggettiva’ alla ‘provata condotta illecita, in la Giustizia Penale differenziata’”, Torino, I, pp. 165 y ss.
- F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè (collana Univ. Milano-Fac. Giuridica), 1996, VIII, p. 326.
- F. PRESTIERI, *Sistema penale integrato e processo: “Volontà e sistema penale”*, Tesi di dottorato, 2011, pp. 9 y ss.
- F. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo, verso nuovi equilibri*, CEDAM, Padova, 2003, p. 169.
- DALIA-PIERRO, “Giurisdizione penale” (Voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989, p. 1.
- G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, Parte II, pp. 189-365.
- G. ILLUMINATI, “Accusatorio ed inquisitorio (sistema)”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. I, 1988.
- G. DI LELLO, *Il ruolo del gip a quattro anni dall’entrata in vigore del nuovo codice: la terzietà tra accusa e difesa*, 1993, pp. 20 y ss.
- G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 7.
- G. CONSO V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, CEDAM, 3a. ed., 1993, pp. 189 y s.
- B. CRUCCOLINI, *Le garanzie costituzionali della giurisdizione*, 2011. p. 1.
- A. GIARDA, “Un cammino appena cominciato”, en AA.VV. *Le indagini difensive*, Legge 7 dicembre 2000, No. 397, Milano, 2001, p. 6.
- E. CESQUI, *Codice di procedure penale rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cuidado de LATTANZI, LUPO, 2003, p. 671.
- I. CAVALLARI, “Indagini preliminari”, en AA.VV. *Manuale pratico del processo penale davanti al giudice di pace, domande e risposte ad un*

*anno dall'entrata in vigore della nuova disciplina processuale anche con riferimento alle indagini difensive*, Forlì, 2003.

- A. GIARDA, “Astratte modellistiche e principi costituzionali nel processo penale”, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, 890.
- V. GREVI, “Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato”, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 1287.
- R. ORLANDI, “Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)”, in AA.VV. *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Vol. II, Milano, 2000, p. 577.
- \_\_\_\_\_, “Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana”, in D. NEGRI-M. PIFFERI (a cuidado de), *Diritti individuali e processo penale nell’età repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 51-81.
- D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, VI.
- E. STEFANI, *Manuale delle indagini difensive nel processo penale, Aspetti teorici pratici di investigazione privata, Utilizzabilità processuale degli atti*, Milano, 1999, p. 30.
- E. CESQUI, *Codice di Procedure Penale Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina*, a cuidado de LATTANZI, LUPO, 2003, p. 671.
- E. DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University Press, 2013.
- A. SCAGLIONE, “Il regime di utilizzabilità degli atti delle indagini preliminari a contenuto dichiarativo”, in *Cass. Pen.* 2003, p. 338.
- G. ILLUMINATI, “I principi generali del Sistema Processuale Penale Italiano”, in *Pol. Dir.* 1999, 2, pp. 301 y ss.
- G. RICCIO, “Fatto e imputazione”, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli, 2005, 24
- G. TODARO, “Sospensione dei termini di custodia cautelare e contraddittorio: da un contrasto giurisprudenziale le ragioni di una riflessione”, in *Cass. Pen.*, 2007, 10, p. 3794.
- G. TRANCHINA, “Il diritto processuale penale e il processo penale: linee introduttive”, en D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto Processuale Penale*, a cura di G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 3-24

- M. FERRAIOLI, *La funzione di garante del giudice delle indagini preliminari*, CEDAM, Padova, 2001, 26.
- G. DI CHIARA, “Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare”, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, cit. p. 251.
- L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale, accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, 2a ed. 2005.
- M.E. BOTERO, *El Sistema Procesal Penal Acusatorio “El Justo Proceso” Estructura y Funcionamiento*, ARA Editores, 2009, Perú, p. 973.
- F. GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice «Procedimento probatorio, giusto processo, diritto alla prova e prova a discarico»*, Roma, 21 marzo, 2014,
- F. DINACCI, voce “Regole di giudizio (Dir. Proc. Pen.)”, in *Dig. Disc. Pen., Cit.* 36, Aggiornamento, VIII, 2014, *in corso di stampa*.
- M. NOBILI, “Diritto alla prova e diritto di difesa nelle indagini preliminari”, en *Il nuovo processo penale dalla codificazione all’attuazione*, Milano, 1991, p. 142.
- C. TAORMINA, *Giudice naturale e processo penale*, Bulzoni, Roma, 1972, pp. 348 y s.
- O. MAZZA, “I protagonisti del processo”, in O. DOMINIONI-P. CORSO-A. GAITO-G. SPANGHER-G. DEAN-G. GARUTI-O. MAZZA, *Procedura Penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 60.
- G. MALACORTI, *La conoscibilità dell’accusa nel procedimento penale*, Tesis de Doctorado, 2009/2010, p. 1.
- R. ORESTANOO, “Azione in generale (storia del problema)”, en *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 799 y ss.
- G. LEONE, “Azione penale”, en *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 851.
- M. ROMANO, *Il rafforzamento delle garanzie dell’indagato sottoposto a custodia cautelare*, 2012, pp. 1 y ss.
- G. GIOSTRA, “Voce Archiviazione”, in *Enc. Giur. Treccani*, Agg., Vol. II, 1991.
- V. MAFFEO, “La crisi dei principi della giurisprudenza nella ‘imputazione alternativa’”, en *Politica del diritto*, 1/1999, pp. 157-176.

- A. NAPPI, “Il diritto alla prova. Modello accusatorio e principio dispositivo. Poteri di integrazione officiosa”, en *Quad. C.S.M.*, 1997, No. 98, pp. 3 y ss.
- P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, 3a. ed., Bologna, 2012, p. cit. 100.
- , *Studi sul processo penale, II, Anamorfofi del processo accusatorio*, 1992, Giappichelli.
- R. LAVINIA, *Le funzioni di controllo e di garanzia del giudice per le indagini preliminari: profili problematici. Tesi di Laurea in Diritto processuale penale*, (A.A. 2013/2014), LUISS GUIDO CARLI, relatore Domenico Carcano, p. 133.





# LA ENSEÑANZA DE LA DOGMÁTICA PENAL COMO *CONDITIO SINE QUA NON* PARA EL ÉXITO DE LA ORALIDAD\*

DINO CARLOS CARO CORIA\*\*

## §1. LA ORALIDAD EN RIESGO

1. Uno de los pilares de la reforma procesal penal peruana de 2004 es la oralidad. Sus beneficios son conocidos, el debate público, desde la investigación preliminar, en la etapa intermedia y, especialmente, en el juicio, es una forma de garantizar la vigencia de otros principios elementales como la inmediación, la publicidad y el contradictorio. También es una herramienta socialmente útil, el proceso y sus resultados suelen ser más transparentes, se afianza con ello la comunicación entre el Poder Judicial y la ciudadanía en general.
2. Desde el 1.7.06 el NCPP ya está vigente en casi todo el Perú. No son pocos los informes oficiales y estudios particulares que dan cuenta del avance del proceso de implementación y sus problemas de diferente orden, uno que se aprecia de modo constante tiene que ver con lo que podríamos denominar un déficit de oralidad.<sup>1</sup> Como señala PONCE CHAUCA, subsiste el desafío de afianzar y consolidar la oralidad en la aplicación del NCCP en el Perú, no existe un verdadero

---

\* Esta contribución corresponde al trabajo presentado el 16-5-10, al término del Curso Base sobre Instrumentos para la Implementación de un Sistema Penal Acusatorio, del VII Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2010, organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa ([www.cedpe.com](http://www.cedpe.com)). Socio Fundador de Caro & Asociados ([www.ccfirma.com](http://www.ccfirma.com)).

1 BURGOS ALFARO, JOSÉ. *Crítica al nuevo proceso penal*. Lima, Grijley 2009, pp. 125 y ss.

“adiós al expediente”, el expediente sigue presente en varias de las audiencias públicas de los juzgados unipersonales y colegiados.<sup>2</sup>

3. En una primigenia investigación empírica, VÉLEZ FERNÁNDEZ ha puesto de relieve la existencia de una “Debilidad en el litigio que afecta la oralidad”,<sup>3</sup> la cual atribuye, entre otros motivos,<sup>4</sup> a lo que califica como: “Debilidad en las Técnicas de Litigación Oral”, sostiene que el Ministerio Público y la Defensa de Oficio:

“Aún no están lo suficientemente capacitados en técnicas de litigación oral, por ello, suelen leer sus alegatos de apertura y finales, especialmente los fiscales”, también señala que: “En las audiencias de juzgamiento (...) los jueces tienen que orientar a las partes sobre como y cuando formular objeciones, como plantear su teoría del caso, sus alegatos finales entre otros. Incluso en la solicitud de medidas cautelares como la prisión preventiva tienen que invocar a los fiscales que se limiten a sustentar los presupuestos para su pedido y a los abogados defensores que haga sus descargos correspondientes. Se les indica que no es una audiencia en la que se deba considerar el tema probatorio. En algunos casos, los jueces son quienes formulan las objeciones, aun cuando eso no corresponde al sistema acusatorio, pues afecta la imparcialidad del juzgador.”

VÉLEZ indica asimismo que:

“Las partes no manejan bien la información del caso, su calidad argumentativa es baja y eso tiene como consecuencia que el juez siga acudiendo al expediente. Así mismo, es necesario

---

2 PONCE CHAUCA, NANCY. “La reforma procesal penal en Perú. Avances y desafíos a partir de las experiencias en Huaura y La Libertad”. En: *Reformas procesales penales en América Latina: resultados del proyecto de seguimiento, V etapa*. Santiago de Chile, Ceja 2008, p. 68.

3 VÉLEZ FERNÁNDEZ, GIOVANNA FABIOLA. “Ventajas y riesgos en la Implementación del nuevo Código Procesal Penal (NCP) Peruano”. En: [www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=345](http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=345), p. 14.

4 *Ibid.*, pp. 14-15, refiriéndose al tiempo de duración de las audiencias, la falta de decisión y resolución en una sola audiencia, y el hecho de que los tribunales no resuelven en base a lo debatido en las audiencias.

que los fiscales y abogados manejen técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio, así como que preparen a sus testigos antes de ir a juicio oral”. Indica finalmente que: *“Los jueces al tener que intervenir en las audiencias para ‘orientar’ a las partes, interrumpen la misma, ésta es una de las razones para que demore más de lo debido y sea menos dinámica.”*<sup>5</sup>

## §2. LÍMITES DE LAS SOLUCIONES DE GESTIÓN Y LEGISLATIVAS

4. Esta insuficiente implementación de la oralidad puede relacionarse y hasta explicarse en parte con argumentos administrativos y legislativos. Desde el año 2006, los Informes de las múltiples Comisiones de Implementación de las Cortes Superiores en donde el NCPP ya se encuentra en vigor,<sup>6</sup> relatan, junto con los beneficios de la reforma, los comunes problemas presupuestarios y de gestión para una adecuada ejecución de los planes de implementación, o la necesidad de advertir que el NCPP incluye normas de reminiscencia inquisitorial que es necesario reformar porque favorecen el procedimiento escrito en perjuicio de la oralidad. No es por ello extraño que los trabajos empíricos planteen la necesidad, por ejemplo, de reformar en el más breve plazo las normas del NCPP que se oponen la oralidad.<sup>7</sup> Mientras tales reformas no se materialicen, se ha propuesto la difusión, como buenas prácticas, del control difuso de aquellas normas lesivas de la oralidad de modo que el juez privilegie la oralidad como principio derivado directamente de la Constitución.<sup>8</sup> En el plano de la

---

5 Ibid., p. 16.

6 La mayoría pueden verse en [www.pj.gob.pe](http://www.pj.gob.pe)

7 BURGOS ALFARO, cit., pp. 161-163, plantea la revisión de aquellas normas que permiten al juez resolver fuera de una audiencia, en particular los arts. 8.4, 345.3, 352.1, 354.1, 468.5, 480.1, 274.2, 279.2 y 296.4. Para VÉLEZ FERNÁNDEZ, cit., p. 20, es necesario un Proyecto de Ley *“que modifique y/o derogue los artículos 136, 361, 383, 385 y 420 entre otros que colisionan con la oralidad, pues se refieren a prueba de oficio, formación de expedientes, transcripción de audio y lectura de piezas”*.

8 VÉLEZ FERNÁNDEZ, cit., p. 19, sostiene que, para fortalecer la oralidad, es necesario *“difundir las buenas prácticas de aquellos distritos judiciales en los que se está haciendo control difuso, haciendo prevalecer las disposiciones del Título Preliminar sobre los artículos contradictorios del NCPP. Por ejemplo en Trujillo y Arequipa, no se cosen expedientes, el magistrado resuelve en la misma audiencia oralmente,*

coordinación institucional, se ha planteado llevar a cabo reuniones plenarias para acordar criterios de gestión y esas buenas prácticas que privilegian la oralidad.<sup>9</sup>

5. Pero no asistimos a un prematuro debilitamiento de la oralidad, sino ante una práctica que no ha ganado el espacio suficiente en la reforma procesal penal, pues no cabe duda que la oralidad es un desafío vinculado con un cambio cultural.<sup>10</sup> La oralidad implica una verdadera vocación de renuncia al expediente, la convicción de que el único medio a través del cual deben tomarse las decisiones más importantes del proceso,<sup>11</sup> es sometiendo a debate público los argumentos de las partes, esto es, “*la oralidad es el método de producción de información esencial en la nueva labor jurisdiccional*”.<sup>12</sup> En ese contexto, como es evidente, una reforma parcial o plena de la nueva legislación procesal, no es siquiera una condición necesaria para darle vida a la oralidad, los jueces, vía la interpretación, la analogía o, de ser el caso, el control difuso, tienen el poder necesario para doblegar cualquier sentido de la ley que conspire contra la oralidad. No puede en consecuencia derivarse al legislador la solución de un

---

sin necesidad de leer el expediente antes de resolver o de entrar alguna audiencia previa al juzgamiento o en el mismo. También en Trujillo se utilizan los formatos para consignar los datos necesarios antes de la realización de la audiencia en los juzgados de investigación preparatoria” (sic).

- 9 Ibid., pp. 19-20, es necesario “*promover una reunión a nivel nacional (una especie de pleno) de los magistrados que aplican el NCPP para que unifiquen criterios y se puedan difundir las buenas prácticas de TRUJILLO y AREQUIPA a los otros distritos judiciales. Así, para demostrar las ventajas de trabajar con la menor cantidad de papel posible, se podrían difundir por ejemplo: Los indicadores de gestión. La efectividad en las audiencias (programación, tiempo de duración). El ahorro de recursos materiales, evitando tiempos muertos y mayor productividad del trabajo de los asistentes judiciales. El desarrollo del criterio del magistrado para resolver en la audiencia y una mejor gestión en la disponibilidad de su tiempo, pues al resolver en la misma audiencia, ésta se vuelve más dinámica y no requiere reprogramación ni recesos, lo que le permite al magistrado, tener una agenda más manejable, evitar cruces y frustración de audiencias, así como evitar la sobrecarga laboral, resolviendo los casos con mayor eficacia y celeridad, que le permitiría al Poder Judicial mejorar su imagen ante la sociedad peruana*”.
- 10 PONCE CHAUCA, cit., p. 67.
- 11 Como pone de relieve BURGOS ALFARO, cit., pp. 127-132, el *Reglamento General de Audiencia* establece hasta 80 casos, previstos en el NCPP, en los que debe instalarse una audiencia.

problema que, como se ha advertido, forma parte de nuestra cultura judicial. A su turno, el necesario afianzamiento de una adecuada gestión de los recursos judiciales a fin de disponerlos o ponerlos al servicio de la oralidad, se erigen apenas como una condición necesaria, pero insuficiente para garantizar el éxito de la oralidad.

6. ¿Es la enseñanza del Derecho un mecanismo idóneo para gestar o apoyar el cambio de una cultura judicial del expediente escrito a la oralidad? Una respuesta positiva a esta cuestión ha sido dada, en el plano general, en nuestro país por lo menos desde 1968.<sup>13</sup> Como concluyó DE TRAZEGNIES GRANDA, ya en 1973: “*La enseñanza es más bien cuestionamiento, es revisión de información a la luz de los verdaderos problemas que la praxis social plantea al abogado; en ese sentido, la enseñanza no consolida sino subvierte.*”<sup>14</sup> No es por ello novedoso que en la actualidad la mayoría de las Escuelas de Derecho en nuestro país,<sup>15</sup> e incluso, los propios órganos de capacitación oficial de los operadores de justicia,<sup>16</sup> asumen como punto de partida que la capacitación tiene como objetivo principal la adquisición de destrezas por parte del alumno a fin de que éste logre la capacidad necesaria para desempeñar el rol privado o público que la sociedad, como operador del Derecho, le demanda. GONZÁLES MANTILLA sintetiza esta premisa cuando sostiene que:

“La enseñanza del Derecho en líneas generales busca proveer herramientas, afinar destrezas y propiciar competencias, identificadas por una perspectiva comprensiva y un discurso útil

- 
- 12 Corte Superior de Justicia de la Libertad. Comisión de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Informe de seguimiento: un año de aplicación del Nuevo Código Procesal Penal. TRUJILLO, 1.4.08, p. 13.
- 13 PASARA, LUIS. *Derecho y sociedad en el Perú*. Lima, El Virrey, 1988, pp. 235 y ss., refiriéndose al proyecto de cambio en la enseñanza del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, apoyado por la Fundación Ford en enero de 1968.
- 14 DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. “La enseñanza del Derecho como actividad subversiva”. En: *Derecho y Sociedad* No. 4, 1991, p. 39.
- 15 RUBIO CORREA, MARCIAL. *Ideas sobre qué es aprender (y enseñar) Derecho en un pregrado*. Lima, PUCP, 2001, pp. 35 y ss.
- 16 Vid. por ejemplo que ya en julio de 1998, la Academia de la Magistratura asumió esta metodología, como se expone en el material del “Módulo instruccional para la capacitación de formadores”, *passim*.

para justificar el quehacer de los abogados, el cual es fácilmente reconocible como instrumento básico para la construcción de intereses y posiciones de poder ‘legítimos’ en la sociedad.”<sup>17</sup>

7. En este contexto ideológico es fácilmente comprensible que, para implementar la oralidad, se ponga un énfasis importante en la capacitación de los operadores, tanto de jueces y fiscales como de los abogados, públicos y privados.<sup>18</sup> Sin embargo, no se acaba de entender los motivos por los cuáles la capacitación en torno a la oralidad deba reducirse a las técnicas de litigación oral.<sup>19</sup> Es más, una revisión somera de los principales programas de capacitación sobre el NCPP a cargo de las entidades públicas<sup>20</sup> y privadas que participan acti-

17 GONZÁLES MANTILLA, GORKI. “La enseñanza del Derecho en el Perú: cambios, resistencias y continuidades.” En: *Derecho* No. 56, 2003, p. 889.

18 Tempranamente, ORÉ GUARDIA, ARSENIO. A 100 días de la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal. Discurso. INCIPP, Lima 24-10-06, p. 11. PONCE CHAUCA, cit., p. 74. VÉLEZ FERNÁNDEZ, cit., p. 20.

19 “Este horizonte de retos y compromisos exige un cambio en los programas de capacitación, pues el éxito de la reforma dependerá, en gran medida, de la formación de los operadores penales. La capacitación demanda el conocimiento de las técnicas de litigación y sobre todo el aprendizaje y desarrollo de habilidades propias del debate oral. Adquirir y desarrollar las habilidades necesarias para una participación adecuada en el juicio implica tener una base teórica sobre las reglas de la litigación oral y sobre todo la aplicación real de dichas reglas” (ORÉ GUARDIA, ARSENIO. “Presentación”. En: BAYTELMAN A., ANDRÉS y MAURICIO DUCE J. *Litigación penal juicio oral y prueba*. Lima, INCIPP, 2005, p. II). “también es importante realizar cursos de capacitación en litigación oral con ponentes nacionales y extranjeros, simulaciones de casos, a los que asistan todos los operadores involucrados en la reforma, inclusive la Policía Nacional” (VÉLEZ FERNÁNDEZ, cit., p. 20). “A pesar de los esfuerzos de capacitación realizados por las instituciones y por los propios actores, los conocimientos y habilidades de los jueces, fiscales y defensores (públicos y privados) requieren ser reforzados en técnicas de litigación oral y en el manejo de las facultades y herramientas que, según sus respectivos roles, el CPP le otorga a cada actor” (PONCE CHAUCA, cit., p. 74).

20 Vid. por ejemplo, los proyectos de capacitación de la Academia de la Magistratura ([http://www.amag.edu.pe/nuevo\\_codi\\_proc\\_pen\\_.html](http://www.amag.edu.pe/nuevo_codi_proc_pen_.html)), la Escuela del Ministerio Público ([http://www.mpfm.gob.pe/escuela/sec\\_actividades.php?comando=606](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/sec_actividades.php?comando=606)) y el Ministerio de Justicia (<http://www.minjus.gob.pe/cpp/planintegral.pdf>)

vamente en la implementación de la reforma, parecen expresar que las competencias necesarias para las audiencias en general, y para la etapa de juzgamiento en particular, giran esencialmente en torno a la litigación oral, afianzándose con ello la idea de que “el mejor abogado” o “el mejor fiscal”, desde la perspectiva de la oralidad, es el que tiene mayores destrezas para la litigación oral, y “el mejor juez” es el que arbitra imparcialmente ese escenario de contradicción y adversariedad sin recurrir para ello a un expediente con documentos y escritos, y toma las decisiones respectivas sobre la libertad o el arresto del imputado o sobre la condena o absolución casi de forma automática y simultánea al último acto de contradicción suscitado en la audiencia.

### §3. TEORÍA DEL DELITO Y ORALIDAD

8. Pero la difusión y el conocimiento del “arte”, la “ciencia” o la “técnica” de la litigación oral<sup>21</sup> es un componente sin duda necesario para la vigencia de la oralidad, pero insuficiente para que ésta, la oralidad, logre todos sus fines. Desde una perspectiva político criminal, el NCPP no sólo persigue la instauración de un sistema más eficiente, es un instrumento normativo:

“Cuyo fin último es lograr el equilibrio de dos valores trascendentales: seguridad ciudadana y garantía. Es decir, por un lado dotar al Estado de las herramientas necesarias para que cumpla con su obligación de llevar adelante un proceso rápido y eficaz (...) y, de otro lado, que la imposición de una sentencia se efectúe con irrestricta observancia de las garantías que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que norman un procedimiento penal en un estado democrático.”<sup>22</sup>

Acorde con ello, la oralidad no se agota en la eficiencia del sistema, persigue, además, una mejora sustancial en la calidad

21 Por mencionar las tres conceptualizaciones comúnmente usadas en nuestro medio para referirse a lo que, en sentido estricto, es una técnica de comunicación judicial.

22 Comisión de Alto Nivel-Código Procesal Penal (D.S. No. 005-2003-JUS). Anteproyecto de Código Procesal Penal. Lima, abril de 2004, p. 13 (exposición de motivos).

del servicio judicial de modo que las decisiones jurisdiccionales no sólo deben ser rápidas y emanadas en el marco de un contradictorio e igualdad de armas, sino además acordes con las garantías penales que emanan de la Constitución y las normas supranacionales. Como señala uno de los documentos oficiales de la reforma, la oralidad persigue “una mejor toma de decisiones jurisdiccionales”, “una mayor calidad de las sentencias y decisiones en general”, “el carácter público de las audiencias promueve una mayor transparencia en el actuar de los operadores de justicia penal y, además, contribuye efectivamente con la propia legitimación del Sistema de Justicia Penal, haciendo de la ciudadanía un fiscalizador adicional de la calidad del servicio brindado”.<sup>23</sup>

9. Esta orientación garantista está especialmente olvidada en el proceso de implementación del NCPP. El estudio, el aprendizaje de la oralidad suele agotarse, al menos en nuestro medio, en la adquisición de habilidades para enfrentar eficientemente la audiencia, por ejemplo, cómo examinar y contraexaminar a un testigo o perito, los tipos de objeciones, el contenido de los alegatos preliminar y final, etc. La capacitación no suele extenderse al uso y manejo, en juicio o en las audiencias en general, de las herramientas propias de la dogmática penal, argumentos como la imputación objetiva, la prueba del dolo o la culpa, la responsabilidad por organización, la autoría mediata, la peligrosidad de la persona jurídica o las condiciones de imputación subjetiva del imputado, son casi inexistentes en el estudio de la litigación oral. Con ello, tanto la capacitación como la puesta en práctica de lo aprendido en las audiencias judiciales, suelen reducir la oralidad y el debate contradictorio prácticamente a las cuestiones fácticas del caso, a una presentación ordenada, coherente y persuasiva de los hechos, como si de ellos pudiera deducirse directamente, y sin mayor argumentación, las consecuencias jurídicas del caso.<sup>24</sup> Y

23 Ministerio de Justicia. *Informe Anual de la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Huaura*. Lima, 2008, p. 33.

24 Durante mis visitas de 3 y 4 de mayo de 2010 al Centro de Justicia de Santiago, en el marco del Curso referido en la nota \* de esta presentación, me llamó especialmente la atención que en las audiencias relativas a la prisión preventiva que presencié, no existiera una mínima discusión dogmático procesal, por parte de la Fiscalía o la defensa, en torno a la concurrencia o no de las exigencias legales para la detención, limitándose la audiencia a una presentación de los hechos del caso como único



esto, que duda cabe, empobrece los resultados de la oralidad, la decisión judicial no necesariamente es acorde, o lo es solo en parte, con las premisas más elementales del Derecho Penal material, no existe una garantía de decisiones suficientemente motivadas en torno al Derecho aplicable, perdiéndose con ello uno de los objetivos centrales de la reforma, cual es garantizar un juicio justo, con decisiones razonables, que eleven la calidad del servicio de administración de justicia.

10. Con todo, los manuales de litigación oral no pueden reemplazar sino complementar el estudio y aplicación en simultáneo de la dogmática penal,<sup>25</sup> la jurisprudencia, los principios básicos del proceso penal. Con ello, el mejor fiscal ya no será el que logre mayores condenas o terminaciones anticipadas, y el mejor abogado no será el que tenga mayor capacidad de persuadir al Tribunal sobre su verdad en cuanto a los hechos y el resultado del proceso que persigue. Una buena teoría del caso no se agota en una visión sobre los hechos y el modo de probarlo, debe igualmente contener una visión clara de las instituciones dogmáticas aplicables y sus consecuencias. De este modo, el estudio, la capacitación, el aprendizaje de la litigación debe ir de la mano, indisolublemente con el conocimiento de la dogmática penal. Como esboza GARCÍA CAVERO, el manejo de la dogmática no es sólo útil para mejorar la calidad del debate y del resultado del juicio sino que sirve para el manejo eficiente, incluso en términos de gestión procesal, de las etapas previas al juicio en que el fiscal debe seleccionar en qué casos corresponde o no efectuar diligencias preliminares o qué hechos debe probar durante la investigación preliminar por

---

preámbulo a la decisión judicial. Del mismo modo, en dos audiencias de alegatos finales, una sobre tráfico de drogas y otra sobre hurto de energía eléctrica, donde precisamente se discutía la inocencia o culpabilidad del imputado, ninguna de las partes argumentó jurídicamente sobre las condiciones de atribución del injusto culpable al imputado o la individualización judicial de la pena.

- 25 Los propios manuales de litigación oral, *aunque no estoy seguro si con la fuerza necesaria*, suelen llamar la atención sobre la necesidad de dotar de contenido jurídico-penal o dogmático a las premisas fácticas de la teoría del caso, Vid. por ejemplo BLANCO SUÁREZ, RAFAEL y otros. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Santiago de Chile, Lexis Nexis 2005, p. 27, ítem c de la teoría del caso. Similar, BAYTELMAN A., ANDRÉS y MAURICIO DUCE J., cit., p. 104, “*la teoría del caso depende en primer término del conocimiento que el abogado tenga acerca de los hechos de la causa. Además, va a estar determinada también por las teorías jurídicas que queramos invocar a favor de nuestra parte*”.

ser penalmente relevantes, y en contrapartida sobre qué aspectos fácticos y jurídicos de la imputación debe versar la defensa, incluso la pretensión de que el juez tome una decisión inmediata en la audiencia, conforme a la oralidad, demanda del mismo un conocimiento dogmático solvente.<sup>26</sup> Es más, en un momento central del proceso como la etapa intermedia, cuya función en términos de gestión es regular la carga procesal,<sup>27</sup> mantener la acusación fiscal o revertir un pedido de sobreseimiento depende en extensa medida de la capacidad de solventar dogmáticamente la imputación o el descargo.

No se trata, en consecuencia, de conocer las mejores estrategias para convencer al juez de una verdad, sino de convencerlo, además, de una verdad que tiene claras consecuencias jurídicas, previamente razonadas, diseñadas y estructuradas. La persuasión aséptica, sin un contenido valorativo, es la herramienta ideal para que el culpable con una defensa persuasiva pase por inocente, o, lo que es peor, para que un inocente, con una mala defensa, como lamentablemente suelen soportar los pobres en nuestros países, deba conformarse con una terminación anticipada o una condena en un juicio donde no pudo persuadir a nadie de su inocencia.

11. La sofística, es, como se definió en la filosofía antigua, “*la ciencia del que no sabe*”.<sup>28</sup> El verdadero éxito de la reforma procesal penal, y de la oralidad en particular, depende entonces del esfuerzo integrador que deben realizar de inmediato, y sin más, los actores del proceso penal y los órganos de capacitación oficiales y privados, en especial las universidades, por superar esa injustificada escisión entre el estudio del Derecho penal y el Derecho procesal penal,<sup>29</sup> dotándose a la audiencia y al juicio de un verdadero contradictorio sobre las consecuencias político criminales de la dogmática aplicable a los hechos del caso. El reto de la capacitación para la litigación oral pasa entonces por la capacitación en dogmática penal. La litigación en oralidad, como demanda la Constitución, encuentra en la dogmática penal la herramienta más poderosa para el mejoramiento del debate y los resultados del juicio en el nuevo proceso penal.

26 Similar, GARCÍA CAVERO, PERCY. “La teoría del delito en el nuevo proceso penal”. En: *Revista Jurídica del Perú* No. 100, junio 2009, pp. 290-291.

27 DEL RÍO LABARTHE, GONZALO. *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Lima, Ara 2010, p. 23.

28 Como se detalla en los múltiples diálogos de SÓCRATES y PLATÓN.

29 RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN. “Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada”. En: *Anuario de Derecho Penal*, 2004, pp. 129 y ss.

# LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL

DINO CARLOS CARO CORIA\*

## I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Como ha destacado ROXIN, “¡el Derecho Procesal Penal es el sismógrafo de la Constitución Política del Estado!”.<sup>1</sup> Por ello es frecuente que en los textos se empleen conceptos como “derechos fundamentales”, “derechos fundamentales procesales”, “derechos humanos”, “principios procesales”, “libertades públicas”, “garantías institucionales”, entre otros conceptos, para referirse por lo general a lo mismo: las garantías procesales penales constitucionalizadas. Si bien no interesa efectuar un deslinde terminológico de los conceptos aquí involucrados, se podría decir, en el plano general, conforme señala ORÉ GUARDIA, que los “derechos son las facultades que asisten al individuo para exigir el respeto o cumplimiento de todo cuanto se establece y reconoce en su favor en el ordenamiento jurídico vigente. Por su parte, las libertades abarcan un campo más amplio que el de los derechos, y su esencia es fundamentalmente política. Finalmente, las garantías son el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales, e incluso del aparato estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento”.<sup>2</sup> Es perentorio mencionar que dichas garantías actúan como un plexo garantista que se contrapone al deplorable hecho de que el inicio del proceso penal por parte

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa ([www.cedpe.com](http://www.cedpe.com)). Socio Fundador de Caro & Asociados ([www.ccfirma.com](http://www.ccfirma.com)).

1 CLAUS ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, 25a. ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 10.

2 ARSENIO ORÉ GUARDIA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., Ed. Alternativas, Lima, 1999.

del juez traslada —al menos externamente— la presunción de culpabilidad hacia el debate principal.

Por su parte, GÓMEZ COLOMER señala que: “*los derechos fundamentales pueden ser, y de hecho son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institucionales o principios procesales*”. Y, agrega que: “*los derechos fundamentales procesales, entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas reconocidos por la Constitución y que tienen aplicación en el proceso penal*”.<sup>3</sup>

En Alemania, LÜBBE WOLFF<sup>4</sup> expone que los derechos fundamentales tienen un solo contenido prefigurado de forma completa y definitiva por la Constitución, y que el legislador en ningún caso puede restringir. De este modo, el mínimo de los derechos consiste en la totalidad de su contenido, que se interpreta estrictamente desde el principio, es en este extremo el considerar también un principio de prohibición legislativa de protección deficiente (*Untermaßverot*) de derechos fundamentales.

De lo expuesto, se puede advertir que sea Derecho Fundamental Procesal, derecho humano, libertades públicas o garantías institucionales, la observancia y respeto de los mismos dentro del proceso penal es vital para la vigencia de un Estado democrático y de Derecho.<sup>5</sup> Por tanto, por “garantías constitucionales del proceso penal” debe entenderse el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, *lato sensu* por los Tratados Internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada “búsqueda de la verdad material” y “los derechos fundamentales del imputado”.

3 JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996.

4 LÜBBE WOLFF. Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden, Baden, Nomos, 1988, p. 79.

5 Esta exigencia postulada por el principio del Estado de Derecho fue reconocida y manifestada expresamente por vez primera por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) mediante su decisión del 15 de diciembre de 1965, al referirse: “(...) Mientras el principio del Estado de Derecho cuente ampliamente con la idea de la justicia como su componente integral, también exigirá que se conserve un derecho eficaz sin el cual no se podrá procurar justicia (...)” en KARL HEINZ GÖSSEL, *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, 1a. ed., Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina 2007, p. 29.

Precisamente, esta necesidad de que el Estado vele por el respeto y protección de los derechos fundamentales del imputado, obliga a que se defina en la Constitución, en tanto Ley Fundamental que fija las condiciones mínimas de actuación pública y privada, los límites del ejercicio del poder estatal. Como quiera que en el proceso penal, esta necesidad es más imperiosa, la tendencia es fijar en la Constitución, las reglas mínimas de un debido proceso penal, es decir, como afirma BINDER, “un diseño constitucional del proceso penal”.<sup>6</sup>

Si lo decimos con lo postulado por ALEXI,<sup>7</sup> los derechos fundamentales establecen en un primer orden lo “constitucionalmente necesario” (los mandatos) y en un segundo orden lo “constitucionalmente imposible” (las prohibiciones) y deparan al legislador el extenso campo de lo “constitucionalmente posible” (lo permitido), interpretando estos postulados BERNAN PULIDO<sup>8</sup> menciona que lo “constitucionalmente imposible” es aquello que se deriva de la fase negativa de los derechos fundamentales entendidos como garantías procesales, y consiste en la prohibición de que la ley penal intervenga arbitrariamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la libertad personal y en los demás derechos del ciudadano. Lo “constitucionalmente necesario” es aquello que ordenan los derechos de protección, es decir, que los bienes más valorados del individuo sean protegidos por el legislador de manera eficaz y suficiente contra las intervenciones del Estado y de otros particulares. Y en último lugar lo “constitucionalmente posible” es aquello que tiene cabida dentro de los campos de acción del legislador, aquello que no está decidido ni prefigurado por la Constitución, el espacio que se le abre como abanico a la política criminal y punitiva.

## II. FUNCIÓN DE EQUILIBRIO DE INTERESES Y DE LIMITACIÓN DEL PODER ESTATAL

El proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que como se ha revelado anteriormente, buscan no sólo

6 ALBERTO BINDER, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 67 y ss.

7 R. ALEXI. *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, C. BERNAL PULIDO (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 66, 2002, p. 21.

8 BERNAL PULIDO, “El principio de proporcionalidad de la legislación penal” en: *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado, 2005, pp. 115-146

otorgar al procesado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre “la búsqueda de la verdad material” y los “derechos fundamentales del imputado”, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no puede ser ajena a una justicia penal contemporánea. Este conflicto de intereses se presenta, por ejemplo, cuando existe la necesidad de implementar procedimientos más eficaces de persecución penal ante la gravedad que revisiten ciertas conductas delictivas, pero cuya legitimidad puede relativizarse. En el Perú, es el caso de la legislación procesal para la persecución del terrorismo y lo que antes se llamaba “traición a la patria”, y a la que puede añadirse en general todo el régimen procesal propio, en palabras de JAKOBS, del Derecho Penal del Enemigo o del crimen organizado,<sup>9</sup> esto es para enfrentar por ejemplo el narcotráfico o ahora los delitos de corrupción, donde se han instaurado una serie de reglas procesales cuya eficacia no se discute, pero cuya legitimidad no es materia de consenso y que se consagran incluso en textos supranacionales como la Convención Interamericana Contra la Corrupción o la reciente Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, ambas ratificadas por el Estado peruano.

En este contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como un límite y marco de actuación de la justicia penal, de ahí que resulte de suma importancia relevarlas y ajustarlas a las exigencias de la sociedad moderna. Básicamente, todo sistema procesal penal reconoce dos bloques de garantías procesales: las genéricas y las específicas. Dentro de las primeras se encuentran: el derecho a la presunción de inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y el debido proceso. Dentro de las segundas, se encuentran aquellas garantías derivadas de las genéricas y que tienen un ámbito propio de protección: igualdad de armas, igualdad ante la ley, inmediación, inviolabilidad de domicilio, el derecho a un juez natural, prohibición de valoración de prueba prohibida, etc.

### III. GARANTÍAS PROCESALES GENÉRICAS

Se denomina garantías procesales genéricas a “aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal”. Se trata de reglas

9 Esto es, un Derecho Penal que concibe al autor tan sólo como fuente de peligro o como enemigo del bien jurídico tutelado, así en cuanto al *das Feindstrafrecht*, GÜNTHER JAKOBS, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en *ZStW*, No. 97/1985, p. 753, oponiendo la idea de un Derecho Penal del Ciudadano (*das bürgerliche Strafrecht*) que optimiza la esfera de libertad (p. 756).

constitucionales que no restringen sus efectos a determinados momentos o actos del proceso penal, sino que proyectan su fuerza garantista a todos los momentos por los que pasa el desenvolvimiento del proceso, es decir, desde la fase preliminar o prejudicial, pasando, según el caso, por las fases de instrucción, intermedia y juicio oral, hasta concluir la fase impugnatoria, es decir hasta la conclusión del proceso penal. En algunas ocasiones refuerzan el contenido de las garantías específicas y, en otras, incluyen determinadas garantías que no fueron formalmente incorporadas en la Constitución.<sup>10</sup>

### III.1 Derecho a la tutela judicial efectiva

Los alcances de esta garantía, de reconocimiento constitucional en la mayoría de sistemas procesales penales de la región y del mundo —aunque en algunos dentro de la garantía al debido proceso—, no es un tema zanjado ni pacífico. Es así, que en algunas oportunidades se ha señalado que definir en forma más o menos precisa la garantía de la tutela judicial efectiva en el Derecho español es muy difícil, porque son tantos los aspectos que se han estimado amparados en ella, que bien se podría decir que la cobertura que presta es casi ilimitada; que su vitalidad es tan extraordinaria que prácticamente todo el esquema de garantías constitucionales podría construirse sobre ella.

Así se tiene que para SAN MARTÍN CASTRO, su debida conceptualización exige una conceptualización amplia, por lo que, de este modo, es de afirmar que se trata de un derecho-garantía que incumbe desarrollar al legislador —sin que le sea dable instituir normas excluyentes de la vía jurisdiccional [De La Oliva]— y aplicar al juez, que tiene un contenido complejo, de carácter prestacional y de configuración legal —aunque limitado y controlable jurisdiccionalmente—, predicable de todos los sujetos jurídicos, y que consiste en el derecho a un proceso —de acceso a la justicia, tanto a quien ha pretendido la tutela, iniciando un proceso, como a quien se defiende frente a esa pretensión— y, salvo el incumplimiento de presupuestos y requisitos procesales, a una sentencia sobre el fondo,

---

10 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Lima, 2015, p. 89.

fundada en Derecho, y plenamente ejecutable, para hacer efectivos los derechos subjetivos y los intereses legítimos, de naturaleza sustantiva.<sup>11</sup>

En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional peruano, aunque no de manera expresa, ha señalado que un mecanismo de protección de la tutela judicial efectiva, está configurado por las acciones de garantía constitucional —acciones de amparo y de *habeas corpus* en particular— que constituyen medios procesales constitucionales para la defensa y vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal. Así, el supremo intérprete de la Constitución ha establecido que:

“Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recordar que, en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida y, por tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas ‘desde’ y ‘conforme’ con la Constitución. Una interpretación ‘desde’ la Constitución de aquellos dispositivos de las leyes Nos. 23506 y 25398 no puede obviar que la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el *hábeas corpus*, el amparo o el *hábeas data*, nuestra Carta Magna ha reconocido el Derecho (Subjetivo-Constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales. El reconocimiento de este derecho no sólo exige el respeto de los poderes públicos, sino, además, se configura como una garantía institucional del Estado Constitucional de Derecho, por cuanto la condición de norma suprema de la Constitución y la necesidad de su defensa opera tanto en el

---

11 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Lima, 2015, p. 108.



proceso de producción jurídica de las fuentes formales del derecho como ante todos los órganos estatales e, incluso, ante los privados, cualquiera sea el tipo, la calidad o naturaleza de los actos que puedan practicar. Y es que el reconocimiento de los derechos fundamentales y el establecimiento de mecanismos para su protección constituyen el supuesto básico del funcionamiento del sistema democrático” (STC No. 1230-2002-HC/TC).

Con posterioridad el Tribunal Constitucional peruano fue más específico aún, al señalar expresamente que la tutela judicial efectiva es un “(...) derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no, acompañarle a su petitorio (...)”. Agrega en este mismo sentido el Tribunal Constitucional que: “(...) en un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente, mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no sólo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sentada dosis de eficacia” (STC No. 763-2005-PA/TC, f.j. 6. Siguiendo la línea interpretativa del Tribunal Federal Constitucional Alemán —1 BvR 1634/04—).

Ahora bien, sin desconocer la amplitud y riqueza de esta garantía, su núcleo esencial está contenido, como señala ASENCIO MELLADO, en cuatro pilares:<sup>12</sup>

**a) *Derecho de libre acceso a la jurisdicción***

Aun cuando no aparezca reconocido de modo explícito, el derecho a la tutela judicial comprende el derecho de acceso a la justicia, como condición *sine qua non* para obtener tutela judicial efectiva. Mediante este derecho

12 JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 188.

se garantiza al individuo la posibilidad de acceder al proceso jurisdiccional, promoviendo o solicitando su inicio, ante el órgano legalmente competente, o concurriendo válidamente al proceso ya iniciado, en los casos en que tuviere algún interés en la resolución jurídica del mismo (en los casos del imputado o el tercero civil).

En el proceso penal este derecho se tiene que apreciar necesariamente desde las posibilidades de acceso real a la jurisdicción del propio imputado; así como, del actor civil y del tercero civilmente responsable. Para cada uno de estos sujetos procesales —no importando que se trate de un sujeto contingente o no necesario— se deben de prever las vías legales para una efectiva garantía de su derecho de acceso a la jurisdicción.

En cuanto al imputado, se debe garantizar que acceda al proceso jurisdiccional (e incluso, en los momentos previos, en el policial y fiscal) como una efectiva parte de éste, con los derechos y deberes que fluyen de su condición de sujeto procesal. Esta garantía comporta necesariamente la superación definitiva de la concepción inquisitiva que entendía al procesado como un mero objeto de investigación, frente al cual, incluso, estaba permitido el secreto de la instrucción.

En lo que respecta a la víctima, aunque generalmente el derecho de acceso a la justicia presenta la particularidad de que es el Ministerio Público el que tiene la exclusividad para promover la acción penal; sin embargo, ello no obsta para que los ciudadanos tengan el derecho a formular denuncias y que si el fiscal las rechaza puedan instar el control jerárquico del superior. Una vez promovida la acción penal, los agraviados están autorizados a constituirse en parte civil, sin perjuicio que decidan —sin condicionamiento alguno— acudir a la vía civil interponiendo una demanda de indemnización. En suma, si bien la víctima no está legitimada para reclamar la imposición de una pena al presunto delincuente, sí lo está para acudir directamente al órgano judicial a fin de obtener una indemnización.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>13</sup> se ha pronunciado en diferentes sentencias sobre el derecho de libre acceso a la jurisdicción plasmado contra los costos de oportunidad inmersos en el inicio de un proceso, un claro ejemplo es el Caso Cantos. Sentencia del 28 de noviembre de 2002:

---

13 Véase también la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-11/90 del 10 de agosto de 1990 y la OC-8/87 del 30 de enero de 1987.

“(...) esta Corte considera que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho (...) Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales (...)”.<sup>14</sup>

Por otro lado, aunque el Tribunal Constitucional no cuenta con vastos pronunciamientos respecto a esta garantía, podemos destacar los siguientes:

“(...) En efecto, el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 139 3, de la Constitución, como todo derecho fundamental, es un derecho relativo y, en su caso, específico, de configuración legal, toda vez que el acceso al proceso y el derecho a la expedición de una sentencia sobre el fondo de la cuestión, se encuentran condicionados, entre otros factores, a la existencia de legitimidad e interés para obrar, (...)”. (STC No. 0009-2004-AI/TC, f.j. 8.).

“(...) el acceso a la justicia en cuanto manifestación de la tutela judicial efectiva es, por otra parte, un derecho de configuración legal, toda vez que el acceder a un proceso está condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley especial de la materia. (...). En efecto el acceso a la justicia no es un derecho absoluto que faculte al justiciable para imponer las condiciones que a su juicio resultan viables para tramitar sus pretensiones (...)”. (STC No. 00044-2012-AI/TC, f.j. 6-7).

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párrafos 54 y 55.

**b) *Derecho de libre acceso al proceso en las instancias reconocidas***

Conforme ha sido concebida en la doctrina jurisprudencial constitucional española, esta consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva constituye una mera continuación del derecho de acceso al proceso. Esta garantía se refiere a la posibilidad que deben tener las partes de acceder a los recursos e instancias correspondientes en tanto se encontraran legalmente previstas.

No obstante, esta garantía no debe entenderse como un derecho a la pluralidad de instancias, sólo constituye un derecho a acceder a las instancias —por ende al recurso que la posibilita— ya legalmente previstas.<sup>15</sup> El Tribunal Constitucional en esta misma línea estableció que:

“(...) El derecho de acceso a los recursos en tanto derecho de configuración legal, corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que éstos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir. Su contenido constitucionalmente protegido garantiza que no se establezca y aplique condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionadamente su ejercicio.” (STC Exp. No. 5194-2005-PA/TC, fundamento 5, con el mismo criterio STC Exp. 05019-2009).

**c) *Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso***

Los derechos de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en sus instancias reconocidas perderían razón de ser, en cuanto partes integrantes del su-

15 El denominado derecho de acceso a los recursos se deriva de la normatividad internacional, *ergo* se encuentra previsto en el literal h del artículo 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que establece que: (...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Del mismo modo, conforme al inciso quinto del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “(...) Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley (...)”.

perior derecho a la tutela judicial efectiva, si el sujeto no tuviera también el derecho a una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso. De nada serviría que se le haya permitido al sujeto comparecer al proceso, en sus instancias legalmente previstas, si no se prevé también un derecho para que el órgano jurisdiccional no pueda eludir dar la respuesta jurídica cuya búsqueda dio origen al proceso o dé una que resulte siendo ambigua.

Sin embargo, no es cualquier respuesta la que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que es necesario que ésta, además de ser clara, deba encontrarse debidamente motivada, tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica. Este derecho a la motivación de la resolución que ponga fin al proceso se encuentra incluido también en la garantía procesal específica de motivación de resoluciones jurisdiccionales.

Al respecto, el supremo intérprete de la Constitución ha precisado los alcances del derecho a obtener una resolución fundada en derechos, en los siguientes términos:

“El derecho constitucional a obtener una resolución fundada en derecho, establecido en el artículo 40. del Código Procesal Constitucional, es un componente del derecho al debido proceso (sustantivo), reconocido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución. El derecho a una resolución fundada en derecho garantiza el derecho que tienen las partes en cualquier clase de proceso o procedimiento a que la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las normas vigentes y pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, de modo que la decisión en ella contenida sea una conclusión coherente y razonable de tales normas.

Ello implica que los órganos judiciales ordinarios deben fundar sus decisiones interpretando, aplicando o sin dejar de aplicar el conjunto de normas pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, y desechar las normas derogadas, las incompatibles con la Constitución o las impertinente para dilucidar el asunto. Ahora bien, como es evidente, no todo ni cualquier acto de interpretación, aplicación o inaplicación del derecho por el órgano judicial supone automáticamente una afectación del derecho a obtener una resolución fundada en derecho. Para ello es necesario que exista o se constate un agravio que en forma directa y manifiesta compro-

meta seriamente este derecho, de modo tal que lo convierta en una decisión judicial inconstitucional.” (STC No. 03238-2013-PA/TC, f.j. 5.3.2.).

Cabe precisar que un problema especial y común en nuestros sistemas jurídicos es el relativo a la fundamentación de la penas y demás consecuencias jurídicas. Y es que, como señala PATRICIA ZIFFER, la fundamentación de una sentencia condenatoria no se agota en la atribución del hecho culpable a una persona sino que se extiende a la motivación de la decisión sobre la pena que se impone y su modo de ejecución.<sup>16</sup>

**d) *El derecho a la efectividad de la tutela judicial (derecho a la ejecución)***

Finalmente, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se complementa con el derecho que se tiene a que la resolución que pone fin al proceso pueda ser operativizada en la realidad. De nada serviría permitir el acceso al proceso y lograr la obtención de una resolución que le ponga fin de forma favorable, si es que el pronunciamiento judicial queda sólo en eso, un pronunciamiento, y no puede conseguir virtualidad en la vida social.

Como señala SAN MARTÍN CASTRO: *“las resoluciones judiciales firmes no son meras declaraciones de intenciones, sino que es necesario que se ejecuten obligatoriamente, inclusive de modo coactivo en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ella.”*<sup>17</sup> Este derecho encuentra *de lege lata* un reconocimiento constitucional en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Adicionalmente se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2) del mismo artículo 139, cuando se menciona que: *“ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución”*. El supremo intérprete de la Constitución acerca del referido derecho de ejecución sin dilaciones se manifestó de la siguiente manera:

16 PATRICIA ZIFFER, “El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, No. 6/1998, p. 842.

17 CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., T. I., Grijley, Lima, 2003, p. 113.

“(...) El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una *vis* expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (*v. gr.* derecho a un proceso que dure un plazo razonable, etc).

El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.” (STC Exp. 015-2001-AI/TC; Exp. 016-2001-AI/TC; Exp. 004-2002-AI/TC, fundamento 11).

Así mismo, el Tribunal Constitucional ha delimitado los alcances de este derecho:

“(...) el derecho a la ejecución de las resoluciones constituye una parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, en las Sentencias 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, ha dejado establecido que ‘[e]l derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una *vis* expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido’ [fundamento 11]. En esta misma línea de razonamiento se ha precisado en otra sentencia que ‘la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela’, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que ‘el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte imprescindible del derecho

a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución”. (STC 4119-2005-AA/TC, fundamento 64).

“(…) en efecto la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una efectiva tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de Derecho no puede existir cuando no es posible alcanzar la justicia a través de los órganos establecidos para tal fin. Para ello, la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues sólo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos”. (STC 1042-2002-AA/TC) (STC No. 00246-2012- PA/TC, f.j. 2-3).

En nuestros sistemas jurídicos son comunes las situaciones de no realización de los fines del Derecho Penal. Un aspecto sensible de este problema es el relativo a la reparación civil o el control de las reglas de conducta en los supuestos de condena condicional.

### III.2 Derecho al debido proceso penal

En un primer acercamiento, su naturaleza resultaría siendo de lo más amplia, pues su finalidad se refleja en la función de síntesis de las garantías destinadas a concretar la legitimidad procesal. Esta legitimidad no se concretaría de ninguna manera tan sólo por fines preventivos generales de políticas criminales utilitarias, dado que el debido proceso se encuentra vinculado al valor de la dignidad de la persona humana.<sup>18</sup> En efecto, según un sector de la doctrina a través del debido proceso se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona.

---

18 En este sentido BLECKMAN, ALBERT, *Staatsrecht II-Die grundrechte*, 4 Auflage, Karl Heymanns, Berlín, 1997, Rn 1, p. 539. En palabras del TC Alemán, se “lesiona la dignidad humana reducirlo [al ser humano] a mero objeto del Estado”. BverfGE 50, 166 (175).



El derecho al debido proceso como derecho fundamental del ciudadano, solo encontrará plasmación a partir de la satisfacción de ciertos marcos mínimos o elementos que ubiquen el proceso penal dentro de las premisas propias de la noción de Estado de Derecho.<sup>19</sup> Por ello, analizaremos los aspectos que abarca esta derecho-garantía:

**a) *Interdicción de la persecución múltiple*  
(principio de *ne bis in idem*)**

Esta garantía comporta la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos veces o más en razón de una misma imputación criminal. En contra del entendimiento que tradicionalmente se ha dado al *ne bis in idem*, equiparándolo con el principio de la cosa juzgada (*ne bis in idem* material); el contenido de esta garantía ha demostrado poseer mayor amplitud, pues no sólo comporta la prohibición de una persecución subsiguiente, es decir, cuando la imputación ya ha sido materia de un pronunciamiento final por parte del órgano jurisdiccional correspondiente, sino que también se encuentra referido a la prohibición de una persecución paralela, es decir, que la persona sea perseguida al mismo tiempo en dos procesos diferentes (*ne bis in idem* procesal). Nuestra Constitución no la tiene prescrita expresamente, por eso se entiende como garantía implícita en el debido proceso (art. 139.3).<sup>20</sup>

La garantía del *ne bis in idem*, como inadmisibilidad de persecución penal múltiple se asienta sobre tres requisitos concurrentes. En primer lugar, opera cuando la persecución penal se dirige contra la misma persona en la que ya ha recaído un pronunciamiento final o que viene siendo perseguida. Para este supuesto no importa la calificación jurídica que se haya realizado de la participación en el hecho del sujeto perseguido, si concurrió como autor, cómplice o instigador, sino solamente que se trate de la misma persona (*eadem personae*).

19 REYNA ALFARO, LUIS. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 190.

20 A diferencia de la Ley Fundamental, Constitución Alemana (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) que prescribe esta garantía de manera expresa en el § 103 "(3) Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden". Ninguna persona podrá ser sancionada varias veces por los mismos hechos en virtud de las leyes penales generales (trad.).

En segundo lugar, se necesita que se trate del mismo hecho punible (*eadem res*). Este requisito no hace referencia alguna a la calificación jurídica que haya tenido la conducta, sino al hecho fáctico por el cual se ha o se viene procesando. Así, por ejemplo, no importará que el hecho haya sido calificado en un primer proceso, en el que se absolvió al imputado, como delito de homicidio y posteriormente se pretenda procesar, nuevamente, por el mismo supuesto fáctico pero calificándolo jurídicamente como asesinato.

En este extremo, es necesario dejar debidamente sentado que, conforme señala generalmente la doctrina, para que opere la garantía del *ne bis in idem* no es necesaria una identidad absoluta en los supuestos de hecho, sino que sólo se debe mantener la estructura básica de la hipótesis fáctica. Es decir, que en términos generales el hecho sea el mismo. Caso contrario sería muy fácil burlar esta garantía mediante la inclusión de cualquier detalle o circunstancia que ofreciera una pequeña variación en la hipótesis delictiva.

Finalmente, se debe de exigir que se trate del mismo motivo de persecución (*eadem causa petendi*). Esto significa que el *ne bis in idem* sólo funciona en sede penal en los casos en que ambos procesos tengan por norte la aplicación de una sanción. Así, no funcionaría la garantía en comento en los casos en que el otro proceso careciera de connotaciones sancionadoras, por ejemplo, se tratara de un proceso civil en el que se pide la reparación del daño causado por el delito.

Esta garantía ha merecido pronunciamientos expresos por el TC peruano, donde se identifica esta garantía como parte del derecho al debido proceso penal, y se reconoce su doble perspectiva: *material* y *procesal*. En el Exp. No. 0729-2003-HC/TC el TC ha señalado lo siguiente:

“Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in idem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Dicho principio, en su vertiente procesal, se encuentra contemplado en el artículo 14. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>21</sup> que declara que ‘nadie podrá ser

21 En el Derecho Penal Europeo se toma en cuenta de la misma manera el art. 54 del Convenio de Schengen, véase también —*Innerhalb des europäischen Strafre-*

juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país'; y en el artículo 8.4 de la Convención Americana, según el cual: 'El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.' En su vertiente procesal, el principio *non bis in ídem* garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que la V Enmienda de la Constitución Norteamericana denomina *double jeo pardy*, es decir, el doble peligro de condena sobre una persona.

Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa juzgada."

En esta misma línea, el supremo intérprete de la Constitución ha establecido la cercanía del *ne bis in ídem* al principio de legalidad tanto en el subprincipio de taxatividad como en el subprincipio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, y a nuestro entender se hace lo propio en el extremo de la reserva de ley formal y la prohibición de analogía:

"(...) Esta última dimensión (*ne bis in ídem material*) tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2o., inciso 24, literal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos —como lo ha expresado este Tribunal en la STC 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. 6— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometi-

---

*chts ist der Grundsatz des ne bis in idem in verschiedenen zwischenstaatlichen Übereinkommen normiert. Die wichtigste Regelung findet sich mittlerweile in Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ)— in Tilman Reichling: Europäische Dimensionen des, ne bis in idem —Grundsatzes— Auslegungsprobleme des Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens. In: Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft (StudZR). 2006, S. 447-469.*

do garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica (...).

De ahí que se considerase que “el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido (...)” (STC EXP. 2868-2004-AA/TC, con el mismo criterio interpretativo STC EXP. 00044-2008-PHC/TC fundamentos del 3 al 7).

El actual desafío de la dogmática es establecer un criterio uniforme para diferenciar claramente situaciones en las que se incurre en un *bis in idem* y poder hacer efectiva esta garantía procesal, siendo en este extremo fundamental el (*eanen causa petendi*) motivo de persecución, ya que se ha pretendido establecer un criterio de mayor dañosidad a un bien jurídico para acudir al Derecho Penal y un criterio de menor dañosidad a un bien jurídico para acudir al Derecho Administrativo sancionador, sin embargo cabe hacernos la pregunta desde el punto de la eficiencia y los costos de oportunidad que existen en cualquier tipo de proceso, si podrá ser aceptable un Derecho Penal de dos velocidades que pueda dar respuesta a un *bis in idem* de bienes jurídicos de naturaleza distinta, como lo es por un lado la vida e integridad física y por otro lado la estabilidad del sistema crediticio y el flujo regular de capitales.<sup>22</sup>

### **b) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**

Para que la actividad jurisdiccional alcance sus objetivos de justicia es necesario que el proceso se tramite con celeridad. Siendo una garantía aplicable a cualquier tipo de proceso, esta exigencia se acentúa de gran manera en sede penal, en razón del reconocimiento que tiene la persona de

---

22 Mayor amplitud de la discusión en *Ortlieb Flidner: Die verfassungsrechtlichen Grenzen mehrfacher staatlicher Bestrafungen aufgrund desselben Verhaltens – Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 103 Abs. 3 GG. In: AöR. Bd. 99, 1974, ISSN 0003-8911, S. 242 ff.*

liberarse cuanto antes del estado de sospecha que pesa sobre sus hombros y de las restricciones de derechos que el proceso criminal indefectiblemente comporta.

Para GIMENO SENDRA, se trata de un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial (aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás Poderes del Estado), creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi* o de reconocer y, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad.<sup>23</sup>

Como su denominación lo indica, este derecho garantiza que el proceso penal se lleve adelante y finalice sin que existan dilaciones indebidas en su tramitación. Sin embargo, más allá, como bien lo ha señalado el Tribunal Supremo Federal Norteamericano, quizá la nota más importante que caracteriza a esta garantía (*speedy trial*) es que se trata de un concepto más vago que los que definen otros derechos procesales, de modo que es imposible determinar de manera general y con absoluta precisión cuando ha sido violado. Así, no toda dilación o retraso en la tramitación del proceso puede identificarse como una infracción de la garantía en comento, sino que las dilaciones indebidas han sido entendidas como supuestos extremos de funcionamiento anormal de la administración de justicia, con una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o lo tolerable, y además imputable a la negligencia o inactividad de los órganos encargados de la administración de justicia.

En este marco, la evaluación sobre la existencia de un proceso con dilaciones indebidas debe realizarse caso por caso, mediante la aplicación a las circunstancias de cada supuesto de un grupo de factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico, no se puede limitar a una simple constatación del incumplimiento de los plazos, pues, incluso, reclama su funcionalidad para los casos en que no se ha previsto un plazo específico. La evaluación de la existencia de dilaciones indebidas ha de ser integrado en cada caso concreto mediante el examen de la naturaleza del objeto procesal, de la actividad del órgano judicial y del propio comportamiento del recurrente. Así, se debe analizar la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de otros litigios del mismo

---

23 GIMENO SENDRA, VICENTE. *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2006, pp. 104-105.

tipo, el interés en juego del presuntamente perjudicado, su conducta procesal y, finalmente, la conducta de las autoridades y la consideración de los medios disponibles.

En cuanto a la consecuencia de la violación de esta garantía, puede considerarse en el plano dogmático una atenuación de la pena debido a una disminución del merecimiento de pena, bien se explique esta de la prevención general integradora o conforme a la prevención general negativa.<sup>24</sup>

Sobre esta garantía procesal el Tribunal Constitucional peruano ha tenido un pronunciamiento referido al plazo razonable en la imposición de la detención preventiva como en la investigación preliminar:

“(...) el derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional (...)” (STC No. 549-2004-HC/TC, fundamento 3).

En el mismo orden de ideas el supremo intérprete de la Constitución ha establecido criterios para determinar la razonabilidad del plazo como lo son:

- a) La afectación generada en el procesado;
- b) La complejidad del asunto;
- c) La actividad procesal del interesado, y
- d) La conducta de las autoridades judiciales:

“(...) en lo que respecta a la actuación de los órganos judiciales, será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el

---

24 JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, “Problemas de la determinación judicial de la pena”, en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2001, pp. 103-104.

especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido serán especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45)” (STC No. 2915-2004-HC/TC, fundamento 22).

“(…) Para valorar la complejidad del asunto es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil” (STC No. 2915-2004-HC/TC, fundamento 25).

Todas estas vulneraciones de un tipo idóneo para la culminación de un proceso —o una investigación a nivel fiscal— denominado por la doctrina jurisprudencial “plazo razonable” pueden consistir en una condición objetiva de punibilidad que regule la pena o en algunos casos una reparación-obligación *in natura* sobre resolución del fondo del asunto:

“(…) Al respecto, ya en resolución expedida por el Pleno de este Tribunal Constitucional recaída en el expediente No. 3689-2008-PHC/TC (fundamento 10) se estableció que la reparación de la violación al plazo razonable del proceso no puede ni debe significar el archivo definitivo del proceso penal como si de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, equivalente a una decisión de absolución emitida por el juez ordinario, sino que más bien, actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal, lo que, corresponde es la reparación *in natura* por parte de los órganos jurisdiccionales que consiste en emitir en el plazo más breve posible el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto, lo que ha sido reiterado

por este Colegiado para los casos de plazo razonable en investigación preliminar en la sentencia recaída en el expediente No. 2748-2010-PHC/TC (fundamento 12) y recalcando en el fallo de la propia sentencia que esto forma parte de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Constitucional. (STC EXP. 03245-2010-PHC/TC, fundamento 30).

Así mismo, reciente el Tribunal Constitucional del Perú ha establecido doctrina jurisprudencial vinculante respecto al cómputo del plazo razonable y al efecto procesal de la constatación constitucional de una vulneración al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Con respecto al cómputo del plazo razonable ha precisado el inicio y la finalización de éste, de la siguiente manera:

“Ahora bien, el cómputo del plazo razonable del proceso debe iniciarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o del cargo que le afecta a sus intereses, y culmina con la decisión que resuelve de manera definitiva su situación jurídica o determina sus derechos u obligaciones. En el ámbito del proceso penal, se ha señalado que el cómputo del plazo razonable comienza a correr desde el primer acto del proceso dirigido contra la persona como presunto responsable de un delito, el que a su vez puede estar representado por: *i*) la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva del imputado, o *ii*) la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso; entendiéndose en términos generales que dicho acto lo constituye el auto de apertura de instrucción (...).

(...) dicha doctrina procesal merece ser precisada en el sentido que el cómputo del plazo razonable del proceso penal comienza a correr desde la apertura de la investigación preliminar del delito, el cual comprende la investigación policial o la investigación fiscal; o desde el inicio del proceso judicial en los casos de delitos de acción privada, por constituir el primer acto oficial a través del cual la persona toma conocimiento de que el Estado ha iniciado una persecución penal en su contra. Ahora bien, conviene precisar que el momento inicial puede coincidir con la detención policial o con otra medida restrictiva de derechos, pero que tal supuesto no constituye requisito indispensable para habilitar el inicio del cómputo del plazo, pues es



claro que aquel momento comienza con la indicación oficial del Estado a una persona como sujeto de una persecución penal.

En relación a la finalización del cómputo del plazo, este Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que el momento final del cómputo del plazo razonable del proceso penal opera en el momento en que el órgano jurisdiccional expide la decisión definitiva que resuelve la situación jurídica de la persona. Y este examen, a juicio del Tribunal, se debe efectuar en relación con la duración total del proceso penal que se desarrolla contra la persona (análisis global del proceso) hasta que se dicte sentencia definitiva y firme que resuelva su situación jurídica, incluyendo los recursos previstos en la ley y que pudieran eventualmente presentarse. (STC No. 00295-2012-PHC/TC, f.j. 5-7).

En esta línea, el mismo Tribunal ha sido determinante al señalar que como efecto procesal de la constatación de la vulneración del derecho al plazo razonable, los órganos competentes deben emitir un pronunciamiento definitivo sobre el fondo en el plazo más breve:

“(...) la eventual constatación por parte de la judicatura constitucional de la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable no puede ni debe significar el archivo definitivo o la conclusión del proceso judicial de que se trate (civil, penal, laboral, etc.), sino que, bien entendidas las cosas, lo que corresponde es la reparación *in natura* por parte de los órganos jurisdiccionales, la misma que consiste en emitir el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible”. (STC No. 00295-2012- PHC/TC, f.j. 7).

### **c) *Derecho a un juez imparcial***

Dado el carácter fundamental de esta garantía para los sistemas procesales, ha sido denominado como el principio supremo del proceso. Nos encontramos ante la exigencia mediante la cual se persigue que el funcionario encargado de la resolución jurídica del conflicto criminal no posea algún interés particular, más allá de la correcta aplicación de las normas del Derecho Penal. En verdad nos encontramos frente a una de las garantías

más importantes de cualquier tipo de proceso, pues el primero de los requisitos estructurales que ha de cumplir necesariamente cualquier juez o Tribunal, para poder ser considerado como tal, es el carácter o condición de tercero ajeno al conflicto que ante él planteen las partes procesales demandando su solución.

La actividad judicial es, ante todo, una actuación “desinteresada”, pudiendo afirmarse que la legitimación judicial se encuentra antitéticamente opuesta a la de las partes: en tanto que la legitimación de éstas se determina por la titularidad de un derecho o la existencia de un interés en el proceso, la del juez provienen precisamente de esa ausencia de interés con el objeto procesal.

La imparcialidad impone la rigurosa aplicación del principio de la identidad: el juez es juez, nada más que juez. Y entre el juez y las partes resulta aplicable el principio del tercio excluido; o bien es parte o bien es juez; no hay posibilidad intermedia. Así, en tanto garantía, el derecho a un juez imparcial se debe configurar para operar antes que se haya producido la parcialización efectiva del juzgador, para actuar frente a los casos en que existe el peligro que dicha parcialización se verifique. Es en este sentido que se debe asegurar el apartamiento del conocimiento del proceso del juzgador sobre el que existe sospecha de parcialidad; para lo que el legislador debe proveer y regular las instituciones jurídicas de la abstención (inhibición) y la recusación.

Dentro de esta garantía, se encuentra el derecho al “*juez natural*” o “*predeterminado por ley*”; en virtud del cual, será competente el juez penal para conocer de un proceso penal, siempre y cuando, haya sido previamente determinada su competencia por ley. Pero ¿en qué momento debe determinarse la competencia del juez?, ¿antes del proceso penal? o ¿al momento de la comisión del delito?. Para el TC peruano, la imparcialidad del juez penal queda absolutamente definida si es investido de competencia antes del inicio del proceso penal. Así, el Máximo Tribunal ha ratificado la exigencia de que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, lo que implica la predeterminación (y no sólo la determinación) del órgano judicial y su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*.

Es importante mencionar que una forma de salvaguardar esta garantía es sin duda alguna la obligatoriedad tanto del órgano jurisdiccio-

nal como del ente persecutor de vincular sus decisiones a los criterios del Tribunal Constitucional como bien se menciona en:

“(...) como consecuencia lógica de ello los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial (...)” (STC No. 0006-2006-PC/TC del 12/02/2007).

Por último, es importante destacar que no debe confundirse imparcialidad con pasividad por parte del juez. En este sentido, SAN MARTÍN CASTRO ha enfatizado en lo siguiente:

“(...) cabe aclarar que la imparcialidad, sin embargo, no debe comportar la pasividad del juez y su subordinación plena a la iniciativa de las partes. Garantizar la neutralidad del juez en el litigio, no recusa el deber que tiene de colaborar activamente en la búsqueda de la verdad para no sancionar injusticias. En la actividad probatoria, el juez penal tiene reconocido el principio de oficialidad y, por ello, se justifica la actuación de prueba de oficio, el cual, no impide el pleno ejercicio del derecho de defensa de las partes. El interés público que informa el proceso penal fundamenta que no puede dejarse a la disponibilidad de las partes la actividad probatoria, no existe relación de dependencia entre la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional y el principio acusatorio, y los derechos de defensa y aun juez imparcial”.<sup>25</sup>

25 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Lima, 2015, p. 97.

**d) Prohibición de compeler a declarar o a reconocer la culpabilidad**

La garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur*<sup>26</sup> está prevista en el art. 8.2.g de la CADH. Nos encontramos frente al derecho que tiene la persona para decidir libremente si declarará o no cuando viene siendo objeto de una persecución penal; así como, respecto de cuál habrá de ser el contenido de su declaración. Los funcionarios encargados de la persecución penal no están legitimados para compeler al individuo a declarar y, mucho menos, a declarar de una determinada manera.

Esta garantía tiene por finalidad desterrar aquellas concepciones inquisitivas que buscaban afanosamente lograr la confesión del imputado, incluso en desmedro de su dignidad como persona humana. Entre las consecuencias más importantes de este derecho se encuentra el que de ninguna manera se puede obligar, ni inducir siquiera, al imputado a reconocer su culpabilidad, pero también se contiene el derecho a que de la negativa a declarar, del silencio del imputado frente a preguntas concretas o, incluso, frente a su mentira, no se puedan extraer conclusiones de culpabilidad.<sup>27</sup>

Así, REYNA ALFARO, ha sostenido que:

“(...) este derecho es una expresión del derecho a la defensa en juicio. Es lógico, si el ciudadano tiene derecho a defenderse en el proceso penal, su defensa puede consistir en no proporcionar colaboración alguna con la justicia, guardando silencio (total o parcial) o incluso mintiendo. Este razonamiento, por cierto, es consistente con la sistemática del artículo IX del Título Preliminar del CPP que alude al “derecho de defensa”.<sup>28</sup>

La prohibición de compeler a declarar o reconocer la culpabilidad y sus consecuencias, no sólo surte efectos en sede judicial (en todas sus

26 “*Nemo tenetur armare adversarium contra se*» (nadie está obligado a darle armas a su adversario contra sí mismo) o «*nemo tenetur se ipsum prodere*» (nadie está obligado a traicionarse).

27 FANY SOLEDAD QUISPE FARFÁN, *La libertad de declarar y el derecho de no incriminación*, Palestra, Lima, 2002, pp. 73 y ss.

28 REYNA ALFARO, LUIS. *La defensa del imputado. Perspectivas garantistas*, Jurista Editores, CEDPE y Caro & Asociados, Lima, 2015, pp. 72 y 73.

etapas), sino también en cualquiera de los estadios por los que pasa la persecución penal; así, puede ser reclamada tanto ante la policía, como frente al Ministerio Público, e incluso en los supuestos en los que sea necesario el antejuicio constitucional para que la acción penal se tenga por expedita, es decir para la persecución de los altos funcionarios del Estado protegidos por este mecanismo.

La eficacia de esta garantía, correctamente entendida, no sólo se debe limitar a las declaraciones de los imputados, se extiende a los testigos, quienes, no obstante tener el deber procesal de declarar la verdad, se encuentran amparados por esta garantía en tanto se trate de declaraciones que no versen exclusivamente sobre la responsabilidad penal de terceros, sino que, de alguna manera, expresen la probabilidad de responsabilidad penal propia.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha referido lo siguiente: “que *el derecho a no autoincriminarse* constituye derecho interno y ostenta fuerza normativa directa, conforme lo establecen los artículos 1o. y 55 de la Constitución, en tanto derecho de la persona humana que se encuentra reconocido de manera expresa en el ordinal g) del artículo 8o. de la Convención Americana de Derechos Humanos, que como parte de las «Garantías Judiciales» mínimas que tiene toda persona procesada, reconoce *el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable*. (STC No. 00897-2010- PHC/TC, f.j. 3).

### **III.3 Derecho a la presunción de inocencia**

Mediante esta garantía se reconoce el derecho de la persona que viene siendo sujeto de una persecución criminal de ser considerado y tratado como inocente por el ordenamiento jurídico en su conjunto hasta que no exista un pronunciamiento judicial firme en el sentido de que el sujeto ha realizado un comportamiento delictivo.

Ya de inicio debe advertirse que el derecho a la presunción de inocencia no sólo es una garantía que impone la consideración del imputado como inocente, sino que su efecto más importante radica en que exige que la persona que viene afrontando un procedimiento criminal sea tratada, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aun no se ha comprobado responsabilidad penal alguna.

En cuanto a la consideración como inocente, uno de los sectores más importantes en los que debe actuar esta garantía lo encontramos en la información que se debe proporcionar sobre el estado del imputado en el proceso, tanto por los sujetos procesales, los poderes públicos en general, como, especialmente, por los agentes de los medios de comunicación. Rige en consecuencia una regla general de “no resonancia de los actos investigatorios”.<sup>29</sup>

Se sabe que el proceso penal por sí mismo —independientemente de su finalización con una sentencia condenatoria o absolutoria— comporta un grave perjuicio para el honor del imputado, por sus efectos estigmatizantes. Pues bien, uno de los factores determinantes para acrecentar este fenómeno lo constituyen los medios de comunicación, en su costumbre por difundir fotografías, filmaciones, audios y no pocas veces adelantarse a las sentencias con calificaciones de “hampones”, “criminales”, “ladrones”, “violadores”, etc., informaciones que se difunden, muchas veces, sin que en el caso se haya expedido sentencia. Es necesaria, entonces, la actuación de esta garantía en el contexto del ejercicio del derecho constitucional a la información, impidiendo que en los medios de comunicación se diga de la culpabilidad de los procesados más de aquello que se puede justificar según lo actuado en cada momento procesal de que se trate.

En lo que al tratamiento como inocente se refiere cobran singular importancia sus implicancias para la configuración de las medidas coercitivas, fundamentalmente en lo que respecta al mandato de detención. El principio de inocencia exige que la detención tenga una aplicación excepcional, *de ultima ratio*, toda vez que se trata de un medio de coerción procesal de contenido idéntico a la más clásica de las sanciones criminales, la pena privativa de libertad. Por tanto, las medidas de coerción no persiguen que al imputado se le pueda anticipar una pena durante el procedimiento, sino que la limitación procesal de los derechos fundamentales tiene como fundamento legítimo asegurar la realización del proceso de conocimiento —averiguación de la verdad— para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia.

Esta perspectiva ha sido adoptada por la STC peruana de 3 de enero de 2003, expediente No. 010-2002-AI/TC, según la cual:

---

29 FANY SOLEDAD QUISPE FARFÁN, *El derecho a la presunción de inocencia*, Palestra, Lima, 2001, pp. 68-77.

“Si ese fuera el sentido del inciso *a*) del artículo 13 del Decreto Ley No. 25475, esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada sólo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, ésta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la detención de una persona en base a la peligrosidad o a la naturaleza del delito, podría incluso considerarse (como) que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aun sobre su culpabilidad. Así mismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley” (Informe No. 02/97, párrafo 51).

Ahora bien, en cuanto al tratamiento de inocente, sus alcances no se limitan a las medidas coercitivas, sino que se manifiestan en cualquier sector del ordenamiento jurídico, en tanto el sujeto no puede ser considerado como culpable, razón por la cual no resulta lícito que se le prive de algún derecho u oportunidad en virtud de su condición de procesado, por ejemplo para concursar a algún puesto en la administración pública no se puede discriminar o negar el acceso a las personas que se encuentran siendo procesadas, así lo vengán siendo por delitos en contra de la propia administración.

La doctrina ha puesto en evidencia que la presunción de inocencia posee una naturaleza *iuris tantum* (que admite prueba en contrario), pudiendo quedar desvirtuada como resultado de un proceso penal. Sin embargo, para que esto ocurra es necesario que se haya realizado una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, de signo incriminatorio, de la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado, realizada con estricta observancia de las garantías y normas procesales; en caso que esto no ocurra el sujeto conservará su condición de inocente.

Para el Tribunal Constitucional la presunción de inocencia es reconocida como base para el derecho de un proceso con plazo razonable, sin embargo en este punto la presunción de inocencia no tiene un carácter absoluto, el precedente vinculante STC Exp. 3771-2004-HC establece un límite:

“(…) Por la misma razón (la presunción de inocencia), tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la situación de privación de la libertad de un presunto inocente, y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término argumentándose que se mantienen los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar comprendidos en el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables. (STC Exp. 3771-2004-HC/TC, fundamento 7).

### III.4 Derecho a la defensa

Se entiende por derecho de defensa a la garantía constitucional que le asiste a toda persona que posea un interés directo en la resolución jurídica del proceso penal para poder comparecer ante los órganos de persecución pertinentes, a lo largo de todo el proceso, a fin de poder resguardar con eficacia sus intereses en juego.

En esta perspectiva amplia, todos los sujetos participantes del proceso penal, sean imputados o no, poseen una garantía constitucional de defensa. Siendo eso sí necesario advertir que el Ministerio Público no posee un derecho a la defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir con su función persecutoria. Al respecto, REYNA ALFARO y SAN MARTÍN CASTRO, sostienen que: “el derecho de defensa en juicio se extiende no solo al imputado, sino también a otras personas, como el actor civil, la parte pasiva e incluso a terceros. El derecho de defensa no es patrimonio de quienes tienen la condición jurídica de imputado, sino de todo ciudadano que requiera tutela jurisdiccional efectiva”.<sup>30</sup>

No obstante lo señalado, es respecto de la persona perseguida que el derecho constitucional a la defensa presenta su mayor capacidad de rendimiento e importancia, pues si bien los distintos sujetos procesales se enfrentan entre sí, con sus propios medios, el imputado se enfrenta al

---

30 REYNA ALFARO, LUIS. *La defensa del imputado. Perspectivas garantistas*, Jurista Editores, CEDPE y Caro & Asociados, Lima, 2015, p. 40.



Estado y toda su maquinaria de persecución. Es por esta razón que en la doctrina se ha privilegiado la explicación del derecho a la defensa en sede penal, desde la perspectiva del imputado.

Se debe precisar, que para el funcionamiento de esta garantía no es necesario, siquiera, que se haya instaurado un proceso penal formal, es decir, que se haya dictado un auto de apertura de instrucción, funciona ya con la mera imputación de la comisión de un ilícito criminal por parte de alguna de las autoridades encargadas de la persecución penal. Como refiere SAN MARTÍN CASTRO, “El derecho de defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citada o detenida por la autoridad. Ello significa que surge con la mera determinación del imputado: no hace falta que exista una decisión nominal o formal al respecto, basta que, de uno u otro modo, se le vincule con la comisión de un delito”.<sup>31</sup>

En síntesis, el derecho de defensa ampara al imputado desde el momento de la primera presunción (material) policial de su participación en el evento criminal hasta la definitiva resolución jurídica del conflicto criminal. En este sentido, lo acompaña tanto en sede de investigación preliminar policial, como en los momentos que le corresponden al Ministerio Público, el Juez Especializado en lo Penal y las Salas Penales (Superior y Suprema) que intervengan en el caso.

Finalmente, cabe resaltar la importancia del derecho de defensa frente al principio de determinación alternativa o desvinculación. Para el TC, la posibilidad de adecuar la imputación penal a la conducta exacta del procesado, aplicando así un tipo penal que no ha sido objeto de la instrucción, comporta una violación a esta garantía constitucional. Es así, que en el expediente No. 1230-2002-HC/TC, el TC señaló:

“Tal derecho, considera el Tribunal, no fue respetado en el caso de autos. En efecto, al variarse el tipo penal por el que venía siendo juzgado el actor, conforme se ha expuesto en el primer párrafo de este fundamento, se impidió que el actor pudiera ejercer, eficazmente, su defensa, en tanto esta se encontraba destinada a probar que no era autor de un ilícito penal determinado, mientras que fue condenado por otro, que, aunque del mismo género, sin embargo, no fue objeto del contradictorio.”

---

31 CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, cit., p. 120.

Para el Tribunal Constitucional la presunción de inocencia es reconocida como base para el derecho de un proceso con plazo razonable, sin embargo en este punto la presunción de inocencia no tiene un carácter absoluto, el precedente vinculante STC Exp. 3771-2004-HC establece un límite:

“(…) Por la misma razón (la presunción de inocencia), tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la situación de privación de la libertad de un presunto inocente, y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término argumentándose que se mantienen los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar comprendidos en el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables. (STC Exp. 3771-2004-HC/TC, fundamento 7).

#### **IV. LAS GARANTÍAS PROCESALES ESPECÍFICAS**

##### **IV.1 Principios referidos a la relación entre el juez y las pruebas (inmediación y mediación)**

Como lógica consecuencia de la vigencia del principio de oralidad surge en la fase probatoria el principio de inmediación. Según este principio, la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar la sentencia. Un procedimiento está presidido por el principio de inmediación cuando el juez o tribunal están obligados a formar su íntima convicción y a fundamentar su sentencia exclusivamente con el resultado probatorio que ha podido formarse bajo su directa intervención en el juicio oral.

Con relación a este principio, el Tribunal Constitucional ha precisado lo siguiente:

“(…) está relacionado con el programa normativo del derecho a la prueba (STC No. 02201-2012-PA/TC). Mediante este se asegura que: “la actividad probatoria debe transcurrir en pre-

sencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria” (STC. No. 0849-2011-HC/TC)”. (STC No. 00897-2010- PHC/TC, f.j. 10).

La vigencia del principio inmediación obliga a que la sentencia sea dictada también con “inmediatez temporal”, porque, de otro modo, los resultados favorables de aquella, tales como las impresiones y recuerdos, se borran o desaparecen de la memoria de los miembros del Tribunal. Y ello haría necesaria la declaración de nulidad y consiguiente repetición del juicio oral.

#### ***IV.1.1 Derecho a probar***

Un paso antes de que el operador jurisdiccional pueda valorar el material probatorio –teniendo en cuenta la inmediación y mediación- es necesario mencionar el principio base de poder ofrecer elementos probatorios que fundamenten y den legitimidad a las decisiones del operador. Se trata del derecho a probar que corresponde al aspecto dinámico del derecho de defensa.

#### ***IV.2 Principio referente al conocimiento de los actos procesales (publicidad y secreto)***

El principio de “publicidad” del proceso penal fue una conquista del pensamiento liberal. Frente al procedimiento escrito o “justicia de gabinete” del Antiguo Régimen, el movimiento liberal opuso la publicidad del proceso como seguridad de los ciudadanos contra la arbitrariedad judicial y política (injerencia del Ejecutivo en la administración de justicia). También aporta este principio de publicidad, como medio para el fortalecimiento de la confianza ciudadana en sus jueces, y a la seguridad jurídica.

Por proceso público cabe entender aquel procedimiento en que la ejecución o práctica de la prueba se realiza mediante la posibilidad de asistencia física, no sólo de las partes, sino de la sociedad en general. El procedimiento es público cuando con anterioridad al inicio de las actua-

ciones del juicio oral el tribunal dispone la “audiencia pública”; es secreto, cuando transcurre “a puerta cerrada”.

En doctrina se distingue la publicidad absoluta de la publicidad relativa. GIMENO SENDRA refiere que “la publicidad absoluta presupone la posibilidad de asistencia a las actuaciones procesales de cualquier miembro de la comunidad social; se trata pues, de una publicidad *erga omnes*.” La publicidad relativa sucede, por el contrario, cuando tan sólo las partes en el proceso pueden tomar conocimiento de las actuaciones; a su vez, la publicidad relativa puede ser *directa o activa e indirecta o pasiva*: es directa, si las partes están autorizadas a intervenir en la producción del acto procesal e indirecta, cuando una vez realizado el acto, se les da cuenta posteriormente de su contenido.<sup>32</sup>

Este principio se encuentra fuertemente afectado en el proceso penal sumario, pues, al resolverse en una sola etapa, llamada de instrucción en el Perú, la publicidad de la actuación probatoria, queda excluida totalmente, generando con ello, márgenes de alta probabilidad de justicia de gabinete.

### ***IV.3 Principios referidos a la marcha de los actos procesales (celeridad)***

El denominado principio de “aceleración” o de celeridad del procedimiento es otro de los principios que conforman la sucesión temporal de los actos procesales. Presenta, en la actualidad tres importantes manifestaciones:

- a) Desde el punto de vista de la legalidad ordinaria la celeridad ha de obtenerse mediante la adecuada combinación de los principios de preclusión, eventualidad y concentración del procedimiento;
- b) Desde la legislación constitucional constituye un auténtico derecho fundamental el que todo ciudadano tiene “a un proceso sin dilaciones indebidas”, y
- c) Desde la política legislativa, al haberse convertido el principio de “celeridad”, junto con el de “eficacia”, en uno de los postulados de la justicia social contemporánea, ha de informar las sucesivas reformas legislativas.

32 GIMENO SENDRA, VICENTE. *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2006, pp. 97-98.

Desde una perspectiva constitucional el principio de celeridad se manifiesta también como un auténtico derecho fundamental, que a todo ciudadano asiste, a un proceso “sin dilaciones indebidas o a que su causa” sea vista dentro de un plazo razonable” (art. 6.1o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Se trata de un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial (aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás Poderes del Estado), creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi* o de reconocer y, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad.

Esta exigencia constitucional de celeridad procesal en materia penal se convierte entonces en uno de los principales clamores de la ciudadanía en la medida que es justamente la excesiva duración de los procesos penales uno de los más importantes problemas por los que pasa la justicia penal de nuestros días.<sup>33</sup>

## V. GARANTÍAS PROCESALES DE LA VÍCTIMA

Como señala CAFFERATA NORES, la víctima comparte con el imputado tres garantías judiciales comunes, es decir: 1) la igualdad ante los tribunales, 2) la defensa en juicio y acceso a la justicia, y 3) la imparcialidad de los jueces.<sup>34</sup> Pero a la víctima compete además un sólido lugar en el proceso penal. El artículo 25 de la CADH establece la obligación del Estado de dispensar una debida protección judicial a sus ciudadanos cuando algunos de sus derechos, constitucional o convencionalmente reconocidos, ha sido vulnerado.

Más concretamente, la CIDH ha establecido que la vulneración de derechos por particulares o funcionarios públicos, derivados de delitos, obliga a los Estados a perseguir y sancionar a los responsables. Ello comprende por una lado la necesidad de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada

33 REYNA ALFARO, LUIS. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, pp. 289.

34 JOSÉ I. CAFFERATA NORES, *Proceso penal y Derechos Humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 23 y ss.

reparación.<sup>35</sup> Pero además implica que la investigación emprendida sea efectiva, que persiga verdaderamente la sanción de los culpables y además que “toda esa actividad del gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada”.<sup>36</sup>

El artículo 8.1 de la Convención obliga además en ese contexto a proveer mecanismos procesales para invocar tutela jurisdiccional, así las víctimas conservan un derecho fundamental de acceder al proceso y de lograr una respuesta adecuada y eficaz a su pretensión. Se entiende de ese modo que la víctima tiene cuando menos dos derechos: el derecho a la verdad (procesal) y a intervenir en el proceso penal a fin de que se esclarezca el delito en su agravio (incluso ejerciendo actividad probatoria e impugnatoria), al igual que el derecho a una reparación adecuada (Art. 63.1 CADH).

Un matiz especial corresponde al contenido del derecho a la verdad que, conforme a la STC peruano de 18 de marzo de 2004, expediente No. 2488-2002-HC/TC, tiene una dimensión *colectiva*, que consiste en el derecho de la Nación a conocer los hechos o acontecimientos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal, y una *individual*, que consiste en el conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones a los derechos humanos, y cuya titularidad recae en las víctimas, sus familiares y allegados. A efectos de garantizar el derecho a la verdad en su dimensión individual, y empleando como referencia el caso sobre desaparición forzada objeto del *habeas corpus*, el supremo intérprete de la Constitución deja en claro que todas las personas afectadas por un crimen contra sus derechos humanos, tienen derecho a saber:

- a) Quién fue el autor de ese acto;
- b) En qué fecha y lugar se perpetró;
- c) Cómo se produjo;
- d) Por qué se le ejecutó, y
- e) Dónde se hallan sus restos, entre otros aspectos.

---

35 SCIDH de 29.6.88, caso Velásquez Rodríguez, p. 174.

36 SCIDH de 8.12.95, caso Caballero Delgado y Santana, pf. 58.

Además, el Tribunal afirma que este derecho a la verdad es de carácter permanente, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometieron los actos ilícitos. Por lo tanto, remarca que las investigaciones sobre las violaciones a los derechos humanos son imprescriptibles.

## **VI. LAS GARANTÍAS MÍNIMAS DEL PROCESO PENAL EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Sin duda que el proceso penal tiene un alto contenido constitucional, pues regula en esencia, el conflicto entre el poder estatal sancionador o *ius puniendi* y los derechos fundamentales de las personas, la libertad personal, principalmente, lo que a su vez puede generar un conflicto que trasciende a veces la naturalidad de los jueces competentes en su competencia ordinaria (doble instancia), e incluso, la competencia de sus territorios nacionales, generando la competencia del Tribunal Constitucional, en el primer caso, o la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cada Estado Democrático se encuentra sometido a la observancia de un conjunto de reglas mínimas en el ejercicio del *ius puniendi*, y ello constituye en realidad, una verdadera exigencia normativa de un debido proceso penal, en el que tanto el legislador nacional pero fundamentalmente el juez penal tienen un rol fundamental.

El significado material y constitucional del proceso penal, frente a los vacíos legales o errados criterios de interpretación, encuentran por lo general acogida en la jurisdicción internacional. De ahí que resulta importante tener en cuenta las reglas mínimas del proceso penal conforme a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, las que en defecto de la legislación y justicia interna, son las verdaderos referentes de la justicia penal actual.

En nuestro ámbito rigen dos importantes instrumentos internacionales que vinculan al Estado en su deber de resguardar los Derechos Humanos. Se trata del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

## VI.1 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este instrumento fue adaptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y fue aprobado por el Perú mediante el Decreto Ley N° 22128 del 28 de marzo de 1978, y posteriormente ratificado por la XVI Disposición final y transitoria de la Constitución de 1979.

En su artículo 9 prevé que: “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. A consecuencia de ello, el Pacto regula aquí, tal vez lo más importante y acuciante del proceso penal, la libertad del imputado en el proceso penal.

Así tenemos por ejemplo, que toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. Respecto a la detención judicial introduce el principio de la excepcionalidad de la detención, también el derecho al recurso y a un juicio breve. Al decir del Pacto, la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia de acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo.

En el artículo 10 se establecen las garantías que tiene toda persona que ha sido detenida, como a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, a la separación entre procesados y condenados, de menores de adultos.

En el artículo 14, se condensa la mayoría de principios que rigen el proceso penal, los cuales deben ser respetados mínimamente para legitimar la imposición de una pena, por cualquier Estado que es parte y firmante de este Tratado: como el principio de igualdad, el derecho de defensa, el derecho al juez natural, independiente e imparcial, el principio de publicidad, el principio de presunción de inocencia, entre otros.



## **VI.2 La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José**

Este Instrumento fue suscrito en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y fue aprobado por el Perú mediante el Decreto Ley No. 22231 de 11 de julio de 1978, y posteriormente ratificado por la XVI Disposición final y Transitoria de la Constitución de 1979.

Al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo primero que se regula es la libertad de la persona humana frente a la atribución de un delito, o más bien, la libertad del imputado durante el proceso penal. Así, en el artículo 5 se regula el Derecho a la Integridad Personal, al establecer que: “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y que: “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Por su parte en el artículo 7 se regula el derecho a la Libertad Personal, así:

- “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.”

Así mismo, a partir del artículo 8 se regulan las llamadas garantías judiciales, entre las que se reconoce el derecho de defensa, el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, el derecho a un juez natural, independiente e imparcial, el principio de presunción de inocencia, etc.

## VII. CONCLUSIÓN

Con todo, las bases garantistas del proceso penal que sólo liminarmente se alcanza a exponer, expresan la vinculación de la legislación y la práctica procesal a la Constitución y a los diversos instrumentos de Derechos Humanos que vinculan al Estado. Se busca que el proceso penal sea plausible no sólo porque es más eficaz, especialmente ante la criminalidad grave o no bagatelar, sino porque preserva un núcleo duro de principios que permite que los culpables respondan ante la ley de modo civilizado y que los inocentes, pese a las deficiencias del sistema, pueden hallar una justa absolución. Sólo la vigencia de estos principios garantistas permitirá el destierro de ese “Derecho Penal del enemigo” y la construcción de un “Derecho Penal del ciudadano” que a la vez no sea débil con las formas de criminalidad que enfrenta nuestra sociedad, aún las más graves y violentas que demandan el efectivo despliegue preventivo del Derecho Penal.

# TEORÍA DE LA IMPUGNACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO DE 2004

LUIS FERNANDO IBERICO CASTAÑEDA\*

## I. ASPECTOS GENERALES DE LA IMPUGNACIÓN

### 1. Definición

El concepto de medios de impugnación ha sufrido modificaciones en la doctrina procesal, de acuerdo al sistema que se ha adoptado. A modo de ejemplo, presentamos tres definiciones que busca destacar algún aspecto de dicha institución, ya sea resaltar sus efectos anulatorios o su justificación como recurso de revisión frente a una resolución del órgano jurisdiccional. Así, FLORIAN indica que el “medio de impugnación es el acto del sujeto procesal orientado a anular o a reformar jurisdiccionalmente una resolución anterior mediante un nuevo examen, total o parcial de la causa por el mismo juez u otro diferente o por otro superior. El medio de impugnación inicia una nueva fase que se enlaza a la que está en curso (lo que sucede la mayor parte de las veces), o hace revivir dentro de ciertos límites el que ya estaba concluido (recursos contra la cosa juzgada)”.<sup>1</sup>

GUASCH sostiene, refiriéndose a los recursos, los cuales son un tipo de medios impugnatorios, que “son actos procesales que permiten a la parte perjudicada solicitar la rescisión de una resolución, que no es firme, del mismo órgano jurisdiccional que la emitió o de un superior, dictando una nueva resolución que modifique la anterior, eliminando en todo o en parte aquel perjuicio”.<sup>2</sup> Por su parte, CORTÉS DOMÍNGUEZ refiere que: “la

---

\* Profesor de Derecho Procesal Penal de la Academia de la Magistratura (Perú). Abogado Director del Estudio Caro & Asociados.

1 FLORIAN, EUGENE. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Vol. 1. Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, p. 230.

2 GUASH FERNÁNDEZ, SERGI. “El sistema de impugnación en el *Código Procesal Civil del Perú*. Una visión de Derecho Comparado con el sistema español”, en *Derecho*

impugnación debe entenderse como el acto procesal de parte que se siente perjudicada por una resolución judicial, ya sea por su ilegalidad, ya por su injusticia, pretendiendo, en consecuencia, su nulidad o rescisión”.<sup>3</sup>

Por su parte BELING precisa que: “Aquellos a quienes afecte una resolución judicial estarán frecuentemente descontentos de ella. En efecto, la posibilidad de que los hombres puedan errar y de que incluso pueda haber mala voluntad hace posible que la resolución no se haya dictado como debía dictarse. La ley permite, por lo tanto, en muchos casos (aunque no en todos) su impugnación, desarrollando ciertos tipos de actos procesales, que puedan denominarse, en defecto de una expresión legal, remedios y que están encaminados a provocar de nuevo el examen de los asuntos resueltos.”<sup>4</sup>

MONTERO AROCA y FLORS MATÍES sostienen que los recursos son medios de impugnación por los cuales el que es parte en el proceso pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas en una resolución no firme que le resulta perjudicial a fin de que sea modificada o sustituida por otra que le favorezca, o sea anulada.<sup>5</sup>

La doctrina nacional también se ha ocupado del concepto de medios impugnatorios, así MONROY GÁLVEZ sostiene que es el “instrumento que la ley concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez que, el mismo u otro de jerarquía superior, realicen un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque, total o parcialmente”.<sup>6</sup>

---

*Procesal Civil*. Congreso Internacional, Lima, 2003. 1a. ed., Colección Encuentros. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. p. 166.

- 3 CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN. “Los Recursos, Recursos contra las resoluciones interlocutorias”. En: GIMENO SENDRA, VICENTE. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996, p. 633. El mismo CORTÉS DOMÍNGUEZ, sostiene que la impugnación es contraria, por tanto, a la aquiescencia, es decir, a la voluntad de tener a la sentencia por buena a pesar de sus defectos. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN. “Los Recursos. Los recursos no devolutivos en Derecho Procesal Civil”. En: MORENO CATENA, VÍCTOR. *Derecho Procesal Civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. p. 283.
- 4 BELING, ERNEST. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de MIGUEL FENECH. Editorial labor, España, 1943. pp. 247-248.
- 5 MONTERO AROCA, JUAN y FLORS MATÍES, JOSÉ. *Los recursos en el proceso civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. p. 32.
- 6 MONROY GÁLVEZ, JUAN, “Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil”. En: *La formación del Proceso Civil Peruano. Escritos Reunidos*. Comunidad. Lima, mayo, 2003, p. 196.

Para GARCÍA RADA, siguiendo a GIOVANNI LEONE: “el medio de impugnación es un remedio jurídico atribuido a las partes a fin de remover una desventaja proveniente de una decisión del juez”.<sup>7</sup>

Por su parte SAN MARTÍN CASTRO, citando a ORTELLS RAMOS, sostiene que: “el medio de impugnación se define como el instrumento legal puesto a disposición de las partes y destinado a atacar una resolución judicial, para provocar su reforma o su anulación o declaración de nulidad”.<sup>8</sup> Para ORE GUARDIA: “la impugnación es un derecho que la ley concede a las partes, mediante el cual se pretende revocar, sustituir, modificar o anular una resolución que se considera errónea o viciada y que perjudica al interesado. Este derecho se materializa a través del recurso y es consustancial a todo tipo de procesos”.<sup>9</sup>

SÁNCHEZ VELARDE refiere que los medios de impugnación; “(...) son actos procesales de los que pueden hacer uso las partes cuando consideran que una resolución del juez o tribunal perjudica su interés en el proceso y espera que el superior jerárquico la revoque o la anule, siguiendo las pautas procedimentales establecidas”.<sup>10</sup> DOIG DÍAZ, citando a DÍAZ MÉNDEZ sostiene, que:

“Con objeto de incrementar las garantías de justicia de las resoluciones judiciales, el ordenamiento procesal concede a las partes la posibilidad de combatir los errores en que pudieran haber incurrido los titulares de los órganos jurisdiccionales, mediante un conjunto de actos de postulación, a través de los cuales la parte disconforme por una determinada resolución judicial puede obtener su revisión, bien por el mismo órgano judicial autor de tal resolución, bien por otro superior.”<sup>11</sup>

7 GARCÍA RADA, DOMINGO. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 4a. ed. Editorial e Imprenta Carrera, Lima, enero de 1975, p. 233.

8 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima, 1999. p. 671.

9 ORE GUARDIA, ARSENIO. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2a. ed., Editorial Alternativas, Lima, 1999, p. 564.

10 SÁNCHEZ VELARDE, PABLO. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, mayo 2004. p. 855.

11 DOIG DÍAZ, YOLANDA. “El recurso de apelación contra sentencias”, en *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*, 1a. ed., Palestra Editores. Lima, 2005. p. 542. y DOIG DÍAZ, Yolanda. “El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la

De los conceptos expuestos queda claro que los elementos que configuran los medios de impugnación:

- i. El reexamen o revisión de un acto procesal, que puede estar o no contenido en una resolución judicial; o de todo un proceso;
- ii. Dicho reexamen lo debe solicitar el sujeto procesal legitimado que haya sufrido, a través del acto procesal cuestionado, un perjuicio, agravio, gravamen o desventaja procesal;
- iii. El reexamen será efectuado ya sea por el mismo órgano jurisdiccional que emitió el acto procesal cuestionado o por su superior jerárquico, y este nuevo examen puede acarrear la anulación o la revocación de dicho acto procesal;<sup>12</sup>
- iv. El agravio, que es el supuesto que legitima al sujeto procesal para peticionar la revisión del acto procesal; y
- v. La pretensión impugnatoria, que como ya se ha indicado, puede ser de revocación (cuando el agravio ha sido ocasionado por un error) o de anulación (cuando el agravio a sido producido por un vicio).

Los medios impugnatorios son entonces mecanismos procesales establecidos legalmente que permiten a los sujetos legitimados en el proceso, pedir a un juez o a su superior que reexamine un acto procesal o todo un proceso que le ha causado un perjuicio, a fin de lograr que la materia cuestionada sea parcial o totalmente anulada o revocada. Revisión que puede realizarse o dentro del mismo proceso en donde se emitió el acto procesal cuestionado, o en un proceso autónomo, lo que dependerá de la calidad de firmeza o de cosa juzgada de dicho acto manifestado a través de una decisión jurisdiccional. En este sentido, DEVIS ECHANDÍA señala que la noción de impugnación es genérica e incluye cualquier modo de repeler un acto procesal o varios, e inclusive a todo el juicio, sea en el curso del mismo o en otro posterior.<sup>13</sup>

---

generalización de la doble instancia y la instauración de la casación, en *La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo. Lima, agosto 2004. p. 187.

12 Al respecto puede revisarse MONROY GÁLVEZ, J. Ob. cit., p. 196, o GARCÍA RADA, D., Ob. cit., p. 233.

13 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1968. p. 664.

## 2. Naturaleza jurídica

Respecto a la naturaleza jurídica de la institución procesal de los medios de impugnación o del derecho mismo a impugnar, existen las siguientes posiciones:

- a) El derecho de impugnación es un derecho abstracto derivado del derecho de acción o en todo caso se halla vinculado a éste;
- b) El derecho de impugnación es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva;
- c) El derecho de impugnación se deriva del derecho a un debido proceso;
- d) La impugnación es una manifestación del control jerárquico de la administración de justicia.

- ***Impugnación y el Derecho de acción***

VESCOVI señala que el poder de impugnación dimana del derecho de acción o una parte de éste, o que en todo caso existiría una relación del todo a la parte entre la acción y el medio impugnativo correspondiente, como fuese dicho autor precisa que:

“Esta vinculación con el derecho de acción (...) hace que se deba concluir, también en este caso, que se trata de un derecho abstracto, que no está condicionado a la existencia real del defecto o injusticia. O dicho de otra manera, que no interesa que quien recurra tenga un derecho concreto; basta que se invoque su poder (abstracto) para que se le permita ejercer la actividad impugnativa, aunque luego, como sucede con la acción se le deniegue el derecho. O, inclusive, como acaece con la demanda (...) que se la rechace por defectos formales sin darle curso”.<sup>14</sup>

Para dicho autor, toda persona gozaría *per se* del derecho a impugnar sin que nadie pueda restringirlo, con lo que podría ejercitarlo cuando lo estime pertinente, cosa distinta es que cuando en concreto lo ejercite a

---

14 VESCOVI, ENRIQUE. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1988. pp. 12 y ss.

través de la interposición del medio impugnatorio correspondiente, éste pueda ser o no admitido, lo que dependerá en buena cuenta del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos para aquél, pero nadie le puede prohibir incoarlo.

VESCOVI es claro al señalar que existe una vinculación entre el derecho a impugnar y el derecho a la acción, además de considerar al primero como un derecho abstracto, al respecto debemos recordar que el derecho a la acción entendido como el derecho a iniciar un proceso, es un derecho efectivamente subjetivo, público, abstracto, autónomo y constitucional, es un derecho que permite acceder al órgano jurisdiccional o ya no hacerlo, y justamente su característica de abstracto lo convierte en un derecho continente pero sin contenido.

En el mismo sentido FAIREN GUILLÉN sostiene que la impugnación constituye una continuidad de la fuerza de la primitiva acción y su desarrollo en la pretensión, las cuales no se agotan con la resolución gravosa.<sup>15</sup> GUASH, siguiendo a PRIETO CASTRO o SERRA DOMÍNGUEZ, refiere que el derecho a impugnar no puede separarse del contenido del derecho a la acción que las partes ejercen continuadamente a lo largo del proceso.<sup>16</sup>

- ***Impugnación y los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva***

SÁNCHEZ VELARDE, al referirse a los medios impugnatorios, refiere que: “se trata del derecho de las partes con reconocimiento constitucional, pues se sustenta en los principios de pluralidad de instancias (...) y la observancia al debido proceso y tutela jurisdiccional (...)”.<sup>17</sup> DOIG DÍAZ, por su parte, refiere que: “consciente de su trascendencia, la Constitución peruana de 1993 junto al reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que los distintos ordenamientos suelen subsumir el derecho a los recursos (...) contempla expresamente el derecho a la pluralidad de instancia (...)”. De lo anterior podría concluirse que el constituyente peruano, en el marco del derecho a los recursos, ha vinculado al legislador a un concreto sistema de impugnación, sin negar, por lo tanto, una suerte de identifica-

15 FAIREN GUILLÉN, VÍCTOR. *Doctrina general del Derecho Procesal*. Bosch, Barcelona, 1990. p. 479.

16 GUASH. Ob. cit., p. 167.

17 SÁNCHEZ VELARDE, Ob. cit., p. 855.



ción entre el derecho al recurso y el principio de doble instancia.<sup>18</sup> Por su lado, ORÉ GUARDIA precisa que: “Los medios de impugnación constituyen la exteriorización del derecho al recurso, o simplemente del derecho a impugnar, que ciertamente es una variante del derecho a la tutela judicial por parte del Estado y además una expresión del irrenunciable derecho a la defensa.”<sup>19</sup> SAN MARTÍN CASTRO señala que: “la existencia de la impugnación (...) responde a un imperativo constitucional, incluso es contenido de un derecho fundamental y que, de no estar explícitamente considerado en el artículo 139.6, implícitamente lo estaría en el artículo 139.3 de la Ley Fundamental que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional”.<sup>20</sup>

Sobre la vinculación entre el derecho a impugnar y la tutela jurisdiccional efectiva, SIMONS señala al referirse al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que es el “derecho de acceder a los tribunales, que poseen todos los ciudadanos por el solo hecho de serlo y, por ende, capaz de materializar el derecho de acción, tiene inclusive la categoría de derecho fundamental de la persona”,<sup>21</sup> el mismo autor continúa mencionando que, para que la tutela jurisdiccional efectiva pueda ser considerada como un derecho pleno, ésta debe ser apreciada en toda su integridad.

Siguiendo la posición de CHAMORRO BERNAL, consideramos que el derecho a la impugnación (o el derecho al recurso legalmente establecido, según el referido autor) en tanto se incardina dentro del ámbito de lo que denomina el derecho de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas, forma parte del plexo garantista de la tutela jurisdiccional efectiva.<sup>22-23</sup> Sin embargo, debemos coincidir con SAN MARTÍN

18 DOIG DÍAZ, YOLANDA. “El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación, en la reforma del proceso penal peruano”. En *Anuario de Derecho Penal 2004*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo. Lima, agosto 2004. p. 190.

19 ORE GUARDIA, A. Ob. cit., p. 563.

20 SAN MARTÍN CASTRO. C. Ob. cit., p. 674.

21 SIMONS PINO, ADRIÁN. El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales. Manuscrito.

22 CHAMORRO BERNAL, FRANCISCO. *La tutela efectiva*. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1994, pp. 79 y ss.

23 El artículo 4o. del Código Procesal Constitucional, acuña el término de tutela procesal efectiva, dentro del cual incluye “el derecho a acceder a los medios impugnatorios regulados”.

CASTRO, cuando señala que si bien su naturaleza es la de ser parte del contexto garantista de la tutela jurisdiccional efectiva, el constituyente peruano, le ha dado un tratamiento autónomo, tal como puede apreciarse en el inciso 6o. del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, al consagrar el principio de instancia plural que es una manifestación del derecho a impugnar.

En lo que concierne a la vinculación de la impugnación y el derecho al debido proceso, quizás, teniendo en cuenta lo que ya se ha afirmado en los acápites precedentes, lo más difícil sea distinguir entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, en esta distinción, es importante tener claro que el concepto de tutela jurisdiccional efectiva se origina en la Europa continental, mientras el concepto de debido proceso tiene su origen mas bien en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América donde se lo conoce como el *due process of law*, el cual tiene una vertiente sustantiva, que es “la habitualmente denominada ‘Debido Proceso Legal Sustantivo’, dirigida más bien a evitar un comportamiento arbitrario de quien detenta alguna cuota de poder, máxime si con ese comportamiento arbitrario se vulneran algunos derechos considerados básicos, y por ende, susceptibles de tutela”,<sup>24</sup> y por otro lado tiene una vertiente procesal, “entendida desde su formulación original como la posibilidad de que en todo procedimiento seguido contra cualquier persona (proceso judicial, procedimiento administrativo o procedimiento entre particulares) se respeten ciertos elementos mínimos mediante los cuales se asegura el alcanzar el valor justicia dentro (o a través) de ese mismo procedimiento.<sup>25</sup> Elementos mínimos entre los que podemos citar al juez imparcial, al juez competente, la motivación de las decisiones judiciales, el plazo razonable, etc. No estando incluido dentro de tal concepto el de impugnación.

En ese orden de ideas la tutela jurisdiccional efectiva implicaría el derecho de toda persona de acceder a los órganos jurisdiccionales a fin de que se resuelva un determinado conflicto o incertidumbre jurídica y que lo que se decida, sea acorde a Derecho y sea efectivamente ejecutado, ahora bien en el desenvolvimiento del proceso dirigido a solucionar el conflicto o poner fin a la incertidumbre jurídica debe observarse las reglas del debido

---

24 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, ELOY. El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular. En *Cuadernos Jurisdiccionales*. Asociación Civil No Hay Derecho. Ediciones Legales S.A.C. Lima, abril 2000. p. 42.

25 *Ibidem*, pp. 44-45.

proceso, por lo que en ese orden de ideas el derecho a impugnar se deriva del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, porque no es una regla que debe observarse en la tramitación del proceso, sino es el derecho que tenemos de cuestionar las decisiones jurisdiccionales a fin de obtener una decisión final que resuelva el conflicto planteado.

Continuando con la discusión referida a la distinción entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, debemos tener en cuenta, además de lo ya señalado, que si bien la Constitución Política del Estado en el inciso 3o. de su artículo 139 pareciera diferenciar ambas garantías, sin embargo, es de destacar que el artículo 4o. del Código Procesal Constitucional, al referirse a la impugnación de resoluciones judiciales, vía acción de amparo, precisa que el debido proceso está incluido dentro de la tutela procesal efectiva,<sup>26</sup> entendiendo que el cambio de denominación a tutela procesal, busca establecer que tal garantía resulta de aplicación a cualquier proceso y no únicamente a los judicializados.

- ***Impugnación y principio de control jurisdiccional***

Existe un sector de la doctrina que señala que la impugnación constituye un mecanismo propio del principio de control de la administración de justicia, así BINDER precisa que a través de los medios de impugnación se cumple con el principio de control, que es un principio central en la estructuración del proceso y de todo el sistema de justicia penal, el mismo que se sustenta en cuatro pilares:

- a) La sociedad debe controlar cómo sus jueces administran justicia;
- b) El sistema de justicias penal debe desarrollar mecanismos de auto-control, para permitir la planeación institucional;
- c) Los sujetos procesales tienen interés en que la decisión judicial sea controlada;
- d) Al Estado le interesa controlar como sus jueces aplican el Derecho.

---

26 Artículo 4o. Procedencia respecto de resoluciones judiciales.

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...).

Continúa BINDER señalando que en el tema de los recursos —entendiendo como tal a la impugnación— se materializa, principalmente, el interés de control de los sujetos procesales; pero también influyen en ellos el interés social o estatal en normalizar la aplicación del Derecho. Siguiendo al mismo autor se puede mencionar que el derecho a recurrir debe entenderse como el establecimiento de un mecanismo que desencadena un mecanismo real de control sobre el fallo que va a ser ejercido por un órgano superior dotado de suficiente poder para revisarlo.<sup>27</sup>

Por su parte MAIER sostiene que: “Los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales, en pos de intentar demostrar su injusticia (agravio) y, de lograrlo, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso transformada en otra de sentido contrario, modificado o reformada, o incluso eliminada, fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancias de control burocrático que como garantías de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad. (...) El sistema así concebido llegó a nuestros días. En la administración de justicia penal sobre todo, subsistente el sistema de persecución penal estatal, los recursos no significan —en especial, el recurso contra la sentencia definitiva—, al menos en primer lugar, una garantía procesal a favor del imputado o del condenado, sino, antes bien, un medio de control por tribunales superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado, comprendidos en ella no sólo la forma de enjuiciamiento y su solución, sino también, en ocasiones, la fundamentación de las decisiones y la valoración que estos tribunales inferiores hacen del material incorporado al procedimiento (...).<sup>28</sup>

Concluye MAIER al señalar: “(...) que los recursos contra las decisiones judiciales no parecen responder, en origen, a la concesión de una garantía para el justiciable, sino, antes bien, a la necesidad de un control jerárquico interno y externo sobre la administración de justicia, propia de una organización jerárquica (de sentido vertical)”.<sup>29</sup>

27 BINDER, A. Ob. cit., pp. 286-287.

28 MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. 2a. ed., Editorial del Puerto. Buenos Aires, 2002. pp. 705-707.

29 MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Parte General. Editorial del Puerto SRL. Buenos Aires, 2003. p. 506.

GUASH, refiriéndose a las posiciones que vinculan a la impugnación como derivación del derecho de acción o a la impugnación como un mecanismo del principio de control jurisdiccional, señala que:

“el sistema de recursos cumple una doble función: a) servir como garantía al ciudadano; y b) servir como instrumento de control interno de la misma organización judicial. La pluralidad de órganos jurisdiccionales produce una mayor posibilidad de divergencias en los criterios doctrinales. Y, en estos casos, los recursos asumen un rol fundamental dirigidos a una labor unificadora de criterios (...)”.<sup>30</sup>

Si bien la impugnación pueda servir como un mecanismo de control jurisdiccional, ello en modo alguno, a nuestro parecer, significa que esa sea su naturaleza. Una cosa es su esencia y otra las utilidades que pueda tener, además, así aceptásemos su funcionalidad como mecanismo de control, se trataría de un mecanismo muy limitado, porque el ejercicio de la impugnación, como veremos mas adelante, depende de la decisión de los sujetos procesales legitimados, esto es, el control jurisdiccional sería dependiente de la voluntad de las partes.

Hecha esa salvedad, si ha de reconocerse que en la medida que se ejercite el derecho a la impugnación, uno de los efectos más importantes del reexamen, en la medida que éste sea efectuado por órgano superior, es que ello tiende al establecimiento de decisiones jurisdiccionales mas homogéneas, y por ende, al establecimiento de criterios jurisdiccionales comunes, que es finalmente una de las finalidades del control jurisdiccional.

- ***Impugnación y reconocimiento normativo***

Como hemos mencionado, desde nuestra perspectiva, el derecho a impugnar forma parte del plexo garantista del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que bastaría para tener contenido constitucional, sin embargo, como hemos mencionado, el constituyente, consciente de su importancia, lo ha dotado de reconocimiento autónomo al consagrar como principio y derecho de la función jurisdiccional, la pluralidad de instancia, tal como se aprecia en el inciso 6o. del artículo 139 de la Ley Fundamental. Adicional-

---

30 GUASH. S. Ob. cit., p. 167.

mente debemos señalar que el ejercicio de la impugnación permite que los engranajes de los mecanismos de control de las decisiones jurisdiccionales se pongan en funcionamiento.

El Código Procesal Penal de 2004 (en adelante, CPP), prescribe en el artículo I.4 del título preliminar que: “las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación”. En igual sentido, el artículo 404 del mismo ordenamiento adjetivo preceptúa que las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley. Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución.

De *lege ferenda* cabe precisar que el Código peca de redundante al hablar de recurso impugnatorio, cuando lo correcto es hablar de medio impugnatorio, ya que el recurso es una clase de aquél y por ende todo recurso lleva implícita la naturaleza impugnativa.

El TUO de la Orgánica del Poder Judicial también ha desarrollado este precepto en su artículo 11, donde prescribe que las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley. Por su parte el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que el proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

Este derecho a impugnar también ha sido reconocido por instrumentos internacionales aprobados por nuestra legislación interna así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.5 señala expresamente: “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley”,<sup>31</sup> del mismo modo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2o.h. señala que durante el proceso toda persona tiene dere-

---

31 El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Vid. Constitución Política del Perú y tratados sobre derechos humanos. 4a. edición oficial. Ministerio de Justicia, Editora Perú 2001. p. 474.

cho, en plena igualdad, al derecho a recurrir el fallo ante juez o Tribunal Superior.<sup>32</sup>

### 3. Fundamento de la impugnación

#### ● *Falibilidad jurisdiccional*

En general la doctrina coincide en señalar que el fundamento de los medios impugnatorios es la capacidad de falibilidad de los órganos jurisdiccionales, en tanto el error es inmanente a la condición de seres humanos. En ese sentido Guash sostiene que “se suele afirmar que el sistema de recursos tiene su justificación en la falibilidad humana y en la necesidad, con carácter general, de corregir los errores judiciales.<sup>33</sup> VESCOVI, por su parte, señala que “los medios impugnativos (...) aparecen como el lógico correctivo para eliminar los vicios e irregularidades de los actos, representando un modo de buscar su perfeccionamiento. Y en definitiva, una mayor justicia”.<sup>34</sup>

BELING incidiendo más en el tema de la falibilidad, precisa que:

“Aquellos a quienes afecte una resolución judicial estarán frecuentemente descontentos de ella. En efecto, la posibilidad de que los hombres puedan errar y de que incluso pueda haber mala voluntad hace posible que la resolución no se haya dictado como debía dictarse. La Ley permite por lo tanto, en muchos casos (...) su impugnación (...)”<sup>35</sup>

Por su parte DEVIS ECHEANDÍA señala que el derecho de recurrir, cuya naturaleza es estrictamente judicial, es un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso y a cualquier título o condición, para que se co-

32 La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la misma que fue suscrita por el Perú el 27 de julio de 1977 y aprobada mediante Decreto Ley No. 22231 del 11 de julio de 1978. Vid. *Ibidem* p. 509 y ss.

33 GUASH, S. *Ob. cit.*, p. 166

34 VESCOVI, ENRIQUE. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1988. p. 25.

35 BELING, E. *Ob. cit.*, p. 247.

rrijan los errores del juez, que le causan gravamen o perjuicio.<sup>36</sup> En igual sentido GOZAINI señala que: “La finalidad que persigue el reexamen de decisiones que no conforman es posible en tanto se coincide en señalar la falibilidad humana (‘los jueces también son hombres’ decía CALAMANDREI) y la aspiración de justicia en cada situación particular.”<sup>37</sup>

SAN MARTÍN CASTRO señala que: “el fundamento de la impugnación no es otra que la falibilidad humana. Por ello, OSVALDO ALFREDO GOZAINI apunta que precisamente la impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador, y, con ello, a lograr la eficacia del acto jurisdiccional”.<sup>38</sup>

ORÉ GUARDIA señala que:

“Se admiten como fundamentos de la impugnación los siguientes: la necesidad de un pleno acierto en la aplicación del derecho, la importancia de los bienes jurídicos afectados por una decisión judicial, la necesidad de facilitar el control de la decisión judicial por las partes, así como el grado de falibilidad que puede revestir la decisión de los jueces en tanto seres humanos.”<sup>39</sup>

Sobre esta percepción de ORÉ GUARDIA discrepamos que el pleno acierto en la aplicación del derecho y el control de las decisiones jurisdiccionales sean fundamentos de los medios impugnatorios, mas bien se tratan de temas vinculados a la naturaleza jurídica de los mismos, tal como apreciamos en el acápite pertinente, siendo el acierto en la aplicación del derecho una consecuencia del principio de control jurisdiccional.

DOIG DÍAZ por su lado conceptúa a los medios impugnatorios como mecanismos que pueden utilizar las partes para combatir los errores en que pudieran haber incurrido los órganos jurisdiccionales.<sup>40</sup> Para MONROY GÁLVEZ el juzgar es más que una mera actividad humana, ya que es la expresión más elevada del espíritu humano, pero a pesar de su impor-

36 DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de Derecho Procesal*. Editorial ABC, Bogotá, 1996. p. 562.

37 GOZAINI, OSVALDO ALFREDO. *Recursos judiciales*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1993. p. 10.

38 SAN MARTÍN CASTRO, C. Ob. cit., p. 672.

39 ORE GUARDIA, A. Ob. cit., p. 563

40 DOIG DÍAZ, Y. Ob. cit., Cita 11. p. 541.



tancia, aparece contrastada por el hecho de que sólo es un acto humano y por ende es pasible de error, por lo que es necesario que tal acto pueda ser revisado, revisión que se logra a través de los medios impugnatorios.<sup>41</sup>

En conclusión, el fundamento que sustenta que faculta a las personas de ejercer el derecho a impugnar un acto procesal se basa en que el acto es potencialmente falible. Esto es susceptible de incurrir en errores o vicios, ya sea por desconocimiento, ignorancia, equivocación o de manera dolosa, toda vez que está en la esencia del ser humano cometer errores.

Debido a que los magistrados son los responsables de solucionar los conflictos, resulta razonable que las partes del proceso puedan acudir al propio juez, o en la mayoría de casos, a jueces jerárquicamente superiores, para que reexaminen la primera decisión. Para que, de ser el caso, subsanen el error o vicio incurrido, y dispongan los remedios necesarios, a fin de enderezar el proceso hacia su finalidad última, que es la consecución de la paz social. La misma que se obtendrá en la medida que los conflictos sociales puestos a conocimiento de los órganos jurisdiccionales sean resueltos conforme a Derecho.

En consecuencia el fundamento de la impugnación se desenvuelve entre dos pilares. Por un lado, la falibilidad humana del juzgador. Y por otro, la necesidad, también humana, de no contentarse con una sola decisión que va a tener consecuencias sobre los intereses propios de los sujetos procesales.

Resulta pertinente cerrar este acápite con lo señalado por YÁÑEZ VELASCO: “Si no fuese posible el equívoco en el actuar humano, y por ende en el juicio, no sería necesario ningún instrumento impugnatorio en el sistema jurídico procesal.”<sup>42</sup>

### ● *Errores y vicios*

El fundamento de la impugnación es la falibilidad, como característica propia de todo ser humano en general, y por ende también, de los jueces en particular; cuyos yerros, en el ejercicio de su función jurisdiccional, tienen mucha mayor trascendencia e implicancia porque deciden respecto de pretensiones ajenas a las propias.

41 MONROY GÁLVEZ, J. Ob. cit., p. 195.

42 YÁÑEZ VELASCO, RICARDO. *Derecho al recurso en el proceso penal*. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas No. 34. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. p. 85.

Esta posibilidad de falibilidad judicial, se manifiesta a través de decisiones judiciales que pueden contener vicios o errores. Por un lado, *los vicios o errores in procedendo*, son consecuencia de una aplicación indebida o inaplicación de normas de carácter adjetivo, que traen como consecuencia irregularidades en la estructura de la decisión judicial o en el procedimiento seguido para su emisión. En tal sentido, los vicios ocurren por defecto de trámite (inobservancia de la norma ritual) o por defecto en la estructura de la resolución, que se traduce en defectos de motivación.

Por otro lado, *los errores propiamente dichos o errores in iudicando*, son consecuencia de una inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de una norma de derecho material.<sup>43</sup> El error es propio de las decisiones jurisdiccionales y no de los actos anteriores a su emisión.<sup>44</sup>

Los errores *in iudicando* pueden ser *in facto* o *in iure*. Serán *in facto* cuando la resolución aparece fundada en un supuesto fáctico falso o incorrectamente interpretado.<sup>45</sup> Este error sólo puede ser deducido ante los llamados jueces del mérito —como el juez de apelación— y no ante el juez de casación (...).<sup>46</sup> Y serán *in iure* cuando a causa de no haberse comprendido adecuadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma distinta a la que debió en realidad aplicarse o se asigna a la norma aplicable un alcance equivocado.<sup>47</sup> Este error se lo puede deducir tanto ante los jueces del mérito como ante la Corte de Casación.<sup>48</sup>

Como corolario podemos mencionar que el fundamento central de la impugnación es la falibilidad humana, la misma que puede materializarse a través de la existencia de vicios o errores al interior de un acto procesal, y en la medida que éstos produzcan un perjuicio o gravamen a un sujeto procesal, éste tiene expedito su derecho a impugnar dicha decisión jurisdiccional. Al respecto es de recordar lo señalado por JIMÉNEZ ASENJO: “(...) Toda resolución que pueda producir alguna consecuencia notoria en

43 MONROY GÁLVEZ, J. Ob. cit., pp. 199-200.

44 Vid. MANZINI VINCENZO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo V. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 6.

45 PALACIO, LINO ENRIQUE. *Los recursos en el proceso penal*. 2a. ed. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2001, p. 25.

46 MANZINI, V. Ob. cit., p. 6

47 PALACIO, L. Ob. cit., p. 25.

48 MANZINI, V. Loc. Cit. p. 6.

la definitiva es por naturaleza revisable, a instancia de la parte que se considere agraviada o gravada por ella, puesto que el error, la ignorancia o la perficia son tan humanas como la virtud misma.”<sup>49</sup>

La impugnación es sin duda la institución procesal que sirve para cuestionar lo resuelto por los órganos jurisdiccionales. Su ejercicio es atributo de las partes y en el mismo se encierra la imputación a los jueces de haber incurrido en vicios o errores, es por ello, que probablemente sea la institución procesal que les genera menor afecto. Y es que la impugnación rompe el conocido axioma “Jurisdicción ejercitada, jurisdicción agotada” y el juez que dictó la resolución objeto de cuestionamiento, sobre todo si lo que se ha ejercitado es un recurso, tendrá que ser un simple espectador de la revisión de su producto a cargo de un órgano jurisdiccional superior.

#### 4. Clasificación de los medios de impugnación

CORTÉS DOMÍNGUEZ señala que existen recursos que son impugnaciones en sentido estricto y que tienen como finalidad obtener la nulidad o rescisión de la resolución judicial, pero además existen recursos que deben ser entendidos como verdaderos medios de gravamen, por cuanto su finalidad es obtener una resolución judicial que sustituya a la impugnada.<sup>50</sup>

GUASH por su parte nos indica que hay que diferenciar entre lo que son recursos y lo que son las acciones de impugnación. Las primeras son medios impugnatorios que se dirigen a cuestionar las sentencias que no han adquirido firmeza, se dan al interior de un proceso y no implica el ejercicio de una nueva acción dirigida a iniciar un nuevo proceso. Son pues, medios impugnatorios que sirven para pasar de un grado a otro de la jurisdicción sin romper la unidad del proceso. Por el contrario, las acciones de impugnación sirven para cuestionar sentencias firmes, pudiendo por ende, concebirse como el ejercicio de una nueva acción de carácter constituido que debe originar un nuevo proceso, citando como ejemplo el proceso civil de revisión —legislación española.

HITTERS, citando a CALAMANDREI y CHIOVENDA, distingue entre medios de gravamen y acciones de impugnación, y en líneas generales se pondría mencionar que los medios de gravamen son los que se interponen dentro

---

49 JIMÉNEZ ASENJO, ENRIQUE. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. p. 318.

50 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. Ob. cit., pp. 633-634.

de un mismo proceso y evitan la formación de cosa juzgada, en cambio las acciones de impugnación originan un nuevo proceso.<sup>51-52</sup>

ROXIN por su parte sostiene que:

“Los medios de impugnación son clasificados en ordinarios y extraordinarios. A los ordinarios pertenece la queja (...), la apelación (...), la casación (...) y la oposición al mandato penal (...) Medios de impugnación extraordinarios son aquellos que suprimen la cosa juzgada, como la revisión del procedimiento (...), la reposición al estado anterior (...) y el recurso (queja o amparo) constitucional (...). La queja, la apelación y la casación conforman el grupo de los recursos (...)”<sup>53</sup>

En nuestra legislación, el Código Procesal Civil, en su artículo 356, clasifica los medios impugnatorios en recursos y remedios, precizando que los remedios pueden ser formulados por el sujeto procesal que sienta agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones, y por su lado los recursos, pueden ser interpuestos por los sujetos procesales que se consideren agraviados con una resolución o parte de ella a fin de lograr un nuevo examen de ésta para que se subsane el vicio o error alegado.

MONROY GÁLVEZ, comentando la norma antes citada, señala que los medios impugnatorios se clasifican en remedios y recursos, siendo los remedios los medios impugnatorios a través de los que los sujetos procesales legitimados piden se reexamine todo un proceso a través de uno nuevo o, por lo menos, el pedido de reexamen está referido a un acto procesal, siendo su rasgo distintivo el estar destinado a atacar cualquier acto procesal, salvo aquellos que se encuentran contenidos en resoluciones, porque justamente para atacar los actos procesales contenidos en resoluciones judiciales existen los recursos.<sup>54</sup>

51 HITTERS, JUAN CARLOS. *Técnica de los recursos ordinarios*. 2a. ed. Editora Platense. La Plata, 2004, pp. 31-35.

52 Al respecto también puede revisarse VILELA CARVAJAL, KARLA. “La cosa juzgada y la nulidad de una sentencia firme”, en *Revista de Derecho*, Vol. 6, 2005. Universidad de Piura. p. 141 y ss.

53 ROXIN, CLAUS. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, S.R.L. Buenos Aires, 2000. p. 446.

54 MONROY GÁLVEZ, J. Ob. cit., pp. 197-198.

Para HINOSTROZA MÍNGUEZ, los remedios son aquellos medios impugnatorios dirigidos a lograr que se anule o revoque o reste eficacia, ya sea en forma parcial o total, a actos procesales que no se encuentren contenidos en resoluciones y que por lo general, son resueltos por el mismo juez que conoció del acto procesal materia de impugnación. Y los recursos son medios impugnatorios dirigidos a lograr la revisión de una resolución judicial afectada de vicio o error de forma o de fondo, a efecto de que sea revocada o invalidada, total o parcialmente, por el órgano jerárquico superior, que deberá emitir una nueva decisión al respecto u ordenar al inferior jerárquico que lo haga de acuerdo a los considerandos del primero.<sup>55</sup>

De lo señalado se puede colegir que tanto los remedios y los recursos como medios impugnatorios son mecanismos que sirven a los sujetos procesales para cuestionar actos procesales que les hayan causado perjuicios, estando los remedios destinados a la impugnación de actos procesales que no se hallan contenidos en resoluciones judiciales, y los recursos a cuestionar los actos procesales que sí se hallan contenidos en resoluciones judiciales. Debe tenerse en cuenta que para MONROY GÁLVEZ, los remedios además servirían para buscar el reexamen de todo un proceso a través de uno nuevo, con lo que en este sentido los remedios serían similares a las acciones de impugnación mencionadas por GUASH).

El CPP no recoge expresamente una clasificación de medios impugnatorios, incluso en el Libro Cuarto denominado “La Impugnación”, hace expresa mención a un tipo específico de medios impugnatorios que son los recursos, estando constituido su sistema recursal por la reposición, la apelación, la casación y la queja, tal como lo establece el artículo 413 del referido cuerpo normativo; sin embargo en el título tercero de la sección primera del Libro Segundo se regula la institución de las nulidades procesales (artículos 149 a 154), que en principio son remedios, salvo que se comporten como recursos cuando la pretensión impugnatoria está dirigida a atacar un vicio procesal contenido en una resolución judicial. Por ejemplo, cuando se plantea la nulidad de una sentencia —sin apelarla— porque ésta no se halla debidamente motivada.

Un punto a analizar es la llamada *acción de revisión*, prevista en la sección séptima del mencionado Libro Cuarto del CPP (artículos 439 a 445), tema que para efectos de la clasificación de los medios impugnatorios, resulta necesario hacer las siguientes precisiones.

---

55 HINOSTROZA MÍNGUEZ, A. Ob. cit., pp. 338-339.

El artículo 439 del acotado cuerpo normativo señala que la acción de revisión procede contra sentencias condenatorias firmes, en los supuestos allí indicados, y el artículo 441 habla de una demanda de revisión, entendiéndose a la demanda como la efectivización del ejercicio del derecho de acción, lo que significa que la revisión sería una nueva acción que va a generar un proceso nuevo en el que justamente se va a cuestionar la sentencia condenatoria firme dictada en un proceso precedente.

En ese sentido DÍAZ MARTÍNEZ, comentando su *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, sostiene que:

“El recurso de revisión puede ser conceptualizado como una acción de impugnación autónoma, de naturaleza excepcional, que resulta admisible únicamente en aquellos supuestos legalmente tasados en que se ponga en evidencia la injusticia de una sentencia firme de condena, cuya finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre dicha resolución judicial, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal (...) y a pesar que la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* califique como recurso a la revisión, en puridad, no estamos ante el ejercicio de medio de impugnación alguno, sino más bien ante un proceso nuevo e independiente en el cual se ejercita una acción de impugnación autónoma con el fin de lograr la anulación de una sentencia firme, que por definición, no es susceptible de recurso alguno. Como acción de revisión lo califica acertadamente el CPP peruano (...).”<sup>56</sup>

Desde esta perspectiva, de acuerdo a la clasificación propuesta por MONROY GÁLVEZ, la acción de revisión constituiría un remedio, y desde la perspectiva de GUASH, la revisión constituiría una acción de impugnación, perspectiva con la cual coincidimos.

Por otro lado, consideramos que los medios impugnatorios se clasifican en medios impugnatorios intra proceso, y medios impugnatorios extra proceso o acciones de impugnación.

---

56 DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL. “La acción de revisión”. En: VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA y otros (coordinadores) *El Nuevo Código Procesal Penal. Estudios Fundamentales*. Palestra Editores. Lima, 2003, pp. 565-566.

Los **medios impugnatorios extra proceso** o acciones de impugnación, que permiten cuestionar decisiones jurisdiccionales que tienen la calidad de firmeza o han adquirido la condición de cosa juzgada formal, cuestionamiento que, en general se ejercita a través de una nueva acción y que genera un proceso autónomo al proceso en donde ocurrió el acto procesal impugnado. Dentro de este rubro podemos citar, a la acción de revisión, o a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

Podría sostenerse que dentro de este rubro, se incardinan las acciones de garantía constitucional, como el amparo o el *habeas corpus*, mecanismos procesales que pueden servir de conducto para cuestionar decisiones adoptadas al interior de un proceso penal. Sin embargo, podrían apreciarse algunas diferencias; en el caso de las acciones de impugnación éstas son interpuestas en el caso de procesos fenecidos, lo que no necesariamente ocurre cuando se interponen acciones de amparo o *habeas corpus*; además las primeras son interpuestas ante órganos jurisdiccionales de igual especialidad de aquellos que decidieron en el proceso fenecido, así la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta se interpone ante juez civil; la acción de revisión se interpone ante la Sala Penal de la Corte Suprema.

Los *medios impugnatorios intra proceso*, que permiten cuestionar decisiones jurisdiccionales dentro del mismo proceso, y que por ende no se tratan de decisiones firmes ni mucho menos con calidad de cosa juzgada, por el contrario el empleo de dichos medios impugnatorios, normalmente, permite subir de grado jurisdiccional, a fin que el órgano jerárquico superior al que emitió la decisión cuestionada, pueda revisarla, pero todo dentro del mismo proceso.

Los medios impugnatorios intra proceso se clasifican en recursos y remedios, siendo los primeros los que sirven para cuestionar decisiones contenidas en resoluciones judiciales, como la apelación o la casación; en cambio los segundos son empleados para cuestionar actos procesales no contenidos en resoluciones, como es el caso de los decretos. Por ello es que dentro de este criterio, constituye un error haberle otorgado a la reposición la calidad de recurso. Como ejemplos de remedios procesales hallamos el importante campo de los incidentes de nulidad que pueden ser planteados respecto de actos procesales, tales como notificaciones, actos

de asunción de pruebas, etc.<sup>57</sup> Pero no comprenden la nulidad de resoluciones judiciales que se deduce por vía de recursos.<sup>58</sup>

## II. RECURSOS

### 1. Clasificación de los recursos

Los recursos son medios impugnatorios a través de los cuales las partes pretenden la modificación o anulación de una resolución judicial aún no firme que les perjudica o causa gravamen.<sup>59</sup> Como ya lo señalamos, son medios impugnatorios intra proceso, es decir sirven para subir de grado de jurisdicción al interior de un mismo proceso, buscando que determinada resolución que ha causado agravio a uno de los sujetos del proceso, no consiga la calidad de firme o de cosa juzgada.

- *Por el órgano revisor*

De acuerdo a este criterio los recursos se clasifican en propios e impropios. Son propios cuando quien va a resolver es el órgano jurisdiccional superior, y son impropios, cuando el ente revisor es el mismo órgano jurisdiccional que expidió la resolución impugnada. Es importante precisar “que este criterio no toma en cuenta el juez ante quien se interpone el recurso, sino más bien el juez que lo resuelve”.<sup>60</sup>

En el CPP, en principio, los recursos son interpuestos ante el juez que emitió la resolución recurrida, tal como lo establece la parte final del inciso primero del artículo 404, y el reexamen de la resolución impugnada puede estar a cargo del mismo juez, como es el caso del llamado recurso de reposición previsto en el artículo 415 del acotado cuerpo normativo, o del superior jerárquico como es el caso del recurso de apelación, tal como

57 El artículo 382 del Código Procesal Civil establece que el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada.

58 DE SANTO, VÍCTOR. *Tratado de los recursos*. Tomo I, Recursos ordinarios. 2a. edición actualizada. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999. pp. 113-114.

59 ARMENTA DEU, TERESA. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3a. ed. Marcial Pons. Madrid, 2007, p. 279.

60 MONROY GÁLVEZ, J. Ob. cit., p. 200



establece el artículo 417 del CPP. En consecuencia, atendiendo al criterio clasificatorio bajo estudio, el primero será un recurso impropio y el segundo uno de naturaleza propia.

- ***Por la atribución del órgano revisor***

Ésta es una clasificación aplicable a los recursos propios, es decir a aquellos en donde el re examen de la resolución cuestionada está a cargo del órgano jurisdiccional superior al del magistrado que la emitió. Desde esta perspectiva los recursos pueden ser positivos o negativos. Serán positivos cuando el órgano jurisdiccional superior tiene la atribución, además de declarar la ineficacia del contenido de la resolución cuestionada, declarar el derecho que corresponde en lugar de aquel cuya ineficacia ha sido declarada; en cambio en los negativos, el órgano jurisdiccional superior tiene la atribución de dejar sin efecto el contenido de la resolución cuestionada y además de ordenar al inferior emita una nueva resolución. MONROY GÁLVEZ, incluso, precisa que los recursos negativos a su vez presentan una subclasificación, por cuanto habrá recursos negativos que le imponen al inferior una manera de decidir, y habrá otros en los que el inferior, si lo considera, puede ratificar su decisión inicial.<sup>61</sup> En ese sentido HITTERS señala como ejemplo de los recursos negativos a la casación pura del sistema francés en donde lo único que se busca es derribar el fallo impugnado, luego de lo cual el órgano casatorio no dicta el derecho que corresponde sino que procede al reenvío para que otro tribunal dicte nuevo pronunciamiento.<sup>62</sup>

El recurso de casación, que es un recurso propio, en nuestro nuevo ordenamiento procesal puede tener naturaleza positiva o negativa, ya que el artículo 433 señala que en sede casatoria la Sala Penal de la Corte Suprema, de declarar fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la resolución impugnada, podrá decidir por si el caso (es decir dictar el derecho que corresponde) u ordenar el reenvío del proceso, en el primer supuesto el efecto es de naturaleza positivas y en el segundo es de naturaleza negativa.

- **Por las formalidades exigidas**

Según este criterio, los recursos se clasifican en ordinarios y extraordinarios. Los recursos ordinarios son aquellos que basta para su interpo-

61 *Ibidem*, p. 201.

62 HITTERS, J. *Ob. cit.*, p. 30 y 67.

sición y posterior concesión el cumplimiento normal de los requisitos de admisibilidad y procedencia, básicamente la fundamentación del mismo precisando el vicio o error en que se ha incurrido al dictar la resolución cuestionada, el típico ejemplo de este tipo de recursos es la apelación.

Sin embargo los recursos extraordinarios, son de carácter excepcional, no proceden contra cualquier tipo de resolución judicial y requieren el cumplimiento de un mayor número de requisitos de admisibilidad y procedencia, que la mera argumentación del mismo, el típico ejemplo de recurso extraordinario es la casación.<sup>63</sup> Sin embargo HITTERS, nos señala que existen otros autores como JAIME GUASP que dentro de este criterio de ordenación, además de aceptar la clasificación de recursos en ordinarios y extraordinarios agregan un clase más y que son los recursos excepcionales, “caracterizados más bien como acciones autónomas” como por ejemplo el recurso de revisión contra sentencia firme y que en general deben ser planteados ante un grado supremo de la jerarquía judicial.<sup>64</sup> A nuestro criterio se está confundiendo el recurso excepcional con el concepto de acción impugnatoria.

- ***Por la trascendencia del acto procesal impugnado***

Según este criterio de ordenación los recursos podrían clasificarse en recursos principales e incidentales. “Para tal distinción se parte de la base de la relación del recurso con la cuestión principal del juicio; desde este cuadrante serían principales los que atacan las decisiones que ponen fin al pleito, e incidentales los que se dirigen contra las providencias interlocutorias.”<sup>65</sup>

- ***Por sus efectos***

Atendiendo a este criterio de ordenación los recursos se clasifican como recursos con efecto devolutivo, recursos con efecto suspensivo, recursos con efecto extensivo y recursos con efecto diferido. El desarrollo de los mismos lo abordaremos en un acápite específico respecto a los efectos de los recursos.

63 SAN MARTÍN CASTRO, C. Ob. cit., p. 689.

64 HITTERS, J. Ob. cit., pp. 70-72.

65 *Ibidem*, p. 67.

## **2. Principios aplicables a los recursos**

### ***2.1 Principio de legalidad o taxatividad***

Sólo pueden interponerse los recursos expresamente previstos en la ley. Este principio es recogido por los artículos 1.4 y 404.1 del CPP los cuales señalan que las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley. Ello significa que los recursos sólo pueden ser creados por ley y por ende no tienen cuño jurisprudencial. En el acuerdo plenario No. 5-2008/CJ-116 se señala que uno de los principios que regula el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley.

### ***2.2 Principio de formalidad***

Los recursos deben —por regla— ejercitarse de conformidad con el procedimiento prescrito por los códigos rituales.<sup>66</sup> Una manifestación de este principio es el llamado principio de consumación, según el cual cuando el justiciable ha elegido una vía recursal de manera errónea ya no puede subsanar su error aunque el plazo de interposición previsto legalmente aún no se haya cumplido. Este principio de consumación, entendemos no ha sido acogido por nuestro sistema recursal.

Obviamente dentro de este principio se incluyen todos los requisitos de admisibilidad y procedencia de cada recurso y que se hayan establecido por ley, sin embargo, este conjunto de requisitos forma parte de los llamados presupuestos objetivo de los recursos, y en ese entendido reservaremos su desarrollo para el momento de tocar dicho tema.

Las formalidades comunes a todo el sistema de recursos del CPP se hallan previstas en su artículo 405, donde se regulan los requisitos para la interposición de los recursos, el sujeto legitimado para interponerlos y el modo en que se presentan.

### ***2.3 Principio de adecuación***

Este principio busca identificar la compatibilidad entre el recurso y los efectos del mismo, con el acto que se pretende cuestionar con aquel, de

---

66 HITTERS, J. Ob. cit., p. 56.

donde se puede concluir que un recurso será adecuado cuando los efectos del mismo sirvan para detener las consecuencias del acto procesal que se impugna.

#### **2.4 Principio de unicidad o especialidad o singularidad**

Generalmente la propia ley establece un determinado recurso para impugnar determinadas resoluciones, de forma tal que “cuando corresponde uno normalmente no se admite otro”,<sup>67</sup> o como señala HITTERS, este principio significa que cada resolución, generalmente, tolera un solo carril de impugnación y no varios.<sup>68</sup> A este principio se contraponen la llamada doctrina del recurso indiferente, de origen alemán que permite la interposición de varios medios impugnatorios a la vez para atacar la misma decisión jurisdiccional, correspondiéndole al órgano jurisdiccional elegir la vía impugnatoria que permita más rápidamente obtener la decisión final.

SAN MARTÍN CASTRO comentando el artículo 328 del Código Procesal Penal de 1991, cuya redacción es similar al inciso primero del artículo 404 del CPP, señala: “es de tener presente que la norma en mención lo que impide es la regla de la interposición subsidiaria de un recurso con otro al acoger el modelo de la unicidad de los recursos”.<sup>69</sup>

El Tribunal Constitucional, ha hecho referencia expresa a los principios analizados, en la STC No. 0478-2005-PA/TC (LIMA), de fecha 28 de octubre de 2005, donde señala:

“(...) el tema de la impugnación regido por los principios de legalidad y especialidad, de modo tal que el justiciable no puede ofrecer medios impugnatorios no previstos en la ley ni utilizar arbitrariamente alguno de los que conforman el catálogo de medios para destinarlo específicamente a cuestionar resolución de tipo distinto a la que le causa agravio, en una suerte de aplicación del proscrito ‘Recurso indiferente’ no aceptado por nuestro sistema recursivo”.

67 SÁNCHEZ VELARDE, Ob. cit., p. 858.

68 HITTERS, J. Ob. cit., p. 55 a 58.

69 SAN MARTÍN CASTRO, C. Ob. cit., p. 680.

## 2.5 Principio *pro actione* en materia recursal

A través de este principio lo que se pretende es que el órgano jurisdiccional al momento de efectuar la correspondiente calificación de un medio impugnatorio, antes de rechazarlo o declararlo inadmisibles por el supuesto incumplimiento de algún requisito previsto para su interposición, debe otorgar la posibilidad para su subsanación. Principio que a nuestro entender encuentra un mayor campo de aplicación a nivel de los recursos ordinarios y sobre todo cuando se trate de preservar el derecho a una instancia plural.

Al respecto resulta interesante citar las sentencias del Tribunal Constitucional Español STC 99/1990 de 24 de mayo de 1990 y STC 31/1992 de 18 de marzo de 1992, en donde se precisa que:

“(...) no debe rechazarse o declararse inadmisibles un recurso defectuosamente interpuesto o formalizado sin dar previamente ocasión a la subsanación de los defectos advertidos, siempre que no tengan su origen en una actitud negligente o maliciosa del interesado y no dañe la regularidad del procedimiento ni los intereses de la parte contraria”.<sup>70</sup>

## 2.6 Principio de trascendencia

Significa que para que se pueda interponer un recurso es necesario que el sujeto legitimado haya sufrido un agravio o perjuicio o gravamen, con la resolución que es materia de impugnación. Precepto que se halla recogido en el literal *a)* del inciso primero del artículo 405 del CPP, cuando señala que para la admisión del recurso se requiere: *a)* Que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución (...). De Santo sostiene que como acto procesal de parte, constituye requisito subjetivo de admisibilidad de todo recurso el interés de quien lo plantea. Determina este interés la existencia de un gravamen, o sea de un perjuicio concreto resultante del pronunciamiento, que afecta al recurrente y consiste, en términos generales, en la disconformidad entre lo solicitado y lo resuelto.<sup>71</sup>

70 Citadas por CORDON MORENO, FAUSTINO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*. 2a. ed. Aranzadi. A Thomson Company. Navarra, 2002. p. 204.

71 DE SANTO, V. Ob. cit., p. 122.

## 2.7 Principio dispositivo

Este principio también se manifiesta como un elemento propio de los presupuestos subjetivos de los recursos y que en líneas generales significa que los recursos como mecanismos para el ejercicio del derecho de impugnación, sólo pueden ser incoados o planteados por los sujetos procesales legitimados, de donde resulta que el re examen de una resolución judicial sólo tendrá lugar en la medida que alguno de los sujetos procesales haya interpuesto su respectivo recurso, por ello es que la llamada consulta no es por naturaleza un medio impugnatorio, siendo por ende también discutibles los llamados recursos de oficio, en donde el concesorio procede no por el ejercicio previo de la voluntad de los sujetos procesales al interponer un medio impugnatorio sino por mandato de la ley.

GOZAINI sostiene que los recursos se articulan y desenvuelven a pedido de parte, característica que demuestra, en primer lugar, la vigencia absoluta del principio dispositivo. Sea cual fuere el vicio de la sentencia —o el acto procesal— la iniciativa de revisión viene generada por el interés de quien resulta agraviado, siendo por lo tanto, una vía opcional o facultativa (...) En segundo término, no debe perderse de vista que, a partir de la decisión voluntaria de impugnar, se abre una nueva etapa en el proceso, esta vez a cargo exclusivo del órgano que debe resolver la queja (mismo juez, o tribunal superior).<sup>72</sup>

En este tema, llama la atención la regulación que el legislador ha dado a la nulidad procesal, instituto cuya naturaleza impugnatoria es innegable (remedios), y que por lo tanto su aplicación debe estar regida por el principio dispositivo, sin embargo apreciamos que han sido sacadas de la órbita estructural de la impugnación para incardinarlas en la sección primera del libro segundo del CPP, dentro del rubro de preceptos generales de la actividad procesal, posibilitando la declaración de nulidades de oficio, es decir sin necesidad de alegación de parte, criterio de técnica legislativa que no compartimos, y que entendemos, constituye una manifestación mas de la tendencia judicialista del CPP, que permite controlar el proceso sin importar el uso de un mecanismo, que por naturaleza, es de ejercicio privativo de la parte.

A nuestro criterio consideramos que en el CPP, otro rezago de la “oficialidad” en la impugnación, lo constituye la institución de la discre-

---

72 GOZAINI, O. Ob. cit., p. 31.

pancia que puede efectuar el juez de garantía respecto del pedido de sobreseimiento planteado por el representante del Ministerio Público, pretensionando que el Fiscal Superior modifique la decisión del provincial y le ordene la formulación de una acusación, lo que sin duda alguna constituye otorgar atribución impugnativa al juez respecto de la decisión fiscal, lo que, independientemente a vulnerar el principio acusatorio, genera una gran interrogante ¿cuál es el agravio del juez que lo legitima para impugnar?

Vinculado al principio dispositivo se encuentra el principio de *congruencia procesal*, por el cual el órgano de revisión sólo puede pronunciarse respecto a lo que ha sido materia de impugnación. En ese sentido RAMÓN TEODORO RÍOS nos señala:

“(...) El Tribunal que decide el recurso conoce del proceso sólo en cuanto a los puntos de la decisión a los cuales se refieren los agravios, de tal modo que la manifestación concreta del impugnante acerca de los motivos por el que el fallo resulta injusto constituye la frontera de la competencia funcional del tribunal *ad quem*”.<sup>73</sup>

Este principio ha sido recogido por el inciso primero del artículo 409 del CPP, cuando señala que la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, sin embargo el legislador amplía esta competencia para otorgarle al órgano revisor la capacidad también de declarar la nulidad sólo en caso que advierta la concurrencia de nulidades absolutas o sustanciales que no fueron materia de impugnación, esta ampliación de competencia no es definitivamente una derivación del principio de congruencia procesal. Principio que por lo demás, en materia impugnatoria, suele expresarse a través del aforismo latino *tantum devolutum quantum appellatum*.

El principio dispositivo “además implica dos cosas: por un lado, que el afectado puede desistirse de este derecho (...); y por otro se configura la adherencia o adhesión, a través de la cual el sujeto procesal que no ha impugnado puede adherirse a los posibles efectos de la sentencia (...)”.<sup>74</sup>

73 RÍOS, RAMÓN TEODORO. “Influencia de los principios acusatorio y de legalidad en la impugnación penal”, en *Revista de Derecho Procesal* 3: Medios de Impugnación. Recursos-II. Rubinzal, Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999. p. 373.

74 ORE GUARDIA, A. Ob. cit., p. 566.

En el mismo sentido RAMÓN TEODORO RÍOS señala: “En estrecha vinculación con la regla general del dispositivo se hallan las normas que autorizan el desistimiento y la adhesión impugnativa (...)”, precisando dicho autor, que el desistimiento de un recurso es permitido porque implica una limitación razonable de la vigencia de un principio de legalidad procesal desmesurado, y al referirse a la adhesión recursal señala que esta institución se inscribe en la línea de acuerdo tácito o la autonomía de la voluntad implícita de los protagonistas del proceso.<sup>75</sup>

### **2.7.1 La Adhesión**

El inciso 4o. del artículo 404 del CPP recoge la institución de la adhesión recursal, señalando que los sujetos procesales, cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes de que el expediente se eleve al juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que se cumplan con las formalidades de interposición.

ALIVERTI, considera que la adhesión es una facultad que se le otorga a la parte que no recurrió durante el término estipulado —una suerte de prórroga— para ejercer su derecho de impugnar la resolución que le resulta gravosa, pues dicho derecho no caduca sino que permanece vigente durante el plazo del emplazamiento de la alzada.<sup>76</sup>

La fundamentación de la inclusión del instituto de la adhesión gira en torno a la observancia de los principios de igualdad y contradicción. En efecto, mediante la adhesión se intenta dar a la parte que no apeló, impulsada por el ánimo de no prolongar el litigio y por la expectativa de que la otra parte tomará la misma decisión, la posibilidad de que lo haga al advertir que la otra parte, en contra de dichas expectativas, impugnó el fallo en cuestión frustrando su estrategia, que se encontraba basada puramente en razones de economía procesal. (...) en virtud de la adhesión las partes —la principal y la adhesiva— pueden quedar en igualdad de condiciones, como si las dos hubiesen recurrido desde un principio, sino

75 RÍOS, R. Ob. cit., p. 374.

76 ALIVERTI, ANA J. “Consideraciones en torno a la adhesión al recurso en el Código Procesal Penal de la Nación: análisis de la jurisprudencia reciente”. En MAIER JULIO B.J. y otros (Comp.) *Los recursos en el procedimiento penal*. 2a. edición actualizada. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2006. p. 74.



también —y principalmente— porque la conveniencia de su inclusión no implica una lesión al derecho de defensa del imputado.<sup>77</sup>

LOUTAYF RANEA, desarrolla los requisitos de admisibilidad que debe cumplir el pedido de adhesión, los cuales son perfectamente aplicables a la regulación establecida por el CPP a dicha institución, sin embargo es de precisar, que para el referido autor, la adhesión funciona respecto al recurso principal de la otra parte y nuestro código adjetivo señala que es respecto al recurso de cualquiera de las partes, entre los requisitos señalados por Loutayf podemos citar:<sup>78</sup>

- Existencia de una apelación principal.
- Vencimiento parcial y mutuo (o en palabras de MONTERO AROCA: cuando una resolución judicial es en parte favorable y desfavorable a las dos partes).<sup>79</sup>
- Que la impugnación se dirija a la misma sentencia.
- Que la resolución impugnada sea susceptible de apelación.
- Que la adherente no haya manifestado su conformidad con la resolución impugnada, siendo en este punto importante señalar que el hecho de que el que solicita la adhesión no haya impugnado la resolución cuestionada dentro del plazo legal establecido para tal efecto, no puede considerarse como que haya mostrado su conformidad con la misma.<sup>80</sup> Es importante tener en consideración que si la parte ya mostró expresamente su conformidad con la resolución, significa que no tiene agravio, y por ende pierde legitimidad recursal, siendo la adhesión, que duda cabe un mecanismo impugnatorio.
- Inexistencia de una apelación principal previa del adherente declarada inadmisibile o fracasada.

77 ALIVERTI, A. Ob. cit., pp. 77-78.

78 LOUTAYF RANEA, R. “La apelación adhesiva”, en *Revista de Derecho Procesal* 3, Medios de Impugnación. Recursos-II. Rubinzal, Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999. pp. 129-140.

79 MONTERO AROCA, JUAN. *Proceso y garantía*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. p. 318.

80 Así mismo debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional, en la STC No. 6590-2005-PHC/TC (Aurimac) de fecha 17 de octubre de 2005, ha establecido que el reservarse el derecho a impugnar una decisión jurisdiccional no puede entenderse como conformidad con la misma.

- Reglamentación legal expresa que la autorice.

Adicionalmente, es de precisar que el pedido de adhesión, lo debe realizar la parte que ha sido vencida, aun cuando sea parcialmente, porque como todo mecanismo impugnatorio sustenta su legitimidad en el perjuicio, por ende no está pensada para el absuelto por ejemplo.<sup>81</sup> Así mismo se debe tener presente que una vez concedida la adhesión, ésta se comporta como un mecanismo impugnatorio autónomo, tiene su propio cauce impugnativo, por ende no se ve afectado por un posible pedido posterior de desistimiento respecto al recurso principal o adherido

Finalmente es de precisar que como cualquier mecanismo impugnatorio, el pedido de adhesión debe cumplir con todos los requisitos previstos para el recurso principal o recurso al que se pretende adherir.

### **2.7.2 El Desistimiento**

La doctrina reconoce dos tipos de desistimiento; i) el desistimiento de la conformidad, y ii) el desistimiento del recurso. El primero de ellos parte del supuesto que el sujeto procesal ha manifestado expresamente su decisión de conformarse con la decisión jurisdiccional, ocurrido lo cual, ya no puede desistirse de tal manifestación de voluntad.

En lo referente al desistimiento recursal el artículo 406 del CPP recoge dicha posibilidad, exigiendo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que el desistimiento sólo lo puede hacer la parte que haya interpuesto un recurso. De haberlo hecho el abogado defensor, éste no podrá desistirse, salvo que medie mandato expreso de su patrocinado.

---

81 Sobre el tema de adhesión resulta importante revisar alguna jurisprudencia civil, así la sentencia en casación No. 522-96/LIMA, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema con fecha 10 de julio de 1997, admite la posibilidad de que la adhesión se efectúe al recurso interpuesto por la misma parte, e incluso se admite que es procedente la adhesión que la realiza un sujeto procesal aun cuando anteriormente hizo valer un recurso principal y el cual fue rechazado; del mismo modo en la sentencia en casación no. 1056-2003/CAMANA expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema con fecha 27 de agosto del 2003, se abre la posibilidad de que un sujeto procesal pueda adherirse a una apelación principal aun cuando, la que él interpuso fue previamente rechazada.

- El desistimiento sólo procede cuando es solicitado antes de expedirse resolución sobre el grado.
- Para desistirse es necesario expresar los fundamentos que lo sustentan.
- El desistimiento no tiene efectos extensivos, de forma tal que no tendrá implicancias ni respecto a los demás recurrentes ni respecto a los adherentes.

## 2.8 Principio de instancia plural y la condena del absuelto

Dentro del proceso de constitucionalización de los principios procesales, nuestra Carta Magna, en su inciso sexto del artículo 139 ha reconocido como principio y derecho de la función jurisdiccional a la instancia plural, sin embargo ello no debe llevarnos a pensar que toda providencia judicial pueda ser objeto de impugnación, ya que como cualquier derecho, aun cuando de configuración constitucional, no es absoluto, por ende lo que debe determinarse es cuál es el espectro impugnativo que satisface el requerimiento constitucional. De acuerdo a lo establecido tanto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, legislación supranacional que forma parte de nuestro bloque constitucional, consagran el derecho que tiene todo procesado a contar con un recurso que le permita que la sentencia condenatoria impuesta pueda ser revisada por una instancia superior.

MAIER, efectuando una interpretación sistemática de las normas acotadas, señala que la posibilidad de impugnar una sentencia judicial debe concebirse como una garantía procesal del condenado quien tiene derecho a que su sentencia sea re examinada por un órgano jurisdiccional superior, por ende la impugnación no debe ser concebida como facultad de todos los sujetos procesales, sino únicamente del condenado, ya que para que una pena se pueda ejecutar requiere de la doble conformidad de la condena, de lo que concluye dicho autor que una sentencia absolutoria o condenatoria no recurrida a favor del condenado queda firme, y conceder un medio impugnatorio a la parte acusadora constituiría una clara violación al principio del *ne bis in idem*.<sup>82</sup>

---

82 MAIER, JULIO B. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Fundamentos, 2a. ed., 2a. reimp. Editorial del Puerto, SRL. Buenos Aires, 2002. pp. 705-717.

A este respecto también resulta importante hacer mención al ordenamiento procesal norteamericano donde la apelación es una posibilidad legal pero no una exigencia constitucional, incluso la Corte Suprema no incluye necesariamente dentro del concepto de debido proceso a la posibilidad de impugnar una decisión jurisdiccional, lo que no quiere decir que tal posibilidad no se halle contemplada en la legislación ordinaria, sea esta federal o estatal, precisando MUÑOZ NEIRA que dentro de las Reglas Federales de Procedimiento Criminal se ha consagrado el derecho de todo condenado de apelar su condena o la sentencia, pero la otra cara de la moneda es que la fiscalía no puede apelar una absolución, lo que como, concluye el mismo autor, constituye una evidente asimetría procesal.<sup>83</sup> Por su parte LÓPEZ BARJA DE QUIROGA señala que la imposibilidad de recurrir en caso de absolución se vincula en EE.UU con el principio penal que prohíbe la doble incriminación (*double jeopardy*). La interdicción del *double jeopardy* está establecida en la Quinta Enmienda. El campo de aplicación del principio de interdicción del *double jeopardy* se proyecta en tres aspectos: (...) 1) prohibición de un segundo juicio y persecución por el mismo delito tras haber sido absuelto (...).<sup>84</sup>

Sin embargo nuestro sistema procesal, entendemos asume la exigencia del recurso con el que debe contar el condenado para cuestionar el fallo judicial dictado en su contra, como un piso normativo, es decir que el sistema recursal desarrollado legislativamente debe tener, como exigencia constitucional, un recurso ordinario que permita que una sentencia condenatoria sea objeto de revisión en sede de instancia, es decir objeto de control no sólo normativo sino además probatorio. Cumplida dicha exigencia, ya depende de la opción legislativa, incluir otro tipo de recursos o medios impugnatorios en general o dotar de titularidad impugnativa a otros sujetos procesales.

Es importante añadir, que uno de los principios reguladores del sistema procesal es el de igualdad, en virtud del cual, nuestro legislador a considerado adecuado otorgar al Ministerio Público, en tanto sujeto procesal, la capacidad de poder cuestionar un fallo absolutorio, lo que como ya se ha explicado no constituye ninguna vulneración a la normatividad supranacional mencionada, en tanto la exigencia allí contenida sea en-

83 MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. 1a. ed., Legis. Colombia, 2006. pp. 169-170.

84 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Vol. II. 2a. ed. Thomson, Aranzadi. Navarra, 2007. p. 1319.

tendida como un piso normativo y no un techo de igual naturaleza. En ese sentido resulta interesante lo mencionado por MONTÓN REDONDO, que interpretando el artículo 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, señala que: “Si se reconoce el derecho a recurrir, debe poderse hacer valer por todo aquel que estime gravosa una resolución judicial que le afecte, cualquiera que sea su posición en el proceso. Pensar otra cosa, además de romper con el principio de igualdad, podría conducir a situaciones de indefensión.”<sup>85</sup>

Dicho lo anterior, donde si encontramos un punto discutible en el CPP, y que podría vulnerar la exigencia constitucional y supranacional de instancia plural para el condenado, es la facultad otorgada a la Sala de revisión en las normas contenidas en el artículo 419.2 y en el artículo 425.3.b, que posibilitan a dicho Colegiado poder condenar a un absuelto, aun cuando se pretenda justificar esta opción legislativa restringiéndola a supuestos en los que ha existido actividad probatoria en segunda instancia (inmediación probatoria), ello, al parecer, no satisfaría la exigencia constitucional (y supranacional) de dotar al condenado de un recurso que le permita que su condena sea revisada por una instancia superior con capacidad de control normativo y probatorio, es decir por una verdadera instancia, por cuanto ante la condena del Colegiado, la única posibilidad intra proceso de impugnación está restringida al recurso de casación, el mismo que no genera instancia de revisión, por cuanto la Sala Casatoria está impedida de efectuar actividad probatoria así como de revalorar los medios de prueba incorporados al proceso.

Siguiendo ese razonamiento se podría concluir que al haberse incorporado al sistema recursal la posibilidad de condenar al absuelto, sin haber previsto para éste un medio impugnatorio ordinario que genere instancia de revisión, se podría afirmar que se ha vulnerado, el piso normativo ya mencionado.

Sin embargo, consideramos que la posición esgrimida en el acápite precedente debe ser objeto de flexibilización, lo que se consigue a partir de vincular el concepto de doble grado de jurisdicción al tema de valoración probatoria, de donde se podría concluir que sólo habría afectación al marco constitucional, cuando la sentencia que condena al absuelto se fundamenta en los medios de prueba nuevos incorporados y actuados ante la

---

85 MONTÓN REDONDO, ALBERTO. *Los medios de impugnación, en Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 12a. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. p. 349.

Sala de Apelaciones. Es decir, material probatorio no conocido ni valorado por el *a quo*, lo que significa, a nuestro criterio, que en ese supuesto no ha existido instancia plural, necesitándose que otro nivel jurisdiccional evalúe dicho material probatorio recién conocido en Sala, lo que no va a poder conseguirse a través del recurso de casación, tal como está diseñado en nuestro ordenamiento procesal.

## 2.9 Prohibición de la *reformatio in peius*

Según PÉREZ PINZÓN, esta prohibición:

“Significa que cuando el procesado —o su defensa— apela la sentencia de primera instancia, interpone casación o revisión, el juez de segunda instancia, el de casación y el de revisión no pueden empeorar la situación que le ha sido deducida en el fallo materia de la impugnación o de acción. El principio rige cuando el procesado es impugnante o actor único. De tal manera que si otras partes, (...), impugnan o incoan la acción en contra del sindicado, si opera la *reformatio in peius*. Si otros sujetos procesales (...), impugnan o incoan la acción en pro del procesado, tampoco se puede desmejorar su posición inicial.”<sup>86</sup>

Por su parte ROXIN sostiene que con este principio:

“Se pretende lograr que nadie se abstenga de interponer un recurso por el temor de ser penado de un modo mas severo en la instancia siguiente. Si la fiscalía pretende conseguir una pena más elevada siempre tendrá que interponer, para ello, un recurso en perjuicio del acusado (...).”<sup>87</sup>

La prohibición de la *reformatio in peius*, según SAN MARTÍN CASTRO, tiene una dimensión constitucional, bien por la vía de la interdicción de la indefensión y de la idea misma de tutela judicial efectiva, como por la de un proceso con todas las garantías, particularmente la de ser informado

86 PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO. *Los principios generales del proceso penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004. p. 45.

87 ROXIN, C. Ob. cit., pp. 454-455.

de la acusación y de los motivos del recurso, y la delimitación de los poderes del juez de la alzada (artículo 139, incisos 3 y 14, de la Constitución).

El Tribunal Constitucional en la sentencia Exp. No. 1918-2002-HC/TC, establece que esta prohibición es una garantía que forma parte del debido proceso, y que tiene íntima relación tanto con el derecho de defensa como con la del derecho de impugnación, y si no existiera la prohibición mencionada, ello significaría la introducción de un elemento disuasorio para el ejercicio de los derechos antes mencionados.<sup>88</sup> Por otro lado es de mencionar que la Sala Civil de la Corte Suprema en la sentencia en casación No. 674-96/LIMA de fecha 2 de octubre de 1997, estableció que la *reformatio in peius* debe ser observada en relación a la parte dispositiva de la sentencia y no en función a su parte considerativa.

La interdicción de la reforma peyorativa, ha sido recogida por el CPP en el artículo 409, en principio al delimitar la competencia del Tribunal Revisor a la materia impugnada (manifestación del principio de congruencia procesal) y además, porque expresamente establece en el inc. 3o. de la norma acotada, que la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio. En tal sentido es de tener claro que la acotada interdicción está referida al imputado mas no al Ministerio Público, tan es así que la misma norma mencionada establece que la impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado, en ese sentido RAMÓN TEODORO RÍOS señala que si bien es cierto que el principio acusatorio debe informar la integridad del proceso penal, pero cuando este principio se enfrenta en un caso concreto con el principio de legalidad sustancial, el órgano jurisdiccional debe priorizar este último, y esta prioridad se manifiesta a nivel legislativo en la aceptación de la *reformatio in peius* del Ministerio Público.<sup>89</sup>

CHAMORRO BERNAL considera que son tres los requisitos para apreciarse una *reformatio in peius* con trascendencia constitucional:

---

88 También pueden revisarse las siguientes sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional: 1231-2002-HC y 1553-2003-HC/TC. El texto de las mismas pueden consultarse en Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional. Segundo seminario. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Palestra Editores, Lima, mayo 2006. pp. 195-202.

89 RÍOS, RAMÓN TEODORO. Ob. cit., pp. 380-382.

- i. Empeoramiento de una situación establecida jurisdiccionalmente con anterioridad al recurso;
- ii. Que el empeoramiento sea consecuencia del propio recurso;
- iii. Que se haya producido verdadera indefensión.<sup>90</sup>

En el acuerdo plenario No. 5-2007/CJ-116 del 16 de noviembre del 2007, las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema, establecieron que no existía vulneración de la proscripción de la reforma en peor, cuando, en revisión se efectuaran modificaciones en circunstancias punitivas que no implicaran la modificación lesiva de la pena.

## 2.10 Principio de inmediación

La inmediación en general:

“Intenta que el tribunal reciba una impresión lo mas directa posible de los hechos y las personas, y rige en dos planos distintos. El primero de ellos se refiere a las relaciones entre quienes participan en el proceso y el tribunal, y hace necesario que estén presentes y obren juntos. El segundo plano es el de la recepción de la prueba e implica que, para que el tribunal se forme un cuadro evidente de hecho y que para que sea posible la defensa, la prueba se produzca ante el tribunal que dictará la sentencia y durante el debate, en presencia de todas las partes, lo que obliga a la identidad física del juzgador con los jueces que presenciaron el debate.”<sup>91</sup>

Trasladado este principio general procesal al tema de los recursos, “supone que el juez o el Tribunal han de formar su convicción sobre los materiales de hecho y elementos probatorios actuados en su presencia, lo que nos conduce a afirmar que no es idóneo un recurso resuelto sólo sobre la base de materiales y elementos correspondientes a la primera instancia”.<sup>92</sup>

---

90 CHAMORRO BERNAL, F. Ob. cit., pp. 169-173.

91 BOVINO, ALBERTO. *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2005. p. 85.

92 ORE GUARDIA, A. Ob. cit., p. 567.



El CPP, recogiendo el principio de inmediación, a nivel de apelación, prevé la posibilidad de la actuación de medios probatorios en presencia del tribunal revisor, de acuerdo a las limitaciones establecidas en el artículo 422, previendo incluso la posibilidad de citar a los testigos, incluyendo a los agraviados, que ya declararon en primera instancia, medios probatorios que obviamente serán actuados de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 424 del acotado código adjetivo, lo que finalmente permite al órgano jurisdiccional de re examen inmediar directamente con el respectivo material probatorio, sin que ello signifique la realización de un nuevo juicio . No debe olvidarse que a través de la apelación, lo que es objeto de “juicio” a nivel de Sala es la resolución impugnada, por ende no se trata de un nuevo juicio contra el o los procesados.

### **3. Presupuestos de los recursos**

#### **3.1 Presupuestos subjetivos**

Según SAN MARTÍN CASTRO, los presupuestos subjetivos de los recursos están constituidos por el agravio y el carácter de parte,<sup>93</sup> de donde queda claro que sólo podrá recurrir quien tiene la condición de sujeto procesal (principio dispositivo) y siempre y cuando haya sufrido un agravio, perjuicio o gravamen con la resolución que pretende cuestionar (principio de trascendencia).

Estos presupuestos se hallan recogidos por el numeral 2o. del artículo 404 del CPP al precisar que el derecho de impugnación corresponde a las partes, y por literal *a* del inciso primero del artículo 405 del acotado Código, al establecer como requisito de admisión de los recursos, que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución. Debiendo precisarse además que en el caso del Ministerio Público éste puede recurrir incluso a favor del procesado literal *a*, inciso 1o. del artículo 405 del CPP y que el abogado defensor puede recurrir directamente en favor de su patrocinado —inciso 3o. del artículo 404 del CPP.

#### **3.2 Presupuestos objetivos**

Siguiendo a SAN MARTÍN CASTRO, los presupuestos objetivos de los recursos están constituidos por los actos impugnables y las formalidades.<sup>94</sup> El

93 SAN MARTÍN CASTRO, C. Ob. cit., pp. 678-679.

94 SAN MARTÍN CASTRO, C. Ob. cit., p. 679.

artículo 404 del CPP establece que los recursos proceden contra las resoluciones judiciales en los casos expresamente establecidos por ley; así el recurso de reposición, de acuerdo a lo previsto por el artículo 415 del Nuevo Código Adjetivo, sirve para impugnar decretos; el recurso de apelación, conforme lo señalado por el artículo 416 del acotado, sirve para impugnar sentencias, autos de sobreseimiento autos que resuelvan medios técnicos de defensa, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia; autos que revoquen la condena condicional, la reserva de fallo condenatorio o la conversión de pena; los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva, y los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable. El recurso de casación sirve para impugnar sentencias definitivas, autos de sobreseimiento y autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales, tal como lo establece el inciso 1o. del artículo 427 del CPP y el recurso de queja procede contra la resolución del juez que declara inadmisibles el recurso de apelación o contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisibles el recurso de casación, tal como lo establece el artículo 437 del nuevo código adjetivo penal.

En cuanto a las formalidades debemos mencionar las siguientes:

- a) Los recursos deben ser presentados por escrito, y si bien se acepta la recurribilidad oral contra las resoluciones finales expedidas en audiencia, estos actos impugnatorios deben formalizarse por escrito, de no mediar norma en contrario, en el plazo de 5 días, según el literal *b* del inciso 1o. e inciso 2o. del artículo 405 del CPp.
- b) Los recursos deben ser presentados dentro del plazo establecido en la ley (literal *b*) del inciso 1o. del artículo 405 del CPp. Al respecto el artículo 414 del nuevo ordenamiento adjetivo penal establece que los plazos para recurrir se computarán desde el día siguiente a la notificación de la resolución cuestionada, siendo estos los siguientes: diez días para el recurso de casación, cinco días para el recurso de apelación contra sentencias, tres días para el recurso de apelación contra autos interlocutorios; tres días para el recurso de queja y dos días para el recurso de reposición.

- c) Los recursos deben estar fundamentados, señalando en que consiste el o los agravios, de forma tal de circunscribir la materia impugnatoria y así delimitar la competencia revisora del órgano de reexamen, tal fundamentación requiere la precisión de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustenten, además de indicar cuál es la pretensión impugnatoria buscada, de acuerdo al literal c del inciso 1 del artículo 405 del CPp.

Es de señalar que los requisitos antes mencionados, aunado al que prescribe que el recurso debe ser presentado por el sujeto procesal legitimados por haber sufrido el agravio, constituyen requisitos de ineludible cumplimiento a punto tal que su inobservancia acarrea la inadmisibilidad del medio impugnatorio, y como quiera que los recursos son interpuestos ante el juez que emitió la resolución recurrida (inciso 1 del artículo 404 del CPP) corresponde a éste el primer control de admisibilidad del recurso planteado, debiendo su decisión notificarla a las partes, luego de lo cual inmediatamente elevará los actuados al órgano de revisión, el que si ejerce un control pleno de la admisibilidad del recurso, potestad que incluso la puede ejercer de oficio, pudiendo declarar nulo el concesorio (inciso 3o. del artículo 405 del CPP).

#### 4. Efectos jurídicos de los recursos

HITTERS siguiendo a GUASP, señala que los recursos son procesos obstativos que impiden la formación de la cosa juzgada; en otras palabras, tratan de detener el iter del juicio, que normalmente avanza hacia la sentencia definitiva de mérito que resuelve para siempre el pleito. Si el embate corona exitosamente, la decisión atacada puede ser sustituida, modificada o invalidada (o anulada), según el vicio que posea y el tipo de ataque que haya sufrido. La interposición de un medio de impugnación produce diversas y variadas consecuencias. A saber: 1o.) interrumpe la concreción de res judicata; 2o.) prorroga los efectos de la litispendencia; 3o.) en cierto casos determina la apertura de la competencia del superior (efecto devolutivo); 4o.) imposibilita el cumplimiento del fallo (efecto suspensivo), y 5o. limita el examen del *ad quem* en la medida de la fundamentación y del agravio.<sup>95</sup>

Tal como lo menciona HITTERS la interposición de recursos genera distintos efectos jurídicos, como los siguientes:

95 HITTERS, J., Ob. cit., pp. 127-128.

#### 4.1 *Efecto devolutivo*

El efecto devolutivo hace referencia a que la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano superior jerárquico al que dictó la resolución recurrida,<sup>96</sup> siendo sus manifestaciones las siguientes:

- a) Hace cesar los poderes del *a quo*;
- b) Paralelamente el *ad quem* asume el conocimiento de la causa para reexaminar lo decidido;
- c) La providencia queda en estado de interinidad.<sup>97</sup>

En nuestro sistema recursal, el único medio impugnatorio que no comparte este efecto, es el recurso de reposición (artículo 415 del CPP), porque quien tiene competencia para efectuar el reexamen impugnatorio, es el propio juez que dictó la resolución controvertida.

#### *Efecto suspensivo*

“Significa la imposibilidad de ejecutar la resolución judicial cuando el recurso es admitido en ambos efectos.”<sup>98</sup> HITTERS cuestionando, la afirmación de que por este efecto se suspende la ejecución de la resolución, señala que más que eso “llega a detener todas las consecuencias del pronunciamiento, no sólo las ejecutivas o ejecutorias”.<sup>99</sup>

El artículo inciso 1 del artículo 412 del CPP justamente recoge el efecto no suspensivo de los recursos, al señalar que: “salvo disposición contraria de la ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere”. No obstante, el inciso 2 de dicha norma legal prescribe que las impugnaciones contra las sentencias y demás resoluciones que dispongan la libertad del imputado no podrán tener efecto suspensivo.

---

96 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Ob. cit., p. 635.

97 HITTERS, J., Ob. cit., p. 128.

98 SÁNCHEZ VELARDE, Ob. cit., p. 860.

99 HITTERS, J. Ob. cit., p. 128.

En ese contexto, una de las excepciones a la regla antes mencionada aparece en el artículo 418 de la acotada norma adjetiva que establece expresamente:

“El recurso de apelación, tendrá efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia, pero si se tratase de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente, con lo que en este supuesto específico se podría afirmar que el recurso de apelación no tiene efecto suspensivo.”

En el caso del recurso de queja, tal como lo establece el inciso 4o. del artículo 437 del CPP, no tiene efectos suspensivos: “la interposición del recurso no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria”.

#### 4.2 *Efecto extensivo*

“Significa que la interposición de un recurso por uno de los procesados favorece o se extiende a otros que se encuentran en la misma situación aun cuando no lo hayan deducido. Obviamente, debe observarse el criterio de favorabilidad, caso contrario, carece de sentido dicho efecto.”<sup>100</sup>

Este efecto —que constituye una excepción al principio dispositivo y al de personalidad de la impugnación— se verifica cuando, existiendo una pluralidad de sujetos pasivos, el recurso interpuesto por uno de ellos es susceptible, si se dan determinadas condiciones, de favorecer a los que no recurrieron no obstante hallarse facultados para hacerlo.<sup>101</sup> Este efecto es de aplicación sólo en caso de favorabilidad, y se justifica a fin de evitar la existencia de decisiones jurisdiccionales contradictorias respecto a sujetos procesales que se encuentran en igualdad de condiciones, siendo la única diferencia que uno es impugnante y el otro no.

El CPP, recoge el efecto extensivo de los recursos en su artículo 408, donde señala que cuando existe pluralidad de imputados, la impugnación

100 SÁNCHEZ VELARDE, Ob. cit., p. 860.

101 PALACIO, L., Ob. cit., p. 30.

de cualquiera de ellos favorecerá a los demás, claro, siempre y cuando la fundamentación del medio impugnatorio no responda a criterios exclusivamente personales. Incluso el legislador amplía los efectos extensivos de los recursos al señalar que la impugnación planteada por uno de los imputados favorece al tercero civil, y viceversa la impugnación planteada por éste favorece a los imputados, con la limitación de que el recurso no se sustente en argumentos exclusivamente personales y que por ende no puedan ser comunicables.

### 4.3 Efecto diferido

“Procede esta modalidad recursal en los procedimientos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando dicte auto de sobreseimiento u otra resolución que ponga fin al ejercicio de la acción penal o que haga imposible que continúe respecto de alguno de ellos, estando pendiente el enjuiciamiento de los otros. En este supuesto, interpuesto el recurso y concedido, su remisión al tribunal *ad quem* recién se producirá cuando se dicte sentencia que ponga fin a la instancia.”<sup>102</sup>

Esta modalidad se halla recogida en el artículo 410 del CPp.

## III. EL SISTEMA DE RECURSOS EN EL CÓDIGO PROCESAL DE 2004

### 1. Recurso de reposición (artículo 415 al 419 del CPP)

Es un medio impugnatorio dirigido a atacar un decreto que ha causado agravio al impugnante, y cuyo reexamen estará a cargo del mismo órgano jurisdiccional que lo expidió. En consecuencia, no se trata de un recurso con efecto devolutivo.

Según SAN MARTÍN CASTRO, lo que fundamenta la existencia de este recurso es el principio de economía procesal, que busca evitar una doble instancia,<sup>103</sup> a lo que deberíamos agregar que está lógica también encuentra asidero en la naturaleza de las resoluciones materia de impugnación,

102 SAN MARTÍN CASTRO, C., Ob. cit., pp. 688-689.

103 Ibídem, p. 691.

que como se ha indicado son decretos, que de acuerdo a lo establecido por el artículo 121 del Código Procesal Civil, a través de ellos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite, y obviamente no se pronuncian respecto a las pretensiones principales.

Para CLARÍA OLMEDO, el pedido de reposición es una actividad impugnativa que no configura un recurso en sentido estricto, no obstante la inclusión legislativa entre ellos, se trata de un trámite incidental por el que se tiende a evitar en alguna medida el recurso, provocando la eliminación de una injusticia por el mismo juez que dictó la resolución.<sup>104</sup>

El plazo para su interposición es de dos días contado desde el día siguiente a la notificación del decreto o de la fecha en que tuvo conocimiento del mismo la parte impugnante.

Si el decreto materia de impugnación es emitido en audiencia, el recurso de reposición será resuelto por el mismo órgano jurisdiccional en la misma audiencia, sin que ésta sea suspendida, en consecuencia este recurso no tiene efecto suspensivo. Si por el contrario la resolución (decreto) que se pretende impugnar no ha sido dictada en audiencia, la reposición debe ser planteada por escrito con las formalidades establecidas en el artículo 405 del CPP, pudiendo en este caso el juez, de creerlo necesario (es potestativo del juez) correr traslado del recurso por el plazo de dos días, vencido el cual, el juez resolverá. El auto por el que el juez resuelve el referido medio impugnatorio es inimpugnable.

## 2. Recurso de apelación (artículo 420 al 426 del CPP)

La apelación, es un recurso esencialmente con efecto devolutivo, por cuanto el reexamen de la resolución impugnada será de competencia del órgano jurisdiccional superior al de aquel que la expidió, en ese sentido el artículo 364 del Código Procesal Civil, señala que este mecanismo impugnatorio tiene por objeto que el órgano jurisdiccional examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

La apelación responde al principio dispositivo ampliado, porque si bien la capacidad de reexamen del *ad quem*, de acuerdo a lo establecido por el inciso primero del artículo 419 del CPP, está constreñida única-

---

104 Citado por AYAN, MANUEL N. *Medios de impugnación en el proceso penal*. Alveroni Ediciones, Córdoba, 2007. p. 14.

mente a lo que es la materia impugnada (principio de congruencia) sin embargo también podrá declarar la nulidad de la resolución cuestionada en caso advierta nulidades sustanciales o absolutas en la tramitación del proceso en primera instancia, aunque estas no hayan sido materia de denuncia por el impugnante (artículo 409 del CPP). Se ha tratado de sostener que esta competencia ampliada del órgano de revisión (que ya no sólo se restringe a lo que es materia de impugnación) tiene su sustento en que el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sin embargo es de acotar que esta posición sólo tendría asidero si los vicios están referidos únicamente a la formalidad de la resolución materia de impugnación, tal como lo establece el artículo 382 del Código Procesal Civil.

TALAVERA sostiene que en el CPP “se ha decidido configurar un recurso de apelación amplio, de modo tal que toda decisión final es susceptible de recurso de apelación y también se abre la posibilidad de ofrecer y practicar prueba en la vista oral, configurándose de esta manera una verdadera segunda instancia”.<sup>105</sup> Tal como lo señalamos esta posibilidad destacada por TALAVERA, implica también la observancia al principio de inmediación. Sobre el tema del modelo de apelación acogido por el CPP, podemos mencionar, siguiendo a DOIG DÍAZ, que se trata de un modelo limitado modulado, modulación que radica en la posibilidad de introducir nuevos medios probatorios.<sup>106</sup> Pero, como ya hemos mencionado no se trata de un nuevo juicio, lo que es materia de revisión es la resolución impugnada, de perder de vista el modelo de apelación y pretender llevar adelante un nuevo juicio contra el procesado, puede generar, que duda cabe, problemas con el principio del *ne bis in idem*, en su vertiente procesal, al someterse a una persona a una segunda posibilidad de vencimiento o condena.

Por su parte SAN MARTÍN CASTRO, al referirse al modelo de apelación asumido por el CPP señala que tendencialmente se optó por un modelo de apelación restringido: *revisio prioris instantiae*, que importa un control de lo ya resuelto en primera instancia (...) pero con modulaciones frente al modelo pleno, que en lo esencial postula la reproducción del juicio oral, una segunda primera instancia (...) Ello importa la búsqueda a través

---

105 TALAVERA ELGUERA, PABLO. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Grijley. Lima. p. 87.

106 Al respecto puede revisarse DOIG DÍAZ, YOLANDA. El recurso de apelación contra sentencias en VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA y otros (coordinadores), *El Nuevo Código Procesal Penal*. Estudios Fundamentales. Palestra Editores. Lima, 2003. p. 549.



de la apelación de un nuevo, completo y más exacto conocimiento de la realidad, juzgando lo actuado más el nuevo material fáctico aportado a la causa. (...) En consecuencia, a la vista de las nuevas diligencias probatorias el *iudex ad quem* podrá apreciar de nuevo lo apreciado en primera instancia, a la vez que tendrá la oportunidad de hacer un nuevo enjuiciamiento fáctico y jurídico sobre el material de conocimiento que se adquirió en primera instancia.<sup>107</sup>

Es de destacar que al no haber asumido un modelo de apelación pleno, dicho medio impugnatorio no genera un nuevo juicio oral, y si bien es cierto que se ha modulado el modelo restringido al posibilitar la actividad probatoria en segunda instancia, esta actividad debe concebirse como excepcional y complementaria. No debe perderse de vista, tal como lo venimos sosteniendo, que en el juicio oral (el de primera instancia) el que se somete a juzgamiento es el acusado, en cambio en la audiencia de apelación, el objeto de atención es la sentencia impugnada.

Las resoluciones que pueden ser cuestionadas a través del recurso de apelación (material apelable), de acuerdo a lo establecido por el artículo 416 del CPP, son las siguientes:

- a) Las sentencias.
- b) Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan los medios técnicos de defensa planteados por los sujetos procesales, o aquellos que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia.
- c) Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva de fallo condenatorio o la conversión de la pena.
- d) Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva.
- e) Los autos expresamente declarados apelables o que causen agravio irreparable.

---

107 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Recursos de apelación y de casación penal. En Teoría de la impugnación*. I Jornadas de Derecho Procesal. KARLA VILELA CARBAJAL (Coordinadora) Universidad de Piura Facultad de Derecho. Palestra Editores. Lima, 2009. pp. 14-15.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 414 del CPP, el plazo para interponer el recurso de apelación es de cinco días cuando la resolución cuestionada es una sentencia, y de tres días contra los demás autos interlocutorios. Plazo que se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución.

La competencia funcional para conocer las decisiones emitidas ya sea por el juez de la investigación preparatoria o por el juez penal, sea éste unipersonal o colegiado, recae en las Salas Penales Superiores. En cambio dicha competencia recae en el juez penal unipersonal cuando la resolución cuestionada es emitida por el juez de paz letrado —artículo 417 del CPP.

En reexamen impugnatorio, el órgano revisor puede examinar, dentro del contexto de la materia controvertida, tanto la declaración de hechos como la aplicación del Derecho, pudiendo anular o revocar, total o parcialmente, la resolución cuestionada, estando dentro de sus competencias el de poder revocar una sentencia absolutoria y dictar la condena respectiva, obviamente con plena observancia a las reglas de la proscripción de la *reformatio in peius*. La voluntad del órgano revisor, en tanto Colegiado, se expresa como mínimo con dos votos conformes —artículo 419 del CPP.

Un tema importante de destacar es que el CPP estatuye de manera expresa una doble calificación de admisibilidad, una a cargo del juez ante el que se interpone el recurso (que es el mismo que emitió la resolución, ya sea auto o sentencia cuestionada) y la segunda a cargo del órgano revisor, sin embargo llama la atención que el legislador considere que los requisitos del recurso de apelación son todos de admisibilidad no teniendo en consideración requisitos de procedencia.

Respecto a este tema debemos tener en cuenta que el artículo 128 del Código Procesal Civil establece que la admisibilidad está referida a requisitos de forma y la procedencia a requisitos de fondo; y los artículos 357 y 358 de la acotada norma adjetiva establecen que los requisitos de admisibilidad básicamente están constituidos porque el recurso sea interpuesto ante el órgano que cometió el vicio o el error, la formalidad y los plazos; en cambio los requisitos de procedibilidad están constituidos básicamente por la fundamentación del recurso (indicación del error de hecho o de Derecho incurrido, especificación del agravio y sustento de la pretensión impugnatoria), sin embargo de la lectura del artículo 405 del CPP se establece que la fundamentación del recurso, que es por naturale-

za un requisito de procedibilidad, el legislador lo ha considerado como un requisito de admisibilidad.

Los requisitos de admisibilidad, además de estar referidos a cuestiones de forma, tienen como característica que su incumplimiento es susceptible de subsanación. Si ello es así, no se entiende como el nuevo modelo procesal califica como causal de inadmisibilidad la incomparecencia injustificada del impugnante a la audiencia de apelación de sentencia, tipificada en el artículo 423 del CPP, porque cabría preguntarse ¿cómo puede subsanarse tal irregularidad?

### ***2.1 Tramitación del recurso de apelación contra autos (artículo 420 del CPP)***

El recurso de apelación se interpone ante el juez que expidió la resolución cuestionada, quien efectuará un primer análisis de admisibilidad del recurso, cuyo resultado será notificado a las partes, procediendo luego a elevar lo actuado al órgano revisor competente —artículos 404 inc. 1 y 405, inciso 3 del CPP.

Una vez recibido lo actuado por el órgano revisor, éste, salvo disposición legal expresa en contrario, correrá traslado del escrito que contiene el recurso de apelación a los sujetos procesales por el plazo de 5 días.

Luego de dicho trámite el órgano revisor realizará una segunda calificación de admisibilidad del recurso, si lo califica como inadmisibile lo rechaza de plano (esta decisión es impugnabile vía recurso de reposición), caso contrario señala día y hora para la audiencia de apelación.

Antes de que se notifique el decreto señalando fecha y hora para la mencionada audiencia, los sujetos procesales pueden presentar prueba documental o solicitar se agregue a autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso, lo que será puesto en conocimiento de los demás sujetos procesales. De manera excepcional el órgano revisor podrá solicitar copias o las actuaciones originales, sin que ello implique la paralización del procedimiento.

A la audiencia de apelación pueden asistir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En dicha audiencia que es inaplazable, se dará cuenta de la resolución recurrida, del sustento del medio impugnatorio, luego de lo cual podrá hacer uso de la palabra el defensor de la parte impugnante y a continuación los demás abogados patrocinantes de los

otros sujetos procesales que estimaron conveniente asistir a la audiencia en mención; debiendo precisarse que en cualquier caso el acusado tendrá derecho a la última palabra. En cualquier momento de la audiencia el órgano revisor podrá efectuar preguntas tanto al representante del Ministerio Público como a los abogados de los demás sujetos procesales, o solicitarles que profundicen los argumentos en que sustentan su posición respecto a la materia controvertida.

El órgano revisor, salvo disposición contraria, cuenta con un plazo de 20 días para absolver el grado.

## ***2.2 Trámite del recurso de apelación contra sentencia (artículo 421 al 426 del CPP)***

El recurso de apelación se interpone ante el juez que expidió la resolución cuestionada, quien efectuará un primer análisis de admisibilidad del recurso, cuyo resultado será notificado a las partes, procediendo luego a elevar lo actuado al órgano revisor competente —artículos 404 inc. 1o. y 405, inciso 3o. del CPP.

Al recibir lo actuado el órgano revisor corre traslado del recurso a los sujetos procesales, quienes cuentan con un plazo de cinco días para efectuar la respectiva absolucón de agravios

Vencido el plazo antes señalado, el órgano revisor efectúa una segunda calificación de admisibilidad, de estimarlo inadmisibile lo rechaza de plano, contra esta decisión procede recurso de reposición.

Si por el contrario, el órgano de revisión considera admisible el recurso de apelación comunica a las partes que cuentan con un plazo de cinco días para ofrecer medios probatorios.

De decidir los sujetos procesales ofrecer medios probatorios, tienen que efectivizar dicha decisión a través de un escrito en donde no sólo especificarán los medios probatorios ofrecidos sino que además deberán precisar el aporte que esperan obtener de cada uno de ellos respecto a la cuestión impugnada, bajo sanción de inadmisibilidad.

Pero esta posibilidad que brinda el CPP para que los sujetos procesales, en segunda instancia, puedan ofrecer medios probatorios, no es ilimitada, ya que el inciso 2 del artículo 422 señala que sólo serán admisibles los siguientes medios probatorios:

- a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia;
- b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y
- c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él.

Además de lo señalado es importante precisar que el inciso 3o. del acotado artículo 422, establece una nueva limitación al establecer los criterios de pertinencia de los medios probatorios ofrecidos en segunda instancia, señalando lo siguiente:

- a) Serán pertinentes los medios probatorios vinculados a la determinación de la culpabilidad o inocencia del procesado.
- b) Si la materia impugnada está referida únicamente a la determinación judicial de la sanción, los medios probatorios serán pertinentes sólo cuando estén referidos a dicho extremo.
- c) Si lo que se discute recursalmente es únicamente el objeto civil del proceso, la pertinencia de los medios probatorios se regirán de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 364 del Código Procesal Civil.

Una vez ofrecidos los medios probatorios, el órgano de revisión en el plazo de tres días decidirá la admisibilidad de los mismos mediante resolución motivada que es inimpugnable. Los criterios aplicables para la exclusión de medios probatorios ofrecidos, son los de pertinencia (que está delineado básicamente con su vinculación con la materia impugnada) y de prueba prohibida (al respecto el inciso segundo del artículo VII del Título Preliminar del CPP establece que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona), pudiendo también denegar la admisión de los medios probatorios que resulten sobreabundantes o de imposible consecución —inciso 2o. del artículo 155 del CPP.

Del mismo modo, si el órgano revisor estima indispensable para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, citará a los testigos (incluidos los agraviados) que ya declararon en primera instancia.

Una vez admitidos los medios probatorios ofrecidos, se convoca a los sujetos procesales a la respectiva audiencia de apelación, a la que es obligatoria la concurrencia del representante del Ministerio Público así como la del imputado impugnante, y en caso la apelación haya sido planteada por el fiscal, es obligatoria la presencia de todos los imputados recurridos. Pero si la materia impugnada está referida únicamente al objeto civil del proceso no resulta obligatoria la concurrencia ni del imputado ni del tercero civil.

Como sanción a la inasistencia injustificada de la parte impugnante (ya sea el imputado, el Ministerio Público o el actor civil), los incisos 3o. y 5o. del artículo 423 del CPP prevé la inadmisibilidad del respectivo medio impugnatorio, sanción que no resulta aplicable cuando la incomparecencia es de los imputados recurridos, en cuyo caso continúa la audiencia de apelación y se dispone la conducción coactiva de los inasistentes así como su declaración de contumacia.

En la audiencia se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia. Se inicia con una relación de la sentencia impugnada así como de los recursos planteados, luego de lo cual se dará la oportunidad para que las partes o se desistan de sus medios impugnatorios o ratifiquen los fundamentos de los mismos. A continuación se procede a actuar las pruebas ofrecidas y debidamente admitidas, Cuando lo que se discute es el juicio de hecho de la sentencia, es obligatorio el interrogatorio de los procesados, salvo que estos se abstengan de declarar.

En la audiencia pueden darse lectura, aun de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no cuestionadas y a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes.

Culminada la actuación de los medios probatorios, los sujetos procesales pueden exponer su alegatos finales, empezando por la parte impugnante y continuando con el fiscal, los abogados del actor civil y del tercero civil, y del abogado del o los acusados, teniendo la última palabra el o los acusados, quien podrá, de estimarlo pertinente, ejercer su autodefensa, luego de lo cual el órgano de revisión declarará cerrado el debate, y se ingresa a la etapa de la deliberación en la que resulta de aplicación las reglas establecidas por el artículo 393 del CPp.

El órgano revisor tiene un plazo máximo de 10 días para expedir la sentencia correspondiente, bastando para formar la voluntad de dicho

órgano mayoría de votos, dicha decisión jurisdiccional deberá ser pronunciada en audiencia pública previa notificación a las partes, siendo dicho acto inaplazable, pudiendo llevarse a cabo con la sola presencia de los concurrentes a dicho acto. Contra dicho fallo sólo procede el pedido de aclaración o corrección y el recurso de casación

El órgano de revisión a través de la sentencia de segunda instancia tiene competencia para lo siguiente:

- a) Puede declarar la nulidad, en todo o en parte de la impugnada, y ordenar el reenvío respectivo para que el *a quo* llamado por ley (que no podrá ser ninguno de los jueces que conocieron el proceso anulado) efectúe la subsanación correspondiente; en este caso si el nuevo juicio se dispuso como consecuencia del medio impugnatorio interpuesto exclusivamente por el imputado, el nuevo juez no podrá aplicarle una pena superior a la que le impuso el primer magistrado.
- b) Puede confirmar o revocar la apelada. Si ésta fue absolutoria, el órgano de revisión puede dictar sentencia condenatoria, si la sentencia cuestionada es condenatoria puede dictar la absolución correspondiente. Del mismo modo también puede modificar las sanciones impuestas, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad o confirmar o revocar la apelada, en estricta observancia de los principios dispositivo y de congruencia procesal.

### 3. Recurso de casación (artículo 427 al 436 del CPP)

#### 3.1 *Concepto y características*

El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario, de competencia exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema, tal como lo establece el artículo 141 de la Constitución Política del Estado. Tiene efecto devolutivo, por cuanto su conocimiento es de cargo del órgano superior del que dictó la providencia jurisdiccional cuestionada.

Es un recurso que posibilita a la Sala Casatoria ejercer control normativo respecto a lo resuelto por las instancias de mérito, control normativo referido tanto a las disposiciones de naturaleza sustantiva como a las de naturaleza procesal. Y es un recurso que no genera instancia y por ende no otorga función de revaloración probatoria a dicho Colegiado,

quien resuelve en función a la base fáctica establecida por las instancias de mérito. Nieva Fenoll, señala al respecto:

“A nuestro juicio, el hecho de no poder discutir sobre los hechos en la casación, configura decisivamente la naturaleza extraordinaria del recurso. Limita la cognición del órgano jurisdiccional a través del recurso, y ello es lo fundamental para la consideración de su naturaleza.”<sup>108</sup>

SAN MARTÍN CASTRO, citando a GÓMEZ ORBANEJA, define al recurso de casación como el medio de impugnación, de competencia del Supremo Tribunal, en virtud del cual, se pide la anulación de resoluciones definitivas de los tribunales inferiores, no sujetas por sí o no sujetas ya a ninguna otra impugnación, por error de Derecho Sustantivo o Procesal. La casación se limita, partiendo de los mismos hechos fijados en la instancia, a examinar la concepción jurídica causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de éste, la regularidad del proceder que haya conducido a él.<sup>109</sup>

El recurso se refiere únicamente a las cuestiones de Derecho, sustantivo o procesal, lo cual implica en principio la exclusión de las cuestiones de hecho y, por lo mismo, de todo problema atinente a la valoración de las pruebas; supone un interés de la parte que lo hace valer, por la cual la sentencia debe causarle gravamen; el tribunal de casación puede resolver anulando la sentencia impugnada cuando revela vicios formales, o bien, puede ejercer competencia positiva adecuando la interpretación de la ley, que emite en sede del recurso, a los hechos definitivamente fijados, sin alterarlos.<sup>110</sup>

SAN MARTÍN CASTRO, citando a MORENO CATENA, señala tres notas esenciales o características del recuso de casación. A saber:

- a) Se trata de un recurso jurisdiccional, de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema;

---

108 NIVEA FENOLL, JORGE. *El hecho y el derecho en la casación penal*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 2000. p. 79.

109 SAN MARTÍN CASTRO, C. Ob. cit., p. 717.

110 LÓPEZ INIGUEZ, MARÍA GABRIELA. “El recurso de casación penal: vicios formales”, en MAIER, B.J. (Comp.), *Los recursos en el procedimiento penal*, 2a. edición actualizada. Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, 2006. p. 138.



- b) Es un recurso extraordinario, desde que no cabe sino contra determinadas resoluciones (...) y por motivos estrictamente tasados, regido además por un comprensible rigor formal, y
- c) No constituye una tercera instancia, ni una segunda apelación, porque, de un lado, el órgano de la casación no enjuicia en realidad sobre las pretensiones de las partes, sino sobre el error padecido por los tribunales de instancia que en el recurso se denuncia; y, de otro lado, por la imposibilidad de introducir hechos nuevos en ese momento procesal.<sup>111</sup>

Las notas esenciales, antes mencionadas, se hallan recogidas en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el artículo 141 de la Constitución Política del Estado señala expresamente que el conocimiento del recurso de casación es de competencia de la Corte Suprema. En los artículos 427 y 428 del CPP, básicamente se establecen los requisitos específicos de admisibilidad del recurso de casación, cuya interposición además debe cumplir con los requisitos generales previstos en el artículo 405 del acotado cuerpo de leyes. Finalmente el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* establece que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada, con lo que queda claro que cuando la Corte Suprema actúa en sede de casación no lo hace como instancia de mérito y por ende carece de la facultad de reexaminar el juicio de hechos en virtud a la valoración de los medios probatorios actuados.

### 3.2 Casación y prueba

En el acápite precedente, se ha señalado como una de las notas características del recurso de casación, que su interposición y concesión no genera instancia, es decir no convierte al órgano revisor en sede de mérito, y por ende este se halla desprovisto de la capacidad de revalorar el material probatorio evaluado por las instancias de mérito, ejerciendo su análisis y calificación normativa a partir de la base fáctica establecida por aquéllas.

Sobre esta características del recurso de casación, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la sentencia de casación No. 01-2007 (Huaura) de fecha 26 de julio de 2007, estableció, en su tercer fundamento de derecho, que: "(...) Es de puntualizar al respecto, que el recurso de

---

111 SAN MARTÍN CASTRO, C. Ob. cit., pp. 717-718.

casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada, concentrado en la *questio iuris* (...)

La Sala Casatoria, reitera este criterio en el auto de calificación del recurso de casación No. 04-2008 (Huaura) de fecha 10 de marzo de 2008, donde declaró inadmisibile el referido medio impugnatorio, al considerar que:

“(...) la defensa del recurrente no ha precisado los motivos casacionales ni especifica su pretensión impugnativa, mas bien, su recurso está dirigido a que este Supremo Tribunal realice un análisis de los medios de prueba, que no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano de casación —que no es posible hacerlo en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria”.

Es importante señalar que el hecho que a la Sala de Casación le esté vedada la función de valoración o análisis del material probatorio actuado en las instancias de mérito, no quiere decir que otros aspectos del tema probatorio, sean ajenos a la casación. Así por ejemplo, resulta trascendente tener clara la diferencia entre valorar medios probatorios (que es función de las instancias de mérito, y obviamente no constituye una actividad propia a realizar en sede casatoria) con establecer la finalidad probatoria de determinado medio de prueba (utilidad) o evaluar la forma o método de valoración de los mismos (no el contenido de la valoración), aspectos que si pueden constituirse en materia casacional.

En la sentencia de casación No. 05-2007 (Huaura), de fecha 11 de octubre de 2007, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, corrige a la Sala de Apelación, por cuanto ésta consideró que la valoración de la prueba personal efectuada por el *a quo*, en todo caso, resultaba inmodificable e irrevisable a nivel de apelación, apreciación que, según la sala casatoria, resultaba correcta cuando estaba referida a las llamadas “zonas opacas” (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de las manifestaciones, precisiones en el discurso, etc.) mas no cuando estaba referida a las denominadas “zonas abiertas” vinculadas a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos a la percepción sensorial del juzgador, y las que por ende podían ser objeto de fiscalización a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

Del mismo modo, la Sala Casatoria, puede válidamente, tal como lo mencionamos, establecer cuál es la finalidad para la que sirve un determinado medio de prueba, sin que ello signifique establecer una nueva valoración del material probatorio actuado; así por ejemplo las instancias de mérito pueden haber determinado que una partida de nacimiento es prueba de una violación sexual, y la Sala Casatoria puede válidamente corregir este yerro y establecer que dicho documento es útil o para acreditar el nacimiento de una persona o la filiación de la misma, mas no para acreditar la realización de un acto delictivo de acceso carnal, corrección que no significa, por parte de la Sala Casatoria, una actividad de revaloración del material probatorio de cara a establecer o no la responsabilidad penal de una persona, sino una simple determinación de la utilidad probatoria de un medio de prueba específico, apreciación casatoria, que sin duda alguna resulta aplicable a cualquier caso.

Así mismo vía recurso de casación se puede revisar errores referidos a la falta de valoración probatoria de medios de prueba debidamente aportados, admitidos y actuados en las instancias de mérito. Lo que la Sala Casatoria va a revisar es si ha existido congruencia probatoria o si las instancias de mérito han incurrido en la omisión anotada.

En este rubro, resulta importante precisar, que en sede casatoria, no existe actividad probatoria en general, es decir no sólo que está vedada la revaloración probatoria por parte del órgano jurisdiccional, sino, y de antemano el aporte probatorio por parte de los sujetos del proceso.

A nivel de Derecho Comparado, se evidencia, con relación a la casación y su vinculación con el tema probatorio, que en determinados casos se ha llegado a supuestos de revaloración probatoria (extremo ajeno a nuestro sistema casatorio penal), llegando los órganos casatorios a aplicar criterios de justicia al caso concreto (función dikelógica, de la que nos ocuparemos más adelante). Este acometimiento de la casación en temas probatorios, se enmarca en lo que Montero Aroca ha venido en llamar la ampliación del ámbito del recurso de casación, proceso por el cual, según el referido autor, este recurso extraordinario va asemejándose al recurso de apelación, ingresando a controlar temas como:

- i. El error en la apreciación de la prueba por parte de las instancias de mérito, produciéndose así una claro ingreso de los hechos en la casación;

- ii. La vulneración del derecho a la presunción de inocencia;<sup>112</sup>
- iii. La vulneración de preceptos constitucionales, como el de igualdad, el acusatorio o el de publicidad;
- iv. La procedencia de la casación por nulidad de actuaciones;
- v. El control en sede casatoria de la aplicación que de las máximas de experiencia hace el juzgador de instancia a la hora de determinar los hechos probados, es un control del criterio racional o humano aplicado.<sup>113</sup>

### 3.3 *Fines de la casación*

VESCOVI sostiene que luego de una revolución histórica en la cual se ha producido alguna alteración de sus finalidades esenciales, hace ya más de un siglo que la más relevante doctrina sobre el tema asignaba a nuestro instituto estas dos finalidades esenciales: la defensa del Derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia, la primera finalidad está referida a la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales y la función de unificación, perfila la necesidad de contar con un único órgano casatorio.<sup>114</sup>

Tanto la función de control normativo (ya sea sustantivo o adjetivo), que suele denominarse función nomofiláctica, como la función de unificación jurisprudencial, tienen como sustento principal propugnar la vigencia del principio de igualdad, y accesoriamente la búsqueda de la seguridad jurídica, ya que se persigue, que las normas sean interpretadas y aplicadas, de ser el caso, de la misma manera, en casos similares. Para lo cual resulta imprescindible que, un único órgano casatorio, a partir de las disímiles interpretaciones y aplicaciones normativas que efectúen las instancias de mérito en casos concretos, establezca la correcta interpretación de las mismas y por ende los supuestos fácticos en las que deben

112 En la sentencia de casación No. 10-2007/Trujillo, de fecha 13 de agosto de 2007, luego de declarar la admisibilidad del recurso, se discutió en sede casatoria, si había existido o no vulneración del principio de presunción de inocencia.

113 MONTERO AROCA, JUAN. *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Thomson, Civitas, Pamplona, 2008. p. 468-470. Sostiene además que sólo deberían existir dos motivos de procedencia de la casación: la vulneración de garantías procesales constitucionalizadas y la infracción de norma material, que podría ser penal y civil, bien ordinaria, bien constitucional. Ningún pretendido error en la prueba tendría acceso a la casación (p. 511-512).

114 VESCOVI, E., Ob. cit., pp. 237-238.

ser aplicadas (control normativo), labor que la debe explicitar a través de sentencias casatorias que buscan ser vinculantes para las decisiones posteriores de los órganos de mérito (unificación).

Al respecto LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, señala:

“La idea básica, que no debe perderse de vista, es que se trata de un recurso para la unificación de la doctrina, es decir, la finalidad concreta del recurso es obtener la igualdad en la aplicación de la ley y, para ello, el objeto del recurso tiene que ser la unificación de la doctrina jurisprudencial. Esta idea básica implica, necesariamente, que deben existir otra u otras sentencias que mantengan una doctrina contradictoria; de no ser así no cabe hablar de la necesidad de unificar doctrina alguna (...) Esta idea implica que lo que ha de constituir el ámbito del recurso no es la bondad o no del fondo del asunto, sino la contradicción doctrinal, pues, lo que se ha de buscar es la unidad doctrinal (...) el fundamento de la búsqueda de esta uniformidad doctrinal se encuentra, por una parte, en el principio de igualdad y, por otra parte, en el principio de seguridad jurídica.”<sup>115</sup>

Teniendo en consideración las finalidades antes aludidas SÁNCHEZ PALACIOS PAIVA, sostiene que con ello se busca proteger:

- a) La igualdad ante la ley, que es un derecho constitucional, que se expresa en el aforismo, “a la misma razón el mismo derecho”, y
- b) Preservar los principios de seguridad y certidumbre jurídicas.

Esto quiere decir que de acuerdo a nuestro ordenamiento, prima el interés colectivo de la exacta interpretación de la ley sobre el interés privado de la parte recurrente, de donde se deriva que el objeto de la casación no es tanto enmendar el perjuicio o el agravio inferido a un particular, o remediar la vulneración del interés privado, como atender la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes y doctrinas legales. El *ius constitutionis* prima sobre el *ius litigatoris*<sup>116</sup> SAN MARTÍN

115 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Ob. cit., p. 1435.

116 SÁNCHEZ PALACIOS PAIVA, MANUEL. “Causales sustantivas de casación”, en *Cuadernos Jurisdiccionales*. Asociación No Hay Derecho. Ediciones Legales, Lima, abril 2000. p. 20.

CASTRO sostiene que el fundamento del recurso de casación se encuentra en el principio de igualdad, ya que la uniformidad de la jurisprudencia asegura a las personas un tratamiento similar por parte de los jueces.<sup>117</sup>

Adicionalmente a las funciones principales, antes mencionadas: la nomofiláctica y la de unificación, la doctrina hace mención a otros dos fines que se pueden perseguir a través del recurso de casación: la función de control de logicidad, que está referida al control de la construcción lógica de las decisiones jurisdiccionales, denominándose a los errores de logicidad como errores *in cogitando*, y la función dikelógica, o de justicia al caso concreto.

En este punto, sin perjuicio de lo señalado al referirnos a la función de unificación, resulta relevante, señalar que si bien el fin primario de la casación es la tutela del *ius constitutionis*, sin embargo, no debe olvidarse que en estricta aplicación del principio dispositivo, quien gatilla el mecanismo casatorio, es la parte que persigue un fin particular, y que si bien, si su cuestionamiento es admitido por el órgano casatorio, los efectos de tal decisión jurisdiccional van a ser generales (*ius constitutionis*) ello no quiere decir que el recurrente no se vea beneficiado, y por ende su pretensión impugnatoria pueda resultar amparada (*ius litigatoris*). En tal sentido la defensa del *ius litigatoris* sería pues un fin secundario reconocido y tutelado en cuanto el mismo coincida con aquel especial interés colectivo que constituye la base del instituto (casación).<sup>118</sup>

Nuestro sistema casatorio, consagra el fin de unificación, tal como puede apreciarse en lo establecido en el numeral 4o. del artículo 427 del CPP, así como el fin de control normativo (o nomofiláctico) tal como puede apreciarse en los tres primeros incisos del artículo 429 del CPp. Del mismo modo en el inciso 4o. del citado artículo 429 recoge la finalidad de control de logicidad, no teniendo norma expresa que recoja la finalidad dikelógica, aun cuando no debemos olvidar que al declararse fundado un recurso de casación, si bien sus efectos tendencialmente van dirigidos a un contexto social, ello no quiere decir que con tal decisión, el impugnante no vea satisfecho su interés particular.

---

117 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. “Recursos de apelación y de casación penal”, en *Teoría de la Impugnación*. I Jornadas de derecho Procesal. Universidad de Piura, Facultad de Derecho. Karla Vilela Carbajal (Coord.). Palestra Editores, Lima, 2009. p. 31.

118 VECINA SIFUENTES, JAVIER. *La casación penal. El modelo español*. Tecnos, 2002. p. 145.

### 3.4 *Material casable e interés casacional*

El artículo 427 del CPP establece, en sus tres primeros incisos, el catálogo casi taxativo de decisiones jurisdiccionales que pueden ser cuestionadas a través del recurso de casación, norma que se incardina dentro del contexto propio de los medios impugnatorios extraordinarios, y que en general se puede señalar está referido a resoluciones judiciales que ponen fin al proceso o procedimiento, según las características que allí se indican

Sin embargo, en el inciso 4 de la norma acotada, se establece que excepcionalmente la Sala Penal de la Corte Suprema podrá ordenar, discrecionalmente, la procedencia de un recurso de casación, aun cuando no se halle previsto en los supuestos anteriores, si lo considera necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Lo que hace aquí la norma en mención, es reconocer la institución del denominado interés casacional, que tiene como antecedentes a la *Ley de Enjuiciamiento Civil Española* del año 2000, y en nuestro país en la sentencia del Tribunal Constitucional No. 4853-2004/AA-TC, de 19 de abril del 2007, que introdujo el llamado recurso de agravio constitucional extraordinario.<sup>119</sup>

A través del interés casacional lo que se busca, es otorgar al órgano supremo la capacidad de decidir qué materia va a revisar, por consideraciones que responden a variados criterios y que pueden ir desde la vulneración a la doctrina jurisprudencial o violación de derechos fundamentales o por cuestiones de unificación jurisprudencial, supuesto, este último, que es el recogido por el CPP para otorgar a la Sala Suprema Casatoria la capacidad de decidir, discrecionalmente, conocer cuestionamientos a resoluciones judiciales, que en situaciones normales no podrían ser pasibles de revisión vía casación.

En ese sentido queda claro que el interés casacional, mas allá del contexto garantista que enmarca a la impugnación, responde primordialmente a la función de control de las decisiones jurisdiccionales inferiores, que se le asigna a la impugnación, temas respecto de los cuales hemos abordado en el acápite referido a la naturaleza jurídica de la impugnación.

---

119 El Tribunal Constitucional mediante sentencia vinculante No. 3908-2007-PA/TC de fecha 11 de febrero de 2009, dejó sin efecto los alcances del llamado recurso de agravio constitucional extraordinario.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el auto de calificación del recurso de casación No. 01-2007 (Huaura) de fecha 17 de mayo de 2007, hizo uso expreso de lo establecido en el apartado 4o. del artículo 427 del CPP y reexaminó, en sede casatoria, cuestiones referidas a materia cautelar, que por su variabilidad y provisionalidad, las decisiones jurisdiccionales que recaen sobre las mismas, no son definitivas y por ende no causan un agravio irreparable, lo que implica, que en principio no formen parte del material casable normal. Esta opción del Tribunal Supremo, fue justificada en la necesidad de “fijar un criterio interpretativo de carácter general acerca de las relaciones y posibilidades procesales resultantes entre la detención —como medida provisionalísima— y la prisión preventiva —como medida provisional más estable—, ambas de marcada relevancia constitucional al estar coimplicado el derecho a la libertad personal (...)”.

Similar criterio asumió el mencionado Colegiado Supremo en el auto de calificación del recurso de casación No. 08-2007 (Huaura) de fecha 24 de octubre de 2007, al aplicar el criterio del interés casacional, para discutir en sede casatoria, la determinación de los alcances del presupuesto material, constituido por la debida motivación, para acordar el sobreseimiento contra el requerimiento acusatorio del Ministerio Público.

En igual sentido puede revisarse el auto de calificación del recurso de casación No. 02-2008 (la libertad) de fecha 15 de febrero de 2008, donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, aplicó el criterio del interés casacional para, a través de este mecanismo impugnatorio, discutir sobre la diferencia de plazos de la investigación preliminar (actos preliminares de investigación) y de la investigación preparatoria (propia-mente dicha).

Como puede apreciarse el interés casacional, es un mecanismo que le permite a la Sala Casatoria decidir, discrecionalmente, el conocer materias contenidas en resoluciones judiciales, que en principio son ajenas al control de este recurso. Esta ampliación en su competencia se sustenta en el afianzamiento del rol de unificación jurisprudencial que persigue la casación y que ejerce el máximo órgano jurisdiccional. Se puede cuestionar esta decisión legislativa, sin embargo, de haberse optado por restringir a la Sala Casatoria el conocimiento de un número taxativo de resoluciones cuestionables, habría generado la imposibilidad de unificación de criterios jurisdiccionales en temas tan trascendentes y gravosos, como las medidas de coerción, pudiendo ocurrir la emisión de decisiones contradictorias de



instancias de mérito, respecto a procesados, que podrían hallarse en situaciones fácticas y procesales semejantes.

La utilización del mecanismo del interés casacional, incluso ha permitido establecer una clasificación de la casación, de forma tal que aquellos recursos que se dirijan contra las resoluciones enumeradas en los tres primeros incisos del artículo 427 del CPP, se denominan “casación ordinaria o típica” y aquellos que se sustenten en el interés casacional, se denominan “casación excepcional” (terminología esta última poco adecuada, ya que *per se* el recurso de casación es excepcional).

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia recaída en la Queja No. 66-2009 delimitó el contenido del interés casacional a los siguientes aspectos:

- Unificación de interpretaciones contradictorias —jurisprudencia contradictoria entre diversos órganos jurisdiccionales—, afirmación de la existencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial frente a decisiones contrapuestas con ella expedidas por tribunales inferiores, o definición de un sentido interpretativo a una norma reciente o escasamente invocada pero de especiales connotaciones jurídicas.
- La exigencia ineludible, por sus características generales, mas allá del interés del recurrente —defensa del *ius constituttillos*—, de obtener una interpretación correcta de específicas normas de Derecho Penal y Procesal Penal.

### **3.5 Presupuestos de la casación y la denominada voluntad impugnativa**

#### **3.5.1 Presupuestos objetivos**

El recurso debe ser interpuesto contra el material casable establecido en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 427 del CPP, salvo que se solicite la aplicación del interés casacional, en cuyo caso debe fundamentarse la necesidad casacional de revisar una decisión jurisdiccional que no se encuentra dentro del contexto taxativo normal de resoluciones impugnables a través de este recurso.

### 3.5.2 *Presupuestos subjetivos*

El recurso debe ser interpuesto por el sujeto procesal legitimado por haber sufrido agravio con la resolución materia de impugnación —artículo 405, inciso 1 del CPP.

De tratarse de una sentencia confirmatoria, el recurrente debe haber impugnado la emitida por el *a quo* (artículo 428, numeral 1, literal d), no pudiendo incluir en su recurso de casación agravios no denunciados a través de la apelación, cuando estos existían desde la resolución expedida por el juez.

### 3.5.3 *Presupuestos formales*

Son tres los elementos necesarios para que procesada el recurso de casación. En primer lugar, el *tiempo*, el cual es 10 días contados partir desde el día siguiente a la notificación de la resolución (artículo 414, numerales 1a y 2 del CPP). En segundo lugar, el *modo*, puesto que dicho medio impugnatorio debe presentarse por escrito (artículo 405, inciso 1b), siendo aplicable para la interposición oral las reglas establecidas en el artículo 405, inciso 2o. del CPp.

Finalmente, el *lugar*, puesto que el recurso debe ser interpuesto ante la Sala de mérito que expidió la resolución materia de cuestionamiento, Colegiado que tendrá a su cargo el primer control de admisibilidad restringido a la verificación del cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 405 del CPP así como a la constatación estricta de la fundamentación del recurso en las causales casacionales (artículo 430, inciso 2o. del CPP), estando a cargo de la Sala Casatoria, el segundo control de admisibilidad, a través del respectivo auto de calificación, en el que se verificará el cumplimiento de las exigencias previstas en los artículos 405, 428, incisos 1 y 2 y 429 del CPP.

### 3.5.4 *Fundamentación y voluntad impugnativa*

El recurso debe estar fundamentado, debiendo contener, además de la pretensión impugnatoria correspondiente, la indicación precisa y por separado de la causal o causales previstas en el artículo 429 del CPP, en que sustenta su recurso, señalando, según sea el caso, lo siguiente:

- i. Los preceptos normativos (constitucionales, sustantivos o procesales) que considere inobservados o inaplicados;
- ii. Los preceptos normativos (constitucionales, sustantivos o procesales) que considere aplicados indebidamente, en cuyo caso deberá especificar cuales son las normas que debieron ser aplicadas;
- iii. Los preceptos normativos (constitucionales, sustantivos o procesales) que considere que han sido correctamente aplicados, pero que la o las instancias de mérito le han dado una interpretación errónea, en cuyo caso debe precisar cuál es, desde su perspectiva, la interpretación correcta de dichas normas;
- iv. En qué consiste la ilogicidad de la motivación de la resolución materia de cuestionamiento, especificando su contenido contradictorio entre lo que expone y lo que concluye, que es en si el ámbito definido por el reproche casatorio;<sup>120</sup>
- v. La doctrina jurisprudencial, ya sea de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional inaplicada al caso concreto.

Supuestos de incumplimiento del presupuesto formal de fundamentación del recurso de casación, lo podemos encontrar en la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el auto de calificación del recurso de casación No. 02-2007 (Huaura) de fecha 5 de julio de 2007, declaró inadmisibles dicho medio impugnatorio, al considerar que el recurrente se limitó a indicar que no se llevó un debido y correcto procedimiento y que se vulneró dos derechos fundamentales: debido proceso y derecho de defensa, respecto al debido proceso hace referencia expresa a la presunción de inocencia y con relación a la afectación al derecho de defensa no hace una fundamentación específica, señalando, así mismo, la Sala Casatoria, que el recurrente no identificó el aspecto o ámbito del derecho a la presunción de inocencia que se habría vulnerado para efectos de su control casatorio, y más bien confundió los alcances de la casación, al pretender que el Colegiado Supremo realice un análisis independiente de los medios de prueba personales que no es posible hacer en virtud a los principios procesales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria,

---

120 Al respecto puede revisarse el sexto considerando del auto de calificación de recurso de casación No. 12-2008 (La Libertad) expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema con fecha 11 de julio de 2008.

confundiendo juicio de suficiencia con el análisis autónomo de la prueba de cargo actuada, que no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano casatorio.

Similar criterio asumió la Sala Penal Permanente en el auto de calificación del recurso de casación No. 04-2008 (Huaura), de fecha 10 de marzo de 2008, donde declaró inadmisibles dicho medio impugnatorio porque “(...) la defensa del recurrente no ha precisado los motivos casacionales ni especifica su pretensión impugnatoria (...)”.

Si bien es cierto que la Sala Casatoria, al momento de efectuar la calificación de admisibilidad del recurso debe, en general, ser rigurosa al verificar la adecuada motivación del recurso, sobre todo en lo atinente a la alegación y sustentación de la causal invocada, sin embargo también podemos apreciar que el Colegiado casatorio, teniendo en consideración la novedad del recurso en materia penal y sobre todo teniendo como norte la unificación jurisprudencial respecto a temas con interés casacional, ha introducido el criterio denominado “voluntad impugnativa”, por el cual, pese a los errores incurridos por el recurrente en cuanto a la alegación de la causal invocada, el órgano casatorio busca determinar cuál es la causal correcta, siempre y cuando el agravio se halle debidamente explicado y el mismo tenga interés casacional, de tenerlo se declarara bien concedido el recurso pasándose a la calificación de fondo.

El criterio de la voluntad impugnativa, también lo podemos apreciar en las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo Español, así en la sentencia 392/2001 de 16 de marzo, se señala: “el principio de voluntad impugnativa constituye una doctrina sólidamente consolidada en la Sala —entre las más recientes podemos citar las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo y 18 de septiembre de 1992, 15 de octubre de 1998, 18 de febrero de 1999, 10 de marzo de 199, 22 de febrero de 2000, y 19 de febrero de 2001—, según este principio, esta Sala de casación se estima legitimada para corregir en beneficio del reo cualquier error de derecho suficientemente constatado aunque no haya sido objeto de denuncia casacional, y ello porque una vez asumida la plena jurisdicción por esta Sala en virtud del recurso formalizado, la subsanación de ese error de derecho apreciado de oficio por la Sala aparece como una consecuencia inevitable unida a la demanda de justicia que supone la formalización del recurso que integran una pretensión revocatoria de la sentencia dictada, y que en definitiva se relaciona con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva

en su concreta manifestación de dar respuesta razonada sobre los aspectos fácticos y jurídicos que ofrece el caso enjuiciado.<sup>121</sup>

En el auto de calificación del recurso de casación No. 01-2007 (Huaura) de fecha 17 de mayo de 2007, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, pese a reconocer que la sustentación de la causal alegada era equívoca, señaló:

“(…) que no corresponde el motivo de casación sobre infracción de ley previsto en el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso tres, del citado Código porque la impugnación no está enderezada a cuestionar una errónea interpretación de la ley penal material, causante de anulación de la resolución judicial, sino más bien a denunciar la inobservancia de una norma procesal penal, como son los preceptos sobre prisión preventiva (…) Que no obstante ello, en función al carácter tasado de los motivos de casación es de precisar que el cauce procesal que corresponde al caso submateria es el previsto en el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso dos, del Código Procesal Penal, y, en consecuencia, sobre ese motivo debe incidir el examen casacional; que a estos efectos es de asumir la concepción de la denominada ‘voluntad impugnativa’, atento al contenido o fundamentación y a la pretensión hecha valer mediante el presente recurso (…) por lo que en aras de hacer efectivo el derecho a la tutela jurisdiccional, que obliga a una interpretación no formalista de los requisitos de todo recurso impugnatorio, cabe entender que el recurso en cuestión tiene como motivo específico el previsto en el inciso dos del citado artículo cuatrocientos veintinueve del CPP”.

La Sala Casatoria reitera la aplicación del criterio de “voluntad impugnativa” en el auto de calificación del recurso de casación No. 11-2007 de fecha 5 de noviembre de 2007, señalando que el mismo resulta “imprescindible para hacer valer el derecho a la tutela jurisdiccional en cuanto al acceso de los recursos legalmente previstos”.

Instituciones vinculadas a la voluntad impugnativa la podemos encontrar, tanto, en lo que el Tribunal Constitucional denomina el principio

121 Vid. URIARTE VALIENTE, LUIS. *El proceso penal español. Jurisprudencia sistematizada*. La Ley, Madrid, septiembre 2007. pp. 810-811.

de la “suplencia de la queja deficiente”, como en el principio del *iura novit curia*. Respecto al primero de ellos el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia recaída en el Expediente No. 0569-2003-AC/TC, Lima. Caso Nemesio Echevarría Gómez, de fecha 5 de abril del 2004, donde, luego de hacer referencia a la base normativa que sustenta la aplicación del mismo, precisa:

“Estas disposiciones atañen concretamente a la suplencia de los actos procesales deficientes y, por tanto, a aspectos estrictamente formales, pero no necesariamente desprovistos de repercusiones de orden sustancial. Tal facultad es otorgada a los jueces constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, para adecuar su pretensión a fin de otorgar protección constitucional al quejoso, en aquellos casos en los que se advierta un error o una omisión en el petitorio.”

A continuación el Tribunal Constitucional, siguiendo a BINDER, restringe la aplicación del principio de suplencia a los deficiencias en el petitorio referidas a actos defectuosos o a actos inválidos, mas no a los actos nulos, señalando que el Tribunal podrá desvincularse de lo planteado en la demanda a fin de otorgar una protección eficaz a los derechos constitucionales lesionados, cuando ello devenga de una voluntad implícita del recurrente a pesar de no haberla planteado correctamente en la demanda.

En la misma sentencia el Tribunal Constitucional hace referencia a la aplicación del principio del *iura novit curia*, señalando:

“Así, a diferencia de las situaciones resueltas sobre la base de la aplicación del principio de suplencia de queja deficiente, por aplicación del aforismo *iura novit curia*, el juez tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda.”

De este modo el juez, como director del proceso, dice el derecho antes de emitir sentencia<sup>122</sup> lo que no implica, en ningún caso, la modificación del

---

122 TAÍPE CHÁVEZ, SARA. “Algunas reflexiones sobre el *iura novit curia*”. En: *Derecho Procesal*. II Congreso Internacional. Lima 2002. p. 215.

objeto de la pretensión o de los términos de la demanda; es decir, que ello no puede suponer fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”. En ese mismo sentido, reafirmando el límite de aplicación del *iura novit curia*, el Tribunal Constitucional agrega: “al aplicar el derecho a las cuestiones debatidas, buscará no alterar ni sustituir las pretensiones y hechos fácticos que sustentan la demanda y resulten acreditados en el proceso. (PEYRANO W. PEYRANO. *El Proceso Civil. Principios y Fundamentos*. Ed. Astrea. p. 100)”.

Concluye el Tribunal Constitucional, precisando:

“El Derecho Procesal es, o quiere ser el cauce mediante el cual se brinda una adecuada cautela a los derechos subjetivos, por ello, al reconocerse legislativamente las facultades del juez constitucional, sea para aplicar el derecho no invocado, o erróneamente invocado (*iura novit curia*), por mandato del artículo 63 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, o subsanar las deficiencias procesales (suplencia de queja deficiente), según lo dispuesto en el artículo 7o. de la Ley 23506 y artículo 9o. de la Ley 25398, se trata de evitar que el ejercicio de una real y efectiva tutela judicial en el marco de un proceso justo sea dejado de lado, por meros formalismos irrazonables.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, basándose en la premisa de que el proceso surge de la necesidad de brindar tutela jurisdiccional y judicial a las lesiones o amenazas de derecho y que justifica su razón de ser en el cumplimiento de este fin último, considera importante y, más aún, que resulta un deber del juez constitucional en casos como el de autos y dentro de los límites establecidos por la ley, promover el reconocimiento tutelar de aquellas situaciones que, estando presentes, pero incorrectamente planteadas, ameritan su intervención como real guardián de la Constitución y, por ende, protector de los derechos fundamentales reconocidos en ella.”<sup>123</sup>

---

123 También puede consultarse la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 05761-2009-PHC/TC, Lima, Caso Carmen Julia Emili Pisfil García, de fecha 13 de mayo de 2010.

Como puede apreciarse tanto la aplicación del principio de la suplencia de queja deficiente o el del *iura novit curtia*, busca, enderezar una pretensión incorrectamente planteada o indebidamente justificada desde la perspectiva normativa, otorgándole tal función al órgano jurisdiccional, quien deberá buscar finalmente cual fue la voluntad del accionante contenida en los agravios denunciados, pero claro, tal función limitada a la base fáctica propuesta. Y eso evidencia su íntima vinculación o relación con la institución de la voluntad impugnativa

La flexibilidad que manifiesta en determinados casos la Sala Casatoria, respecto al cumplimiento del requisitos de motivación, entendemos responde a la novedad del recurso y a la necesidad de ir controlando temas con suficiente interés casacional que haga necesaria la búsqueda del establecimiento de criterios de unificación jurisprudencial. Entendemos que este es el sustento de la introducción del criterio de voluntad impugnativa, pero discrepamos que el mismo tenga su fundamentación en la preservación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que se manifiesta, entre otros aspectos normativos, a través del aseguramiento de la doble instancia, requerimiento que se satisface a través del recurso de apelación, el que asegura, intraproceso, un doble pronunciamiento judicial ordinario.

### **3.6 Causales (artículo 429 del CPP)**

#### *3.6.1 Casación constitucional (Inciso 1)*

Causal que funciona cuando en la resolución cuestionada se haya inobservado o aplicado indebidamente o interpretado erróneamente, garantías constitucionales de carácter procesal o material.

En general aquí se hace referencia, entre otras, a las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, como por ejemplo el artículo 2o. de la Carta Magna, así como a las normas que configuran un proceso garantista y que se hallan recogidas, principalmente, en el artículo 139 del texto constitucional (además de las normas referidas al Ministerio Público, que ayudan a configurar un modelo procesal acusatorio).

La vulneración a las mismas constituye causal para la interposición del recurso de casación. Esta causal puede ser sustantiva o adjetiva, de acuerdo a la norma específicamente vulnerada.



### 3.6.2 Casación procesal (inciso 2)

Esta causal procede si existe inobservancia de una norma procesal, y que la misma acarree la nulidad del acto. Esta es una típica causal adjetiva.

En este contexto se enmarca la denominada casación formal o por quebrantamiento de forma, la que “está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cumplió o no con las normas jurídicas que rigen el procedimiento, o la estructura y ámbito de las resoluciones que emitan en función a la pretensión y resistencia de las partes”.<sup>124</sup>

Debe establecerse finalmente que el único supuesto de inobservancia de las formas procesales que acarrea la nulidad del acto procesal, ocurre cuando ello genera indefensión para alguna de las partes, ya que debe tenerse presente que la forma no se establece como un rito, y por ende no como una finalidad en si misma, sino que por el contrario, cumple una función de garantía de derechos fundamentales de las partes

### 3.6.3 Casación material o sustantiva (inciso 3)

Ocurre cuando se efectúa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley Penal o de otras normas necesarias para su aplicación. Lo primero que hay que mencionar es que ésta es una causal sustantiva, por ende las normas cuya inaplicación, o interpretación errónea o aplicación indebida se denuncian, deben tener naturaleza material, es decir, deben tratarse de normas que reconozcan derechos o establezcan obligaciones y que no indiquen un procedimiento a seguir.

Cuando se denuncia indebida aplicación, lo que se está diciendo es que la instancia de mérito ha resuelto el conflicto aplicando una norma cuyo supuesto de hecho no subsumía lo ocurrido fácticamente, es decir se aplicó una norma impertinente, cuando se alega esta causal es requisito ineludible que el denunciante especifique, de acuerdo a su criterio, cuál era la norma aplicable. Cuando se denuncia la interpretación errónea de una norma de derecho material, lo que se está diciendo es que la norma aplicada por la Sala es la correcta, pero que no se le ha dado el sentido, el alcance o significado adecuado, cuando se alega esta causal es impres-

---

124 Tercer fundamento de derecho de la sentencia de casación No. 01-2007 (Huaura), de fecha 26 de julio de 2007.

cindible que el denunciante especifique, de acuerdo a su criterio, cuál es la interpretación correcta de dicha norma.

#### *3.6.4 Casación por error in cogitando (inciso 4)*

Esta causal puede ser alegada cuando la resolución impugnada ha sido expedida con manifiesta ilogicidad de la motivación, lo que resulta evidente del propio tenor de la misma. La falta de logicidad en la construcción de la sentencias se le denomina *vicio in cogitando*, y en tanto y en cuanto está íntimamente vinculado a la obligación constitucional que tienen los jueces de motivar adecuadamente sus decisiones, conceptuamos que se trata de un causal adjetiva.

#### *3.6.5 Casación jurisprudencial (inciso 5)*

Causal que puede ser alegada cuando la resolución, materia de cuestionamiento, se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, en este tema debe tenerse presente lo establecido en el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, que autoriza a los magistrados a apartarse de los principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento, con la obligación de motivar adecuadamente su decisión, dejando constancia del precedente del que se están apartando. El inciso tercero del artículo 433 del CPP establece, que a pedido del Ministerio Público o de oficio, podrá decidir que lo resuelto en casación constituya doctrina jurisprudencial vinculante para todos los órganos jurisdiccionales inferiores, y la que permanecerá con tal calidad hasta que no exista otra decisión jurisdiccional expresa que la modifique.

### **3.7 Trámite del recurso de casación**

#### *3.7.1 Fase de interposición*

El recurso de casación debe ser interpuesto ante el órgano jurisdiccional, cuya decisión se impugna, esto es ante las Salas Penales Superiores que han emitido pronunciamiento en apelación. Lo que quiere decir que el recurso de casación procede, con las limitaciones establecidas en el artículo 427 del CPP, respecto a materia controvertida que ha merecido pronunciamiento de las dos instancias de mérito.

### 3.7.2 Calificación superior

El recurso de casación tiene previsto un doble control de admisibilidad. El primer control está a cargo de la Sala Penal Superior, y el segundo a cargo de la Sala Casatoria, en este acápite nos ocuparemos del control superior de admisibilidad, en el que la competencia de revisión abarca los siguientes aspectos:

- i. Verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 405 del CPP, lo que en buena cuenta significa verificar el cumplimiento de los presupuestos objetivo, subjetivo y formales de la casación; y
- ii. Verificación de que el impugnante ha invocado las causales previstas en el artículo 429 del CPP.

En caso el recurrente alegue la causal referida al interés casacional, esto es la contemplada en el artículo 427.4 del CPP, la Sala Penal Superior, debe constatar lo siguiente:

- i. Indicación y justificación de la causal correspondiente conforme a lo establecido en el artículo 429 del CPP; y
- ii. Precisión de las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende, es decir, que explique por qué su alegación trasciende su interés impugnativo y satisface el *ius constitutionis*.

De considerar, la Sala de Revisión, que el impugnante ha cumplido con las exigencias de admisibilidad mencionadas (la posibilidad de rechazo del recurso, está constreñida al incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 405 del CPP o a la alegación de causales distintas a las previstas en el artículo 429 del CPP, tal como lo establece el artículo 430.2 del acotado Código adjetivo) procederá a elevar el recurso a la Sala Casatoria.

### 3.7.3 Competencia de la sala casatoria (artículo 432 al 435 del CPP)

En principio, la Sala Casatoria, tiene la potestad de realizar una revisión del concesorio de la Superior (segundo control de admisibilidad), aplican-

do estrictamente lo establecido en el artículo 428 del CPP. Sobre todo la fundamentación de la causal alegada y su correspondencia con el agravio denunciado, salvo que entienda de necesidad casacional la aplicación de criterios de voluntad impugnativa.

De considerar bien concedido el recurso, la Sala Casatoria procede a efectuar un pronunciamiento sobre el fondo del recurso, es decir va a analizar el contenido de las causales alegadas y su correspondencia con lo ocurrido en el proceso.

Como señalamos en el acápite referido a la clasificación de los recursos, la Casación es un medio impugnatorio propio que otorga al órgano jurisdiccional competente capacidades positivas y negativas, es decir de decidir por sí el caso o de anulación.

En el primer caso, la Sala Casatoria se sustituye en el lugar de la instancia que expidió la resolución de vista y emite la decisión respecto de la resolución apelada. Este mecanismo es utilizado normalmente cuando se ha denunciado agravios de naturaleza sustantiva. En el segundo caso, que normalmente está referido a causales adjetivas, la Sala Casatoria, luego de anular la resolución cuestionada ordena el reenvío del proceso, precisando el juez o la Sala Penal Superior competente, así como señalará cual es el acto procesal que debe renovarse.

Si la anulación de la resolución impugnada es parcial, ésta tendría valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte anulada. La Sala Casatoria declarará en la parte resolutive de la sentencia casatoria, cuando ello sea necesario, que partes de la sentencia impugnada adquieren ejecutoria.

### **3.8 Irrecorribilidad de la sentencia casatoria (artículo 436 del CPP)**

La sentencia expedida por la Sala Casatoria no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la acción de revisión de la sentencia condenatoria prevista en el CPP.

En el mismo sentido tampoco será susceptible de impugnación la sentencia que se dictare en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria. Sí lo será en cambio, si se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria.

Es de aclarar que la llamada inimpugnabilidad de la sentencia casatoria debe entenderse como irrecurribilidad, ya que resulta viable cuestionar la misma a través de medios impugnatorios extraproceso, como la propia acción de revisión a la que hace mención el CPP, o a través de acciones de garantía constitucional, según el caso.

### 3.9 Corolario

La naturaleza extraordinaria del recurso de casación ha sido flexibilizada por nuestro modelo casatorio, a través de la incorporación de mecanismos como el interés casacional y la voluntad impugnativa, el primero permite que la regla del material casable tasado, sea ampliada, concediendo al órgano jurisdiccional la posibilidad de conocer, en sede casatoria, resoluciones judiciales que en circunstancias normales (en general por no poner fin al proceso ni causar agravio definitivo) sólo aceptan una revisión ordinaria.

Esta capacidad atribuida a la Sala Casatoria, se sustenta en la función de unificación jurisprudencial que cumple el recurso de casación, finalidad, que a decir de Vecina al referirse a los agravios sustantivos y que válidamente puede aplicarse a los de naturaleza adjetiva, constituye, quizá la principal función del medio impugnatorio bajo comentario: “La unidad del derecho penal a nivel interpretativo constituye, por tanto, la función prioritaria de la casación en la actualidad y la que desde su implantación ha dotado las misma de una trascendencia de la que carecen el resto de recursos (...).”<sup>125</sup>

El segundo mecanismo, en esta línea de flexibilización, lo constituye “la voluntad impugnativa”, de origen jurisprudencial y no normativo como el primero, y a través del cual la Sala Casatoria puede “enderezar” los defectos de motivación o fundamentación del impugnante y efectuar una revisión en sede casatoria, respecto a temas que considere de relevancia casacional, en aras, justamente de la unificación de la jurisprudencia, mecanismo que requiere para su aplicación, que el agravio esté claramente establecido por el impugnante, aun cuando haya fallado en su labor de subsunción respecto de la causal alegada. Lo que en buena cuenta incorpora el instituto del *iura novit curia* en materia casacional.

---

125 VECINA SIFUENTES, JAVIER. *La casación penal, el modelo español*. Tecnos, 2002. p. 128.

Ambos mecanismos, ya sea el “interés casacional” o “la voluntad impugnativa”, otorgan al órgano casatorio un margen discrecional, que finalmente, le permite decidir o seleccionar que materia conocer, lo que de alguna forma implica un acercamiento al modelo del *certiorari* aplicado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, cuya mayor parte de atribuciones son de naturaleza discrecional, conociendo solo una pequeña porción de causas que son sometidas a su consideración, de acuerdo a la regla de cuatro.<sup>126</sup>

Siendo la tendencia actual de la Sala Casatoria (ahora que aun el CPP no está vigente en todo el territorio nacional y sobre todo en el distrito judicial de Lima), ampliar el umbral casatorio, lo que, entendemos responde a la novedad del recurso, pero sobre todo a la necesidad de ir estableciendo pautas normativo - jurisprudenciales generales sobre temas de marcado interés casacional, a fin de ir construyendo la doctrina jurisprudencial que permita contar con una justicia no sólo más predecible sino además con una justicia que brinde un irrestricto respeto por los principios de igualdad y seguridad jurídica.

#### 4. Recurso de Queja

##### 4.1 Concepto

SAN MARTÍN CASTRO citando a JUAN PEDRO COLERIO, señala que el recurso de queja se diferencia de los demás recursos, en que no busca directamente la revocación de la resolución impugnada, sino que apunta mas bien a obtener la admisibilidad de otro recurso que ha sido denegado previamente, pues por sí mismo el recurso de queja no resulta idóneo para introducir variantes en lo que constituye la decisión ya existente; apunta, en suma, a que el superior pueda controlar si la resolución de inadmisibilidad del inferior se ha ajustado o no a Derecho.<sup>127</sup>

Es un recurso devolutivo, porque su conocimiento es de competencia del órgano superior al del que emitió la resolución de inadmisibilidad, pero a diferencia del recurso de apelación y el de casación, se interpone

---

126 Al respecto puede revisarse FIERRO-MÉNDEZ HELIODORO. *Sistema procesal penal de EE.UU.* Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006. p. 47.

127 SAN MARTÍN CASTRO, C. Ob. cit., p. 767.

directamente ante el órgano revisor, lo que implica que sólo tiene un control de admisibilidad.

Es un recurso que no tiene efecto suspensivo, ya que su interposición no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

#### **4.2 *Materia quejable***

Las resoluciones contra las que procede el recurso de queja las expedidas por el juez que declara inadmisble el recurso de apelación y las resoluciones emitidas por la Sala Penal Superior que declara inadmisibile el recurso de casación.

#### **4.3 *Trámite del recurso de queja***

El recurso de queja se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso, lo que lo diferencia del régimen normal de los recursos que se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida (inciso 1o. del artículo 404 del CPP).

En el recurso debe precisarse el motivo de la interposición invocando la norma vulnerada, debiendo adjuntar al mismo el escrito que motivó la resolución recurrida, si fuera el caso los actuados referentes a su tramitación, la resolución recurrida, el escrito en el que se recurre y la resolución de inadmisibilidad.

Interpuesto el recurso, el órgano superior competente, sin trámite alguno, se pronunciará primero respecto a la admisibilidad del recurso de queja y luego respecto a su fundabilidad o no.

Si se declara fundado el recurso de queja, se concede el recurso declarado inadmisibile y se ordena al juez de la causa envíe el expediente o ejecute lo que corresponda. Caso contrario se comunica tal decisión al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.





# LA PRUEBA INDICIARIA EN EL PERÚ. NOTAS SOBRE SU APLICACIÓN PENAL Y ADMINISTRATIVO SANCIONADORA

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO\*

## I. INTRODUCCIÓN

A través de estas líneas se examinará, de modo sintético, la regulación de la prueba por indicios en el Código Procesal Penal peruano de 2004 (de aquí en adelante CPP) así como la Jurisprudencia peruana (en especial el Acuerdo Plenario No. 1-2006/CJ- 116). De este modo trataremos de proporcionar al lector foráneo cierta imagen sobre el modo en que este tipo de prueba se aplica en nuestro país lo que guarda relación con el progresivo abandono de la creencia de que la sólo la prueba directa puede destruir la presunción de inocencia del imputado.

De hecho, además del tratamiento legislativo procesal penal de la prueba indiciaria, la legislación administrativa y los órganos administrativos hacen referencia a ella y promueven su utilización en los procedimientos administrativos sancionadores; en ese sentido, puede mencionarse el “Reglamento contra el abuso de mercado. Normas sobre uso indebido de información privilegiada y manipulación de mercado”<sup>1</sup> que en su artículo 3o. señala que: “Las instancias competentes de la SMV, de conformidad con lo establecido en el artículo 166 de la LPAG —*Ley de Procedimiento Administrativo General*—, se encuentran facultadas para recurrir a todos los medios de prueba necesarios, *incluida la prueba in-*

---

\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (Lima, Perú). Doctorando en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Granada (España). Experto Universitario en Criminología por la UNED (España).

1 Aprobado por la Resolución de la Superintendencia del Mercado de Valores No. 0005-2012-SMV/01, publicada el 05 de marzo de 2012 [entre líneas y cursiva es nuestro].

*diciaria* [...]”. En esa misma línea, de un modo reciente, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) ha hecho pública la Resolución No. 055-2015-OEFA/TFA-SEM, del 25 de agosto de 2015, emitida por la Sala Especializada en Minería del Tribunal de Fiscalización Ambiental en la que se “señala criterios importantes respecto a la prueba indiciaria que se utiliza para la determinación del real estrato de los administrados que realizan actividades mineras”.<sup>2</sup> Un poco antes, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI se pronunció al respecto en la Resolución No. 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013.<sup>3</sup>

Es de advertir que las reflexiones que siguen no restringen su utilidad al ámbito del tipo objetivo, sino que pueden además ser aplicadas en relación a la prueba del dolo. Como advierte GONZÁLEZ LAGIER: “Al no ser observables, los hechos psicológicos no son susceptibles de prueba directa (salvo en las situaciones en las que se decide dar valor probatorio a la confesión autoinculpatoria), sino de prueba indirecta o de indicios”.<sup>4</sup> En la misma línea se pronuncia SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: “Allí donde el dolo es un elemento típico, el mismo es de imposible prueba —denominada— directa. En efecto, es claro que el juzgador no puede penetrar en la cabeza del autor para saber de forma ‘directa’ qué conoció —en ese ‘arcano profundo y escondido del alma humana, en donde la persona guarda y custodia sus más recónditos pensamientos’ como señalaba la inveterada jurisprudencia—, de tal modo que, indefectiblemente, la prueba habrá de discurrir mediante la inferencia que obtengamos de los datos del autor, con su comportamiento externo, objective”.<sup>5</sup>

2 Publicada como Separata Especial de Normas Legales en el Diario Oficial “El Peruano” el 17 de setiembre de 2015.

3 Disponible en: [http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc\\_Jurisprudencia/documentos/1-93/2013/Re1167.pdf](http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2013/Re1167.pdf) Es de advertir que tanto esta resolución (p. 65) como la antes citada Resolución No. 055-2015-OEFA/TFA-SEM, del 25 de agosto de 2015 (p. 561570), se desprende la existencia de antecedentes de la utilización administrativo sancionadora de la prueba indiciaria por parte del INDECOPI provenientes del año 1996 [Resolución No. 1104-96-INDECOPI/TRI].

4 GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra, Colombia, p. 191.

5 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 197.

## II. BASE LEGAL

Conforme al artículo 158.3 del CPP que, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina jurisprudencial, debe ser un elemento de referencia en la aplicación de la ley por parte de los operadores de sistema de justicia penal, la acreditación de un hecho mediante prueba indiciaria requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- i. Que el indicio este probado;
- ii. Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y
- iii. En caso de indicios contingentes, estos deben ser: *a)* plurales, *b)* concordantes, *c)* convergentes, y *d)* que no se presenten contraindicios consistentes.

Estas pautas han sido explicitadas a través del Acuerdo Plenario No. 1-2006/CJ-116 que establece que la acreditación de un hecho a través de prueba indiciaria requiere de la concurrencia de las exigencias concretas desarrolladas normativamente por el artículo 158.3 del CPP.

Antes del Estatuto Procesal Penal del 2004, las referencias legales a la prueba indiciaria (a alguno de sus elementos para ser más precisos) se encontraban limitadas al contenido del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales (en adelante CdPP) que exige como elementos determinantes para la apertura de proceso penal la concurrencia de *indicios suficientes o elementos de juicio reveladores* de la existencia de un delito.<sup>6</sup>

Ahora, es importante en este punto reconocer que las referencias legales a la prueba indiciaria trascienden la parcela específica del proceso penal. El Código Procesal Civil (Decreto Legislativo No. 768) hace referencia, en su artículo 276o., al “indicio” y a la forma en que aquellos pueden llevar a generar convicción judicial.<sup>7</sup> Esta referencia legislativa ha sido la que

---

6 CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR. “La prueba indiciaria en la Sentencia a Fujimori”, en: PÉREZ ARROYO, MIGUEL (Director). *El caso de ‘Alberto Fujimori’*, Jurista, Lima, 2009, p. 228.

7 Código Procesal Civil

**Artículo 276.** El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al juez a la certeza de una hecho desconocido relacionado con la controversia.

ha dado cobertura a la aplicación de la prueba indiciaria en el derecho administrativo sancionador.

Pero no es sólo que la utilización de la prueba indiciaria se haya extendido hacia el ámbito del Derecho Administrativo sancionador sino que ha adquirido una trascendencia vital. Para reconocer su importancia en esta parcela del Derecho corresponde citar dos fallos, uno judicial, el otro administrativo.

A nivel judicial, puede citarse la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del 19 de octubre de 1999 en la que se señala: “Que la prueba del indicio, antes propio del Derecho Penal, es la acción o señal que da a conocer lo oculto, es la sospecha que un hecho permita sobre otro desconocido. *Ninguna prueba ofrece tanta variedad como el indicio*, éste se basa en hechos o circunstancias que se suponen probados y tratan mediante el razonamiento y la inferencia de establecer la relación con el hecho investigado, la incógnita del problema (...). Que como premisa se advierte, que los indicios a fin de que cumplan con su cometido, esto es, que más adelante sirvan como un medio probatorio, deben ser apreciados en su conjunto y no en forma individuala (...).”<sup>8</sup>

A nivel administrativo, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI en la Resolución No. 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013 ha resaltado la importancia de la prueba indiciaria en el proceso administrativo sancionador en los siguientes términos: “La prueba indiciaria representa uno de los mecanismos con que el derecho responde frente a la labor de esclarecer conductas infractoras que permanentemente varían y que se encuentran cuidadosamente planificadas a fin de evadir las nuevas regulaciones legales sobre determinación de conductas infractoras. De este modo, *el derecho sancionador tiene en la prueba indiciaria una de sus mayores herramientas, sino la más impor-*

---

8 Citada por la Resolución No. 055-2015-OEFA/TFA-SEM, del 25 de agosto de 2015, emitida por la Sala Especializada en Minería del Tribunal de Fiscalización Ambiental (no se indica cuál de sus Salas, sólo se indica que el pronunciamiento es del 19 de octubre de 1999 en un procedimiento contencioso administrativo seguido contra la Resolución No. 1104-96-INDECOPI/TR). [Resaltado nuestro].

*tante, a fin de garantizar la real obtención de certeza material que permita concluir sobre la imputación de responsabilidad o, finalmente, su desestimatoria.”*<sup>9</sup>

### III. ELEMENTOS DE LA PRUEBA INDICIARIA

La prueba indiciaria, entonces, es aquella que prueba directamente hechos básicos mediatos para poder, a través de aquellos, deducir los hechos que tengan significación trascendente para el proceso<sup>10</sup> (a saber, aquellos que determinan la concurrencia de los elementos del tipo penal).<sup>11</sup> Es de advertir que esta definición, aunque resalta la necesidad de una inferencia que vincule el hecho mediato con el inmediato, no desvirtúa la existencia de un procedimiento inferencial en la prueba directa.<sup>12</sup>

La prueba por indicios tiene tres elementos fundamentales que, examinados metodológica y secuencialmente,<sup>13</sup> pueden servir para acreditar un hecho delictivo:

- i. El indicio o hecho base de la presunción;
- ii. El hecho presumido o conclusión; y
- iii. El nexo o relación causal entre el indicio y el hecho presumido.<sup>14</sup>

---

9 Numeral 148, p. 60 [resaltado nuestro].

10 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho Procesal Penal*, tomo II, Grijley, Lima, 1999, p. 631; similar: CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR. *La prueba indiciaria en la Sentencia a Fujimori*, p. 227; MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista, Lima, 2011, p. 35; CAFFERATA NORES, JOSÉ, et al. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2004, p. 338.

11 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., p. 194.

12 GARCÍA CAVERO, PERCY. *La prueba por indicios en el proceso penal*, Reforma, Lima, 2010, p. 28. De esto se desprende que la diferencia entre prueba directa y prueba indiciaria no puede encontrarse en la ausencia de inferencia en la primera, sino más bien en el número de inferencias entre una y otra; al respecto: GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL. Ob. cit., pp. 93-94.

13 Es acertada, en nuestra opinión, la precisión realizada por MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. Ob. cit., p. 34; en el sentido de que la prueba indiciaria revela un “procedimiento probatorio”.

14 TALAVERA ELGUERA, PABLO. *La prueba en el nuevo proceso penal*, Academia de la Magistratura, 2a. ed., Lima, 2009, p. 137, CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR. *El nuevo proceso penal peruano*, Palestra, Lima, 2009, pp. 353-354; CALDERÓN SUMARRIVA, ANA. “La

La necesidad de la concurrencia de estos elementos es resaltada también por la doctrina jurisprudencial constitucional,<sup>15</sup> penal<sup>16</sup> y administrativo sancionatoria.<sup>17</sup>

## 1. El indicio o hecho base

El *indicio o hecho base*, como exige el mencionado artículo 158.3, debe encontrarse *probado* de modo indubitable.<sup>18</sup> Esto permite sostener que si durante el plenario éste no ha podido ser acreditado al nivel de certeza, no podrá ser utilizado para deducir el hecho presumido, pues, como señala SAN MARTÍN CASTRO, “La presunción judicial no puede partir de un hecho dudoso”.<sup>19</sup>

---

flexibilización de las reglas de valoración de la prueba por la eficacia punitiva”, en: BUSTAMANTE RÚA, MÓNICA MARÍA (Coord.). *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses*, Universidad de Medellín, Medellín, 2012, p. 182.

15 Especialmente, la STC del 13 de octubre de 2008 (Exp. No. 00728-2008-PHC/ TC) correspondiente al caso “GiulianaLlamoja Hilares”.

16 Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente del 6 de septiembre de 2005 (R.N. No. 1912-2015), que constituye precedente vinculante conforme al Acuerdo Plenario No. 1-2006/CJ- 116.

17 Resolución No. 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, p. 68 [*“En atención a los fundamentos expuestos en el presente apartado, resulta posible concluir que para la correcta aplicación de la prueba indiciara resulta necesario que confluyan los siguientes elementos: (i) Pluralidad de hechos (indicios) debidamente acreditados. (ii) Razonamiento lógico deductivo entre los hechos acreditados y la hipótesis esbozada por la autoridad; y, (iii) Desvirtuar los contra-indicios ofrecidos por los investigados a fin poder sostener que la única explicación posible a los hechos acreditados sea la de la realización de la hipótesis planteada por la autoridad”*]; Resolución No. 055-2015-OEFA/TFA-SEM, del 25 de agosto de 2015, emitida por la Sala Especializada en Minería del Tribunal de Fiscalización Ambiental, p. 561571 [*“esta Sala considera pertinente especificar que, con la finalidad de garantizar el derecho al debido procedimiento de los administrados, la utilización de indicios en los procedimientos sancionadores del OEFA debe responder (i) a la aplicación de un hecho base, un hecho consecuencia y un enlace o razonamiento deductivo (...) y (ii) a la exteriorización de este razonamiento en la resolución directoral correspondiente”*].

18 TALAVERA ELGUERA, PABLO. Ob. cit., p. 138; GARCÍA CAVERO, PERCY. Ob. cit., p. 92. De allí que CUBAS VILLANUEVA destaque que el hecho indicador o hecho base es “la fuente de prueba” (CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR. *La prueba indiciaria en la Sentencia a Fujimori*, p. 227.

19 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. Ob. cit., p. 635.

Desde esta perspectiva, consideramos que el indicio debe encontrarse necesariamente probado mediante prueba directa.<sup>20</sup> Postular la posibilidad de una acreditación indiciaria en cadena<sup>21</sup> —probar indiciariamente un indicio que servirá, a su vez, para probar el hecho delictivo— podría desencadenar un riesgoso curso de debilitación progresiva de la certeza como objetivo del procedimiento probatorio.<sup>22</sup> La idoneidad —discutible en la realidad forense— de recurrir a un procedimiento de *cascade dinferences* dependerá de la capacidad de cada inferencia específica de lograr conclusiones dotadas de un nivel de confirmación que legitime un juicio de certeza por parte del juez. En palabras de TARUFFO: “el esquema de las *cascade dinferences* sigue siendo utilizable como método para atribuir un grado de confirmación a la hipótesis sobre X, pero lo es con una condición rigurosa, esto es, que ninguna inferencia de la cadena tenga un margen

20 PASTOR ALCOY, FRANCISCO. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 42. Esta parece ser la posición de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI que en la Resolución No. 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013, señala: “171. Tal como se puede apreciar, también en el caso del Derecho Administrativo Sancionador, la acreditación de la existencia de una pluralidad de indicios constituye un factor central en la configuración de la prueba indiciaria. Asimismo, resulta ser un elemento esencial para la valorización de los indicios que *éstos sean reales y no presumidos*, tras lo cual podrán ser evaluados conjuntamente para obtener certeza sobre el hecho investigado. 172. La relevancia de lo señalado en el párrafo anterior radica en *resaltar la importancia de la acreditación de la existencia de los indicios sobre la cual no debe recaer duda*. La acreditación de la existencia de los indicios debe ser clara para que posteriormente su apreciación conjunta pueda dar lugar a juicios de inferencia y deducción lógica a efectos de la obtención de la certeza derivada de la prueba indiciaria. Así, si bien los tribunales han permitido la obtención de certeza de un hecho desconocido a partir de un análisis general del material indiciario, *ello no significa que la acreditación de la existencia de los indicios pueda ser asumida a partir de la inferencia o el análisis lógico*” (p. 66).

21 En contra: TARUFFO, MICHELE. *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer, Trotta, Madrid, 2002, p. 276; GARCÍA CAVERO, PERCY. Ob. cit., p. 93.

22 Discutible, en mi opinión, resulta el recurso a meros testigos de referencia en el examen de la responsabilidad del exPresidente de la República ALBERTO FUJIMORI respecto a los cargos formulados en su contra por el delito de Secuestro en agravio de Samuel Dyer Ampudia; al respecto, véase la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 7 de abril de 2009, Exp. AV No. 0019-2001, pp. 475-482 (disponible en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a25196804c09b0aca5d1b73aa702a2d1/AV-0019-2001.PDF?MO D=AJPRES&CAC HEID=a25196804c09b0aca5d1b73aa702a2d1>).

de duda tal que haga irrazonable la adopción de su conclusión como hipótesis “verdadera” sobre el hecho intermedio”.<sup>23</sup>

Desde un punto de partida similar al aquí defendido, SÁNCHEZ VELARDE y CUBAS VILLANUEVA refieren que el indicio: “debe ser un dato cierto, inequívoco e indivisible, *contrario sensu*, si el dato es de carácter dubitativo, incierto o el medio probatorio es incompleto o disminuido, no se le podrá considerar como dato indiciario y, por lo tanto, la inferencia que se haga de la misma desnaturaliza la prueba indiciaria”.<sup>24</sup>

La importancia del requisito de necesaria acreditación del indicio ha sido resaltada por el Acuerdo Plenario No. 1-2006/ESV-22 en donde se señala que la no probanza del hecho base haría de aquél una simple sospecha sin sustento real alguno.

Por cierto, constituye sólo un punto de partida para la comprobación judicial del hecho. El indicio o hecho base, como bien refiere MIRANDA ESTRAMPES, no es aún un medio de prueba, es un simple elemento (dato fáctico) de prueba, esto es, es simplemente “el punto de apoyo o de arranque a partir del cual se llega a la afirmación consecuencia”.<sup>25</sup>

## 2. El hecho presumido, hecho consecuencia o conclusión

El *hecho presumido, hecho consecuencia o conclusión* no es sino el hecho desconocido que se deduce o presume a partir del hecho base. Ahora, como tal, aquél debe desprender del hecho base, siguiendo ciertas reglas de razonamiento (máximas de la experiencia y reglas de la lógica). El hecho presumido, como es evidente, es el constitutivo del delito.

23 TARUFFO, MICHELE. *La prueba de los hechos*, traducción de JORDI FERRER, TROTTA, Madrid, 2002, p. 276. En el mismo sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., p. 207 (“Cuanto más extensa sea la cadena de indicios [tendencia a denominar prueba de indicios], entonces habrán de estar todos ellos suficientemente concatenados y sin lagunas entre sí, y el juzgador habrá de ser muy cauteloso a la hora de su evaluación: pero ello no quiere decir que cuando la secuencia de indicios sea más breve [tendencia a denominarla prueba directa] deban ser suprimidas o descuidadas dichas prevenciones”).

24 SÁNCHEZ VELARDE, PABLO. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 2004, p. 695; CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR. *El nuevo proceso penal peruano*, p. 353. Ambos autores tienen la misma conceptualización.

25 MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. Ob. cit., p. 42.



### 3. El nexo o relación causal

El *nexo o relación causal* constituye el factor fundamental en el convencimiento del juez. La fortaleza del nexo entre el indicio y el hecho presumido constituye el factor determinante del convencimiento judicial, de allí que TARUFFO, el conocido procesalista italiano, refiera que la capacidad probatoria de la prueba indiciaria dependa de la *fuerza de la inferencia*.<sup>26</sup>

Esa fortaleza dependerá de la racionalidad y coherencia de la inferencia, razonamiento o deducción realizada por el juez. Pues bien, esa racionalidad depende, conforme al artículo 158.3 del Código Procesal Penal, de que la inferencia este basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.<sup>27</sup>

Es precisamente esta relación con las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia la que produce el efecto persuasivo sobre el juez. Si las partes contradicen dichas reglas, la eficacia persuasiva de la *verdad fáctica* propuesta mediante su teoría del caso será sumamente reducida; si, por su parte, el juez se aparta de dichas reglas, su decisión será percibida como arbitraria<sup>28</sup> en la medida que supondría una decisión contraria al sentido común.

En efecto, conforme refiere TARUFFO, las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia constituyen el “contexto cultural” y el “repertorio” de conocimientos que el sentido común ofrece al juez como herramientas para proceder a la valoración de las pruebas.<sup>29</sup>

## IV. LOS INDICIOS CONTINGENTES

La valoración del indicio debe distinguir, asimismo, entre *indicios necesarios o unívocos* e *indicios contingentes o equívocos*. Los primeros son aque-

26 Citado por: MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. Ob. cit., p. 53; similar: GARCÍA CAVERO, PERCY. Ob. cit., p. 27.

27 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. Ob. cit., p. 638; MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. Ob. cit., p. 35; TONINI, PAOLO. *A prova no processo penal italiano*, traducción de ALEXANDRA MARTINS y DANIELA MRÓZ, Edit. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2002, pp. 53 y ss.; MIXÁN MASS, FLORENCIO. *Indicio, elementos de convicción de carácter indiciario, prueba indiciaria*, Ediciones BLG, Trujillo, 2008, p. 25; SÁNCHEZ VELARDE, PABLO. Ob. cit., p. 695; CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR. *El nuevo proceso penal peruano*, p. 353; GARCÍA CAVERO, PERCY. Ob. cit., 47.

28 GARCÍA CAVERO, PERCY. Ob. cit., p. 23.

29 TARUFFO, MICHELE. Ob. cit., p. 270.

llos que solamente conducen a una determinada consecuencia, mientras que los últimos son aquellos que permiten deducir una serie variada de hechos<sup>30</sup> que constituyan *causa* o *efecto* del indicio.<sup>31</sup> De allí que se afirme que los *indicios contingentes* solo tienen fuerza probatoria en grado de probabilidad.<sup>32</sup>

Pues bien, el mencionado artículo 158.3 del Código Procesal Penal establece reglas de valoración de los indicios contingentes al referir que aquellos deben ser (i) plurales; (ii) concordantes; (iii) convergentes; y (iv) que no deben existir contraindicios.

## 1. Pluralidad de indicios

Los indicios son plurales cuando existen al menos dos indicios. Es de referir a este respecto que aunque el artículo 158.3 del Código Procesal Penal exige un mínimo de dos indicios, la capacidad probatoria de los indicios no responde al factor cuantitativo, sino al factor cualitativo.

La pluralidad de indicios, como es evidente, debe ser entendida en sentido incriminatorio, esto es, en línea tendente a establecer la responsabilidad penal del imputado. Desde esa perspectiva, si se cuenta con dos o más indicios pero solo uno de ellos tiene carácter unívoco incriminatorio, este no sería suficiente para inferir, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad criminal del imputado.

## 2. Concordancia de indicios

Los indicios son concordantes cuando aquéllos se corroboran recíprocamente, esto es, cuando no se excluyen mutuamente y, por lo tanto, siendo compatibles entre sí<sup>33</sup> sirven para concluir en el hecho deducido.<sup>34</sup>

Ahora, puede decirse que el índice de concordancia de los indicios resulta indicativo de la fortaleza de la inferencia, pues “cuanto más con-

---

30 TALAVERA ELGUERA, PABLO. Ob. cit., p. 141.

31 MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. Ob. cit., p. 39.

32 CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR. *El nuevo proceso penal peruano*, p. 355.

33 MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. Ob. cit., p. 55; TALAVERA ELGUERA, PABLO. Ob. cit., p. 142; GARCÍA CAVERO, PERCY. Ob. cit., p. 98.

34 SÁNCHEZ VELARDE, PABLO. Ob. cit., p. 697.

cuerden indicios diferentes, menos podrá considerarse esa relación como producto del azar o la casualidad”.<sup>35</sup>

Uno de los efectos prácticos de este requisito de la prueba indiciaria es el de evitar que se considere acreditada una hipótesis sobre el hecho que carezca de confirmación o no le esté suficientemente, por resultar defendibles otras hipótesis sobre el hecho.<sup>36</sup>

### 3. Convergencia de indicios

Los indicios son convergentes cuando ellos conducen a la misma conclusión, esto es, cuando aquéllos tienen un mismo resultado respecto al hecho desconocido, es decir, cuando cada uno de ellos ofrece elementos de confirmación para la misma hipótesis sobre el hecho a probar.<sup>37</sup>

A este nivel, se analizan las relaciones existentes entre los diversos indicios, de modo que pueda determinarse su conformidad o disconformidad con el hecho presumido.<sup>38</sup> Precisamente es por esta razón que el examen y valoración de los indicios debe ser realizado de forma conjunta integral.<sup>39</sup>

### 4. Ausencia de contraindicios

Finalmente, la posibilidad de tener por acreditado un hecho mediante indicios requiere la ausencia de contraindicios, esto es, aquellos hechos probados que contradigan un hecho indiciario concreto o el resultado de la inferencia y, por lo tanto, que lleven a una conclusión antagónica.<sup>40</sup> El efecto natural de la existencia de algún contraindicio es el de desbaratar la estructura del caso basado en prueba indiciaria.

---

35 GARCÍA CAVERO, PERCY. Ob. cit., p. 99.

36 TARUFFO, MICHELE. Ob. cit., p. 476.

37 TARUFFO, MICHELE. Ob. cit., p. 476.

38 GORPHE, FRANCOIS, *De la apreciación de las pruebas*, traducción de SANTIAGO SENTIS-MELENDO, EJEA, Buenos Aires, 1955, p. 257.

39 En ese sentido, la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 7 de abril de 2009, Exp. AV No. 0019-2001, p. 569.

40 PASTOR ALCOY, FRANCISCO. Ob. cit., p. 107; UGAZ ZEGARRA, FERNANDO. *La prueba en el proceso penal. Estudio introductorio*, Ediciones BLG, Lima, 2010, p. 40.

Los contraindicios no son sino una expresión concreta del derecho a probar del imputado que se encuentra plenamente habilitado para refutar la hipótesis inculpativa.<sup>41</sup> Esta idea ha sido recepcionada también en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador; así, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI en la mencionada Resolución No. 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013 ha destacado que el administrado tiene el *derecho a contraprobar los indicios*.<sup>42</sup>

## V. EL INDICIO DE FALSA JUSTIFICACIÓN

Precisamente por estas consideraciones, la doctrina especializada ha reconocido la absoluta irrelevancia del *indicio de falsa justificación*. Se acepta que aunque la justificación o coartada del imputado puede constituir un contra indicio que desvirtúe la responsabilidad penal del imputado, la falsa justificación carece de significación procesal. Una interpretación distinta —que otorgue a la falsa justificación una significación negativa— resultaría vulneratoria del principio de presunción de inocencia.

En esa línea, como señala categóricamente MIRANDA ESTRAMPES, “La inferencia de culpabilidad sobre la base de la falsedad y/o inverosimilitud de la coartada sería contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia en cuanto comportaría una inversión de la carga de la prueba que corresponde a la acusación, incompatible con las exigencias que derivan de dicho derecho en su acepción como regla probatoria. El fracaso de la coartada lo único que permite afirmar es que el acusado no estuvo donde dice estar o con quien dice estar, o no hizo lo que afirma que llevó a cabo (...) cuando los indicios acreditados carecen de la necesaria gravedad y precisión la falsedad de la coartada o su inverosimilitud no los convierte ni transmuta en ‘graves y precisos’ dotándolos de una mayor eficacia

---

41 GARCÍA CAVERO, PERCY. Ob. cit., p. 101.

42 “Resulta importante destacar que el administrado podrá ejercer su derecho a la contraprueba con la finalidad de restar coherencia lógica al razonamiento indiciario. (...) En otras palabras, la función principal de la contraprueba o del contra-indicio que pudieran ser aportados por los administrados, será la de desbaratar el razonamiento lógico del juzgador que se configura a partir de la evaluación de la pluralidad de indicios” (p. 68).

probatoria a efectos de fundamentar un pronunciamiento condenatorio”.<sup>43</sup> Por esa razón agrega “la inconsistencia de un contra indicio no da lugar, por sí mismo, a la consistencia de los indicios, sino que ésta dependerá de su grado de concordancia y convergencia”.

El principio de presunción de inocencia y el derecho a la no autoincriminación supone el derecho del imputado a dar su propia versión sobre los hechos, lo que le habilita incluso a proponer una versión de los hechos no consistente con la realidad, lo que, por cierto, no le faculta a afectar el honor de terceros. Desde esa perspectiva, cualquier inferencia negativa derivada de la mala justificación en que incurra el imputado sería violatoria de dicha garantía y supondría, al menos indirectamente, una inversión de la carga de la prueba.<sup>44</sup> Por estas razones, cualquier propuesta contraria,<sup>45</sup> enfrenta directamente los pilares garantistas sobre los que se asienta el nuevo modelo procesal.

Pero los efectos perniciosos de la calificación de la coartada fallida como indicio de culpabilidad no sólo se circunscriben al ámbito de la pre-

---

43 MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista, Lima, 2012, p. 34.

44 ROXIN, CLAUS. *Derecho procesal penal*, traducción de GABRIELA CÓRDOBA y DANIEL PASTOR, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 111; PABÓN GÓMEZ, GERMÁN. *Lógica del indicio en materia criminal*, segunda edición, Temis, Bogotá, 1995, pp. 320 ss. En esa línea, la STS español del 25 de octubre de 1999 señala: “Si la prueba de la culpabilidad incumple a la acusación, no es exigible que el acusado pruebe su coartada, pues ello equivale a exigirle la prueba de su inocencia (...); desde este punto de vista, lo cierto es que las contradicciones del acusado sobre el lugar en el que estuvo no significa que haya estado en el lugar del hecho en momentos próximos a la producción de la muerte. Dicho de otra manera: el indicio auténtico sería que se le hubiera visto en lugar cercano al hecho en el tiempo en que debió ocurrir la agresión. Las contradicciones no prueban eso, sino que impiden afirmar dónde estuvo en el momento en que se dio la muerte del occiso” (citado por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., p. 57).

45 Nos referimos a la tesis planteada por GARCÍA CAVERO, PERCY. *La prueba por indicios en el proceso penal*, Reforma, Lima, 2010, p. 60; quien, pese a sostener: “Otros, con los que estoy de acuerdo, consideran que la falsa coartada puede desplegar perfectamente un efecto indiciario, en la medida que el imputado se haya expresado libre y voluntariamente, pese a no estar obligado a demostrar su inocencia”, no llega a explicar razonablemente cómo, de la falsa justificación, podría generarse el efecto indiciario al que hace referencia. La tesis de García Cavero de que “el imputado debe asumir las consecuencias jurídico procesales que se derivan de su declaración” parece partir de la atribución al imputado de deberes de declaración fidedigna que resultan incompatibles con el principio de presunción de inocencia.

sunción de inocencia, sino que se extiende al núcleo básico del derecho de defensa del imputado pues la introducción de consecuencias negativas a la coartada fallida limita desproporcionadamente las posibilidades de defensa del imputado y constreñiría el ejercicio de dicho derecho. Como señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES:

“En efecto, si fuera valorado negativamente el hecho de que la coartada aportada se probó como mendaz, resultaría cercenado el derecho de defensa debido a las consecuencias negativas que su libre ejercicio conllevaría en estos casos —hubiera sido mejor, sencillamente, no defenderse— (...) De este modo, se situaría al sujeto encausado ante la disyuntiva de no intentar su descargo, o hacerlo, aun a riesgo de que los efectos sean los contrarios a los buscados”.<sup>46</sup>

Lamentablemente, algunos desarrollos jurisprudenciales dan cuenta de una práctica que contradice estos postulados otorgando consecuencias negativas a las inconsistencias mostradas por la versión exculpatoria del imputado.

En ese sentido, ya desde las Sentencias del de octubre de 1986, 20 de diciembre de 1986, 7 de febrero de 1987, 22 de junio de 1988 y 12 de noviembre de 1990 el Tribunal Supremo español acepto como doctrina que la introducción por parte del imputado de algún nuevo dato para su defensa y ese dato resulta falso, el mismo debe ser valorado en perjuicio del imputado.<sup>47</sup> De modo similar, la STC peruano del 07 de abril de 2003 (Expediente No. 0376-2003-HC/TC) sostiene que las contradicciones en las que cayó la imputada al momento de dar su declaración inestructiva y, luego, la ampliación de la misma, pueden ser entendidos como “*actos positivos*” tendientes a desviar “*el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso*”, lo que permitió justificar la imposición de la medida cautelar de detención domiciliaria.<sup>48</sup>

46 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., pp. 55-56.

47 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., p. 54.

48 En ese orden, véanse especialmente los fundamentos 8°, 9° y 10° de la STC 0376-2003-HC/TC:

“8. En efecto, en la denuncia fiscal aludida, además de exponerse los motivos que a criterio del Ministerio Público justifican la ampliación de los cargos, se revela que existen profundas incoherencias en las sucesivas declaraciones de la demandante,

## **VI. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA. LA TRASCENDENCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE INDICIOS DÉBILES E INDICIOS FUERTES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PROBABILIDAD EN LA INFERENCIA**

La doctrina jurisprudencial existente en relación a la prueba indiciaria ha resaltado la importancia de la valoración integral de los medios de prueba.

en torno a las supuestas conversaciones que habría sostenido con Vladimiro Montesinos, mientras ambos se encontraban en Panamá, incoherencias que el juez penal ha tenido a la vista al determinar la subsistencia de la detención domiciliaria.

Así, mientras en la declaración instructiva de la recurrente, que copia certificada obra de fojas 252 a 260 del cuaderno principal, se aprecia que, preguntada la demandante “para que diga si (...) visitó en octubre de dos mil a Vladimiro Montesinos Torres en Panamá”, ella responde: “No, absolutamente no y lo puedo probar (...)”. Asimismo, preguntada “para que diga como explica que Vladimiro Montesinos Torres, manifestó (...) que cuando él estaba en Panamá usted fue a visitarlo (...)”, la recurrente contesta: “Todo lo que Montesinos dice es una mentira, es falso (...)”. Empero, en una declaración instructiva posterior, obrante a fojas 356 del Exp. 30-2002, sobre el proceso penal contra la recurrente, ésta ha aceptado que uno de los móviles que generó su viaje a Panamá fue que su acompañante, María Elvira Salazar, buscaba entrevistar a Vladimiro Montesinos. Asimismo, en otra declaración ha aceptado que, estando en Panamá, “recibió una llamada de un varón que le dijo si podía apoyarlo” (a fojas 431 del Exp. 30-2002). A mayor abundamiento, es imposible soslayar que en la Audiencia Pública realizada ante este Tribunal Constitucional el 17 de marzo último, y ante la pregunta formulada por la Sala encargada de resolver esta causa, referente a si la recurrente había sostenido una entrevista con Vladimiro Montesinos Torres en Panamá, ésta contestó: “En dos oportunidades, la primera de diez y la segunda de cinco minutos”, lo cual se corrobora con la transcripción certificada de la referida declaración que esta agregada al presente cuadernillo a fojas 37 y siguientes.

9. Los hechos descritos permiten al juez penal presumir objetivamente que la demandante tiende a perturbar y obstruir la labor de investigación de los órganos judiciales.

Si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso.

10. Así, lejos de desvanecerse las razones que pudieron justificar en un inicio la detención domiciliaria ordenada, en el transcurso del proceso penal se ha podido constatar el surgimiento de factores que legitiman su mantenimiento, ante nuevos hechos de naturaleza punible se ha ampliado la investigación penal.”

En ese sentido, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha sostenido: “La valoración de los indicios no debe efectuarse aislando uno a uno los indicios de cargo. Estos deben ser valorados en su conjunto, y a partir de ellos debe sustentarse la inferencia”.<sup>49</sup>

En ese sentido, aunque pueda establecerse una inferencia que conecte el hecho conocido con el desconocido, ello no implica necesariamente que aquella sea suficiente para probarlo. Esto, como indica TARUFFO, se debe a que “pueden existir inferencias dudosas, vagas, contradictorias o, en todo caso, tan ‘débiles’ que no pueden ser suficientes a este efecto”.<sup>50</sup> Precisamente por estas razones, es necesario que la prueba indiciaria se obtenga cuando las inferencias sean lo suficientemente *seguras y fuertes* como para confirmar la hipótesis incriminatoria.

La fortaleza y el efecto suasorio del indicio dependerán de su vinculación con las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y la ciencia. A este respecto, señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES:

“Cuanto más seguro resulte que, según las máximas de la experiencia correspondiente, un efecto tenga sólo una causa, o una causa sólo un efecto, más *fuerte* será el indicio. Al contrario, cuanto más sencillo sea que un efecto tenga otra u otras causas distintas al delito (...) o que una causa tenga otro u otros efectos no necesariamente delictivos (...), menor valor —más *debilidad*— tendrán esos respectivos pretendidos indicios.”<sup>51</sup>

Esta distinción entre indicios fuerte e indicios débiles ha sido destacada por la doctrina del Tribunal Supremo español (véase la STS del 25 de octubre de 1999): “Los indicios ‘débiles’ tienen sólo un valor acompañante y dependiente de los indicios ‘fuertes’. La diferencia entre unos y otros estará dada por *la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos que el indicio permita desde el punto de vista de la experiencia general*”<sup>52</sup> y la Jurisprudencia del Tribunal Cons-

49 Ejecutoria del 19 de diciembre de 2012 (R. No. 1192-2012, Caso Abencia Meza, p. 19).

50 TARUFFO, MICHELE. Ob. cit., p. 472.

51 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., p. 196.

52 Citada en: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., p. 196.



titucional español (véase STC 145/2005, del 06 de Junio)<sup>53</sup> que alude a “inferencias no concluyentes, abiertas, débiles e indeterminadas, en otras palabras, aquellas que en definitiva conducen a que la versión judicial de los hechos sea ‘más improbable que probable’”.<sup>54</sup>

## VII. TRASCENDENCIA DE LA INFERENCIA Y DE LA MOTIVACIÓN DEL PROCESO

Como se aprecia de todo lo indicado, no puede sino coincidirse con SAN MARTÍN en el sentido que la prueba indiciaria es una prueba de tipo crítico y probabilística<sup>55</sup> y por ello su utilización para emitir un veredicto condenatorio debe estar sometida a especiales cautelas. El uso irracional, acrítico de la prueba indiciaria puede derivar en las denostadas *condenas por sospecha*.

En efecto, el examen judicial de la inferencia que permite conectar el indicio con la conclusión debe sostenerse en la inteligencia y la lógica, las que, precisamente, sirven para apartar aquellos indicios impertinentes de los que realmente tienen incidencia en la acreditación del hecho imputado. Producida esa labor de descarte, será el juicio de probabilidad el que permitirá alcanzar certeza respecto al hecho deducido.<sup>56</sup>

Los indicios deben ser diferenciados de la mera sospecha. En este punto me permito citar las palabras de MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, quien sostiene:

“Hay que empezar descartando rotundamente que en la actual concepción técnico jurídica de las presunciones judiciales y, por lo tanto, de la prueba indiciaria, el indicio sea equivalente

---

53 Especialmente significativa es la STC 229/1988, del 01 de diciembre, que sintetiza la doctrina jurisprudencial del TC español; véase la misma en LÓPEZ GUERRA, LUIS. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, tercera edición, BOE, Madrid, 2008, pp. 555 y ss.

54 Citada por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., p. 196.

55 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. Ob. cit., p. 634; en sentido similar: CALDERÓN SUMARRIVA, ANA. Ob. cit., p. 183, quien reconoce los menores márgenes de seguridad de la prueba indiciaria respecto a la prueba directa.

56 En las expresiones de SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. Ob. cit., p. 634: “La suma de probabilidades determinará la certeza”.

a una mera sospecha y/o a una intuición, *corazonada*, o mera conjetura (acepción vulgar). Este era el significado que se le atribuía en la Edad Media.”<sup>57</sup>

Las simples sospechas, apariencias o impresiones, resultan totalmente irrelevantes y no pueden servir de base para establecer el hecho consecuencia. La vehemencia o exacerbación de la sospecha no afectan la condición de hecho no probado de aquélla.<sup>58</sup>

Precisamente por esas razones resulta de trascendente importancia el contenido argumentativo de las decisiones fiscales, judiciales o incluso administrativas que recurran a dicho tipo de prueba. La doctrina —especialmente la procesal penal— ha puesto especial énfasis en la obligación de motivación directa de la prueba indiciaria y, sobre todo, de los criterios utilizados para su valoración.<sup>59</sup>

A nivel jurisprudencial, tanto a nivel constitucional, como penal e incluso administrativo, se ha puesto énfasis en la trascendencia de la motivación del proceso inferencial.

En ese sentido, tenemos que el Tribunal Constitucional en la STC del 13 de octubre de 2008 (Exp. 00728-2008-PHC/TC, caso “Giuliana-Llamoja”) ha establecido que la sustentación de una condena en base a prueba indiciaria sólo es legítima si se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión de que la persona imputada es responsable del hecho punible atribuido. En la misma línea se ha manifestado recientemente la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República al señalar que la prueba indiciaria: “debe ser examinada y no simplemente enunciada”.<sup>60</sup>

---

57 ESTRAMPES, MANUEL. Ob. cit., p. 41; similar MIXÁN MASS, FLORENCIO. Ob. cit., p. 20; SÁNCHEZ VELARDE, PABLO. Ob. cit., p. 696; CALDERÓN SUMARRIVA, ANA. Ob. cit., p. 184.

58 CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ. “Hechos difíciles y razonamiento probatorio (sobre la prueba de los hechos disipados)”, disponible en: [www.webpersonal.uma.es /JCALVO/doc/hechos](http://www.webpersonal.uma.es /JCALVO/doc/hechos), p. 6.

59 CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ. Ob. cit., p. 06; PASTOR ALCOY, FRANCISCO. Ob. cit., p. 45; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., p. 200; Ugaz Zegarra, Fernando. Ob. cit., p. 41.

60 Ejecutoria del 19 de diciembre de 2012 (R. No. 1192-2012, Caso Abencia Meza, p. 24).

A nivel administrativo sancionador la Resolución No. 055-2015-OEFA/TFA-SEM, del 25 de agosto de 2015, emitida por la Sala Especializada en Minería del Tribunal de Fiscalización Ambiental, establece expresamente que para la utilización de indicios en los procedimientos sancionatorios de la OEFA será necesario que se exteriorice el razonamiento deductivo en la resolución directoral correspondiente.<sup>61</sup>

Esta regla —la de motivación del razonamiento inferencial— resulta plenamente aplicable a la actividad del órgano persecutorio y supone la obligación del Fiscal de expresar “el razonamiento inferencial empleado (...) o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia”.<sup>62</sup>

---

61 P. 561571.

62 MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. Ob. cit., p. 57.



# LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL COSTARRICENSE. ORIGEN Y APLICACIÓN

Dr. MARIO A. HOUED VEGA

Profesor universitario, abogado penalista



“Cahuita”, ilustración digital de JOHNNY VILLARES B.

**RESUMEN:** el presente artículo trata sobre la evolución del Derecho Procesal Penal respecto a los Derecho Humanos y cómo ha ido incorporando figuras como los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el plano penal. El artículo presenta la definición de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y los principios que los rigen. Profundiza sobre el criterio de oportunidad y cómo

---

1 Ponencia presentada al Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica dedicado a la memoria del Dr. LUIS PAULINO MORA MORA; 21-23 de octubre de 2013, San José, Costa Rica.

aplica en estos casos de solución alternativa de conflictos. También brinda la definición de Justicia Restaurativa, sus elementos y cómo aplica en el Derecho Penal. Además, define el proceso abreviado, que a pesar de no ser exactamente un medio alternativo de justicia, es importante dentro de este marco de evolución del Derecho Penal.

**PALABRAS CLAVE:** justicia restaurativa, derechos humanos, resolución alternativa de conflictos, criterio de oportunidad, proceso abreviado.

**ABSTRACT:** the present article is about the evolution of the Criminal Procedural Law concerning Human Rights and how this had incorporated figures like the alternative conflicts resolution in Criminal Law. The article defines the alternative mechanisms to solve the conflicts and the principles that guide these. It analyses the principle of opportunity and how it applies in the alternative ways to solve a conflict. It also includes the definition of Restorative Justice, its elements and how it applies in criminal law. Also, the article defines the abbreviated process, which isn't exactly an alternative mechanism but is very important in this evolution of Criminal Law.

**KEYWORDS:** restorative justice, human rights, alternative conflicts resolution. Plea bargain.

## INTRODUCCIÓN

Cuando recién comenzaba en nuestra nación la vigencia del actual Código Procesal Penal en el mes de enero del año 1998 (emitido por ley No. 7594 de 10 de abril de 1996 y publicado en el Alcance número 31 a *La Gaceta* No. 106 del 4 de junio del mismo año) orientado con mayor énfasis hacia un sistema acusatorio —siguiendo los lineamientos del Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica— me permití señalar en uno de los cursos introductorios, cómo en las últimas décadas se venía presentando una transformación importante en América Latina relacionada con las formas de enjuiciamiento penal, y cómo todos los países de la región asumían paulatinamente el reto de modificar las antiguas y obsoletas legislaciones procesales que arrastraban no pocos defectos, optando por una codificación más ágil y garantista, adecuada a los principios constitucionales del debido proceso dentro del novedoso sistema, también llamado por algunos “adversarial”,<sup>1</sup> aunque guardando sus distancias con el modelo norteamer-

---

1 Estoy de acuerdo con el Prof. LUIGI FERRAJOLI cuando afirma que “... precisamente se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como sujeto

ricano o el anglosajón, según veremos posteriormente. Ese movimiento de reforma había logrado en la mayoría de nuestros Estados, remontar los obstáculos que mantenían aún con vida las citadas estructuras normativas, caracterizadas particularmente por su tendencia inquisitorial y en donde los papeles de los intervinientes no estaban claramente definidos, además de estar anclados en los procedimientos escritos y en un excesivo ritualismo que producía grandes atrasos y graves injusticias, pues así lo disponían las regulaciones y la “lógica” interna del discutible modelo seguido hasta entonces.<sup>2</sup> Pues bien, hoy día tenemos una realidad normativa diferente pero a la que aún le falta bastante para encontrar una meta acorde con el entusiasmo generado por el cambio de paradigma.

Puede decirse que el replanteamiento de los principios y de las reglas existentes, a partir de un concepto más claro y sólido de *Democracia* y de *Estado de Derecho*, en especial por pronunciamientos de Tribunales y Salas Constitucionales de la región, permitió la superación de los vulnerables sistemas anteriores, contrarios al respeto de principios fundamentales del ser humano, dándose un importante paso que debía conducirnos por un camino hacia un proceso más eficiente y a la vez garante de los derechos esenciales de las personas, iniciado en Costa Rica desde la importante reforma legislativa del año 1973 con el Código de Procedimientos Penales mixto (Ley No. 5377 de 19 de octubre de ese año que entró a regir en el mes de julio de 1975) cuyo relevante significado —entre otros as-

---

pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”. Mientras que, a la inversa, puede llamarse inquisitivo “... a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa”. *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, España, 1a. ed., 1995, p. 564, segundo párrafo. Sin embargo, difiere con respeto de su autorizado criterio cuando señala que “... entre el modelo acusatorio y la discrecionalidad de la acción penal no existe ningún nexo, ni lógico ni funcional...” (ob. cit. p. 567) entre algunos planteamientos que lo llevan a criticar y rechazar el principio de oportunidad o de discrecionalidad de la acción penal, así como otros procesos alternativos (ver su ob. cit. en pp. 568 y ss.).

- 2 Debe recordarse que la mayoría de las naciones de nuestra región siguieron las recomendaciones formuladas en la normativa planteada por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, surgido en el año 1989, después de varias reuniones encabezadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, donde participaron destacados tratadistas y profesores de todo el continente.

pectos por la introducción de la publicidad y la oralidad— ha sido objeto de numerosos análisis e investigaciones que pueden ser consultados en diversas fuentes.

Sin embargo nadie dijo que ese camino sería fácil y que los problemas de la criminalidad quedarían resueltos por el solo hecho de modificar la legislación.

Lo cierto es que con el Código de 1998 (al que después se le harían algunas reformas importantes, entre las que destaca la que se hizo por Ley No. 8837 de 03 de mayo de 2010 que creó el recurso de apelación contra las sentencias de juicio) adoptó un nuevo modelo para el juzgamiento de los delitos: se elimina la instrucción escrita a cargo de jueces y se dejan las investigaciones preliminares o iniciales en manos del Ministerio Público, a quien además de actuar orientado por el principio de legalidad, se le autoriza para prescindir de la persecución penal bajo criterios de oportunidad o de discrecionalidad reglados (art. 22 CppCR). También se pone a disposición de las partes, instrumentos o mecanismos alternativos distintos del proceso de instrucción penal ordinario que anteriormente había sido el eje del ordenamiento punitivo, lo que además lleva en dirección hacia la denominada “Justicia Restaurativa” como una vía no tradicional en la búsqueda de la solución a los conflictos.

Así pues, con la aprobación de esta novedosa legislación se asumió la difícil y delicada tarea de reformular el proceso penal para ajustarlo a los requerimientos de una sociedad moderna, en donde los derechos esenciales de los individuos deben armonizarse con la eficiencia que se espera pueda tener el Estado en la persecución y sanción de la criminalidad. Para conseguir dicho cometido había que seguir con el fortalecimiento de un Ministerio Público imparcial e independiente, un departamento consolidado de Defensa Pública así como una policía judicial o científica debidamente preparada y, desde luego, con la presencia de jueces garantes del cumplimiento del debido proceso. Sin embargo, también existía gran expectativa sobre el comportamiento de esa vía referida a los mecanismos alternativos como una nueva forma para colaborar al descongestionamiento de las causas penales. A estos últimos dirigiré mi atención en esta conferencia.



## I. ASPECTOS GENERALES

### A. La solución del conflicto como fin primordial del sistema punitivo

Normalmente suele decirse que el fin del proceso penal está en la búsqueda de la verdad real, o sea la reconstrucción histórica del hecho delictivo de la forma más fiel posible, de conformidad con las pruebas legalmente recibidas. Tal finalidad, que ha sido bastante discutida,<sup>3</sup> aunque en principio y pese a las dificultades sigue siendo relevante (pues carecería de sentido un proceso que no procurase “descubrir” lo que ocurrió en la realidad), encuentra una visión mucho más amplia en el entorno del actual sistema, ya que en el artículo 7 del Código Procesal Penal costarricense (al igual que se establece en los demás Códigos de la región) se indica expresamente la trascendencia de la solución del conflicto como parte esencial de aquélla: “Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre las partes y, en especial, el restablecimiento de los derechos de la víctima. Para tales fines, siempre tomarán en cuenta el criterio de la víctima, en la forma y las condiciones que regula este Código”. (Así modificado mediante Ley No. 8720 de 4 de marzo de 2009, publicada en el diario oficial *La Gaceta* No. 77 de 22 de abril del mismo año).

La introducción aquí de ese concepto de “justicia restaurativa” es lo que viene a dar contenido y aval a los llamados procesos o mecanismos alternativos, ya que no se trata solamente de dirigirse por el intrincado camino de un enjuiciamiento penal hasta su finalización, sino de permitir, en casos excepcionales, taxativamente reglados, la posibilidad de optar por una vía diferente que procure mayor agilidad en resolver y causar menos tensión (incluso continuación) del conflicto.

Por eso debe insistirse en que la verdadera consolidación del sistema se viene a dar cuando todos los sujetos involucrados —incluso la sociedad en general— además de asumir la función que a ellos les compete,

---

3 Ver entre otras, la obra del Prof. alemán W. HASSEMER, “*Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*”, Ed. Ubijus, 1a. ed., México, 2009, especialmente en pp. 19 y ss.; y la obra del Prof. español FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, pp. 103 y ss. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2a. ed., 2003.

entiendan y se comprometan con los nuevos principios involucrados en el cambio. La aceptación y comprensión de una norma como la contenida en el citado numeral del CPP, tiene mucho que ver con la propuesta de una mejor administración de justicia en materia penal, pero también con una nueva perspectiva de ésta. Desde luego, no todos los profesores y tratadistas de estos temas están de acuerdo con los criterios de oportunidad o de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, o con los procedimientos abreviados, o con los trámites conciliatorios u otros mecanismos alternativos, y digo esto con el mayor de los respetos para quienes así piensan, en especial del distinguido profesor italiano, Dr. LUIGI FERRAJOLI, reconocido defensor del garantismo penal, quien en su magna obra *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, se pronuncia en contra de los institutos citados.<sup>4</sup>

De todos modos es de advertir que nuestros ordenamientos penales tampoco han renunciado a la aspiración de lograr involucrarse en una corriente de Derecho Penal mínimo, con un catálogo punitivo reducido (por ejemplo despenalizando ciertas conductas), lo que sería más efectivo si se contara con recursos suficientes y con controles eficaces de política criminal dentro de un marco general de desarrollo social y económico, lo que haría que probablemente tuviéramos a mediano o largo plazo un menor crecimiento de la criminalidad, que por estos días parece desbordar nuestras sociedades. Pero lamentablemente el problema nos ataca ahora y las previsiones dichas deberán quedar para el futuro.<sup>5</sup>

4 Señala, entre otros aspectos, que la discrecionalidad de la acción y la consiguiente disponibilidad de las imputaciones e incluso de las pruebas, “son por tanto un reducto, del todo injustificado, del carácter originariamente privado y después sólo cívico o popular de la iniciativa penal. Se entiende que esta discrecionalidad y disponibilidad— que en los Estados Unidos se manifiestan sobre todo en la negociación entre acusador público e imputado (*plea bargaining*) de la declaración de culpabilidad (*ilty plea*) a cambio de una reducción de la gravedad de la acusación o de otros beneficios penales —representan una fuente inagotable de arbitrariedades...” (FERRAJOLI, L. ob. cit., p. 568 párrafo *in fine*).

5 Con lo dicho quiero agregar que lo expuesto por el Dr. FERRAJOLI en sus conferencias y en su destacada obra *Derecho y Razón* no necesariamente se contrapone a lo que un sector mayoritario de la doctrina procesal penal que inspiró el Código Modelo para Iberoamérica establece, particularmente en lo que se refiere a los procedimientos alternativos, pues no se trata de imitar el sistema de “justicia negociada” que se aplica en los Estados Unidos de América, con potestades muy amplias en manos del Ministerio Público, y con características distintas de los institutos que en nuestras legislaciones tienen algunas similitudes (por ejemplo el procedimiento abreviado o el criterio de oportunidad).

## **B. Derecho y cambio socio-jurídico**

Desde luego la aceptación y comprensión de la reforma es vital, y para ello es indispensable estar conscientes de la transformación producida. Debo reiterar que no basta con conocer la normativa propuesta, pues resulta indispensable también el cambio de mentalidad, es decir, que comprendamos su magnitud y trascendencia, haciéndola parte de nuestra vida, de nuestra cultura institucional.

La ritualidad del proceso anterior abrió paso a una nueva concepción y modo de abordar y solucionar los conflictos sociales. Una serie de institutos -o soluciones alternativas- rompe con el formalismo e inflexibilidad que le caracterizaba, a la vez que se busca una mayor eficiencia en el esclarecimiento de los hechos y la lucha contra la delincuencia.

## **C. Importancia e impacto de los mecanismos alternativos**

Aunque debemos reconocer las limitaciones que las soluciones alternativas encuentran en el marco de su implementación (gestión), no podemos negar que presentan un nuevo panorama en el juzgamiento de los individuos, con menores costos sociales y económicos, y mayores posibilidades para quienes desean reinsertarse efectivamente en la sociedad.

Los *criterios reglados de oportunidad (artículo 22 del CPPcr)*, por ejemplo, aparecen como un mecanismo idóneo que haría posible alcanzar los objetivos que se pretenden con la solución del conflicto, toda vez que el Ministerio Público, conforme a una política de persecución penal clara y transparentemente definida, puede desistir de continuar con la acción penal cuando concurren los presupuestos previstos por el legislador para ello, tal y como se presenta en los casos en donde se brinda información contra el crimen organizado, o bien, cuando se presenta la denominada insignificancia del hecho o de la culpabilidad que se reprocha por el mismo. De igual forma ocurre, según los cambios que se incorporaron a la normativa, cuando se repara el daño causado o se presenta la revocatoria de la instancia privada.

No obstante lo anterior, un aspecto determinante en este nuevo proceso es el fortalecimiento de la etapa de juicio, y con ello, de su oralidad y publicidad, con el único propósito de que los juzgadores sean los que realmente resuelvan la causa sometida a su conocimiento, de no haberse

logrado previamente la aplicación de alguna de las salidas o medidas alternativas de solución que se implementan.

La idea fundamental, conforme a una política criminal moderna, particularmente determinada desde nuestra realidad marginal o periférica que cuenta con recursos muy limitados, al decir de ZAFFARONI en su libro *La búsqueda de las penas perdidas*, es la descriminalización de aquellas acciones o conductas que no merezcan la represión estatal, es decir, no requieren necesariamente que se aplique una sanción penal, como sucede, por ejemplo, además de las medidas alternativas antes señaladas, por medio también de la denominada *suspensión condicional del procedimiento*, en donde se exige precisamente un plan reparador como solución al conflicto existente.

El Ministerio Público viene a desempeñar entonces un papel decisivo en este nuevo proceso, pues no puede limitarse a ser un mero espectador o un agente automático encargado de la persecución de todos los delitos, para lo cual debe otorgársele los recursos económicos suficientes que le permitan ejercer plenamente su función, además de integrar correctamente su estructura orgánica (desde la selección de un fiscal General independiente y demás funcionarios hasta la aplicación de un régimen disciplinario adecuado a sus necesidades) con el propósito de evitar influencias políticas o de cualquier otro orden (interno o externo).

Conforme a la lógica del actual proceso penal, podríamos decir que sobre dicha institución descansa gran parte de la responsabilidad de que se hagan realidad los objetivos previstos en la reforma.

Los fiscales deben observar en sus planteamientos, sin dejar de lado su naturaleza requirente, que no todo lo que es denunciado o descubierto como presunto ilícito, resulta posible que sea investigado y llevado hasta su conclusión condenatoria. La restricción de recursos con los que cuenta, sea de orden personal o material, aunado a la siempre creciente masa de asuntos que ingresan día con día a sus oficinas, lo obligan a implementar una política de persecución penal a través de la cual oriente sus prioridades, y determine cuáles son los hechos que deben ser investigados hasta sus últimas consecuencias, reflejada en la obtención de una sentencia, así como frente a cuáles hechos y en qué circunstancias se les podría aplicar una de las medidas alternativas que han sido introducidas en el Código vigente.

Es admisible suponer que si el Ministerio Público logra implementar racionalmente esta decisión política, se vendría a minimizar la espiral

de violencia o proceso de criminalización secundaria que se produce cada vez que se investiga y se acusa a alguien de un hecho delictivo. Una gran cantidad de casos, no generadores de graves trastornos sociales, además de no merecer una respuesta represiva por parte del Estado, podrían verse resueltos durante el desarrollo normal y anticipado de la causa. Además fortalecería la idea del sistema penal como *ultima ratio*; pues sólo aquellas causas de cierta gravedad que se estimen como estrictamente necesarias serían conocidas en juicio, debido a lo trascendencia o incidencia que tienen en nuestras vidas y en la realidad social.

Así pues, la policía y el Ministerio Público deberían orientar sus actuaciones, con los recursos que consideren suficientes, contra los delitos que merecen una mayor atención por la relevancia de los bienes jurídicos afectados, o bien por la complejidad de las conductas que llevan a dicha afectación.

Como consecuencia de lo anterior, y no menos importante que todo lo dicho, la aceptación de alguna de las soluciones alternativas al proceso ordinario, conllevaría también un rescate del papel de la víctima en el proceso. Quiérase o no, aun cuando el proceso penal lo entendamos como una manifestación del garantismo, en donde se intenta reducir el poder abusivo del Estado frente a la persona acusada, aquella —la víctima— es un interesado más en el resultado del proceso, y como tal, debe permitírsele su participación, en especial si se tiene presente que con el proceso se pretende alcanzar la solución al conflicto originado por el hecho estimado como lesivo.

Por otra parte, la policía, especialmente la que colabora en forma directa con la administración de justicia, no puede actuar sin control, sino bajo las directrices que le indique el Ministerio Público, disminuyendo o limitando así su capacidad de decisión, y evitando la arbitrariedad o impunidad que su actuación podría generar si no responde a los requerimientos que se le imponen.

Se busca con todo esto además que los derechos de las personas se fortalezcan, pues ya no serían susceptibles de decisiones discrecionales y abusivas por parte de este cuerpo. Sus actos tendrían que responder no sólo al Ministerio Público, sino también a la autoridad jurisdiccional, como instancia que controla y garantiza los derechos de las personas que intervienen o se ven afectadas al ponerse en marcha el aparato judicial. Control en el cual, por supuesto, la defensa cumple un papel fundamental, pues al velar por los intereses del imputado, coadyuva en esta ta-

rea, vigilando, cuestionando o impugnando cualquier actuación que no se ajuste a los parámetros de legalidad o constitucionalidad que deben informar el proceso penal.

En consecuencia, y aun cuando suelen escucharse críticas en la instauración y cumplimiento de las medidas alternativas (o procedimientos alternativos), algunas de ellas con razón, debemos asumir que en estos momentos, los distintos intervinientes en el proceso conocen y pueden aplicar el cuerpo normativo que les da sustento, con capacidad para valorar sus bondades o, en caso contrario, sus debilidades.

Sin embargo, tenemos que reconocer que aún falta mucho camino para comprender el verdadero significado de una justicia restaurativa integral y el desarrollo pleno de los mecanismos alternativos, pues si no tenemos confianza en tales institutos, por las razones que fueran, o se aplican deficientemente, no podrán obtenerse los resultados esperados. Así por ejemplo en algunos países, como ocurre en el caso de Costa Rica, los criterios de oportunidad han sido disminuidos drásticamente ante los reclamos de ciertos sectores que señalan que producen impunidad o que afectan el principio de igualdad. Del mismo modo se reclama que el procedimiento abreviado ofrece reducciones de la pena en casos controversiales, o que la suspensión condicional del procedimiento a prueba se decreta sin un verdadero control.

Como pueden observar, la mayor parte de las quejas se refiere a la implementación de tales medidas, o mejor dicho, a la forma en que se ejecutan o se llevan a cabo, no propiamente al contenido sustancial de ellas. Pero yo sigo insistiendo que pueden producir un mejor efecto que el que se padece con el encarcelamiento indiscriminado como único “remedio”, procurando —eso sí— ejercer controles y registros efectivos para evitar las deficiencias apuntadas.

## II. MECANISMOS O PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS EN GENERAL<sup>6</sup>

### A. Concepto

La introducción de mecanismos alternativos dentro de la materia penal, constituye un reconocimiento de la incapacidad del sistema tradicional

---

<sup>6</sup> Aunque en nada afecta el contenido de los institutos que vamos a analizar, nos parece más preciso hablar de “procedimientos” alternativos al juicio común y no

existente como propuesta de solución de conflictos<sup>7</sup>. Dichas posibilidades intentan orientar la solución jurídica del caso de diversas formas, ya sea prescindiendo de la persecución o procurando la reparación del daño particular y social causado por el “delito”, a la vez que colaboran en la búsqueda del máximo aprovechamiento de los limitados recursos de la administración de justicia. La introducción de estas medidas constituye el desarrollo del principio general de “solución del conflicto” que, según dijimos, contempla el artículo 7 del Código Procesal Penal, conforme al cual los tribunales deben *procurar* que el conflicto surgido con el hecho punible sea resuelto, para así contribuir a *restaurar la armonía social* afectada con el ilícito. La búsqueda de soluciones alternas a la respuesta penal tradicional asume como premisa el carácter de medida extrema de la política criminal, y pretende devolverle el conflicto a las partes, para que éstas, de manera responsable, le busquen una solución adecuada.

Es innegable que la práctica del sistema penal selecciona de distintos modos los casos por tratar así como su camino dentro del ámbito institucional. Y si la realidad selecciona los asuntos, no podemos cerrar nuestros ojos y pretender funcionar aislados del mundo que rodea al proceso. El numeral 7 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder estableció que: “*Se utilizarán cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas*”.<sup>8</sup> A su vez, *Las reglas mínimas de las*

---

de “procesos” alternativos, por cuanto, a pesar de que ambas palabras tienen la misma raíz etimológica (“*procedere*”), no es menos relevante destacar que el proceso es uno solo. VÉLEZ MARICONDE lo define como: “*una serie gradual progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el Derecho Procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva*” (Citado por *El Derecho Procesal Penal Costarricense*, 1a. ed., Porvenir, San José, Costa Rica, 1992, p. 68); mientras que el procedimiento denota más, por decirlo así, el “camino” normativo por el que discurre el curso de las actuaciones. Así, las distintas opciones que el Código Procesal le presenta al jurista para intentar una solución eficaz del conflicto, coadyuvan a que el proceso iniciado termine de una manera distinta a la tradicional respuesta del sistema de control penal.

7 Cfr. en este sentido la opinión de JULIO B.J. MAIER en *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, 2a. ed., Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 152.

8 Aprobada por la Asamblea General de la ONU en la 96a. sesión plenaria del 29 de noviembre de 1985, citada por LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER. *Proceso Penal Comentado*, 2a. ed., Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, p. 52.

*Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)*,<sup>9</sup> disponen al respecto:

*“5.1. Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda.”*

Las mencionadas reglas implican que *“el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia”* (regla 2.3). A su vez que: *“Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente”, “evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales”* (regla 2.5), respetando el principio de mínima intervención (regla 2.6) y dignidad humana (regla 3.9) como *“parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos”* (regla 2.7).<sup>10</sup>

9 Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. La regla 1.5. establece: *“1.5 Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.”* Al aplicar dichas reglas se han de ponderar: a) los derechos de los delincuentes, b) los derechos de las víctimas y c) el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito (regla 1.4).

10 Así mismo se indica en dichas reglas que los mecanismos alternativos al procedimiento común han de estar regulados en la ley (regla 3.1.), *“... se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas.”* (regla 3.2.) y requerirán tanto el consentimiento del imputado (regla 3.4) como el respeto de su intimidad (regla 3.11). Deben someterse al control judicial



Es necesario destacar que esta clase de instrumentos enfatizan la importancia que tiene el diálogo entre autor y víctima. Este diálogo es la base de los sistemas de solución del conflicto desde antes de la época de la colonia,<sup>11</sup> y ha sido el punto de partida de las más modernas tendencias de justicia “restaurativa”, tal y como veremos más adelante. Y es que una solución jurídicamente “correcta” del caso, no debe sacrificar la reparación adecuada del daño causado a la víctima. Como consecuencia del delito, la víctima sufre una sensación de impotencia, la cual puede repetirse y verse potencializada si se le relega a lo interno del proceso penal. Por eso, lo peor que puede hacer el sistema de control penal es apartar a la víctima y negarle su intervención. Si el sistema de control penal pretende restaurar la armonía social y solucionar el conflicto, y no simplemente imponer una sanción, la intervención de la víctima no sólo es deseable sino necesaria para que el esquema propuesto por el Código funcione y se cumpla el objetivo que el artículo 7 *ibid* le impone a los tribunales de justicia penal. Por todo ello, lo expuesto aquí parte de las siguientes cuatro premisas:

1. Que la función del sistema de justicia penal no es generar violencia sino evitarla;
2. Que el castigo en un Estado de Derecho tiene como límite los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la respuesta;
- 3) Que no es posible, ni debido, que todo conflicto social deba ser resuelto por medio del derecho sancionatorio penal, y finalmente;

---

(regla 3.5.) y “[s]e preverán disposiciones adecuadas para el recurso y, si es posible, la reparación en caso de agravio relacionado con un incumplimiento de las normas sobre derechos humanos internacionalmente reconocidos.” (regla 3.7.), entre otros puntos de interés. Como se verá, estas reglas de las Naciones Unidas resultan adecuadas a la regulación legal de las medidas del Código Procesal, y sirven de instrumento guía para su interpretación.

- 11 En relación con este aspecto, el fallecido prof. HENRY ISSA EL KHOURY JACOB hizo un interesante análisis sobre las maneras indígenas de resolución de conflictos (conciliación, círculo del rumor, el consejo o círculo de ancianos) hasta llegar las rondas campesinas y la asamblea dominical, cuya premisa básica es fijar la reparación del daño de manera que las partes queden conciliadas (*Cfr.* Su interesante análisis en ISSA EL KHOURY JACOB, HENRY. *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, Convenio Corte-AID, Costa Rica, 1995, pp. 9-13).

4. Que incluso aquellos casos sometidos a la sede penal, deben encontrar en su seno soluciones suficientemente versátiles como para restablecer el diálogo entre el autor y la víctima, con miras a restaurar la armonía social que se interrumpió con el hecho punible.

Debe entonces abandonarse la percepción de que los procesos alternativos que el Código Procesal Penal recoge, sean un sistema legalizado de impunidad. La realidad criminal y sus inabordables números están presentes y los mecanismos alternativos son un sistema más, como el propio proceso penal, para dar respuesta y corrección al delito y al delincuente. Lógicamente el recurso a estos instrumentos debe estar acompañado con la realidad de los hechos a los que se pretende aplicar, de suerte que el propio Código Procesal Penal requiere un contexto aplicativo que le resulte proporcionado, debiendo el proceso de capacitación hacer entender la lógica seguida para que todos los operadores jurídicos, no sólo recurran a estas instituciones, sino sepan adecuar cada una de ellas a la conveniencia que cada caso exige. Debe pues, no sólo representarse la oportunidad del sistema y los beneficios que aporta con relación al funcionamiento de la administración de justicia en los casos en los que más se justifica, sino considerar que el sistema de salidas o soluciones alternativas tiene un diseño en cascada, que va desde la renuncia a la acción penal, hasta la condena con conformidad entre las partes, pasando por otros estados intermedios como son el abandono de la acción penal en manos de la actuación privada, la conciliación y acuerdo con reparación de los intereses damnificados o la paralización condicionada del proceso en los casos en los que existe un pronóstico de no cumplimiento de la pena que pudiera llegar a recaer, todo ello sin olvidar que estos estadios intermedios permiten la reanudación de la prosecución en la eventualidad de un injusto incumplimiento del beneficiado y prestando, eso sí, una plena atención a la víctima, no sólo en cuanto a reconocerle las posibilidades de impugnación que la propia ley le brinda, sino desde el punto de vista actitudinal, forzándose el operador en que la víctima se vea reparada en sus perjuicios materiales y morales y, aún en los casos en los que esto no sea posible, comprometiéndose en que el damnificado pueda entender la posición adoptada por el Estado y la colectividad y las razones de sacrificio de su interés individual, única posibilidad de que estas pragmáticas instituciones en particular, y la administración de justicia en general, puedan ser percibidas como garantes y protectoras de los intereses de la propia ciudadanía.

## B. Los mecanismos alternativos en particular

Si resultase cierto —como muchas veces ocurre— que “*los procesos penales se desarrollan en un mundo real, en el cual se violan derechos humanos todos los días*”,<sup>12</sup> ello significa que el sistema penal ha demostrado su inoperancia como instrumento para resolver los conflictos sociales. Al respecto se ha llegado a decir que: “*Las leyes y las estructuras, formuladas teóricamente para proteger al ciudadano, se vuelven a menudo en su contra, lo estrujan, y terminan empujándolo hacia el abismo de la prisión y sus secuelas desgarrantes, creando y reforzando las desigualdades sociales. La casi imposibilidad de que una pena legítima salga del sistema penal, considerando su modo de operar, su abstracción, su lógica formal, tan ajena a los problemas de la vida cotidiana, son elementos que fortalecen la idea de buscar, fuera de él soluciones viables, acordes con la realidad*”.<sup>13</sup> Sin embargo, como ha dicho EMILIANO BORJA: “*El Derecho penal, qué duda cabe, es Derecho. Y también participa en ese proceso de desarrollo del sistema de convivencia humana. La norma penal, como toda norma jurídica, coadyuva a la construcción de un mejor orden de coexistencia de los individuos en la sociedad, del estado de cosas que se ha definido como paz social. Y es que se ha dicho, y con razón, que toda norma jurídica vive con la pretensión de tener que regular la vida social mejor a través de su propia existencia que sin ésta.*”<sup>14</sup>

En efecto, es necesario conciliar la cruda realidad que nos presenta la práctica tradicional del Derecho Penal, con la misión que la sociedad le ha encomendado, lo que obliga a concentrar el sistema de control penal sobre aquéllas conductas que afectan los bienes jurídicos más relevantes, y al operar sobre éstas, conservar su misión definitiva que será alcanzar la paz social.

Y es que en la práctica, como todos sabemos, la respuesta del control social institucionalizado que se conoce como “sistema penal”, se aplica

12 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (coord.). *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*. San José (Costa Rica): Editorial Porrúa, México, 2000, p. 18.

13 SÁNCHEZ ROMERO, CECILIA; HOUED VEGA, MARIO ALBERTO; CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO. “El Abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, No. 9, p. 47.

14 BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. “Derecho Penal y paz social, ensayo sobre una aparente contradicción”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, No. 9, p. 14.

solamente a unos pocos de los muchos supuestos de inobservancia de los tipos penales. Cualquier investigación acerca de la llamada *cifra negra* de la criminalidad, permitirá comprobar este hecho.<sup>15</sup> Hay selección de los casos que ingresan al sistema penal, y aún dentro de aquellos que ingresan, inevitablemente habrá selección al momento de ser tramitados. Por eso MAIER identifica al proceso penal como un típico *proceso de selección*.<sup>16</sup> También es un hecho demostrado que el sistema penal no puede tramitar de modo efectivo la totalidad de las infracciones que, en principio, podrían ser calificadas como “delictivas”. Esta imposibilidad que la realidad contemporánea demuestra claramente, evidencia que, dadas las condiciones actuales, la pretensión de investigar, juzgar y castigar cada uno de los hechos delictivos que pudieran ser cometidos en el país, además de suponer un esfuerzo que el erario público no está en condiciones de afrontar, es una idea destinada al fracaso que no encuentra justificación en la práctica.<sup>17</sup>

Los aportes de la criminología moderna han reiterado y puesto en crisis el fundamento así como la utilidad práctica de algunas de las instituciones penales más tradicionales, entre ellas la pena privativa de libertad, destacando la necesidad de transformar la respuesta penal para

15 Cfr. En este sentido la opinión de MAIER, JULIO B.J., *Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., p. 832.

16 MAIER, JULIO B.J., *Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., p. 832.

17 Al respecto comenta en Argentina el Dr. HÉCTOR MARIO MAGARIÑOS: “(...) es un dato indiscutido que sólo una escasa porción de los delitos cometidos son denunciados, que de los denunciados sólo algunos pocos son investigados de modo eficiente, y que, de los así investigados, sólo algunos llegan a sentencia (conf., entre muchos otros MAIER: Ob. cit., pp. 832 y ss; del mismo autor, “Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal”, en *Doctrina Penal*, 1978, pp. 301 y ss., en especial, pp. 321 y ss; COSACOV, GUSTAVO: *El mito de la no impunidad*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1988, passim; KAISER, GÜNTHER: *Introducción a la criminología*, Dykinson, Madrid, 1988, pp. 142 y ss.; también, y en especial, el mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación, de fecha 12/8/1992, en ocasión de la elevación del proyecto de ley sobre suspensión del proceso a prueba y de la reforma al Código Penal en lo atinente al régimen de condena condicional, de libertad condicional y de suspensión y extinción de las acciones penales, publicado en la Cámara de Diputados de la Nación, “Trámite Parlamentario”, periodo 1992, del jueves 13 de agosto de 1992, pp. 3327 y ss., en que se expone y comenta una profunda investigación realizada por la Dirección Nacional de Política Criminal” (Véase STIPPEL, JÖRG y MARCHISIO, ADRIÁN (coord). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, 1a. ed., Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 144).

orientarla a la restauración de la armonía social alterada por el delito. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, uno de los juristas que más se ha dedicado al estudio del tema, finalmente ha llegado a la conclusión de que “*no hay ninguna verificación del efecto preventivo general de la pena, ni positivo ni negativo*”.<sup>18</sup> Menos aún se podría pensar en efectos preventivo especiales de la prisión, cuando está acreditado que en la mayoría de los países del mundo constituye un factor de gran poder criminógeno, o, en palabras de los propios privados de libertad un “*submundo antisocial*”, una “*Universidad del Crimen*”.<sup>19</sup>

Ante esta realidad, lo más razonable es optar por el principio de reacción penal mínima y tratar de impulsar mecanismos que limiten la violencia generada por el propio sistema penal. De ahí que la reforma del Código Procesal Penal sienta la necesidad de establecer una gama de soluciones diferenciadas, que antes de ser criticadas deberían ser bienvenidas y analizadas con detalle, para evitar que en la práctica se desvíen de sus objetivos, y se constituyan en mecanismos de extensión de las redes de control social ya existentes, más que verdaderas salidas alternativas. Podríamos afirmar entonces que estas medidas constituyen solamente el comienzo para realizar un ajuste en dirección hacia un “Derecho Penal mínimo”, para posteriormente complementarse – de ser posible – con la llamada decriminización de ciertos hechos y la formulación de diferentes penas alternativas en el Código penal sustantivo.<sup>20</sup>

18 Véase entre muchas otras obras del autor: ZAFFARONI, EUGENIO R., “¿Vale la pena?”. *Un debate sobre la pena*, Editorial Jurídica Continental; Buenos Aires, Argentina, INECIP, 2000, p. 28, donde el prof. ZAFFARONI defiende la postura que expresa en su libro “*En busca de las penas perdidas*” frente a la crítica del prof. CARLOS SANTIAGO NINO.

19 Palabras de H.F. en *La Reforma*, copia textual de las entrevistas a los privados de libertad. En: MURILLO RODRÍGUEZ, ROY. *Ejecución de la Pena*, 1a. ed., CONAMAJ, 2002, p. 236.

20 Sobre la necesidad de penas alternativas complementarias véase HOUED VEGA, MARIO ALBERTO. “Modificaciones al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas”. En: SÁNCHEZ ROMERO, CECILIA (comp.) *Sistemas penales y Derechos Humanos*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997, pp. 111-118; ISSA EL KHOURY JACOB, HENRY. “Las penas alternativas”. En: SÁNCHEZ ROMERO, CECILIA (comp.) *Sistemas penales y Derechos Humanos*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997, pp. 119-125 e ISSA EL KHOURY JACOB, HENRY. “Solución alternativa del conflictos penales. Una propuesta de marco teórico.” *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, noviembre, 1994, Año 6, No. 9, p. 71. En la primera de esas obras se indica “*Cabe*

## 1. *El principio de oportunidad reglado*

“... la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror, y al pueblo a la fe en el verdugo...” (CARRARA).<sup>21</sup>

Según se ha expuesto, uno de los problemas más acuciantes del sistema de justicia penal en la actualidad es la imposibilidad práctica de investigar y castigar todos los ilícitos que se cometen. Esto se traduce en un entramado del sistema de justicia, que favorece la impunidad de la criminalidad menos tradicional, en cuenta los llamados delitos de “cuello blanco”, ya que en lugar de destinar los recursos a la investigación y juzgamiento de *los delitos más graves o de mayor interés social como es la delincuencia organizada, el aparato judicial destina la mayor parte de sus recursos al tratamiento de los delitos menores o de poca trascendencia*. Ante esta realidad, se impone la necesidad de acelerar la administración de justicia penal, hacerla más eficiente y sencilla. Es así como el párrafo primero del artículo 22 del Código Procesal Penal costarricense establece el denominado principio de “obligatoriedad” (también llamado de “legalidad” o de “oficialidad”) de la acción penal pública de la siguiente forma: “*El ministerio público deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley*”.<sup>22</sup>

---

*advertir que de nada serviría contar con un proceso ágil y eficiente, si no se tiene la posibilidad de un adecuado catálogo de penas o sanciones, diferentes de la prisión, que permita el necesario desahogo del sistema punitivo. Es decir, si sólo pretendemos acelerar los procesos penales pero no buscamos soluciones sancionadoras distintas del tradicional encarcelamiento, más bien atiborraríamos con mayor rapidez las instituciones penitenciarias. De ahí que se haga indispensable, frente a un proceso penal ágil y moderno, un código penal diferente en el contenido de sus sanciones.”* (HOUED VEGA, MARIO ALBERTO. “Modificaciones al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas, Ob. cit. p. 115).

21 CARRARA citado por MARCHISIO, ADRIÁN (coord.). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, Ob. cit., p. 26

22 Este principio que establece el deber que tiene el Ministerio Público de perseguir y promover la investigación, se conoce en otros ámbitos como “legalidad procesal”. La denominación que le brinda el código es más acertada, porque, cuando la ley le permite al Ministerio Público prescindir de la acción penal, también está actuando en el ejercicio de una facultad legal expresa. Es claro que el CPP no ha asumido ideas abolicionistas como en algún sector se ha señalado, porque no ha pretendido abolir el sistema penal, sino que, dentro de la corriente que impulsa la reparación

Sin embargo, el párrafo segundo del mismo artículo, lo complementa con el principio de “oportunidad” señalando los casos en que no obstante el representante del *ministerio público puede “... previa autorización del superior jerárquico, ... solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o a varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho...”*. Seguidamente se indican las hipótesis en que se permite tal actuación, pues como ya se dijo, el principio de obligatoriedad no opera en sentido pleno, sino que el Código establece la denominada “oportunidad reglada”, por lo que queda a facultad del Ministerio Público iniciar averiguaciones, presentar acusación o señalar a los involucrados eventuales la posibilidad de ejercitar la acción penal privada (como excepción también al principio de “oficialidad” de la acción penal), en los casos allí contemplados. Con razón se dice que: “... no se trata de institutos opuestos e incompatibles, sino que la elección de un sistema de persecución penal que posea manifestaciones de oportunidad representa una elección político-criminal de abordar el tema penal desde una perspectiva integral y realista, en definitiva desde una perspectiva distinta [...] Esta elección puede resultar mejor o peor que otra, pero de todas formas representa un sinceramiento de la política estatal de persecución penal frente a los desafíos de la época y la crisis del sistema”.<sup>23</sup>

#### a) Concepto y contenido

Diferentes autores se han referido al principio de oportunidad de una manera similar. Así MAIER indica que: “La aplicación del principio de oportu-

---

como una “tercera vía”, ha optado por un principio de oportunidad reglado al permitírsele al Ministerio Público hacer cesar la investigación en supuestos taxativos. (Al respecto véase las opiniones de TIJERINO PACHECO, JOSÉ MARÍA. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, En: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL (comp.). *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*. 2a. Ed. San José (Costa Rica): Fondo Editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, p. 88; también GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, No. 7, p. 47. SCHÖNBOHM, HORST y LÖSING, NORBERT, *Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio oral en América Latina y Alemania*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1995, p. 50. Con respecto al tema también véase RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS. “Oportunidad y Consenso”. En: *La Justicia Penal negociada. Experiencias en Derecho Comparado*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 211 y ss.).

23 MARCHISIO, ADRIÁN (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, Ob. cit., p. 551.

nidad torna más sencillas las cosas, menos arduas las soluciones dogmáticas y más real la solución: se trata de casos en los cuales, por las razones ya advertidas, se autoriza a los órganos de persecución penal, con o sin aquiescencia del tribunal competente, según los sistemas, a prescindir de la persecución penal o a concluir la ya iniciada.”<sup>24</sup> ROXIN establece al respecto que la antítesis teórica del principio de obligatoriedad es el que “... autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido un hecho punible”.<sup>25</sup> Por su parte, GONZÁLEZ ÁLVAREZ define el principio en cuestión como aquel que “trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo. Este sistema ha sido tradicionalmente seguido como regla en los países de tradición jurídica anglo-americana, pero también es adoptado, al menos como excepción al principio de obligatoriedad, en algunos países europeos, encabezados por Alemania. [...] El criterio de oportunidad puede y debe ligarse a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación y el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas. Constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal más que arbitrarios, y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican”.<sup>26</sup>

24 MAIER, JULIO B.J., *Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., p. 158.

25 ROXIN, CLAUS. *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25a. ed. alemana de GABRIELA E. CÓRDOBA y DANIEL R. PASTOR, revisada por JULIO B.J. MAIER, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000, p. 89.

26 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, No. 7, p. 67. En el mismo sentido la definición de VARGAS ZUMBADO, FREDDY GERARDO. “El principio de oportunidad”. En: SOJO PICADO, GUILLERMO (et al.). *Ministerio Público y reforma procesal penal*, 1a. ed., San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997, p. 153. TIJERINO lo define diciendo que “es aquel por el cual se concede al Ministerio Público la facultad de perseguir o no hechos que se encuentren en determinadas situaciones expresamente previstas por la ley, que afectan al hecho mismo, a las personas a las que se les pueda imputar o a la relación de éstas con otras personas o hechos.” (TIJERINO PACHECO, JOSÉ MARÍA. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, Ob. cit., p. 91). MAIER apunta que el principio de oportunidad significa: “la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba



El principio de oportunidad no resulta compatible con teorías retributivas de la pena, como ha destacado la doctrina: “*La aplicación del principio de oportunidad —es claro— se puede ligar, con facilidad, a teorías utilitarias sobre la legitimación o el fundamento, el fin y los límites de la pena estatal. Me refiero, por ejemplo, a la prevención general positiva, que procura legitimar la pena a través de la necesidad de recordar los valores (bienes jurídicos) convencionalmente admitidos como base de la integración social, confirmando la vigencia de las normas que los establecen, fin que se alcanza por imposición de la consecuencia jurídica tan sólo a algunos hechos disvaliosos, sin necesidad de pretender que todos ellos sean alcanzados por la pena*”<sup>27</sup> En este mismo sentido se ha mencionado: “*En efecto, el principio deriva de teorías absolutistas de la pena, en las ideas de KANT y HEGEL, en cuanto en forma imperativa y categórica todo hecho en apariencia delictivo debía traducirse, necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal, lo que hoy no sólo es absurdo sino imposible [...] En primer término ningún sistema penal está capacitada para responder a todos los hechos delictivos que ocurren en su comunidad, ni la policía sería suficiente, ni los tribunales serían suficientes, ni la cárceles serían suficientes. Existe un margen muy amplio de hechos delictivos a los cuales el sistema no da ninguna respuesta. No sólo me refiero a las cifras negras de la criminalidad, es decir a aquella que nunca se denuncia, sino además a la que habiéndose denunciado el mismo sistema es incapaz de descubrir y tratar.*”<sup>28</sup>

---

*más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales*” MAIER (JULIO B.J.), *Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., p. 836.

27 MAIER, JULIO B.J., *Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., p. 835.

28 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, No. 7, p. 66. En el mismo sentido ROXIN apunta que el principio de legalidad “*responde a la idea de la retribución, entonces completamente dominante, según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación de la ley penal. Con la sustitución de esta teoría absoluta de la pena por justificaciones preventivo-generales y especiales que vinculan el castigo a su necesidad social y a su conveniencia, el principio de legalidad ha perdido, en parte, su base teórica primitiva*” (ROXIN, CLAUS. *Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., p. 89). En contra de las teorías absolutas —o de retribución—, que posicionan a la justicia o la necesidad moral como fundamento de la pena, se ha argumentado que: a) carecen de un fundamento empírico y b) la supresión del mal causado por el delito es ficticio, ya que, al fin y al cabo al mal causado por el delito

b) *Fundamentos*

El sistema penal —en su sentido amplio— es por naturaleza selectivo: selecciona la víctima al no denunciar ciertos hechos, selecciona la policía cuando no investiga los casos que en su criterio no tienen posibilidades, selecciona el Ministerio Público cuando no da seguimiento a las denuncias, y finalmente, seleccionan los Tribunales cuando consideran que no hay motivo suficiente para condenar. Como nos recuerda GONZÁLEZ ÁLVAREZ: “*Este proceso selectivo escapa a los controles jurídicos y políticos necesarios. Carece de transparencia porque generalmente no se admite, se oculta y algunos casos se ignora. De ahí entonces, que sea indispensable reglar ese terreno, comenzando por reconocer la verdad: que hay proceso de selección, pero manteniendo como regla la obligatoriedad, para luego por la vía de excepción, reglar los casos en los cuales se pueda dejar de acusar.*”<sup>29</sup> Esta es la inquietud básica a la que responden los artículos correspondientes del CPPCR. Y bien apunta MAIER que: “*puede ser una herramienta eficiente del principio de igualdad, al corregir el efecto selectivo clasista de un sistema formal que, adherido al principio de legalidad, ignora por completo su propia selectividad real.*”<sup>30</sup> Igualmente se ha afirmado con acierto que: “*... el crecimiento desmesurado del Derecho Penal, que pretende solucionar mediante pena todo problema social (con desconocimiento de su función de ultima ratio, que impone recurrir a él sólo cuando fracasan todos los demás medios de control social), y la complejidad técnica de sus soluciones normativas producen un efecto directo sobre la efectividad de la persecución penal, pues sobrecargar los órganos judiciales de tal manera que reducen la posibilidad de ocuparse como corresponde los casos serios y graves, y disminuyen la seguridad sobre un fallo correcto y oportuno*”.<sup>31</sup>

Aun admitiendo la legalidad más estricta debemos reconocer que “*estudios empíricos han demostrado que, aun afirmada la legalidad sin*

---

se suma el mal de la pena. A su favor se ha dicho que introducen un criterio de “proporcionalidad” con respecto al mal causado como limitador de la gravedad de la pena aplicable. (Cfr. al respecto BACIGALUPO, ENRIQUE. *Derecho Penal, Parte General*, 2a. ed., Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 32).

29 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, No. 7, p. 66.

30 MAIER (JULIO B.J.), *Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., p. 841.

31 MAIER (JULIO B.J.), *Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., pp. 154-155.

*excepciones, resulta imposible perseguir todos los delitos que se cometen en el seno de una sociedad, resultado que obedece, por una parte, a defectos de información y, por la otra, a decisiones políticas más o menos generales de los órganos de persecución penal.*"<sup>32</sup> Frente a este hecho, y a la necesidad de no sobrecargar el sistema con casos que razonablemente son evitables, es racional institucionalizar y delimitar los criterios con los cuales se pueda declinar la persecución penal y concentrar la aplicación de esos criterios en funcionarios responsables.

La reforma se orienta pues a introducir la oportunidad como una excepción al principio de obligatoriedad de la acción pública, que permite prescindir en casos especiales de la persecución penal. Por eso se trata de un principio de oportunidad "reglado" y no de una discrecionalidad "absoluta". Como ventajas de la vigencia de este principio podemos señalar: *a)* se favorece la *transparencia* del sistema, al evidenciar los criterios de selección que antes quedaban ocultos; *b)* permite sentar *responsabilidades* a los funcionarios encargados de vigilar la acción penal; *c)* al existir criterios taxativos, es posible *orientar la selectividad* hacia fines útiles para el Estado de Derecho; *d)* se produce la *decrimización* procesal de hechos que en la práctica pueden ser asumidos por otras formas de reacción con mejores resultados, y *e)* permite el *descongestionamiento* del sistema de justicia penal, lo que a su vez provoca mayor *eficiencia* en el tratamiento de los asuntos más graves que sí le son sometidos.

Por último, cabe preguntarse si corresponde vincular el principio de oportunidad a la reparación económica de la víctima. Ante esta misma interrogante ha especificado la doctrina: "*... podemos decir que el fundamento para la aplicación de criterios de oportunidad consiste en la carencia de interés estatal en la persecución de determinados hechos que no poseen trascendencia alguna (delitos de bagatela), a efectos de orientar los limi-*

32 Maier (Julio B.J.), *Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., pp. 159. Como apunta TIJERINO: "*Ni existe sistema en que se persigan todos los hechos delictivos ni existe igualdad de los ciudadanos ante los órganos de persecución penal. Por el contrario la realidad es que, sea cual sea el principio que regule el ejercicio de la acción penal pública, siempre habrá discrecionalidad. Legal y fundada en el interés público, en aquellos ordenamientos que admitan el principio de oportunidad; ilegal y fundada implícitamente en la imposibilidad de la persecución de todos los delitos, en los sistemas que no admitan dicho principio. [...] Lo trágico de este último sistema es que en él es la policía quien se arroga la facultad discrecional atendiendo a criterios de "etiquetamiento". De allí que resulten excluidos de una eficaz persecución los delitos de los individuos pertenecientes a los estratos superiores de la sociedad.*"

*tados recursos estatales a la persecución de aquellos que más dañosidad social provocan. Una decisión político-criminal como la señalada parece no tener vincularse con la reparación de la víctima de ese delito que el propio Estado considera insignificante.”*<sup>33</sup> Sin embargo, el código prevé expresamente que: “*en los casos en que se verifique un daño, el ministerio público debe velar porque sea razonablemente reparado*”, lo que constituye un requisito adicional que impone la normativa.

### c) *Críticas*

En contra del principio de oportunidad se ha argumentado la vigencia del principio de igualdad, pues —según se dice— debe ser la ley (el legislador) y no la decisión particular de los órganos estatales (funcionarios) quienes determinen cuándo una persona deba ser sometida a pena o no. Ante esta crítica señala MAIER que... “*aunque tal razonamiento deba ser tenido en cuenta para no crear fueros personales o provocar desigualdades raciales, religiosas, sociales o económicas, cabe advertir que estos principios funcionan, básicamente, como garantía frente al poder penal del Estado, esto es, como seguridades para el habitante de no ser afectado en sus libertades por ese poder, y aquello que se pretende con la aplicación del principio inverso, el de oportunidad, no es, precisamente, someter a un habitante al poder del Estado, sino, por el contrario, liberarlo de él y de ese riesgo, al evitar su persecución. No obstante, el fundamento aquí citado, aunque no logre cabalmente legitimar la persecución penal obligatoria del Estado, ha cumplido el papel de colocar el principio de legalidad en el lugar de una máxima fundamental del sistema, de modo que el de oportunidad funcione*”.<sup>34</sup> En todo caso, la eventual deficiencia se supera en gran parte con la introducción de un principio de oportunidad “reglado”, de modo que las situaciones en que es posible prescindir de la persecución penal sean definidos

---

TIJERINO PACHECO, JOSÉ MARÍA. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, Ob. cit., p. 95. En el mismo sentido se pronuncian MAIER, JULIO B.J., “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”. En: VÁSQUEZ MARTÍNEZ, EDMUNDO. *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*. 1a. ed., San José, Juricentro, 1992, p. 139, también véase HASSEMER, WINFRIED. “La persecución penal: legalidad y oportunidad”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Setiembre, 1995, Año 7, No. 10, pp. 2-8.

33 MARCHISIO, ADRIÁN (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, Ob. cit., p. 533.

34 MAIER (JULIO B.J.), *Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., p. 831.

por la ley, sin crear prerrogativas especiales para ciertos ciudadanos. El profesor TIJERINO comenta otra crítica que él mismo responde con acierto: *“El ataque de mayor envergadura contra el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal proviene de quienes ven en él una manifestación de autoritarismo procedente del Poder Ejecutivo, lesiva del principio de división de poderes, y, en consecuencia, claramente antidemocrática [...] No obstante, bastará con dotar al Ministerio Público de la necesaria independencia (de cualquier centro de poder y no sólo del Poder Ejecutivo) para que desaparezca el fundamento de la objeción.”*<sup>35</sup>

d) *Ámbito de aplicación y efectos*

El artículo 22 del CPPCR permite, previa autorización del superior jerárquico,<sup>36</sup> prescindir de la acción penal pública, de manera total o parcial. Esto es, el código presenta cuatro opciones:

- a) Cuando se trate de un hecho insignificante o de bagatela, con mínima culpabilidad del autor o partícipe, salvo que existiese violencia

35 TIJERINO PACHECO, JOSÉ MARÍA. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, Ob. cit., pp. 92-93. Un tratamiento más detallado de éstas y otras críticas véase GATGENS GÓMEZ, ERICK y RODRÍGUEZ CAMPOS, ALEXANDER. *Principio de oportunidad, conveniencia procesal de la persecución penal*, 1a. ed., Editorial Juritexto, San José, C.R. 2000, pp. 307 y ss.

36 En resumen, el deber de motivar implica que la solicitud ha de ser congruente, expresa, clara, completa, concordante, no contradictoria y lógica. Para ser “completa” debe referirse a todos los extremos que fundamentan prescindir de la acción pública, estableciendo por qué de acuerdo a la normativa y el caso concreto resultan aplicables. Como ha dicho Tijerino: *“Un principio procesal llevado a sus últimos extremos puede resultar más perjudicial que beneficioso”* (TIJERINO PACHECO, JOSÉ MARÍA. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, Ob. cit., p. 91). En efecto, un uso indiscriminado de este tipo de medidas puede llevar a que se provoquen en el ciudadano sentimientos de injusticia y desigualdad, y la sociedad entera puede perder su confianza en la administración de justicia, con lo que el problema sería aún mayor del que se pretende evitar. De ahí la necesidad de fundamentar la aplicación del criterio, no bastará hacer referencia a criterios generales, frases rutinarias o conceptos doctrinarios, sino a la realidad del caso en cuestión. Esta motivación ha de ser llevada tan lejos cuanto fuere posible, para mejorar así la comunicación con los diferentes sujetos que intervienen en el proceso penal. Además, esta motivación es necesaria, pues al no conocerse completamente las razones del acto, su impugnación por parte de la víctima y el imputado se dificulta notablemente o se imposibilita y con ello se afectan derechos que consagra en el artículo 35 del Código.

sobre las personas, fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público.

- b) Cuando el imputado colabore eficazmente en la investigación de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja. Esta opción, aún cuando ha recibido muchas críticas, le permite al Ministerio Público descartar a un determinado imputado y perseguir a otros. En derecho comparado este supuesto suele denominarse contradictoriamente como “testigo de la corona”.<sup>37</sup>
- c) Cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena. Es lo que suele conocerse como surgimiento de una “pena natural”.
- d) Cuando la pena o medida que puede imponerse a un imputado, tratándose de varios delitos o infracciones, hace que carezca de importancia la persecución del hecho del que se prescinde. Así, sería posible en el caso de un concurso material de delitos, en que participen varios imputados, prescindir de la acción penal con respecto a uno de ellos, y continuar la persecución de los demás con respecto solamente a determinados hechos, y, con respecto a los hechos investigados limitarse únicamente a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles. Claro está, siempre que nos encontremos ante alguna de las causales que establece el código para su procedencia.

En relación con los asuntos de mínima culpabilidad (bagatela) debe destacarse que no se debe confundir la insignificancia conforme al Dere-

---

37 Pese a la discusión, hay muchas legislaciones que sí lo contemplan. El “testigo de la corona” o “arrepentido” es el imputado que colabora con las autoridades represivas para lograr aclarar el hecho, o bien, evitar la continuación del delito o la perpetración de otros. Generalmente, a este tipo de imputados se les brinda un tratamiento benévolo y hasta se ha llegado a prescindir totalmente de la acción penal en su contra en asuntos de criminalidad organizada o violenta, delitos graves o de compleja investigación. La admisión de esta causal ha generado en doctrina diversas oposiciones, que le han señalado el quiebre de principios fundamentales del Estado de Derecho, en cuenta el principio de igualdad de trato. También se ha destacado la poca confiabilidad que tienen las declaraciones dadas por el “testigo” involucrando a otros sujetos (*Cfr.* al respecto LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER. *Proceso Penal Comentado*, Ob. cit., pp. 90-91, y ROXIN, CLAUS. *Derecho Procesal Penal*, Ob. cit., p. 93 con múltiples citas de doctrina).

cho Penal sustantivo, con la insignificancia del hecho para los efectos de la aplicación de la oportunidad procesal. Ante tal circunstancia señala con razón LLOBET: *“En realidad debe diferenciarse entre ambos criterios de insignificancia, puesto que la propia del Derecho Penal sustantivo lleva a la atipicidad del hecho por falta de tipicidad material [...] Por su parte la causal de oportunidad reglada, a diferencia de la insignificancia del Derecho Penal sustantivo, parte de que el hecho es típico.”*<sup>38</sup> Si el Ministerio Público considera que el hecho es atípico por insignificancia (por ej. mínima lesividad) conforme al Derecho Penal sustantivo, lo que procede es el archivo del caso, no la aplicación de un criterio de oportunidad.

Así mismo, por disposición legal expresa (art. 23 *ibid*) la aplicación de un criterio de oportunidad extingue la acción pública en relación al imputado en cuyo favor se dispuso; y como derivado del principio de igualdad, se extingue la acción penal en contra de todos los imputados si se encuentran en las mismas condiciones. Según puede observarse, en los casos de los incisos b y d , por razones obvias la acción pública queda suspendida hasta que se dicte una sentencia condenatoria que cumpla las condiciones por las cuales se prescindió de la acción (ver art. 23 en el segundo y último párrafo).

## 2. La llamada “justicia restaurativa”

*“En el proceso judicial, el drama de la vida se sustituye por una liturgia en la cual los actores originales son reemplazados y representados por profesionales del rito” (BARATTA)*<sup>39</sup>

El derecho a imponer una pena es hoy día un derecho reservado al Estado, quien, según el decir de CHRISTIE,<sup>40</sup> le ha “robado” el conflicto a las partes,

38 LLOBET RODRÍGUEZ (JAVIER), *Proceso Penal Comentado*, Ob. cit., p. 86.

39 BARATTA citado por KERMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. *Justicia Restaurativa*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 16.

40 Las ideas de CHRISTIE, sintetizadas en su famosa frase: *“Jueces y abogados se han convertido en ladrones de conflictos; hay que devolver a la sociedad civil su posibilidad de solucionar el conflicto; son los propietarios del conflicto los únicos capacitados para resolverlo”* (citado por KERMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. Ob. cit. p. 184.), han tenido un profundo impacto en el desarrollo de las ideas de justicia restaurativa. NILS CHRISTIE, profesor de Oslo, propuso así en 1977 su teoría del *“Conflicts as Property”*, y con ella destacó que perder la posibilidad de resolver nuestros propios conflictos es una gran pérdida para la víctima, el ofensor y la sociedad en general.

vaciando al proceso penal de su contenido vital. Pero si el Estado le prohíbe al individuo tomar la justicia por sus propias manos, debería ofrecerle mecanismos efectivos para brindarle protección y buscar una solución para su problema, no relegarlo dentro del proceso y con ello profundizar su impotencia. Esa fue hasta hace no poco tiempo una “asignatura pendiente” del sistema penal.<sup>41</sup>

Cuando la aplicación estatal del Derecho penal (entendido en su sentido amplio) vino a reemplazar a la venganza privada, se monopolizó la persecución penal en el aparato estatal, lo que difiere en gran manera del servicio de justicia regular prestado por el gobierno. En éste las partes acuden al juez en busca de una “solución”, no así dentro del sistema penal, porque es el Estado en sí mismo quien tiene un interés en la realización del Derecho penal, interés que tiende muchas veces a excluir el conflicto social que conforma igualmente su base. Ante esta crisis, se presenta a la opción de una justicia “restaurativa” como una alternativa “novedosa”<sup>42</sup> a lo interno del Derecho Penal, que abre opciones a distintas respuestas

41 Ha dicho MAIER que: “La afirmación de que la mejor forma de solucionar conflictos sociales consiste en regresar las cosas al estado anterior al hecho —considerado ilícito— que generó el conflicto o, en su caso, colocar el mundo en el estado deseado por las reglas sociales pertinentes, es casi inmune a la crítica. Contra esta afirmación sólo se ha esgrimido la idea, en el fondo retributiva, del escaso poder preventivo de un Derecho penal fundado en el “pago del daño”, porque el riesgo corrido por el autor, a lo sumo, es igual al provecho. De allí que el Derecho penal se conciba como un plus de castigo para el autor, a más de aquél que le corresponde por reglas del derecho privado; el regreso, de manera natural o simbólica, al *statu quo* ante (reparación natural o simbólica). [...] Empero, además de que no se trata aquí, empíricamente, tan sólo del pago del daño provocado por el delito, sino de una efectiva reparación integral a quines sufren la acción o la omisión ilícita, tampoco es justificable, actualmente, un Derecho Penal que se interese sólo por el plus —la pena—, desplazando en importancia la reparación” MAIER, JULIO B.J., “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”, Ob. cit., p. 142.

42 Para ser sinceros, mecanismos de restitución y restauración se encuentran previstos en los cuerpos normativos de antiguas civilizaciones, así como en las maneras indígenas de resolver conflictos. El *Código de Hammurabi* ya preveía la restitución para algunos delitos contra la propiedad, y en el Perú los “viejos de idea” en la comunidad indígena de Aguarama, ya tenían mecanismos “restaurativos” dentro de sus prácticas de resolución de conflictos, en que las familias de las partes involucradas participaban activamente para obtener los acuerdos. Lo único novedoso de esta tendencia, es el impacto que ha tenido en el panorama del moderno sistema de control penal y su efecto renovador sobre la visión limitada que hasta ahora se tenía de él, de ahí la expresión.



sociales al delito, potenciando la reparación para la víctima, y a la vez la paz y seguridad social para la comunidad, así como nuevas esperanzas de reinserción para el ofensor.

a) *Concepto, origen y contenido*

Puede decirse que la justicia restaurativa (en adelante JR), también denominada justicia reparadora o restauradora, representa un nuevo concepto frente al tradicional de justicia retributiva o rehabilitadora, que viene de un movimiento de reforma de carácter internacional de la justicia punitiva, según la cual el delito es fundamentalmente un daño en contra de una persona concreta y de las relaciones interpersonales, por lo que la víctima debe jugar un papel preponderante en el proceso y puede beneficiarse de alguna forma de restitución o reparación a cargo del responsable o autor del hecho punible, a quien se prefiere llamar “ofensor” como alternativa al de “delincuente” para no continuar con su estigmatización. Aunque no se tienen muchos detalles, algunos señalan su origen en los Estados Unidos de Norteamérica, con el profesor HOWARD ZEHR de la Universidad Menonita de Harrisonburg (Virginia, USA), que otros profesores norteamericanos y europeos (entre ellos MARSHALL ROSENBERG, VAN NESS y STRONG) han seguido impulsando. Según se comenta en la doctrina,<sup>43</sup> la justicia restaurativa implica un diálogo entre el autor y la víctima, usualmente a través de un mediador, aunque no necesariamente. Sus raíces, que según decíamos se remontan al derecho norteamericano, parecen surgir en el seno del Derecho Penal juvenil, donde se presenta como una opción distinta frente los modelos de la justicia retributiva y la justicia rehabilitadora. Los primeros proyectos de esta clase se presentan en los EE.UU. y Canadá, y de allí se trasladan a Europa,<sup>44</sup> y por esta vía a Latinoamérica. Una vez probada

43 Más adelante se analizan diversos conceptos que han sido utilizados por diversos sistemas para su debida implementación.

44 El Proyecto Alternativo alemán sobre reparación del daño (*Alternativ-Entwurf Wierdergutmachung*) elaborado por un grupo de profesores alemanes, austriacos y suizos en 1992, recoge todo este movimiento, en particular las ideas de CLAUS ROXIN sobre la reparación como “tercera vía” del Derecho Penal, según las cuales la reparación cumple con los requerimientos de la prevención general positiva y especial positiva. No es éste el lugar para hacer un análisis detallado de todo este proceso y sus postulados, pero remito al lector a las siguientes fuentes: ROXIN, CLAUS. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. *Justicia penal y sociedad*, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, No. 1, octubre de 1991, pp. 5-22; HIRSCH, HANS JOACHIM. “La reparación del daño en el marco del Derecho Penal Material”

su eficacia en el Derecho Penal juvenil, no se tardó en trasladar el enfoque al Derecho Penal de adultos.<sup>45</sup>

La autora AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI se refiere a la “justicia restaurativa” en los siguientes términos: “*Pese a las discrepancias terminológicas, habría algo común a todos los usos de la expresión “Justicia*

---

*Justicia penal y sociedad*, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, No. 1, octubre de 1991, pp. 23-45; CREUS, CARLOS. *Reparación del daño producido por el delito*, 1a. ed., Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 224; MAIER, JULIO B.J., “El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho Penal Argentino”. En: MAIER, JULIO B.J. y BINDER, ALBERTO (comps.), *El Derecho Penal de Hoy*, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1995, pp. 27 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. *Justicia Restaurativa*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 629; OLSON, CYNTHIA. “Aplicando la mediación y los procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa”. En: CARRANZA, ELÍAS (coord.). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, Ilanud, Siglo Veintiuno Editores, 1a. ed., San José, Costa Rica, 2001 pp. 214 y ss; SOLARI BRUMANA, JUAN A., *Reparación del daño, el particular damnificado en el Derecho Penal*, Desalma, Buenos Aires, 1962; ZULITA FELLINI (directora), *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, 1a. ed., Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 224. ESER, ALBIN. “Una justicia penal “a la medida del ser humano”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, No. 15, pp. 3-15; BOVINO, ALBERTO. “La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, No. 15, pp. 28-34. También en línea: OCROSPOMA PELLA, ENRIQUE. *La reparación penal*. [en línea] Septiembre 2002. Disponible en: [http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo\\_0151.htm](http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo_0151.htm). [Consulta 18-11-2004]; DÖLLING, DIETER, *El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el derecho alemán*. Traducción realizada por JOSÉ HURTADO POZO y ALDO FIGUEROA NAVARRO. [en línea]. Disponible en: [http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97\\_98/pdf/Penas\\_Alemania.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Penas_Alemania.pdf). [entre otros documentos sobre el tema.

- 45 La búsqueda de mecanismos de JR es una manifestación del cambio de nuestra sociedad en general, en las sociedades *posmodernas* se advierte la necesidad de un control, pero no de un control centralizado e imponente, sino descentralizado y participativo. Como destaca KEMELMAJER DE CARLUCCI, hay una estrecha vinculación entre los valores políticos dominantes en una sociedad y su modelo de justicia “*la justicia rehabilitativa tuvo su lugar en el Estado de bienestar; la JR, en cambio, comienza en un Estado que va perdiendo poder*”. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. *Justicia Restaurativa*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 182.). A su vez, cabe destacar que los modelos de justicia restaurativa tienen en gran parte fundamento en la filosofía de JÜRGEN HABERMAS, para quien la crisis de motivación y de legitimidad del mundo moderno deben ser resueltas a través de la reconstrucción del consenso. La autora nos señala como las propuestas de este tipo presentan las características del “Derecho Reflexivo” que propone HABERMAS, y por lo tanto encuentra sus raíces profundas en las ideas de este filósofo (ibid, p. 181).

*restauradora”, o “Justicia restaurativa”, fórmula, como se ha dicho, “convenientemente corta”: se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres “R”: Responsibility, Restoration and Reintegration (Responsabilidad, Restauración y Reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, estableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito.<sup>46</sup> Esta corriente es el producto de la fusión de tres*

46 KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. *Justicia Restaurativa*, Ob. cit., p. 109. Múltiples han sido las definiciones que la doctrina le ha dado al la “justicia restaurativa” (término que es la traducción aproximada al español de la “*Restorative Justice*” en inglés, y “*Justice Restaurative*” en francés, que han sido promovidas en el seno del Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 y han ganado fuerza a través de múltiples conferencias internacionales. Sin embargo, cabe advertir al lector que ese término en español no conserva enteramente su significado ya que “restauración” en español, es un término que se vincula con actividades más materiales). He aquí algunas definiciones: BAZEMORE y WALGRAVE: “toda acción orientada primariamente a hacer justicia reparando el daño causado por el delito” y “puesta cara a cara de la víctima y de la comunidad afectada por un ilícito con los ofensores, en un proceso informal, no adversarial y voluntario, que se desarrolla en situaciones de seguridad y que normalmente provee el mejor modo de determinar las obligaciones restaurativas”; BRUCE ARCHIBALD: “modo de resolución de cuestiones de naturaleza penal, de carácter no punitivo, reparativo y deliberativo a través de un proceso que comprende a la víctima, el ofensor y representante de la comunidad.” y “restauración de los vínculos sociales, sobre la base de la equidad y de la dignidad humana, en el contexto de la resolución del diferendo suscitado por el hecho ilícito mediante un proceso deliberativo que comprende al ofensor, la víctima y las comunidades pertinentes”; CERETTI: “justicia que comprende la víctima y el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo”; la Propuesta Preliminar de los Principios Básicos del uso de programas de justicia reparadora en asuntos criminales aprobada en el año 2000 por el CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS: “un proceso en el cual la víctima, el ofensor y/o cualquier otro miembro individual o colectivo afectado por el delito participan conjunta y activamente en la resolución de las cuestiones vinculadas al delito, generalmente con la ayuda de un tercero justo e imparcial”; FORO EUROPEO DE PARA LA “VICTIM-OFFENDER MEDIATION” Y LA “RESTORATIVE JUSTICE”: “proceso para responder al delito, basa en la reparación, tan amplia como sea posible, del daño causado por el delito a la víctima,

grandes movimientos: *a)* el que mostró la fractura de las instituciones tradicionales de control social; *b)* el que denunció los efectos perniciosos del sistema penal sobre el delincuente como ser humano y, *c)* el que impulsó el desarrollo de los derechos del hombre y de la víctima.

La JR busca el arrepentimiento sincero del autor; por ello el ofensor debe ser incentivado a entender cómo su acto ha lesionado a otra persona y a la comunidad. No requiere como requisito obligatorio el “perdón” de la víctima, aunque sí se intenta la reconciliación de las partes y la reparación del daño causado. Punto esencial es que los programas de JR no pueden serle impuestos ni a la víctima ni al ofensor y son absolutamente voluntarios. A su vez, la propuesta de dicho modelo va más allá y pretende cambiar nuestra manera de ver y de responder ante los actos criminales, conservando las garantías constitucionales como presupuesto necesario de cualquier medida alterna. En suma, la doctrina destaca las siguientes “ideas renovadoras” de la citada justicia restaurativa:

—La reapropiación del proceso por parte de sus dos actores principales: la víctima y el autor del delito. Este punto inicial supone la revaloración de la víctima dentro del proceso; es ella quien decide la modalidad a través de la cual se considera adecuadamente resarcida en sentido moral y material.

—Un nuevo concepto de responsabilidad por parte del autor del delito, que opera directamente con la parte ofendida, y para el que las consecuencias del delito son más importantes que la definición del tipo.

—La inserción de nuevos profesionales que permiten que, en algunos casos, la administración de la justicia tradicional quede marginada, al menos temporalmente.

—La recuperación de la administración de la justicia por parte de la comunidad, que provee de los recursos e impone condiciones, porque

---

haciendo al ofensor responsable, y facilitando la comunicación entre ellos, sujeta al consentimiento de ambos”; TONY MARSHALL: “proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito, resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro”; MARTIN WRIGHT: “proceso por el que todas las partes afectadas por una infracción específica se reúnen para resolver colectivamente cómo reaccionar ante la infracción y sus implicaciones para el futuro. Sus elementos esenciales son: (I) participación comunitaria o pública; (II) participación de las partes; (III) colaboración entre las agencias, y (IV) orientación hacia la resolución de problemas” Todas estas definiciones fueron citadas por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. *Justicia Restaurativa*, Ob. cit., pp. 110-114.

ha sido ella quien ha sido golpeada por el delito. Aclara que este último punto, que es el que interesa en esta parte de mi exposición, requiere de algunas precisiones, desde que es razonable que el Estado custodie con ojo celoso su monopolio sobre la justicia penal represiva.”<sup>47</sup>

La referida profesora KEMELMAJER DE CARLUCCI afirma que: “... en síntesis, la JR pretende ser una tercera vía (third way) que acumule los beneficios de las anteriores: la primera fue la tendencia rehabilitativa que, concentrada en el ofensor, atiende especialmente a su tratamiento, supervisión, control, etcétera; la segunda fue la visión retributiva, que centraliza la cuestión en el ofensor, la pena y las garantías constitucionales. La tercera pone la atención en el daño sufrido por la víctima y por la sociedad, y el modo de repararlo, pero sin olvidar los postulados positivos de las dos primeras.”<sup>48</sup>

Las ideas de “justicia restaurativa” pernean los mecanismos alternativos que incorpora la reforma en nuestro CPPCR, y por lo tanto, es necesario la toma de conciencia de estos postulados básicos, los que pueden servir de orientación ante los casos que pudieran presentarse en la práctica.

#### b) *Conversión de la acción pública en acción privada*

Este mecanismo opera como excepción al principio de “oficialidad” de la acción penal, en virtud del cual la persecución penal le corresponde por naturaleza al Estado. En estos casos, se permite y autoriza que el particular tome el lugar del Ministerio Público y formule la acusación ante el tribunal competente, lo que ciertamente constituye un instituto que revitaliza la posición de la víctima dentro del proceso penal.

Para convertir la acción pública en privada se deben seguir los presupuestos establecidos en el artículo 20 de nuestro Código, por lo que al dejar de tener participación el órgano estatal como persecutor oficial, la promoción y el ejercicio de la acción penal le corresponderán en adelante al ofendido o su representante legal. Si opera la conversión de la acción en privada, entra a regir el principio dispositivo, por lo que la víctima puede conciliar o desistir de su acción. También cabe advertir que incluso

47 KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. *Justicia Restaurativa*, Ob. cit., p. 185, quien a su vez se basa en las ideas de SCARDACCIONE y ARCHIBALD entre otros.

48 KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. *Justicia Restaurativa*, Ob. cit., p. 553.

procede declarar el abandono tácito de la acción penal, por lo que el código exige que no exista un interés público gravemente comprometido para autorizar su aplicación.

Al igual que las medidas alternativas analizadas hasta el momento, la conversión de la acción participa de la orientación que pretende insertar a la víctima en el proceso penal, para así reconocer la relevancia que tiene como sujeto dentro del sistema penal y no simple espectador relegado en los procedimientos. El artículo 20 constituye así una excepción al principio de “obligatoriedad” de la acción pública establecido en el artículo 22, sin que esto suponga el quebranto de dicho principio, sino su reconocimiento expreso, pues en estos supuestos la propia legislación considera que se trata de intereses particulares que no afectan de manera grave a la colectividad y que pueden ser asumidos de manera eficiente por la víctima. Como vimos antes al tratar el principio de oportunidad, la introducción de esta clase de mecanismos parte del hecho innegable de que el sistema penal opera de manera selectiva, y procura orientar esa selectividad de conformidad con parámetros controlables, logrando a su vez que los recursos del sistema penal se concentren en los casos más graves. Valga a su vez para el análisis de este instituto lo dicho en aquel apartado, al cual nos remitimos. En síntesis, los requisitos que exige el artículo 20 del CPPCR para que el Ministerio Público pueda autorizar la conversión de la acción son los siguientes:

- a) La solicitud expresa de la víctima, entendiéndose por tal los casos que señala el artículo 70 *ibid.* Si existen varias víctimas es necesario el consentimiento de todas ellas. En efecto, el Ministerio Público carece de la facultad de decretar de oficio la conversión de la acción.
- b) Que no exista un interés público gravemente comprometido. La regulación del artículo 20 concuerda con lo establecido por el 22 inciso a) por lo que, para que el interés público se constituya en un obstáculo procesal y se deniegue la procedencia de la medida, se requiere que la afectación revista cierta “gravedad”.<sup>49</sup> Nótese que por “grave”

---

49 Con respecto al interés público comenta la doctrina: “En lo concerniente a la ausencia de un interés público se ha dicho que a pesar de la culpabilidad ínfima puede ser admitida la existencia de dicho interés, ello por razones de prevención general o especial (Cfr. BEULKE. *Strafprozessrecht*, No. 334; KLEINKNECHT/MEYER. *Strafprozessordnung*, Par. 153, No. 7; Schroeder. *Strafprozessrecht*, No. 64; Zipf. *Strafprozessrecht*, p. 79). Polémica existe con respecto a si se pueden tomar en cuenta conse-

se entiende “*grande, de mucha entidad o importancia*”,<sup>50</sup> por lo que ha de justificarse muy bien la existencia de dicha causal para la negativa.

- c) Que la petición se formule en tiempo, por lo que ha de plantearse antes de la formulación de la acusación, o bien de cualquier otro requerimiento conclusivo de la etapa preparatoria (art. 22 último párrafo).
- d) Que se esté ante uno de los supuestos de procedencia que señala el artículo 20 *ibid*:
  1. Cuando se trate de un hecho que requiera instancia privada;
  2. Cuando se presenta un hecho punible contra la propiedad realizado sin grave violencia contra las personas.

Aunque dicho criterio es evidentemente indeterminado, cada caso debe resolverse en forma particular tomando en cuenta lo dicho en líneas anteriores —por ejemplo que la gravedad implica una entidad de importancia y consideración—; por lo tanto, podrían entenderse comprendidos incluso los casos en que medie una violencia leve sobre las personas, como son aquellos que se conocen en doctrina como “arrebato”. Sin embargo, no puede hablarse de que concurra este requisito cuando se han causado lesiones a la víctima, o ha mediado violencia moral de consideración, como sería el empleo de un arma blanca o de fuego, atendiendo a la gravedad de la amenaza en el caso concreto. Por último, podría tratarse de un caso en que el Ministerio Público haya dispuesto la aplicación de un criterio de oportunidad.

---

cuencias extraordinarias del hecho, aun cuando no puedan ser imputadas al autor (Dudando con razón: *Zipf. Strafprozessrecht*, p. 79. A favor: KLEINKNECHT/MEYER. *Strafprozessordnung*, Par. 153, No. 7). Discusión ha existido además sobre si la necesidad de que se aclare una discusión jurídica hace que exista interés público. (En sentido negativo con razón: *Zipf. Strafprozessrecht*, No. 64). Se señala que el transcurso del tiempo entre el hecho y el descubrimiento del mismo puede hacer disminuir el interés público (KLEINKNECHT/MEYER. *Strafprozessordnung*, Par. 153, No. 7).” (LOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *Proceso Penal Comentado*, 2a. ed., Editorial Jurídica Continental, 2003, p. 88). LOBET también comenta que en “Alemania existe una norma en sentido inverso. Así en delitos catalogados como de acción privada el Ministerio Público puede ejercer la acción pública cuando existe un interés público”. LOBET (*Ibid.* p. 79).

50 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, Impresión: Mateu-Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España, p. 1057.

### 3. *El fenómeno de “desjudicialización”*

No parece adecuado afrontar aquí un análisis a profundidad acerca de los distintos institutos incorporados en el Código Procesal Penal vigente. Sin embargo, vamos a abordar los elementos esenciales de cada uno de ellos para dejar a futuros trabajos los efectos que han podido obtenerse con las experiencias que pudieran analizarse al respecto. Vamos a comenzar por un análisis general acerca del fenómeno conocido como “desjudicialización”, para luego entrar a conocer de los tres principales mecanismos que incorpora la reforma, esto es: *a)* La conciliación (art 36 CPP), *b)* La suspensión condicional del procedimiento a prueba (art. 25 y ss.) y, finalmente *c)* El procedimiento abreviado (arts. 373 y ss.).

#### *a) Concepto y contenido*

El hombre de hoy enfrenta ciertamente una paradoja, el juez y el Ministerio Público, ven ampliados su campo de acción, mientras que las nuevas tendencias buscan la desjudicialización de ciertos conflictos, porque se parte del presupuesto de que el ingreso al sistema de control social supone un impacto negativo para la persona.<sup>51</sup>

Así, se afirma que el aparato judicial implica “riesgos” que no se pueden evitar, y que, por lo tanto, es mejor evitar el ingreso de una persona al sistema que esperar al momento “definitorio” o de la sentencia. La “desjudicialización” llamada en inglés “*diversion*”,<sup>52</sup> según nos narra KEMELMAJER fue utilizada por primera vez en un informe norteamericano de

51 Marcan la paradoja FAGET, CASTAIGNÈDE, NÉRAC-CROISIER entre otros. *Cfr.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Justicia Restaurativa*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, pp. 87 y ss.

52 Estamos hablando de *diversion* en un sentido amplio, equivalente a diversificación o desjudicialización. Pues existe el instituto, propio del sistema angloamericano, y del cual deriva la suspensión condicional del proceso, que muchos han identificado con el nombre de “*diversion*”. Existe en castellano poca información sobre los institutos anglosajones de la “*probation*” y la “diversión”. Básicamente se puede señalar que la primera es una suspensión condicional de la sentencia y la segunda es una suspensión de la persecución. En esta materia se seguirá lo indicado por MARINO, ESTEBAN. “Suspensión del procedimiento a prueba” En: MAIER, JULIO B.J. (compilador). *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, S.R.L., 1993., pp. 29-41. Además puede consultarse la obra de: DE OLAZABAL, JULIO. *Suspensión del proceso a prueba*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, s.f.e., pp. 18 y 19.



1967 y se consagró a consecuencia del tratamiento empleado por LEMERT en su ensayo *“Instead of Court. Diversion in juvenile justice”* (1971).<sup>53</sup> Según PATANÉ la *diversion* implica la “no continuación de la acción penal, o su suspensión anterior al debate, con la eventual posibilidad de sustituir la sanción penal con formas de tratamiento sociorehabilitativas y comunitarias con el resultado de determinar una desviación del proceso hacia un epílogo no judicial, o de algún modo extraño a lógica del juicio y a la sentencia de mérito”.<sup>54</sup> No obstante, el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal (El Cairo, 1984), definió el término en un sentido amplio como “todo desvío o desviación de la secuencia de los actos normales del proceso penal antes del pronunciamiento sobre la imputación”.<sup>55</sup>

En este sentido amplio es equivalente a “diversificación” o “desjudicialización” que tiene dos caras:

- a) Es un proceso que minimiza la entrada del ofensor al sistema de justicia penal, porque se supone que éste implica en sí mismo un riesgo según los postulados de la teoría del “etiquetamiento”, y
- b) Es a la vez una alternativa para quien entra al sistema, de manera tal que el ofensor que ingrese al sistema tenga la opción de ser trasladado a uno alternativo, aminorando así el factor “criminógeno” implícito en el sistema.

A su vez, la doctrina apunta lo siguiente: “La desjudicialización requiere dar respuesta, entre otras, a dos cuestiones fundamentales: (I) Momento y autoridad a la que se le faculta para poner fin a la intervención pena, y (II) Supuestos reglados en los que puede ser utilizado este recurso.”<sup>56</sup> En síntesis, supone la incorporación al sistema penal de soluciones variadas adaptables a las particularidades de cada conflicto penal. Su objetivo es eliminar, en la medida de lo posible, el “etiquetamiento” del

53 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Justicia Restaurativa*, Ob. cit., p. 89. La teoría de LEMERT conocida como el “labelling approach” explica que el “delincuente” tiende a actuar de conformidad con la etiqueta que el sistema le impone, si evitamos el “etiquetamiento”, las posibilidades de reintegración del infractor aumentan exponencialmente.

54 Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. *Justicia Restaurativa*, Ob. cit., p. 89.

55 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. *Justicia Restaurativa*, Ob. cit., p. 89.

56 KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. *Justicia Restaurativa*, Ob. cit., p. 91.

ofensor y coadyuvar con una mejor administración de justicia, lo que supone un compromiso serio entre la sociedad y Estado para evitar que los mecanismos “alternativos” se conviertan ya sea en sistemas de “impunidad” o, por el otro lado, una extensión de las “redes de control social” ya existentes. Por ello, los sistemas de control administrativo implican un componente esencial de cualquier sistema de desjudicialización del conflicto penal.

Antes de entrar en el estudio de cada uno de los mecanismos con los que la reforma impulsa la “desjudicialización” dentro del sistema penal, debemos aclarar que aunque tienen elementos comunes, no debe confundirse desjudicialización con “justicia restaurativa”, analizada *supra*. La justicia restaurativa pretende un diálogo entre autor y víctima, con el objeto de potenciar soluciones compartidas, y así reparar el tejido social lesionado, el daño producido y la auto-imagen del ofensor. No todas las salidas propuestas por los movimientos de “desjudicialización” participan de esas características. A su vez, y esto es muy importante, desjudicialización no es propiamente despenalización o eliminación de la juridicidad, pues toda medida “alterna” al sistema de enjuiciamiento tradicional ha de tener en cuenta los derechos fundamentales implícitos en cualquier proceso, ya que de no ser así se podría llegar a extremos indeseables y contrarios a los más elementales principios de la reforma.

#### b) *Conciliación y mediación*

“En los tribunales se vive, se trabaja, en y por conflictos ajenos. El ser humano se va descorporizando atrapado en las redes del proceso, sus oscuras entrañas y laberintos. Pasa a ser un expediente. El conflicto se desplaza y el tiempo, que todo lo pauta, va creando contumaces incertidumbres. Víctima y victimario quedan a la mala de Dios.” (ELÍAS NEUMAN).<sup>57</sup>

El desmedido uso del Derecho Penal en los casos en que otras ramas del derecho podrían asumir el conflicto, o bien, la insistencia en que un caso se tramite por la vía tradicional cuando bien podría ser objeto de conciliación, impiden que la víctima alcance una solución satisfactoria a

---

57 NEUMAN citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Justicia Restaurativa*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 16.

su problema e impide también que el proceso penal alcance su objetivo final: garantizar la armonía social en la medida de lo posible. Cabe citar un caso de los tantos que tramitó como juez penal suplente en Costa Rica el fallecido jurista HENRY ISSA, y al que hacía repetida referencia en sus trabajos sobre el tema:

“Debíamos conocer el robo de un reloj a un ciudadano costarricense, residente en Ciudad Quesada [zona norte de Costa Rica] y ocurrido en San José [la capital ubicada en el centro del país], en una terminal de buses. El debate se desarrolló más de un año después de ocurridos los hechos. Todo estaba muy claro y probado luego de la declaración del imputado, nos dispusimos a escuchar la del ofendido/testigo: “con todo respeto les digo que yo no quiero que le hagan nada a él —se refería al imputado—. Yo lo que quería era el reloj. En esos tres años nadie quiso dármelo. Con lo que he tenido que gastar en pasajes para venir aquí en otras ocasiones y en ésta, ya me hubiera comprado otro reloj...”<sup>58</sup>

Esto demuestra lo que puede ocurrir si se descuidan los intereses de las partes en la persecución de una pena que, muchas veces, puede ser inútil en un caso concreto. El paradigma conciliatorio asume otra posición, como recuerda el profesor ISSA: “... *Dentro del proceso conciliatorio interesa sobre todo la reconstrucción de los hechos para la búsqueda de una verdad; el castigo por la falta está en último plano; es más importante volver a relacionar a dos miembros de la comunidad disgustados que castigar a un transgresor...*”<sup>59</sup>

Sin embargo, hay que tener claro que asumir el paradigma conciliatorio no constituye una “salida fácil” del sistema, ni una privatización de la justicia penal. De hecho, en muchas ocasiones llegar a un proceso de conciliación exitoso puede ser más laborioso que la simple imposición de una pena tradicional. No obstante, la conciliación y en particular la

58 ISSA EL K HOURY JACOB, HENRY. “Solución alternativa del conflictos penales. Una propuesta de marco teórico.” *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, No. 9, p. 68.

59 ISSA EL K HOURY JACOB, HENRY. *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, Ob. cit., p. 11.

reparación, tienen la ventaja de que se puede llegar a una resolución creativa y mutuamente satisfactoria del conflicto, lo que contribuye a reparar la paz social alterada con el delito.

Entre las novedades<sup>60</sup> que incorpora la reforma se encuentran los supuestos del artículo 36 del CPPCR que permiten conciliar los cargos en cualquier momento de previo a que se ordene la apertura a juicio en las faltas o contravenciones, en delitos de acción privada, en delitos de acción pública a instancia privada, o en delitos sancionados con penas no privativas de libertad, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por la ley, lo que podría permitir que se realice en un homicidio culposo o bien en todas aquellas situaciones que permitan aplicar el perdón condicional de la pena.<sup>61</sup>

---

60 Es claro que la conciliación no es un descubrimiento nuevo en el mundo del derecho, aunque hasta el momento no se le aplicado con la intensidad que podría serlo a lo interno del sistema penal. Sobre el punto comenta ALFONSO E. CHAVES RAMÍREZ: “Desde 1874, una carta de VOLTAIRE, se lee: la mejor ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás está en Holanda. Si dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro son obligados a ir ante el Tribunal de los jueces conciliadores, llamados hacedores de paz. Si la partes llegan con su abogado y un procurador, se hace de pronto retirar a estos últimos, como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir. Los pacificadores dicen a las partes: sois unos locos por querer gastar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos arreglaros sin que os cueste nada. Si el furor por pleitear es sobrado fuerte en esos litigantes, se aplaza para otro día, a fin de que el tiempo suavice los síntomas de la enfermedad; enseguida los jueces les envían a buscar una segunda, una tercera vez; si la locura es incurable, se les permite litigar, como se abandona a la amputación miembros gangrenados; entonces la justicia hace su obra [...] También es menester hacer referencia a la conciliación en algunas comunidades indígenas, en las que las personas que actúan como intermediarias son escogidas por sus méritos y por las labores comunitarias que han desarrollado. Funcionan como jueces y los conflictos se abordan en una sesión en la que se discuten y la autoridad va orientando esa discusión, hasta lograr los acuerdos correspondientes.” (CHAVES RAMÍREZ, ALFONSO E. “La conciliación” En: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL (Compilador). *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*. 2a. ed., San José, Costa Rica, Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, p. 171.

61 La remisión al Código Penal es aquí obligada. Sin embargo, cabe destacar que la valoración ha de hacerse desde una perspectiva concreta, de acuerdo con una estimación “ex ante” de la posible pena a imponer en el caso en cuestión. Por lo tanto, cabría pensarse en la aplicación incluso en los delitos en grado de tentativa. Podría pensarse que aunque el tipo penal sancione exclusivamente con pena privativa de libertad, si la calificación jurídica eventual permite el otorgamiento de una pena suspendida, pues en estos casos también sería procedente.

Es importante distinguir entre “conciliación” como acto procesal, (el acto en que dos o más partes se ponen de acuerdo acerca de la solución de un conflicto, mediante soluciones mutuamente satisfactorias) a que hace referencia el artículo 36 CPP; y “conciliación” como el resultado de un acuerdo negociado entre las partes, el cual, una vez examinado y aprobado por el juez, tendrá fuerza ejecutoria. “Conciliar” del latín *conciliare* significa ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí.<sup>62</sup> ORTEGA PINTO se refiere a la técnica de conciliación como “*un mecanismo con un rol que va más allá de la Observación y/o Verificación y que muchas veces es lo que facilita y promueve la búsqueda y encuentro de una solución alternativa del conflicto. Un conciliador busca, principalmente, cambiar la imagen que las partes se tienen una de la otra y poner sobre la mesa la posibilidad de salidas no violentas. La conciliación es un proceso en el cual una Tercera Parte (muy difícil que el conciliador se implemente por una de las partes) facilita la comunicación entre dos o más partes y con la atribución y capacidad potencial de orientar las discusiones facilitando la obtención de acuerdos diseñados y decididos exclusivamente por los Actores primarios. Para este mecanismo, es indispensable que el Conciliador participe a solicitud de las partes*”.<sup>63</sup> El artículo 36 contempla la

62 En este sentido la definición de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, p. 531. CABANELLAS define conciliación como “Avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito. El acto de conciliación, que también se denomina juicio de conciliación (v.), procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar” (CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. *Diccionario Jurídico Elemental*, Ob. cit. p. 81); CAPITAN apunta: “Latín *conciliatio*, derivado de *conciliare*, literalmente “congregar”, de donde “conciliar” [...] Acuerdo entre dos personas que se hallan en pleito, obtenido por intermedio de un juez.” (CAPITANT, HENRY. *Vocabulario Jurídico*, traducción castellana de AQUILES HORACIO GUAGLIANONE, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 136); por otro lado COUTURE nos brinda la siguiente definición: “Acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual [...] Del verbo “conciliar”, y éste del latín *concilio*, -are, derivado de *concilium*, -ii “asamblea, reunión” (de con- y calo, -are “convocar”). El *concilium* romano significaba una asamblea en general, y en particular una asamblea de la plebe. Como era en estas asambleas donde se reunía la gente para cerrar negocios, resolver diferendos, etc., el verbo *conciliare* que originalmente significaba “asistir al concilio”, tomó las diversas acepciones correspondientes a estas actividades. El derivado popular de *concilium* es concejo.”(COUTURE, EDUARDO J., *Vocabulario Jurídico*, ed. al cuidado de JORGE PEIRANO FACIO y JOSÉ SÁNCHEZ FONTÁNS, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 159).

63 ORTEGA PINTO, HERBERT DAVID, “La teoría del conflicto y la resolución de conflictos”. En: COSTA RICA. ESCUELA JUDICIAL. UNIDAD DE RESOLUCIÓN ALTER-

posibilidad de que el tribunal solicite el asesoramiento de “mediadores” o conciliadores para facilitar un acuerdo. Como dice el mismo ORTEGA PINTO “*el mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. Mediante las preguntas apropiadas y las técnicas adecuadas, se puede llevar a las partes hacia los puntos de coincidencia y, si ellas no llegan a un acuerdo, el mediador no puede tomar ninguna decisión...*”<sup>64</sup> A diferencia del proceso contradictorio, la mediación tiene una estructura dialogal con mínimas formalidades, que ofrece un alto grado de participación al imputado y a la víctima.<sup>65</sup> Garantía de que esa participación será espontánea y regida por la buena fe, es que, en caso de no llegarse a un acuerdo, los mediadores o conciliadores deben guardar secreto de lo dicho en estas deliberaciones y sus manifestaciones carecen de todo valor probatorio.

---

NATIVA DE CONFLICTOS, *Conciliación Judicial*, antología de la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Judicial de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1999, p. 101. Sobre el tema de la conciliación véase además: FISCHER, ROGER y URY, WILLIAM. *Sí jde acuerdo! Como negociar sin ceder*, traducción de ELOISA VASCO MONTOYA, Editorial Norma, Colombia, 1985, p. 182. BENAVIDES SANTOS, DIEGO, *et al.*, *Ensayos de conciliación*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2003, p. 189. WILDE, ZULEMA D. y GAIBROIS, LUIS M., *Qué es la mediación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 117; ARMIJO SANCHO, GILBERT, LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER y RIVERO SÁNCHEZ, JUAN MARCOS, *Nuevo proceso penal y constitución*, 1a. ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998, pp. 187-222.; COSTA RICA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos*, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 2000, 188 p.; ZULITA FELLINI (directora), *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, Ob. cit.; GONZALEZ ÁLVAREZ, DANIEL. “La conciliación penal en Iberoamérica”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 2000, Año 12, No. 18., pp. 115-140; CORTÉS COTO, RONALD. “Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo Código Procesal Penal”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, mayo, 1999, Año 11, No. 16, pp. 93-101, entre tantos otros.

64 Ortega Pinto, Herbert David, *La teoría del conflicto y la resolución de conflictos*, Ob. cit., p. 128.

65 Se habla de víctima y del imputado por ser los “protagonistas del conflicto”. No obstante, ha de dársele una audiencia al Ministerio Público, porque, aunque la norma no lo contemple, este órgano puede solicitar el archivo de la causa (art. 281 CPP) y que es necesario que conozca los términos del acuerdo. Además, si el Ministerio Público considera que ha mediado coacción o amenaza, podrá desestimar la conciliación e iniciar o continuar la investigación.

El fiscal y el juez deberán procurar activamente un arreglo negociado entre las partes, en plano de igualdad.<sup>66</sup> Sin embargo, ambos han de tener especial consideración con los casos en que se ventilen agresiones sexuales (sin que importe la edad de la víctima), violencia intrafamiliar (sin que importe el sexo del ofendido) y en aquellos supuestos en que el ofendido sea un menor de edad (sin que importe entonces el delito), porque en esos casos hay una relación especial de poder que dificulta un acuerdo en el plano de la igualdad. Los dos últimos casos están regulados en el artículo 36 *in fine* que expresamente le prohíbe al tribunal procurar la conciliación si no ha mediado una solicitud expresa de la víctima o su representante. Sin embargo, no puede decirse que en tales delitos hay una imposibilidad absoluta de aplicar la conciliación ya que al tratar conductas humanas la casuística será siempre la regla.

El artículo 30 (en especial incisos *j* y *k*) en relación con el penúltimo párrafo del 36 *ibid*, señala el efecto extintivo sobre la acción penal que tiene la conciliación. No obstante, el archivo dispuesto ha de ser notificado. En efecto, tanto imputado como víctima podrán objetarlo alegando que ha mediado coacción o amenaza al momento de realizar el acuerdo. De seguido el juez convocará a una audiencia en el plazo de cinco días, para dictar lo que proceda, y su decisión es pasible de apelación.

El cumplimiento de lo pactado extingue la acción penal, pero en caso contrario (es decir si el imputado incumple *sin justa causa* con lo acordado) el procedimiento continúa como si nunca se hubiera conciliado. Aunque en la ley no se dice nada sobre “justa causa”, pareciera que si el imputado tiene un impedimento válido que motive su incumplimiento, debe interpretarse que en tal caso, el juez, previa audiencia a las partes, puede ampliar el plazo para cumplir con lo acordado. Esta es la forma que es compatible con el principio de solución del conflicto que informa el proceso penal en la reforma.

Se ha dicho que “... incorporar mecanismos de conciliación, mediación o arbitraje, con independencia de que terminen o no con la imposición

---

66 Al respecto comenta: “El plano de igualdad no debe confundirse con igualdad en el asesoramiento letrado, sino que debe existir un plano de igualdad en las obligaciones y renunciaciones a las que lleguen las partes, de manera que no se de un desbalance de poder. Conforme se ha afirmado, lo que se pretende es evitar acuerdos abusivos que afecten los intereses de una de las partes, especialmente de la víctima” CORTÉS COTO, RONALD. La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal, 1a. ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1988, p. 118.

de una pena, suponen una quiebra del principio de necesidad. Además y según se ha venido denunciando, la flexibilidad característica de los acuerdos de reparación puede llevar a vulnerar garantías esenciales del Estado de Derecho, y entre ellas las derivadas de los principios de legalidad —ya citado—, igualdad o proporcionalidad (ROXIN, HASSEMER, MUÑOZ CONDE)”<sup>67</sup> Sin embargo, ya hemos visto que la incorporación de mecanismos de justicia restaurativa no implica la *desjuridización* del proceso, los mecanismos de control de las garantías del debido proceso han sido incorporados en el código, y depende tanto de los órganos públicos (fiscal y juez), como de las propias partes, que el proceso de negociación se lleve a cabo en términos que respeten esas garantías.

Por último, MAIER nos llama la atención sobre uno de los problemas que pueden darse con esta clase de medidas alternativas. Dice el ilustre procesalista:

*“Quizás el único argumento incontestable en contra de esta diversificación del sistema penal sea el hecho de que, acudiendo a la verdad consensual como eje del sistema, aún parcialmente, las diferencias socio-económicas existentes en el seno social son trasladadas directamente a la solución del conflicto. Históricamente, inclusive éste fue el talón de Aquiles del sistema compositivo, vigente en la primera parte de la Edad media, y una de las bases argumentales de su desaparición a manos de la Inquisición. Los más poderosos predominan sobre los débiles y, por ello, están en mejores condiciones de forzar una satisfacción, como de escapar a la pena, reparando el daño causado. El sistema penal, entonces, produce, directamente, una selección en el sentido expresado, que, observada modernamente, resulta intolerable.”*<sup>68</sup>

Esta crítica, obliga a que los funcionarios encargados de poner en la práctica las “modernas” soluciones de justicia restaurativa, procedan con mucha cautela para no impedir el acceso a la justicia a aquellas personas

67 ARMENTA DEU, TERESA. “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto, 1997, Año 9, No. 13, p. 22.

68 MAIER, JULIO B.J., “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”, *Ob. cit.*, pp. 147-148.



en desventaja socio-económica, ni permitir que se llegue a acuerdos abusivos para una de las partes; *sólo así la ley se aplicará igual para todos.*

c) *La suspensión condicional del procedimiento a prueba*

Uno de los mecanismos que tiende a reparar el tejido social dañado por el delito y a devolver a la víctima el papel protagónico que hasta ahora se le había quitado, es precisamente la suspensión condicional del procedimiento a prueba.<sup>69</sup> En este sentido, el citado instituto constituye una de las transformaciones introducidas por las modernas tendencias que intentan paliar la crisis que enfrenta la justicia penal. Se ha afirmado con acierto que: *“ la suspensión del proceso a prueba tiene su base, entre otros aspectos, en los principios de proporcionalidad y de racionalidad de la reacción estatal, al estimarse indispensable realizar algún tipo de selección y no aplicar la sanción penal frente a una persona que ha cometido un hecho delictivo de poca relevancia, y que hasta ese momento no había delinquirido antes, siempre que se pueda sustentar de alguna manera la probabilidad de que se comportará correctamente al dársele una segunda oportunidad sin enviarlo a la cárcel.”*<sup>70</sup>

69 También conocida en otros ordenamientos como “suspensión del proceso a prueba”. Decía en Argentina el diputado Hernández al someter a sus pares el proyecto que finalmente introdujo este instituto en la nación sudamericana (Ley 24.316): *“No se trata de dejar sin respuesta al delito, como decía Jescheck, sino que se pretende evitar el mal en la aplicación o reducirlo lo más posible... Se trata de una innovación importante, como parte de un concepto de resocialización que no requiere ni la condena ni la declaración de culpabilidad por parte del imputado”* (Cámara de Diputados de la Nación. *Diario de Sesiones*, 6a. reunión, 2/6/1993, pp. 1286 y ss.) (Véase STIPPEL, JÖRG y MAR CHISIO, ADRIÁN (coord.). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, Ob. cit., p. 144). En este sentido coincidimos con HASSEMER en la conveniencia de aplicar *“tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea... necesaria”* (Citado por BOVINO, ALBERTO. *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*, Ob. cit. p. 223.

70 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL, en su introducción al libro de PORRAS VILLALTA, MARIO ALBERTO, SALAZAR MURILLO, RONALD y SANABRIA ROJAS, RAFAEL ÁNGEL. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, 1 ed., Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, p. 8. 71 La exposición de motivos del Código Modelo para Iberoamérica justifica de modo claro la procedencia de dicho instituto afirmando que: *“... es un instrumento probado como eficaz en el derecho comparado, que permite prescindir de la persecución penal íntegra, en aquellos casos en que no se vislumbra como aconsejable la aplicación final de una pena*

La reforma tiene, al igual que otras naciones del continente, como antecedente el movimiento en torno al Código Procesal Modelo para Iberoamérica, artículo 231, en el que se le denomina “suspensión del proceso a prueba”,<sup>71</sup> así como la Ordenanza Procesal Penal Alemana, cuya disposición 153a. establece el “archivo del proceso en caso de cumplimiento de condiciones y mandatos”, al que denomina también “archivo condicional del procedimiento”.<sup>72</sup> Vale aclarar —como ya dije anteriormente— que pareciera más preciso denominarla “suspensión condicional del proceso” y no del “procedimiento”, ya que el término procedimiento no es exclusivo del ámbito jurisdiccional (hay procedimientos administrativos, legislativos, etc.), siendo que “jurisdicción y proceso” son realidades correlativas e interdependientes conceptualmente: sin proceso no hay ejercicio de la actividad jurisdiccional, aunque para algunos tratadistas (especialmente del Derecho Administrativo) el proceso —como institución jurídica— tiene naturaleza administrativa. Lo que sí resulta cierto es que todo proceso se desarrolla formalmente a través de uno o varios procedimientos.<sup>73</sup>

Los principales fines de este instrumento político criminal son:

---

*efectiva. Esta herramienta a la par de constituir, junto con otras, la forma de diversificar los modos de solucionar ciertos conflictos sociales para los que hoy se receta una pena, constituye una de las piezas indispensables para descargar la administración de aquellos casos de menor importancia, prescindibles según las variaciones sociales, con el fin de ingresar al sistema aquellos que, sin duda, deben ser procesados por él.”* Citado por Guillermo Piedrabuena Richard, fiscal nacional de Chile. En: STIPPEL, JÖRG y MARCHISIO, ADRIÁN. coord., *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, Ob. cit., p. 314.

72 Cfr. al respecto PORRAS VILLATA, MARIO ALBERTO y otros, *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, Ob. cit., pp. 21-22 y STIPPEL, JÖRG, y MARCHISIO, ADRIÁN (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, Ob. cit., p. 314.

73 Esto porque, a pesar de que ambas palabras tienen la misma raíz etimológica (“*procedere*”), no es menos relevante destacar en el segundo la “... nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica, y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan ... mientras que existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso —dentro naturalmente del mundo del derecho— es propio de la actividad jurisdiccional”. (Cfr. al respecto la obra de MONTERO AROCA, JUAN. *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, España, Editorial Tecnos, 1976, p. 204, entre mucho otros que distinguen correctamente ambos términos).

- a) Una reasignación eficiente de los recursos del sistema penal de acuerdo con criterios razonables y controlables de persecución penal;
- b) Disminuir la criminalización secundaria y evitar el etiquetamiento formal de la persona condenada por el sistema penal;
- c) Un relevante descongestionamiento del sistema judicial, y
- d) Propiciar la solución del conflicto social e interpersonal provocado por el hecho delictivo.

Es innegable que la exigencia del plan de reparación del daño causado por el delito mediante acuerdo firmado con la víctima o bien, garantía suficiente de la obligación, que incorpora como requisito el artículo 40 párrafo 2o. CPP tiene una fuerte influencia de modernas tendencias político criminales que impulsan el concepto de la justicia restaurativa y la reivindicación de los intereses de la víctima dentro del sistema penal.<sup>74</sup>

74 “Según ROXIN, en la prevención general positiva se pueden distinguir tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal y, finalmente, el efecto de satisfacción, que aparece cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica se apacigua (por eso, también este efecto lo denomina, indistintamente, como de “pacificación”) acerca de la infracción al Derecho y da por finalizado el conflicto con el autor. [...] Sobre la base de este último efecto (de “satisfacción” o de “pacificación”). ROXIN construye el significado preventivo general de la reparación. Al respecto afirma (...) la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora (...), al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada —a menudo incluso independientemente de un castigo— la perturbación social originada por el delito”. (CESANO, JOSÉ DANIEL. “Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el Código Penal Argentino”. En: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, CARLOS JULIO LASCANO, director Editorial, Marcos Lerner Editora Córdoba, La Lectura libros jurídicos, Córdoba, Argentina, 2001 pp. 504-505. Cfr. también ROXIN, CLAUS. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. En: AAVV, *De los delitos y de las víctimas*, JULIO B.J. MAIER Compilador, Ad Hoc, 1a. ed., 1992, Buenos Aires, Argentina, pp. 129-156). Es interesante anotar aquí que el Código Penal (Federal) de Canadá ya incluye a la reparación como uno de los fines de la pena (Cfr. Art. 718 citado por CESANO, JOSÉ DANIEL. “Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el Código Penal Argentino”, Ob. cit., p. 505). Sobre la influencia de esta corriente en el Código Procesal Penal se ha pronunciado también LLOBET (Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER. *Proceso Penal Comentado*, 2a. ed., Editorial Jurídica Continental, 2003, p. 53). Véase además ARMIJO SANCHO, GILBERT. LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, y RIVERO SÁNCHEZ, JUAN MARCOS. *Nuevo proceso penal y*

En Argentina, cuyo artículo 76 bis dispone también la obligación de reparar el daño causado, la doctrina procesal señala que: “*Hay consenso en la doctrina respecto a que, esta exigencia, se vincula con los nuevos fines que, en los más modernos desarrollos político criminales, se le otorga a la reparación. Como lo reconoce LUIS M. GARCÍA: “(...) esta norma es novedosa, al hacer depender la prosecución del juicio, entre otros extremos, de la falta de una satisfacción o reparación razonable a quien aparecía como afectado por el hecho delictivo. Si hay tal satisfacción (rectius, como veremos enseguida si hay un ofrecimiento de reparación) el Estado se muestra inclinado a prescindir del juicio penal, y como consecuencia de ello, de una sentencia de condena, en la medida en que ello satisfaga aún la conciencia de efectividad o vigencia del orden jurídico. Aquí se hacen evidentes de modo práctico las relaciones entre el principio de subsidiariedad, la reparación y la idea de prevención general positiva”*.”<sup>75</sup>

Medidas de corte similar a la suspensión condicional del proceso ya se han implantado en los ordenamientos de Argentina,<sup>76</sup> Brasil,<sup>77</sup> Bolivia,<sup>78</sup> Chile,<sup>79</sup> El Salvador,<sup>80</sup> Guatemala,<sup>81</sup> Paraguay<sup>82</sup> y Venezuela,<sup>83</sup> con resultados positivos.

---

*constitución*, 1a. ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998, pp. 194-196, y PORRAS VILLATA, MARIO ALBERTO y otros. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, Ob. cit., pp. 53-55.

75 CESANO, JOSÉ DANIEL, *Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el Código Penal Argentino*, Ob. cit., pp. 523-524.

76 Incorporado por la ley nacional No. 24.316 en el año de 1994, a través de la reforma del Código Penal, que agregó a su Título XII, los arts. 76 bis, 76 ter y 76 quater.

77 Art. 89, Ley No. 9.099 del 26-9-1995. *Cfr.* Al respecto BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. “La transacción penal brasileña y el Derecho Norteamericano”. *Revista de Ciencias Penales*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Marzo, 2000, Año 12, No. 17, pp. 49-53.

78 Incorporado en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 1970 del 25 de marzo de 1999), artículos 21-27.

79 Artículos 237 y ss. del Código Procesal Penal

80 Artículo 22 del Código Procesal Penal.

81 Artículo 27 del Código Procesal Penal.

82 *Cfr.* artículos 21, 22, 23, 25, 68, 301, 308, 309, 314, 351, 352, 353, 354, 356 y 358 del Código Procesal Penal de ese país.

83 Artículos 37 al 42 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela que entró en vigencia el 1 de julio de 1999.

De acuerdo con la forma en que se regula la institución en la legislación dominicana aprobada, su antecedente inmediato corresponde a lo que en el derecho comparado —en particular en el anglosajón— se conoce como “*diversion*”.<sup>84</sup> Por la similitud que presentan las condiciones impuestas al que se somete a la suspensión condicional del proceso se podría intentar asimilarlas con una sanción. Sin embargo, ni la suspensión ni las condiciones que se imponen al que se somete a ella constituyen técnicamente una sanción, ya que no se ha dado un juicio previo y la declaratoria acerca de la culpabilidad o no del imputado.<sup>85</sup> Cabe advertir entonces que por el hecho de otorgarse la suspensión del proceso, no desaparecen los elementos configurantes del delito por el cual aquélla se decretó, pues su efecto se circunscribe únicamente sobre la determinación de la punibilidad, la cual queda bloqueada u obstaculizada de modo provisorio o definitivo si es que se cumplen las condiciones fijadas en el plazo concedido.

84 En español existe poca información sobre los institutos anglosajones de la “*probation*” y la “diversión” en el sentido estricto del término. Básicamente se puede señalar que la primera es una suspensión condicional de la sentencia y la segunda es una suspensión de la persecución. En esta materia se seguirá lo indicado por MARINO, Ob. cit., y por MAIER, Derecho..., Ob. cit., Además puede consultarse la obra de: DE OLAZABAL, JULIO, Suspensión del proceso a prueba, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, s.f.e., pp. 18 y 19. Cabe advertir que algún sector doctrinal identifica la suspensión del proceso a prueba con la “*probation*”. Sin embargo, es criterio mayoritariamente aceptado que deriva de la *diversion*. “La *diversion* o suspensión de la persecución penal es un instrumento de derivación de causas penales por otros conductos formales de control. Esta facultad está a cargo de los fiscales que la disponen por aplicación de criterios de oportunidad. La *diversion* consiste en la desestimación de los cargos, por parte del fiscal, bajo la condición de que el imputado preste su consentimiento para someterse, por un periodo de tiempo determinado, a un programa de rehabilitación sin encarcelamiento, y de que cumpla con las obligaciones que al respecto se le impartan. Si la prueba es satisfactoria, se renuncia definitivamente a la persecución penal respectiva, sin ninguna consecuencia penal. Si, por el contrario, la persona sometida a *diversion* incumple alguna de las observaciones, se retoma la persecución penal contra él. (Cfr. MARINO, Ob. cit., p. 36). Nótese que la diferencia entre los dos institutos de comentario es sustancial. Mientras la “diversión” se produce con anterioridad al juicio, la “*probation*” exige que este se haya producido y que sólo esté pendiente el dictado de sentencia. Así, el incumplimiento de las condiciones de la prueba acarrea efectos distintos según se esté en uno o en otro régimen condicional. Si se falla la prueba de la *diversion*, el resultado es que se retoma la persecución penal y se inicia el juicio para determinar la culpabilidad del imputado. En cambio, la revocación de la *probation* conlleva el dictado —que se encontraba suspendido— de la sentencia.

Lo anterior permite afirmar que dicho instituto viene a conformar una *nueva forma de extinción de la acción penal*, como expresamente lo establece el artículo 44 inciso 7 (si es que no se produce su revocatoria antes del término acordado para su cumplimiento), pues, a diferencia del perdón condicional de la pena, la suspensión no determina una pena, ya que por razones obvias ésta sólo puede imponerse después de un juicio previo.

Del mismo modo, la doctrina más calificada señala con acierto que se trata de una institución bifronte, “*en cuanto si por una parte tiene la predicada capacidad extintiva de la acción, por otra se manifiesta claramente como instauradora de un principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales*”.<sup>86</sup> Ello ocurre de ese modo por cuanto el otorgamiento al ministerio público y al juez, e inclusive a la víctima, de la capacidad para decidir acerca de la pretendida paralización del juicio o de su prosecución, importa introducir una excepción al ejercicio oficioso de las mencionadas acciones.

El artículo 40 del actual Código Procesal Penal regula la procedencia de la suspensión condicional del proceso, la que relaciona con el instituto de la suspensión condicional de la pena, de la que se diferencia precisamente por no llegar hasta la sentencia condenatoria, permitiendo hacer al principio lo que al final está también autorizado. Según lo dispuesto en aquel artículo en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena,<sup>87</sup> el imputado puede solicitar la suspensión condicional del procedimiento, para lo cual debe presentar:

- a) Un plan de reparación del daño causado por el delito, que debe estar firmado en conjunto con la víctima, o , una garantía suficiente para cumplir con ese plan de reparación, y

85 En este sentido DE OLAZÁBAL, JULIO, *Suspensión del proceso a prueba*, Ob. cit., p. 20.

86 Cfr. al respecto Ob. cit. de DE OLAZABAL, pp. 22-23.

87 En consecuencia, los presupuestos de admisibilidad y otorgamiento de la suspensión condicional de la pena son trasladados al régimen de la suspensión condicional del procedimiento, la que a su vez le permite imponer sus mismas reglas a la primera, de acuerdo con el artículo 341. Hay que destacar que nuestro código no hace distinciones con respecto a la condición del sujeto activo del delito como lo hacen otras legislaciones (por ejemplo el artículo 76 bis, párrafo VII de la legislación argentina, que prohíbe la aplicación del instituto cuando hubiese participado un funcionario público).

- b) Una manifestación de conformidad con la suspensión, lo que implica admitir los hechos que se le atribuyen (aunque no se diga, sería oportuno que conjuntamente con la solicitud se presente el detalle de las condiciones que estaría dispuesto a cumplir el imputado, dada la naturaleza voluntaria del instituto).

Ese plan podría consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño inflingido o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos.

Si no se cumplen las condiciones establecidas por la ley, el juez debe rechazar la solicitud pero, la admisión de los hechos por parte del imputado *no constituye una confesión y carece de valor probatorio*.

La solicitud de suspensión condicional del proceso puede ser verbal o escrita, debe contener la admisión de los hechos, un plan de reparación y, en el mejor de los casos, un detalle de las condiciones que se está dispuesto a cumplir. Es posible plantear el tema hasta antes de que se ordene la apertura a juicio, sin embargo, el imputado no es exclusivo titular del derecho a solicitar la suspensión condicional del proceso como ocurre en otras legislaciones del continente.<sup>88</sup> Por ejemplo, el artículo 293 inc. 3) CPP le otorga al fiscal la posibilidad de solicitar la suspensión cuando concluye su investigación y así lo considere procedente.

Ha de tenerse muy claro que una solicitud de esta clase no implicará jamás una renuncia al derecho constitucional de la presunción de inocencia, que se mantiene inalterable hasta que exista una sentencia condenatoria firme,<sup>89</sup> por lo que todas las medidas que se tomen serán impuestas a una persona jurídicamente inocente.

La presentación de la solicitud de suspensión condicional del proceso provocará las siguientes actividades:

- a) Control judicial por parte del tribunal de la etapa intermedia (319. párrafo 3 CPP) de la razonabilidad y legalidad del ofrecimiento;<sup>90</sup>

88 Véase BOVINO, ALBERTO, La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino, Ob. cit. p. 93 y ss.

89 En este sentido LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *Proceso Penal Comentado*, Ob. cit., p. 97.

90 El tribunal competente para resolver sobre la suspensión es el de la etapa intermedia (art. 301.3 CPP), aunque no hay claridad sobre el punto, así parece desprenderse de lo regulado por el artículo 293.3 CPP y 299.3. CPP.

- b) Señalamiento de una audiencia oral para escuchar al fiscal, la víctima de domicilio conocido y al propio imputado, o bien el dictado de una resolución que difiere el asunto para la audiencia preliminar;<sup>91</sup>
- c) Decisión de la víctima sobre la aceptación o rechazo de la reparación ofrecida;<sup>92</sup>
- d) Toma de posición del fiscal sobre la procedencia de la medida;<sup>93</sup>
- e) Verificados todos los requisitos, el dictado de la resolución que ordena la suspensión condicional del proceso,<sup>94</sup> en que se fijarán las condiciones conforme a las cuales se suspende el proceso, las cuales no pueden tener un plazo menor de un año ni superior de tres;<sup>95</sup> si no es así debe rechazar la solicitud. Esto lo hace, conjuntamente con la aprobación o modificación del plan de reparación (el juez deberá

---

91 Es requisito necesario la realización de la audiencia oral que ordena el art. 41, y al finalizar la misma el juez resolverá de inmediato. En esa audiencia debe estar presente el imputado, y se le debe advertir expresamente acerca de las reglas de conducta y las consecuencias de su incumplimiento. Lógicamente el señalamiento a la referida audiencia no va a ser necesario si la petición se formula en la misma audiencia preliminar.

92 En el caso de que no hubiera firmado ya el acuerdo de reparación.

93 Si efectuada la solicitud aún no existe acusación, el Ministerio Público debe describir el hecho que se le imputa, esto con el objeto de que el imputado pueda conocer en concreto cuál es la hipótesis fáctica que debe aceptar.

94 Los efectos de la resolución que concede la suspensión a prueba son los siguientes: A) Detención del curso del proceso por el plazo de duración del régimen de prueba. Una vez acordada la suspensión, el fiscal ve limitadas sus facultades de investigación. Sin embargo, según dispone el artículo 289 CPP “*El Ministerio Público debe asegurar los elementos de prueba esenciales sobre la infracción, aun cuando se haya dictado la suspensión del procedimiento...*”. B) Suspensión de la prescripción. El art. 48 inc. 5) del CPP establece que durante el plazo del periodo de prueba, el cómputo de la prescripción se suspenderá. De no cumplirse con las condiciones o el plan de reparación propuesto, o bien si se comete un nuevo delito dentro del plazo de prueba, el proceso se reanudará y no podrá solicitarse la prescripción de la acción penal basándose en el tiempo transcurrido durante el régimen de prueba. C) Toda medida de coerción de carácter personal que haya sido impuesta antes, será reemplazada por las condiciones establecidas en el régimen de prueba. D) No se produce perjudicialidad con respecto a los imputados no beneficiados con la suspensión a prueba.

95 Hay que destacar que el artículo 41 obliga a realizar una evaluación previa para fijar las reglas de conducta. En ningún caso el juez puede imponer medidas más gravosas que las solicitadas. Sin embargo, bien podría fijar otras —menos gravosas— que cumplan de mejor manera los objetivos de la suspensión.



enviar copia de la resolución a la Oficina Especializada que servirá para abrir el expediente administrativo correspondiente);<sup>96</sup>

- f) Lo resuelto no tiene apelación, salvo que el imputado considere que las reglas son inconstitucionales o excesivas, o bien que el juez se haya excedido en sus facultades.

Requisito indispensable para el otorgamiento del beneficio es que el imputado admita el hecho que se le atribuye<sup>97</sup> (art. 40 párrafo 2o.), aspecto este que podría ser objeto de cuestionamiento ante la garantía constitucional que establece que: “nadie está obligado a declarar contra sí mismo”. Pero la respuesta se encuentra en el mismo contexto de la norma procesal que autoriza la suspensión, en cuanto a que no se le impone al imputado en ningún momento que admita los hechos que le son atribuidos. Se trata, mas bien, de una opción (libre y voluntaria) a la que él puede acogerse si así lo considera pertinente y le es autorizada en los casos que la ley lo permite. Si no desea aceptar los hechos (porque estima no haberlos realizado o por creer que tiene mejores probabilidades de salir bien librado),

96 Es recomendable la existencia de una oficina especializada de control administrativo para facilitar el cumplimiento de las medidas.

97 La normativa no requiere que esta admisión sea detallada, ni obliga a cumplir con formalidades especiales, por lo que ha de concluirse que basta una aceptación pura y simple de la hipótesis acusatoria. Como ha dicho BINDER: “... es el imputado quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración. Consecuentemente, sólo él determinará lo que quiere o no le interesa declarar” (BINDER, ALBERTO. *Introducción al Derecho Procesal Penal* citado por GARCÍA AGUILAR, ROSAURA. *La suspensión del proceso a prueba en materia penal*, Ob. cit. p. 114, en nota 195. Como reflexión de *lege ferenda* debe anotarse que la exigencia de la aceptación de los hechos por parte del imputado no es esencial para que se configure un procedimiento de suspensión constitucionalmente válido, bastaría con que el imputado manifestara su conformidad con la aplicación del instituto. Para MAIER el fundamento de la exigencia es de orden práctico, “...se trata, pues, de asegurar la finalidad preventivo-especial de este beneficio, impidiendo que el imputado deje de cumplir con las obligaciones legales e instrucciones impartidas por el Tribunal, especulando con la pérdida o destrucción, por el mero transcurso del tiempo, de los elementos del cargo que sustentan la imputación. Sin embargo, frente a este argumento existen dos objeciones de importancia que será preciso tener en cuenta al momento de decidir por la inclusión o exclusión de este requisito. La primera plantea que la aceptación de la veracidad de los hechos provoca una declaración coactiva del supuesto autor que de otro modo no se hubiera producido. La segunda se refiere a la legalidad de una acusación que se formule sobre la base de una declaración obtenida coactivamente en el caso de que se retome contra el supuesto autor el ejercicio de la acción penal”, MAIER

está en su derecho de hacerlo, sin que se le pueda sugerir por el juez o por el fiscal que la primera opción le puede ser más favorable (ello quedará sólo al consejo de su defensor y a su propia voluntad). Cabe agregar que aún si fallara la prueba, esta declaración del imputado no puede tomarse como confesión —independientemente de que la confesión de parte no constituye plena prueba en materia penal—, sino que al retomarse el ejercicio de la acción penal corresponde al Estado, de conformidad con el principio constitucional de inocencia (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y lo regulado en el artículo, su declaración carece de valor probatorio y no podrá hacerse mención de ella en ningún momento posterior. En efecto, hay una imposibilidad de utilizar la declaración como prueba o bien, cualquier otro elemento de convicción que se haya derivado de ésta.

La resolución del tribunal que ordena la suspensión condicional del proceso podrá ser revocada cuando:

- a) El imputado, de manera considerable y de forma injustificada, se aparte de las condiciones que le impuso el órgano jurisdiccional;
- b) Cuando cometa una nueva infracción, para lo cual se requiere al momento de agotarse el plazo de prueba, la existencia de una sentencia condenatoria firme que así lo establezca, o
- c) Si el imputado incumple el plan de reparación.<sup>98</sup>

---

citado por MARINO, ESTEBAN. “Suspensión del procedimiento a prueba” En: MAIER, JULIO B.J. compilador, *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ob. cit. p. 30. En el mismo sentido se expresa el autor en “La víctima y el sistema penal”, (Cfr. AAVV, De los delitos y de las víctimas, JULIO B.J. MAIER Compilador, Ob. cit. p. 232). Ante esta posición cabe argumentar con BOVINO y LLOBET, que, en todo caso, esa admisión no puede ser utilizada en su contra. (Véase el comentario de LLOBET así como el resumen de la posición de BOVINO en LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *Proceso Penal Comentado*, Ob. cit., pp. 96-97. Allí LLOBET indica que con la admisión del hecho lo que se trata es de darle legitimidad a la suspensión a prueba, por tratarse de restricciones importantes a la libertad del imputado. Tal postura no es incompatible con lo que aquí se sostiene, porque bastaría para darle legitimidad que el imputado consintiera libre y voluntariamente dichas restricciones). En todo caso, cabe decir que el Ministerio Público tiene la facultad de asegurar los elementos de prueba esenciales sobre la infracción, aun en el caso de que se haya dictado la suspensión condicional del proceso (art. 289 CPP), de manera que la inquietud de MAIER perdería mucha fuerza en este contexto normativo.

98 Igual habría que interpretar que se trata de un incumplimiento de carácter esencial.

Para que se proceda a la revocatoria el juez a solicitud del Ministerio Público puede ordenar en audiencia, mediante auto fundado, acerca de la reanudación de la acción penal.<sup>99</sup>

Aunque el código no lo reguló, debe concluirse que sí el imputado cumplió con todos sus compromisos antes del tiempo fijado en la resolución, nada obsta para que el juez decreta extinción de la acción penal de forma anticipada.<sup>100</sup> Por el contrario, al tratarse de circunstancias que limitan el disfrute del instituto no podrían utilizarse otros supuestos no comprendidos en el artículo para decretar la revocatoria.<sup>101</sup>

Podría surgir un problema en la práctica si para dilucidar el incumplimiento o no de las reglas de conducta se tuviera que recibir prueba. El problema se agravaría si el incumplimiento de la regla constituyera por sí mismo un delito, ya que se plantearía la interrogante si la audiencia que realiza el Tribunal estaría adelantando, en cierta manera, el proceso por el otro ilícito. No parece que haya problema para recibir esa prueba, ya que lo allí dispuesto no hace cosa juzgada con respecto al otro proceso instaurado y es únicamente una diligencia para efectos de la suspensión condicional del proceso.

Por último, si el imputado que se vio favorecido por la suspensión fuere privado de su libertad debido a la existencia de otro proceso, entonces podrá suspenderse el plazo de prueba.<sup>102</sup> En cambio, si existiere otro

---

99 Como se indicó se requiere que la revocatoria sea dispuesta antes del vencimiento del plazo de la suspensión del proceso a prueba (art. 44.7 CPP).

100 En este sentido también se pronuncian PORRAS VILLALTA, MARIO ALBERTO, SALAZAR MURILLO, RONALD y SANABRIA ROJAS, RAFAEL ÁNGEL. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, Ob. cit., p. 87.

101 GARCÍA AGUILAR, ROSAURA. *La suspensión del proceso a prueba en materia penal*, Ob. cit., pp. 146-147.

102 En otras legislaciones, por ejemplo la venezolana, se distingue el supuesto en que la sentencia por la comisión del nuevo delito resulta al final ser absolutoria o condenatoria. De tal manera el art. 42 del Código Orgánico Procesal Penal contempla que la suspensión será definitiva únicamente si la sentencia que se dicta es condenatoria, por ella obliga a revocar la suspensión y reiniciar la causa. Pero si la sentencia es absolutoria, no habrá motivo para revocar la suspensión y menos aún, para no apreciar el plazo transcurrido durante la privación de libertad. (Cfr. el informe de JULIÁN I. RODRÍGUEZ DÍAZ, fiscal general de la república de Venezuela. En: STIPPEL, JÖRG y MARCHISIO, ADRIÁN (coord.). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, Ob. cit., pp. 448-449). El hecho de que el Código no haga distinciones ha sido criticado por LLOBET: "Lo ilógico es que ello opere, tal

proceso en su contra pero no se le priva de su libertad, entonces seguirá corriendo el plazo de prueba. Sin embargo, no podrá decretarse la extinción de la acción penal, aun si se vence el plazo de prueba, sino hasta que quede firme la resolución que lo exima de responsabilidad por el nuevo proceso.

Este artículo lleva a reflexionar que el Código Procesal Penal ha dejado de lado el supuesto en que el imputado se encuentra en prisión preventiva por otro delito, al momento de solicitar la aplicación de la suspensión condicional del proceso. En este caso, según el principio de interpretación restrictiva no se le podría prohibir una suspensión a pesar de que esté preso, siempre y cuando se establezca que está en posibilidad de cumplir con sus compromisos. El problema real que surge es que el plazo de suspensión estaría suspendido por orden del art. 43 CPP, ante lo cual quedarían dos opciones: *a)* negar del todo la suspensión o *b)* interpretar que ante la ausencia de una regulación legal del supuesto, y dado que el imputado ha adquirido obligaciones que puede cumplir incluso en prisión, en este caso en particular no se le aplicaría la suspensión del plazo porque el art. 43 CPP se refiere a otros supuestos. Esta última parece que es la opción más sensata.

#### 4. *El procedimiento abreviado*<sup>103</sup>

El procedimiento abreviado surge de la inquietud de lograr sentencias en un plazo razonable, ahorrando energía y recursos jurisdiccionales en causas por delitos no muy graves, en que el juicio oral y público no sea imprescindible para obtener una resolución acorde con la legalidad y la verdad.<sup>104</sup> Su incorporación tiene como antecedente los artículos 371 y ss.

---

y como se prevé en el código, solamente cuando el imputado esté privado de libertad, haciéndose una diferenciación no razonable entre aquél al que se le sigue un nuevo proceso y se encuentra privado de libertad, con respecto al cual se suspende el término de la suspensión del proceso y a prueba, y aquél con relación al cual se le sigue un nuevo proceso y no se encuentra privado de libertad, con respecto al cual sigue corriendo el plazo de prueba". LLOBET (*Cfr.* LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER. *Proceso Penal Comentado*, Ob. cit., p. 100.

103 Ver artículos 363 y siguientes del CPP dominicano.

104 En este sentido: CAFFERATA NORES, JOSÉ I. "Juicio Penal Abreviado". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1996, Año 8, No. 11, p. 3.

del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que contempló en su regulación el procedimiento abreviado para ciertos delitos leves.<sup>105</sup>

El desarrollo de este tipo de medidas deriva del sorprendente prestigio e incorporación que ha tenido el Derecho Procesal norteamericano en Europa y de ahí en América Latina,<sup>106</sup> en particular la práctica del *plea bargaining*,<sup>107</sup> que consiste en una negociación llevada a cabo entre la

105 Delitos en que el Ministerio Público “estimare suficiente la imposición de una pena no mayor de dos años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad aún en forma conjunta”. En este sentido véase: SALAZAR MURILLO, RONALD. *El juicio abreviado. Entre el galantismo y la eficiencia en la justicia penal*, 1a. ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003, p. 51; MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, S.R.L., 1989, p. 310.

106 Sobre el modelo norteamericano del “*plea bargaining*” comenta ARMENTA DEU: “... funciona en los EE.UU. de Norteamérica desde hace cien años, primero sin reconocimiento legal, y actualmente declarada su constitucionalidad en diversas decisiones. Hasta fecha relativamente reciente era concebido, incluso en su país de origen, como un método poco adecuado para combatir la criminalidad y para asegurar la ejecución material justa del Derecho Penal, al no garantizar un tratamiento igualitario de autores penales de similar culpabilidad. En Japón donde se instauró en 1945, los especialistas se inclinan hoy por una vuelta al sistema continental europeo. De ahí que resulte un desarrollo sensacional que el procedimiento penal continental haya caído en una crisis tan profunda, de la que sólo podrían sacarlo, en opinión de un gran número de autores alemanes, italianos, portugueses y españoles, la adopción del procedimiento penal norteamericano o al menos partes esenciales de éste (SCHUNEMANN)” ARMENTA DEU, TERESA. “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, agosto, 1997, Año 9, No. 13, p. 25, nota al pie 7.

107 BARBOSA MOREIRA hace una síntesis de las posibles reacciones que tiene el imputado al indictment (decisión por la que el grand jury formaliza la acusación) dentro sistema norteamericano en los siguientes términos: “El acusado responde a la acusación por medio de un plea; su respuesta puede consistir no solamente en una declaración de ser culpable (*guilty plea*) o inocente (*plea of not guilty*), sino que también se le permite responder sencillamente, “nolo contendere” —expresión latina que significa “no quiero contestar (la acusación)”—. En el Derecho Federal, toda esta materia está reglada por las *Federal Rules of Criminal Procedure*: las nociones expuestas no son puras creaciones doctrinales o jurisprudenciales. [...] La inmensa mayoría de los acusados se declaran culpados; por consiguiente, es ínfimo el número de procesos penales que se prolongan hasta el trial [...]. Eso se debe principalmente a la práctica muy difundida del *plea bargaining*, una negociación entre el prosecutor y el acusado (*rectius*: y su defensor), mediante la cual se busca el consenso de las partes acerca de la pena que será aplicada. Para el acusado, la ventaja habitual consiste en que, si concuerda en declararse culpable, el prosecutor propone al juez (y éste por regla general asiente) la aplicación de una pena menos severa que

fiscalía y la defensa del imputado, para obtener una confesión de culpabilidad a cambio de ventajas de trato (disminución de cargos o de la pena). Con respecto a este punto, hay que dejar claro que la figura incorporada en el código no se identifica con el *plea bargaining* del sistema norteamericano, pues, a diferencia de lo que ocurre con el *guilty plea*, la admisión

la conminada en la ley para la infracción que se supone haber sido cometida. No obstante, hay distintas posibilidades: el prosecutor puede prometer que acusará al imputado solamente por un delito menos grave que el sugerido por los elementos probatorios disponibles, o que renunciará a otras posibles acusaciones contra él, y así en adelante. [...]” BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. “La transacción penal brasileña y el Derecho Norteamericano”. *Revista de Ciencias Penales*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Marzo, 2000, Año 12, No. 17, pp. 50-51. El autor también señala que: “Muchos temen que en no pocos casos la anuencia del imputado, aunque aparentemente voluntaria, constituya en realidad el fruto de maniobras reacias a los preceptos éticos, inspiradas en consideraciones que nada tienen que ver con la justicia o la equidad. Sospechas de este género son tanto más justificables cuando más bajo el grado de “visibilidad” de las negociaciones entre el prosecutor y el defensor del acusado. Advierte la doctrina que semejantes negociaciones no suelen desarrollarse “in open court”, bajo la presidencia de un magistrado neutral y a la vista del público, sino más frecuentemente “over a cup of coffee in a basement courthouse cafeteria where the conscience of the two lawyers is the primary guide”. El juez no dispone de elementos para formarse una idea acerca de la fairness o de la validez del acuerdo.” (Ibid. p. 52). Para un análisis más detallado acerca del *plea bargaining* y sus críticas véase DIEGO DíEZ, LUIS ALFREDO DE. Justicia criminal consensuada: (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal). Valencia: Tirant lo Blanch; Universidad de Cádiz; Servicio de Publicaciones, 1999, pp. 23-123. Números autores que han tratado el Derecho Angloamericano (entre ellos BROWN, CARP-STIDHMAN, DALEY, FRANKEL, VAN KESSEL, ZIMRING y FRASE, y en lengua española BARNO VILAR, entre muchos otros) han criticado el *plea bargaining*, tanto desde la perspectiva garantista cuanto desde una perspectiva de defensa social, y nos advierten de los altos riesgos que implica su adopción. VAN KESSEL incluso llega a calificar la presión que se ejerce sobre el acusado para que se declare culpable como “the modern form of judicially sanctioned torture in America” (citado por BARBOSA MOREIRA, Ob. cit., p. 52 en nota 22). A pesar de ello, hay que admitir que en la práctica del sistema norteamericano la utilización del *plea bargaining* es tan común que ha sido incluso calificado como “un componente esencial de la administración de justicia” (Santobello v. New Cork, 404 U.S., 257, 260 (1977) citado por DIEGO DíEZ, LUIS ALFREDO DE. Justicia criminal consensuada: (algunos modelos del Derecho Comparado en los EE.UU., Italia y Portugal). Ob. cit., p. 55). ZAFFARONI teme también que las desavenencias encontradas en el sistema norteamericano puedan reproducirse en el “procedimiento abreviado”: “se está importando a la región distintas variantes del *plea bargaining* o regateo (más pudorosamente traducido como negociación). Como es sabido, la misma se convierte fácilmente en una fuente de extorsión que reemplaza la tortura” citado por SALAZAR MURILLO, RONALD. El juicio abreviado. *Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, Ob. cit. p. 44.

de los hechos no implica la renuncia a la prueba sobre los hechos que se admiten, ni tampoco está permitido suprimir hechos o calificaciones legales.<sup>108</sup>

El abreviado *no es propiamente un caso de justicia restaurativa*, sino un procedimiento acelerado que SALAZAR define como: “*un procedimiento especial, bilateral o multilateral, a través del cual, las partes pueden voluntariamente, suprimir ciertas fases del proceso ordinario —entre ellos el juicio— fijando los hechos y negociando la pena a imponer con algunos efectos vinculantes, y le solicitan al juez de juicio resolver en sentencia, con los elementos de prueba existentes*”.<sup>109</sup> A su respecto, nos advierte LUIS PAULINO MORA MORA: “*es indudable que la disminución de garantías que conlleva ese diseño procesal hace que debamos extremar los controles y exigencias para que en aras de una mayor eficiencia no se desconozcan los derechos que con tanto sudor, lágrimas y sangre se han logrado a favor de los sometidos al proceso. La eficiencia no puede justificar el fallo arbitrario o inmotivado y menos la posibilidad del error judicial*”.<sup>110</sup>

108 Sobre este punto véase CAFFERATA NORES, JOSÉ I. “Juicio Penal Abreviado”. Ob. cit. p. 5. y SALAZAR MURILLO, RONALD. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, Ob. cit. p. 45.

109 SALAZAR MURILLO, RONALD. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, Ob. cit. p. 59. En el caso del acuerdo pleno contemplado en el CPP, no es el juez de juicio quien resuelve conforme al procedimiento abreviado, sino el juez de la etapa intermedia de conformidad con lo establecido por los artículos 299.6 y 301.4 del CPP.

110 El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su introducción al trabajo de SALAZAR MURILLO, RONALD. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, Ob. cit. p. 31. Sobre las ventajas que presenta el instituto se ha dicho: “*En términos generales se puede destacar como virtud la posibilidad que ofrece este instituto de descongestionar a los tribunales de juicio, debido a que especialmente lo que se logra con este mecanismo es obtener una condena sin tener que celebrar el debate oral y público. Esta circunstancia también beneficia al imputado, no sólo porque obtiene una resolución de su situación procesal y concluye con la angustia que provoca el sometimiento a un proceso penal, sino además porque obtiene una rebaja en la pena. También favorece los intereses de la víctima al garantizarle la respuesta punitiva en un término mucho más rápido que el común y, esta forma permite en el mismo proceso penal o por vía civil, obtener la reparación económica correspondiente. Resulta claro que el éxito de este instituto descansa sobre “los fiscales” y los “abogados defensores” que son los operadores más importantes y de quienes en definitiva depende su aplicación*”. (STIPPEL, JÖRG y MARCHISIO, ADRIÁN (coord). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, Ob. cit. p. 545. No obstante, es necesario advertir que el procedimiento abreviado es una institución polémica ya que supone una condena sin la realización del

Según lo que establece el código, hasta antes de que se ordene la apertura a juicio,<sup>111</sup> el Ministerio Público o la Defensa,<sup>112</sup> pueden solicitar la aplicación del juicio abreviado. El acuerdo sobre el juicio abreviado puede ser pleno o bien parcial.<sup>113</sup>

En el primero, cuando se trate de un hecho con pena máxima inferior a cinco años de privación de libertad,<sup>114</sup> y el imputado admita el hecho<sup>115</sup> (previa acreditación del consentimiento por parte del defensor), el Ministerio Público acusa<sup>116</sup> indicando una pena concreta —la cual no

juicio oral y público, lo que nos obliga a ser sumamente cuidadosos con su aplicación práctica. Al respecto de sus principales críticas véase SALAZAR MURILLO, RONALD. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, Ob. cit. pp. 319 a la 425; LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER. *Proceso Penal Comentado*, Ob. cit. p. 360 y ss., así como su aporte en MAIER, JULIO; BOBINO, ALBERTO (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, pp. 433 -452.

- 111 Podría pensarse en la aplicación de un abreviado aún en la fase de juicio cuando se haya rechazado en forma indebida antes, o bien cuando ha concurrido una actividad procesal defectuosa y hasta ese momento se declara, esto a fin de corregir el acto viciado.
- 112 *Cfr.* 299.6 CPP.
- 113 En el acuerdo parcial se establecen únicamente los hechos y se solicita un juicio sobre la pena, y, a diferencia del acuerdo pleno, se presenta ante el juez que debe conocer del juicio quien dictará la sentencia de conformidad con la prueba ofrecida (Arts. 366, 367 y 368 CPP) y, en su caso, señalará audiencia para el debate sobre la pena. Cabe destacar que el artículo 366 CPP establece que este procedimiento cabe “en cualquier caso”, lo que le sustrae de las limitaciones de pena y momento establecidas en el art. 363 CPP.
- 114 Así se cumple con la recomendación del Congreso de 1994 de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en que instaba a que los delitos graves no fueran juzgados por medio de procedimientos abreviados. No cabe tampoco en delitos de acción privada, porque el código no tiene prevista dicha posibilidad.
- 115 Salvo en el caso de inadmisibilidad, esta declaración tiene la naturaleza de una confesión, por lo que el imputado debe ser plenamente conciente de las renunciaciones a que se expone. Sería recomendable que el juez se asegurara en la audiencia de que el imputado conozca los hechos que se le imputan, que su voluntad es libre al momento de aceptar el abreviado y que entiende las renunciaciones consentidas con ese acto. Si se trata de varios hechos en concurso material, es posible el abreviado con respecto a algunos de ellos. Así mismo, según determina expresamente el código, la existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas, pero ha de garantizarse la igualdad de trato entre ellos. De tal manera, si se solicita o impone una pena con respecto a uno de los endilgados, es necesario justificar cualquier diferencia al momento de ocuparse de los restantes.
- 116 Aunque no lo indique el código, el Ministerio Público dispone de la interesante posibilidad de combinar la aplicación de “criterios de oportunidad” con respecto a ciertos



puede superar el juez en su resolución—. <sup>117</sup> Condición para que se conde-  
ne mediante la aplicación de esta figura es que la prueba reunida en la  
investigación sea idónea para esos efectos, de allí la facultad del juez de  
“*absolver o condenar, según proceda*” (art. 364 párrafo 3o.). El juez debe  
ser especialmente cuidadoso al realizar el examen formal y sustancial del  
acuerdo. Si no se cumplen los requisitos de ley para la admisibilidad de  
la medida, el juez debe ordenar que continúe el procedimiento, en cuyo  
caso la aceptación de los cargos no podría ser incorporada al juicio oral  
y público que se realizará, ni tampoco vincula al Ministerio Público su  
requerimiento sobre la pena (art. 365 CPP).

Si se cumplen los requisitos de admisibilidad, el juez convoca a una  
audiencia oral para escuchar de viva voz lo manifestado por las partes, <sup>118</sup>  
y emite la resolución que corresponda, absolviendo <sup>119</sup> o condenando <sup>120</sup> y

---

hechos y negociar un abreviado con otros, lo que amplía el margen de negociación,  
siempre y cuando se respeten las disposiciones conducentes.

- 117 Es claro que el juez no puede superar la pena solicitada, sin embargo nada obsta  
para que el juez fundadamente disminuya en sentencia este extremo.
- 118 En este caso el querellante, el Ministerio Público y el imputado. Cabe llamar la  
atención de que el código no contempla la necesidad de escuchar a las partes civiles  
(actor y demandado civil), especialmente al demandado civil, ya que si en sentencia  
se declarara la existencia de los hechos acusados no se le estaría dando a éste la  
posibilidad de combatir la comisión de los hechos por el imputado. Ante esto, podría  
interpretarse a la luz de los artículos 131 CPP (que le otorga al tercero demandado  
civil las mismas facultades de defensa que al imputado) y 363.2. del CPP (el cual  
establece la necesidad de acordar los extremos civiles), que se necesita escuchar su  
criterio para que proceda el juicio abreviado. En lo referente a los montos de una in-  
demnización, en su caso, es necesario tomar en cuenta la posibilidad de una condena  
en abstracto, una vez probada la existencia del daño según los autos. También es  
aconsejable escuchar a la víctima, aunque no se hubiera constituido en querellante  
ni actora civil, para cumplir con la exigencia de un trato digno y respetuoso que  
garantiza el código (art. 84 CPP).
- 119 En este caso especial la absolutoria no podría fundarse en la duda (*Cfr. SALAZAR MU-  
RILLO, RONALD. El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia  
penal*, Ob. cit. p. 177). No obstante, sí es posible dictar una sentencia absolutoria  
por atipicidad, la existencia de causas de justificación o exculpación, o bien la con-  
currencia de otra causa legal que motive la absolutoria, como sería la prescripción,  
o una causa personal de exclusión de la pena. Así mismo, es posible dar a los hechos  
una calificación jurídica más favorable, siempre y cuando no se alteren los hechos  
acusados y admitidos, porque entonces lo que procedería es el rechazo del procedi-  
miento abreviado.
- 120 Esta sentencia debe cumplir de manera sucinta con los mismos requisitos que la dic-  
tada en el procedimiento ordinario y por lo tanto debe: a) fijar los hechos probados,

dictaminando sobre los intereses civiles. Lo resuelto es susceptible del recurso de apelación de conformidad con las disposiciones del CPP.<sup>121</sup>

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Según hemos venido analizando, el actual Código Procesal Penal de nuestro país se involucra dentro de una corriente garantista y democrática, respetuosa de los derechos fundamentales de los individuos, básica para un Estado de Derecho. Ante ello, los mecanismos o procedimientos alternativos constituyen un aspecto relevante de los fines y principios que se han establecido para el proceso penal, especialmente la “solución del conflicto” que el artículo séptimo de dicho cuerpo legislativo garantiza “para contribuir a restaurar la armonía social”. Por tal razón, debemos concordar con quienes advierten sobre la necesidad de redoblar los esfuerzos en la comprensión y aplicación de las medidas alternativas, para que éstas puedan operar como verdaderas soluciones alternas a la pena privativa de libertad (en procura de resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible), y no como adiciones de aquélla. Si fuere esto último, en lugar de cumplir con su cometido, se convertirían en mecanismos de “extensión de las redes de control social” y por ende en vías ampliativas de la represión. Así pues, hay que vigilar constantemente la *razonabilidad y legalidad* de las condiciones que se impongan en la aplicación de tales vías, para posibilitar un verdadero enfoque restaurativo del conflicto. De allí la importancia de que se planteen mecanismos efectivos y sin formalidades excesivas para verificar el uso práctico y adecuado de cada una de ellas, lo que, según demuestra la experiencia, constituye un punto débil que debe ser superado con base, precisamente, en el seguimiento y detección oportuna de los defectos para la implementación de los correctivos necesarios.

---

*b)* realizar una debida valoración de la prueba, *c)* pronunciarse acerca de la calificación legal y la participación criminal, y *d)* imponer la pena que corresponda, dentro de las limitaciones de esta figura. En síntesis, debe cumplir con las exigencias que le impone el deber de fundamentación, como componente esencial de un debido proceso.

121 *Cfr.* Artículo 364, último párrafo, con los arts. 410 y ss del CPP. Cabe anotar que el imputado puede revocar su decisión de someterse al abreviado hasta antes del dictado de la sentencia. No obstante, si se anula en apelación la sentencia tendría oportunidad de hacerlo, salvo que se anule únicamente en lo referente a la pena, en cuyo caso quedaría vigente dicha aceptación.

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AAVV. *De los delitos y de las víctimas*, JULIO B.J. MAIER, compilador, Ad Hoc, 1a. ed., 1992, Buenos Aires, Argentina.
- AAVV. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, CARLOS JULIO LASCANO, director Editorial, Marcos Lerner Editora Córdoba, La Lectura libros jurídicos, Córdoba, Argentina, 2001.
- ALSINA, HUGO. *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2a. ed., I parte general, Ediar, Buenos Aires, 1956.
- ARAGONESES, PEDRO. *Proceso y Derecho Penal* (concepto, naturaleza, tipos, método, fuentes y aplicación del Derecho Procesal), Madrid, España, Editorial Aguilar, 1960.
- ARMENTA DEU, TERESA. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991.
- ARMIJO SANCHO, GILBERT. *Enfoque procesal de la ley penal juvenil*, 1a. ed., Litografía e Imprenta Lil, San José, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil*, 1a. ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998.
- \_\_\_\_\_, LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER y RIVERO SÁNCHEZ, JUAN MARCOS, *Nuevo proceso penal y Constitución*, 1a. ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998.
- BACIGALUPO, ENRIQUE. *Derecho Penal, Parte General*, 2a. ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- BENAVIDES SANTOS, DIEGO, *et al.*, *Ensayos de conciliación*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2003.
- BLANCO ODIO, ALFREDO. *El Derecho Procesal Penal Costarricense*, 1a. ed., Porvenir, San José, Costa Rica, 1992.
- BOVINO, ALBERTO. *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. *Diccionario Jurídico Elemental*. Edición actualizada, corregido y aumentada por GUILLERMO CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Editorial Heliasta, 2001.

- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. *Temas de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.
- CAMPOS SALAZAR, MAYRA. *La Justicia Penal Juvenil en Costa Rica*, San José, Costa Rica, 1999.
- Capitant, Henry. *Vocabulario Jurídico*, traducción castellana de AQUILES HORACIO GUAGLIANONE, Desalma, Buenos Aires, 1973.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1961. CARRANZA, ELÍAS (coord.). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, Ilanud, Siglo Veintiuno Editores, 1a. ed., San José, Costa Rica, 2001.
- CHAN MORA, GUSTAVO, CHINCHILLA CALDERÓN, ROSAURA, y GARCÍA ALGUILAR, ROSAURA. *Violación de derechos fundamentales y criminalización secundaria en el sistema de justicia penal juvenil*, 1a. ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003.
- CORTÉS COTO, RONALD. *La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal*, 1a. ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1988.
- Costa Rica. Escuela Judicial. Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos, *Conciliación Judicial*, antología de la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Judicial de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1999.
- Costa Rica, Procuraduría General de la República. Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 2000.
- COUTURE, EDUARDO J., *Vocabulario Jurídico*, edición al cuidado de JORGE PEIRANO FACIO y JOSÉ SÁNCHEZ FONTÁNS, Depalma, Buenos Aires, 1976.
- CREUS, CARLOS. *Reparación del daño producido por el delito*, 1a. ed., Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
- DE OLAZÁBAL, JULIO. *Suspensión del proceso a prueba*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1994.
- DIEGO DÍEZ, LUIS ALFREDO DE. *Justicia criminal consensuada: (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*. Valencia: Tirant lo Blanch; Universidad de Cádiz; Servicio de Publi-

- caciones, 1999. *Directrices sobre la función de los fiscales*. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.
- EDWARDS, CARLOS E. *El juicio abreviado y la instrucción sumaria en el Código Procesal Penal de la Nación*. Córdoba (España): Marcos Lerner, 1997.
- GARCÍA AGUILAR, ROSAURA. *La suspensión del proceso a prueba en materia penal*. 1a. ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998.
- GATGENS GÓMEZ, ERICK y RODRÍGUEZ CAMPOS, ALEXANDER. *Principio de oportunidad, conveniencia procesal de la persecución penal*, 1a. ed., Editorial Juritexto, San José, C.R. 2000.
- GIMENO SENDRA, VICENTE. *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, España, Editorial Civitas, 1981.
- GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO y HERCE QUEMADA, VICENTE. *Derecho Procesal Penal*, 8a. ed., Madrid, 1975.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL (compilador). *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*. 2a. ed., San José (Costa Rica): Fondo Editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL; ARROYO GUTIÉRREZ, JOSÉ MANUEL. *Los diversos sistemas procesales penales. Principios y ventajas del sistema procesal mixto moderno*. San José, Costa Rica, Ilanud, 1991.
- HIDALGO MURILLO, JOSÉ DANIEL. *Introducción al nuevo Código Procesal Penal*, 1a. ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998.
- HOUED VEGA, MARIO A. *De la suspensión del proceso a prueba o de la suspensión condicional de la persecución penal*. Publicación del INEJ, Managua, Nicaragua, 2007.
- ISSA EL KHOURY JACOB, HENRY. *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, Convenio Corte-AID, Costa Rica, 1995.
- \_\_\_\_\_ (comp.). *Víctima y el proceso penal costarricense*, 1a. ed., Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 2000.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Justicia Restaurativa*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004.

- LEONE, GIOVANNI. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Doctrinas Generales, traducción de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.
- LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER. *Proceso Penal Comentado*, 2a. ed., Editorial Jurídica Continental, 2003.
- MANZANARES SAMANIEGO, JOSE LUIS. “Oportunidad y conformidad”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. No. V, 1992.
- MAIER, JULIO B.J. y BINDER, ALBERTO (comps.), *El Derecho Penal de Hoy*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- MAIER, JULIO. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, Tomo I, 2a. ed., 1996.
- MAIER, JULIO; BOBINO, ALBERTO (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires, Del Puerto, 2001.
- MARCHISIO, ADRIÁN. *El juicio abreviado y la instrucción sumaria*. Buenos Aires: Ad-HOC, 1998.
- MARINO, ESTEBAN. “Suspensión del procedimiento a prueba” En: MAIER, JULIO B.J. (compilador). *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1993., pp. 29-41.
- MONTERO AROCA. JUAN. *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1976.
- MUERZA ESPARZA, JULIO. *El proceso penal abreviado*, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2002.
- MURILLO RODRÍGUEZ, ROY. *Ejecución de la Pena*, 1a. ed., CONAMAJ, San José, 2002.
- NEUMAN, ELÍAS. *Mediación y Conciliación Penal*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, y ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Un debate sobre la pena*, Editorial Jurídica Continental, Buenos Aires, Argentina, INECIP, 2000.
- ODERIGO, MARIO A. *Derecho Procesal Penal*, T. I, Editorial Ideas, Buenos Aires, Argentina, 1952.

- PESSOA, NELSON. *Fundamentos Constitucionales de la Excepción de Prisión y Excarcelación*, Hammurabi, Argentina, 1992 (impresión).
- PORRAS VILLALTA, MARIO ALBERTO, SALAZAR MURILLO, RONALD y SANABRIA ROJAS, RAFAEL ÁNGEL. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, 1a. ed., Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, 166 p. *Principios básicos sobre la función de los abogados*. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, Impresión: Mateu-Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España.
- \_\_\_\_\_. *Diccionario de la Lengua Española*, T. II, Impresión, Mateu-Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS. *La justicia penal negociada: experiencias de Derecho Comparado*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.
- ROXIN, CLAUS. *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25a. ed. alemana de GABRIELA E. CÓRDOBA y DANIEL R. PASTOR, revisada por JULIO B.J. MAIER, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SALAZAR MURILLO, RONALD. *El juicio abreviado. Entre el galantismo y la eficiencia en la justicia penal*, 1a. ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003.
- SCHÖNBOHM, HORST y LÖSING, NORBERT, *Sistema acusatorio, proceso penal, juicio oral en América Latina y Alemania*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1995.
- SOJO PICADO, GUILLERMO, *et al. Ministerio Público y reforma procesal penal*, 1a. ed., San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997.
- SOLARI BRUMANA, JUAN A., *Reparación del daño, el particular damnificado en el Derecho Penal*, Desalma, Buenos Aires, 1962.
- STIPPEL, JÖRG y MARCHISIO, ADRIÁN, coord., *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, 1a. ed., Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- TIFFER SOTOMAYOR, CARLOS, LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER y DÜNKEL, FRIEDER. *Derecho Penal Juvenil*, 1a. ed., Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José, 2002.

- UREÑA SALAZAR, JOSÉ JOAQUÍN, *Actividad procesal defectuosa y proceso penal*, 1a. ed., Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2004.
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, EDMUNDO. *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*. 1a. ed., San José, Juricentro, 1992.
- VILTALE, GUSTAVO L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1996.
- WILDE, ZULEMA D. y GAIBROIS, LUIS M., *Qué es la mediación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. (Coordinador). *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*. San José, Costa Rica, Editorial Porrúa, México, 2000.
- \_\_\_\_\_. “Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales” en la obra colectiva *El Derecho Penal hoy*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1995.
- ZULITA FELLINI (directora), *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, 1a. ed., Depalma, Buenos Aires, 2002.

## REVISTAS

- ANTILLÓN MONTEALEGRE, WALTER, ¿Es el proceso una relación jurídica?. En: *Iustitia*, Año 2, No. 16, abril 1988.
- ARMENTA DEU, TERESA. “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, agosto, 1997, Año 9, No. 13.
- BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. “La transacción penal brasileña y el Derecho Norteamericano”. *Revista de Ciencias Penales*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, marzo, 2000, Año 12, No. 17.
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. “Derecho Penal y Paz social, ensayo sobre una aparente contradicción”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, noviembre, 1994, Año 6, No. 9.



- BOVINO, ALBERTO. “La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, diciembre 1998, Año 10, No. 15.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I. “Juicio Penal Abreviado”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio, 1996, Año 8, No. 11.
- CHINCHILLA CALDERÓN, ROSAURA. “La acción civil resarcitoria en el proceso abreviado”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto, 2001, Año 13, No. 19.
- \_\_\_\_\_. “Proceso Penal Abreviado y Derecho de la Constitución”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre, 1997, Año 9, No. 14.
- CORTÉS COTO, RONALD. “Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo Código Procesal Penal. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, mayo, 1999, Año 11, No. 16.
- ESER, ALBIN. “Una justicia penal “a la medida del ser humano”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, No. 15.
- GARCÍA AGUILAR, ROSAURA. “Requisitos de la suspensión del proceso a prueba ante la infracción juvenil”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Año 12, No. 17, marzo, 2000.
- \_\_\_\_\_. “Aceptación de los cargos y decisión jurisdiccional en la suspensión del proceso a prueba en materia penal juvenil”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Año 11, No. 16, mayo 1999.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, No. 7.
- \_\_\_\_\_. “La conciliación penal en Iberoamérica”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 2000, Año 12, No. 18.
- HASSEMER, WINFRIED. “La persecución penal: legalidad y oportunidad”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Septiembre, 1995, Año 7, No. 10.

- HIRSCH, HANS JOACHIM. “La reparación del daño en el marco del Derecho Penal Material” *Justicia penal y sociedad*, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, No. 1, octubre de 1991.
- HOUED VEGA, MARIO A. “La suspensión del proceso a prueba”, en publicación de la Asociación de Ciencias Penales, 2007.
- ISSA EL KHOURY JACOB, HENRY. “Solución alternativa de conflictos penales. Una propuesta de marco teórico”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, No. 9, pp. 65-72.
- RIVERO SÁNCHEZ, JUAN MARCOS. “Comentarios sobre la necesidad de los mecanismos alternativos del Derecho Penal”. En: *Ivstitia*, Año 1, No. 11, noviembre 1987.
- ROXIN, CLAUS. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. *Revista Guatemalteca de ciencias penales*. Justicia Penal y Sociedad. Año 1, Número 1, Octubre 1991.
- SALAZAR, ALONSO. “Suspensión del procedimiento a prueba y proceso abreviado, un problema de constitucionalidad”. En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 90, mayo-agosto, 1999.
- SÁNCHEZ ROMERO, CECILIA; HOUED VEGA, MARIO ALBERTO; CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO. “El abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, No. 9.

## DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

- DÖLLING, DIETER, *El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el derecho alemán*. Traducción realizada por JOSÉ HURTADO POZO y ALDO FIGUEROA NAVARRO [en línea]. Disponible en: [http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97\\_98/pdf/Penas\\_Alemania.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Penas_Alemania.pdf). [Consulta 18-11-04]
- FREHSEE, DETLEV. *Restitution and Ofender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications* [en línea]. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3\(1\)/fresheemacro.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3(1)/fresheemacro.pdf). [Consulta: 14-1204].

- HARTMANN, UTE I., *Victim-Offender Reconciliation with Adult Offenders in Germany* [en línea]. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3\(1\)/fres-heemacro.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3(1)/fres-heemacro.pdf) [Consulta: 14-12-04]
- OCROSPOMA PELLA, ENRIQUE. *La reparación penal*. [en línea] Setiembre 2002. Disponible en: [http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo\\_0151.htm](http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo_0151.htm) [Consulta 18-11-2004]
- SCHÜNEMANN, BERND. *The role of the Victim Within the Criminal Justice System : A Three-Tiered Concept*. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3\(1\)/schuenemann.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3(1)/schuenemann.pdf) [Consulta: 18-11-2004].



# EL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINARSE. CONTENIDO ESENCIAL Y PROBLEMAS PRÁCTICOS FUNDAMENTALES

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO\*

CARMEN ELENA RUIZ BALTAZAR\*\*

*“Criminal defendants have a right to testify in their own defense. They also have a right to remain silent at trial. Under the Constitution, the choice is theirs.”<sup>1</sup>*

*“The privilege against self-incrimination is one of the great landmarks in man’s struggle to make himself civilized.”<sup>2</sup>*

## INTRODUCCIÓN

El artículo 18 de la Constitución Nacional argentina establece que: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. Esta declaración *resulta común en las diversas Cartas Constitucionales y los Estatutos Procesales Penales de nuestro entorno jurídico. Esa comunidad es la que determina la posible utilidad para el público argentino de las consideraciones aquí expuestas, formuladas en torno a la regulación procesal penal peruana del derecho de no autoincriminarse.*

---

\* Profesor de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal, Derecho Penal Económico y Criminología en las Universidades de San Martín de Porres e Inca Garcilaso de la Vega (Lima, Perú). Doctorando en Derecho Penal en la Universidad de Granada (España). Experto Universitario en Criminología en la UNED (España).

\*\* Asistente del Área Procesal del Estudio Echeopar, asociado a Baker & McKenzie International (Lima, Perú).

2 SAMPSELL-JONES, Ted. “Making Defendants Speak”, en: *Minnesota Law Review*, No. 93, Minnesota University, 2009, p. 12.

El artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal peruano (en adelante, CPP) reconoce diversos derechos y garantías a favor del investigado y del imputado, los cuales tienen operatividad plena desde el momento mismo en que surge el riesgo de que el ciudadano pueda ser sometido a investigación de naturaleza penal. El objeto del presente ensayo es formular ciertas reflexiones en torno al contenido del *derecho a no autoincriminarse* previsto en el numeral 2o. del mencionado artículo IX del novísimo Estatuto procesal penal peruano, en virtud del cual: “*Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad*”, y que constituye expresión de la libertad de declaración del inculpaado.<sup>3</sup>

No obstante su amplio reconocimiento, la libertad de declaración del imputado y el derecho fundamental a la no autoincriminación no se encuentra exento de debates respecto de su contenido y alcances. Ciertamente, su complejidad —pues no sólo abarca el derecho a no declarar en contra de sí mismo o reconocer culpabilidad, sino también el derecho a guardar silencio y el derecho a elegir el contenido de la declaración (incluso si ello implica mentir, siempre que esto no suponga agravio de terceros)— y sus efectos posibles en torno a la eficacia del proceso penal generan diversas *zonas grises* que merecen ser examinadas.

## I. TRATAMIENTONORMATIVO DEL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE

Dentro del derecho a la defensa material encontramos el derecho del ciudadano imputado a formular libremente los términos de su defensa material, lo que supone el derecho del imputado a no declarar, el derecho del mismo a no autoincriminarse y el derecho a determinar el contenido de su declaración.

El derecho a no autoincriminarse y el derecho a mantenerse silente tienen reconocimiento en múltiples instrumentos de Derecho Internacional Público como son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

---

3 Citando las afirmaciones de ERWIN GRISWOLD en 1955: HERRMANN, FRANK & SPEER, BROWNLOW M. “Standing Mute at Arrest as Evidence of Guilt: the ‘Right to Silent’ Under Attack”, en: *American Journal of Criminal Law*, volumen 35, University of Texas, Texas, 2007, p. 01.

(artículo 14.3, literal g),<sup>4</sup> la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.2, literal g),<sup>5</sup> el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 55.1 literal a y artículo 55.2 literal b),<sup>6</sup> el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (artículo 75.4, literal f),<sup>7</sup> por citar los más relevantes. De allí que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en la sentencia del 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders v. Reino Unido*, reconozca su carácter de principios internacionales arraigados a la idea de *fair trial*.<sup>8</sup>

En sede constitucional, aunque no existe precepto que señale expresamente el reconocimiento al derecho a no auto incriminarse y el derecho de no declarar, es cierto que los valores superiores que subyacen a la idea

3 ESER, Albin. “La posición jurídica del inculpado en el Derecho Procesal Penal de la República Federal Alemana”, traducción de Enrique Bacigalupo, en: El mismo. *Temas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 1998, p. 21.

4 “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable...”.

5 “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...”.

6 “1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; 2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia.”

7 4. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario, y en particular los siguientes: f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

8 “(...) el derecho a permanecer en silencio a las preguntas de la policía y a no declarar contra sí mismo, están universalmente reconocidos como principios internacionales que descansan en el mismísimo corazón del concepto de juicio justo”; citado en: SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. “Persecución del Delito Tributario y derecho al silencio y a la no autoincriminación”, en: El mismo. *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2012, p. 598.

de Estado de Derecho, como la dignidad de la persona humana, hacen posible afirmar el implícito reconocimiento constitucional de este derecho.<sup>9</sup> El carácter constitucional ínsito de este derecho ha sido declarado de modo expreso por el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, TC) en la sentencia del 9 de agosto de 2006:

“El derecho a no autoincriminarse no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso penal, este último reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Su condición de derecho implícito que forma parte de un derecho expresamente reconocido, también se puede inferir a partir de la función que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están llamados a desempeñar en la interpretación y aplicación de las disposiciones por medio de las cuales se reconocen derechos y libertades en la Ley Fundamental (IV Disposición Final y Transitoria). Así, por ejemplo, el artículo 8o. de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce expresamente como parte de las “Garantías Judiciales” mínimas que tiene todo procesado, el “g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...). Lo mismo sucede con el ordinal “g” del artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que entre las garantías mínimas que tiene una persona acusada de un delito, se encuentra el derecho “g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.<sup>10</sup>

En la legislación procesal penal peruana, el Código de Procedimientos Penales permitía observar igualmente un implícito reconocimiento

---

9 En este sentido, en relación al Derecho alemán: KIRSCH, STEFAN. “¿Derecho a no autoinculparse?”, traducción de GUILLERMO BENLLOCH, en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.). *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 247-248.

10 Fundamentos 272-274 de la STC correspondiente al Exp. No. 003-2005-PI/TC; disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2005-AI.html>



a este derecho en sus artículos 127, 132 y 245.<sup>11</sup> Los artículos 127 y 245 del Código de Procedimientos Penales (en adelante, CdPP) plantean la posibilidad de dejar constancia del silencio del acusado en su declaración instructiva o en el debate oral, sin establecer consecuencias negativas a tal silencio;<sup>12</sup> mientras el artículo 132 del mencionado Código<sup>13</sup> prohíbe el empleo de promesas, amenazas u otros medios de coacción contra el inculpado; el juez —dice el artículo en mención— debe exhortar al inculpado para que diga la verdad, pero no podrá exigirle juramento ni promesa de

11 Basta con recordar el antecedente de la Ley 16 del Proyecto de Código Penal de MANUEL DE VIDAURRE (1828) que sostenía: “*La fuga no es prueba, ni indicio de crimen*”; el texto de este importante documento puede revisarse en: ARMAZA GALDOS, JULIO (Edit.). *Proyecto de Código Penal* (texto completo, según la edición de Boston de 1828) de MANUEL DE VIDAURRE, Consorcio Editorial del Sur, Arequipa, 1996.

12 Es necesario advertir que el antiguo texto del artículo 127 del CdPP señalaba que: “Si el inculpado se niega a contestar alguna de las preguntas, el juez instructor las repetirá aclarándolas en lo posible, y si aquél se mantiene en silencio, se dejará constancia en la diligencia. *El juez le manifestará que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad*”. Esta redacción fue modificada mediante Ley No. 27834 (del 21 de septiembre de 2002), en los términos siguientes: “Si el inculpado se niega a contestar alguna de las preguntas, el juez penal las repetirá aclarándolas en lo posible, y si aquél se mantiene en silencio, continuará con la diligencia dejando constancia de tal hecho.”

Un itinerario similar se aprecia respecto del artículo 245 del CdPP. El texto original de dicho dispositivo legal señala que: “Si el acusado guarda silencio, el Presidente se dirigirá al defensor, *para que lo exhorte a explicarse o para que indique los motivos a que él atribuye su negativa a contestar*. Si el acusado insiste en su actitud, el Presidente seguirá con los interrogatorios; pero al concluir cada uno de ellos, preguntará al acusado si tiene algo que decir.” Nótese que la exhortación al letrado tenía un evidente sentido conminatorio sobre el imputado a fin que aquél de una “explicación” respecto a su no decisión de guardar silencio. En la actualidad, el texto del artículo 245 del CdPP, tras la modificación producida mediante Ley No. 28117 (del 10 de diciembre de 2003), tiene un sentido más neutral. “Si el acusado se niega a declarar, el Presidente podrá, en la fase procesal correspondiente, disponer la lectura de las declaraciones prestadas por aquél en la instrucción, si las hubiera, las que de esa forma se incorporan al debate y en su oportunidad serán valoradas conforme al artículo 283. En el curso de la audiencia el acusado podrá solicitar ser examinado, momento en el que puede ser interrogado de acuerdo a los artículos 244 y 247. Cuando el acusado que está declarando guarda silencio frente a una pregunta, se dejará constancia de tal situación y se continuará con el interrogatorio.”

13 Código de Procedimientos Penales:

honor. Por su parte, el CPP hace lo propio en los artículos IX del Título Preliminar, y en los artículos 71, 87 y 88.<sup>14</sup>

## II. FUNDAMENTO DEL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

Puede decirse que el derecho a no autoincriminarse tiene como fundamento el derecho natural que toda persona posee de intentar ocultar sus

“**Artículo 132.** Se prohíbe en lo absoluto el empleo de promesas, amenazas u otros medios de coacción, aunque sean simplemente morales. El juez instructor deberá exhortar al inculpado para que diga la verdad; pero no podrá exigirle juramento, ni promesa de honor”.

14 Código Procesal Penal:

“**Artículo IX.** Derecho de Defensa: (...)”

2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”. (...)”

“**Artículo 71.** Derechos del imputado. (...)”

2. Los jueces, los fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:

(...)

d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;

e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por ley (...)”.

“**Artículo 87.** Instrucciones preliminares.

1. Antes de comenzar la declaración del imputado, se le comunicará detalladamente el hecho objeto de imputación, los elementos de convicción y de pruebas existentes, y las disposiciones penales que se consideren aplicables. De igual modo se procederá cuando se trata de cargos ampliatorios o de la presencia de nuevos elementos de convicción o de prueba. Rige el numeral 2) del artículo 71.

2. De igual manera, *se le advertirá que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio.* (...)”.

“**Artículo 88.** Desarrollo de la declaración. (...)”

4. En el interrogatorio las preguntas serán claras y precisas, no podrán formularse preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas. Durante la diligencia no podrá coactarse en modo alguno al imputado, ni inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. (...)”.

propias faltas; no puede exigirse al ciudadano —por ende— que vulnere su propia esfera jurídica a través de la declaración en su contra, ello —con KIRSCH— “se nos antoja una pretensión muy dura”.<sup>15</sup>

Y constituye una pretensión muy dura en la medida que el ciudadano, en un Estado de Derecho, es presumido inocente mientras el órgano jurisdiccional no haya declarado lo contrario mediante sentencia judicial firme sustentada en una mínima actividad probatoria de cargo.<sup>16</sup> De este principio, esencial en un modelo procesal democrático, se extrae que el ciudadano imputado de un delito no debe probar su inocencia y, por tanto, dado que la carga de la prueba corresponde al órgano acusador, el imputado no tiene obligaciones de contribuir para aligerar dicha carga probatoria del acusador.

Arrogar al imputado la obligación de contribuir con la administración de justicia aun a costa de sí mismo supone degradarlo a la condición de mero objeto lo que supone una violación directa del principio de dignidad humana y afecta la propia esencia de su personalidad.<sup>17</sup> En esa línea de razonamiento, el Tribunal Supremo Federal alemán señalaba en 1954: “El inculpado es participante, pero no objeto del procedimiento penal”.<sup>18</sup>

### III. CONTENIDO DEL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE Y VÍNCULOS CON EL DERECHO DE DEFENSA

El derecho a no autoincriminarse y el derecho a no declarar suponen —como indica BACIGALUPO— el derecho del imputado a “negar toda colaboración con la acusación, sin sufrir como consecuencia de ello ninguna consecuencia negativa, derivada del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso de un Estado de Derecho”.<sup>19</sup>

15 KIRSCH, STEFAN. Ob. cit., p. 253.

16 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 32.

17 GÖSSEL, KARL-HEINZ. “Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal”, en: El mismo. *El proceso penal ante el Estado de Derecho*, traducción de MIGUEL POLAINO NAVARRETE, Grijley, Lima, 2004, p. 120.

18 ESER, ALBIN. Ob. cit., p. 21.

19 BACIGALUPO, ENRIQUE. *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 181; al respecto, también: JAÉN VALLEJO, Manuel. *Tendencias actuales de la Jurisprudencia Penal Española*, Gráfica Horizonte, Lima, 2001, p. 95.

Este contenido del derecho a no autoincriminarse tiene pleno consenso en la doctrina jurisprudencial, conforme se aprecia del contenido de la STC del 9 de agosto de 2006<sup>20</sup> en la que se resume el contenido de este derecho, así como sus vertientes expresadas a través de la garantía del *nemotenetur*:<sup>21</sup> “Dicho derecho garantiza a toda persona no ser obligada a descubrirse contra sí misma (*nemo tenetur se detegere*), no ser obligada a declarar contra sí misma (*nemo tenetur edere contra se*) o, lo que es lo mismo, no ser obligada a acusarse a sí misma (*nemo tenetur se ipsu maccusare*)”.

Como vemos, este derecho es una expresión del derecho a la defensa en juicio.<sup>22</sup> Es lógico, si el ciudadano tiene derecho a defenderse en el proceso penal, su defensa puede consistir en no proporcionar colaboración alguna con la justicia, guardando silencio (total o parcial) o incluso mintiendo.<sup>23</sup> Este razonamiento, por cierto, es consistente con la sistemática del artículo IX del Título Preliminar del CPP que alude al “derecho de defensa”.

Ahora, este derecho a mantenerse silente tiene carácter absoluto, de modo tal que comprende no sólo el derecho a guardar silencio en relación a la propia intervención del imputado, sino también respecto a la posible intervención de terceros. Es lógico por dos razones:

- i. Si se trata de un supuesto de codelincuencia, la declaración del imputado respecto a terceros podría servir para la comprobación del hecho punible con lo que, al menos, de modo indirecto, se estaría

20 STC correspondiente al Exp. No. 003-2005-PI/TC; disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2005-AI.html>.

21

22 BINDER, ALBERTO. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 179.

23 De la misma opinión: EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. “El derecho fundamental a no autoincriminarse y su aplicación ante comisiones investigadoras del congreso”, en: El mismo. *Estudios Constitucionales*, Ara Editores, Lima, 2002, pp. 239-243; de distinta opinión: MONTERO AROCA, JUAN. “Lección 21: Los principios del procedimiento”, en: MONTERO AROCA, JUAN/GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS/MONTÓN REDONDO, ALBERTO/BARONA VILAR, SILVIA. *Derecho jurisdiccional*, tomo I, 10a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 369; QUISPE FARFÁN, FANY. *La libertad de declarar y el derecho a la no incriminación*, Palestra, Lima, 2002, pp. 15-16; quienes vinculan el derecho a la no incriminación principalmente con el principio de presunción de inocencia y sólo aditivamente con el derecho a la defensa.

llevando al imputado a aceptar ciertos elementos determinantes de la responsabilidad penal; y

- ii. Surge el riesgo de autoincriminación indirecta pues una vez que el imputado haya proporcionado información que involucre a terceros, nada impide que estos hagan lo propio.

El derecho a mantenerse silente ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional español en clara conexión con el derecho a la defensa en juicio. Así se afirma que el silencio: “constituye una posible estrategia defensiva del imputado o de quien pueda serlo, o puede garantizar la futura elección de dicha estrategia”.<sup>24</sup>

#### IV. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA VINCULACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA CON EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE: LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO COMO MEDIO DE DEFENSA

Si el ejercicio del derecho a la no autoincriminación deriva del derecho de defensa del imputado, tendremos, consecuencia práctica, que la declaración del imputado<sup>25</sup> no puede ser vista como medio de prueba,<sup>26</sup> sino como

---

24 Citada por: QUISPE FARFÁN, FANY. Ob. cit., p. 56.

25 No nos estamos refiriendo a la confesión del imputado la cual, a la luz del artículo 160 del NCPP, sí es un medio de prueba: **Artículo 160.** 1. La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado. 2. Sólo tendrá valor probatorio cuando: a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción; b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas; y c) Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado.

26 **Artículo 157** del NCPP Medios de prueba.

1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas.

3. No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.

medio de defensa. La importancia de esta precisión estriba en el tratamiento que se dará a la declaración del imputado, lo que depende de cómo se configura su posición dentro del proceso. Nos explicamos.

De acuerdo con el sistema procesal penal anglosajón, el imputado, si decide no ejercer el *right to remain silence* (derecho a mantenerse silente), aquello que éste declare “*can be used against him in a court of law*” (“puede ser utilizado en su contra en un Tribunal”).<sup>27</sup> Ello es precisamente así porque el imputado, al declarar, adquiere la condición de testigo, y su declaración, la de medio de prueba.<sup>28</sup>

En efecto, es coherente con estas premisas (que el imputado sea considerado testigo, y su declaración medio de prueba) que surja la expectativa de cumplimiento del deber de veracidad del imputado en aquello que exprese en el proceso penal, pues aquel recibe el tratamiento de un mero testigo. Siguiendo esa línea de razonamiento, es correcto que la infracción a estos deberes pueda sustentar una consecuencia negativa, como el procesamiento por la comisión del delito de perjurio (en nuestro sistema, falso testimonio) o el incremento de la pena en caso de sentencia condenatoria como consecuencia de haber mentido en su declaración.<sup>29</sup>

- 
- 27 Si bien el derecho a guardar silencio se encontraba ampliamente reconocido, la Regla Miranda derivada del caso *Miranda vs. Arizona* (384 U.S. 436 (1966)) dispuso que a fin de no violar la protección del detenido o imputado contenida en la Quinta Enmienda, era obligatorio hacer de su conocimiento los derechos que tenía: “[W]hen an individual is taken in to custody or other wise deprived of his free dom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning... [h]e must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he can not afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires.” (Cuando una persona es arrestada o privada de su libertad en alguna forma por las autoridades, y es interrogada... antes del inicio del interrogatorio, se le debe advertir que tiene derecho a permanecer callado, que todo lo que diga puede ser usado en su contra en la Corte, que tiene derecho a contar con un abogado, o que se le será asignado uno antes del inicio del interrogatorio, si así lo desea); así en: HERRMANN, FRANK & SPEER, BROWNLOW M. Ob. cit., p. 2.
- 28 De la misma opinión: SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. “Persecución del delito tributario y derecho al silencio y a la no autoincriminación”, en: *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2012, p. 591.
- 29 En ese sentido, señala SAMPSELL-JONES, TED. Ob. cit., p. 1370; lo siguiente: “*Like any other witness, a defendant who testifies falsely under oath may be prosecuted for perjury. But perjury prosecutions are time-consuming and difficult; they are therefore rare. In order to deter perjury, most American jurisdictions allow judges to*

En pocas palabras, conforme a la visión que se tiene del derecho a la no autoincriminación en el marco anglosajón:

“La atención no recae sobre un sujeto con el estatus de imputado que podría ser injustamente incriminado, sino sobre un sujeto con el estatus de testigo que podría ser obligado a servir como instrumento de su propia incriminación. El objeto principal del privilegio (de no auto incriminación) está orientado más hacia el testigo que orientado al imputado.”<sup>30</sup>

En consecuencia, a la luz de un sistema a partir del cual el imputado es visto como testigo, es razonable que aquello que este declare pueda tener la calidad de medio de prueba y, por ende, ser valorado conjuntamente con las otras pruebas actuadas a lo largo del proceso penal. Es coherente también que el imputado, como cualquier otro testigo, tenga deberes de veracidad en relación con el contenido de su declaración, cuya infracción acarree la apertura de un proceso penal en su contra. Si preguntásemos si estas premisas son coherentes con el sistema penal y procesal penal peruano, no tendríamos dudas en dar una respuesta negativa

---

*enhance a defendant's sentence based on his trial testimony. Thus, if a defendant testifies at trial and denies guilt, but the jury finds him guilty, the judge may impose a sentence based not only on the underlying crime but also on the perjured testimony. In United States v. Dunnigan, the Supreme Court faced such a constitutional challenge to section 3C1.1 The Court responded by stating that "a defendant's right to testify does not include a right to commit perjury." (507 U.S. 87, 89 (1993))* (“Como cualquier otro testigo, el imputado que declara falsamente, estando bajo juramento, puede ser procesado por perjurio. Pero los procesos por perjurio, al consumir demasiado tiempo y ser complicados, son raros. En aras de disuadir la comisión de perjurio, muchas jurisdicciones americanas facultan a los jueces a elevar la pena del sentenciado en base a su declaración en juicio. Por ello, si el procesado declara en juicio y niega su culpa, pero el jurado lo encuentra culpable, el juez puede imponer una condena basada no solo en el delito cometido, sino también en la declaración falsa. En Estados Unidos contra Dunnigan, la Corte Suprema enfrentó este reto constitucional, y en la sección 3C1.1, la Corte respondió declarando que “el derecho del imputado a declarar no incluye el derecho a cometer perjurio.” (507 U.S. 87,89 (1993)).

30 SONSTENG, JOHN & MOYLAN, CHARLES E. “The Privilege against compelled Self-Incrimination”, en: *William Mitchell Law Review*, volume 16, William Mitchell College of Law, 1990, p. 287 (“*The focus is not upon a person in the status of a defendant who may be unfairly incriminated, but upon a person in the status of a witness who may be compelled to be the instrument of their own incrimination. The core purpose of the privilege is witness-oriented rather than defendant-oriented*”).

pues, en nuestro caso, el imputado no es un testigo y, en consecuencia, su declaración no puede calificarse como medio de prueba sino únicamente constituir una expresión del ejercicio del derecho de defensa y del derecho a no autoincriminarse. Este último derecho, por cierto, no se encuentra restringido únicamente a la posibilidad de mantener silencio sino que, en caso el imputado opte por declarar, abarca la posibilidad de mentir en dicha declaración y que de ello no se deriven consecuencias negativas en su contra. Lo anterior se desprende del artículo 409<sup>31</sup> del Código Penal, y de los artículos 71 (numeral 2o., literal d), 87 (numerales 2o. y 4o.), 118<sup>32</sup> y 163<sup>33</sup> del CPP.

Así, por un lado, el artículo 409 del Código Penal tipifica el delito de “falso testimonio” como un delito de infracción de deber que sólo puede ser cometido por “el testigo, perito, traductor o intérprete”. Como consecuencia lógica del principio de legalidad, el imputado no puede ser autor

---

31 Código Penal:

“**Artículo 409.** El testigo, perito, traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el testigo, en su declaración, atribuye a una persona haber cometido un delito, a sabiendas que es inocente, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años. El juez puede atenuar la pena hasta límites inferiores al mínimo legal o eximir de sanción, si el agente rectifica espontáneamente su falsa declaración antes de ocasionar perjuicio.”

32 Código Procesal Penal:

“**Artículo 118.** Juramento.

1. Cuando se requiera juramento, se recibirá según las creencias de quien lo hace, después de instruirlo sobre la sanción que se haría acreedor por la comisión del delito contra la Administración de Justicia. El declarante prometerá decir la verdad en todo cuanto sepa y se le pregunte.

2. Si el declarante se niega a prestar juramento en virtud de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir la verdad, con las mismas advertencias del párrafo anterior”.

33 Código Procesal Penal:

“**Artículo 163.** Obligaciones del testigo. Toda persona citada como testigo tiene el deber de concurrir, salvo las excepciones legales correspondientes, y de responder a la verdad a las preguntas que se le hagan. La comparecencia del testigo constituirá siempre suficiente justificación cuando su presencia fuere requerida simultáneamente para dar cumplimiento a obligaciones laborales, educativas o de otra naturaleza y no le ocasionará consecuencias jurídicas adversas bajo circunstancia alguna. (...)”



del mencionado delito, pues este no tiene un deber de veracidad frente al proceso penal y la administración de justicia.

De otro lado, el artículo 71 del CPP reitera el derecho del imputado a guardar silencio y garantiza la ausencia de consecuencias negativas si aquel recurre a dicha opción. El artículo 87, numeral 4, señala que sólo puede solicitarse al imputado que responda “con claridad y precisión” a las preguntas que se le hagan, es decir, no se le puede tomar juramento o promesa de decir la verdad, ni tampoco —a diferencia del Código de Procedimientos Penales— exhortársele a responder con la verdad. Finalmente, el artículo 163 establece que el testigo tiene el deber de responder con la verdad, lo que debe ser interpretado conjuntamente con el artículo 118, el cual dispone que deberá comunicársele al testigo de las consecuencias penales que podría acarrearle el declarar falsamente. Todo esto deja claro que de acuerdo con nuestro proceso penal, el imputado no tiene calidad de testigo por lo que su declaración no puede ser un medio de prueba, sino que se tratará del ejercicio de su derecho de defensa; de ahí que pueda, incluso, mentir porque no se encuentra obligado por los deberes de veracidad que sí tienen los testigos.

## V. FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE: LA LECTURA DE DERECHOS DEL IMPUTADO

Ahora, el principio de Estado de Derecho arroga al Estado el rol de garante de la protección del derecho a no autoincriminarse, evitando que el ciudadano imputado se auto inculpe sin haber sido debidamente instruido de los derechos procesales que le asisten,<sup>34</sup> esencialmente contenidos en el artículo 71 2, a) del CPP.<sup>35</sup>

34 BACIGALUPO, ENRIQUE. Ob. cit., p. 181; JAÉN VALLEJO, MANUEL. “Derechos procesales fundamentales: su proyección en la fase de instrucción, en el juicio oral y en el sistema de recursos”, en: REYNA ALFARO, LUIS/AROCENA, GUSTAVO/CIENFUEGOS SALGADO, DAVID (Coords.). *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 42; OLVERA LÓPEZ, JUAN JOSÉ. Ob. cit., p. 474; TIEDEMANN, KLAUS. *Constitución y Derecho Penal*, Palestra, Lima, 2003, p. 186; KIRSCH, STEFAN. Ob. cit., p. 249; ARMENTA DEU, TERESA. “Principios y sistemas del proceso penal español”, en: QUINTERO OLIVARES, GONZALO & MORALES PRATS, FERMÍN (Coords.). *El nuevo Derecho Penal español. Estudios en memoria del Prof. JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 73; CARRIO, ALEJANDRO. *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3a. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994, p. 283.

35 Código Procesal Penal:

Claro, si se entiende que el proceso penal está dirigido esencialmente a ciudadanos legos, la única forma razonable de viabilizar el ejercicio del derecho a no autoincriminarse es garantizando que el ciudadano sea informado, antes de rendir cualquier declaración —ante la Policía, el Ministerio Público o el Poder Judicial— que pueda servir para hallarle responsable, de que tiene dicho derecho y que su ejercicio no le generará ninguna clase de consecuencia negativa.

Precisamente porque se considera que el Estado tiene el deber de informar al ciudadano que tiene el derecho a no autoincriminarse es que

---

**“Artículo 71. Derechos del imputado.**

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.

2. Los jueces, los fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:

a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;

b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;

c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor;

d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;

e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por ley; y

f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.

4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.”

se plantean una serie de disquisiciones en torno a los efectos procesales derivados de la obtención de la declaración del imputado en infracción del deber de comunicarle sus derechos.

Esta expresión del derecho a no autoincriminarse tiene sus orígenes en la conocido caso *Miranda vs. Arizona* (384 U.S. 436 (1966)) que desarrolla una serie de reglas destinadas a salvaguardar dicho derecho: El imputado debe ser informado de forma clara e inequívoca que tiene el derecho de guardar silencio; dicha explicación debe ir acompañada de la explicación de que todo lo que el imputado diga podrá ser utilizado en su contra ante un Tribunal; el imputado debe ser claramente informado de que tiene el derecho de consultar con un abogado y de contar con este durante su interrogatorio y que si carece de medios le será proporcionado uno, etcétera.<sup>36</sup>

La doctrina y jurisprudencia alemanas suelen reconocer efectos de prohibición de valoración de aquellas declaraciones obtenidas omitiendo el deber de informar al imputado sus derechos. En ese sentido, aunque la jurisprudencia alemana inicial sostenía que la omisión del deber de informar al imputado sus derechos procesales básicos constituía una mera infracción de índole administrativa carente, por lo tanto, de efectos en la idoneidad de la declaración del imputado como medio de prueba, la intensa crítica formulada por la doctrina llevó al Tribunal Supremo Federal alemana a reconocer que la declaración del imputado obtenida con infracción del deber de informarle a este sus derechos no podía ser objeto de valoración judicial.<sup>37</sup>

## VI. ¿TIENE EL IMPUTADO DERECHO A MENTIR?

En líneas anteriores adelantamos la posición que se tiene respecto de la existencia de un derecho a mentir del procesado, partiendo de la premisa

36 ISRAEL, JEROLD & LAFAVE, WAYNE. *Criminal procedure. Constitutional limitations*, 7a. ed., Thomson West, Minnesota, 2006, pp. 213-215.

37 ROXIN, CLAUS. “La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal”, traducción de MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO, en: ROXIN, CLAUS & MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal: Nuevas tendencias en el tercer milenio*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2000, p. 99; JÄGER, CHRISTIAN. “El significado de los llamados ‘cursos de investigación hipotéticos’ en el marco de la teoría de la prohibición del empleo de la prueba”, traducción de MINOR ENRIQUE SALAS, en: El mismo. *Problemas fundamentales de Derecho Penal y procesal penal*, Fabián di Placido, Buenos Aires, 2003, p. 96.

de que éste no tiene un deber jurídico de colaborar con la administración de justicia en su propio perjuicio, ni tampoco un deber de veracidad frente al proceso penal.<sup>38</sup> No obstante ello, consideramos que la existencia de un “derecho a mentir” es ciertamente más problemática y su admisión es más discutida en doctrina.<sup>39</sup> Sin embargo, pese a su mayor complejidad, coincidimos con EGUIGUREN PRAELI cuando —citando a PALLÍN— refiere que no puede negarse la existencia del derecho a mentir: “en cuanto puede constituir una forma a través de la cual aquél —el imputado— puede tratar de exculparse o también de no declarar contra sí mismo”.<sup>40</sup> El único límite que tendría el *derecho a mentir* vendría conformado por el interés de terceros. El imputado no puede —sobre la base del *derecho a mentir*— emitir declaraciones autoexculporias calumniando a terceros.

Por esta razón, consideramos erróneo el parecer del Tribunal Constitucional cuando estableció un deber de colaboración de los imputados hacia la administración de justicia, en la Sentencia del 7 de abril de 2003 (Exp. No. 376-2003-HC/TC, §§ 8-10), donde el máximo intérprete de la Constitución advierte que la falta de uniformidad en el dicho de la encausada supone un acto de perturbación de la actividad probatoria que justifica la imposición de una medida cautelar personal.

Así, son válidas las preguntas que se hace ROMERO COLOMA sobre este asunto, que citamos y hacemos nuestra: “La exigencia del principio de probidad en el proceso civil es indiscutible, pero resulta dudosa en el marco del proceso penal por lo que respecta a la persona del imputado. ¿Hasta qué punto puede exigirse que el actuar del imputado esté presidido por la buena fe y la veracidad? ¿De qué modo puede exigirse que coad-

38 Sobre la existencia de un deber de veracidad o colaboración, no se está analizando el caso en que se sanciona penalmente el no cumplimiento de deberes legales de entrega de información o documentación, que podría tener un matiz autoincriminatorio como, por ejemplo, el caso de algunos delitos tributarios.

39 Al respecto: OLVERA LÓPEZ, JUAN JOSÉ. “La declaración del inculgado”, en: REYNA ALFARO, LUIS/AROCENA, GUSTAVO/CIENFUEGOS SALGADO, DAVID (Coords.). *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 467-468; QUISPE FARFÁN, FANY. *La libertad de declarar y el derecho a la no incriminación*, pp. 73-78; QUISPE FARFÁN, FANY SOLEDAD. “La declaración del imputado”, en: CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR/DOIG DÍAZ, YOLANDA/QUISPE FARFÁN, FANY SOLEDAD (Coordinadores). *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Palestra, Lima, 2005, p. 350.

40 EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. “El derecho fundamental a no autoincriminarse y su aplicación ante comisiones investigadoras del congreso”, p. 241.

yuve al logro de la verdad? ¿Es acaso el deber de decir la verdad superior al instinto de conservación, de defensa del imputado cuando su vida o su libertad están en trance de ser menoscabadas? ¿Cómo es posible constreñir al imputado a que diga la verdad cuando dicha actuación puede ser determinante de una resolución procesal desfavorable, es decir, de una sentencia de culpabilidad (condenatoria)?”<sup>41</sup>

Consideramos que, en ejercicio del derecho a no auto incriminarse, el imputado es libre de elegir —en caso opte por declarar— el contenido de su declaración la cual no tiene, necesariamente, que encontrar sus bases en la “verdad”. Primero, porque a diferencia de lo que sucede con los testigos, el imputado no tiene un deber de veracidad o colaboración con la administración de justicia; y, segundo, porque al ejercer su derecho de no auto incriminarse puede dar los datos que crea necesarios para, precisamente no incriminarse, siempre que no se agravie a terceros.

Sobre este punto, SAN MARTÍN CASTRO señala respecto del contenido del derecho a la no autoincriminación, así como de la posibilidad de elección de aquello que se declare, que:

“(...) a su vez, el derecho a no declarar contra sí mismo y a confesarse culpable implica dos notas esenciales:

- i) libertad para declarar, tanto en la decisión de hacerlo cuanto en su contenido, y
- ii) ausencia de consecuencias procesales en caso de que mienta —la mentira del imputado no puede ser tomada como delito ni como infracción procesal—, lo cual dimana de la consideración de que el silencio y las declaraciones del imputado han de ser asumidas fundamentalmente como un medio idóneo de defensa (...).<sup>42</sup>

En esa línea, el legislador peruano ha optado por no derivar consecuencias negativas de la declaración falsa que haga el imputado al punto de que, a diferencia del testigo, no sólo no se le exige jurar o prometer

41 ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA. *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*. Reus, Madrid, 2009, p. 32.

42 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. “Persecución del Delito Tributario y Derecho al Silencio y a la No Autoincriminación”, p. 589.

decir la verdad (ni exhortarlo a ello) sino que no existe delito por declaración falsa del imputado. Se trata, entonces, de seguir la coherencia planteada por los códigos sustantivo y procesal, a partir de los cuales puede afirmarse —válidamente— que no existe un deber legal ni moral del imputado de decir la “verdad”, pues en base a su derecho de defensa y no autoincriminación, éste puede elegir el contenido de su declaración.

## VII. ÁMBITO DE COBERTURA Y SUJETOS PROTEGIDOS POR EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE

Una primera cuestión a examinar respecto al ámbito de cobertura del derecho a no autoincriminarse está vinculado a determinar si quien no está involucrado aun en un caso penal —ya porque no existe aún un caso penal o porque el caso penal se sigue contra otras personas— puede invocar el derecho a mantenerse silente. Esta primera cuestión llevará a abordar otra cuestión conexas vinculada a la posibilidad de invocar el derecho a no autoincriminarse en procedimientos de naturaleza extrapenal.

Sobre la primera cuestión existe un marcado y antiguo consenso en reconocer que el privilegio de la no autoincriminación comprende a quienes no son aún parte de un caso penal. Ya desde 1892 en el caso *Counselman v. Hitchcock* la *Supreme Court* de los Estados Unidos de América ha establecido que no resulta necesario que el carácter compulsivo del testimonio de la persona y su uso como prueba de cargo de culpabilidad no necesariamente deben producirse simultáneamente.<sup>43</sup>

Este mismo fallo sostuvo que el derecho a no autoincriminarse comprende también el derecho a guardar silencio en declaraciones formuladas en otro tipo de procedimientos (civiles o administrativos). Las formulaciones generales propuestas en *Counselman v. Hitchcock* han sido matizadas Chávez *v.* Martínez (2003).

En Chávez *v.* Martínez, el accionante planteó una acción de daños por violación de derechos civiles asociada a la coerción policial en el interrogatorio desarrollado por el demandado. La *Supreme Court* de los Estados Unidos de América determinó que la declaración de Martínez no afectaba su derecho a no autoincriminarse en la medida que esta declaración nunca sería usada en un proceso criminal.<sup>44</sup> A partir de este fallo la

43 ISRAEL, JEROLD & LAFAVE, WAYNE. Ob. cit., p. 412.

44 ISRAEL, JEROLD & LAFAVE, WAYNE. Ob. cit., p. 413.

aplicación del derecho a guardar silencio respecto a procesos de naturaleza extrapenal dependerá de la existencia de riesgo de utilización de la declaración en un proceso penal.

Una segunda cuestión a examinar es si el derecho a no autoincriminarse busca evitar el uso de la declaración autoincriminatoria en otras jurisdicciones. En la doctrina de la Corte Suprema norteamericana se aprecia una distinción marcada respecto a si el uso de la declaración autoincriminatoria se producirá en otra jurisdicción dentro de los Estados Unidos de América o si se producirá en otro país: si la declaración autoincriminatoria puede ser utilizada por otra jurisdicción norteamericana (estatal o federal) se reconoce el derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio; si la declaración autoincriminatoria puede ser utilizada en otro país, no se otorga el privilegio a la no autoincriminación. Esta posición se recoge en el caso *Murphy v. Waterfront Comm'n* (1964) y se consolida con el caso *U.S. v. Balysys* (1998) que determina que la protección otorgada por la Quinta Enmienda solo abarca las persecuciones penales en jurisdicciones sometidas al imperio de dicha enmienda y no a otros países.<sup>45</sup>

Una cuestión final en torno a este punto es la referida a la aplicación del privilegio de la no autoincriminación a las personas jurídicas. Aunque la vigencia en el Perú del principio *societas delinquere non potest* parece simplificar la respuesta (si no hay responsabilidad penal de las personas jurídicas no tienen éstas el riesgo de autoincriminación), sin embargo, la incorporación cada vez mayor en la legislación penal comparada de penas directas sobre las personas jurídicas<sup>46</sup> y la existencia extendida —en aquellos países donde aún rige el aforisma *societas delinquere non potest*— de medidas de naturaleza mixta denominadas *consecuencias accesorias* aplicables a las personas jurídicas, generan la necesidad de reconocer a favor de las personas jurídicas los derechos procesales que asisten al imputado.<sup>47</sup>

---

45 ISRAEL, JEROLD & LAFAVE, WAYNE. Ob. cit., pp. 430-431.

46 Haciendo un recuento al respecto: ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 30-32.

47 Sobre esta cuestión: ZÚNIGA RODRÍGUEZ, LAURA. “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del artículo 105 CP a más de 15 años de su vigencia”, en: la misma. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el Derecho Penal*, Jurista Editores, Lima, 2014, pp. 311 y ss.

La Jurisprudencia norteamericana tiene una marcada tradición de rechazo a la aplicación del derecho a la no autoincriminación respecto a las personas jurídicas. Ya en el caso *Hale v. Henkel* (1906) se determinó que la garantía de la no autoincriminación no era aplicable a las empresas debido a la existencia de una estructura organizacional que hacía *so impersonal* (tan impersonal) a la persona jurídica. Esta línea de razonamiento se ha mantenido en los casos *U.S. v. White* (1944) en el que se determinó que la garantía de la no autoincriminación no es aplicable para sindicatos y *Bellis v. U.S.* (1974) en donde se estableció que la excepción de aplicación de este derecho a las personas jurídicas era aplicable también a pequeñas empresas conformadas como una sociedad (en este caso un estudio de abogados).<sup>48</sup> Detrás de estas decisiones se formulan una serie de argumentos de corte antropocéntrico y práctico.

En primer lugar (argumento antropocéntrico), se postula que la garantía constitucional de la no autoincriminación tiene sus bases en la preocupación de que el ser humano —no ficciones jurídicas— sea coaccionado para incriminarse y tiene por objeto —como ha dicho la *Supreme Court norteamericana* en *Murphy v. Waterfront Comm'n* (1964)— lograr el debido “*respect for the inviolability of human personality*” (“respecto por la inviolabilidad de la personalidad humana”).

En segundo lugar (argumento pragmático) se sostiene que las personas jurídicas se encuentran sometidas, de modo más usual y constante, al control de autoridades administrativas y regulatorias para las cuales la producción de información y documentación proveniente de la propia empresa resulta fundamental para el cumplimiento de sus fines. Aplicar el derecho a no autoincriminarse a las personas jurídicas, según estos fallos, llevaría al fracaso de las persecuciones penales en materia de criminalidad económica pues como se cita en *Braswell v. U.S.* (1988) “*the greater portion of evidence of wrongdoing by an organization or its representatives is usually found in the official records of that organization*” (“la porción mayor de evidencia de la culpabilidad de una organización o sus representantes es usualmente encontrada en los archivos oficiales de esa organización”).<sup>49</sup> Este razonamiento, sin embargo, no resultaría del todo convincente como causa de diferenciación entre las personas naturales y las jurídicas pues en ciertos sectores las relaciones con la administración

---

48 ISRAEL, JEROLD & LA FAVE, WAYNE. Ob. cit., pp. 445-446.

49 ISRAEL, JEROLD & LA FAVE, WAYNE. Ob. cit., pp. 446-447.



pública llevan a que esta requiera a los administrados información que será utilizada en su contra para determinar el incumplimiento de sus obligaciones.<sup>50</sup>

A diferencia de lo ocurrido en el *commonlaw*, el “antropocentrismo” consustancial a los derechos del imputado no ha sido un obstáculo para la extensión de la aplicación de los mismos hacia las personas jurídicas en las legislaciones de raigambre europeo continental.<sup>51</sup> Surge en este punto la interrogante: ¿Cómo deben aplicarse los derechos del imputado, en general, y el derecho a no autoincriminarse, en específico, a las personas jurídicas?

Aunque por razones de espacio esta cuestión no será examinada en su dimensión auténtica, parece observarse el predominio de la corriente que propone una aplicación condicionada a la compatibilidad con la naturaleza de la persona jurídica. Esa es la línea seguida por la legislación italiana, austriaca y española<sup>52</sup> y que ha sido asumida por el Acuerdo Plenario No. 7-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, que tiene carácter vinculante para los tribunales peruanos, que establece expresamente que se reconoce a la persona jurídica los mismos derechos que corresponden al imputado en tanto “resulten compatibles con su naturaleza”.

### VIII. LA VALORACIÓN DEL SILENCIO COMO INDICIO DE RESPONSABILIDAD PENAL VULNERA EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE

Ahora, si el ejercicio del derecho a no auto incriminársele permite al imputado optar por declarar o guardar silencio, es lógico que la función garantista del Estado comprenda también la obligación de garantizar que el ejercicio de dicho derecho no genere en el ciudadano consecuencias negativas. Esta obligación se hace extensiva a los supuestos en los que el imputado proporciona una versión exculpatoria no acreditada o cuya veracidad resulta descartada.

---

50 GUTIÉRREZ ZARZA, ÁNGELES. *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, Madrid, 2000, p. 153.

51 ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. Ob. cit., pp. 150- 151.

52 ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. Ob. cit., p. 151.

En este sentido, señala claramente SAN MARTÍN CASTRO que:

“es lícito que o bien declare, y que lo haga en la extensión que desee —no puede ser forzado, inducido o engañado para que lo haga—, o bien que guarde silencio —total o parcial, en cualquier fase del procedimiento o en todas y a lo largo del mismo en su conjunto, conducta de la que no cabe extraer ninguna conclusión positiva o negativa— al amparo del Derecho Constitucional que se le reconoce a no prestar declaración alguna si así lo considera más beneficioso para su situación personal (...)”.<sup>53</sup>

Sin embargo, no son extraños los casos en los que, contrariamente a este razonamiento, se han otorgado consecuencias negativas al silencio del imputado, así como a las contradicciones en que pudiera caer el imputado al momento de declarar.

En la doctrina jurisprudencial hispana, ROMERO COLOMA ha identificado las contradicciones existentes en los desarrollos contenidos en la doctrina del TC. Así, mientras la STC del 2 de octubre de 1997 reconoce que: “el silencio constituye una posible estrategia defensiva del imputado o de quien pueda serlo”, la STC del 24 de julio de 2000 sostiene que en función de las circunstancias propias del caso: “puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto cabe esperar del imputado una explicación”.<sup>54</sup>

En sentido similar, ROXIN recuerda cómo la Jurisprudencia alemana reconocía inicialmente que el silencio del imputado era indicio de su culpabilidad.<sup>55</sup>

En los Estados Unidos de América es común apreciar cómo existe una marcada tendencia, sobre todo en las Cortes de Apelaciones, de utilizar, como indicio de responsabilidad penal, el silencio del imputado durante su detención. Como señalan HERRMAN y SPEER: “Esta premisa fundamental, sin embargo, está siendo atacada en las Cortes de Apelación de

---

53 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. “Persecución del Delito Tributario y Derecho al Silencio y a la No Autoincriminación”, p. 589.

54 ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA. *Ob. cit.*, p. 22.

55 ROXIN, CLAUS. *Ob. cit.*, p. 98.

Estados Unidos por el Cuarto, Octavo y Noveno Circuito. Dichas Cortes han emitido la novedosa doctrina de que el mero hecho de que una persona no diga nada cuando se encuentra bajo arresto, las autoriza a realizar una inferencia de culpabilidad (...).<sup>56</sup> Estos autores hacen referencia a un interrogatorio correspondiente al Octavo Circuito en donde el juez permitió que la falta de reacción del imputado al momento de su detención fuese considerada como indicio de culpabilidad.<sup>57</sup>

Fiscal: ¿Cuál fue su reacción (del acusado) cuando... ustedes lo detuvieron?

—Oficial: Realmente no hubo una reacción.

—Fiscal: ¿Él estaba enojado?

—Oficial: No, señor.

—Fiscal: ¿Estaba sorprendido?

—Oficial: No, señor.

—Fiscal: ¿Se pudo él combativo?

—Oficial: No, señor.

—Fiscal: ¿Le dijo algo a usted?

—Oficial: No, señor.

—Fiscal: ¿Le dijo algo cuando usted le puso las esposas?

—Oficial: No, señor.

Esta inferencia de culpabilidad a través del silencio, explican HERRMAN y SPEER, provenía de la regla del *Common Law* denominada *Qui Tacet*, derivado de la máxima *quita cet consentir evidetur* (aquel que guarda silencio ha consentido), la cual se entendió debía aplicarse cuando se esperara una respuesta del imputado y éste, en lugar de darla, guarda silencio, a partir de lo cual se infería la aceptación tácita de los cargos hechos en su contra. La aplicación de esta regla se puede resumir de la siguiente manera:

56 HERRMANN, FRANK & SPEER, BROWNLOW M. Ob. cit., p. 2. “*This fundamental premise, however, is under attack in the United States Courts of Appeals for the Fourth, Eighth, and Eleventh Circuits. Those courts have proclaimed the novel doctrine that a person’s mere failure to say anything when being placed under arrest allows an inference of guilt (...)*”.

57 HERRMANN, FRANK & SPEER, BROWNLOW M. Ob. cit., p. 2.

“Para afectar a una persona con las acusaciones de otra, sobre la base de la implícita admisión de esa verdad a través de su silencio, no es suficiente que las acusaciones sean hechas en su presencia, ni siquiera contra él, por las partes interesadas, sino que deben ser hechas, también, en el momento en que una respuesta del imputado, frente a esas acusaciones, puede ser razonablemente esperada.”<sup>58</sup>

Concluyen HERRMAN y SPEER que si bien las sentencias de las Cortes de Apelación Federales, *United States vs Love* (Fourth Circuit, 1985), *United States vs. Rivera* (Eleventh Circuit, 1991), *United States v. Frazier* (Eight Circuit, 2005),<sup>59</sup> quisieron ser vistas como una aplicación moderna de la regla Qui Tacet, éstas no eran más que erróneos fallos que determinaban, inconstitucionalmente, que se podría inferir la culpabilidad a partir del puro silencio, dejando así desprotegidos a los procesados de las garantías que brinda la regla Miranda, pues daban a entender sin importar que el imputado guarde silencio o no, que todo ello podía ser usado en su contra: “Los casos del Cuarto, Octavo y Décimo Primer Circuito, no obstante, establecen una completamente diferente clase de evidencia. Ellos proponen una inferencia de culpabilidad del puro silencio. Estos casos obligan al imputado a proclamar su inocencia en el momento en

58 “[T]o affect one person with the statements of others, on the ground of his implied admission of their truth by silent acquiescence, it is not enough that they were made in his presence, or even to himself, by parties interested, but they must also have been made on an occasion when a reply from him might be properly expected”; citando la obra de JOHN P. TAYLOR de 1878, HERRMANN, FRANK & SPEER, *Brownlow M. Ob. cit.*, p. 7.

59 Paradójicamente, en 1965 (un año antes de la sentencia *Miranda v. Arizona*) la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió el fallo *Griffin v. California* 380 U.S. 609 (1965), creándose la regla Griffin. En palabras de TED SAMPSELL-JONES: “*In Griffin, the Court held that prosecutors and trial judges may not suggest that any adverse inference be drawn from a defendant’s decision to remain silent at trial. The Court later extended Griffin to cover even indirect comments on silence, and to require a jury instruction prohibiting adverse inferences (...) The Supreme Court ruled that the adverse inference instruction and the prosecutor’s argument violated the Self Incrimination Clause*” (“En Griffin, la Corte sostuvo que los fiscales y jueces no pueden realizar ninguna inferencia negativa derivada de la decisión del imputado de guardar silencio en el juicio. La Corte luego extendió la regla Griffin a fin de cubra, incluso, comentarios indirectos sobre el silencio del imputado, así como requerir al jurado prohibir inferencias negativas (...) La Corte Suprema declaró que las inferencias negativas y los argumentos de la Fiscalía violaban la Cláusula de No Auto incriminación”); véase: SAMPSELL-JONES, Ted. *Ob. cit.*, p. 1339.

que son tomados bajo custodia, o sufrir una inferencia de culpabilidad a partir de su silencio (...) Sin embargo el Cuarto, Octavo y Décimo Primer Circuito han permitido a la Fiscalía realizar una inferencia de culpabilidad desde el puro silencio sin fundamento en una ley precedente o en la experiencia. Si su doctrina prevaleciera ‘la advertencia habitual debería ser cambiada, y se le debería decir a la persona bajo arresto ‘si dices algo, será usado en tu contra; si no dices nada, eso también será usado en tu contra’”.<sup>60</sup>

Por nuestra parte, consideramos que la existencia de prueba suficiente y concluyente contra el imputado debe ser lo único a valorar a efecto de fundamentar una sentencia condenatoria, y no tanto la respuesta (o ausencia de ella) del imputado frente a la prueba de cargo. Afirmar lo contrario supondría vaciar de contenido todas las vertientes que constituyen el derecho a la no autoincriminación, más aún, cuando se entiende que el imputado puede elegir la estrategia de defensa que considere más apropiada, es decir, guardar silencio o declarar (falsamente).<sup>61</sup>

## IX. LA UTILIZACIÓN DE LA FALSA JUSTIFICACIÓN COMO INDICIO DE RESPONSABILIDAD PENAL VULNERA EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE

En relación a la falsa justificación, la doctrina especializada ha reconocido la absoluta irrelevancia del *indicio de falsa justificación*. Se acepta que aunque la justificación o coartada del imputado puede constituir un con-

60 “*The Fourth, Eighth, and Eleventh Circuits cases, however, address a wholly different species of evidence. They attach an inference of guilt to pure silence. These cases compel defendants to proclaim their innocence at the moment they are taken into custody, or suffer an inference of guilt from their silence (...) Nonetheless, the Fourth, Eighth, and Eleventh Circuits have allowed the prosecution to invite an inference of guilt from silence without foundation in prior law or in common experience. If their doctrine were to prevail, the customary formula of warning should be changed, and the [arrested person] should be told, ‘If you say anything, it will be used against you; if you do not say anything, that will be used against you’*”; haciendo referencia al caso *McCarthy vs. United States*; HERRMANN, FRANK & SPEER, BROWNLOW M. Ob. cit., p. 21.

61 En ese sentido, la STC español del 29 de junio de 2005: “el derecho al silencio como un derecho incluso de superior rango que el derecho de defensa, componente esencial del derecho a un proceso con todas las garantías, o proceso justo, en cuanto trata de facilitar la defensa del detenido o del imputado.”; citada por: ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA. Ob. cit., p. 23.

tra indicio que desvirtúe la responsabilidad penal del imputado, la falsa justificación carece de significación procesal. Una interpretación distinta —que otorgue a la falsa justificación una significación negativa— resultaría vulneratoria del principio de presunción de inocencia.

En esa línea, como señala categóricamente MIRANDA ESTRAMPES:

“La inferencia de culpabilidad sobre la base de la falsedad y/o inverosimilitud de la coartada sería contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia en cuanto comportaría una inversión de la carga de la prueba que corresponde a la acusación, incompatible con las exigencias que derivan de dicho derecho en su acepción como regla probatoria. El fracaso de la coartada lo único que permite afirmar es que el acusado no estuvo donde dice estar o con quien dice estar, o no hizo lo que afirma que llevó a cabo (...) cuando los indicios acreditados carecen de la necesaria gravedad y precisión la falsedad de la coartada o su inverosimilitud no los convierte ni transmuta en ‘graves y precisos’ dotándolos de una mayor eficacia probatoria a efectos de fundamentar un pronunciamiento condenatorio.”<sup>62</sup>

Por esa razón agrega: “la inconsistencia de un contra indicio no da lugar, por sí mismo, a la consistencia de los indicios, sino que ésta dependerá de su grado de concordancia y convergencia”.

El principio de presunción de inocencia y el derecho a la no autoincriminación supone el derecho del imputado a dar su propia versión sobre los hechos, lo que le habilita incluso a proponer una versión de los hechos no consistente con la realidad, lo que, por cierto, no le faculta a afectar el honor de terceros. Desde esa perspectiva, cualquier inferencia negativa derivada de la mala justificación en que incurra el imputado sería violatoria de dicha garantía y supondría, al menos indirectamente, una inversión de la carga de la prueba.<sup>63</sup> Por estas razones, cualquier propues-

62 MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista, Lima, 2012, p. 34.

63 ROXIN, CLAUS. *Derecho Procesal Penal*, traducción de GABRIELA CÓRDOBA y DANIEL PASTOR, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 111; Pabón Gómez, Germán. *Lógica del indicio en materia criminal*, 2a. ed., Temis, Bogotá, 1995, pp. 320 ss. En esa línea, la STS español del 25 de octubre de 1999 señala: “Si la prueba de la culpabilidad incumple a la acusación, no es exigible que el acusado pruebe su coartada, pues ello

ta contraria,<sup>64</sup> enfrenta directamente los pilares garantistas sobre los que se asienta el nuevo modelo procesal.

Pero los efectos perniciosos de la calificación de la coartada fallida como indicio de culpabilidad no sólo se circunscriben al ámbito de la presunción de inocencia, sino que se extiende al núcleo básico del derecho de defensa del imputado pues la introducción de consecuencias negativas a la coartada fallida limita desproporcionadamente las posibilidades de defensa del imputado y constreñiría el ejercicio de dicho derecho. Como señala SÁNCHEZ- VERA GÓMEZ- TRELLES:

“En efecto, si fuera valorado negativamente el hecho de que la coartada aportada se probó como mendaz, resultaría cercenado el derecho de defensa debido a las consecuencias negativas que su libre ejercicio conllevaría en estos casos —hubiera sido mejor, sencillamente, no defenderse— (...) De este modo, se situaría al sujeto encausado ante la disyuntiva de no intentar su descargo, o hacerlo, aun a riesgo de que los efectos sean los contrarios a los buscados.”<sup>65</sup>

Lamentablemente, algunos desarrollos jurisprudenciales dan cuenta de una práctica que contradice estos postulados otorgando consecuen-

---

equivale a exigirle la prueba de su inocencia (...); desde este punto de vista, lo cierto es que las contradicciones del acusado sobre el lugar en el que estuvo no significa que haya estado en el lugar del hecho en momentos próximos a la producción de la muerte. Dicho de otra manera: el indicio auténtico sería que se le hubiera visto en lugar cercano al hecho en el tiempo en que debió ocurrir la agresión. Las contradicciones no prueban eso, sino que impiden afirmar dónde estuvo en el momento en que se dio la muerte del occiso” (citado por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., p. 57).

64 Nos referimos a la tesis planteada por GARCÍA CAVERO, PERCY. *La prueba por indicios en el proceso penal*, Reforma, Lima, 2010, p. 60; quien, pese a sostener: “Otros, con los que estoy de acuerdo, consideran que la falsa coartada puede desplegar perfectamente un efecto indiciario, en la medida que el imputado se haya expresado libre y voluntariamente, pese a no estar obligado a demostrar su inocencia”, no llega a explicar razonablemente cómo, de la falsa justificación, podría generarse el efecto indiciario al que hace referencia. La tesis de GARCÍA CAVERO de que “el imputado debe asumir las consecuencias jurídico procesales que se derivan de su declaración” parece partir de la atribución al imputado de deberes de declaración fidedigna que resultan incompatibles con el principio de presunción de inocencia.

65 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., pp. 55-56.

cias negativas a las inconsistencias mostradas por la versión exculpatoria del imputado.

En ese sentido, ya desde las Sentencias del 20 de diciembre de 1986, 7 de febrero de 1987, 22 de junio de 1988 y 12 de noviembre de 1990 el Tribunal Supremo español acepto como doctrina que la introducción por parte del imputado de algún nuevo dato para su defensa y ese dato resulta falso, el mismo debe ser valorado en perjuicio del imputado.<sup>66</sup> De modo similar, la STC peruano del 7 de abril de 2003 (Expediente No. 0376-2003-HC/TC) sostiene que las contradicciones en las que cayó la imputada al momento de dar su declaración instructiva y, luego, la ampliación de la misma, pueden ser entendidos como “*actos positivos*” tendientes a desviar “*el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso*”, lo que permitió justificar la imposición de la medida cautelar de detención domiciliaria.<sup>67</sup>

66 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., p. 54.

67 En ese orden, véanse especialmente los fundamentos 8o., 9o. y 10 de la STC 0376-2003-HC/TC:

“8. En efecto, en la denuncia fiscal aludida, además de exponerse los motivos que a criterio del Ministerio Público justifican la ampliación de los cargos, se revela que existen profundas incoherencias en las sucesivas declaraciones de la demandante, en torno a las supuestas conversaciones que habría sostenido con Vladimiro Montesinos, mientras ambos se encontraban en Panamá, incoherencias que el juez penal ha tenido a la vista al determinar la subsistencia de la detención domiciliaria.

Así, mientras en la declaración instructiva de la recurrente, que copia certificada obra de fojas 252 a 260 del cuaderno principal, se aprecia que, preguntada la demandante “para que diga si (...) visitó en octubre de dos mil a Vladimiro Montesinos Torres en Panamá”, ella responde: “No, absolutamente no y lo puedo probar (...)”. Así mismo, preguntada “para que diga como explica que Vladimiro Montesinos Torres, manifestó (...) que cuando él estaba en Panamá usted fue a visitarlo (...)”, la recurrente contesta: “Todo lo que Montesinos dice es una mentira, es falso (...)”. Empero, en una declaración instructiva posterior, obrante a fojas 356 del Exp. 30-2002, sobre el proceso penal contra la recurrente, ésta ha aceptado que uno de los móviles que generó su viaje a Panamá fue que su acompañante, María Elvira Salazar, buscaba entrevistar a Vladimiro Montesinos. Así mismo, en otra declaración ha aceptado que, estando en Panamá, “recibió una llamada de un varón que le dijo si podía apoyarlo” ( a fojas 431 del Exp. 30-2002). A mayor abundamiento, es imposible soslayar que en la Audiencia Pública realizada ante este Tribunal Constitucional el 17 de marzo último, y ante la pregunta formulada por la Sala encargada de resolver esta causa, referente a si la recurrente había sostenido una entrevista con Vladimiro Montesinos Torres en Panamá, ésta contestó: “En dos oportunidades, la primera de diez y la segunda de cinco minutos”, lo cual se corrobora con la transcripción



## X. DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE Y OBTENCIÓN COMPULSIVA DE LA DECLARACIÓN AUTOINCUPLATORIA

Otra consecuencia práctica del derecho a no autoincriminarse es la imposibilidad de reconocer validez jurídico- procesal a aquellas declaraciones de autoinculpación que se han vertido a partir del ejercicio de algún tipo de presión o acto de inducción por parte de los encargados de recibirla. En ese sentido, el artículo IX del Título Preliminar del CPP señala expresamente que: “Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.”

Es importante tener presente en este punto que el CPP no sólo comprende los supuestos en que se *obliga* al imputado a declarar o reconocer su culpabilidad, sino que incluye también los casos de *inducción* a la declaración y a la aceptación de responsabilidad. El artículo IX del Título Preliminar del CPP pretende, en buena cuenta, evitar que la libertad de declaración del imputado resulte afectada por la violencia, la coacción, el engaño o cual otra circunstancia que la menoscabe.<sup>68</sup>

En esta línea de ideas, corresponde reconocer como violatoria de la libertad de declarar los supuestos en los que la declaración del imputado

---

certificada de la referida declaración que esta agregada al presente cuadernillo a fojas 37 y siguientes.

9. Los hechos descritos permiten al juez penal presumir objetivamente que la demandante tiende a perturbar y obstruir la labor de investigación de los órganos judiciales.

Si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso.

10. Así, lejos de desvanecerse las razones que pudieron justificar en un inicio la detención domiciliaria ordenada, en el transcurso del proceso penal se ha podido constatar el surgimiento de factores que legitiman su mantenimiento, ante nuevos hechos de naturaleza punible se ha ampliado la investigación penal.”

68 En ese contexto conviene recordar que el artículo 157.3 del CPP señala: “No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su *libertad de autodeterminación* o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos”.

se produce en contextos de fatiga o agotamiento excesivo.<sup>69</sup> Ciertamente, en casos en los que el imputado es sometido a interrogatorios de extensa duración resultará muy difícil establecer que la declaración inculpatorias del imputado no respondió al cansancio y que, por el contrario, constituye fiel reflejo de su voluntad.

Idéntico razonamiento es aplicable respecto a las declaraciones inculpatorias obtenidas mediante engaño. Ejemplificativo de este tipo de casos es el supuesto, abordado por el Tribunal Supremo Federal alemán, del agente policial que ingresa de incógnito a la prisión y comparte celda con el imputado logrando, como consecuencia de la confianza generada, que este le proporcione información.<sup>70</sup>

Esta circunstancia —el ejercicio de presiones— puede servir para cuestionar la imparcialidad del juez y proceder a su recusación<sup>71</sup> en la medida que revelaría el interés del juez por lograr que se determine la responsabilidad penal del imputado.

## **XI. EL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN, INTERVENCIONES CORPORALES Y MEDIOS DE PRUEBA DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL**

El propósito de la garantía de la no autoincriminación es evitar la instrumentalización del ciudadano por cuenta del Estado. Esto porque el reconocimiento del derecho a no autoincriminarse y sus efectos conexos, implica reconocer que el imputado no tiene deberes de contribuir con la carga de la prueba que corresponde al acusador cuando aquello puede acarrear la imposición de una pena.

Esta idea primaria —el imputado no tiene deberes de colaborar con actos que deriven en la imposición de una pena— es puesta en entredicho cuando se trata de intervenciones corporales (piénsese, por ejemplo, en la extracción de sangre para la realización de pruebas de alcoholemia o de ADN), o de medios de prueba en los que el imputado deba participar activamente (por ejemplo, en las ruedas de personas, en el reconocimiento fotográfico, toma de huellas dactilares o realización de exámenes psico-

---

69 ROXIN, CLAUS. Ob. cit., p. 102; JÄGER, CHRISTIAN. Ob. cit., p. 95.

70 ROXIN, CLAUS. Ob. cit., p. 102; JÄGER, CHRISTIAN. Ob. cit., p. 95.

71 KIRSCH, STEFAN. Ob. cit., p. 249.

lógicos o psiquiátricos) y de las cuales sólo es posible extraer elementos acreditativos de responsabilidad penal del imputado.

En la STC español 103/1985, del 4 de octubre de 1985, referida a la realización del test de alcoholemia, se sostiene que:

“el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida dentro de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución”.<sup>72</sup>

Como señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES este razonamiento —el de no equivalencia entre el deber de someterse al control de alcoholemia y el deber de declarar— pasa por alto que el primero puede incluso constituir una carga más gravosa pues “en este tipo de test el resultado en su caso inculpativo del acto procesal es más seguro, tan seguro que, salvo excepciones, el órgano jurisdiccional habitualmente lo tiene por rayano en la certeza”.<sup>73</sup>

La jurisprudencia norteamericana es reticente a considerar ciertos actos “físicos” como violaciones al derecho de no autoincriminación (en su caso, violación de la Quinta Enmienda) al entender que el derecho protege a la persona de no dar “testimonios” en su contra, y que éstos actos “físicos” no constituyen testimonios en contra del procesado.<sup>74</sup> Así, pueden

72 Citada por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., p. 38; reseñada también en: GUTIÉRREZ ZARZA, ÁNGELES. Ob. cit., p. 154.

73 Citada por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., p. 39.

74 En este contexto, debe entenderse que, de acuerdo a los principios procesales penales norteamericanos, no se trata, propiamente, de un derecho contra la autoincriminación, sino más precisamente, de un derecho a no ser testigo contra sí mismo. De ahí que se hable en la Quinta Enmienda de la prohibición de “*to be a witness against himself*”. En ese sentido, SOSTENG y MOYLAND (SONSTENG, JOHN & MOYLAN, CHARLES E. Ob. cit., p. 287) señalan que: “*The key word is ‘witness’. There is no such thing as a constitutional right against compelled self-incrimination. There is only a privilege not to be compelled to be a witness against oneself.*” (“La palabra clave es ‘testigo’. No existe tal cosa como el Derecho Constitucional a la autoincriminación. Solo existe el privilegio a no ser obligado a ser testigo contra sí mismo”).

citarse *Schmerber vs. California*; *Estados Unidos vs. Wade*; y *Gilbert vs. California*.<sup>75</sup>

En el primer caso, Armando Schmerber chocó su auto contra un árbol, luego de haber estado bebiendo en una taberna. Producto de ello, y a propósito de sus lesiones, fue llevado al hospital donde le hicieron pruebas de sangre, las cuales fueron la prueba principal para emitir una sentencia condenatoria en su contra. Al cuestionar el fallo, alegando la violación de la Quinta Enmienda (refiriéndose a la autoincriminación), la *Supreme Court* entendió que sí se trata de prueba inculpativa, pero teniendo en cuenta que el condenado no fue “obligado a actuar como testigo contra sí mismo” no se había vulnerado el derecho a la autoincriminación pues las pruebas de sangre no son, por naturaleza, comunicativas o testimoniales. Asimismo, entendió que “las obligaciones que hacen al acusado una fuente de evidencia física no violan el derecho de autoincriminación”.

En el segundo caso, a Billy Joe Wade se le imputó el robo de un banco. En el proceso de detención, se le pidió que se pare en una línea, con otros procesados, para el reconocimiento de los testigos y, así mismo, se le solicitó que repita las palabras que los testigos recordaban que los asaltantes habían dicho. A consecuencia de esto, la defensa de Wade alegó que el uso de “su cuerpo” y “su voz” violaban la Quinta Enmienda al obligarlo, a través de estos actos, a inculparse a sí mismo. Ante ello, la *Supreme Court* entendió que la exhibición de sus características físicas no se encuentra abarcada dentro del derecho a no declarar contra sí mismo.

En el caso de Gilbert, a éste se le solicitó que entregara muestras de su caligráfica (específicamente, que escriba las palabras de una nota dirigida a la víctima por parte del autor del crimen), donde la *Supreme Court* mantuvo la doctrina desarrollada en el fallo anterior, entendiendo que la caligrafía de una persona, así como su voz o su cuerpo, es una forma de identificar características físicas, que no se encuentran protegidas por el derecho a la autoincriminación, en tanto no se ha obligado a realizar una “declaración” contra sí mismo.

Ahora, aunque un sector de la doctrina procesal recurre a la distinción entre *objeto de prueba* y *órgano de prueba* para solucionar esta cuestión, dicha fórmula es ilusoria y tiene escasa capacidad de rendimiento.<sup>76</sup>

75 SONSTENG, JOHN & MOYLAN, CHARLES E. Ob. cit., p. 289.

76 BALCARCE, FABIÁN. “Extracción coactiva de sangre en el proceso penal”, en: REYNA ALFARO, LUIS/AROCENA, GUSTAVO/CIENFUEGOS SALGADO, DAVID (Coords.). *La prueba, re-*

En efecto, conforme a este razonamiento, si la prueba resulta de una actuación positiva por parte del imputado, este adquirirá la condición de *órgano de prueba* y su posición se hallará cubierta por la garantía de la no autoincriminación. Por el contrario, cuando no es la actuación del imputado, sino la de un tercero, la que proporciona sentido incriminatorio, el imputado sería un mero *objeto de prueba* no cubierto por la garantía de la no autoincriminación.<sup>77</sup> Sin embargo, como señala GABRIELA CÓRDOBA: “tanto es tratado como objeto quien es obligado a colaborar activamente en una medida probatoria determinada, como quien debe participar en ella, aunque más no sea en forma pasiva, en contra de su propia voluntad”.<sup>78</sup>

En nuestra opinión, no resulta posible emitir una regla general de permisión o de rechazo en torno a la cuestión que aquí se plantea. Este razonamiento, sin duda, tiene como factor determinante la existencia de ciertas disposiciones legales, como la prevista en el artículo 211 del CPP, que autoriza al juez de la Investigación Preparatoria y excepcionalmente al Fiscal a ordenar el examen corporal del imputado para realizar “*pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas*” aún sin su consentimiento.

Sin embargo, es necesario realizar en cada caso concreto un juicio de ponderación entre los intereses de la persecución penal y los del imputado de cara a lograr una solución que compatibilice razonablemente los intereses en juego,<sup>79</sup> teniendo en consideración que este tipo de mecanismos de búsqueda de prueba, por imperio de los artículos 202 y 203 del CPP, sólo pueden realizarse “cuando resulte indispensable” la restricción

---

*forma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 526.

77 JAIME, MARCELO NICOLÁS. “La intromisión estatal en la esfera de la intimidad de las personas con fines probatorios: su legitimidad, alcances y precisiones en el proceso penal (con especial referencia al nuevo Código Procesal Penal del Perú)”, en: REYNA ALFARO, LUIS/ AROCENA, GUSTAVO/ CIENFUEGOS SALGADO, DAVID (Coords.). *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 358.

78 Citada por: AROCENA, GUSTAVO. “Pensamientos sobre la protección del imputado frente a injerencias indebidas en su ámbito privado, en el Código Procesal Penal de Córdoba (Argentina) y el nuevo Código Procesal Penal”, en: REYNA ALFARO, LUIS/ AROCENA, GUSTAVO/ CIENFUEGOS SALGADO, DAVID (Coords.). *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 399.

79 Similar: JÄGER, CHRISTIAN. Ob. cit., p. 101.

del derecho fundamental y teniendo como condición central el respeto al principio de proporcionalidad.

## **XII. DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE Y LAS GENERALES DE LEY**

Algún sector de la doctrina<sup>80</sup> se plantea la cuestión de si la información de las denominadas *generales de ley*, esto es, los datos personales que se preguntan al imputado al iniciar su declaración, se encuentran protegidos por la garantía de la no autoincriminación.

Aunque en otras legislaciones —como la alemana— existen una serie de mecanismos que, por su carácter gravoso, hacen suponer la existencia de una obligación del imputado de proporcionar al Tribunal datos personales identificatorios, un sector importante de la doctrina procesal, a la que nos adherimos, considera que el derecho a la no autoincriminación cubre también los datos personales que son objeto de la parte inicial de la declaración del imputado pues de aquellos será posible extraer información que podría servir para corroborar los cargos que se le formulan.<sup>81</sup>

## **XIII. DERECHO A CONOCER LOS CARGOS Y EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE DECLARACIÓN**

La doctrina procesal ha podido reconocer también los estrechos vínculos entre el derecho que tiene el imputado de conocer los cargos que se formulan y la libertad de declaración (que comprenden la facultad del imputado de guardar silencio, no auto incriminarse y de decidir los términos en que articulará su defensa).

Es evidente, sólo conociendo con exactitud los cargos que se le atribuyen podrá el imputado definir, con mayor claridad, los términos en que formulará su defensa material. Como señala ALBIN ESER: “para poder decidir cuál de los dos medios de defensa le conviene usar (no declarar simplemente o declarar activamente), el imputado debe saber contra qué defenderse”.<sup>82</sup>

---

80 Véase ESER, ALBIN. Ob. cit., p. 25.

81 De esa opinión ESER, ALBIN. Ob. cit., p. 26.

82 ESER, ALBIN. Ob. cit., p. 24.

#### XIV. DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN Y LA TERMINACIÓN ANTICIPADA

Como mencionamos anteriormente, el derecho a no autoincriminarse, tal cual está regulado en el artículo IX del Título Preliminar del CPP, no sólo protege al ciudadano frente a actos de coacción para obtener su declaración o su confesión, sino que se extiende a los supuestos en que se induzca con tales fines. Pues bien, estas diversas expresiones del derecho a no autoincriminarse pueden verse afectadas en el contexto de la terminación anticipada.

En efecto, la referencia contenida en el artículo 468.5 del CPP de que el juez debe *instar* a las partes para que lleguen a un acuerdo de terminación anticipada del proceso podría generar dudas respecto a sus efectos sobre la garantía de la no autoincriminación.<sup>83</sup> Esta circunstancia obliga a que el juez asuma una posición extremadamente cautelosa respecto al modo en que articula en la praxis cotidiana dicha obligación de *instar* a las partes.

Pero no es que la garantía de la no autoincriminación pueda verse perturbada sólo por la actuación del juez. El fiscal puede también incurrir en afectaciones a dicho derecho cuando recurre a la denostada *praxis* del *overcharging* que es calificada como *coercitiva*.<sup>84</sup>

El *overcharging*, caracterizado por el incremento de los cargos y con ello la intensificación de la carga punitiva, constituye una (*mala*) *praxis* mediante la cual el fiscal busca llegar en una mejor posición a la negociación propia de esta clase de procedimientos y que, desafortunadamente, se ha hecho común en aquellos países que recurren a este tipo de fórmulas consensuales. Cuando el fiscal recurre al sobredimensionamiento de los cargos y de la amenaza de la pena, la aceptación de cargos por parte del imputado parece ser el resultado del miedo ante a la prisión, más que la consecuencia libre y espontánea del reconocimiento de su responsabilidad.

---

83 De esta opinión y con mayor detenimiento: REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL. *La terminación anticipada en el nuevo Código Procesal Penal*, Jurista, Lima, 2009, p. 236.

84 LUNA, ERIK. "The models of criminal procedure", en: *Buffalo Criminal Law Review*, No. 2, Buffalo State University, New York, p. 499.

## XV. EL DEBER PROCESAL DEL IMPUTADO DE COMPARECER ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

No obstante la plena validez del derecho a no autoinculparse, su ejercicio no supone que el emplazado no tenga la obligación de comparecer al órgano de administración de justicia. El imputado debe necesariamente concurrir ante la autoridad jurisdiccional y ya frente al mismo, ejercitar su derecho de guardar silencio, no auto inculparse<sup>85</sup> o mentir.

La existencia del *deber del imputado de comparecer ante el Tribunal* puede sustentarse en términos funcionalistas: la única forma de garantizar la libertad del ciudadano es reconociendo ciertos deberes positivos que permitan asegurar dicha libertad en sede procesal.<sup>86</sup> Ahora, debido a que dichos deberes deben ser ponderados con otros intereses —como la dignidad del imputado— es que negamos el carácter extensivo de los deberes procesales del imputado y le circunscribimos a la obligación de comparecer al órgano jurisdiccional más no a la obligación de brindar efectivamente su declaración.

## XVI. CONCLUSIÓN

El derecho a la no autoincriminación, recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, es un derecho fundamental que se encuentra íntimamente relacionado al derecho de defensa y derecho al debido proceso, establecidos en el artículo 139 (numeral 14o. y 3o., respectivamente) de nuestra Constitución Política. Este derecho no protege, únicamente, la posibilidad de guardar silencio del imputado o investigado, sino que su protección alcanza a la declaración del imputado y a la elección del contenido de dicha declaración, la cual no necesariamente debe encontrarse sujeta a “la verdad”. Ello es así por cuanto, a diferencia de otros sistemas procesales penales —como el norteamericano, por ejemplo— el imputado no tiene la condición de testigo dentro del proceso penal y, en consecuencia, no tiene deberes de veracidad y colaboración con la administración de justicia, de ahí que —como muestra de ello el Código Procesal Penal, a diferencia del tratamiento del antiguo Código de Procedimientos Penales— no contemple, si quiera, la posibilidad de exhortar al imputado a decir la verdad.

85 ESER, ALBIN. Ob. cit., p. 20; MONTERO AROCA, JUAN. Ob. cit., p. 369.

86 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. Ob. cit., pp. 42-43.



Entonces, la decisión del imputado de guardar silencio o declarar —y dentro de esta última, de declarar falsamente o brinda falsa justificación— no sólo se encuentra enmarcado dentro del ejercicio de su derecho a no auto incriminarse, sino también dentro del ejercicio de su derecho de defensa. Dos son las consecuencias principales de esta premisa:

- i. Si el imputado opta por declarar, se garantiza que de lo que diga no podrán derivarse consecuencias negativas en detrimento suyo pues se le estaría desprotegiendo y, en buena cuenta, vaciando de contenido los derechos alegados, y
- ii. La declaración del imputado no es, pues, un medio de prueba (en tanto no es testigo a la luz de nuestro sistema penal y procesal penal), sino que se trata del ejercicio de su derecho a no auto incriminarse y a la defensa, como ya se mencionó.

Ahora bien, esto último no significa, sin embargo, que la declaración del imputado —en caso opte por hacerlo— no posea significación alguna dentro del proceso penal. Su declaración, en todo caso, servirá como referencia en relación a los hechos que decida expresar a fin de orientar la investigación. La corroboración de dichos hechos o el descubrimiento de otros será labor del Ministerio Público, como titular de la acción penal.

El derecho a la no autoincriminación constituye un elemento identificador de la posición del imputado dentro del proceso penal y ésta, a su vez, permite, como sostiene ESER, “deducir informaciones importantes sobre la idea del Estado que respalda un procedimiento”.<sup>87</sup>

---

87 ESER, ALBIN. Ob. cit., p. 19.

Esta obra se terminó de imprimir  
en marzo de 2016, la edición consta  
de 1,000 ejemplares más sobrantes  
para reposición.

- EL PROCESO PENAL. ¿ACUSATORIO? ¿ADVERSARIAL?  
Luis Miguel Reyna Alfaro
- EL PROCESO PENAL EN LOS SISTEMAS DEL *COMMON LAW* Y *CIVIL LAW*:  
LOS MODELOS ACUSATORIO E INQUISITIVO EN PLENO SIGLO XXI  
Mar Jimeno Bulnes
- EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES  
EN LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE DE HABLA NO INGLESA  
José Saez Capel
- INTRODUCCIÓN AL PROCESO PENAL NORTEAMERICANO  
Luis Miguel Reyna Alfaro
- EL MODELO PROCESAL PENAL CHILENO  
Leonardo Moreno Holman \* Francisco García Manzor
- UN ENSAYO SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA  
PROCESAL PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO  
Alfredo René Uribe Manríquez
- EL PROCESO PENAL ACUSATORIO EN VENEZUELA  
Wilmer de Jesús Ruiz Carrero
- RESPONSABILIDAD DEMOCRÁTICA Y PARTICIPACIÓN  
DE LEGOS EN LOS PROCESOS PENALES  
Tatjana Hörnle
- ¿LA JUSTICIA PENAL PARA LA ECONOMÍA?  
Sergio J. Cuarezma Terán
- ALGO SOBRE JUECES Y DERECHOS HUMANOS: LOS VÍNCULOS INEVITABLES  
Manuel Vidaurri Aréchiga
- REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE EL JUEZ DE LA FASE  
PREJURISDICCIONAL EN EL NUEVO MODELO DE JUSTICIA PENAL  
Martín Eduardo Botero
- LA ENSEÑANZA DE LA DOGMÁTICA PENAL COMO *CONDITIO SINE QUA NON*  
PARA EL ÉXITO DE LA ORALIDAD  
Dino Carlos Caro Coria
- LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL  
Dino Carlos Caro Coria
- TEORÍA DE LA IMPUGNACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO DE 2004  
Luis Fernando Iberico Castañeda
- LA PRUEBA INDICIARIA EN EL PERÚ. NOTAS SOBRE SU APLICACIÓN  
PENAL Y ADMINISTRATIVO SANCIONADORA  
Luis Miguel Reyna Alfaro
- LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL COSTARRICENSE. ORIGEN Y APLICACIÓN  
Mario A. Houed Vega
- EL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINARSE. CONTENIDO ESENCIAL  
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS FUNDAMENTALES  
Luis Miguel Reyna Alfaro \* Carmen Elena Ruiz Baltazar

ISBN 978-607-610-358-6



9 786076 103586